Rivista di Diritto Costituzionale

2003

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 88-348-3526-3

Comitato di Direzione

M. Ainis, V. Angiolini, A. Anzon, G. Azzariti, P. Costanzo, S. Grassi, M. Luciani (Coordinatore scientifico), S. Mangiameli, C. Pinelli, G. Pitruzzella (Direttore responsabile), R. Romboli, 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. Bedini, G. Campanelli, F. Caporilli, A. Di Capua, G. Famiglietti, T. Giovannetti, E. Libone, P. Passaglia, A. Pertici, P. Sabatelli, A. Sperti, G. Vaglio.

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

Composizione: Compograf - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: aidro@iol.it

Indice

pag.

I

I Saggi 1

L'emergenza e i diritti. Un'ipotesi di lettura
di *Gianluca Bascherini* 3

Il territorio dello Stato e la rappresentanza territoriale
di *Ines Ciolli* 63

Il *nomos* della deterritorializzazione
di *Laura Ronchetti* 99

Crisi della legalità e forma di governo
di *Marco Ruotolo* 140

Necessitas non habet legem? Alcune riflessioni sulle situazioni
di emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano
di *Filippo Vari* 189

Pace giusta e guerra giusta
di *Francesco Viola* 212

pag.

II

I Fatti 245

Sospensione dei processi per le alte cariche dello Stato e immunità per i parlamentari. Profili di costituzionalità
di *Gaetano Azzariti* e *Roberto Romboli* 247

Il cammino del sacro dovere di difesa della patria, dalla guerra contro l'aggressore alla solidarietà sociale
di *Francesco Dal Canto* 263

III

Il Forum – Politica e diritto costituzionale: il ruolo dei costituzionalisti 313

a cura di *Massimo Luciani*, *Cesare Pinelli*

con interventi di L. ELIA, G. FERRARA, C. FUSARO, N. ZANON

IV

I Libri 349

C. PINELLI, *Il momento della scrittura-contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna, 2002 351
Recensione di *Marta Cartabia* 351
Replica dell'*Autore* 355

pag.

M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000 e
M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2002 355

Recensione di *Fiammetta Salmoni* 355

Replica dell'*Autrice* 362

I

I SAGGI

L'emergenza e i diritti. Un'ipotesi di lettura

di *Gianluca Bascherini*

«*… Anche il minimo atto, in apparenza semplice,*
osservatelo con diffidenza! Investigate se
specialmente l'usuale sia necessario.
E – vi preghiamo – quello che succede ogni giorno
non trovatelo naturale.
Di nulla sia detto: è naturale
in questo tempo di anarchia e di sangue,
di ordinato disordine, di meditato arbitrio,
di umanità disumanata,
così che nulla valga come cosa immutabile».

(B. BRECHT, *L'eccezione e la regola*,
trad. it. Torino, Einaudi, 1975, 913)

SOMMARIO: Premessa. – 1. L'età statutaria. Pieni poteri, leggi eccezionali e stati d'assedio. – 1.1. Guerre d'indipendenza e pieni poteri. – 1.2. Ordine pubblico e stati d'assedio. – 1.3. L'annessione delle province meridionali ed i regimi dell'eccezione. – 1.4. Tra '800 e '900. L'emergenza operaia. La questione coloniale. La I guerra mondiale. – 2. Il ventennio fascista. – 3. L'età repubblicana. – 3.1. Il dopoguerra. – 3.2. Gli anni Settanta. – 3.3. Verso un nuovo paradigma dell'emergenza. – 4. Conclusioni.

Premessa

Diverse ragioni, oggi, inducono ad occuparsi di diritti. Oggi, che si dibatte di un nuovo universalismo dei diritti che recida il cordone tra questi e lo stato nazionale; di un costituzionalismo attraverso i diritti il quale – su base cooperativa ed entro un contesto reticolare che colleghi i diversi livelli ordinamentali – disporrebbe la configurazione e la protezione dei diritti sui differenti livelli di governo – immagini, queste, che sembrano, peraltro, rinviare ad un quadro pacificato, neutralizzato e proceduralizzato, nel quale non tro-

verebbe più spazio quella conflittualità sociale attorno alla quale le carte del dopoguerra costruirono le loro tavole di diritti. Allo stesso tempo, oggi, diverse ragioni inducono a ritornare sull'emergenza: le neo-guerre che, dalla fine del bipolarismo est-ovest, vanno ridefinendo gli equilibri nei diversi quadranti, le odissee di migranti, le catastrofi ambientali, le emergenze sanitarie. E poi i terrorismi, vecchi e nuovi.

In questo contesto, ragionare della dialettica emergenza/diritti può aiutare ad evidenziare i limiti di una visione eccessivamente irenica delle dinamiche in atto; a tenere conto delle dialettiche sociali e delle linee di conflitto in quanto snodi fondamentali nello studio dei diritti e delle dinamiche che legano questi alle questioni della cittadinanza; a riflettere sulla multidimensionalità e le ambiguità che caratterizzano le dinamiche dei diritti entro l'esperienza degli stati costituzionali. L'emergenza ed i diritti possono dunque vedersi come i due versanti di un crinale che attraversa un'importante porzione dell'esperienza del costituzionalismo: *rive droite* e *rive gauche* di un fiume che scorre in questi territori. La prima porta iscritte nel proprio DNA logiche e pratiche dello stato assoluto, della *ragion di Stato* – anche se questo marchio d'origine non le ha impedito di avere fortuna nelle varie esperienze ordinamentali e in diversi momenti storici. I secondi – modernamente ridefiniti, a partire dalle rivoluzioni borghesi di fine '700, in dichiarazioni costituzioni e codici ove si connettono e si intersecano con nuove declinazioni dei tradizionali *topoi* del diritto costituzionale (potere, sovranità, cittadinanza, legittimità e legalità, rappresentanza …) – costituiscono al contempo vettori di liberazione e di integrazione: dispositivo per l'ablazione di quote di potere a favore del singolo e delle formazioni sociali ed al contempo strumenti di disciplinamento orientati, in particolare quelli direttamente connessi alla cittadinanza, a convalidare una certa ideologia della partecipazione.

In queste pagine si tenterà di ragionare storicamente attorno ad alcune tra le emergenze riconducibili a motivi di *ordine pubblico*, interno ed internazionale, nelle quali più incisivo è stato il dispiegarsi di apparati emergenziali ed il loro lasciare il segno sulla «ordinaria» costituzione dei diritti. Una rilettura dunque asistematica e frammentaria. Un punto di vista sulle continuità e sulle fratture caratterizzanti i regimi dell'eccezione storicamente succedutisi e sui loro effetti sul terreno dei diritti e delle libertà. Un tentativo dunque di leggere le dialettiche tra emergenza e diritti in termini di *fattore del disciplinamento*: strumento costitutivo, nei diversi momenti storici, di efficaci relazioni tra potere e ubbidienza che prende forma dalla dinamica reale delle relazioni sociali e politiche e dai processi culturali di formazione e trasformazione degli immaginari collettivi, delle passioni e degli interessi – e dunque da un complesso di discorsi e soggetti: del giuri-

dico-politico, ma anche del sociologico, dell'economico, dell'artistico [1].

Questo lavoro, peraltro, aspira ad essere un lavoro di diritto comparato: di una comparazione più diacronica che sincronica e che tuttavia spera di evitare quelle ricadute nel formalismo alle quali questo tipo di comparazione si trova esposta, finendo per «scivolare in un esercizio di antiquariato costituzionale» [2]. Nell'affrontare un simile tema, d'altra parte, l'adozione di una prospettiva storica, ragionevolmente dinamica e realistica, aiuta, peraltro, a riconoscere «che è la realtà sociale ad operare direttamente sul modo in cui vengono costruiti i concetti giuridici», ed al contempo che è il ruolo che è assegnato al diritto nella composizione dei vari conflitti di interessi che richiede di andare oltre «la prospettiva unidimensionale secondo cui la logica del diritto si svolgerebbe ad un livello di coerenza interna al sistema del diritto vigente … indipendente rispetto al sottostante livello della storia sociale, della politica e degli interessi in gioco» [3].

Dunque, leggere *storicamente* le relazioni tra emergenza e diritti può forse offrire un punto di osservazione sul tema che permetta di ragionare criticamente intorno la dialettica in questione e sul come l'utilizzo degli istituti dell'emergenza, peraltro poco «eccezionale» nell'esperienza italiana, abbia contribuito al concreto configurarsi dei diritti, dei loro contenuti e delle loro garanzie, anche *oltre* il tempo dell'emergenza – quando, cessate le cause legittimanti le misure eccezionali, non ne cessano gli effetti sui diritti dei singoli e dei gruppi.

Il metodo che si è scelto di adottare viene, dunque, dopo la ricerca. È solo uno dei possibili piani di analisi. Serve più a delimitare il campo della ricerca che non a stabilire delle regole. Si tenta, in questo modo, una interpretazione *dal basso* della dialettica tra emergenza e diritti – la quale «non è la spiegazione mediante ciò che è più semplice, … bensì mediante ciò che vi è di più confuso, di più oscuro» [4]. L'emergenza, infatti, oltre che come situazione di gra-

---

[1] Così, F. CERRONE, *La cittadinanza europea fra costituzione e immaginario sociale*, in *Riv. critica dir. privato*, 2002, p. 479. Per una lettura della dialettica tra cittadinanza e diritti in termini di forme del disciplinamento sociale v. inoltre dello stesso A.: *La cittadinanza e i diritti*, in R. NANIA e P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2001, I, p. 209 ss.; e ID., *Crisi delle soggettività sociali e discorso della cittadinanza*, in corso di pubblicazione in *Diritto romano attuale*, n. 8/2002, par. 5.

[2] Mette in guardia a questo proposito A. VESPAZIANI, *La dottrina costituzionale europea nell'era post-ontologica del diritto comparato*, in corso di pubblicazione nel *Festschrift für Peter Häberle*, p. 23 del dattiloscritto.

[3] Come evidenzia A.A. CERVATI, *A proposito dello studio del diritto costituzionale in una prospettiva storica e della comparazione tra ordinamenti giuridici*, in *Diritto romano attuale*, 2/1999, p. 15 s.

[4] M. FOUCAULT, *I corsi al Collège de France. I Résumés*, Feltrinelli, Milano, 1999, p. 70 s. Prosegue Foucault: «Ciò che deve valere come principio di decifrazione è la confusione della

ve perturbazione dell'ordine che necessita di provvedimenti eccezionali e ammette limitazioni/sospensioni dei diritti costituzionali, può forse vedersi anche come un laboratorio per la sperimentazione di nuove forme di controllo sociale, divisione del lavoro, gestione delle tensioni sociali. Istituto che ruota attorno al popperiano paradosso «della tolleranza»: della sospensione delle libertà democratiche al fine di difendere la democrazia. Strumento di identificazione e trattamento dei *nemici pubblici* operante sulle dinamiche di inclusione/esclusione dalla sfera politica e, più latamente, partecipativa (dalla *sfera pubblica*) e, per questa via, strumento di concretizzazione di quella che si dice cittadinanza *sostanziale*. E, per chi scrive, se questa connotazione dell'emergenza è facilmente riscontrabile nell'esperienza statutaria, non sembra neppure che questa sorta di *eccedenza* caratterizzante l'utilizzo dei dispositivi eccezionali, scompaia del tutto con la trasformazione dello stato in senso pluriclasse e con la proclamazione della costituzione repubblicana. Questa la falsariga attorno alla quale si dipaneranno le riflessioni di seguito svolte, lo si ripete, senza pretesa di completezza attorno ad un tema che solleva difficoltà innanzitutto per la sua natura, interstiziale, per il suo svolgersi in una terra di nessuno tra ordinamento giuridico e fatto politico.

Difficoltà che riguardano innanzitutto il come pensare le situazioni di emergenza. Da una parte infatti possono distinguersi gli ordinamenti tra quelli che, in costituzione o con legge, regolano gli stati eccezionali (ad es. Francia e Germania) e quelli (come Italia, USA ed Inghilterra) che invece preferiscono non disciplinarli esplicitamente. Se questa distinzione è rilevante sul piano della costituzione formale è anche vero che, in termini di costituzione materiale, qualcosa come uno stato di eccezione esiste in tutti gli ordinamenti e la storia dell'istituto mostra che il suo sviluppo è indipendente dalla sua codificazione costituzionale o legislativa.

Anche il pensiero giuridico in materia appare distinguersi, ad es., tra coloro i quali cercano di includere lo stato di emergenza entro l'ordinamento giuridico e coloro i quali considerano questa situazione come esterna all'ordinamento. Tra chi, sulla scia dei «pieni poteri» di cui l'esecutivo dispone in caso

---

violenza …; ma è anche il tessuto di circostanze oscure ed insignificanti di cui sono fatte le sconfitte e le vittorie. Il dio ellittico ed oscuro delle battaglie deve rischiarare le lunghe giornate dell'ordine, del lavoro e della pace. Il furore deve rendere conto delle armonie. All'origine della storia e del diritto si faranno così valere una serie di fatti bruti … e una serie di casi … È soltanto al di sopra di questo groviglio che potrà delinearsi lo sviluppo di una razionalità … che, nella misura in cui si sviluppa verso il vertice, diviene sempre più fragile, più malvagia, sempre più legata … alla mistificazione. Si tratta proprio del contrario di quelle analisi tradizionali che, sotto il caso apparente o superficiale, sotto la brutalità visibile dei corpi e delle passioni, cercano di ritrovare una razionalità fondamentale e permanente, legata essenzialmente al giusto e al bene».

di guerra, interpreta l'eccezione come «un ritorno a uno stato originale pleromatico in cui la distinzione tra i diversi poteri non si è ancora prodotta» e coloro per i quali questa situazione «costituisce piuttosto uno stato kenomatico, un vuoto di diritto», una lacuna dell'ordinamento concernente, più che una carenza testuale, un «non-luogo» una zona di sospensione dell'ordinamento a garanzia della sua esistenza [5]; tra chi pensa la necessità in termini di dati oggettivi e chi invece ritiene che questa riguardi essenzialmente giudizi soggettivi, ritenendo eccezionali solo le circostanze dichiarate tali. Del resto, come ha scritto Lorenza Carlassare, «il tema delle misure d'eccezione è … un punto di contraddizione tra valori diversi. Vi si confrontano le ragioni dello Stato e quelle delle persone, le ragioni della concentrazione del potere di decisione e la sua collocazione in una sede democratica; perciò è un tema in cui, come in pochi altri, le teorie riflettono l'atteggiamento di chi le esprime verso i valori in conflitto: le scelte sono inevitabilmente legate alla diversa adesione di ciascuno all'uno e all'altro valore» [6].

1. L'età statutaria. Pieni poteri, leggi eccezionali e stati d'assedio

La prima pagina della storia moderna dell'emergenza e dei diritti è stata scritta in quel laboratorio costituzionale che fu la Francia rivoluzionaria tra il 1791 ed il '93 e merita di essere ricordata, non per vezzo antiquario, ma per due ordini di ragioni: innanzitutto perché lascia intravedere alcune delle logiche caratterizzanti all'origine l'attivazione di meccanismi eccezionali nel quadro degli stati costituzionali: una certa assimilazione tra nemici *esterni* ed *interni* e, al contempo, la tendenza ad agire, al di là della *salus rei publicae*, per la salvaguardia del regime in carica. In secondo luogo il richiamo a quegli eventi lascia intravedere che l'emergenza moderna è figlia della tradizione democratico-rivoluzionaria ben più che di quella assolutista.

La prima disciplina dell'*état de siège*, nella sua versione militare, risale infatti alla *loi* approvata dall'assemblea costituente il 10 luglio 1791 [7]. Anco-

---

[5] Così G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Einaudi, Torino, 2003, p. 15.

[6] L. CARLASSARE, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati* (a cura di M. GALIZIA e P. GROSSI), Giuffrè, Milano, 1990, p. 479 ss.

[7] Su quest'atto v. F.P. CONTUZZI, *Stato d'assedio*, in *Dig. it.*, XXII, 2, Utet, Torino, 1895, p. 183, per il quale «così definito lo stato d'assedio è un fatto, una conseguenza della guerra, che si manifesta, e produce i suoi effetti di per sé e senza alcuna dichiarazione». Tuttavia, con la legge del 19 Fruttidoro dell'anno V il Direttorio si attribuì il diritto di mettere una città in sta-

ra, misure eccezionali si adottarono nella primavera 1793, con l'aggravarsi della situazione all'interno ed all'esterno della repubblica [8]. Per la prima volta in età costituzionale l'ordine pubblico (la salute pubblica) soppianta i diritti dell'uomo e la necessità sospende la costituzione ed i diritti in essa iscritti.

È noto abbastanza il quadro complessivo dei diritti e delle garanzie durante il primo cinquantennio di vigenza dello statuto albertino. Come in altri ordinamenti coevi, anche nel neonato regno d'Italia la disciplina dei diritti si

---

to di assedio. Si ricordi inoltre la previsione contenuta nell'art. 11 del Titolo IV della Carta del '91, riguardo i poteri regi in caso di disordini che potessero sorgere in un *département* e del dovere di informarne il Corpo legislativo e, se del caso, di convocarlo. Sarà tuttavia solo con l'art. 2 della costituzione dell'anno VIII che, per la prima volta, verrà codificata l'ipotesi di una sospensione della costituzione.

[8] Per fronteggiare la coalizione antifrancese, si organizzò la coscrizione di massa mentre, all'interno, monarchici e girondini parevano allearsi tra loro e con il nemico esterno. Ad ottobre, il governo, proclamandosi rivoluzionario, rinuncerà a fondarsi sulla costituzione – già chiusa peraltro in una cassa di cedro dal 10 agosto. Tra il marzo ed il maggio '93, con una serie di decreti si predispose tra l'altro: l'invio di commissari politici nei vari *départements* per «rinfocolare il patriottismo» (9 marzo); la creazione di un tribunale rivoluzionario per giudicare i sospetti (11 marzo); la creazione di comitati di sorveglianza incaricati di sorvegliare gli stranieri ed i sospetti; l'inasprimento delle leggi sugli emigrati (28 marzo). Barère, in un discorso del 18 marzo, chiarirà il punto di vista della Montagna. F. FURET e D. RICHET, *La rivoluzione francese*, I, Laterza, Roma-Bari, 2000, p. 234 così riassumono i punti salienti di quel discorso: «Nei momenti d'emergenza non si governa con metodi normali: bisogna perciò accettare i sistemi rivoluzionari. La borghesia non può isolarsi dal popolo: occorre pertanto soddisfare le sue esigenze. Ma in questa alleanza a borghesia deve continuare ad essere l'elemento direttivo: la Convenzione deve dunque assumersi l'iniziativa delle misure rivoluzionarie». La sistematizzazione del governo rivoluzionario, invece, passerà attraverso tre fasi: il decreto del 19 vendemmiaio, anno II (10 ottobre 1793), per il cui art. 1 «il governo provvisorio della Francia è rivoluzionario fino alla pace»; il decreto del 14 frimaio, anno II (4 dicembre 1793) che in 69 articoli pone l'organizzazione di questo governo provvisorio e rivoluzionario; il discorso di Robespierre alla Convenzione del 5 nevoso, anno II (25 dicembre 1793) – «governo rivoluzionario e governo costituzionale» –, che offre una elaborata teoria del governo rivoluzionario. Per Robespierre «scopo del governo costituzionale è di conservare la repubblica, quello del governo rivoluzionario è di fondarla … Il governo rivoluzionario ha bisogno di un'attività straordinaria proprio perché è in guerra». Forma inedita di potere, il governo rivoluzionario sfugge al dominio della legalità nel senso tradizionale del termine e dunque «è soggetto a regole meno uniformi e meno rigorose perché le circostanze in cui si trova sono mobili e tempestose e soprattutto perché è costretto ad impiegare continuamente mezzi nuovi e rapidi per affrontare pericoli nuovi ed urgenti». Peraltro «se il governo rivoluzionario deve essere più attivo nella sua marcia e più libero nei suoi movimenti di quanto sia il governo ordinario, è forse per questo meno giusto e legittimo? No; esso è fondato sulla più santa di tutte le leggi, la salute del popolo, sul più irrefrenabile di tutti i titoli, la necessità. Anche esso ha le sue regole, tutte fondate sulla giustizia e sull'ordine pubblico». Su tali vicende ci si limita qui a segnalare: G. CAMUS, *L'État de nécessité en démocratie*, LGDJ, Parigi, 1965, p. 161 ss. e M. MORABITO e D. BOURMAUD, *Histoire constitutionnelle et politique de la France*, Montchrestien, Parigi, 1991, p. 113 ss.; S. WAHNICH, *L'hospitalité et la Révolution française*, in D. FASSIN, A. MORICE e C. QUIMINAL (dir.), *Le lois de l'inospitalité*, La Découverte, Parigi, 1997, spec. p. 15 ss.

colloca in una duplice sede: in costituzione, per quanto concerne il rapporto tra il cittadino e lo stato, e nel codice civile, per quel che attiene ai rapporti interprivati. E ricorrente è la sottolineatura della carenza normativa delle costituzioni, dell'esaltazione dell'onnipotenza del legislatore e dell'affidamento alla legge ordinaria (e dunque all'accordo re-parlamento) delle effettive possibilità di dispiegamento delle potenzialità del testo costituzionale [9]. Sul piano dei diritti e delle loro garanzie ciò condusse ben presto a riconoscere al Codice ben più che allo Statuto, natura di testo giuridicamente vincolante [10] e, di conseguenza, diversi saranno tipo e grado di tutela accordati alle diverse fattispecie di diritti e libertà: pressoché piena in ambito economico ed invece affidata alla discrezionalità dei poteri pubblici negli altri casi. Conseguenza di tale situazione sarà la precarietà dello statuto dei diritti e delle libertà del cittadino nello stato monoclasse [11]; la pervasività della logica privatistica ed il disinteresse per la dimensione sociale dei diritti; la funzionale esaltazione di un individuo astratto e di un'eguaglianza formale; la costruzio-

[9] Coerentemente con la formula della monarchia limitata, si affermò gradualmente in dottrina, sulla scia dell'esperienza tedesca, una configurazione delle libertà costituzionali in termini di «diritti pubblici soggettivi», e dunque come limiti ad un potere esecutivo sempre in grado di riguadagnare a danno di questi la pienezza delle proprie competenze. Caratteristica comune di tali libertà, dunque, il loro contenuto negativo; il loro costituire punto di arresto del potere pubblico nei confronti della sfera del soggetto privato. A ciò si aggiunga che la concreta declinazione offerta, entro una tale cornice, dell'idea secondo cui il godimento delle singole libertà non solo non deve ledere gli altrui diritti e libertà, ma neppure deve ledere l'interesse pubblico, condusse a riconoscere al legislatore ordinario il compito della fissazione dei limiti di tali libertà, ma, concretamente, tale compito venne ripartito tra determinazione astratta da parte della legge e individuazione concreta da parte di provvedimenti amministrativi. Per una teorizzazione esemplare di questo modo di pensare i diritti v., nella dottrina statutaria italiana, S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici soggettivi*, in *Trattato Orlando* I, S.E.L., Milano, 1897, p. 109 ss.

[10] Sintomatico della centralità riconosciuta al codice nel sistema giuridico è il fatto che le disposizioni sulla legge in generale siano poste all'inizio di questo e non nella costituzione.

[11] Tale debolezza condiziona ed è condizionata dalla configurazione cui si pervenne nell'esperienza statutaria del ruolo della magistratura. Il nuovo stato mirò ad ottenere la fedeltà di tale istituzione ed il suo allineamento agli indirizzi politici volta a volta dominanti, essenzialmente attraverso un'epurazione delle magistrature di altre regioni – in primo luogo di quelle per tradizione culturale più lontane dal lealismo di quella piemontese quali quelle lombardo-veneta, toscana, romana e napoletana – e facendo del pubblico ministero lo strumento di controllo dell'intero corpo dei magistrati. La tendenza sarà dunque quella di costruire l'ordine giudiziario come parte integrante della struttura di governo più che come strumento precipuo di tutela dei diritti dei cittadini. Tendenza esemplarmente sintetizzata da A. BRUNIALTI, *La funzione politica del potere giudiziario*, in *Arch. giur.*, 1870, p. 415, secondo il quale: «il magistrato non è che un delegato del potere esecutivo: il potere giudiziario non è che una funzione del governo, a lui spetta bensì il mantenimento dell'ordine e della giustizia, ma lo spirito che lo informa è o deve essere quello del governo».

ne di meccanismi di esclusione tali per cui il godimento effettivo dei diritti – non solo politici, ma anche individuali e di partecipazione (di associazione, come di manifestazione del pensiero) – venne nella sostanza a dipendere da condizioni tali da riservarli, per appartenenza di classe, ad una piccola minoranza della popolazione.

La dialettica emergenza/diritti, nella storia e nella cultura dell'Italia statutaria, appare dunque da subito caratterizzata da una debolezza del versante diritti: un aspetto di rilievo, questo, nella storia e nelle fortune dell'emergenza, la quale peraltro farà presto la sua comparsa nella storia dell'Italia unitaria, nonostante il silenzio della carta sabauda [12]. In questo contesto infatti l'ampio ricorso a misure eccezionali sin dai primi anni di vita del nuovo ordinamento portò con sé un rapido sovrapporsi al testo costituzionale di uno statuto non scritto dell'emergenza che produrrà conseguenze di rilievo sulla concreta configurazione della forma di governo statutaria e che caratterizzerà sensibilmente le vicende dei diritti e delle libertà, *abituando* da subito ad una prassi di compressione delle libertà e dei diritti e ad un'espansione potenzialmente illimitata dei poteri e delle facoltà dell'esecutivo in materia.

1.1. Guerre d'indipendenza e pieni poteri

Già agli albori dell'età statutaria, infatti, il parlamento risultò tagliato fuori dalle questioni intorno al diritto della guerra e della pace – questione interessante il raccordo re/governo – e ciò sovente con la sostanziale acquiescenza delle assemblee [13]. D'altra parte non rimase neppure meramente nominale la regia prerogativa del comando militare, *ex* art. 5 dello Statuto [14].

---

[12] Già la fase di elaborazione, i primi anni di vita dello statuto albertino, ed il complessivo processo di unificazione nazionale furono infatti segnati dall'*eccezionalità* delle vicende internazionali ed interne: le guerre di indipendenza con i relativi conferimenti di pieni poteri; gli stati d'assedio del 1849 (Genova), del 1852 (in Sardegna), del 1862 (nelle province napoletane e siciliane); la legislazione eccezionale nelle province meridionali contro il brigantaggio e le insorgenze borboniche.

[13] Basti accennare in questa sede al fatto che già i primi due anni di vita del nuovo ordinamento furono caratterizzati dalla lunga inattività del parlamento a causa degli eventi bellici (la legge n. 759 del 1848 concedendo infatti i pieni poteri al governo). V. a riguardo: G. Arangio Ruiz, *Storia costituzionale del Regno d'Italia*, Civelli, Firenze, 1898, p. 19 ss.

[14] Fino alla I guerra mondiale, infatti, fu il re ad esercitare effettivamente il comando delle forze armate e la sua influenza in materia fu accresciuta dalla circostanza per cui a capo del dicastero della difesa fu posto, dall'entrata in vigore dello statuto albertino, un militare. La prima volta di un non militare al vertice della difesa fu con il senatore Casana, nominato nel III governo Giolitti.

L'estraneità del parlamento è confermata peraltro dalle prassi in tema di deliberazione e dichiarazione dello stato di guerra. Nella prassi infatti la deliberazione fu più limitatamente intesa come dovere del governo di informare, direttamente o indirettamente, il parlamento [15], ma a questo dovere il governo spesso antepose le superiori esigenze di «interesse e sicurezza dello Stato» e di «riservatezza» per tutti quei rapporti riconducibili all'esito di un conflitto armato e più in generale a molte delle scelte in materia di politica estera [16]. La prevalente dottrina del tempo, peraltro, con l'evolvere in direzione parlamentare della forma di governo, riconobbe che la dichiarazione regia doveva necessariamente essere preceduta da una deliberazione parlamentare e concordò nel ritenere la dichiarazione un atto formale: volto a conferire certezza e solennità ad una serie di atti che avrebbero dovuto vedere la partecipazione del parlamento, ma la cui iniziativa e responsabilità rimaneva comunque dell'esecutivo. Il cuore dei rapporti tra governo e parlamento in materia stava dunque in quella legge di «concessione dei pieni poteri» al governo a causa della guerra che dal 1848 accompagnò – e talvolta, come in occasione della I guerra mondiale, precedette – ogni dichiarazione di guerra e che il parlamento non fece mai troppe difficoltà a concedere, autoescludendosi in questo modo dal concorrere alle scelte in materia di pace, di guerra e spesso di politica estera anche altra dalla guerra guerreggiata [17]. Sul piano dei diritti, quel

---

[15] Parlamento che «solo con l'approvazione dei "provvedimenti legislativi indispensabili per provvedere alle supreme contingenze della guerra" giudicava sul corretto uso della prerogativa reale». Così M. MANCINI e U. GALEOTTI, *Norme ed usi del Parlamento italiano*, ed. del Parlamento, Roma, 1887, p. 658.

[16] Segreto fu il trattato di alleanza franco-piemontese del gennaio 1859 per la II guerra di indipendenza. Segreto fu il trattato della «triplice alleanza» con gli imperi centrali, chiave di volta delle relazioni internazionali fino alla crisi balcanica ed al primo conflitto mondiale. Segreto fu anche il trattato di Uccialli tra Italia ed Etiopia del maggio 1889 (ratificato dal re il 29 settembre) con cui si creava la «Colonia Eritrea» nonostante l'art. 5 dello Statuto, che richiedeva l'assenso delle camere per trattati che importassero variazioni territoriali – Crispi chiuse sofisticamente la discussione iniziatasi alla camera il 5 marzo 1890 riguardo tale questione, sostenendo che l'ultima frase dell'art. 5 non si potesse applicare a quel trattato in quanto, riferendosi l'articolo in questione al territorio nazionale, non valesse per le colonie ed inoltre in quanto l'acquisto/variazione territoriale in questione non dipendeva dal trattato, ma dalla conquista militare. Su questo dibattito v. S. CILIBRIZZI, *Storia parlamentare politica e diplomatica d'Italia*, II, Tosi, Napoli, 1925, p. 401 ss. Su tali trattati v. ancora, G. ARANGIO RUIZ, *Storia costituzionale*, cit., rispettivamente pp. 107 s., 381 s., 452 s.

[17] Ad es. v. il testo della legge di concessione dei pieni poteri al Governo del 2 agosto 1848: «Il governo del Re (di Sardegna) è investito di tutti i poteri legislativi ed esecutivi e potrà quindi per semplici decreti reali e sotto la responsabilità ministeriale, salve le istituzioni costituzionali, fare tutti gli atti che saranno necessari per la difesa della patria e delle nostre istituzioni.», in L. PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, III ed., Pellas, Firenze, 1884, p. 105. Si tenga presente inoltre che il sindacato politico delle camere in materia avrebbe potuto peraltro svolger-

che qui va messo in rilievo è che di tali *pieni poteri* il governo nei fatti dispose ben oltre le esigenze inerenti la conduzione dei conflitti, gettando anzi attraverso di questi le basi giuridiche ed amministrative del processo di unificazione nazionale e di attuazione della Carta albertina e dando in questo modo un'intonazione autoritaria ed accentratrice all'unificazione, dato il contesto emergenziale entro cui questa venne a svolgersi [18].

1.2. Ordine pubblico e stati d'assedio

Lo stesso configurarsi in via di prassi dell'istituto dello stato d'assedio contribuì notevolmente alla precarizzazione dei diritti ed alla militarizzazione della gestione statutaria dell'ordine pubblico. Lo stato d'assedio *politico*, secondo una definizione condivisa nella sostanza dalla dottrina statutaria, «consiste nella sospensione di alcune leggi (particolarmente di quelle che riguardano la libertà dei cittadini) e nella concentrazione dei poteri civili nelle mani dell'autorità militare con la creazione anche, eventualmente di una giurisdizione militare per tutti i cittadini» [19]. Né il parlamento né i giudici sollevarono mai

---

si indirettamente, attraverso la discussione e la deliberazione dei bilanci, ma le ricorrenti sanatorie parlamentari per l'impiego *praeter legem* fatto dall'esecutivo dei mezzi finanziari necessari alla guerra testimoniano della scarsa considerazione in cui il governo teneva le prerogative del parlamento in tema di bilancio e la facilità con cui quest'ultimo nei fatti rinunciò ad esercitare i propri poteri nella determinazione e nel controllo della spesa pubblica.

[18] Come già nel 1848 infatti – quando sulla base dei pieni poteri l'esecutivo ridefinì l'ordinamento delle amministrazioni comunali e provinciali – anche in occasione della II guerra di indipendenza il governo adottò misure in tema di: *a*) revisione e completamento dei codici; *b*) riorganizzazione dell'amministrazione, dei servizi, della giustizia e dell'ordinamento giudiziario (misure queste che costituirono la cornice istituzionale fondamentale entro cui si svilupperà l'unificazione amministrativa); *c*) nuova legge elettorale politica. Rispetto alla analoga legge del 1848, la legge n. 3345 del 1859 previde, in aggiunta, limitazioni della libertà individuale, di stampa, di riunione ed associazione. Anche la legge che delegò al governo i pieni poteri in occasione della c.d. III guerra di indipendenza (n. 2987 del 1866) conteneva previsioni che trascendevano le necessità belliche. Oltre a poteri straordinari in materia di imposte, infatti, fu attraverso tale legge che si provvide ad un'ulteriore riorganizzazione dei ministeri e si operò la soppressione di molte corporazioni e congregazioni religiose, il riconoscimento ai loro membri dei diritti civili e politici e la devoluzione dei loro beni al demanio dello stato. Su tali normative v. ad es. S. MERLINI, *Il governo costituzionale*, in R. ROMANELLI (a cura di), *Storia dello stato italiano dall'Unità a oggi*, Donzelli, Roma, 1995, p. 14 s.; C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale 1848/1948*, Laterza, Roma-Bari, 1987, p. 90 ss.

[19] Così L. ROSSI, *Stato d'assedio*, in *Nuovo Dig. it.*, XII, I, Utet, Torino, 1940, p. 853, ma nello stesso senso v. già le voci enciclopediche dedicate a questo istituto da G. ARANGIO RUIZ, *Assedio politico (stato di)*, in *Enc. giur. it.*, I, IV, S.E.L., Milano, 1889, p. 168 – e da F.P. CONTUZZI, *Stato d'assedio*, cit., p. 178 – il quale peraltro (sulla scia del lavoro di T. REINACH, *De*

obiezioni sostanziali riguardo la competenza governativa circa la proclamazione degli stati d'assedio. I decreti di proclamazione degli stati d'assedio non recarono mai la clausola della loro presentazione in parlamento per la loro conversione in legge, sebbene talvolta questo si sia pronunciato in materia attraverso voti di fiducia [20] e neppure l'autorità giudiziaria sollevò mai obiezioni circa la competenza governativa alla proclamazione degli stati d'assedio [21]. Le concrete restrizioni operate dei diritti e delle garanzie che si determinarono nei singoli casi di stato d'assedio sembrano complessivamente rispondere, nella sostanza, alle ragioni effettive delle singole proclamazioni, e con scarso riguardo verso il piano dei diritti e delle garanzie. Nella prassi statutaria italiana si verificarono spesso infatti disinvolte interpretazioni dei poteri connessi a tale istituto [22], della diversa incidenza di questo sui diritti e le libertà statutarie [23]

---

l'état de siège. Étude historique et juridique, Pichon, Parigi, 1885) definisce lo stadio d'assedio militare e quello politico anche come, rispettivamente, «effettivo» e «fittizio» o «dichiarato».

[20] Solo in occasione degli stati d'assedio del 1898, venne convertito in legge (n. 197 del 1898) il decreto di proclamazione di stato d'assedio mediante concessione parlamentare di un «*bill* d'indennità». Su tale disegno di legge e sulle diverse interpretazioni che di esso si dettero, v. ad es. O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in *Tratt. Orl.*, IV, I, S.E.L., Milano, 1904, pp. 1996-1201. Inoltre, «ciò che in Italia si suole chiamare … *bill d'indennità*, è una legge di sanatoria … Queste leggi erano emanate nel passato al termine di periodi di guerra o di insurrezione, per proteggere coloro che … avessero agito al di là dei loro poteri, nell'interesse nazionale» – così G. TREVES, *Bill d'indennità*, in *Enc. dir.*, V, Giuffrè, Milano, 1959, p. 480 s.; su tale atto v. inoltre L. ROSSI, *Il «bill d'indennità»*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1937, p. 5 ss.

[21] Tale autorità infatti affermò che, dovendo accertarsi caso per caso l'assoluta ed urgente necessità dell'applicazione di tale istituto, secondo le circostanze di fatto che l'avevano determinata, quella che doveva effettuarsi era una valutazione discrezionale ed eminentemente politica, quindi di esclusiva competenza parlamentare e sottratta al potere giudiziario, il quale dunque rifiutava di giudicare in merito – v. esemplarmente: Cass. Roma, 11 luglio 1894, ric. De Felice ed altri, in *Giur. it.*, XLVI (1894), p. 251.

[22] Indicativo a riguardo un episodio che riporta Molfese. Il generale La Marmora, inviato nelle province napoletane in occasione degli stati d'assedio del 1862, in un messaggio cifrato chiese al presidente del consiglio Rattazzi se rientrasse tra i suoi poteri la facoltà di arrestare i giornalisti e gli agitatori, anche se deputati, e di sequestrare i giornali – poteri i primi che nessun regio decreto avrebbe potuto concedere, neppure in stato d'assedio. Al diniego ufficiale Rattazzi fece seguire una lettera personale con cui accordò, in casi estremi, l'uso di quelle facoltà. Cfr. F. MOLFESE, *Storia del brigantaggio dopo l'Unità*, Feltrinelli, Milano, 1966, p. 164.

[23] Tra i diritti sospesi o comunque compressi in occasione degli stati d'assedio, i diritti di riunione e di associazione In questa materia infatti regnò sovrano il limite dell'ordine pubblico: nel codice penale sardo del 1839 si richiedeva per le associazioni una licenza di polizia. I limiti fondamentali delle associazioni apparvero nel codice penale del 1889: in questo si vietarono le associazioni armate, quelle a delinquere e quelle di cospirazione politica. In occasione dei provvedimenti eccezionali del 1894 vennero poi genericamente vietate le associazioni politiche e si aggiunsero nuovi motivi che giustificavano lo scioglimento delle riunioni (ad esempio il fatto che in esse si verificassero "manifestazioni o grida sediziose" le quali, quand'anche non dirette contro lo Stato ed i suoi rappresentanti, determinavano comunque lo scioglimento della riu-

ed ingiustificate estensioni nello spazio e nel tempo della sua vigenza [24].

nione). Per un quadro generale sulla libertà d'associazione in età statutaria v.: E. CHELI, *Libertà d'associazione e poteri di polizia: profili storici*, in *La pubblica sicurezza* (a cura di P. BARILE), Vicenza, Neri Pozza, 1967, pp. 275-294. Non godette di miglior tutela il diritto di adunarsi – già di per sé garantito dallo statuto con la cautela dell'"uniformarsi alle leggi che possano regolarne l'esercizio nell'interesse della cosa pubblica" (art. 32) e sottoposto all'"intera soggezione" delle leggi di polizia, in caso di "adunanze in luoghi pubblici od aperti al pubblico".

Diverse anche le limitazioni imposte alla stampa durante gli stati d'assedio: si concesse all'autorità di pubblica sicurezza la facoltà di arrestare chiunque stampasse o distribuisse giornali o altri fogli volanti (Sicilia 1862); altre volte questa fu sottoposta a censura preventiva e ad una speciale autorizzazione per la pubblicazione e la distribuzione di stampati in genere, concedendosi al contempo all'autorità la facoltà di sequestrare, sospendere o sopprimere qualunque pubblicazione che tendesse a turbare l'ordine pubblico ed il rispetto per il governo (provincie meridionali 1862, Sicilia 1894); talvolta infine si giunse inoltre ad ordinare la chiusura di stamperie e di case editrici che si trovassero nel territorio soggetto allo stato d'assedio e si proibì l'affissione di qualsiasi avviso, sia scritto sia stampato, che non fosse stato emanato dalle autorità riconosciute – cfr. P. BARILE, *La pubblica sicurezza*, in *La pubblica sicurezza*, cit., p. 17 s.

Oltre ai limiti posti in materia di armi e locali pubblici, ampi limiti vennero posti in materia di libertà di circolazione e di soggiorno: in occasione degli stati d'assedio venne spesso imposto un vero e proprio coprifuoco e si impose inoltre alle persone non originarie della zona ed a quelle che non vi dimorassero stabilmente, di abbandonarla entro un certo termine, salvo dimostrassero di avere validi motivi per trattenersi (Genova 1849). Talvolta si fece inoltre divieto di circolare fuori dal proprio comune senza uno speciale permesso rilasciato dall'autorità proibendosi agli albergatori di alloggiare coloro che non ne fossero muniti.

Riguardo le immunità parlamentari (per l'art. 45 dello statuto albertino «*Nessun deputato può essere arrestato, fuori dal caso di flagrante delitto, nel tempo della sessione, né tradotto in giudizio in materia criminale, senza il previo consenso della Camera*») la prassi mostra che, nei casi del 1862, del 1894 e del 1898, le immunità di molti esponenti dell'opposizione socialista e repubblicana, vennero reiteratamente violate attraverso un'interpretazione per così dire disinvolta del concetto di flagranza; la dottrina, pur concordando che queste, salvo casi estremi, non venissero sospese dallo stato d'assedio, spesso nello specifico ne legittimò la limitazione alla luce dell'inciso dello stesso art. 45 per cui un parlamentare poteva essere sempre arrestato *in caso di flagrante delitto*. V. a proposito: E. BRUSA, *Le prerogative parlamentari durante lo stato d'assedio*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1898, p. 461; A. MAJORANA, *Lo stato d'assedio*, Giannotta, Catania, 1894, p. 97; O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, cit., p. 1243; G. ARANGIO RUIZ, *Assedio politico*, cit., p. 207; F.P. CONTUZZI, *Stato d'assedio*, cit., p. 238; S. CILIBRIZZI, *Storia parlamentare*, cit., p. 141 ss.

In assedio, la sospensione della legge comune avrebbe dovuto peraltro limitarsi al campo del diritto pubblico: non mancarono tuttavia stati d'assedio, come quello del 1894, in occasione dei quali si dispose per decreto anche la proroga degli effetti cambiari; a volte anche l'amministrazione civile venne sottoposta ad una sorta di tutela esercitata attraverso circolari dei prefetti nelle quali si stabilivano norme per la revisione dei bilanci comunali, per la riduzione delle spese obbligatorie nei limiti del necessario e per la soppressione delle spese facoltative (a Sassari, in occasione dello stato d'assedio del 1852, si sottoposero le riunioni dei consigli comunali a speciale autorizzazione, mentre in Sicilia nel 1894 si procedette perfino ad una pesante revisione delle liste elettorali in seguito allo stato d'assedio – cfr. O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, cit., p. 1222.

[24] Si pensi agli stati d'assedio proclamati nelle provincie siciliane e napoletane tra il 17 ed

Della complessiva parabola statutaria dello stato d'assedio, risalta peraltro la disinvoltura con cui ampi settori di dottrina e giurisprudenza legittimarono la compressione di quelle libertà già dallo statuto dimessamente riconosciute. Il dibattito intorno a tale istituto in età statuaria, salvo poche voci, non riuscì ad andare oltre un'impostazione meramente legalitaria, che finiva per giustificare l'abuso dei poteri eccezionali sul metro della rapidità e dell'efficacia della repressione; per considerare la compressione dei diritti e delle libertà come conseguenza necessaria e *naturale* di misure perfettamente legittime che, in situazioni di turbamento dell'ordine pubblico, andavano prese per un pronto ripristino della *normalità*.

La prassi statutaria a riguardo offre conferma dell'allineamento della magistratura all'esecutivo in età statutaria. La sostituzione, in stato d'assedio, della giurisdizione ordinaria con i tribunali militari straordinari, permetteva infatti, attraverso una forte diminuzione del diritto di difesa [25], di ottenere decisioni rapide ed in linea con l'azione di governo. L'eccezionalità della situazione e le «supreme necessità dello Stato» facevano sì che assurgesse al rango di prova qualunque elemento di sospetto e che si procedesse spinti soprattutto dalla necessità di reprimere ogni forma di dissenso e la giurisprudenza della Cassazione, in questo contesto, finì per risolversi in un avallo dell'opera dell'esecutivo e dell'esercito [26].

Al pari di altri istituti eccezionali [27], gli stati d'assedio costituirono inoltre

---

il 20 agosto 1862; osserva a riguardo F.P. CONTUZZI, *Stato d'assedio*, cit., p. 234: «in Sicilia l'insurrezione era scoppiata, e si trattava di introdurre lo stato d'assedio come misura di repressione; nelle province napolitane vi era il solo pericolo che l'insurrezione si estendesse sul continente, e quindi lo stato d'assedio fu introdotto come misura di prevenzione», ipotesi quest'ultima unanimemente rigettata in dottrina – v. oltre al lavoro di Contuzzi ora cit., G. ARANGIO RUIZ, *Assedio politico*, cit., p. 205. Circa il prolungamento nel tempo delle misure eccezionali, v. *infra* quanto si verificò nel Meridione con la legge Pica.

[25] Questi ultimi giudicavano in base alla procedura penale militare di guerra, ossia attraverso un collegio composto da ufficiali nominati dal commissario straordinario, con la difesa esercitata da difensori militari di grado gerarchicamente inferiore ai giudici e a quello dell'avvocato fiscale militare che sosteneva l'accusa.

[26] A riguardo v. *infra* 1.4.

[27] Riguardo la differenza tra stato d'assedio e pieni poteri, per la teoria entrambi gli istituti erano utilizzabili in situazioni di necessità: ciò che li diversificava era la natura e l'intensità della perturbazione che erano diretti a risolvere. Dunque, nel caso di perturbazioni diffuse e prolungate, seppure non eccessivamente intense, che presentassero quindi, una certa stabilità temporale, si poteva provvedere con una legge di concessione dei pieni poteri al governo, ossia con uno strumento che richiedeva certamente un *iter* di formazione più lungo, ma che allo stesso tempo permetteva di dare risposte più articolate alle situazioni di crisi; si riteneva invece preferibile la proclamazione dello stato d'assedio quando l'evento perturbatore dell'ordine pubblico da fronteggiare si presentava sotto forma di tumulti improvvisi. In merito a tale differenza v., ad es., F.P. CONTUZZI, *Trattato di diritto costituzionale*, Utet, Torino, 1895, pp. 773-

una sorta di laboratorio per la sperimentazione di misure che poi, così «collaudate», trapassavano nelle normative generali [28]. Appare al contempo evidente il ruolo dello stato d'assedio come elemento risolutore nelle mani del governo nei momenti di forte tensione sociale. Se si eccettua il caso del 1909, il solo esempio di stato d'assedio proclamato per eventi naturali (il terremoto che colpì Messina e Reggio Calabria il 28 dicembre 1908), negli altri casi questo fu sempre proclamato a seguito di agitazioni popolari. La frattura che in tal modo rapidamente si determinò tra stato e masse popolari contribuì ad una sopravvalutazione del carattere antigovernativo ed antistatale di molti moti popolari ed i ripetuti e prolungati «intervalli» nell'esercizio dei diritti fondamentali provocati dagli stati d'assedio determinarono un sensibile ridimensionamento del già scarso contenuto garantista dello statuto, segnando l'apparato statale in senso sempre più burocratico e poliziesco [29].

1.3. L'annessione delle province meridionali ed i regimi dell'eccezione

Con l'annessione del regno delle due Sicilie, il problema della tutela dell'ordine pubblico si pose con un'intensità tale da condurre al compiuto

---

777; G. ARANGIO RUIZ, *Assedio politico*, cit., pp. 173-174. Invece, con il c.d. «piccolo stato d'assedio» – proclamato con decreto governativo in occasione dello sciopero generale del 1904 – si trasferirono dai prefetti all'autorità militare le attribuzioni in materia di pubblica sicurezza, analogamente a quanto avveniva in stato d'assedio, ma non si ebbe passaggio di competenze dai tribunali ordinari a quelli militari e non si sospesero le garanzie costituzionali – v. a riguardo L. VIOLANTE, *La repressione del dissenso politico nell'Italia liberale: stato d'assedio e giustizia militare*, in *Rivista di storia contemporanea*, n. 4/1976, p. 482.

Questa diversificazione delle misure da prendere, in relazione all'intensità dell'emergenza da affrontare, testimonia della riluttanza a ricorrere a misure di carattere generale, almeno fintanto che si riteneva possibile circoscrivere e soffocare rapidamente i disordini, preferendosi dunque evitare proclamazioni formali di istituti emergenziali che importassero la sospensione delle garanzie costituzionali, a favore di un'azione immediata e diretta, analogamente lesiva di quelle garanzie, ma tale da evitare il riconoscimento formale della eccezionalità dei poteri dispiegati. In tal senso G. MOTZO, *Assedio (stato di)*, in *Enc. dir.*, III, Giuffrè, Milano, 1958, p. 250.

[28] L'istituto del *domicilio coatto* ad esempio, sperimentato per la prima volta con gli stati d'assedio del 1862 e con la legge Pica dell'anno successivo, trapassò poi nella legge generale di pubblica sicurezza del 1865, così come l'*ammonizione* e la *sorveglianza speciale* (recepiti dalla legge del 1865 all'art. 80), il *foglio di via* – per persone che non sapessero dare "contezza di sé", e il *passaporto per l'interno* (artt. 65 e 66 legge cit.).

[29] Ad analoghe conclusioni perviene F. COCOZZA, *Assedio (stato di)*, in *Enc. giur.*, III, Ist. Enc. ital., Roma, 1988, pp. 2 e 8. Sulle prassi e sul dibattito di età statutaria in tema stati d'assedio, così come per ulteriori indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali in materia, sia concesso rinviare a G. BASCHERINI, *Lo stato d'assedio nell'esperienza statutaria italiana*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 4267 ss.

dispiegarsi di un'ampia gamma di misure emergenziali: dalla sospensione delle garanzie costituzionali, al ricorso allo stato d'assedio, fino al varo di un'apposita legge speciale. Per l'Italia meridionale i primi anni dell'unificazione furono infatti un succedersi di differenti regimi di emergenza, accomunati da una diffusa e pervasiva compressione dei diritti e da una prolungata militarizzazione dell'ordine pubblico segnata da abusi ed esecuzioni di massa [30].

Già prima della legge Pica, la politica dell'ordine pubblico in Italia meridionale conobbe infatti fasi e direttrici differenti [31]. La legge Pica (n. 1409 del

---

[30] Sullo stato d'eccezione caratterizzante i primi anni di vita unitaria del Mezzogiorno v. R. MARTUCCI, *Emergenza e tutela dell'ordine pubblico nell'Italia liberale. Regime eccezionale e leggi per la repressione dei reati di brigantaggio (1861-1865)*, Il Mulino, Bologna, 1980.

[31] Si ricordi l'azione rattazziana in materia di associazioni. Il governo decise, per ragioni di ordine pubblico, di disciplinare legislativamente le associazioni politiche e con il d.d.l. del 3 giugno 1862, Rattazzi riconobbe all'esecutivo la possibilità di limitare il diritto di associazione e la possibilità di scioglimento per decreto reale delle associazioni. Il Consiglio di stato, che nel 1852 aveva sottolineato l'inopportunità di limitare tale diritto – «avendolo i cittadini sempre esercitato senza alcun danno per la cosa pubblica» –, nel 1862 cambiò linea: è l'epoca dei fatti d'Aspromonte e lo stesso tribunale ordinò lo scioglimento delle associazioni garibaldine, delle società emancipatrici, dei circoli internazionalisti e delle associazioni repubblicane, obbedendo, con tale scelta, a quella linea rattazziana tendente a togliere ogni supporto all'opposizione democratica meridionale. Il problema delle associazioni segnò il dibattito politico a metà del 1862. L'art. 32 dello statuto, riferendosi esclusivamente alle riunioni, non opponeva particolari difficoltà ad un divieto di esistenza di partiti ed associazioni con scopo politico, o comunque ad una sottoposizione di questi ad un'autorizzazione ministeriale e ad una connessa facoltà di scioglimento – e se la questione non aveva assunto particolare rilievo nei primi anni di vita dello statuto, ciò dipese essenzialmente dal fatto che, allora, l'esistenza di certi partiti ed associazioni, lungi dal costituire un problema di ordine pubblico, costituiva parte del disegno politico-nazionale della borghesia moderata. Il problema quindi prese a porsi quando tale diritto prese ad essere agito dal campo repubblicano e con valenze altre da quelle moderate. La questione del rapporto tra statuto e libertà associative fu peraltro oggetto di ampio dibattito nella dottrina costituzionalistica del tempo, la quale pur concordando che un tale diritto, nonostante il deliberato silenzio dello statuto a riguardo (deliberato in quanto la carta belga, cui lo statuto, anche in tale materia si ispirava, prevedeva espressamente un tale diritto [art. 20], assieme a quello di riunione [art. 19]), fosse comunque desumibile muovendo dalla libertà di riunione e da quella individuale (v. a riguardo F. RACIOPPI e I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, vol. II, Utet, Torino, 1909, p. 224 s.), non mancava tuttavia di rimarcare la facoltà governativa di scioglimento delle associazioni politiche e la portata di un tale diritto, limitata dalle esigenze di sicurezza dello stato – in merito G.B. UGO, *Statuto*, in *Dig. it.*, XXII, 2, Utet, Torino, 1929, p. 380 e A. BRUNIALTI, *Associazione e riunione (diritto di)*, in *Dig. it.*, IV, 2, Utet, Torino, 1926, p. 28 ss. Sulla libertà d'associazione in età statutaria v. inoltre, E. CHELI, *Libertà di associazione e poteri di polizia*, in *La pubblica sicurezza*, cit., p. 275 ss. e P. RIDOLA, *Associazione (libertà di associazione)*, in *Enc. giur.*, III, Ist. Enc. ital., Roma, 1988, cap. 1, par. 2 e la bibliografia ivi riportata.

Ancora, tra l'agosto ed il novembre del 1862, la proclamazione dello stato d'assedio; la costituzione di una commissione parlamentare di inchiesta; la legislazione eccezionale per la repressione dei reati di brigantaggio (dicembre 1862-giugno 1863), nel tentativo di legalizzare

1863) riprese, alla fine di un contrastato *iter* parlamentare, la nota-base delle precedenti proposte di legge in tema di ordine pubblico e mezzogiorno: l'approntamento di una legge penale speciale la cui temporaneità fosse subordinata al ritorno della normalità. Uno strumento legislativo in grado dunque di sostituirsi ai molteplici stati d'assedio e che di questi non perdesse il rigore [32].

Due gli aspetti di tale normativa che tenderanno a riproporsi nella storia patria dei regimi eccezionali: da una parte il tentativo di «sanare» arbitrii ed illegalità caratterizzanti il precedente regime eccezionale mediante loro recezione in una, seppur provvisoria, legge. D'altra parte, va rilevato le ripetute proroghe produssero l'aspettativa che la normativa eccezionale o alcune sue parti avrebbero prima o poi finito per essere riportate nella legislazione ordinaria [33] – e sarà anche il fallimento di questo indirizzo che indurrà l'esecutivo sulla via del potenziamento degli ordinari strumenti di polizia in materia di mantenimento dell'ordine pubblico. Dopo una nuova proroga, necessaria in primo luogo a restituire la giurisdizione ai tribunali ordinari [34], la legislazione

---

la repressione e di sottrarla all'arbitrio delle autorità militari, ed è con questa legislazione che avverrà il passaggio di consegne tra giudici ordinari e militari. Si operò infatti (tra aprile e maggio 1862), una forte epurazione della eterogenea magistratura meridionale, sospettata di fedeltà al passato regime. Un'epurazione, tuttavia, che, severa con i bassi gradi, permise invece la permanenza in organico di quei membri delle magistrature superiori ben altrimenti compromessi con i Borbone. Si produsse di conseguenza un rallentamento nell'amministrazione della giustizia – questa divenendo timorosa delle interpretazioni politiche che avrebbero potuto darsi delle proprie decisioni e spesso contraddittoria – e conseguentemente una perdita di credibilità della magistratura ordinaria che contribuì, con la proclamazione dello stato d'assedio, all'esautorazione di questa in favore dei tribunali militari in aperta violazione dell'art. 71 della carta albertina. Oltre al già ricordato lavoro di L. VIOLANTE, *La repressione del dissenso politico*, cit., sull'argomento ci si limita a segnalare: M. D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 153 ss., nonché F.S. MERLINO, *Politica e magistratura dal 1860 ad oggi*, Feltrinelli, Milano, 1974 (ma il testo è del 1925), p. 266 ss.

[32] La legge n. 1409 e le sue quattro proroghe definirono dunque quella legislazione eccezionale vigente fino a tutto il 1865 e che ruotò attorno a due centri: i tribunali militari – dinanzi ai quali veniva portato chiunque fosse accusato di brigantaggio – e le Giunte provinciali per l'invio al domicilio coatto. Si legalizzava con questa lo spostamento di giurisdizione; si permetteva ampio ricorso alla pena di morte, ai lavori forzati a vita ed alla deportazione per chi fosse ritenuto colpevole di brigantaggio (artt. 1-2), nonché alla comminazione del domicilio coatto per «oziosi, vagabondi, persone sospette, manutengoli e camorristi» (art. 4) – misura che venne puntualmente utilizzata contro l'opposizione e la stampa democratica.

[33] Pericolo, questo, già denunciato da P.S. Mancini in un suo intervento alla Camera nel corso del dibattito intorno alla prima proroga della legge. In effetti, il tentativo di istituzionalizzare la macchina dell'emergenza avviata in quegli anni nel Meridione venne effettivamente esperito con la legge Lanza, n. 2061 del 1864, con cui si mirava a mandare a regime il meccanismo della proroga annuale della legge Pica.

[34] Diverse questioni sorsero attorno a tale trasferimento di giurisdizione, a questo *terminare l'emergenza*. Interessante a questo proposito il dibattito che si svolse nella dottrina di età

eccezionale per la repressione del brigantaggio rimase ancora in vigore per tutto il 1865. Provvedimenti speciali di pubblica sicurezza verranno ancora votati dal parlamento tra il 1866 ed il 1875, ma, fino agli stati d'assedio del 1894, proclamati in Sicilia ed in Lunigiana, ed alle leggi eccezionali del luglio dello stesso anno, che consentirono a Crispi di sciogliere, ad ottobre, il partito socialista e le associazioni ad esso collegate – non si ricorrerà più a simili istituti emergenziali nella gestione dell'ordine pubblico e nel controllo dell'opposizione politica e sociale.

1.4. Tra '800 e '900. L'emergenza operaia. La questione coloniale. La I guerra mondiale

Nell'ultimo quarto di Ottocento presero a manifestarsi sempre più evidenti crepe in quel blocco sociale, economico e politico che aveva condotto l'unificazione ed i primi anni di vita del nuovo stato unitario. Se infatti resta l'omogeneità del ceto di governo, è anche vero che la riforma elettorale del 1882 contribuì al superamento dell'omogeneità elettori/eletti, all'intensificarsi delle dialettiche di classe ed alla rimessa in discussione di equilibri consolidati. Entra in crisi lo stato liberale in quanto *monoclasse*; l'idea di cittadinanza che esso presuppone; i cataloghi e gli strumenti di tutela dei diritti a quell'idea sottesi; i meccanismi ed i limiti alla partecipazione che essa prevedeva; quel sistema della rappresentanza.

È, in fondo, un processo di allargamento della dialettica cittadinan-

---

statutaria riguardo la competenza – del Tribunale Supremo Militare di guerra ovvero della Cassazione – all'esame dei ricorsi contro le sentenze pronunciate dai tribunali per fatti di brigantaggio. Difatti se per F.P. CONTUZZI, *Stato d'assedio*, cit., p. 259, con la fine del regime eccezionale e con il ritorno dei poteri di polizia alle autorità civili, devono riattivarsi le guarentigie sospese a causa dell'emergenza e di conseguenza i tribunali ordinari vedono restituirsi la pienezza delle proprie funzioni – e dunque «i processi iniziati dinanzi ai Consigli di guerra si espletano dinanzi ai tribunali ordinari», *ivi*, p. 260 –, opposto avviso esprime G. ARANGIO RUIZ, *Assedio politico*, cit., p. 185, secondo il quale è necessario che «tutti i fatti dei quali il tribunale militare è stato investito, siano da questo giudicati, malgrado la cessazione dello stato d'assedio. La quale influisce soltanto sui fatti che in seguito si commetteranno e che verranno deferiti ai tribunali ordinari». Può concordarsi che tale contrapposizione dottrinale trovava un fondamento nella differente disciplina legislativa dell'emergenza adottata in Francia ed in Prussia. Se infatti la legge francese del 9 agosto 1849 costituì il modello legislativo di riferimento della tesi di Arangio Ruiz, Contuzzi sembra ispirarsi invece disciplina prussiana (v., in materia di *Standrecht*, l'art. 111 della Costituzione del 1850 e la legge organica del 4 giugno 1851, la quale disciplinava essa stessa la transizione post-emergenziale ed il ritorno delle competenze ai tribunali ordinari). Sulle discipline europee di età liberale in materia di regimi eccezionali v., nella dottrina del tempo, F.P. CONTUZZI, *Stato d'assedio*, cit., parte II.

za/diritti quello che prese allora a svilupparsi: di inclusione di nuovi soggetti e di configurazione di nuovi diritti. Emerge sempre più una considerazione sistemica dei diritti; logiche altre da quelle proprietarie pretendono attenzione dal diritto e rendono manifesto, sul piano dei diritti e delle loro garanzie, il conflitto sociale in corso. Si eliminano forme di compressione dei diritti particolarmente odiose. Il codice Zanardelli del 1889 testimonierà di un maggior rispetto delle libertà, in primo luogo di quella personale [35] e la medesima ispirazione caratterizza il testo unico di pubblica sicurezza dello stesso anno. Tale processo tuttavia non si sviluppò entro, e neppure produsse per induzione, una politica dei diritti nuova rispetto al passato. Immutato permane il quadro assiologico di riferimento dei diritti e della penalità: la proprietà ne è ancora primo mobile. La caratterizzazione autoritaria dell'ordinamento induce a mantenere fortemente limitate le libertà associative, di stampa e di manifestazione del pensiero. Il dissenso politico continua ad essere fortemente penalizzato e represso; il riconoscimento formale non farà venire meno l'ostilità diffusa nei confronti dello sciopero e la magistratura si trovò, poco onorevolmente, in prima fila nella negazione di un tale diritto [36].

Il decennio a cavallo tra Ottocento e Novecento segna dunque l'avvio dello sviluppo industriale italiano ed al contempo di una profonda crisi di egemonia della classe dirigente liberale; di conflitto tra borghesia imprenditoriale settentrionale e ceti agrari del sud (conflitto questo che corre sottotraccia ai cambiamenti nelle alleanze di governo di quegli anni). Questi gruppi ritrovarono unità di classe nella reazione antipopolare: sarà dunque a questa crisi che si tornerà a rispondere con l'emergenza. Su questo crinale, opportunamente revisionata, torna in funzione la macchina dell'eccezione. Se infatti fino a quel momento l'esperienza-guida in materia di emergenza era stata quella francese con la sua disciplina del 1849 in tema di stato d'assedio, dall'età crispina referente privilegiato, in tema di emergenza, diverrà quello statualismo tedesco (esemplarmente declinato da Ranelletti nel suo lavoro sulla *Polizia di sicurezza*) [37], che meglio sembrava arginare lo sviluppo dei movi-

---

[35] Con esso si abolisce la pena di morte e si perviene ad una maggior sistematicità dei reati, ad un uso più accorto degli strumenti di prevenzione e repressione, si comincia a pensare la pena anche in termini di rieducazione (sintomatica a riguardo l'introduzione della c.d. liberazione condizionale).

[36] E se, con la maggior neutralità del governo nel conflitto sociale che caratterizzò su questo terreno l'età giolittiana, si giunse ad un maggior rispetto di un tale diritto, non per questo cessarono gli le repressioni cruente, in particolare nelle campagne del Meridione. Su tali questioni ci si limita qui a segnalare: G. Neppi Modona, *Sciopero, potere politico e magistratura 1870-1922*, Laterza, Roma-Bari, 1969.

[37] Ed è bene ricordare che, mentre la tradizione francese affida il potere di sospendere le

menti popolari e ad esso aderì, non senza tuttavia autorevoli eccezioni, la prevalente dottrina. La disciplina dei diritti di libertà nel codice penale e nel testo unico del tempo venne piegata alle ragioni della repressione del dissenso politico e sociale e della salvaguardia della stabilità degli ordinamenti; sempre più ampie erano le intromissioni consentite all'amministrazione ed alle forze di polizia nella sfera delle libertà. E questo processo di sviluppo statualistico-autoritario vedrà il suo compimento durante il fascismo, con la legge sulle associazioni del 1925-26, il testo unico del 1931 ed i codici penali del 1930[38].

Il decennio che va dai moti in Sicilia ed in Lunigiana del 1894 allo sciopero generale del 1904, ed oltre, vedrà il ritorno alle proclamazioni di stato d'assedio, ai tribunali militari, alle sospensioni di vari diritti e tutele ed al contempo il ricorso a nuovi strumenti dell'emergenza (ad es. il c.d. «piccolo stato d'assedio» e la militarizzazione del personale di taluni servizi pubblici). E tutto questo senza incontrare particolari ostacoli, salvo rare eccezioni, nella giurisprudenza[39] e

---

leggi a chi le leggi le produce, ossia al parlamento, nell'esperienza tedesca questo potere è affidato al capo dello Stato.

[38] Così P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA e P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, cit., p. 21.

[39] Discutibile l'atteggiamento della Cassazione, i cui interventi in occasione dei singoli stati d'assedio si dimostrarono nel complesso funzionali alla linea scelta dall'esecutivo con l'istituzione dei tribunali militari. Mentre infatti la Corte dei conti registrò con riserva, e solo dopo l'ingiunzione del Governo, i decreti istitutivi degli stati d'assedio del 1894 e del 1898 (tale corte registrò questi decreti con riserva, «considerato che il provvedimento eccezionale, com'è definito dallo stesso Governo, determinato da ragione politica, esce dai confini della legge scritta, dalla quale non trae norma». V. Cass. Roma, 19 marzo 1894, ric. Molinari, in *Riv. pen.*, XXXIX, 1894, p. 471, in nota) – e sebbene il codice penale per l'esercito, applicato durante gli stati d'assedio, prescrivesse la non impugnabilità delle decisioni dei tribunali militari di guerra, e quindi l'impossibilità per la Cassazione di ricevere i ricorsi contro le sentenze di tali tribunali – la suprema Corte, nei casi del 1894 e del 1898, ritenne fosse suo compito controllare l'esatta osservanza del diritto anche da parte della giurisdizione militare di guerra. Questa scelta, tuttavia, si risolse in un avallo dell'operato del governo e dell'esercito, poiché la Cassazione limitò la sua competenza ai vizi di eccesso di potere e di incompetenza e legittimò inoltre l'istituzione dei tribunali militari straordinari in quanto conseguenza necessaria dello stato d'assedio e rifiutò invece di valutare la sussistenza dei presupposti della dichiarazione di stato d'assedio, affermando che tale valutazione spettasse al governo. Infatti la Corte, legittimando l'operato del governo ed evitando di scendere nel merito delle decisioni dei giudici militari, assicurava quel già ricordato carattere *chiuso* all'intervento dell'esercito e dell'esecutivo in genere, chiusura testimoniata anche dalla mancata revoca degli stati d'assedio al momento della cessazione dei disordini per dar modo ai tribunali militari di portare a termine i procedimenti instaurati. Tra la giurisprudenza della Cassazione in materia v. Cass. Roma, 19 marzo 1894, ric. Gattini, in *Foro it.*, XIX (1894), c. 140; Cass. Roma, 11 luglio 1894, ric. De Felice ed altri, in *Giur. it.*, XLVI (1894), c. 251; Cass. Roma, 22 agosto 1898, ric. Kuliscioff, Romussi, Chiesi ed altri, in *Foro it.*, XXIII (1898), cc. 465-466.

nella dottrina del tempo [40]. Ed è indicativo che il momento forse di maggior crisi in tale passaggio di secolo – il «colpo di stato della borghesia» degli anni 1898/1904 – sia caratterizzato da un ampio dispiegamento di provvedimenti eccezionali e dai tentativi di Di Rudinì e di Pelloux di rendere permanenti quelle misure [41].

Riguardo la giurisprudenza del tempo in tema di emergenza, è forse ridut-

---

[40] Minoritaria la dottrina che si schierò per l'inammissibilità dello stato d'assedio. Per questi autori non poteva proclamarsi lo stato d'assedio sulla base dell'art. 5 dello statuto, poiché la situazione di guerra tra stati, cui tale articolo si riferisce, e gli articoli del codice penale militare riguardanti lo stato di guerra, non potevano estendersi analogicamente allo stato d'assedio. Il fondamento di tale potere non poteva neppure rintracciarsi, d'altra parte, nel *diritto di necessità*, costituendo questo un residuo assolutista del tutto fuori luogo in un regime costituzionale. Secondo tale opinione, dunque, ogni proclamazione di stato d'assedio determinava un'assunzione non consentita di potere legislativo e giudiziario da parte dell'esecutivo, potere che inoltre a sua volta veniva delegato ad altri, vale a dire ai commissari straordinari di nomina governativa, con gravi violazioni del dettato costituzionale. Tra i sostenitori dell'inammissibilità dello stato d'assedio: F.S. MERLINO, *Politica e Magistratura*, cit., cap. IV; F. RACIOPPI e I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto*, cit., par. 114; F. RACIOPPI, *Lo stato d'assedio ed i tribunali di guerra*, in *Giornale degli Economisti*, 2° serie, 1898, XVII, p. 136 ss.; F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Tratt. Orl.*, S.E.L., Milano, 1901, vol. III, par. 125; T. PERASSI, *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1917, p. 301. Riconducibile seppur parzialmente a questa posizione anche la *teoria obbiettiva della necessità di stato* esposta da E. LOMBARDO PELLEGRINO, *Il diritto di necessità nel costituzionalismo giuridico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1903, p. 3 ss.

[41] Il governo Pelloux, nel 1899 tentò, invano, di rendere permanenti le misure eccezionali adottate l'anno precedente in occasione degli stati d'assedio. Tali «provvedimenti politici» prevedevano: la militarizzazione del personale delle ferrovie, delle poste e dei telegrafi, il divieto di sciopero per gli addetti ai pubblici servizi, l'estensione delle ipotesi di applicazione del domicilio coatto, lo scioglimento delle associazione reputate sovversive e varie limitazioni della libertà di stampa, di riunione e di associazione. La discussione parlamentare di tali provvedimenti segnò, peraltro, anche il primo caso di ricorso all'*ostruzionismo* nel parlamento italiano. Sulla scia delle modifiche introdotte in analoghe circostanze nel parlamento inglese, Pelloux tentò una modifica del regolamento che vincesse tali resistenze, ma l'ostruzionismo della sinistra si trasferì sulle discussioni per la modifica del regolamento. Con l'appoggio del re, Pelloux sciolse quindi le camere e fece emanare i c.d. «provvedimenti politici» mediante decreto regio, ma ciò gli alienò ulteriormente le simpatie parlamentari; la corte dei conti registrò con riserva il decreto ed ancor più duro fu il giudizio della cassazione: questa, infatti, sostenne la totale nullità del decreto per ragioni meramente formali (sentenziò infatti che il decreto era inapplicabile in quanto costituito da un disegno di legge presentato alle camere ed ancora in attesa dell'approvazione di queste), così facendosi interprete dei timori di una larga parte dell'opinione pubblica e della classe politica del tempo circa la pericolosità di tali provvedimenti per le libertà statutarie. Pelloux ricorse allora a nuove elezioni, che anziché rafforzare ridussero fortemente la maggioranza governativa e segnarono un netto accrescimento della sinistra e la fine del suo gabinetto. Su tali vicende v. C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale*, cit., p. 251 ss.

tivo parlare di assoggettamento strutturale della magistratura all'esecutivo, di coartazione di una magistratura altrimenti indipendente dalla politica. Se infatti era forte il controllo che l'esecutivo operava sulle magistrature inferiori, le alte magistrature nell'Ottocento non furono mai un corpo effettivamente separato dalla politica, quanto piuttosto uno degli attori politici, un'articolazione della classe politica complessiva, unita al ceto politico da cultura ed estrazione sociale simili [42]. Riguardo la dottrina, invece, può osservarsi che il dibattito teorico statutario in materia di emergenza e stato d'assedio conobbe nella sostanza due fasi, in una prima fase la dottrina soffermandosi sulla questione essenzialmente in relazione alle problematiche che questa solleva in ordine alla salvaguardia delle libertà ed alla sospendibilità delle garanzie. La seconda fase invece si sviluppa, a cavallo tra Otto e Novecento e la questione dell'emergenza, qui, si viene connettendo alle questioni inerenti la decretazione d'urgenza. Gli autori favorevoli allo stato d'assedio in un primo tempo, dunque, legittimarono l'emergenza in quanto limite al regime di libertà dello stato di diritto e lo stato d'assedio in quanto istituto riconducibile al potere di polizia spettante all'esecutivo [43]. Successivamente invece, di conserva con le trasformazioni in senso pluriclasse che cominciano a segnare il regime statu-

---

[42] Ricorda C. GUARNIERI, *L'ordine pubblico e la giustizia penale*, in R. ROMANELLI (a cura di), *Storia dello stato italiano*, cit., p. 367, che, tra il 1865 ed il 1890, meno della metà dei magistrati venne reclutata attraverso il concorso per uditore, il resto vennero direttamente nominati a pretore dai vari ministri guardasigilli. Per M. SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, p. 610 s., «quella dei giudici è forse l'unica corporazione che possiamo guardare come politicamente omogenea: il ruolo di gendarme della cittadella borghese che la magistratura svolse, passò indenne attraverso tutte le stagioni politiche del periodo: con rare e redarguite eccezioni, da Minghetti a Depretis, da Crispi a Pelloux, da Pelloux a Giolitti». Sul tema, v. fra gli altri: U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana*, Il Mulino, Bologna, 1992, pp. 485-511; P. SAITTA, *Corte dei conti e controllo preventivo di legittimità sui decreti presidenziali*, Giuffrè, Milano 1979, pp. 36-53; M. D'ADDIO, *Politica e magistratura*, cit.; F.S. MERLINO, *L'Italia qual è* e ID., *Politica e magistratura*, cit.; G. AMATO, *Individuo ed autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 202-223.

[43] Di qui l'inopportunità ed inutilità, per tale dottrina, di una legge generale in materia: secondo tale corrente, un'eventuale competenza parlamentare in tale materia sorgerebbe soltanto nel caso in cui si dovessero approntare non misure transitorie, quali sono tipicamente quelle di stato d'assedio, ma leggi eccezionali stabili destinate a curare "mali cronici" Favorevoli a tale tesi, tra gli altri: G. ARANGIO RUIZ, *Assedio politico*, cit., cap. I, parr. 4 e 7; V.E. ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale per V.E. Orlando*, Barbera, Firenze, 1912, par. 297; A. MAJORANA, *Lo stato d'assedio*, cit., p. 67 ss.; F.P. CONTUZZI, *Stato d'assedio*, cit., parte IV; A. BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica nella scienza delle istituzioni*, Utet, Torino, 1900, p. 987 ss. Dunque lo stato d'assedio per questa dottrina può definirsi, usando le parole dell'Orlando, come un «diritto eccezionale per causa di necessità pubblica, che sospende quella parte di costituzione che in situazioni normali limita la sfera dei poteri di polizia a favore dei diritti individuali» (V.E. ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, cit., par. 297).

tario, la dottrina rielabora il fondamento legittimante l'emergenza ed i suoi istituti. Dal riconoscimento da parte di questa dell'impossibilità di disciplinare legislativamente tale istituto, e dunque dall'impossibilità di disporre in via generale ed astratta, si afferma il principio secondo cui la materia dello stato d'assedio non poteva più esser tenuta distinta dal tema della decretazione d'urgenza, ponendosi anzi la prima nello stesso ambito problematico della seconda. In tale ottica quindi il problema dello stato d'assedio non è più riconducibile semplicemente ad una contrapposizione tra questo istituto e la libertà dei cittadini, ma investe la distribuzione delle competenze tra i diversi organi costituzionali, la posizione ed i rapporti tra questi e coinvolge in tal modo i principi fondanti lo stesso ordinamento [44].

Anche il tentativo coloniale giolittiano per «un posto al sole», testimonia, sul terreno delle scelte politiche in ordine alla guerra ed alla pace, dell'avvio di un mutamento del regime. In questo caso infatti l'assenza di ogni partecipazione del parlamento alle decisioni riguardo le questioni della guerra e della pace determinò un acuto conflitto politico tra la tradizionale visione della prerogativa regia in tema di guerra e politica estera da una parte e dall'altra il nuovo carattere della rappresentanza politica [45]. Ma quando il parlamento

---

[44] In questo contesto, e in analogia con le tesi sostenute in Francia da Hauriou – il quale, in *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, Parigi, 1923, p. 593 ss., definirà lo stato d'assedio in termini di «fatto ordinamentale», ordinamento giuridico temporaneo determinante una mobilitazione dei cittadini stanziati su un dato territorio – si afferma in Italia la tesi romaniana della necessità come fonte autonoma del diritto, per la quale con la proclamazione dello stato d'assedio si attiverebbe, originariamente e senza bisogno di ulteriori legittimazioni un «nuovo ed eccezionale» ordinamento giuridico. Lo stato di eccezione, analogamente alla rivoluzione ed all'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale, si presenterebbe dunque come un provvedimento «illegale», ma al contempo «giuridico e costituzionale in quanto conforme al diritto positivo non scritto» S. ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, p. 251 ss. e ID., *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, ora in *Lo stato moderno e la sua crisi (Saggi di diritto costituzionale)*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 29 ss. Sulla scia della dottrina tedesca, Ranelletti definisce invece lo stato d'assedio in termini di «misura di repressione di polizia», adottato non con atto amministrativo, bensì legislativo. Diversamente da quella romaniana, la necessità cui fa riferimento Ranelletti non è configurabile in termini di «fonte autonoma del diritto», ma come condizione di fatto che determinerebbe la nascita di un potere straordinario, ma legittimo, di un organo dello stato, e dunque di un diritto dello stato analogo a quello, individuale, alla legittima difesa Da ricordare inoltre la ricostruzione di L. Rossi che riconosce ai decreti legge, o quantomeno ai decreti di stato d'assedio, lo stesso fondamento della legittima difesa o dello stato di necessità (L. ROSSI, *Il decreto legge sui provvedimenti politici*, in *Temi Veneta*, XXIV (1899), pp. 509-513 e 525-530; ID., *Lo stato d'assedio nel diritto pubblico italiano*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1894, pp. 1-44).

[45] La camera elettiva, infatti, nel quadro che segue alla universalizzazione del suffragio maschile, reclamò per sé la funzione di indirizzo e contemporaneamente tentò di ridurre la formula della doppia fiducia, regia e parlamentare, a sostegno del governo.

votò i pieni poteri al governo in occasione del primo conflitto mondiale (legge del 20 maggio 1915), il prestigio delle assemblee era oramai al minimo: il trasformismo degli anni precedenti e le accese polemiche tra interventisti e neutralisti, sono solo alcuni tra i fattori che condussero il parlamento a lasciare nei fatti al governo l'iniziativa politica [46]. L'emergenza-guerra segnò dunque un punto di non ritorno nella crisi del regime parlamentare statutario. I governi di guerra (Salandra, Boselli, Orlando) fecero un uso indiscriminato dei decreti legge, anche in materia fiscale, mentre le scarse riunioni pubbliche del parlamento e la sua attività nei comitati segreti nel corso del 1917, si limitarono nei fatti a convalidare l'operato di un governo che traeva la sua effettiva legittimazione dalla volontà del monarca. La crisi bellica dunque non marca solo il precipitare dei vecchi assetti, sebbene un nuovo uso degli strumenti normativi e con esso un più penetrante intervento pubblico – uso ed intervento che si dispiegheranno più visibilmente e compiutamente, e non solo in Italia, ma in molti paesi europei e negli Stati uniti d'America, solo dopo la crisi del 1929. Per intanto questa trasformazione, il cui catalizzatore è stata la guerra, è testimoniata dalla sopravvivenza alla vicenda che l'aveva generata di molta parte della legislazione di guerra [47]. A ciò peraltro si aggiunge – ad ulteriore testimonianza dell'importanza delle pratiche e delle retoriche dell'emergenza nelle fasi di transizione da un regime politico ad un altro – il netto incremento nel ricorso, tra il 1914 ed il 1919, al decreto legge [48], al di

[46] Con la legge in questione il parlamento si trovò inoltre anche formalmente esautorato dalle decisioni in materia e l'iniziativa politica rimase nelle mani del governo. I poteri conferiti erano peraltro particolarmente ampi, prevedendo infatti la legge, per evitare il ripetersi delle illegittimità nella gestione della finanza pubblica che avevano caratterizzato la guerra di Libia, il riconoscimento all'esecutivo anche di un'eccezionale potestà tributaria. V. a riguardo C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale*, cit., p. 353. Sui rapporti tra parlamento e governo nel periodo bellico, v. inoltre P. MELOGRANI, *Storia politica della grande guerra (1915-1918)*, Laterza, Roma-Bari, 1969.

[47] Alcune righe di uno scritto di Filippo Vassalli del novembre 1918 ben fotografano questa situazione: «È un corpo di leggi, le quali, dove con minuziosa disciplina e dove per somme linee, sostituiscono, per gran parte l'ordinamento giuridico preesistente, determinando un assetto nuovo, soprattutto dell'economia pubblica e privata […]. La verità è che lo stato di guerra ha portato in essere, o talora solo a maturazione, tutto un sistema di politica economica […] che studiosi e politici avevano disegnato e propugnato indipendentemente da ogni stato di guerra. La guerra, a questo riguardo, ha attuato silenziosamente una grande rivoluzione» – F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Giuffrè, Milano, 1960 – cit. da S. RODOTÀ, *Le libertà e i diritti*, in R. ROMANELLI (a cura di), *Storia dello Stato italiano*, cit., p. 332.

[48] Bastano i numeri a dare conto del fenomeno: nel 1914 i decreti legge furono 100, 221 nel 1915, 173 nel 1916, 337 nel 1917, 348 nel 1918 (e fin qui sono gli anni della guerra) e 1029 nel 1919.

fuori peraltro di un adeguato sistema di controlli di natura giurisdizionale o parlamentare [49].

2. Il ventennio fascista

Anche l'ascesa del fascismo è segnata da una discontinuità nelle pratiche emergenziali. Il governo Facta, al momento della «marcia su Roma», deliberò infatti lo stato d'assedio, ma il re si rifiutò di firmare i relativi decreti e – a seguito delle dimissioni del gabinetto – incaricò Mussolini di formare il nuovo governo, il quale ottenne in breve dalle assemblee fiducia e pieni poteri [50].

In tema di diritti, Silvio Trentin nel 1930 scrisse di «annullamento di ogni garanzia di libertà» per definire la strategia fascista di progressiva cancellazione dei diritti civili e politici e di riduzione dell'accesso ai pochi diritti sociali allora riconosciuti [51]. Tra la metà degli anni Venti e la metà degli anni Trenta la strategia fascista di riduzione dei diritti è già pienamente dispiegata ed attuata, oltre che dai testi unici di p.s., dal codice penale Rocco [52], dalle

---

[49] La cassazione infatti si disse incompetente ad accertare tanto l'esistenza dei presupposti di urgenza, quanto le altre condizioni di legalità dei decreti, rinviando tali valutazioni al sindacato politico delle assemblee, sindacato dal quale però il governo trovava nella prassi gli strumenti per sottrarvisi (ritardando se non omettendo la presentazione del decreto al parlamento per la sua conversione, rallentando l'*iter* legislativo della conversione).

[50] I pieni poteri vennero infatti concessi al governo per un riordino del fisco e della pubblica amministrazione «autorizzandolo a limitare le funzioni dello Stato e a ridurre quell'ingerenza pubblica sulla vita economica sgradita alle forze conservatrici legate ai gruppi imprenditoriali dell'industria privata» – così C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale*, cit., p. 343 s. Una scelta, quella regia, in controtendenza rispetto all'ordinamento ed alla prassi statutaria. Una tale proclamazione infatti, in quel momento, sarebbe stata perfettamente conforme alla teoria ed alla prassi sino ad allora sviluppatesi in materia di stato d'assedio e della esclusiva competenza del gabinetto in tema di proclamazione di questo. D'altra parte anche la concessione dei pieni poteri, in questa fase di transizione costituzionale, sembrerebbe testimoniare di un tentativo della dinastia e delle componenti più conservatrici della classe politica di *usare* il fascismo per contenere le dinamiche di trasformazione in atto nella società e nell'ordinamento.

[51] S. TRENTIN, *Dallo statuto albertino al regime fascista*, Cedam, Padova, 1983, p. 351.

[52] Per G. MARANINI – *Storia del potere in Italia*, rist. Corbaccio, Milano, 1995, p. 297 – «La vera legge fondamentale del regime, la sola legge autentica … sarà ormai … quel testo unico di pubblica sicurezza che da solo demolisce il valore di ogni diritto individuale e di ogni istituzione; e che … avrebbe dovuto cadere insieme con il regime, ma che invece sarà così tenacemente e paradossalmente conservato e difeso dai governi della repubblica». La ri-codificazione fascista, d'altra parte, non poteva non avere un forte impatto sul quadro dei diritti e delle libertà. Dei codici penali di Rocco è difficile non rilevare la loro perfetta coerenza con i principi di regime, il loro costituire un quadro sistematico forte per una strategia già manifesta nel-

leggi «fascistissime» di riorganizzazione dello stato della seconda metà degli anni Venti, ma anche dalla legge sulla cittadinanza del 31 gennaio 1926[53]. La Carta della razza del 6 ottobre 1938, le leggi razziali del 1938/39 ed infine il repubblichino Manifesto di Verona del 17 novembre 1943 segnarono il fondo della politica fascista dei diritti e delle libertà.

I t.u.l.p.s. del 1926 e del 1931, così come la configurazione legislativa del dovere pubblico di fedeltà politica[54] – il cui adempimento condizionava il godimento di importanti diritti e che configurava come illecito ogni atto o comportamento contrastante con il regime – incisero sensibilmente sul già remissivo sistema statutario delle libertà, restringendo ulteriormente l'esercizio delle libertà di stampa, di riunione, di associazione, personale e di circolazione e soggiorno[55].

Non furono necessarie invece di particolari riforme per ottenere una netta subordinazione della magistratura al governo – essendo questo corpo già dall'età statutaria abituato alle pressioni ed alla formale subordinazione all'esecutivo e dimostrando esso una pronta capacità di allineamento alle ragioni del regime. Ciononostante, anche in materia di giustizia ed ordine pubblico il fascismo tese a duplicare le esistenti istituzioni di origine statutaria sovrapponendovene altre più fedeli alle logiche del regime. Esemplare a riguardo la

---

le leggi eccezionali del 1926. Entrati in vigore assieme al t.u. del 1931, sono codici che consentono un intenso controllo dei comportamenti individuali pongono l'accento sulla «difesa dello Stato» e della sua «personalità», e dunque sulla compressione di qualsiasi attività individuale o associata contrastante con tali fini. Ancora più evidente la caratterizzazione politica del codice di procedura penale data la sua natura più immediatamente strumentale all'esigenza del regime di piegare la gestione del processo a finalità politiche che imponevano minori garanzie per la difesa ed accrescimento dei poteri di un giudice evidentemente subordinato all'esecutivo. V. a riguardo A. AQUARONE, *L'organizzazione dello stato totalitario*, II ed. Einaudi, Torino, 1995, p. 235 ss.

[53] Questa normativa infatti estese la perdita della cittadinanza (eventualmente accompagnata dal sequestro o dalla confisca di beni) per chi, all'estero, commetta un fatto «diretto a turbare l'ordine pubblico nel Regno, o da cui possa derivare un danno agli interessi italiani o diminuzione del buon nome o del prestigio dell'Italia, anche se il fatto non costituisca reato».

[54] Tra le varie previsioni in materia v. innanzitutto la legge n. 2300 del 1925 ed il r.d. n. 1177 del 1923, che imponeva ai professori universitari l'obbligo di giuramento e l'impegno a formare «cittadini operosi, probi e devoti alla Patria ed al Regime fascista» (art. 5). Dei milleduecento professori universitari di allora soltanto dodici non firmarono. Su tale vicenda v. G. BOATTI, *Preferirei di no*, Einaudi, Torino, 2001.

[55] E ciò oltre alla scomparsa dei partiti, del diritto di associazione in essi e del diritto di voto (in libere elezioni); alla neutralizzazione dell'associazionismo cattolico che accompagnò il Concordato del '29; alla disciplina in materia condizione femminile, di lavoro, sciopero ed organizzazione sindacale, urbanesimo e migrazioni interne – diritti e libertà le cui riduzioni operatesi in quegli anni verranno qui tralasciate per la loro solo indiretta riconducibilità ai discorsi ed alle pratiche dell'emergenza.

creazione del Tribunale speciale per la difesa dello Stato. Originariamente pensato come transitorio, esso divenne una delle chiavi di volta dello stato di polizia che il fascismo venne costruendo al di fuori e, spesso, contro lo stesso statuto albertino [56]. Il regime venne dunque costruendosi «intorno a una pro-

Le discipline che intervennero in età fascista in materia di libertà di stampa subordinarono la responsabilità e la direzione degli organi di stampa ad autorizzazione prefettizia ed introdussero l'istituto della diffida, comminabile dal prefetto in caso di pubblicazione di notizie false, tendenziose, che intralciassero la politica estera del governo, che ne potessero ledere il prestigio o comunque turbative in vario modo dell'ordine pubblico (R.D.L. n. 3288 del 1923). Ancora, il t.u. del 1931 fece divieto di produrre, importare, acquistare e distribuire in qualsiasi forma scritti o immagini contrari all'ordinamento statale o comunque lesivi di esso.

In tema di riunione l'art. 18 del testo unico del 1931 soppresse la distinzione tra riunione pubblica e privata deferendo all'autorità di p.s. la possibilità di definire pubblica qualsiasi riunione e così sopprimendo la maggiore libertà riconosciuta già in età statutaria alle riunioni non pubbliche e sottoponendo anche queste ad un consistente insieme di controlli e vincoli.

In tema di libertà di associazione, configuratasi in via di prassi nella precedente esperienza statutaria, il t.u.l.p.s., oltre a ribadire il divieto di associazioni segrete, impose l'obbligo di comunicare all'autorità di p.s. l'atto costitutivo, lo statuto, il regolamento interno e l'elenco dei soci dell'associazione, pena lo scioglimento prefettizio di essa – scioglimento attivabile peraltro in ogni ipotesi di contrasto tra l'associazione e gli ordinamenti politici dello Stato.

Infine, alle restrizioni già apponibili giudiziariamente alla libertà personale, il testo unico del '31 aggiunse ulteriori limitazioni di provenienza amministrativa, quali ad es. il c.d. arresto amministrativo (art. 153). I poteri dell'amministrazione in materia, peraltro, si generalizzavano nel caso venisse dichiarato lo stato di pericolo pubblico (art. 215).

Anche la libertà di circolazione e di soggiorno venne ulteriormente limitata e subordinata ad autorizzazioni amministrative finalizzate alla tutela dell'ordine pubblico e del regime. Esemplare a riguardo la configurazione della misura preventiva del «confino di polizia» – comminata da una commissione provinciale presieduta dal prefetto, si traduceva in uno strumento di polizia di pronta utilizzazione ed al quale non si applicavano le garanzie proprie del processo penale. Introdotto già nel t.u. del 1926 sulla falsariga del domicilio coatto e precipuamente diretto contro gli oppositori del regime, il confino obbligava chi era già stato «ammonito» a dimorare, da 1 a 5 anni, in un comune o in una colonia e sottoponendo il confinato ad una nutrita gamma di obblighi e divieti.

Su tale politica dei diritti dell'età fascista, v., nella dottrina del tempo, i lavori di S. TRENTIN, *Dallo statuto albertino*, cit., p. 283 ss.

[56] Già con l'istituzione della Milizia Volontaria per la Sicurezza Nazionale – corpo militare di polizia politica per la difesa dell'ordine pubblico interno, direttamente dipendente dal presidente del consiglio e destinato ad istituzionalizzare le squadre paramilitari fasciste –, oltre ad accentuarsi il carattere autoritario dell'ordinamento, si assegna all'istituzione militare e la difesa dalle minacce esterne e la tutela dell'ordine politico (oltre che pubblico) interno. A completare il quadro interverrà la legge n. 2008 del 1926 – presentata inizialmente come quinquennale, ma ripetutamente prorogata e vigente per l'intero ventennio fascista – contenente «provvedimenti per la difesa dello Stato». Derogando peraltro al principio dell'irretroattività delle pene, la legge in oggetto, reintroduce la pena di morte, abrogata nel 1889 da Zanardelli, salvo le ipotesi previste nei codici militari (artt. 1 e 2); introduce una serie di reati associativi, per i quali l'accertamento dei relativi presupposti (esempio tipico di norma penale in bianco) compete esclusivamente all'autorità di p.s.; prevede una serie di sanzioni speciali a carico dei «fuoriusciti» e degli inadempienti al dovere di fedeltà politica (perdita della cittadinanza, con-

grammata diseguaglianza dei cittadini e a una sostanziale caduta delle garanzie» [57] – ed il giudizio non cambia anche se si tiene conto del temperamento dell'asprezza delle regole che nei fatti intervenne, ad es., attraverso la concessione di amnistie.

Peraltro, mentre in età liberale il ricorso alla giustizia militare, pur reiterato, mantenne la caratterizzazione di provvedimento *eccezionale*, il fascismo al contrario tese a sistematizzare il ricorso a tali tribunali nel quadro di un compiuto statuto dell'emergenza, ricostruibile a partire dai testi unici del 1926 e del 1931, dai codici Rocco e da una serie di leggi speciali [58]. Nonostante la pre-

---

fisca dei beni, interdizione perpetua dai pubblici uffici). Travolgendo il principio del giudice naturale, si istituì il Tribunale speciale per la difesa dello Stato: giudice speciale (nella composizione, nella procedura e nelle sanzioni che irrogava) competente per i reati previsti da tale legge. V. a riguardo A. AQUARONE, *L'organizzazione*, cit., p. 103 ss.

[57] Così S. RODOTÀ, *Le libertà e i diritti*, cit., p. 338.

[58] I testi unici disciplinarono infatti le ipotesi di ricorso allo «stato di pericolo pubblico» ed allo «stato di guerra per motivi di ordine pubblico»; la legge di guerra (r.d. n. 1415 del 1938) previde lo stato di guerra interno. Inoltre, mediante una serie di provvedimenti adottati tra il '31 ed il '41, si varò un piano per la militarizzazione delle fabbriche di interesse nazionale, mentre una legge del 1925 disciplinò l'ipotesi di mobilitazione civile e venne a perfezionamento lo strumentario prefettizio configurato nelle leggi di p.s. così come in quelle comunali e provinciali di età liberale.

Lo «stato di pericolo pubblico», attivabile dal ministro dell'interno, oppure dai prefetti a livello provinciale, rendeva possibile l'adozione di ordinanze anche in deroga alle leggi vigenti ed era costruito come misura preparatoria alla proclamazione dello «stato di guerra per motivi di ordine pubblico». Questo veniva instaurato «in vista della 'necessità di *affidare* alle autorità militari la tutela dell'ordine pubblico' e realizzava un vero e proprio regime di assedio politico … L'autorità militare disponeva … della facoltà di *ordinanza* (bando militare) per la sola tutela dell'ordine pubblico». Lo «stato di guerra interno» si traduceva nell'applicazione totale o parziale della legge di guerra «se ritenuto necessario nell'interesse dello Stato, *ancorché lo Stato italiano non fosse in guerra con un altro Stato*». Un decreto reale avrebbe ordinato l'applicazione e lo stesso decreto o un altro successivo avrebbe stabilito le norme di attuazione di detta legge «*in rapporto alle particolari circostanze di fatto*, che hanno determinato l'emanazione del decreto stesso». Il supremo comandante militare competente avrebbe assunto in questo caso i poteri civili. In questi termini: G. MOTZO, *Assedio (stato di)*, cit., p. 257 s., il quale – oltre a soffermarsi sulla «oscurità» del trapasso di competenze che veniva a realizzarsi con la figura dell'affidamento prevista dallo stato di guerra per motivi di ordine pubblico e sulla «anomalia» dei poteri di ordinanza autonomi riconducibili all'applicazione dello stato di guerra interno – osserva che «distribuite per gradi successivi ed intercomunicanti … le tre ipotesi … realizzavano una progressione nell'estensione e nel contenuto dei poteri di repressione» arrivando, nell'ipotesi di maggior pericolo (lo stato di guerra interna) ad una completa militarizzazione dell'ordine pubblico mediante l'identificazione tra l'ipotesi ora ricordata e la condizione riconducibile ad uno stato di guerra internazionale.

La disciplina generale della mobilitazione civile era invece prevista da una legge del 1925 e prevedeva il conferimento di speciali poteri al governo e l'esercizio di essi anche ai soli fini di difesa immediata dello Stato, a prescindere dalla necessità di disporre la mobilitazione; una legge del 1931 dispose che, in caso di mobilitazione, i dipendenti degli stabilimenti privati

disposizione di un organico apparato legislativo in tema di poteri emergenziali, tali istituti, per diverse ragioni, non trovarono applicazione nel ventennio fascista. Da una parte infatti si preferì il prevenire al reprimere – risultando adeguato allo scopo l'arsenale di misure di prevenzione e degli ordinari poteri di polizia ereditato dall'età liberale, opportunamente ammodernato nella legislazione ora ricordata e, nella prassi, ulteriormente potenziato. D'altra parte, l'insieme delle riforme ricordate in tema di giustizia, polizia ed ordine pubblico – e soprattutto, per quel che qui interessa, l'accompagnarsi di tali riforme all'adozione di un'ampia gamma di provvedimenti «per la difesa dello Stato» bastarono ad impedire il ripetersi di quei sommovimenti popolari che avevano segnato l'ultimo lustro di Ottocento ed il primi del Novecento.

Un'ultima notazione, circa il rapporto tra totalitarismi ed emergenza, va dedicata al fatto che lo stesso stato nazista può essere visto come uno stato d'eccezione durato dodici anni. Non appena, infatti, Hitler, salì al potere venne proclamato, il 28 febbraio 1933, il «Decreto per la protezione del popolo e dello stato», che sospese gli articoli della costituzione di Weimar riguardanti le libertà personali. Il decreto non venne mai revocato dal III Reich e questo può far leggere quella esperienza totalitaria come creazione volontaria di uno stato di emergenza permanente finalizzato a permettere l'eliminazione non solo degli avversari politici, ma di intere categorie di cittadini ritenute, a diverso titolo, non integrabili nel sistema politico che si veniva configurando.

Per quanto concerne la dottrina di età fascista in tema di stato d'assedio, ci si limita a segnalare che questa non seguì le coeve suggestioni, non solo schmittiane [59], che tendevano a ricomprendere lo stato d'assedio, entro la tema-

---

mobilitati divenissero sottoponibili alla giurisdizione militare – su tale normativa v. G. DALLARI, *Mobilitazione civile*, in *Enc. dir.*, XXVI, Giuffrè, Milano, 1976, p. 665 ss.

Infine sia la legge comunale e provinciale del 1934 che il t.u.l.p.s. del 1931 ribadivano che al prefetto competeva la tutela dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza; che, a tale proposito disponeva della forza pubblica e poteva richiedere l'intervento delle forze armate e che «nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica» questi era facoltizzato ad adottare i «provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica».

[59] Del tema in questione non si occupò solo C. SCHMITT nei suoi lavori, *La dittatura* e *Teologia politica*, dei primissimi anni venti, ma anche autori quali H. TINGSTEN, *Les pleins pouvoirs. L'expansion des pouvoirs gouvernamentaux pendant et après la Grande Guerre*, Stock, Parigi, 1934; C.L. ROSSITER, *Constitutional dictatorship*, Harcourt Brace, New York, 1948 e C.J. FRIEDRICH, di cui v. *Governo costituzionale e democrazia*, Neri Pozza, Vicenza, 1950. I lavori di questi autori, comunque tributari della teoria schmittiana, risultano importanti per il loro registrare le trasformazioni in atto nei regimi democratici a seguito dell'espansione delle competenze dell'esecutivo negli anni a cavallo tra le due guerre mondiali. Su tali testi v. le riflessioni di G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., pp. 16 ss., 45 ss e, invece, 68 ss. per una lettura del dibattito tra lo Schmitt dei lavori succitati ed il Benjamin di *Per la critica della violenza* che conduce «a leggere la teoria schmittiana della sovranità come una risposta alla critica benjaminiana della violenza».

tica dei regimi dittatoriali, tra le forme della dittatura *commissariale* – sarà piuttosto in età repubblicana che sul tema parte della dottrina farà riferimento al pensiero di Schmitt. Durante il ventennio, quindi, sembra continuare ad esercitare una notevole influenza la tradizione statualista liberal-autoritaria, nella declinazione che questa ebbe innanzitutto in Germania a cavallo tra Otto e Novecento. Da una parte infatti gli autori che al tempo si occuparono di dittatura [60] non riconducono a tale figura le ipotesi di stato d'assedio, mentre quelli che si occuparono di emergenza [61], anche alla luce della disciplina data ai regimi eccezionali dai testi unici di pubblica sicurezza, continuarono nella sostanza a ricondurre tali istituti tra le misure straordinarie di polizia. Può sostenersi peraltro che in tal modo «lo stato d'assedio, per la dottrina italiana dello Stato, si pone ancora in netta antitesi rispetto alle libertà», e che il peso di quella tradizione può contribuire a spiegare la scelta costituente del silenzio in tema di misure di emergenza. Con la fine del fascismo, inoltre, l'attaccamento a quella tradizione liberal-autoritaria e la comprensibile ripulsa che si poteva provare allora per qualsiasi pensiero che parlasse di dittatura, quand'anche *costituzionale*, non permise alla dottrina costituente e del primo periodo repubblicano di tenere pienamente conto degli sforzi condotti, innanzitutto dalla riflessione anglosassone sul tema dell'emergenza e della dittatura costituzionale, per ricomprendere tutti gli istituti dell'emergenza entro un contesto il quale, «evidenziando l'eccezionalità dell'emergenza da fronteggiare e sottolineando la temporaneità degli istituti medesimi, ne metta in risalto i caratteri costituzionali e di compatibilità con la democrazia» [62].

3. L'età repubblicana

3.1. Il dopoguerra

Le costituzioni del secondo dopoguerra interloquiranno con una realtà sociale più «disordinata» e conflittuale rispetto a quella cui si riferivano le carte dello stato monoclasse. In presenza di un contesto di diritti e garanzie decisamente altro da quello statutario, e nel quale aumentano i rischi di con-

---

[60] V. ad es. P. Biscaretti Di Ruffia, *Alcune osservazioni sul concetto politico e sul concetto giuridico di dittatura*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, p. 517 ss. e S. Panunzio, *Teoria generale della dittatura*, in *Gerarchia*, 1936, IV, pp. 228 ss. e V, p. 303 ss.

[61] Tra cui G. Miele, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, I, p. 377 ed ancora L. Rossi, *Stato d'assedio*, cit.

[62] Così F. Cocozza, *Assedio (stato di)*, cit., p. 4 s.

traddizione tra emergenza ed istanze che questa è chiamata a difendere – il pluralismo, le libertà e le autonomie dei singoli come dei gruppi –, anche i regimi eccezionali vengono ripensati. Ciò non toglie tuttavia che anche in un tale contesto l'emergenza contribuirà a ridefinire soggetti ed estensione dei diritti e della partecipazione.

Con la fine del fascismo e l'entrata in vigore della costituzione repubblicana, muta dunque il contesto entro cui si dispiega la dialettica tra emergenza e diritti. Se infatti il nuovo testo costituzionale, come lo Statuto, non prevede appositi regimi di emergenza per ragioni di ordine pubblico interno [63], è anche vero che a questo silenzio si contrappone ora una tavola di diritti radicalmente altra rispetto a quella albertina ed una cornice garantista fortemente prescrittiva – ben più di quanto disponessero carte coeve a quella italiana, quali ad es. la francese e la tedesca. Garantismo, peraltro, che non era figlio solo della reazione al ventennio fascista, ma anche di una preoccupazione – rivolta al futuro e condivisa dalle diverse forze politiche – riguardo l'esistenza di un livello di garanzie tale da impedire ad una maggioranza di mortificare i diritti delle minoranze e di cui è testimonianza l'assenza da questa carta dell'ordine pubblico in quanto clausola generale limitativa dei diritti. Saranno, come si cercherà di approfondire in seguito, la prassi e la giurisprudenza che, già poco dopo l'entrata in vigore della costituzione, ridimensioneranno in parte le tendenze espresse a questo riguardo in sede costituente, determinando nel complesso un calo di prescrittività di questa cornice garantista. Ed a tale esito concorreranno una serie di processi tra cui: il concreto atteggiarsi del limite dell'ordine pubblico nell'esperienza repubblicana; una certa propensione del legislatore, soprattutto a partire dalla metà degli anni Settanta, a ragionare in termini di emergenza; una stratificazione, pressoché costante di misure transitorie, anche se non espressamente eccezionali, che determineranno, ed abitueranno, ad una prassi di deroghe, di strappi alla cornice costituzionale dei diritti e delle garanzie.

Il silenzio costituzionale in tema di misure d'emergenza indusse la dottrina ad interrogarsi ancora attorno alla realizzabilità di tali misure e, in tal caso, per quali vie e con quali limiti. Peraltro, come già in età statutaria, anche in

---

[63] A prescindere da una ricostruzione puntuale del dibattito in assemblea costituente – per la quale v. B. CHERCHI, *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'assemblea costituente*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, p. 1108 ss. e P. STELLACCI, *Costituzionalità dello stato d'assedio*, in *Giust. pen.*, 1951, I, p. 332 ss. – può tuttavia concordarsi con quella dottrina che rimarca la pluralità di interpretazioni che potrebbero darsi del silenzio costituzionale in tema di misure eccezionali, senza alcuna certezza riguardo la volontà storica dei costituenti e senza che siano desumibili da tale dibattito argomenti ermeneutici risolutivi nell'uno o nell'altro senso. In tal senso v. ad es. G. MOTZO, *Assedio (stato di)*, cit., p. 260 e F. COCOZZA, *Assedio (stato di)*, cit., p. 6.

età repubblicana la dottrina costituzionalista più attenta reciterà una parte di primo piano nella definizione e nella legittimazione di questo nuovo paradigma emergenziale, anche se ad un primo sguardo non sembra mutato il quadro teorico di riferimento. Fino all'attivazione della Corte, o meglio fino alla metà degli anni '70, la dottrina italiana nella sostanza attualizza le principali riflessioni elaborate in materia dalla tarda pubblicistica liberale, dividendosi ancora tra coloro i quali cercano il fondamento legittimante la sospensione delle libertà e delle garanzie costituzionali in un principio supracostituzionale e coloro i quali invece guardano per questo alla necessità e di qui poi muovono alla ricerca di una norma costituzionale sulla quale fondare simili misure [64].

---

[64] Se da una parte P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, 1981, p. 513, parla di un «principio fondamentale di struttura dell'ordinamento statale», dall'altra vi è chi finisce per sostenere l'inammissibilità di deroghe o sospensioni della costituzione se non attraverso una legge costituzionale – come P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 449 ss., il quale comunque non esclude del tutto il ricorso agli artt. 77 oppure 78 Cost. – chi invece, ed è la maggioranza, cerca fondamento alle misure eccezionali negli artt. 77 e 78 dCost. È chiaro, peraltro, l'intento garantista di chi – come ad es., G. MOTZO, *Assedio*, cit., p. 266 s.; G. FRESA, *Provvisorietà con la forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Cedam, Padova, 1981, p. 99 ss.; F. COCOZZA, *Assedio*, cit., p. 8 s.; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 187 ss. – riconducendo le ipotesi di emergenza interna alla figura dello stato di guerra *ex* art. 78 Cost., e più sensibili forse ai discorsi ed all'esperienza anglosassone dell'emergenza, tendono a far concorrere i diversi soggetti al vertice dell'ordinamento all'esercizio dei poteri eccezionali, ponendo il parlamento al centro dei relativi processi decisionali e dunque riconoscendo la sua competenza generale a *provvedere* all'emergenza in via legislativa. Tra coloro i quali per vie diverse arrivano all'art. 77 stanno autori come F. MODUGNO e D. NOCILLA, *Stato d'assedio*, in *N.mo Dig. it.*, XVIII, Utet, Torino, 1971, p. 290 s.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova, 1990, p. 60. Mortati, invece, riconduce le questioni dell'emergenza e della sospensione della costituzione alle su riflessioni in tema di costituzione materiale, cercando peraltro di coniugare le conclusioni raggiunte in materia dalle concezioni decisionista ed istituzionalista e di coniugare altresì le ragioni dell'istituzione-Stato e quelle dei suoi membri componenti. La necessità cui questi fa riferimento è dunque da intendersi non come fonte, bensì come necessità *istituzionale*: «che resti cioè nell'orbita di un ordinamento in atto, e sia promossa dal bisogno della sua conservazione», C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1961, p. 196. Mortati dunque, che in assemblea costituente sostenne garantisticamente le ragioni di una disciplina costituzionale delle emergenze per limitarne gli abusi, finirà per ammettere la possibilità di fronteggiare situazioni pericolose per la conservazione dell'ordinamento mediante un atto che abbia la *forma* del decreto-legge, ma senza riconoscere alla fonte di cui all'art. 77 la capacità di derogare norme costituzionali. Mortati d'altra parte è conscio che neppure la soluzione da lui individuata evita il rischio di abusi. «Ecco allora … s'ipotizza il ricorso ad un'altra suprema forma di garanzia: la *resistenza*. Resistenza … dell'opposizione in seno al Parlamento e resistenza popolare al di fuori, diretta sempre alla «reintegrazione» dell'ordine costituzionale». Così L. CARLASSARE, *Stati d'eccezione*, cit., p. 490. Sul pensiero di Mortati in tema di emergenza, v. inoltre G. DE VERGOTTINI, *Necessità, costituzione materiale e disciplina dell'emergenza. In margine al pensiero di Costantino Mortati*, in *Dir. e soc.*, 1994, p. 217 ss.

Sarà nella riflessione di Esposito che, nei primi anni di vita repubblicana, è dato rintracciare una più compiuta riflessione sull'emergenza. Sensibile alle suggestioni provenienti in materia di emergenza dallo statualismo tedesco, Esposito tende a configurare per l'Italia – nei suoi lavori su decreto legge, capo dello stato, libertà di manifestazione del pensiero, partiti politici e XII disposizione transitoria – un regime emergenziale coerente con un'idea di *democrazia protetta*, in cui lo spazio dell'agire legittimo è perimetrato dalla legalità e basato innanzitutto sulla funzionalizzazione delle libertà e l'espulsione dalla politica delle forze ritenute *antisistema* [65].

Una serie di elementi – tra cui il peso di quella tradizione culturale liberal-autoritaria, la prassi statutaria e il silenzio della carta repubblicana sull'emergenza – contribuiranno dunque ad indirizzare la riflessione costituzionalistica verso una prospettiva di studio dell'emergenza come problema del suo

---

[65] Esposito cercherà di fondare l'adozione di provvedimenti eccezionali, in rottura o in deroga delle disposizioni costituzionali su diritti e competenze, sull'art. 77 Cost., ritenendo che questi possano provvedere oltre il disponibile con legge ordinaria. Interessante a riguardo è anche il suo lavoro sulla libertà di manifestazione del pensiero – C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958 –, nel quale, da una parte, l'autore rileva la contraddittorietà delle concezioni funzionali in tema di manifestazione del pensiero (p. 5 ss.) ed al contempo nega che limiti generali a tale libertà possano discendere dall'ordine pubblico e dall'obbligo di fedeltà alla repubblica, ma dall'altra finisce poi per ammettere l'apponibilità di restrizioni preventive a tale diritto (p. 18 ss.) così come di un'ampia serie di limiti, seppure contingenti temporanei e straordinari, «per la pace sociale o internazionale, per l'ordine pubblico e costituzionale, per la difesa della Patria … e per la indivisibilità dello Stato, e per la osservanza della costituzione e delle leggi» (p. 31 ss., spec. p. 54). In tema di partiti invece, per Esposito, è il principio della necessaria coesistenza tra maggioranze e minoranze che vieta, a tutela delle future minoranze, «la stessa possibilità di conquista democratica del potere di partiti che, in maggioranza, negherebbero (secondo i programmi banditi *o perché storicamente totalitari* [corsivo mio]) i diritti delle minoranze. Sotto tale profilo la disposizione che vieta la ricostituzione del partito nazionale fascista è applicazione specifica di un principio che non riguarda il partito fascista, ma ogni partito tendenzialmente o confessatamente totalitario» – v. il suo *Commento all'art. 1*, in *La costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, p. 8. Tale argomento trova più ampia elaborazione nel saggio *I partiti nella costituzione italiana* – ora in *ivi*, p. 215 ss. –, nel quale Esposito innanzitutto sostiene (con evidente riferimento alle Internazionali socialista e comunista), che «non sono vietate solo le sporadiche iscrizioni individuali di stranieri isolati, ma è esclusa … la legittimità di ogni partito dipendente da forze straniere o che, legato a partiti stranieri, ne subisce in principio o in fatto le direttive» – *ivi*, p. 221 – e che dal principio del «metodo democratico» consegue che «il testo costituzionale esclude che essi [i partiti] possano porre tra i propri fini prossimi o remoti … l'instaurazione di una qualsiasi dittatura di singoli, di collettività o di classi privilegiate», *ivi*, p. 238 e dunque l'incostituzionalità dei partiti dichiaratamente di classe ossia di quei partiti «ispirantisi nei principi e nell'azione all'idea che in sede politica vi siano contrasti irreconciliabili tra le varie classi» *ivi* 241. Tuttavia per Esposito, date «le condizioni oggi esistenti in Italia» (lo scritto è del 1952) «le ragioni stesse della disposizione costituzionale … potrebbero giustificare il rinvio della attuazione della disposizione» – *ivi*, p. 243.

fondamento, del chi e per quali vie esercita il potere in situazioni eccezionali e quali le caratteristiche di questo potere. In tal modo sembrano passare in secondo piano gli effetti che l'attivazione dei diversi regimi eccezionali determina su diritti e garanzie, dando peraltro in buona parte per appurato, vista la prassi precedente, che l'emergenza possa, giuridicamente e non solo fattualmente, sospendere i diritti. Ma in tal modo la questione dell'emergenza diviene assoluta, tende ad allontanarsi dalla questione della sospensione dei diritti per divenire questione della sospensione del diritto, dell'ordinamento giuridico. La dialettica tra emergenza e i diritti sembra dunque incontrare, almeno fino agli anni Ottanta, poca attenzione nella costituzionalistica di età repubblicana, anche da parte di coloro i quali si sono occupati di «emergenza», generalmente più attenti ad indagare le conseguenze sul piano istituzionale e le fonti delle (e nelle) emergenze. Sono stati piuttosto i penalisti ed i processualpenalisti ad approfondire queste relazioni, soprattutto a partire dalla metà degli anni Settanta e dalle trasformazioni che allora prendono corso in tema di emergenza ed ordine pubblico.

Logiche e dinamiche dell'emergenza giocheranno peraltro da subito un ruolo di primo piano nella concreta configurazione della tavola dei diritti anche in epoca repubblicana. Se è vero infatti che la «transizione repubblicana», con riguardo alla «forma di governo», può dirsi data, nelle sue grandi linee, con il 18 aprile del '48, i primi lustri repubblicani costituirono un momento fortemente dinamico del discorso costituzionale tra emergenza e diritti nell'esperienza italiana. Alla fine degli anni '40 poteva infatti dirsi conclusa la ricostruzione dell'economia e degli apparati produttivi, ma non altrettanto poteva dirsi per la riorganizzazione del sistema politico-istituzionale. Ripresa economica e riorganizzazione politica non furono accompagnate da un analogo avanzamento sul terreno dei diritti, bensì da una repressione diffusa degli scioperi operai e delle lotte contadine ed alla repressione si accompagnarono i pesanti controlli sul posto di lavoro. La magistratura, essenzialmente inalterata in personale e strutture, assolse sé stessa assolvendo i gerarchi fascisti dall'accusa di aver sostenuto o collaborato alle fortune dell'antico regime [66]. Alle riforme in materia fondiaria, di sciopero ed associazio-

[66] Indicativa a riguardo la sentenza con cui la Corte d'Assise di Roma (sezione istruttoria, 12 aprile 1945) prosciolse Leto, il capo DELL'OVRA, dall'accusa di aver commesso «atti rilevanti per la conservazione del regime fascista», dal momento che con questa veniva pronunciato un più ampio giudizio assolutorio nei confronti dell'intero corpo della magistratura, sulla base della motivazione che in quel periodo i singoli funzionari si erano limitati ad adempiere i loro doveri di ufficio, senza avere l'obbligo di sindacare le leggi esistenti, buone o cattive che fossero. Su tale pronuncia v. R. CANOSA e P. FEDERICO, *La magistratura in Italia dal 1945 ad oggi*, Il Mulino, Bologna, 1976, p. 122 ss. A ciò si aggiungeva il silenzioso allontanamento

ne sindacale si accompagnò l'emanazione di leggi eccezionali finalizzate alla criminalizzazione del conflitto sociale ed una repressione ad opera dei corpi armati dello stato – e talvolta da corpi armati da altri [67]. Le forze di polizia ed i carabinieri vennero numericamente ed economicamente potenziati ed al contempo, con la creazione dei reparti «celeri» per i primi e dei battaglioni «mobili» per i secondi, ristrutturati e rinnovati per un loro impiego in funzioni di ordine pubblico. Lo stesso esercito venne ristrutturato in vista di un suo impiego per la difesa del «fronte interno».

Nel primo quinquennio di vita repubblicana le vicende istituzionali, quelle di riforma economica e quelle repressivo-emergenziali appaiono, dunque, direttamente irrelate – con un notevole scarto tra scelte costituzionali e prassi quotidiana. Alla proclamazione ed al riconoscimento dei diritti della costituzione repubblicana si giustapponeva l'«ostruzionismo di maggioranza» [68] e l'inattuazione degli istituti chiamati a dare senso e sostanza a quei diritti; all'impronta garantista della Carta faceva da contraltare la persistenza dell'apparato normativo fascista [69].

---

operato da Scelba dei «prefetti della Liberazione» e dei partigiani dai quadri dell'esercito e della polizia ed al contempo il blocco di ogni epurazione dei vecchi apparati, in particolare di quelli repressivi, e dalla riammissione negli organici dell'amministrazione dei vecchi funzionari fascisti. Si tenga inoltre presente che anche il personale inizialmente epurato, poté successivamente rientrare in servizio grazie alla «generosità» con cui il Consiglio di Stato ne accolse i ricorsi; tanto che lo stesso Scelba dichiarò che tra il personale del ministero dell'interno, per sua stessa natura particolarmente coinvolto con il passato regime, solo ventiquattro persone su quarantacinquemila dovettero abbandonare effettivamente il posto in seguito all'epurazione. Cfr. l'intervista a *Il Popolo* del 25 giugno 1952.

[67] Portella della Ginestra, 1 maggio 1947 è solo l'esempio più noto di uso di certo banditismo mafioso da parte degli agrari contro le occupazioni delle terre nel meridione.

[68] Argomento questo fin troppo noto per tornare ad essere affrontato in queste pagine. *Ex multis*, già nella dottrina del tempo, ci si limita a segnalare, per la diversa sensibilità degli autori, i lavori di P. CALAMANDREI, tra cui, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in AA.VV., *Dieci anni dopo*, Laterza, Roma-Bari, 1955, p. 211 ss.; ID., *Scritti e discorsi politici*, Firenze, 1966, p. 467 ss. e di G. BALLADORE PALLIERI, *La Costituzione italiana nel decorso quinquennio*, in *Foro pad.*, 1954, IV, p. 33 ss.

[69] Dal codice Rocco e le leggi di p.s., a quelle sull'urbanesimo e le migrazioni interne, persino la cancellazione delle leggi razziali incontrerà ritardi ed ostacoli. Su tale questione v. M. TOSCANO, *Dall'«antirisorgimento» al post fascismo. L'abrogazione delle leggi razziali e il reinserimento degli ebrei nella società italiana*, in ID., *L'abrogazione delle leggi razziali in Italia (1943/1947)*, Senato della Repubblica, Roma, 1988, p. 21 ss. Invece, sulla persistenza delle normative in tema di migrazioni interne, v.: M. GALIZIA, *La libertà di circolazione e soggiorno*, in P. BARILE (a cura di), *La pubblica sicurezza*, cit., p. 538 s.; M. MAZZIOTTI, *Legittimità costituzionale delle norme vigenti sul collocamento*, in *Giur. cost.*, 1957, p. 637 ss.; A. PIZZORUSSO, *Migrazioni interne (Diritto pubblico)*, in *N.mo Dig. it.*, X, Utet, Torino, 1967, p. 674 s.; A. TREVES, *Le migrazioni interne nell'Italia fascista*, Einaudi, Torino, 1976.

Tra il 1950 ed il 1953, assieme alle pesanti prassi amministrative [70], verrà anche la legislazione eccezionale [71]. E se è vero che buona parte di queste discipline non sopravviveranno al mancato «premio di maggioranza» alle elezioni del '53 ed al «disgelo costituzionale» che seguì, è anche vero, d'altra parte, che alcune delle strategie qui sperimentate troveranno in seguito conferme e sviluppi e che questa fase segna solo l'avvio a definizione di quel nuovo paradigma emergenziale della democrazia che si *protegge* dalle sue stesse *crisi*, che vedrà il suo inveramento tra la fine degli anni Sessanta e la metà degli anni '70 continuando a dispiegare i suoi effetti, almeno in Italia, per tutti gli anni Ottanta ed oltre.

Falliti i tentativi di legislazione eccezionale negli anni Cinquanta, anche gli anni Sessanta in Italia trascorrono senza importanti attivazioni di regimi eccezionali [72]. Con l'entrata in funzione della Consulta, con il superamento per via giurisprudenziale della distinzione tra norme precettive e norme programmatiche, e con l'avvio a dismissione della legislazione fascista, si estenderà il diritto degli imputati alla difesa, verranno eliminati una serie di controlli e di autorizzazioni di polizia saranno tacciate di incostituzionalità norme del codice penale e di procedura penale, del testo unico di p.s. – ma anche norme in tema di adulterio, di divieto di propaganda anticoncezionale, di aborto, di

---

[70] Calamandrei ricorda un comunicato del Consiglio dei ministri del 4 dicembre 1954 ove si dichiara di voler combattere il comunismo mediante provvedimenti amministrativi, senza ricorrere a leggi eccezionali, e si annuncia l'esclusione di comunisti, socialisti ed affini da una serie di impieghi pubblici. P. CALAMANDREI, *Scritti e discorsi*, cit., p. 555 s.

[71] Sulle leggi eccezionali di quegli anni, v. G. SCARPARI, *La Democrazia cristiana e le leggi eccezionali 1950-1953*, Feltrinelli, Milano, 1977.

[72] Né in occasione della crisi di luglio 1960, né a seguito dei fatti di piazza Statuto a Torino, nel luglio 1962, e neppure dinanzi ai movimenti sociali che si svilupparono tra il 1968 ed il 1973 si predisposero misure esplicitamente *eccezionali*. Una tale constatazione nulla toglie comunque alla durezza della repressione poliziesca contro i pur importanti moti di piazza che in quel decennio si registrarono. Basti pensare alla crisi del luglio 1960, provocata dal tentativo di Tambroni di governare con l'appoggio esterno del MSI: in diverse città manifestazioni antifasciste e contro il governo vennero duramente represse, e spesso con esiti drammatici. Basti ricordare che, dopo lo scacco subito a Genova, dove la reazione popolare impedì che nella città si svolgesse il congresso nazionale del MSI, Tambroni dette alla polizia il permesso di sparare contro i dimostranti «in situazioni di emergenza»: il 5 luglio la polizia uccide una persona e ne ferisce gravemente tre a Licata, vicino Palermo; due giorni dopo a Reggio Emilia cinque dimostranti vengono uccisi e diciannove feriti, il giorno successivo altri morti si registrano a Catania ed a Palermo. Su questi fatti v. P.G. MURGIA, *Il luglio 1960*, Milano, Sugarco, 1960. Tra i lavori più recenti: PH. COOKE, *Luglio 1960: Tambroni e la repressione fallita*, Milano, Teti, 2000; C. BERMANI, *Il nemico interno. Guerra civile e lotte di classe in Italia (1943-1976)*, Roma, Odradek, 1997, p. 141 ss.; G. DE LUNA, *I fatti del luglio 1960*, in M. ISNENGHI (a cura di), *I luoghi della memoria. Personaggi e date dell'Italia unita*, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 359 ss.

plagio. Tra la fine degli anni Sessanta e l'inizio degli anni Settanta si registra quindi un'ampia espansione dei diritti individuali in materia penale. Tale trasformazione si correla peraltro ad un mutamento innanzitutto culturale che si produce nella magistratura nel corso degli anni Sessanta e che la condurrà a sottrarsi a quelle logiche di dipendenza dall'esecutivo che la caratterizzavano dall'inizio dell'esperienza unitaria. Altra conseguenza di questa «politica dei diritti», agita innanzitutto dai movimenti sociali che in quegli anni si svilupparono, sarà peraltro una nuova accentuazione dei diritti dei gruppi e dei soggetti discriminati, introducendosi in tal modo una dimensione «orizzontale» in un pluralismo fino ad allora istituzionalmente governato secondo una logica «verticale».

3.2. Gli anni Settanta

Se il 1970 segnerà il punto di massimo di queste politiche, contraddistinte peraltro non solo da un'espansione delle logiche tradizionali, ma dall'introduzione di modelli ampiamente innovatori [73], con il 1974 si avvia un mutamento di tendenza attraverso una nuova ondata di discipline emergenziali. Ma neppure ora la legittimazione dell'emergenza passerà attraverso la sua costituzionalizzazione – come era accaduto invece nella Germania e nella Francia del dopoguerra – bensì attraverso la riaffermazione del canone della provvisorietà di tali misure, canone tuttavia che anche in età repubblicana, come già in età statutaria, si mostrò debole e venne in molti casi eluso ed aggirato, rendendo spesso permanenti misure inizialmente adottate come eccezionali. Se dal dopoguerra alla metà degli anni Settanta la dialettica tra reazione e riforma aveva determinato un processo, seppur contrastato, di attuazione della costituzione e di ampliamento degli spazi democratici, dalla seconda metà di quel decennio – ed in coincidenza con la prima importante crisi economica del dopoguerra, scatenata dallo choc petrolifero del 1973 – si registra un'inversione di tendenza: le dinamiche sociali eccedenti la mediazione istituzionale tenderanno a venire ridotte ad ipotesi penali.

Si assiste ad un'inversione di tendenza rispetto al quinquennio '69/'74:

[73] È l'anno delle grandi riforme, dello statuto dei lavoratori e delle leggi in materia di termini massimi della carcerazione preventiva, di referendum, divorzio, di attuazione dell'ordinamento regionale. Ad esse seguiranno, per quel che qui interessa, nel 1971, le leggi sul diritto del difensore ad assistere l'imputato durante gli interrogatori; nel 1972 quella sull'obiezione di coscienza e la c.d. «legge Valpreda», che amplia le ipotesi di concessione della libertà provvisoria; nel 1974 la disciplina sulla tutela della segretezza delle comunicazioni e la delega al governo per il nuovo codice di procedura penale; nel 1975 la riforma dell'ordinamento penitenziario.

quando, anche sotto la spinta della giurisprudenza costituzionale, si era pervenuti ad una sostanziale giurisdizionalizzazione degli istituti polizieschi[74]. L'autorità di polizia tende a recuperare su tale terreno ed all'occupazione di nuove aree. La maggior parte delle innovazioni, estendendo i poteri di polizia, si limitarono peraltro a cancellare le pur parziali riforme che, prodottesi tra legislazione e giurisprudenza, negli anni precedenti avevano condotto ad una sensibile espansione delle garanzie individuali. Si assiste, quindi, ad un preoccupante spostamento di poteri dalla magistratura alla polizia ed in molti casi al giudice si conferisce solo un residuale potere di convalida – e questo spostamento di poteri negli anni '90 caratterizzerà ancora un'altra emergenza, quella immigrazione.

Oltre alla ricomparsa, nonostante la giurisprudenza costituzionale prima ricordata, delle ordinanze prefettizie nella gestione di crisi dell'ordine pubblico[75], il D.L.. 11 aprile 1974 – il primo dei provvedimenti finalizzati ad un allungamento della carcerazione preventiva – e la c.d. «legge Bartolomei» del 14 ottobre dello stesso anno, contro i sequestri di persona, segneranno l'avvio di una legislazione eccezionale pressoché decennale che avrà le sue tappe principali nella legge sull'ordine pubblico del maggio 1975, nei decreti legge antiterrorismo del 1978/79 e nella legge sui pentiti del maggio 1982.

Muta in questi anni il paradigma dell'emergenza. Muta tanto da potersi dire che solo ora il termine «emergenza» fa la sua apparizione, come categoria di portata generale, nel lessico politico[76]. È tuttavia soltanto a partire dal

---

[74] Tra il 1968 ed il 1972, si erano estese alle indagini di polizia giudiziaria le garanzie difensive previste per i corrispondenti atti istruttori (v. la sent. n. 86 del 1968 e, sulla scia di questa, la legge n. 932 del 1969); nella medesima prospettiva, si era riconosciuto al difensore il diritto di assistere all'interrogatorio dell'imputato (sent. n. 190 del 1970 e D.L.. n. 2 del 1971, conv. in legge n. 62 del 1971), ad atti istruttori, ispezioni, perquisizioni, testimonianze e confronti a futura memoria (v. le sentt. nn. 63 e 64 del 1972). A riguardo v. V. GREVI, *Sistema penale e leggi dell'emergenza: la risposta legislativa al terrorismo*, in *Il Mulino*, sett./ott. 1983, p. 699 ss.

[75] Per vietare, per alcuni giorni, sull'intero territorio nazionale il diritto di riunione del MSI-DN (29 maggio 1976), nonché per vietare, nella provincia di Roma, manifestazioni, riunioni e cortei da chiunque indetti (13 marzo e 22 aprile 1977).

[76] Nella primavera del 1976 si comincerà a parlare di un possibile «governo dell'emergenza» con la partecipazione dei comunisti, vista la gravità della situazione economica, ipotesi questa che si realizzerà, com'è noto, con il IV governo Andreotti, varato il 16 marzo 1978, il giorno stesso del rapimento Moro. Ma tale coincidenza non deve ingannare. Il discorso alla Camera del Presidente del Consiglio non investe solo l'emergenza terrorismo, ma qualcosa di molto più ampio; questi infatti affermò nel suo discorso che: «tutti … anche prima di stamane, eravamo consapevoli dell'attuale stato di eccezionalità, per l'attivismo di spietati terroristi, per il numero di disoccupati, per il caotico disordine in molte scuole, per la depressione nel Sud, specie nelle maggiori città, per la fragilità del nostro sistema economico-finanziario …». Per il testo del discorso v. *I programmi dei governi repubblicani dal 1946 al 1978*, Senato della

'78, dallo sgomento suscitato dal caso Moro, che può parlarsi di una legislazione propriamente emergenziale finalizzata al contrasto del terrorismo. Nel complesso infatti la normativa del primo quadriennio fu un succedersi di leggi e decreti variamente denominati e disorganici, spesso dettati da contingenze e con un approccio che spaziava dal sostanziale al processuale, dal preventivo al repressivo. Anche gli interventi più significativi di questa normativa – l'allungamento dei termini massimi di carcerazione preventiva e l'ampliamento dei poteri riconosciuti agli organi di polizia – non vennero adottati con riferimento a particolari manifestazioni del fenomeno terroristico, quanto piuttosto per far genericamente fronte alle manifestazioni di piazza dei movimenti extraparlamentari di quegli anni ed alla «criminalità dilagante», secondo lo slogan che ne accompagnò l'emanazione [77]. L'accoppiamento, *ex* legge n. 152 del 1975, tra estensione delle ipotesi di legittimazione all'uso delle armi da parte della forza pubblica (art. 14) e la previsione di una procedura privilegiata per gli appartenenti ai corpi di polizia per fatti «compiuti in servizio e relativi all'uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica» (art. 21), sembra testimoniare, meglio di altri profili, della tendenza di questo complesso normativo verso un riequilibrio dei rapporti cittadino/autorità «nel senso di accordare marcata preminenza all'esercizio dei poteri pubblici, rispetto alla garanzia dei diritti individuali» [78]. Non è, d'altra parte, per entomologico amore di precisione che si rimarca la differenza tra il primo ed il secondo quadriennio supra indicati, quanto per segnalare che, forse, i segni di una certa involuzione del pensiero giuridico e delle politiche in tema di sicurezza erano già presenti prima che il fenomeno terrorismo si appalesasse, furono in parte da esso indipendenti e sembrano riconducibili piuttosto a processi più ampi riconducibili alla crisi economica e sociale allora in atto.

Tra il '74 ed il '78 è dunque innanzitutto il concetto di «ordine pubblico» a subire un'importante evoluzione, a vedere arricchita la sua portata [79]. Con-

---

Repubblica, Roma, 1978, p. 658 ss. Ancora, è a partire dal 1979 che una delle principali case editrici di testi giuridici, la Giuffrè, dedica all'emergenza una specifica collana diretta da Giovanni Conso.

[77] Basti ricordare le norme in materia di «fermo di polizia», perquisizioni senza mandato ed uso legittimo delle armi (artt. 3, 4 e 14, legge n. 152 del 1975). Tra le voci che si levarono contro la legge «Reale» merita di essere ricordato l'intervento parlamentare pronunciato da Lelio Basso alla Camera il 15 maggio '75. L'intervento, con il titolo *Le leggi eccezionali e la polizia* è riportato in Centro di iniziativa Luca Rossi (a cura di), *625. Libro bianco sulla» legge Reale*», Milano, 1990.

[78] Così C. FIORE, *Ordine pubblico (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XXX, Giuffrè, Milano, 1980, p. 1100 s.

[79] Concetto già presente nella penalistica dell'illuminismo (v. G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, I, ed. Tipografia della Società Belgica, Bruxelles, 1841, p. 727) e nelle prime

cetto questo anche in età repubblicana ambiguamente codificato, per quanto concerne l'oggetto della tutela. A cavallo tra una declinazione *materiale* – empirica, di *ordre dans la rue*, «condizione pacifica di una convivenza immune da violenza» [80], conforme alle disposizioni costituzionali che lo richiamano (14, 16, 17 e 41) ed a cui sono chiamate ad offrire tutela le fattispecie dei reati tradizionalmente riconducibili alla «pubblica tranquillità» – ed una dimensione *ideale*, periodicamente emergente nelle normative e nella giurisprudenza, riconducibile all'esigenza del rispetto di una serie di principi, innanzitutto politici, che l'ordinamento assume come indispensabili per la sua sopravvivenza [81]. Nella prima metà degli anni Settanta l'ordine pubblico diviene uno dei luoghi privilegiati della politica e viene a costituire l'ordito su cui si tesserà la trama della legislazione emergenziale tra il 1978 ed il 1982. Quella normativa condusse innanzitutto ad un sensibile inasprimento delle sanzioni per i delitti di maggior allarme sociale, *in primis* quelli riconducibili al terrorismo e ad una sempre più ampia utilizzazione del processo come strumento di difesa sociale – essenzialmente attraverso una netta riduzione dei diritti dinanzi all'autorità giudiziaria ed all'attività, repressiva e preventiva, degli organi di polizia – e dunque ad una riduzione del livello delle garanzie individuali dinanzi alle pubbliche autorità. Una riduzione, ancora una volta, non temporanea, ma in via di progressivo consolidamento, via via che si allungavano i tempi della riforma del processo penale.

Ma la percezione che, al di là della giustificazione politica, con quella diffusa erosione degli spazi di libertà del singolo, soprattutto in materia di libertà personale, si fosse giunti a «raschiare il fondo del barile» della tollerabilità costituzionale – erosione che peraltro aveva portato il Paese sul banco

---

codificazioni dell'Italia unitaria: nel codice civile del 1865 e nella legge di p.s. dello stesso anno, nel 1889 l'ordine pubblico fa la sua comparsa anche nel codice penale, il quale peraltro ne estende la portata «inserendo un momento di prevenzione in quello repressivo», avvicinando così la legge penale a quella di polizia. «Questa progressiva espansione del concetto di ordine pubblico prepara le degenerazioni del periodo fascista, quando l'ordine pubblico diverrà valore ideale ed autonomo». E sarà la consapevolezza di questo allargamento del concetto di ordine pubblico che spiega «la diffusa ostilità dei costituenti a servirsene, per definire i limiti alle libertà garantite» – così A. CERRI, *Ordine pubblico. II) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, XXII, Ist. Enc. ital., Roma 1990, p. 1 s. Sull'ordine pubblico in età statutaria e fascista v. anche G. CORSO, *Ordine pubblico (Diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, XXX, Giuffrè, Milano, 1980, p. 1057 ss. e C. FIORE, *Ordine pubblico*, cit., spec. p. 1085 ss.

[80] G. CORSO, *op. cit.*, p. 1061.

[81] Sulle due dimensioni del concetto ci si limitare qui a segnalare, oltre ai lavori *supra*, cit., i lavori sul tema di A. PACE, fra cui *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. giur.*, 1963, p. 111 ss. e ID., *Problematica delle libertà*, cit., p. 313 e *passim*. Alla diversa declinazione del concetto non manca poi di ricollegarsi una diversa lettura della *fedeltà* che l'ordinamento richiede al cittadino – rimarca questo aspetto A. CERRI, *op. cit.*, p. 3.

degli accusati dinanzi ai giudici di Strasburgo – e la consapevolezza della insufficienza dei risultati ottenuti attraverso quegli strumenti legislativi, condusse ad un ripensamento e ad una nuova fase della normativa eccezionale antiterrorismo: alla legislazione premiale in caso di pentimento e dissociazione, al *diritto penale differenziato* [82]. Dottrina e giurisprudenza, infatti, rivolgeranno la loro attenzione all'emergenza dal punto di vista dei diritti e delle garanzie in situazioni emergenziali quando si trattò di «uscire dagli anni di piombo» ed a ridosso delle prime decisioni della Consulta su tali questioni.

La Consulta fino ad allora s'era occupata di emergenza nelle sue decisioni attorno all'art. 2 del T.u. del 1931, alle ordinanze prefettizie [83] ed a quelle leggi o atti equiparati che contrastano la costituzione, pur non disciplinando situazioni propriamente emergenziali, salvate dalla Corte sulla base della loro provvisorietà [84]. La stessa riflessione dei costituzionalisti, come già osservato, più che delle questioni che l'emergenza solleva riguardo ai diritti, si era concentrata essenzialmente sulla ricerca delle fonti e dei soggetti competenti in emergenza. Sarà solo attorno alla metà degli anni Ottanta, che la dottrina tornerà ad interessarsi, con nuova sensibilità, dell'emergenza anche dal punto di vista delle garanzie e dei diritti; a preoccuparsi quindi del terminare l'eccezione e del ripristinare, almeno in parte, la normalità anche sotto tale profilo. L'esaurirsi della lotta armata in Italia condurrà dunque la dottrina e la giurisprudenza costituzionale ad una lettura dell'emergenza più accorta, più rispettosa del dettato costituzionale, dei diritti in esso iscritti e delle loro garanzie. Ecco allora la sent. n. 15 del 1982 e le nuove elaborazioni dottrinali in materia, attente a conciliare le necessità dell'emergenza e quelle del pluralismo sancito in costituzione. Gran parte di quella normativa, tuttavia, passò indenne il vaglio della Consulta [85] con decisioni che comunque lasciarono trapelare il disagio di un salvataggio evidentemente condizionato da fattori esterni alla logica del giudizio di costituzionalità, ove furono criteri politici ben più che giuridici a far ritenere «non irragionevole» quei termini di carce-

---

[82] Secondo la definizione datane da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Laterza, Roma-Bari, III ed. 1996, p. 857.

[83] Per il giudice delle leggi di natura provvedimentale amministrativa e quindi non in grado di incidere sui principi dell'ordinamento e sui diritti costituzionali, se non quando sulla disciplina di tali diritti insista una riserva relativa di legge – dunque in materia di imposizione di prestazioni e di limiti alla proprietà ed alla iniziativa economica. V. ad es. le decc. 8/1956, 26/1961, 4/1977.

[84] Decc. 106/1962, 225/1974, 30 e 200/1975, 3 e 225/1976, 15/1982, 223 e 307/1983, 826/1988.

[85] V. le decc. n. 87 e 88/1976; 29/1979 e la dec. n. 15/1982. Solo con la dec. n. 1/1980 si giunse ad una pronuncia di (molto parziale) accoglimento.

razione preventiva [86]. Nella sua successiva giurisprudenza in materia di emergenza la Corte si mantenne in sostanza fedele a questo indirizzo: rigettare le questioni di legittimità delle normative – al più inviare obliquamente, spesso con decisioni interpretative, moniti al legislatore (rimasti nella gran parte dei casi inascoltati) e suggerimenti di applicazioni possibili ai giudici-, ma contribuendo a delimitarne i contorni, a mettere dei paletti. Al di là di una puntuale disamina di queste decisioni, resta peraltro la sensazione che la prudenza dimostrata dalla Consulta in tale filone giurisprudenziale, la sua acquiescenza alle scelte del legislatore, il salvataggio in tal modo operato di quel diritto penale eccezionale, abbia reso più difficile il ritorno alla normalità.

Più che le dirette conseguenze sul piano del diritto positivo, preme mettere in luce gli effetti di medio e lungo periodo di questa emergenza sul piano della cultura giuridica e del senso comune del diritto, l'alterazione che questa ha indotto su tali piani. Il ritenere tali leggi, oltre che politicamente necessarie, costituzionalmente legittime e, di conseguenza, che le garanzie processuali valgano per tempi e processi ordinari, non per quelli straordinari. Questo senso comune è rimasto e si è consolidato e dall'emergenza terrorismo si è passati a sempre nuove emergenze (mafia, droga, immigrazione, corruzione). «È questo guasto culturale la vera rottura prodotta dall'emergenza» [87], il suo radicamento nella prassi ordinaria, i segni che essa ha lasciato nel nuovo

---

[86] Si ricordino i richiami alla «situazione dell'ordine pubblico, valutata dal legislatore di particolare gravità» (sent. n. 87/1976), al «fine di fronteggiare l'allarmante recrudescenza del fenomeno della criminalità» (sent. n. 88/1976), ed ancora ai «recenti gravissimi episodi di criminalità comune e politica» (sent. n. 1/1980). Atteggiamento questo che emerge poi con maggior evidenzia nella dec. n. 15/1982, ove la Corte tuttavia – pur ritenendo «non irragionevole» il prolungamento dei termini della carcerazione preventiva disposto dalla legge n. 15 del 1980, data la «necessità di tutelare l'ordine democratico e la sicurezza pubblica contro il terrorismo e l'eversione» ed al contempo rimarcando la «consistenza», «la peculiarità e la gravità del fenomeno che si intende combattere» ed il fatto che «terrorismo ed eversione da un lato, prolungamento della custodia preventiva dall'altro, stanno tra loro in rapporto di causa ed effetto» (e prescindendo in questa sede dai rilievi critici che possono muoversi a questo modo di argomentare e soprattutto di intendere la custodia preventiva come strumento di politica criminale) – si mostrò consapevole dei rischi impliciti nella tendenza a giustificare qualsiasi scelta legislativa se riconducibile ad una logica emergenziale e precisò che «l'emergenza … è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea». Questa condizione dunque «legittima, sì, misure insolite» le quali tuttavia «perdono legittimità se ingiustificatamente protratte nel tempo». Secondo la Consulta infatti neppure in regime di emergenza sarebbe ammissibile un prolungamento dei termini della custodia preventiva tale da vanificare nei fatti la garanzia – considerazione questa che, al di là dei rilievi opponibili al complessivo impianto della decisione, testimonia dell'intenzione della Corte di rivendicare a sé l'apprezzamento dell'attualità della situazione emergenziale e la congruità costituzionale delle misure allo scopo predisposte.

[87] Così L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 870.

codice di procedura penale. Riemerge così l'opzione ideologica sottesa ad ogni disciplina dell'emergenza: che la restrizione delle libertà e delle garanzie costituisca un «costo necessario» per la normalizzazione della vita civile.

È più facile a questo punto rimarcare alcuni dei tratti salienti del paradigma emergenziale che si afferma in questo torno di tempo: oltre alla ricorrente normalizzazione dell'emergenza, all'elusione della sua «naturale» temporaneità, vengono ora alla luce il consenso che essa richiede e la dimensione simbolica. Da una parte, infatti, le misure che verranno prese vedono concordi tutti i partiti, di maggioranza e di opposizione [88]. In misura maggiore che in passato, questa emergenza richiede consenso, chiama a raccolta, ritiene che chi non schiera apertamente a favore finisce comunque per favorire «oggettivamente» l'eversione. Si conferma per questa via il forte richiamo storicamente esercitato dall'esperienza tedesca in materia di misure emergenziali, l'essere la costituzione – oltre che termine di indirizzo garantista, tavola di beni meritevoli di tutela – bene giuridico da proteggere ed attorno al quale aggregare consenso ed apprestare un apparato di tutela [89].

Altro elemento caratterizzante tale paradigma risiede nella valenza altamente simbolica, emozionale, delle sue previsioni normative – culturistiche: muscolari, ma di scarsa efficacia. Tese ad offrire risposte emotivamente rassicuranti, rispetto a domande, sociali e politiche, di tutela, ma la cui effettività dell'impatto appare in realtà più che discutibile. Vogliono offrire queste discipline un messaggio rassicurante ad un'opinione pubblica segnata da un forte senso di insicurezza. Le sovrapenalizzazioni che tali normative prevedono, ad es., mirano ad offrire un'immagine severa delle istituzioni nel momento in cui vengono colpite, più che a garantire l'effettiva applicazione di quelle sanzioni [90].

---

[88] Basti qui ricordare che i falliti tentativi di abrogazione referendaria di parti di quella normativa: nel 1978 venne respinta la richiesta di abrogare la legge Reale e nel 1981 quella riguardo l'ergastolo e le c.d. «leggi Cossiga».

[89] Secondo l'indirizzo offerto dal rapporto della *Trilateral* del 1973, per il quale la crisi della democrazia era allora provocata da un surplus di partecipazione collettiva alle dinamiche sociali – cfr. M. CROZIER, S.P. HUNTINGTON e J. WATANUKI, *La crisi della democrazia. Rapporto alla Commissione trilaterale*, Franco Angeli, Milano, 1977. Sintomatica di questa declinazione dell'idea di costituzione, è la legge n. 304 del 1982, significativamente intitolata «misure per la difesa dell'ordinamento costituzionale»; analogamente, il D.L. n. 625 del 1979 era intitolato «misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica». Rileva a riguardo C. FIORE, *op. cit.*, p. 1096 che simili richiami all'ordine *democratico* o *costituzionale* finiscono, «paradossalmente, per fare da supporto ad una concezione dell'ordine pubblico che, sotto l'apparenza del mantenimento della «pace sociale», lascia affiorare una persistente funzione conservativa delle strutture giuridiche, politiche e sociali esistenti».

[90] Già nella prefazione al primo libro della collana sull'emergenza *supra* ricordata, Conso rimarcava che «la legislazione dell'emergenza è, dunque, una realtà, ma visti i deludenti risul-

È dunque sulla scia della legislazione degli anni di piombo che si interverrà sulle emergenze successive. Ecco allora il susseguirsi di presunte o reali necessità eccezionali di tutela penale, che hanno a loro volta provocato una lunga teoria di leggi più o meno eccezionali le quali – oltre a determinare per lungo tempo uno sbilanciamento nel rapporto tra codice penale e leggi speciali a tutto vantaggio del secondo termine – risulteranno accomunate da un'ispirazione di fondo: la tendenza a demandare al diritto penale problemi non semplicisticamente riducibili ad esso.

3.3. Verso un nuovo paradigma dell'emergenza

La figura dell'emergenza sopra descritta tende a modificarsi a cavallo tra gli anni Ottanta e Novanta. La crisi del sistema sociale costruito a partire dal modello di produzione fordista indurrà a vedere in ogni conflitto un'emergenza; la progressiva riduzione della spesa pubblica segnerà la fine delle politiche keynesiane di presa in carico dei fenomeni di devianza. L'obiettivo diviene la prevenzione del conflitto attraverso un ampliamento degli strumenti di controllo mentre, nel campo delle politiche criminali, riacquista quota l'opzione carceraria e riprendono vigore le teoriche retribuzionistiche delle pena a danno di quelle riabilitative. Comincia all'inizio degli anni Ottanta la transizione verso nuove emergenze, che potrebbero dirsi *post-ideologiche*. Si avvia la riconfigurazione degli strumenti e delle strategie giuridiche dell'emergenza ed al contempo prendono a mutare i *nemici pubblici* verso cui questa viene diretta. Se fino ad allora infatti il *nemico* si nascondeva tra le classi «pericolose» autoctone, ora questo sarà sempre meno di classe, più mutageno del terrorismo (si pensi alla mafia) [91], ed al contempo non necessa-

---

tati, anche un miraggio. In quanto realtà la si deve attentamente esaminare nei suoi contenuti; in quanto miraggio, la si deve scandagliare nei suoi motivi ispiratori, spesso decisamente emozionali, non meno che nei suoi condizionamenti di fondo, sempre terribilmente concreti» – G. CONSO, *La legislazione dell'emergenza tra realtà ed equivoci*, introduzione a A.A. DALIA, *L'attentato agli impianti ed il delitto di riciclaggio*, Giuffrè, Milano, 1982, (I ed. 1979). Sulla valenza simbolica della legislazione emergenziale degli anni '70, v. tra gli altri G. CORSO, *op. cit.*, p. 1078; S. MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur.*, XXII, Ist. Enc. ital., Roma, 1990, p. 1 e la bibliografia ivi riportata. Del resto già Francesco Carrara nel 1859 scriveva che «è vanità sperare che la scienza subordini a precetti giuridici assoluti le misure ed i provvedimenti che in circostanze di turbamenti eccezionali saranno sempre praticamente guidati dalla sola paura, la quale tra tutti sentimenti è quella che meno ragiona» – F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, par. 3939, X ed., F.lli Cammelli, Firenze, 1907, p. 708. Cit. da L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 870 s.

[91] Si pensi ad es., in materia di mafia, alla legge «Rognoni – La Torre», n. 646 del 13 settembre 1982, nella quale coesistono norme di prevenzione e di diritto penale sostanziale; nor-

riamente autoctono, anzi, a partire dall'inizio degli anni Novanta, in Italia ed in Europa, l'emergenza per antonomasia diverrà l'immigrazione e più in generale l'esclusione sociale.

Qualche spunto riguardo le modificazioni dell'emergenza intervenute negli ultimi lustri di Novecento e nei primi anni del nuovo secolo. può venire, sul piano teorico, dalla riflessione di E. Denninger attorno alla problematica del mutamento dei «paradigmi costituzionali» [92]. Questi, riflettendo sulle trasformazioni che investono il concetto di costituzione e lo sviluppo dei diritti nel costituzionalismo contemporaneo, rimarca come l'attuale concretizzazione del paradigma «sicurezza» si ricolleghi dialetticamente al superamento dei meccanismi di garanzia tipici dello stato sociale in direzione di uno «stato di prevenzione», che è «lo stato dell'aspirazione alla massima sicurezza» [93].

Per Denninger, infatti, «sicurezza significa non più in primo luogo la coscienza della libertà garantita all'individuo ma l'affermazione di un'attività statale e in via di principio *illimitata* [corsivo mio] per tutelare il cittadino da rischi e pericoli sociali causati dalla tecnica o dall'ambiente o anche dal crimine» [94]. Illimitatezza dell'attività statale che marcherebbe la distanza dalla precedente visione della sicurezza – entro la quale l'azione dello stato, per garantire sicurezza giuridica, doveva essere limitata e calcolabile. Un simile processo però può condurre allo stravolgimento di uno dei principali presupposti etico-politici di riferimento delle tavole dei diritti delle costituzioni del pluralismo e, per questa via, allo scadimento dei diritti in esso contenuti. Questo passaggio dalla «sicurezza dei diritti» ad un «diritto alla sicurezza» [95], condurrebbe infatti ad una riconfigurazione di senso e significato della politica costituzionale dei diritti. Dalla promozione inclusiva e dalla garanzia del soddisfacimento, effettivo e sostanziale, dei diritti – codificato dal costituzionalismo europeo del dopoguerra – ad una sicurezza declinata in termini di

---

me a contenuto «effettivo» con altre tese a dare una risposta essenzialmente «emotiva» ai timori espressi dalla società davanti al crescere di quella criminalità organizzata. Sul tema v. L. STORTONI, *Criminalità organizzata e legislazione dell'emergenza*, in *Crit. dir.*, 6/92, p. 4 ss.

[92] Per l'A., infatti agli ideali della rivoluzione francese – eguaglianza, libertà e fraternità – «che furono la sigla dell'"epoca moderna"», oggi «si accompagna si sovrappone e parzialmente si sostituisce una nuova triade di ideali: la diversità, la sicurezza e la solidarietà». E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e Legge Fondamentale*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 78.

[93] *Ivi*, p. 89.

[94] *Ivi*, p. 38.

[95] Espressione questa sviluppatasi nella dottrina tedesca della prima metà degli anni Ottanta e progressivamente entrata nel lessico giuridico e politico europeo. Cfr. J. ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freihetlichen Verfassungsstaates*, Berlino, 1983.

conservazione dei beni e prevenzione dei rischi [96]. Il diritto alla sicurezza dei gruppi socialmente forti o invece la sicurezza dei diritti di tutti: non solo un'alternativa tra opposti obiettivi delle politiche di sicurezza, quanto l'alternativa tra concetti e pratiche della politica. Il parlare infatti di un «diritto fondamentale alla sicurezza» «sembra più una procura in bianco affidata allo stato per ogni possibile intervento sulla libertà che non un 'autentico' diritto fondamentale» [97]. Declinare dunque la sicurezza in termini di prevenzione si correla ad una «coscienza universale di incertezza ed insicurezza»: il crollo della rassicurante bipolarità politica del mondo, così come lo sviluppo delle conoscenze scientifiche e tecnologiche conducono – per un paradosso che è solo apparente – ad un ampliamento dell'orizzonte del *nescimus*. Di fronte all'emergenza, aggiunge il giurista tedesco, «la fantasia del politico e del giurista, se vuole far fronte a provocazioni di tali dimensioni, non può limitarsi alle atroci apparenze, ma deve scoprirne le cause profonde e nascoste» [98]. La stessa concezione della «democrazia militante», per Denninger, va in direzione di uno stato di prevenzione: manifestandosi innanzitutto a livello del diritto costituzionale, una tale tendenza mira a «ridurre l'ampio ventaglio della discussione politica, a limitare i temi politici in favore di una prevenzione autoritariamente imposta dallo stato» [99].

Un passaggio questo che sembra portare con sé una selezione di alcuni diritti dei gruppi socialmente privilegiati ed una priorità d'azione dell'ordinamento a loro vantaggio ed al contempo limitazioni dei diritti riconosciuti agli altri soggetti ed in parte a riconfermare quanto da chi scrive sostenuto circa il *plusvalore* caratterizzante, anche in età contemporanea, l'emergenza: il contributo che essa offre, in diversi momenti storici, alla definizione concreta della cittadinanza *sostanziale*. Tali meccanismi di discriminazione nei diritti a vantaggio dei cittadini «rispettabili» ed a spese dei «marginali» concorrono a determinare una riduzione della sicurezza giuridica che, a sua vol-

---

[96] Non contraddice la tesi che qui si sostiene il fatto che l'art. 2 della *Déclaration* del 1789 consacrasse un tale «diritto alla sicurezza», dal momento che il contenuto di tale previsione si sostanzia nel mantenimento e nella stabilità temporale dei diritti naturali una volta positivizzati come diritti dei cittadini. Nell'interpretare tale articolo, identifica il diritto in esso contenuto in termini di «diritto umano ai diritti civili». Analogamente, secondo E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo*, cit., p. 76, la sicurezza codificata in quell'articolo, sulla scia delle riflessioni di Montesquieu – *Lo spirito delle leggi*, XII, p. 2 –, concerne la garanzie procedurali dello stato di diritto, «significa prima di tutto sicurezza garantita dal diritto, … vivere pacificamente … sotto la legge di cui il cittadino stesso si può sentire autore o perlomeno coautore».

[97] E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo*, cit., p. 38.

[98] *Ivi*, p. 83.

[99] *Ivi*, p. 93.

ta, alimenta quel sentimento di insicurezza nell'opinione pubblica sul quale si sviluppa il consenso all'attivazione di dispositivi emergenziali.

La «società dell'incertezza» produce una sempre maggior circolazione di cose e persone, e dunque genera possibilità di contatto, ma al contempo non sembra indurre la costituzione di legami sociali. Inoltre le varie determinanti dell'insicurezza sono strettamente interconnesse e dunque difficilmente affrontabili per i singoli, ma anche per la tradizionali «istituzioni politiche» – dalle sempre più incerte attribuzioni di competenza. Questo contribuirebbe alla riduzione della questione sicurezza al profilo dell'ordine pubblico, all'identificazione dei migranti come di una delle principali ragioni di insicurezza per le collettività occidentali ed alla tendenza alla protezione del territorio, nel momento in cui questo si trova sottoposto ad enormi tensioni per quanto concerne il suo ruolo dal punto di vista ordinamentale.

Le retoriche e le pratiche emergenziali oggi sembrerebbero agire innanzitutto su questo passaggio, concorrendo ad occultarne la valenza ideologica ed a presentarlo come ineluttabile. Agiscono sul sentimento di insicurezza. Si vanno sviluppando modelli di *tolleranza zero* come risposta alla criminalità ed al disordine sociale. È in fondo lo scarto tra sviluppo economico e sviluppo umano, che si registra nelle odierne società globalizzate, che sembra determinare il contenuto specifico del sentimento di insicurezza delle classi garantite, ed a dirigere le politiche della sicurezza prevalentemente in direzione di un controllo dei soggetti sociali posti ai margini del processo produttivo, a ridurre il problema della sicurezza – che si connette ad un intreccio articolato di problemi ed equilibri di estensione tale da abbracciare l'intera dimensione del politico – ad un singolo ambito, ad un'emergenza (spesso più emozionale che sostanziale) cui sacrificare prudenze, rapporti ed equilibri fino ad un impoverimento dei rapporti e della comunicazione politica e sociale. Si dice «sicurezza» e si finisce per intendere «ordine pubblico» e la ragione di questo tutt'altro che innocente slittamento semantico sta, oltre che nella sua spendibilità elettorale, nel rientrare esso in un processo di estrapolazione dalla sfera della sicurezza complessivamente intesa di tutto ciò che è privatizzabile, e quel che ne resta fuori è innanzitutto difesa ed ordine pubblico [100].

---

[100] Entro un tale contesto, la tendenza a chiudersi in «comunità-fortezze» rappresenterebbe una reazione (fobica) sempre più diffusa nelle «metropoli» tra coloro i quali si percepiscono esposti a minacce. Si combatte l'*incertezza* difendendo la propria *incolumità*. Tramite la mobilitazione in difesa di un territorio (dal quartiere all'Europa, passando per la nazione) si ridefinisce l'identità collettiva, si ricrea un senso di appartenenza; si ricostruisce in queste comunità autodifensive uno spazio pubblico, ma trasfigurato dalla sovradeterminazione economico-mercantile dei processi di globalizzazione. Sui temi qui accennati è utile richiamare i contributi di Z. BAUMAN – *La società dell'incertezza*, Il Mulino, Bologna, 1997; *La solitudine*

Il processo fino ad ora descritto ha una sincope l'11 settembre 2001, tra New York e Washington.

Gli avvenimenti di quel giorno sembrano tuttavia costituire certamente un punto di svolta, ma non una rottura radicale. Le normative adottate a livello nazionale e sovranazionale sull'onda di quell'evento sembrano infatti contribuire a dare forma ad un complessivo paradigma emergenziale in via di costruzione già a partire dai primi anni Novanta e dalla fine dell'equilibrio bipolare.

Il *nemico* di questa emergenza è il «terrorismo internazionale» e gli «stati-canaglia» che lo sostengono – reo di quegli attentati diretti al cuore (economico, politico e militare) della super-potenza. Per la cattura di questo nemico s'è intervenuti militarmente in Afghanistan. La NATO, per la prima volta ha dato applicazione all'art. 5 del proprio trattato istitutivo e, con l'avallo dell'ONU, il 5 ottobre 2001 è cominciata l'operazione *Enduring Freedom*, ad oggi in corso. Altri lavori in questa stessa *Rivista* approfondiscono le questioni inerenti la tenuta dei sistemi giuridici nazionali ed internazionali dinanzi alle procedure instaurative dei conflitti prodottisi dalla caduta del muro di Berlino. Qui ci si limita a rilevare come l'emergenza attivatasi in questo contesto, ben lungi dall'apparire di breve periodo o comunque destinata ad un'inversione di tendenza, appare invece investire alla radice le forme del politico e porsi quale paradigma di governo. Il processo di militarizzazione del controllo sociale e delle manifestazioni di dissenso appare dunque coerente con le dinamiche in atto di militarizzazione delle relazioni internazionali e di ritorno alla guerra come strumento di tali relazioni.

In questo contesto il *terrorismo* torna ad essere nodo cruciale del discorso emergenziale in atto, dal momento che consente l'unificazione degli obbiettivi interni ed esterni della coercizione. Nemico proteiforme, per definizione occulto; scisso dal concetto di stato ed al quale, incarnando il male assoluto, si muove guerra in nome della *morale*, dunque si disconosce finanche lo *status* di nemico e non si applica ad esso quel diritto di guerra che costituisce uno dei maggiori effetti del passaggio dall'età premoderna a quella moderna. *Al Qaeda* rappresenta l'incarnazione più recente di questo nuovo terrorismo messianico ed universalistico, che si sposta da una regione all'altra del globo utilizzando armi e tecnologie occidentali per rivolgerle contro l'occidente stesso: una sorta di internazionale fondamentalista che trascende da apparte-

---

del cittadino globale, Feltrinelli, Milano, 2000; *Voglia di comunità*, Laterza, Roma-Bari, 2001 – che ricollega con la centralità crescente della questione «sicurezza» le trasformazioni in corso negli assetti sociali ed i mutamenti culturali. Più specificamente sulle strategie della penalità che si configurano entro un tale processo v. L. WACQUANT, *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale*, Feltrinelli, Milano, 2000.

nenze ed identità nazionali, che oppone ad un Occidente tanto monolitico quanto artificioso un altrettanto artificioso e monolitico Islam. Ipotesi di reato nella quale l'impatto simbolico è proporzionale alla fluidità del profilo, questa del terrorismo internazionale, codificata dal diritto di diversi ordinamenti con definizioni di ambiguità e vaghezza tali da avere, tra i primi destinatari – oltre ai terrorismi domestici-, migranti e movimenti sociali [101].

L'emergenza di oggi di conseguenza, per essere all'altezza del nemico al quale si contrappone, tende a porsi come globale, preventiva e permanente. Irrispettosa del territorio quale unità di misura: in luogo di guerra si parla di polizia internazionale; può dirigersi contro qualsiasi «nazione, organizzazione e persona» [102]. In tale emergenza scolora la distinzione pubblico/privato, si rimescola dentro e fuori, emergenze interne ed internazionali. Si riarticola e si rafforza, invece, il *cleavage* del consenso, il confine tra chi è l'amico e chi il nemico; implica il segreto e la continua vigilanza come arma di contrasto. Dalla società *disciplinare*, descritta da Foucault, stiamo transitando verso la deleuziana *società di controllo*. Ed è *permanente* questa emergenza proprio perché preventiva: perché in essa non è più in gioco primariamente lo spazio, e dunque non sono più possibili «paci» compromissorie, concrete, costituenti di un equilibrio geopolitico altro rispetto a quello dell'anteguerra. Contro un nemico *assoluto* si punta ad una pace globale che annienta il nemico dal momento che questo non può essere ricacciato entro i propri confini. Se è *nuovo* il nemico, un filo rosso con le dinamiche in atto dalla fine dell'equilibrio bipolare nell'ordine pubblico interno ed internazionale sembra attraversare invece i contenuti di questa emergenza.

Le normative emanate ed applicate, negli USA, in singoli paesi europei e nell'Unione europea, dopo l'11 settembre 2001, nel complesso sembrano, innanzitutto, spingere avanti la costruzione di un diritto speciale per gli stranieri – con inevitabili ricadute anche sui diritti dei cittadini –, in direzione ulteriormente compressiva della libertà personale e delle garanzie giurisdizionali, a partire da un'ampia configurazione del reato di terrorismo internazio-

---

[101] D'altra parte fu per distruggere «un focolaio di imbastardimento del mondo occidentale ed un covo del terrorismo internazionale» che Hitler all'inizio del 1943 ordinò la distruzione di circa 2.000 edifici del quartiere del *Panier*, presso il vecchio porto di Marsiglia, e la deportazione di 20.000 circa dei suoi abitanti, in gran parte, allora, immigrati ed esuli italiani, spagnoli e nordafricani.

[102] Così recita la *Public Law*, pp. 107-40 votata dal Congresso il 18 settembre 2001 e con la quale ha autorizzato il Presidente USA «all'utilizzo di ogni necessaria ed adeguata forza contro quelle nazioni, organizzazioni e persone, che egli determini che abbiano programmato, autorizzato, commesso o aiutato l'attacco terroristico dell'11 settembre 2001 o ospitato tali organizzazioni o persone, al fine di prevenire ogni altro futuro atto di terrorismo internazionale da parte di tali nazioni, organizzazioni o persone».

nale e di ipotesi connesse; ed in secondo luogo, a determinare una generale limitazione delle libertà e dei diritti, di tutti, riconducibili alla sfera della privacy e della comunicazione.

La normativa statunitense *post* 11 settembre e le sue prime applicazioni riassumono efficacemente le caratteristiche base di questo regime emergenziale e la sua natura suprastatuale: la sovrapposizione tra logiche e pratiche dell'emergenza interna e di quella internazionale mediante una definizione del reato di terrorismo internazionale alquanto evanescente ed una serie di misure restrittive delle libertà e delle garanzie costituzionali che, legittimate dalla pretesa di intervenire sul «fronte interno» dell'emergenza, finiscono per interessare soggetti e pratiche di manifestazione del dissenso – sicuramente ad effetto, talvolta radicali, ma certo non definibili terroristiche e spesso neppure in alcun modo violente (quali ad es. le occupazioni temporanee di luoghi pubblici o infrastrutture, e le azioni di protesta operabili in rete) [103].

---

[103] Se la costruzione del migrante in termini di nemico è un processo, giuridico-culturale che accompagna carsicamente la storia sulle due sponde dell'Atlantico, in particolare quella degli ultimi lustri, oggi l'introduzione di un apposito diritto speciale per gli stranieri risalta soprattutto nel *Patriot Act* statunitense del 26 ottobre 2001 e nel britannico *Anti-Terrorism, Crime and Security Act* del 14 dicembre 2001 – copia del primo ed ispirato ad analoga logica emergenziale. L'*USA PATRIOT ACT* (ove *USA PATRIOT* è un ben riuscito acronimo che sta per «*Uniting and Strenghtening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*» e figlio a sua volta di precedenti elaborazioni dell'amministrazione USA, quali ad es. le varie versioni della *National Security Strategy*, elaborate a partire dal 1991), in particolare, ha segnato un vistoso arretramento sul piano dei diritti civili e delle garanzie costituzionali (per quanto concerne il principio di eguaglianza, di libertà personale, del *due process of law*, della *privacy*, della libertà di manifestazione del pensiero) innanzitutto attraverso l'estensione dei poteri di polizia e dei servizi di *intelligence* impegnati nella lotta al terrorismo, nel disporre intercettazioni telefoniche, nel monitorare le comunicazioni in rete, nel limitare le libertà degli stranieri sospetti (l'*act* parla di «*alien*» termine con il quale nel diritto USA si indica qualsiasi non-cittadino, che si tratti di residenti permanenti, di studenti e di semplici turisti), nel colpire i *networks* finanziari delle organizzazioni terroristiche. L'*act* prevede infatti il fermo fino a sette giorni (senza obbligo di formulare accuse né di convalida giudiziaria del provvedimento) degli stranieri sospettati di legami con il terrorismo; inoltre l'*Attorney general* o un ufficiale dell'*INS* (il servizio immigrazione), possono comunque autorizzare la detenzione, senza limiti di tempo, di uno straniero sospetto, sulla sola base di *reasonable grounds to believe*, di attività che attentino alla sicurezza nazionale (per incappare in tale detenzione è sufficiente l'accusa di aver violato le norme sull'immigrazione). Ancora, con questa normativa si perviene ad una configurazione talmente ampia di «terrorismo» che finisce per investire anche i comportamenti e le attività caratterizzanti molte associazioni non violente. A questo proposito M. RATNER, *Le libertà sacrificate sull'altare della guerra*, in *Le Monde diplomatique* – edizione italiana – novembre 2001, evidenzia come la prima applicazione di queste misure abbia condotto – oltre che all'arresto di un numero imprecisato di persone (circa mille), quasi tutti stranieri di origine asiatica o mediorientale, sospettate di terrorismo, ma senza accuse precise ed a tempo indeterminato – ad un tentativo, della CIA e dell'FBI in primo luogo, di colpire con tali accuse gruppi come *Greenpeace* o le Donne in nero ai fini di una

Anche il complesso delle normative adottate in materia di terrorismo internazionale dagli stati-membri dell'Unione a seguito degli attentati di New York e Washington [104], tende a ricalcare i contenuti della decisione quadro

criminalizzazione del dissenso interno. Non di minor rilievo inoltre, tra le conseguenze di quei fatti, una certa rilegittimazione delle pratiche di tortura al fine di estorcere informazioni ai sospetti terroristi. Sulle torture (anzi sui «mezzi di pressione») praticate dalla polizia e dall'esercito v. gli articoli apparsi sul *Corriere della Sera* il 1° febbraio 2002 (*I terroristi? Torturiamoli*) ed il 9 marzo 2003 (*La Casa bianca giura: non torturiamo*). Se l'*Act* del 26 ottobre può leggersi come la *summa* del nuovo paradigma emergenziale, è anche vero che importanti addizioni ad esso sono venute con le misure successivamente adottate. Con il *President Issues Military Order* del 13 novembre 2001 (consultabile sul sito *www.whitehouse.gov/news/orders*), relativo alla «Detenzione, trattamento e processo di determinati non-cittadini nella guerra contro il terrorismo», si compie un balzo in avanti nella esclusione dei non cittadini dalle garanzie del giusto processo istituendosi tribunali militari *ad hoc* per giudicare gli *aliens* sospettati di terrorismo internazionale. Il vizio centrale di questi tribunali sembra risiedere nel fatto che «le funzioni di polizia, della pubblica accusa, del giudice e della giuria sono tutte imputate a (o effettuate sotto il controllo di) un solo uomo, il Presidente degli Stati Uniti. Il decreto prevede che qualsiasi non-cittadino può essere detenuto se il Presidente «ha ragione di ritenere» (che è uno standard sconosciuto al diritto) che costui è un «terrorista internazionale» (una fattispecie priva di previa definizione legale)» – così H. SCHWARTZ, *Il trattamento giuridico dei terroristi internazionali da parte degli Stati Uniti*, reperibile sul sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti. Chi si ritrovasse imputato dinanzi a tali tribunali si vedrebbe condotto dinanzi a tre giudici membri dell'esercito (subordinati al presidente in quanto loro comandante in capo); costretto ad accettare come difensore un altro membro dell'esercito; processato sulla base di regole probatorie stabilite dal ministro della difesa, potrebbe vedersi comminare la pena capitale se due giudici su tre ne decidono l'applicazione e potrebbe appellarsi solo al Presidente, dal momento che il decreto esclude la possibilità di riesame giurisdizionale della decisione. Si noti infine che all'unicità del grado di giudizio si aggiunge il divieto di pubblicità del dibattimento per «ragioni di sicurezza». Quasi superfluo ricordare che tra i primi inveramenti di questo paradigma (e dunque tra i primi candidati a venire processati dinanzi ai tribunali ora descritti) sta la reclusione a partire da gennaio 2002 dei sospetti appartenenti ad *Al Qaeda* a Guantanamo ed in altre basi americane in condizioni gravemente lesive della umana dignità e senza neppure vedersi riconosciuto lo *status* giuridico di prigionieri di guerra sulla base della III Convenzione di Ginevra del 1949 relativa ai prigionieri di guerra, dal momento che l'amministrazione USA li ha ritenuti *unlawful combatants* e non combattenti di forze armate regolari Sul complesso di tali misure v. le riflessioni critiche di N.H. KATYAL e L.H. TRIBE, *Waging war, deciding guilt: trying the military tribunals*, in *Yale Law Journal*, Aprile 2002. V. inoltre nel dibattito italiano per la diversità di conclusioni cui pervengono circa la loro ammissibilità, le riflessioni *a prima lettura* di G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2002, spec. p. 29 ss.; F. LANCHESTER, *Gli Stati Uniti e l'11 settembre 2001*, anche questo reperibile sul sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti e C. DE FIORES, *«L'Italia ripudia la guerra»?*, Ediesse, Roma, 2002, spec. p. 31 ss. Per una sintetica rassegna degli elementi caratterizzanti le discipline adottate sulle due sponde dell'Atlantico *post* 11 settembre 2001, v. anche A. BURGIO, *Attacco allo stato di diritto*, in *La rivista del manifesto* n. 38, aprile 2003, p. 39 ss.

[104] In Germania, ad esempio, il governo federale ha approvato una serie di disegni di legge anti-terrorismo e nella sostanza finalizzati a: introdurre nel codice penale il terrorismo internazionale come fattispecie di reato (art. 129 b) e ad restringere la legge del 1964 in mate-

sulla lotta al terrorismo del 13 giugno 2002, la quale a sua volta riprende l'impostazione statunitense facendone suoi i postulati base, vale a dire: una definizione ampia di reato terroristico [105]; il riconoscimento che, oggi, la minaccia terroristica legittima la sospensione di molti diritti fondamentali; ed infine la sovrapposizione tra problematiche riconducibili alla lotta al terrorismo e quelle interessanti invece la gestione dei movimenti migratori.

Per quanto riguarda l'Italia sembrerebbe che le recenti innovazioni apportate alla normativa italiana in materia di stranieri e gli ampi margini che essa offre in materia di controlli e limitazioni della libertà personale abbiano reso superflua l'adozione di ulteriori normative al riguardo, mentre non fanno eccezione al quadro ora abbozzato, le discipline adottate in Italia in tema di terrorismo internazionale [106].

Si tenga inoltre presente che il 28 marzo 2003 il Presidente del Consiglio ha decretato lo *stato di emergenza in relazione alla tutela della pubblica incolumità nell'attuale situazione internazionale*. Lo stesso giorno è stata inoltre approvata, sulla base della legge n. 225 del 1992, l'ordinanza n. 3275 contenente *disposizioni urgenti di protezione civile per fronteggiare l'emergenza deri-*

---

ria di associazioni vietandone quelle a carattere religioso i cui fini ed attività contrastino, oltre che con le leggi penali, con l'ordinamento costituzionale e/o con il principio di pacifica convivenza e coesistenza tra i popoli. V. a riguardo G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione*, cit., p. 30. Anche in Francia i fatti americani dell'11 settembre 2001 hanno inciso sulla nuova legge «sulla sicurezza quotidiana» (2001-1062), il cui *iter* era peraltro già in corso. Questa disciplina, con i suoi 71 articoli, determina in sostanza un allargamento delle ipotesi di perquisizione, della garanzia dell'anonimato ai testimoni di reati più gravi, dei reati che ammettono la schedatura genetica del condannato e del controllo dei dati relativi alla navigazione in *rete*.

[105] L'art. 3, di tale Decisione-quadro annovera tra i «reati terroristici»: «l'occupazione abusiva o il danneggiamento di infrastrutture statali e pubbliche, mezzi di trasporto pubblico, luoghi pubblici e beni», alla lettera *f* e, alla *j*, «la manomissione dei sistemi di informazione».

[106] Con questi provvedimenti si prevedono nuove fattispecie di reato per colpire organizzazioni del terrorismo internazionale ed i loro fiancheggiatori, consentendosi investigazioni più approfondite attraverso varie forme di controllo delle comunicazioni, con finalità preventive e senza l'apertura di un procedimento penale; si consentono inoltre operazioni «sotto copertura» e deroghe al segreto d'ufficio. Tra le normative adottate, si vedano la leggi n. 415, 431 e 438 del 2001 (rispettivamente intitolate: *Misure di carattere finanziario contro il terrorismo internazionale*; *Misure contro il finanziamento del terrorismo internazionale*; *Reato di terrorismo internazionale*) e la legge n. 7 del 2003, (*Repressione del finanziamento del terrorismo internazionale*). A tali normative deve aggiungersi che, nella sua nuova versione, l'art. 41 *bis* dell'ordinamento penitenziario estende il carcere duro, oltre che ai mafiosi, ai «terroristi» e ai «trafficanti di esseri umani». Su queste misure v. ancora i lavori di De Fiores e di De Vergottini *supra* cit. rispettivamente pp. 37 ss. e 30 s. Per un'analisi d'insieme della vigente normativa in tema di stranieri, v. A. CAPUTO, *La condizione giuridica dei migranti dopo la legge Bossi-Fini*, in *Questione giustizia*, 5/2002, p. 964 ss. Sul nuovo regime fissato dall'art. 41 *bis supra* cit. v. M. RUOTOLO, *Quando l'emergenza diventa quotidiana. Commento alle modifiche agli artt. 4* bis *e 41* bis *dell'ordinamento penitenziario*, in corso di pubblicazione su *Giur. it.*, 2003.

vante dalla attuale situazione internazionale [107]. Ambi questi atti, i quali producono una sensibile alterazione delle competenze ordinarie [108], sembrano peraltro andare in controtendenza rispetto ai requisiti indicati dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale ai fini della legittimità di simili provvedimenti – innanzitutto proporzionalità e delimitazione temporale e spaziale della vigenza della misura [109] – e appaiono decisamente poco rispettosi dei pur labili limiti desumibili a riguardo dall'art. 5 della legge n. 225 [110]. Se peraltro si allarga la visuale oltre i sintomi di illegittimità caratterizzanti queste ultime misure e si va a vedere la serie storica dei decreti emergenziali emanati dall'entrata in vigore della legge n. 225 ad oggi, si nota un impiego sempre maggiore da parte del governo di questa tipologia di atti, confermandosi per questa via quella già ricordata tendenza del nostro ordinamento ad una nor-

---

[107] Entrambi gli atti sono stati pubblicati in *G.U.*, serie generale, n. 74 del 29 marzo 2003.

[108] Sulla base della legge n. 225 infatti viene nominato per far fronte a tali emergenze un commissario il quale può operare in deroga alle leggi vigenti, data l'impossibilità ad agire degli organi ordinariamente deputati. Tali decreti peraltro non sono soggetti a conversione e dunque lasciano al governo decisore unico dell'attivazione di tale dispositivo emergenziale. Oggi peraltro una tale alterazione delle competenze non involge più solo il rapporto esecutivo/legislativo, ma anche quello Stato/regioni, dal momento che la recente riforma del titolo V della costituzione ha sancito il coinvolgimento delle regioni, sul piano delle funzioni amministrative, in materia di sicurezza (art. 118, terzo comma). La stessa Corte peraltro già in precedenza aveva riconosciuto che l'emergenza non può comunque arrivare a legittimare l'illimitato sacrificio dell'autonomia regionale: v. le decc. 307/1983 e 39/2003.

[109] V. a riguardo in dottrina G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità ed urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 2185 ss.; per la giurisprudenza della Consulta v. le già ricordate decisioni 8/1956, 418/1992 e 127/1995.

[110] I provvedimenti in questione appaiono infatti di dubbia legittimità vista la loro motivazione di fondo e la mancata indicazione di un loro limite temporale. Riguardo il primo aspetto, se è vero che la legge n. 225 non fissa una tipologia di eventi al verificarsi dei quali diviene applicabile tale regime di emergenza, è anche vero che il suo art. 5 per una simile dichiarazione impone comunque l'indicazione di «qualità» e «natura» degli eventi in relazione all'estensione ed alla durata delle correlative misure. Il governo invece nel decreto in questione, oltre a non indicare alcuna data o momento finale di tale emergenza, giustifica la dichiarazione semplicemente e genericamente sulla base de «l'attuale situazione di diffusa crisi internazionale determinata dal conflitto bellico in atto sul territorio iracheno, che comporta profili di maggiore gravità dei rischi per la pubblica e privata incolumità». A conferma della sopra accennata eccedenza che sembra caratterizzare il complesso delle normative adottate dopo l'11 settembre 2001 per quanto concerne il loro ambito soggettivo di efficacia, si noti che la legge n. 401 del 2001, recante *disposizioni urgenti per il coordinamento delle strutture preposte alle attività di protezione civile*, ha esteso ai «grandi eventi» l'adottabilità di ordinanze disciplinate dalla legge n. 225, senza peraltro chiarire cosa debba intendersi per grandi eventi e così lasciando al governo, ancora una volta, il monopolio della decisione.

malizzazione dell'emergenza, allo «stabilizzarsi di un insieme di norme attraverso cui si andrebbe sfumando la precisa linea di demarcazione fra legislazione ordinaria ed emergenziale» [111].

Questa emergenza, dunque, *oltre* al terrorismo interno ed internazionale, finisce per incidere su altri soggetti e su pratiche, nuove e tradizionali, di esercizio di una serie di diritti interessanti sia il piano individuale che quello partecipativo. E l'eccedenza, l'*in più* di questo regime di emergenza, sembra investire innanzitutto i diritti dei migranti e quelli inerenti la privacy e la comunicazione, di tutti. Due gli aspetti a riguardo che si intende ancora rimarcare.

Sul versante della continuità, il processo in atto testimonia dell'essere, ancora oggi, l'emergenza una sorta di laboratorio per la sperimentazione e la messa in opera di discipline in materia di diritti che, una volta passate le ragioni dell'emergenza, in gran parte permangono nelle discipline ordinarie. L'attivazione dei dispositivi emergenziali e, spesso, il loro mantenimento per lunghi periodi o in aree ben più vaste di quelle effettivamente interessate dal fenomeno eccezionale, prepara sul piano culturale ed emotivo il terreno ad un approccio emergenziale a certe questioni, *abitua* alla compressione dei diritti, all'idea che la loro fruizione piena sia possibile solo in condizioni di pace sociale, di assenza di dissenso, e determina, solo allora, una trasposizione della disciplina anche sul piano delle fonti, *normalizzandola*. Al contempo sono facilmente identificabili i collegamenti tra questa emergenza e la storia recente dei diritti degli stranieri così come di quelli inerenti la privacy e la comunicazione. I dispositivi che questa attiva sembrano infatti limitarsi ad imprimere una evidente accelerazione a tendenze già precedentemente in atto.

Se infatti in materia di stranieri questa normativa spinge avanti i processi di militarizzazione del controllo sociale e di criminalizzazione in atto da un paio di lustri nei confronti dei migranti, prima che come individui come soggetto sociale [112], analogamente, i pervasivi controlli instaurati sulle diverse forme di comunicazione in rete sembrano costituire la logica prosecuzione del tentativo in atto di far prevalere di *Internet* la sua dimensione commer-

---

[111] Così L. SCAFFARDI, *Emergenza e situazione internazionale: prime note in merito al decreto del Presidente del consiglio dei ministri del 28 marzo 2003*, consultabile sul sito del *forum* di *Quaderni costituzionali*.

[112] Tanto che, provocatoriamente, può dirsi che le *tiger cages*, dove vengono reclusi a Guantanamo ed in altre basi militari USA sparse per il mondo i sospettati di terrorismo, non siano in fondo che il più recente approdo della logica (sociale, politica e giuridica) che ha prodotto i centri di permanenza temporanea e le *zones d'attente*, zone di non-diritto entro le quali trattare i soggetti definiti come socialmente pericolosi.

ciale, di scoraggiare e/o marginalizzare ogni utilizzazione della *rete* contrastante con la logica di uno spazio socialmente *pacificato* – tentativo operato mediante forme di censura e di penalizzazione delle opinioni minoritarie e dei comportamenti socialmente stigmatizzati [113].

In secondo luogo è emblematico che tra i diritti precipuamente interessati da questa emergenza vi siano due tra le figure maggiormente paradigmatiche tra quelle che agitano oggi il campo dei diritti e dunque della cittadinanza: i migranti e la coppia privacy/comunicazione. I diritti in questione infatti costituiscono una componente centrale di quel che di *nuovo* agita oggi la relazione diritti/cittadinanza e contribuisce a rideclinarla originalmente rispetto al recente passato. Parlare oggi di «nuovi diritti» implica qualcosa di ulteriore rispetto al recente passato: investe non solo l'emergere di nuovi interessi entro il tessuto sociale ai quali il diritto è chiamato a dare risposte e forme di tutela. Oggi si tratta in primo luogo di verificare la tenuta di molte delle categorie dommatiche e delle garanzie caratterizzanti il campo dei diritti complessivamente inteso: il fondamento e l'efficacia dei diritti [114]. «Si tratta

---

[113] E questo processo non modifica solo lo spazio virtuale, ma anche quello reale: sempre più spesso infatti i luoghi *pubblici* sono sottoposti a controlli capillari, costantemente monitorati; in questo modo «la sorveglianza si trasferisce dall'eccezionale al quotidiano, dalle classi «pericolose» alla generalità delle persone». E questa «inarrestabile pubblicizzazione degli spazi privati», questa generalizzazione dello schema panottico non può non incidere sui comportamenti individuali e collettivi, riduce spontaneità e libertà, induce «a chiudersi in casa e a difendere sempre più ferocemente quest'ultimo spazio privato». Ma è proprio qui che «può essere il germe di nuovi conflitti, e dunque di una permanente e più radicale insicurezza». In questo contesto, le legislazioni e le prassi adottate dopo gli attentati dell'11 settembre hanno solo incentivato lo sviluppo di queste «nazioni di sospetti», anche se vi è un ben visibile mutamento nella pretesa di uno stato «di considerare ogni banca dati privata come uno strumento a disposizione dei poteri pubblici», anche al di là dei confini nazionali – Come dimostra la richiesta del governo USA di accedere alle banche dati di qualsiasi compagnia aerea in ogni parte del mondo, pena la revoca del diritto di atterrare negli aeroporti USA. La novità qui sarebbe nel manifestarsi di una nuova dimensione della sorveglianza, secondo la quale un soggetto, il sorvegliante (ossia l'amministrazione USA), verrebbe a disporre di qualsiasi informazione personale, da chiunque raccolta ed a prescindere dalle originarie finalità della raccolta. Evidenzia le tendenze ora descritte nei settori della privacy e della comunicazione, S. RODOTÀ, da ultimo nella sua *Prefazione* a D. LYON, *La società sorvegliata*, Feltrinelli, Milano, 2001, dalla quale sono tratte le citazioni *supra* riportate.

[114] E ciò a partire dalla stessa figura, originariamente romanistica, del diritto soggettivo come pretesa di *un* soggetto a (o da) un *actio*, dunque giustiziabile nella misura in cui l'interesse *individuale* retrostante la pretesa possa venire soddisfatto dall'intervento di *un* apposito apparato pubblico. Non è possibile non tenere conto della *storicità* di tale connotazione: delle sue origini individualistiche e proprietarie, della irriducibilità della figura dei diritti a quella di pretese opponibili ad un potere a fini ablativi, così come della difficoltà, oggi ancora più evidente che in passato, di individuarne il fondamento in una sede unica (la codificazione

… di riconoscere … che, rispetto alle coordinate costitutive del legame sociale, all'intreccio dei rapporti fra pretese di obbedienza del potere, strategie del disciplinamento, esigenze di legittimazione, i diritti medesimi non possono restare neutrali ed estranei, come se si trattasse di immaginare congegni di garanzia nei confronti di individui isolati e insidiati da un potere politico pervasivo e tendenzialmente dispotico» [115].

Alla univocità caratterizzante la tradizionale configurazione dei diritti (uno il soggetto portatore dell'interesse; uno l'interesse di cui il soggetto si fa in quel momento portatore; uno l'apparato chiamato a soddisfare a quell'interesse), le dinamiche che oggi si riassumono nel termine *globalizzazione* vanno sostituendo la pluralità e la differenza (dei soggetti portatori di interessi, degli interessi di cui ogni soggetto e portatori, degli apparati responsabili della loro soddisfazione); vanno aggiungendo alla dimensione *oppositiva* quella *sistemica* e quella *comunicativa*. Inoltre, entro tali dinamiche, vanno tenute presenti anche le molteplici ambiguità che segnano il discorso sui diritti – i diritti sono anche molto altro: implicano e presuppongono doveri e responsabilità, esprimono culture bisogni passioni aspirazioni paure e quant'altro, sono strumenti di disciplinamento e dunque tutti dentro le prospettive dell'apparato statale al fine di convalidare certe opzioni disciplinari ed al contempo, sul piano dei rapporti internazionali, lo sfruttamento della retorica sui diritti umani, in nome dei quali da una decina d'anni a questa parte si vanno combattendo le *nuove* guerre.

4. Conclusioni

Oggi, il quadro dei diritti e delle libertà non appare rassicurante. *Intra muros* si registra un uso preoccupante della custodia cautelare in carcere o in strutture paradetentive come strumento di regolazione dei conflitti e,

testuale, le decisioni delle Corti, l'esercizio di essi da parte dei vari soggetti) e le questioni del loro esercizio esclusivamente entro la dualità individuo/Stato. V. a riguardo G. BERTI, *Nuovi diritti e continuità degli stati*, e F. SPANTIGATI, *Produzione di diritto a mezzo di azioni* entrambi in *Diritto romano attuale*, n. 5/2001, *I nuovi diritti*, rispettivamente pp. 57 ss. e 119 ss. Simile prospettiva caratterizza, seppure con diversi esiti, il lavoro di U. ALLEGRETTI, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Città Aperta Ed., Troina, 2002. Più in generale, circa le connessioni tra costruzione di un diritto costituzionale europeo e crisi delle categorie statualistiche, v.: A.A. CERVATI, *Il diritto costituzionale europeo e la crisi della dogmatica statualistica*, in *Diritto romano attuale*, n. 6/2001, p. 21 ss.

[115] Così F. CERRONE, *La cittadinanza e i diritti*, cit., p. 266.

più in generale, un ricorso sempre più frequente a dispositivi emergenziali che sempre più sembra condurre ad una normalizzazione dell'emergenza [116].

Extra muros, nei giorni in cui queste pagine si scrivevano è iniziata e, dicono, sia già finita un'altra guerra, di nuovo in Iraq, per il mantenimento dell'ordine pubblico mondiale. Le guerre degli anni Novanta sembrano porsi al di fuori della logica giuridica costruitasi in tema di conflitti a partire dal secondo dopoguerra. Sembrano accomunate da una tendenza ad arrogarsi il diritto *morale* al ricorso unilaterale e preventivo della forza: si entra così in una logica di pura potenza, delegittimando uno dei nuclei assiologici attorno al quale s'è costruito il diritto e la cultura, non solo giuridica, occidentale del secondo dopoguerra: il ripudio della guerra che non sia difensiva, l'idea del diritto come freno innanzitutto *interno* alla potenza. Questo vincolo giuridico sembra divenuto oggi, innanzitutto per la sola superpotenza rimasta sulla scena, un onere insostenibile. La tendenza in atto è a *moralizzare*, ad autorizzare su basi morali un ordine internazionale sempre più asimmetrico, a tal fine imponendo uno stato di eccezione permanente finalizzato alla conservazione dello *status quo* globale.

In Europa le tendenze in atto non inducono certo a facili ottimismi. La crisi irachena ha inciso sensibilmente sui tentativi di costituzionalizzazione, di costruzione di un'intelaiatura di una politica estera comune e di sicurezza comune, ma al contempo, tra gli «effetti collaterali» che essa ha prodotto, ha portato con sé una riarticolazione dinamica degli equilibri europei su diversi livelli: sul piano delle istituzioni europee, su quello delle relazioni intergovernative e degli schieramenti, ma soprattutto sul piano dell'opinione pubblica. Ma se la posizione assunta dai diversi paesi rispetto all'intervento in Iraq ha impedito che l'Europa si pronunciasse con una voce sul punto e se questo a sua volta ha fatto sì che anche le istituzioni sovranazionali, pur sostanzialmente contrarie all'intervento, siano risultate affette da balbuzie in questa situazione [117], è anche vero che contro questa guerra si è

---

[116] Lasciando da parte la questione dei centri di permanenza per gli stranieri irregolari, e solo per accennare di sfuggita a qualche altra emergenza decennale, basti tener conto che per risolvere il problema della violenza negli stadi non si è escogitato di meglio che estendere la flagranza di reato alle trentasei successive il verificarsi dei fatti, per combattere il crimine si è reso diritto penitenziario *ordinario* l'originariamente eccezionale art. 41 *bis* di detto ordinamento, con la legge n. 279 del 2002.

[117] G. AMATO, *La politica estera UE e il bozzolo di Bruxelles*, uscito ne *Il Sole-24 Ore* del 6 aprile 2003 ha rimarcato come la ripresa delle operazioni militari in Iraq, nonostante le previsioni degli artt. 13 e 15 TUE, non abbia visto alcuna convocazione del Consiglio né tantomeno la definizione di una sua posizione comune alla quale, secondo quando recita l'art. 15 su

prodotta, in Europa e non solo, una mobilitazione senza precedenti, per la pluralità delle soggettività coinvolte prima ancora che per l'entità numerica, mobilitazione interpretabile, forse, come una *pratica* della cittadinanza europea, altra rispetto a quella prevista dalle istituzioni e dalle carte europee, una pratica irriducibilmente *politica*, che va oltre quel «minimalismo costituzionale» che riduce il processo costituente europeo ad una riorganizzazione dei trattati esistenti. Anche per questa via sembra, peraltro, trovare conferma la storicità delle relazioni tra istituzioni e società entro lo *spazio pubblico*, il loro diverso atteggiarsi nel tempo e nello spazio, e dunque l'essere questa relazione, non «un universale storico e politico», bensì «una forma di schematizzazione propria di una particolare tecnologia di governo» [118].

La storia del continente europeo porta in sé limiti, fallimenti, ma soprattutto contraddizioni, *possibilità più o meno realizzate* [119]. Nell'idea di Europa sono iscritte, tra l'altro: la fiducia in un ordine giuridico transnazionale che rifiuti la continuità – *à la* Clausewitz – tra i mezzi della guerra e quelli della politica; il riconoscimento dell'alterità come componente seminale della sua identità e potenzialità, conseguenza di quel multiculturalismo figlio a sua volta dei processi di decolonizzazione; la secolarizzazione e la laicità, lascito degli scismi e delle guerre di religione che l'hanno attraversata; la 'concezione europea' della democrazia pluralistica, conflittuale e sociale.

Ma tutto questo non è irreversibile: la fragilità ed ambiguità che connotano tali esiti fanno sì che questi rischino costantemente di capovolgersi (e questo in parte già accade) in violazione del diritto internazionale, in esclusione, in xenofobia e razzismo, in politiche di *deregulation* e smantellamento delle reti di *welfare*.

Queste contraddizioni segnano il processo di costruzione dell'Europa come soggetto *politico* oltre che economico, ma, se lette al di fuori del paralizzante dualismo impotenza/(politiche di) potenza, potrebbero costituire

---

ricordato, gli stati-membri dovrebbero conformare le loro politiche comuni, evidenziandosi inoltre per questa via lo stallo caratterizzante la costruzione europea per quanto concerne la spettanza delle competenze in materia di politica estera tra Commissione e Consiglio.

[118] M. FOUCAULT, *I corsi*, cit., p. 84.

[119] Una chiave di lettura della storia questa – come storia *delle possibilità*, più che *della necessità* –, senza il determinismo e la linearità delle grandi narrazioni della storia dell'Ottocento e del Novecento, ma anche essa irriducibilmente europea e che lega, tra gli altri, F. BRAUDEL, di cui v. a riguardo la prolusione letta al Collège de France il 1° dicembre 1950, dal titolo *Posizioni della storia nel 1950* e ID., *Storia e scienze sociali. La «lunga durata»*, ora in *Scritti sulla storia*, Bompiani, Milano, 2001, rispettivamente pp. 15 ss. e 37 ss. e il W. BENJAMIN, *Sul concetto di storia*, Einaudi, Torino, 1997, spec. p. 15 ss.

l'*humus* per immaginare l'Europa come «cuneo di regolazione giuridica a fini sociali nel mondo globalizzato» [120], per un tentativo di trasformazione delle relazioni internazionali in senso essenzialmente *relazionale*, che vada oltre la logica tradizionale di potenza, dal momento che nessuno potrà considerarsene esclusivo detentore. Ma un tale progetto non sembra poter prescindere da un modello di sicurezza collettiva in grado di affrontare efficacemente tanto le emergenze quanto le loro cause, il che implica «respingere tanto il transfert fallace che fa delle principali vittime dell'insicurezza del mondo i suoi responsabili ultimi, quanto la demonizzazione profetica del 'sistema capitalista' che vede in esso la fonte occulta e unica della violenza e dei conflitti, compresi quelli che disturbano il suo stesso sviluppo» [121].

La costruzione di un costituzionalismo dei diritti non si produce, oggi, entro uno spazio pacificato, dal quale è stato espulso il conflitto. Al contrario, si assiste ad un moltiplicarsi dei conflitti, e su crinali ulteriori rispetto a quelli del passato anche recente, e ciò in presenza di una crisi delle soggettività sociali, «innescata dagli inediti rapporti fra società, politica ed economia, noti e riassunti con il termine globalizzazione», che «investe non solo i soggetti politici e quelli sindacali, le formazioni sociali che si erano incaricate, nel corso del novecento, di elaborare gran parte del segmento politico della sfera pubblica. Essa investe, più radicalmente, tutto lo spazio pubblico, ne rende problematica un'articolazione pluralistica» [122]. Una simile costruzione, dunque, difficilmente potrà prescindere dalla costruzione di uno *spazio* e di una *comunicazione pubblica* eccedente la dimensione meramente istituzionale. Da molteplici e flessibili meccanismi per la regolazione per la risoluzione dei conflitti tra le diverse esigenze retrostanti i vari diritti e le varie soggettività sociali e politiche, vecchie e nuove.

I conflitti (economici, politici, religiosi, culturali, generazionali …) che striano il tessuto sociale europeo sembrano richiedere un superamento di certe consolidate chiusure verso l'altro da sé; che sia straniero o semplicemente comportamento sociale minoritario e stigmatizzato. È necessario per questo ripensare tanto il versante organizzazione del potere quanto il versante diritti, ed uno dei nodi da sciogliere per questo ripensamento riguarda il ruolo che le macchine dell'emergenza sono chiamate a giocare nel campo di forze creato dai due poli, diritti e organizzazione. L'emergenza ricorda un *golem*, e come tutti i *golem* tende, poco simpaticamente e con scarso senso di ricono-

---

[120] Secondo la felice immagine di G. ALLEGRI, *I* nuovi *movimenti sociali* nello *spazio comune* europeo, in corso di pubblicazione su *Democrazia e diritto*, 2003.

[121] E. BALIBAR, *Una potenza disarmante*, in *la rivista del manifesto*, febbraio 2003, p. 59.

[122] Così F. CERRONE, *Crisi delle soggettività*, cit., par. 5.

scenza, a rivoltarsi contro i propri creatori e contro coloro per difendere i quali era stato creato.

I meccanismi dell'emergenza hanno spesso costituito uno degli strumenti a disposizione degli stati per tradurre in norme giuridiche le pulsioni sociali alla chiusura ed al sospetto nei confronti di molteplici altri da sé e delle *nuove* soggettività socio-politiche. Mirano a convertire in *sicurezza* le incertezze dell'oggi, a ridurre la complessità delle dinamiche sociali alla coppia amico/nemico, a produrre un consenso fondato sulla paura. In questo senso allora i problemi che l'emergenza solleva, oggi come ieri, riguardano non tanto, o non solo, la limitabilità dei diritti quanto i limiti del diritto. È innegabile che possano intervenire emergenze dinanzi alle quali i mezzi ordinari risultino inadeguati. Un terremoto, un'alluvione, un'epidemia, un eccezionale afflusso di profughi possono costituire situazioni tali da richiedere l'approntamento di strumenti emergenziali. Ma, la storia delle emergenze di ordine pubblico lascia intravedere che spesso i governi hanno disposto dei regimi eccezionali, per difendersi dai loro concorrenti più che dai nemici pubblici, magari disegnando i primi come se fossero dei secondi.

Quali allora gli strumenti che il diritto mette a disposizione contro questo abuso di poteri? Molti, ma nessuno risolutivo. Sicuramente in tal senso molto possono fare la codificazione di specifiche e puntuali ipotesi legittimanti il ricorso a misure eccezionali, le decisioni di giudici che impediscano illecite compressioni dei diritti. Ma quando il diritto, come spesso avviene nel caso di emergenze «politiche», si riduce a linguaggio del potere, è nella sfera sociale e nei processi di democratizzazione che stanno gli anticorpi alle vere emergenze e le garanzie a risposte adeguate. Se la pratica dell'emergenza era contestabile in passato, lo è a maggior ragione oggi, che le dinamiche in atto non permettono più una riduzione della complessità che operi in primo luogo attraverso una criminalizzazione della differenza, appiattimenti omologanti e tentativi integrazionisti o, peggio, assimilazionisti.

Entro la crisi attuale delle (*tradizionali*) soggettività sociali, sembrano prendere forma – talvolta caoticamente e velleitariamente – nuove soggettività e interpretazioni della modernità che pretendono di ridiscutere lo spazio dell'individuo, lo spazio della libertà nello stato costituzionale e lo spazio per l'incontro e la formazione di molteplici identità. Ed i conflitti che queste pretese sollevano testimoniano peraltro della vitalità di queste nuove soggettività [123]. Oggi, dunque, appare necessaria una riflessione critica adeguata alla complessità dei fenomeni ed un ripensamento profondo dei rapporti tra interessi/diritti e poteri/organizzazioni. Che, nella *società del rischio*, i diver-

[123] In questi termini F. CERRONE, *Crisi delle soggettività*, cit., par. 5.

si soggetti (sociali, economici, politici ed istituzionali) dialoghino con l'*incertezza* – che reca sì inquietudine e paura, ma anche speranza –, con il pluralismo degli interessi e dei soggetti loro portatori. Senza timori e facili scorciatoie. «Non è il caso né di avere paura né di sperare, bisogna cercare nuove armi» [124].

[124] G. DELEUZE, *Pourparler*, trad. it. Quodlibet, Macerata, 2000, p. 235.

Il territorio dello Stato e la rappresentanza territoriale

di *Ines Ciolli*

«*L'invention de l'Etat est passé par une évolution*
dans la conception des relationes
qu'une population a entretenues avec son territoire».
CH. LAVIALLE

SOMMARIO: 1. Lo spazio come categoria della conoscenza. 2. Il territorio delle organizzazioni politiche più antiche. – 3. Il territorio e le istituzioni medioevali. – 4. La rivoluzione francese e l'importanza del territorio nazionale. – 5. Il territorio e l'organizzazione dello Stato. – 6. Lo Stato, il suo territorio e il secondo dopoguerra. – 7. La rappresentanza territoriale. – 8. Osservazioni conclusive.

1. Lo spazio come categoria della conoscenza

Definire il territorio è cosa apparentemente semplice. Esso, infatti, costituisce intuitivamente una categoria della conoscenza, un parametro che ci permette di collocare oggetti e pensieri nel mondo che ci circonda. I nostri sensi si servono delle categorie spaziali, forse ancor prima di quelle temporali, per riconoscere ciò che è altro da noi; nei processi cognitivi l'apprendimento delle coordinate spaziali precede la più complessa acquisizione delle categorie temporali. Anche negli animali, la percezione dello spazio costituisce la prima esperienza di vita, così come l'appropriarsi e il circoscrivere un territorio corrisponde all'esigenza di garantirsi una buona probabilità di sopravvivenza. L'istinto di difesa e in particolare della difesa del proprio territorio accomuna, dunque, le diverse specie animali, compresa la specie umana. Forse per questo qualche studioso ha ritenuto che il termine territorio dovesse essere messo in relazione non con quello di terra, ma con quello latino di *terreo* o *territo* più adatto a spiegare l'atti-

vità di conquista e l'istinto di difesa dello spazio vitale [1].

Quel che è, invece, più complesso da spiegare è come questo concetto primitivo e primordiale possa rappresentare anche una categoria giuridica.

Da questo punto di vista è difficilmente contestabile l'affermazione di Carl Schmitt secondo la quale il territorio non solo è alla base del diritto stesso [2], ma, come si è già accennato, è anche una delle coordinate attraverso le quali gli uomini cominciano a conoscere e a capire [3]. *Nomos* significa divisione [4] e Schmitt identifica il primo atto a carattere giuridico con l'occupazione di terra e con la conseguente divisione del territorio in più parti. Successivamente, ogni atto istituzionale, sempre più complesso e sofisticato e sempre più lontano da quel primo atto semplice ed istintivo dell'occupazione, si è identificato con le istituzioni e il vivere associato e perciò anche con le regole necessarie a disciplinare la convivenza [5].

Il legame con la terra, il passaggio dal nomadismo alla stanzialità, rappresenta per gli uomini il passaggio dallo stato di natura allo «stato di coscienza sociale» [6] e costituisce anche una linea di demarcazione tra la nazione biologica e quella politica [7], nella quale si cominciano a percepire i confini, il mondo esterno alla propria stirpe, ma chiuso da uno spazio che include, accomuna e identifica tutti coloro che sono all'interno di esso, escludendo tutti gli

---

[1] E. BONAUDI, *Il territorio dello stato (a proposito della «Città del Vaticano»)*, in *Studi in onore di O. Ranelletti*, vol. I, Cedam, Padova, 1931, pp. 28-29. M. MANETTI, *Territorio dello Stato*, *Enc. giur. Treccani*, vol. XXXI, Roma, 1994, p. 1, fa notare come *terreo* corrisponda perfettamente all'espressione tedesca *gebiet* (da *gebieten*, comandare) che ben si presta a spiegare l'attività di un potere assoluto su una realtà spaziale.

[2] C SCHMITT, *Il nomos della Terra nel diritto internazionale dello jus publicum europaeum*, trad. it. E. Castrucci, Adelphi, Milano, 1991, p. 1 ss.

[3] Sul fatto che spazio, tempo, territorio siano gli elementi sui quali si basa la conoscenza e l'esperienza umana e animale e sull'istinto primordiale di delimitazione del territorio si vedano H.L. MORGAN, *La società antica*, Feltrinelli, Milano, 1970; R. ARDREY, *L'imperativo territoriale*, Giuffrè, Milano, 1984; Id., *l'ipotesi del cacciatore*, Feltrinelli, Milano, 1975.

[4] Sul significato di *nomos* inteso come legge si veda J. DE ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque*, Les belles lettres, Paris, 2001, pp. 10-24.

[5] Così C. SCHMITT, *Il concetto d'imperio nel diritto internazionale*, trad. it. L. Vannutelli Rey, Roma, 1941.

[6] L'espressione è di G. BURDEAU, *Traité de Science politique*, t. I, *Le pouvoir politique*, LGDJ, Paris, 1976, p. 53 ss. Anche Maurice Hauriou considera il territorio non solo come il fondamento del vivere associato, ma anche l'elemento che orienta e qualche volta impone agli uomini determinate scelte, in ID., *Précis de droit constitutionnel*, Montchrestien, Paris, 2ème éd., 1929, p. 41.

[7] È R. ARDREY ne *L'imperativo territoriale*, Giuffrè, Milano, 1984 a distinguere i due termini. La nazione biologica riconosce come elemento essenziale la famiglia, quella politica l'organizzazione sociale.

altri [8]. La convivenza su di un territorio di un gruppo organizzato di individui, che non hanno più in comune solo i legami di sangue, richiede un apprendimento di regole nuove e ciò sostanzialmente rappresenta una domanda di diritto.

Dunque, il *nomos* mette in relazione (o in opposizione) gli uomini e continua a rappresentare un elemento di fondamentale importanza anche dopo la spartizione dello spazio terrestre, perché il mantenimento dello *status quo* e dei rapporti di forza a lungo ha coinciso con il mantenimento di quel territorio, a qualunque costo. Questa esigenza umana di preservare uno spazio per le proprie attività resta fortissima, seppur meno evidente. In fondo, a ben vedere, lo scopo delle istituzioni nelle diverse epoche storiche è sempre stato quello di organizzare e preservare l'ambito geofisico nel quale si svolgevano le attività umane, ciò vuol dire che questo elemento è ancora di fondamentale interesse per il diritto, per quanto si parli sempre più sovente, ma a torto, di deterritorializzazione delle istituzioni. Sembrerebbe, piuttosto, che le istituzioni tradizionali siano affiancate da altre modalità organizzative che tengono in minor considerazione l'aspetto territoriale e che, a volte, lo superano [9]. Tuttavia né gli «ordini economici» [10], né le «*global governance*» sono in grado di sostituirsi alle istituzioni territoriali. Piuttosto che proclamare il superamento dello Stato, è forse più proficuo indagare sul legame che questo mantiene con il suo territorio anche in un'epoca di complessi cambiamenti, che modificano le finalità statali e la percezione degli spazi fisici, spesso affiancati da quelli virtuali.

Lo scopo di questo studio è ovviamente quello di capire come questa categoria della conoscenza, istintiva e, dunque, insopprimibile si sia adattata alle diverse modalità della vita sociale e politica dell'uomo e come abbia condizionato e caratterizzato le istituzioni politiche più complesse. In un certo senso, dire ciò significa anche ammettere che, nonostante le istituzioni politiche tendano sempre più verso un superamento delle frontiere nazionali, un territorio, qualunque esso sia, che connoti un gruppo quanto si voglia grande di individui, continuerà ad esserci e a rappresentare un elemento caratterizzante anche le future istituzioni [11].

---

[8] Sulla necessità di non trascurare questi elementi «naturali» negli ordinamenti giuridici e nella disciplina di fattispecie legate in qualche modo al territorio, quali la cittadinanza e l'immigrazione, si esprime G.U. Rescigno, *Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1997, pp. 37-42.

[9] Così anche N. Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geodiritto*, Laterza, Bari-Roma, 2001, 84 s.

[10] F. Bilancia, a ragione, distingue l'ordine dall'ordinamento giuridico, in Id., *Crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Cedam, Padova, 2000.

[11] A questo proposito bisognerebbe ricordare che, per quanto si parli ormai con convinzione di globalizzazione accostandola alla crisi dello Stato, gli ordini internazionali o sovranazionali

2. Il territorio delle organizzazioni politiche più antiche

Parlare oggi di territorio e di confine è di grande attualità. I temi ricorrenti del diritto costituzionale sono quelli di cittadinanza, di circoscrizione elettorale, di federalismo e decentramento, di rappresentanza nelle seconde camere, di unione sovranazionale, di mondializzazione e nessuno di questi prescinde da un riferimento al territorio.

Se è vero che le istituzioni politiche possono essere definite anche come le regole che permettono la convivenza di gruppi stanziati su una superficie terrestre è altrettanto vero che l'ambito spaziale è connaturato all'istituzione stessa; pertanto la storia istituzionale europea può essere studiata anche concentrando l'attenzione sulla storia del concetto di territorio [12].

Già nell'antica Grecia l'organizzazione politica non può prescindere da un fondamento spaziale e anzi la polis è per definizione un'istituzione politica fondata su un territorio. Quest'ultimo è qui assimilabile alla frontiera che esclude tutti coloro che non sono cittadini attivi e include tutti coloro che contribuiscono a fortificare, difendere, arricchire la città-stato.

La polis rappresenta, dunque, uno spazio chiuso e distinto da tutto ciò che è al di fuori di essa.

Più precisamente, essa s'identifica con il suo territorio e con l'insieme di valori della vita politica associata, che su di essa si costruiscono. Il cittadino è esso stesso elemento della polis: tutto è in funzione dello spazio fisico e politico, si nasce «dalla città e per la città»; al contrario, a Roma è la città ad essere strumento al servizio del cittadino [13]. Il cittadino è colui che difende il territorio della città-stato ed è anche un proprietario terriero: l'interesse territoriale è perciò la pre-condizione per poter svolgere attività politica, che è anche l'elemento che determina il conferimento della cittadinanza nella *polis* [14].

---

non hanno cancellato gli Stati, né la loro sovranità. La globalizzazione, invece, poco ha a che fare con le istituzioni politiche tradizionali, essa non ha alcun bisogno di strutture territoriali o statali e si configura piuttosto come un «antisovrano». Di essa, cioè possiamo dire qualcosa in negativo senza però trovare delle vere e proprie connotazioni. Sul punto si veda la ricostruzione di M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle istituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, p. 124 ss. e quella di C. PINELLI, *Cittadini*, *responsabilità politica*, *mercati globali*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1997, p. 64 ss. e ID., *Il momento della scrittura*, Il Mulino, Bologna, 2002.

[12] G. LOMBARDI, *Spazio e frontiera tra eguaglianza e privilegio. Problemi costituzionali di storia del diritto*, in *Diritto e società*, 1985, p. 47 ss.

[13] G. CRIFO, *Civis*, Laterza, Bari-Roma, p. 25.

[14] L'appartenenza territoriale è fondamentale ai fini del conferimento della cittadinanza. Sul tema si veda E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici. I modelli storici di riferimento*, Cedam, Padova, 1997, p. 56 ss.

Tanto è sentita l'appartenenza territoriale che l'ostracismo è vissuto come la punizione più dolorosa che un cittadino possa subire.

Diverso invece il senso di appartenenza che si riscontra nella civiltà romana. La piccola città sul fiume Tevere si espande fino a diventare l'Impero, ma un territorio così vasto è tenuto insieme da un legame che non può essere squisitamente ed esclusivamente territoriale. Per la prima volta il territorio non rappresenta semplicemente un bene, una proprietà, ma costituisce la dimensione, lo spazio entro il quale si esprime l'identità di un popolo. Quest'ultima è l'espressione non più soltanto di legami familiari ed etnici, ma di valori quali il bene e l'interesse comuni, espressi dalla *res publica*. Ciò spiega le caratteristiche della cittadinanza romana che assume un valore inclusivo e dà allo stesso tempo l'idea di connotare uno spazio «aperto» e sempre in espansione [15]. I valori della romanità si estendono e lo spazio viene visto come sede di valori comuni e di interessi, come una dimensione nella quale si consolida l'identità di un popolo.

L'idea greca di una frontiera che divide ciò «che è dentro» da ciò «che è fuori» si evolve: ciò che è dentro si espande fino ad identificarsi con l'Impero, coacervo di etnie e di popoli, di climi e culture diverse che trovano, tuttavia, una comune radice nella cittadinanza e cioè nell'appartenenza all'Impero. La concessione della cittadinanza fa sì che le diversità trovino un comune denominatore nella gestione della cosa pubblica e nel raggiungimento di interessi comuni.

Il territorio è, dunque, già allora sede dei rapporti tra *cives*; per questo la *Res publica* diventa sinonimo di *res populi* [16], ed entrambe assumono un significato contrapposto a quello di *res* privata [17]. In altre parole, se da una parte il territorio dell'Impero è già allora considerato come spazio pubblico o di potere (*imperium*) dall'altra esso si identifica anche con quello di proprietà (*dominium*) [18]. Ciò che interessa è la convinzione che il territorio s'identifichi

---

Per quanto riguarda la polis greca, l'identificazione tra cittadino e proprietario terriero non è così diretta. Infatti, la proprietà nell'antica Grecia non è necessariamente di tipo individuale. Esistono forme di proprietà indivisa e di tipo famigliare; spesso legittimate dal solo possesso (si è proprietari di un bene, in quanto lo si utilizza o se ne godono i frutti). Tuttavia, già nell'epoca classica la maggior parte delle proprietà sono riconducibili ad un preciso proprietario. Per un maggiore approfondimento si veda E. CANTARELLA, *Proprietà, (diritto greco)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIV, Utet, Torino, 1967, pp. 99-106.

[15] M.L. BACCARI, *Cittadini, popoli, e comunione nella legislazione dei secoli IV-VI*, Giappichelli, Torino, 1996.

[16] Si veda G. LOBRANO, *Res publica, Res populi*, Giappichelli, Torino, 1996.

[17] J. GAUDEMET, *Sociologie historique du droit*, PUF, Paris, 2000, p. 212.

[18] Secondo G. LOMBARDI il *dominium* risponde all'esigenza di identificare il territorio come una cosa e l'*imperium* di definirlo come spazio, ID., *Spazio e frontiera tra eguaglianza e privilegio. Problemi costituzionali di storia del diritto*, cit., p. 55.

con uno spazio dove si organizza giuridicamente il popolo, *publicus* è ciò che appartiene al popolo romano [19]. Come ci ricorda Pomponio [20] «*publica*» è la piazza di Campo Marzio e «*publici*» sono i fiumi navigabili senza pedaggio [21]. Le categorie del pubblico e del privato sono evidentemente più complesse e infatti si riconoscono sia gli spazi pubblici, sia la proprietà privata, sia la proprietà comune, quella che è «*res omnium*» [22].

Non si può certo risolvere in due righe la portata che i primi due termini hanno avuto nella storia del diritto romano. Tuttavia, semplificando e prendendo in considerazione ciò che può essere utile ai nostri fini, si può sostenere che essi rappresentino il potere, la sovranità e la proprietà. L'*imperium*, che successivamente coinciderà con il concetto di pubblico, è termine polisemico che ha a che fare con il carisma, con il potere [23], con il territorio [24] e con il comando da parte del magistrato. Si identifica, dunque, con una forma di *potestas* superiore, che successivamente è stato messo in relazione con il potere imperiale e con la *lex de imperio*, ossia con il potere che il popolo trasferisce all'imperatore.

Dominium, invece, identifica un potere «domestico» (da *dominus*), ricordando però che il signore per i romani è il titolare del diritto di proprietà [25]. Esso non è menzionato da Cicerone ed è termine tardivo [26]. Già nel I sec. A.C. comincia però a farsi strada per indicare la proprietà di un bene (schiavi compresi) [27],

---

[19] J. GAUDEMET, *Dominium-imperium. Les deux pouvoirs dans la Rome ancienne*, in *Droits*, n. 22, 1995, p. 5.

[20] Digesto, 18,1,6.

[21] ULPIANO, Digesto 43,12,3.

[22] Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Proprietà (dir. Romano)*, in *Enc dir*., vol. XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988, p. 169.

[23] Secondo P. DE FRANCISCI, *Imperium* sottintende soprattutto un significato religioso, ID., *Intorno alla natura e alla storia dell'auspicium imperoimque*, in *Studi E. Albertario*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1953, pp. 359-432; secondo Mommsen esso mantiene una natura militare e deriva da «inpararare» in TH. MOMMSEN, *Droit public romain*, vol. I, Diffusion De Baccard, Paris, 1892, Réimpression, 1984-85, p. 86.

[24] Si tratta del significato di *fines imperii* attribuito da Tacito, *Annales* II, 61, 2 e anche Digesto 49,15,30. Tra i testi del Basso Medio evo troviamo più volte il termine con diversi significati di *imperium*, compreso quello di territorio, di potere dell'imperatore e di potere del diritto (quest'ultimo con minore frequenza, come ricorda J. GAUDEMET, *Dominium-imperium* …, cit., p. 12).

[25] L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Proprietà (dir. Romano)*, cit., p. 186 e ID., *Cittadini e territorio. Consolidamento e trasformazione della* civitas *romana*, La Sapienza ed., Roma, 2000.

[26] L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei* iura praedorium *nell'età repubblicana*, I, Giuffrè, Milano, 1976.

[27] *Ivi*, p. 487.

mentre una servitù o un usufrutto continuano ad essere denominati *iura praediorum*.

Il *dominium* s'imporrà come un diritto assoluto, che si può vantare su una cosa, su un bene, a meno che la legge non lo proibisca [28].

3. Il territorio e le istituzioni medioevali

Ben diversa la condizione di appartenenza territoriale durante il Medio evo. Essa, intanto, non rappresenta più come nell'antichità l'elemento che identifica una istituzione. Non vi è traccia, in quel periodo storico, di un'organizzazione centrale, monocratica e omogenea che stabilisca delle norme anch'esse omogenee sul territorio. Non è rintracciabile un solo ordinamento o regole uniformi su un determinato territorio, pertanto, non si può dire che le istituzioni politiche – per l'esistenza delle quali è necessario un territorio esclusivo e un ordinamento che poggi su di esso – rappresentino il perno sul quale ruota il diritto [29]. Per meglio dire, il territorio e i rapporti di forza che si creano intorno ad esso, non somigliano a quelli del periodo storico precedente e successivo, non si individua alcun potere monocratico e le norme trovano un fondamento direttamente nel territorio stesso, senza la mediazione delle istituzioni, che su di esso si erigono. Proprio perché il radicamento delle regole si rintraccia nel territorio stesso, queste ultime variano al variare del tipo di possesso che si instaura su un determinato spazio.

Nel Medio evo gli stessi concetti di *dominium* e di *imperium* e di pubblico e privato diventano più sfumati e non esattamente corrispondenti ai due termini del periodo romano classico. Solo Irnerio reintroduce la distinzione tra *res familiaris et res publica* aggiungendo, però, anche quella di *ius commune* che è «*quod permittitur unicuique singolorum, quod iure privato vertitur; nam publicum universitatis est*» [30].

---

[28] BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Commento* a D., 41,2,17,1, citato in G. GAUDEMENT, *op. ult. cit.*, p. 14.

Ben diverso è il concetto di «dominio eminente», con il quale s'identificano una serie di «beni privati d'interesse pubblico» (autostrade, archivi storici, ecc.) che, per l'interesse sociale che rivestono, vengono assoggettati dall'ordinamento ad una particolare disciplina (vincoli di immodificabilità, vigilanza, conservazione). Per una più accurata ricostruzione A.M. SANDULLI, *Dominio eminente*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, pp. 928-929.

[29] M. FIORAVANTI, *Stato*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 707-754.

[30] Su questo punto cfr. P. GROSSI, *Il dominio e le cose*, Giuffrè, Milano, 1992 e P. COSTA, *Iurisdicto. Semantica del potere politico nella pubblicistica medioevale (1100-1433)*, Giuffrè, Milano, 1969.

In buona sostanza, benché non fosse così netta la distinzione tra pubblico e privato nemmeno nel diritto romano, essa diviene ancor meno evidente nel Medio evo. Esistono delle categorie «spurie» nelle quali, per esempio, si possono far rientrare i beni privati conferiti all'imperatore. Essi, infatti, non sono del tutto assimilabili ad una vera e propria proprietà privata e, allo stesso tempo, non sono nemmeno delle proprietà pubbliche, a disposizione di tutti. Si tratta di vere e proprie «dotazioni» del re o dell'imperatore nella veste di persona pubblica [31]. Entra nel linguaggio giuridico del tempo il termine *regalia* [32], che la Costituzione di Roncaglia (1158) identifica con i fiumi, le vie, le miniere, che diventano un dominio del re, piuttosto *sui generis*, poiché tali beni restano inalienabili, imprescrittibili, indisponibili [33].

Formalmente, grazie alla dinastia carolingia, che ne difende l'eredità, l'unità territoriale dell'Impero resta salva [34]. È in questo periodo storico che si accentuano nell'Europa continentale le prime diversità e peculiarità tra l'impero francese e quello tedesco [35], poiché solo il primo ha riunificato l'Impero, ha restaurato la supremazia dei tribunali reali, ha istituito il servizio militare obbligatorio e ha garantito la subordinazione al re degli altri aristocratici [36]. Durante la dinastia carolingia l'imperatore si costruisce un suo spazio politico e dalla capitale esercita la sovranità attraverso intermediari (*missi dominici*) da lui investiti della sovranità pubblica [37]. Per ricompensare questi

---

[31] Sulla doppia figura, privata e pubblica, dell'imperatore cfr. E.H. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies*, Princeton University Press, Princeton, 1957.

[32] G. LEYTA, *Domaine et domanialité publique dans la France médioévale (XII-XV siècles)*, thèse de doctorat, Paris, II, 1993, p. 45 ss.

[33] Sulla Costituzione di Roncaglia cfr. G. BLONDEL, *Etudes sur le droits régaliens et la Constitution de Roncaglia*, in *Mélanges Paul Fabre*, Slatkine Reprints, Ginevra, 1972, p. 236 ss. e G. LEYTA, *Imperium et dominium chez les glossateurs*, in *Droits*, 22, 1995, p. 23 ss.

[34] R. BRUBACKER, *Cittadinanza e nazionalità in Francia e in Germania*, trad. it. Il Mulino, Bologna, 1997, pp. 16-41.

[35] Dello stesso avviso R. BRUBAKER, ult. cit., *passim*, il quale mette in evidenza le diversità storiche, politiche e territoriali che intercorrono tra i due Paesi; mentre la Francia sceglie la via dello Stato-nazione, la tradizione statale prussiana resta di tipo sovranazionale (e antinazionalista). Come sostiene ancora BRUBAKER in *Immigration, Citizenship and Nation-State in France and in Germany: A comparative historical Analysis*, in *International Sociology*, n. 5, 1990, pp. 387-398, la coscienza nazionale tedesca si sviluppò al di fuori e contro la cornice territoriale e istituzionale degli Stati tedeschi. Nella storia germanica, quella che nasce nel Medio evo e dal Sacro romano impero, tra idea di nazione e impero sovranazionale non vi è alcuna identità; in Francia vi è invece una piena coincidenza tra idea di Stato e di Nazione.

[36] Per una ricostruzione storica e giuridica della genesi dello Stato in Francia J.-L. THIREAU, *Introduction historique au droit*, Flammarion, Paris, 2001, in particolare pp. 154-207; N. ROULAND, *Introduction historique au droit*, PUF, Paris, 1998, spec. p. 551.

[37] La sovranità della quale si parla nel periodo feudale non ha nulla da spartire con quella

servigi concede ai *missi* delle terre che questi devono amministrare. Da qui l'uso di concedere feudi, ma solo in reggenza, allo scopo di amministrarli per conto del re. Solo alla fine dell'impero carolingio, a partire dal Capitolare di Kiersy (877), il re non governa più su gran parte dei feudi, non li controlla direttamente, tanto che su di questi cominciano a stabilirsi criteri di trasmissione in via ereditaria. I rapporti vassallo-imperatori diventano formali e soprattutto da verticali e gerarchici si trasformano in orizzontali e paritari. È da questo momento in poi che il sistema funziona con omaggi di territori (feudi) in cambio di servigi.

Quanto al territorio inteso come sede dei rapporti civili, il Medio evo, come ha cercato di dimostrare Brunner, trova un suo originario equilibrio, che gli storici del diritto non sempre hanno scorso, poiché si tratta di una unità diversa da quella rintracciabile nell'unità politico territoriale moderna. Come si è già accennato, non viene meno la distinzione tra pubblico e privato, tuttavia, nei rapporti di tipo pubblicistico, quelli tra imperatore e signori locali, ad esempio, s'inserisce un elemento nuovo, di tipo privatistico, quello della fedeltà, della richiesta di servigi [38].

Ciò induce a pensare alle istituzioni feudali come a strutture molto complesse, nelle quali la proprietà privata e quella pubblica non si riescono sempre a distinguere e dove i ceti territoriali si confondono con quelli imperiali. La proprietà si parcellizza, il territorio non è più facilmente riconducibile all'*imperium*, quanto piuttosto ad una varietà di domini pubblici e privati.

Il primo grande cambiamento è, dunque, quello della rottura dell'unità politico-territoriale .

Nei rapporti giuridici non si può dire che il diritto pubblico venga meno [39], esso però coesiste con i diritti radicati sul territorio e non è più un diritto sovraordinato. La coesistenza e l'eguale valenza del diritto territoriale e del diritto pubblico è dovuta soprattutto al fatto che entrambi trovano fondamento nel diritto consuetudinario. Si hanno dei «contratti senza legge» [40],

---

dell'età moderna. A dire il vero, la «fidelitas» medievale assorbe e sostituisce la sovranità dell'Impero e soprattutto si contraddistingue da quella dell'età moderna proprio perché è di tipo personale e non territoriale. Cfr. E. CORTESE, *Sovranità (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, p. 211.

[38] H. MITTEIS, *Le strutture giuridiche e politiche dell'età feudale*, La Morcelliana, Brescia, 1962.

[39] Anche se, in taluni casi, i legami personali, a loro volta legati ad un territorio, minacciano di assorbire il diritto pubblico come sostengono F. POLLOCK e E. MAITLAND, *The history of english law before Eduard I*, vol. II, II ed., Cambridge University Press, Cambridge, 1923.

[40] Cfr. A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Bari-Roma, 2002 e N. IRTI, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2002.

proprio come nella *lex mercatoria,* nella quale non si rintraccia un legame diretto con un ordine giuridico statale [41].

Per Brunner proprio questo pluralismo territoriale medioevale, che non si può identificare con un mero dominio privatistico, ha una sua unità sostanziale e non conflittuale, che non si raffigura come l'unità politica dello Stato patrimoniale, quella in cui territorio e sovranità rappresentano un tutt'uno con il diritto [42]. Il signore medioevale rappresenta sia la pace territoriale, sia i ceti che sono presenti in uno stesso spazio delimitato; questi ultimi non entrano in conflitto con il signore locale perché condividono con lui il medesimo territorio e i medesimi interessi [43]. Non esistono, dunque, nel Medio evo i contrasti sociali che sono invece peculiari dello Stato moderno e che trovano una composizione politica nei Parlamenti.

È quindi la struttura territoriale del diritto che dà unità e non le istituzioni politiche [44]. Non vi è, su un determinato territorio, una sola istituzione o un solo signore, ma vi è un'unica unità territoriale che «fa sistema» [45]. È, semmai, con la formazione dello Stato assoluto che il territorio perde la sua centralità per diventare uno degli elementi che connotano lo Stato. Con la formazione dello Stato patrimoniale, infatti, il territorio non rappresenta più lo spazio del potere, ma lo strumento, l'elemento che contraddistingue il potere statale. Da soggetto del diritto, sul quale insiste una pluralità di istituzioni medioevali, il territorio diventa un bene giuridico, sul quale il re può esercitare un diritto assoluto.

Il territorio diventa così il centro dei diritti e di regole che il monarca-proprietario impone sullo stesso e che, progressivamente, viene a sostituire i rapporti feudali [46]. Bisogna, però, precisare che la classe feudale non viene del

---

[41] Sul tema F. GALGANO, *Lex mercatoria* (1976), Il Mulino, Bologna, 1993, spec. p. 31 ss.

[42] O. BRUNNER, *Per una storia costituzionale e sociale*, cit., p. 133.

[43] M. FIORAVANTI, *Stato*, cit., p. 729.

[44] *Ivi*, p. 730.

[45] Questo peculiare diritto, che Otto Brunner cerca di illustrare, è il diritto cosiddetto faidale, sul quale è basato l'intero ordinamento medioevale, in ID, *Terra e potere*, trad. it. Giuffrè, Milano, 1983, p. 147 ss. Si tratta sicuramente di un diritto o meglio di un ordinamento, perché esistono tutta una serie di regole che devono essere rispettate nei vari livelli territoriali che vanno dalla casa al *land*. Ogni distretto ha la sua pace locale. La pace territoriale è un legame tra affini e questo, secondo la tradizione germanica, ha carattere politico e sociale e quindi è di per sé giusta (si veda M. SURDI, *Faida*, *contratto*, *patto*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 23 ss.) perché integrata «nel giusto ordine delle cose» (O. BRUNNER, *Terra e potere*, cit., p. 41 ss.).

[46] R. BRUBACKER, *Cittadinanza e nazionalità in Francia e in Germania*, cit., pp. 16-41; P. ALLIES, *L'invention du territoire*, PUG, Grenoble, 1980; J.P. GIGOU, *Le principe d'integration-subsidiarité*, *solution au dilemme territorial français?*, in *Pouvoir*, n. 88, p. 123 ss.; CH. LAVIALLE, *De la fonction du territoire et de la domanialité dans la genèse de l'Etat en France sous l'ancien régime*, in *Droits*, 1992.

tutto esautorata dall'assolutismo regio. Il sistema delle «corporazioni», nel quale gli interessi soprattutto territoriali – ma non per questo particolari – sono fortissimi, riaffiora e permane anche nello Stato liberale e in quello democratico. Questo perché quel legame con il territorio, pur modificandosi, resta profondissimo e non è un legame necessariamente in contrasto con l'interesse pubblico [47].

Con la formazione dello Stato assoluto, il re, *primus inter pares*, trova la via per uscire da questo sistema aggrovigliato di obbligazioni contrattuali di diritto privato, il quale, per definizione, non ammette un potere unilaterale e assoluto. Il passaggio (o il ritorno) all'*imperium* diventa possibile solo con l'instaurazione di un territorio unico.

La frammentazione territoriale precedente ha reso possibile una pluralità di potestà e di governi e ha, dunque, legittimato diverse autorità [48].

Il potere assoluto del re ha ora bisogno dell'unicità del territorio perché su di esso può creare una serie di relazioni tutte inserite nella logica della subordinazione alla monarchia. La trasformazione ha luogo grosso modo con due modalità: il re non nomina più nuovi conti e i feudi, non più ereditari, dopo la morte degli ultimi feudatari, tornano al monarca e si aggregano ai possedimenti del re; questi fa amministrare i suoi territori, ma non li concede: le relazioni personali dunque si tramutano in relazioni di tipo amministrativo, per definizione impersonali. Conseguentemente, la trasformazione successiva è quella che prevede la commutazione dei possedimenti del re a regno, da territorio personale del monarca a territorio che questi governa in qualità di rappresentante della Corona. È, insomma, la sovranità su un territorio che tramuta dei semplici possedimenti del re in un regno legittimato a imporre le sue leggi [49].

Da qui il passaggio storico successivo, grazie al quale il territorio della Corona si trasfigura fino a diventare un bene o l'elemento costitutivo della Nazione.

Questa evoluzione non è stata lineare e senza incertezze; la classe feudale, che aveva fondato la signoria sul dominio, non fu esautorata completamente dall'assolutismo regio, ma sopravvisse grazie ai retaggi feudali e al sistema dei

---

[47] Cfr. G. GOZZI, P. SCHIERA (a cura di), *Crisi dello istituzioni e teoria dello Stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, Il Mulino, Bologna, 1987.

[48] Di pluralità, o meglio, di dualità di ordinamenti su uno stesso territorio si parla già durante il regno dei Visigoti, con la *Lex Visigothorum*, così E. CORTESE, *Sovranità (storia)*, cit., p. 206 s.

[49] È bene ricordare che il concetto di imperio non sta a significare che il re, in quanto sovrano esclusivo, è anche il solo proprietario. Non ha infatti la proprietà diretta su tutti i beni, che divide con i signori e con la Chiesa.

privilegi[50]. Ad avvalorare questa tesi sta il fatto che il complesso sistema che viene definito «pluralismo» dei corpi e degli «interessi» (anche territoriali) organizzati rappresenta una costante nei Parlamenti medioevali, almeno fino alla formazione dello Stato moderno[51].

La cesura tra Medio evo e Stato moderno si può effettivamente individuare nel momento di passaggio dal diritto pluralistico e consuetudinario, legato ad interessi e corporazioni al diritto che scaturisce dall'accordo e dalla mediazione delle forze politiche alla ricerca di unità, di compattezza e di «statualità», diritto che si libera degli interessi parziali per ricercare un interesse pubblico superiore[52]. In altri termini, la storia delle istituzioni ha seguito di pari passo la trasformazione della concezione del territorio e dell'esercizio dei diritti su di esso: l'unità statale, ottenuta anche attraverso una burocratizzazione dello spazio statale, ha permesso di riunificare un territorio ora subordinato ad un solo potere centrale, quello «sovrano», che è superiore ed originario. Allo stesso tempo, in questa unitaria rappresentazione del territorio non scompare una rappresentanza degli interessi diffusi. Se gli storici e i giuristi non ne hanno tenuto sufficientemente conto è perché l'ipotesi di unità totale, senza alcuna concessione a forme di pluralismo, costituisce il presupposto più semplice sul quale poggiare la tesi dell'unità della sovranità[53]. Di

---

[50] È ormai chiaro agli storici del diritto che in Europa il processo di formazione degli Stati non si è mai configurato come uno scontro tra le nuove forze statali e quelle dei poteri feudali preesistenti. Cfr. L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Bari-Roma, 2001, p. 12; L. MANNORI, *Genesi dello Stato e storia giuridica*, in *Quaderni fiorentini*, vol. XXIV, 1995, p. 485 ss.

[51] M. FIORAVANTI, *Stato*, cit., p. 734 e J. KAISER, *La rappresentanza degli interessi*, Giuffrè, Milano, 1993. Essi contestano l'idea dell'esclusività dello Stato moderno su un territorio, il quale, al contrario, mantiene profonde radici medioevali e organizzazioni corporative cetuali, che restano per lungo tempo rappresentate in Parlamento. Sulla stessa posizione O. HINTZE, D*allo Stato nazionalborghese allo Stato impresa*, in R. RUFFINI (a cura di), *Crisi dello Stato e storiografia contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 1979, pp. 36-39; G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1949, p. 287 ss.

Sulle istituzioni parlamentari medioevali si vedano anche T. PERASSI, *Parlamenti medioevali e parlamenti moderni. Contenuto e limiti della distinzione*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1910. Per un approfondimento sul ruolo dei Parlamenti medioevali cfr. M. CARAVALE, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medioevale*, Il Mulino, Bologna, 1994 e l'accurata evoluzione storico-giuridica dei Parlamenti dal periodo medioevale ai nostri giorni F. BERTOLINI, *Rappresentanza medioevale e attività di Governo*, Editoriale scientifica, Napoli, 1997, spec. pp. 24-34.

[52] H. KELSEN, *La democrazia* , Bologna, 1981, p. 172.

[53] Tra l'altro la tesi weberiana risponde al bisogno, tutto continentale, di ipotizzare una unità (per quanto fittizia) quasi negando invece la sopravvivenza di modelli medioevali. Diverso l'approccio anglosassone dove, come si è detto, tanto è diversa la concezione del territorio che si è potuto fare a meno di questa finzione giuridica dell'unità come superamento dei rap-

certo burocrazia e istituzioni concorrono alla formazione di un'unità politica territoriale; tanto è determinante, infatti, la struttura territoriale nello Stato assoluto che Ertman [54] preferisce definirlo direttamente Stato territoriale [55]. Quest'ultimo deve il suo successo proprio all'organizzazione territoriale, che permette allo Stato centrale di essere provvisto di risorse, armi ed eserciti attraverso sistemi capillari di tassazione [56]. Tre fattori hanno particolarmente contribuito alla sua formazione: l'organizzazione del governo locale, la competizione geopolitica, l'influenza delle assemblee rappresentative dei territori nelle istituzioni finanziarie e amministrative [57]. A maggior ragione, soprattutto Hintze [58] e Ertman, riconoscono un ruolo centrale, per quanto riguarda l'evoluzione statale, alla rappresentanza territoriale. Non solo essa non costituisce un retaggio dell'età medioevale, ma è l'elemento di continuità – innovazione sul quale si poggiano le nuove strutture politiche centrali. È lo strumento che permette il passaggio indolore (o quasi) dalle strutture plurali decentrate a quelle unitarie. Tutte le istituzioni che permisero e contemplarono una rappresentanza di tipo territoriale (compresi i Parlamenti) hanno resistito meglio all'influenza del re rispetto a quelle che rappresentavano la divisione in ordini e ceti, poiché in queste ultime era più agevole per il re accordarsi con un ordine a detrimento degli altri per raggiungere i propri scopi. Nelle istituzioni a carattere territoriale, invece, i diversi ordini cooperano per l'autonomia della Contea dal re [59]. Questo fenomeno è certo più evidente

---

porti cetuali-territoriali; quei rapporti per il mondo anglosassone sono da sempre il fondamento della vita associata e dei rapporti giuridici, non c'è necessità di sancire un loro superamento perché il costituzionalismo inglese li considera ancora rilevanti. Ne è la riprova il fatto che il diritto costituzionale moderno nasca quasi come un prolungamento del «diritto privato» medioevale. Da un certo punto di vista, lo Stato di diritto viene considerato la generalizzazione, sul piano pubblicistico, delle antiche relazioni feudali-contrattuali.

[54] TH. ERTMAN, *Birth of Leviathan. Building States and regimes in medieval and early moderne europe*, Cambridge University Press, New York, 1997.

[55] Lo definisce «sovereign territorial State» o anche «territorial State» in ERTMAN, *op. cit.*, p. 3, nota 8.

[56] Dello stesso avviso S. ROKKAN, *Territories, Nations, parties: toward a geoeconomic-geopolitical model for the exploration of variation within western Europe*, in R. MERRITT e B. RUSSETT (a cura di), *From national development to global community*, George Allen & Unwin, London, 1981, pp. 70-95; O. HINTZE, *The historical essays of Otto Hintze*, F. GILBERT (a cura di), Oxford University Press, NY, 1975 e CH. TILLY, *The formation of national States in Western Europe*, Princeton University Press, Princeton, 1975.

[57] TH. ERTMAN, *Birth of Leviathan*, cit., p. 6.

[58] O. HINTZE, D*allo Stato nazionalborghese allo Stato impresa*, cit., *passim*.

[59] Ertman distinguendo lo Stato costituzionale da quello assoluto, in realtà opera una prima distinzione tra il modello anglosassone e quello francese. La stessa distinzione è operata da E. GARCIA DE ENTERRIA, *Révolution française et administration contemporaine*, Economica,

negli Stati costituzionali, nei quali il potere territoriale non è interamente confinato nelle mani del re, ma è condiviso con le assemblee parlamentari; negli Stati assoluti, invece, ciò che traspare all'esterno è soprattutto l'accentramento territoriale nelle mani del sovrano, al quale spetta un potere meno mediato da rapporti di tipo contrattuale [60].

4. La rivoluzione francese e l'importanza del territorio nazionale

Quel retaggio feudale, che mette in relazione il territorio con la nuova istituzione centralizzata statale, viene contestato aspramente dai rivoluzionari francesi. Essi rifiutano senza mezzi termini quel vecchio modello di proprietà basata sui privilegi e sui *baillage* [61], si oppongono ai particolarismi locali e, in altri termini, cancellano ogni forma di pluralismo territoriale; per questo nella prima Assemblea costituente del 1789 il dibattito sulla suddivisione del territorio si concentra su proposte di divisione della Nazione in circoscrizioni amministrative ed elettorali omogenee, lisce, geometriche e poco rappresentative delle istanze locali [62], ossia i dipartimenti [63], semplici circoscrizioni amministrative, alle quali non è riconosciuta la personalità giuridica [64].

Paris, 1993, p. 23, il quale riconosce la centralità e l'importanza, in Inghilterra, di comuni e contee e dei loro rappresentati, che contrastano il re nella Gloriosa rivoluzione.

[60] TH. ERTMAN, *Birth of Leviathan*, cit, p. 8 e S. RODOTÀ, *Note su proprietà e sovranità*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 171.

[61] Si ricorda che il 12 agosto 1789, in seno all'Assemblea costituente, si costituisce un «Comité spécial sur les droits féodaux» chiamato ad elaborare un progetto di legge sull'abolizione dei privilegi feudali. Sul tema J.Q. WHITMAN, «*Les seigneurs descendent au rang de simples créanciers*»: *droit romain*, *droit féodal et révolution*, in *Droits*, n. 17, 1993, pp. 19-32.

[62] Sieyès affermava: «avverto da tempo la necessità di procedere ad una nuova divisione della Francia. Se non cogliamo questa occasione essa non si ripresenterà più e le province manterranno in eterno i loro privilegi, le loro pretese e le loro gelosie», in ID., *Observation sur le rapport du Comité de Constitution concernant la nouvelle organisation de la France. Par un député à l'Assemblée nationale*, Badouin, Versailles, 1789, in J.E. SIEYES, *Opere e testimonianze politiche*, a cura di G. Troisi Spagnoli, I, Giuffrè, Milano, 1993, p. 457.

[63] Creati con legge 22 dicembre 1789, poi modificati dalle leggi 8 giugno 1790 e 12-20 agosto 1790.

[64] Sieyès e Thouret, nell'intervento del 29 settembre 1789 all'Assemblea costituente, ricordano come nell'*ancien régime* si sia assistito ad una sovrapposizione, sullo stesso territorio, di funzioni amministrative e giurisdizionali, di *baillage* per l'amministrazione della giustizia e di *diocès* per quella ecclesiastica. La suddivisione in *baillage* esprimeva dunque una pluralità di interessi e di funzioni, tra l'altro non sempre compatibili e interdipendenti, in *Archives Parlamentaires*, Serie I, vol. VIII, séance 29 septembre 1789, p. 572 ss. Si veda anche J.E. SIEYES,

Qualcuno si rende conto che si tratta di rinunciare ad una parte della storia francese: Marat è contrario ad una divisione del territorio omogenea e geometrica [65], ma anche Condorcet, già nel 1788, nel suo *Essais sur les assemblées provinciales* sottolinea la necessità di armonizzare il cambiamento con gli interessi delle comunità minori [66]. Questi ultimi vengono ignorati poiché la rappresentanza unitaria della Nazione non può permettersi di riconoscere un pluralismo al suo interno e la cancellazione delle istanze territoriali, come pure la proclamazione dell'unità ed indivisibilità della Repubblica, sono strumenti necessari per negare le diversità territoriali ed evitare che enti territoriali intermedi rivendichino porzioni di sovranità e vanifichino la prospettiva di accentramento, a sua volta indispensabile per sostenere l'indivisibilità della sovranità [67]. Tuttavia, una rigida struttura amministrativa dei dipartimenti francesi e successivamente delle prefetture napoleoniche, paradossalmente ha permesso una maggiore elasticità nella gestione del territorio rispetto al modello adottato in Italia. L'amministrazione rivoluzionaria è subordinata alla legge e alla volontà generale ed è, pertanto, da un certo punto di vista, un'amministrazione monista, centralizzata, fondata su un unico principio organizzativo.

Da una parte il primato assoluto della legge impedisce la costituzione di forme di amministrazione sovraordinate e sovraimposte al cittadino [68] e con-

---

Quelques idées de Constitution applicables à la ville de Paris en juillet 1789, Badouin, Versailles, 1789, 8° trad. it. in J.E. SIEYES, *Opere e testimonianze politiche*, cit., pp. 353-373 e 457-488. Si tratta di un progetto letto e depositato presso il comitato dei 16 e non destinato al pubblico.

[65] «Vorrei che le divisioni territoriali rispettassero le località, la storia e che non fossero dunque delle divisioni matematiche che nella pratica risultano irrealizzabili. Propenderei, dunque, per una divisione che non stabilisca soltanto una rappresentanza proporzionale ma che avvicini l'amministrazione agli uomini e alle cose …», intervento di GIOACCHINO MARAT, in *Moniteur universel*, «Réimpression», t. II, Séance du 3 novembre 1789, p. 123.

[66] Sulle delimitazioni territoriali della Francia durante la Rivoluzione francese cfr. M. CROOK, *Elections in the French Revolution. An apprentiship in democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, spec. pp. 2 e 132. Cfr. anche E. GARCIA ENTERRIA, *Revolution française et administration*, cit., *passim*.

[67] Cfr. A. ESMEIN, *Elément de droits constitutionnel français et comparé*, Sirey, Paris, 1928, t. II, p. 612 e C. GREWE, *L'unité de l'Etat entre indivisibilité et pluralisme*, in *Revue du Droit Public*, 1998; R. DEBBASH, *Le principe révolutionnaire de l'unité et indivisibilité de la République*, Economica, Paris, 1988 e S. MANNONI, *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, Giuffrè, Milano, tomo I, 1994, tomo II, 1996.

[68] Si ricorda che la legge 22 dicembre 1789 prevede la soppressione delle figure degli intendenti e dei sottodelegati e provvede a sostituirli con Consigli elettivi di dipartimento e di distretto. È dunque il cittadino ad eleggere direttamente il personale amministrativo, senza che sia previsto un diaframma tra la sfera politica e quella privata. Così L. MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 228.

figura, invece, un sistema di massima compenetrazione tra la società civile, la politica e l'apparato amministrativo; ciò potrebbe significare, per certi versi, che la peculiarità locale può trovare una sua visibilità nelle stesse assemblee elettive dipartimentali e potrebbe permettere una rappresentazione pluralistica del territorio più di quanto ciò non si sia verificato in Italia [69]. Dall'altra parte, però, non si può negare che la subordinazione dell'amministrazione alla legge impedisce alla burocrazia locale di godere di vere e proprie forme di autonomia [70].

Anche il modello di amministrazione napoleonica, più rigido, centralistico e statalizzato, dotato di un apparato non più coincidente con la società civile, ma ad essa sovraordinato, ha comunque permesso una rappresentazione delle istanza locali a livello centrale, seppur filtrate dalla lente della volontà della Nazione [71].

5. Il Territorio e l'organizzazione dello Stato

Se è vero che le difficoltà nel rintracciare una dottrina unitaria del territorio permangono in tutta la storia delle istituzioni e nella storia costituzionale [72], a maggior ragione ad un concetto univoco di territorio si deve rinunciare a partire dalla formazione dello Stato assoluto e dall'elaborazione (di pari passo) della teoria della sovranità. La necessità di affermare una «*puissance» supérieure*» che abbia efficacia all'interno del territorio statale e all'esterno di esso, crea una ulteriore distinzione tra sovranità interna ed esterna, tra la nozione di territorio che ha rilevanza per il diritto interno e quella che ha rilevanza per il diritto internazionale. La concreta affermazione di questa separazione tra diritto interno e diritto internazionale la si individua nella Pace di

---

[69] L. MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 228 ricordano che la Costituzione del 1791 nega ai Consigli dipartimentali e distrettuali una qualche funzione di rappresentanza delle istanze locali. Formalmente, ogni forma di rappresentanza, che non sia quella granitica della Nazione, viene negata. Ciò non vuol dire che nella pratica queste assemblee con funzioni amministrative non abbiano mai influenzato le amministrazioni centrali.

[70] L. FAVOREU, *Les bases contitutionnelles de la décentralisation*, in J. MOREAU e M. VERPEAUX (a cura di), *Révolution et décentralisation. Le système administratif français et les principes révolutionnaires de 1789*, Economica, Paris, 1992, p. 47 ss.

[71] Anche la Costituzione del 1958, nel prevedere in Costituzione le collettività locali, ricorda che ad esse è riconosciuta una certa autonomia, ma esse rappresentano pur sempre la Nazione e non esse stesse.

[72] Così M. MANETTI, *Territorio dello Stato*, cit., p. 1.

Westfalia, che riconosce una pluralità di Stati, tutti in posizione di eguaglianza [73].

Le difficoltà di definizione del territorio sono, dunque, dovute alle cause ora viste e anche, in definitiva, ad una difficoltà *ab origine*: quella di conciliare «lo spazio fisicamente delimitato, con l'universalità - esclusività che caratterizza il potere sovrano» [74].

Per questo l'attenzione dei giuristi si è soffermata particolarmente sulla natura giuridica del territorio dello Stato e sui suoi elementi, vale a dire sui rapporti che intercorrono tra lo Stato e il suo territorio. La dottrina si è divisa allora tra coloro che considerano il territorio come elemento costitutivo dello Stato [75], coloro che lo considerano un bene dello Stato stesso [76] e coloro che lo concepiscono come mero limite spaziale [77]. A questa prima distinzione ne segue un'altra, ben più dettagliata, che classifica il territorio o come cosa, come bene economico, oggetto di un diritto reale [78], oppure come spazio in cui si svolgono le attività del popolo [79], o, ancora, come un elemento materiale oggetto di un diritto della personalità [80], o, da ultimo, quella che considera il territorio come limite dell'effettività delle norme [81]. Queste definizioni non sempre sono in

---

[73] M.S. GIANNINI, *Sovranità, (diritto vigente)*, in *Enc dir.*, vol. XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, p. 225.

[74] M. MANETTI, *Territorio dello Stato*, cit., p. 1.

[75] Vedono il territorio come elemento indispensabile senza il quale le strutture giuridiche dell'ente non avrebbero senso E. CROSA, *Diritto costituzionale*, Utet, Torino, 1955, p. 169; M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 255; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1957, III, p. 124; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, V ed., 1958, p. 38; VIRGA, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, VII ed., 1971, p. 60; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1975, IX ed., pp. 110-111.

[76] D. DONATI, *Stato e territorio*, cit., in particolare pp. 53 e 128; U. FORTI, *Il diritto dello Stato sul territorio*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1902, p. 363; P. LABAND, *Le droit public de l'empire allemand*, vol. I, V. Giard & Brière, Paris, 1900.

[77] Tra gli studiosi italiani E. CANNATA BARTOLI, *Osservazioni intorno a taluni aspetti del territorio comunale*, in *Scritti Orlando*, Cedam, Padova, 1957, vol. I, p. 286. Vede il territorio come «ambito di competenze» H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it. Einaudi, Torino, 1966, p. 18 ss. Ancora con una diversa sfumatura, T. PERASSI, *Paese, territorio, signoria nella dottrina dello Stato*, Società editrice libraria, Milano, 1912, p. 4, ritiene che il territorio dello Stato sia l'ambito nel quale si esprime la signoria, l'*imperium* dello Stato.

[78] Per tutti, P. LABAND, *Le droit public de l'empire allemand*, cit., p. 287 ss.

[79] T. PERASSI, *Paese, territorio, signoria*, cit., p. 7.

[80] S. ROMANO, *Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato*, *Archivio di diritto pubblico*, vol. I, 1902, ora in *Scritti minori*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1950, p. 208.

[81] H. KELSEN, *Il primato del Parlamento* trad. it. C. Geraci, Giuffrè, Milano, 1992.

antitesi l'una con l'altra, poiché, la distinzione tra territorio nell'ambito del diritto internazionale e territorio nell'ambito del diritto interno [82] ha fatto sì che anche uno stesso studioso possa avere utilizzato diverse definizioni di territorio nei diversi ambiti [83].

La definizione più antica che spiega la relazione esistente tra territorio e Stato è quella che, riallacciandosi alla concezione patrimoniale del territorio, ne deduce che lo Stato esercita su di esso un diritto reale [84]. Anche Laband condivide questa teoria e riconosce allo Stato un diritto di proprietà sul territorio, ancora di stampo privatistico, perché il territorio è elemento materiale dello Stato stesso. Proprio come un qualunque altro proprietario, lo Stato può escludere chiunque dal suo territorio [85]. La dottrina dei primi del Novecento è, dunque, ancora ferma al concetto di sovranità territoriale, quella che si afferma attraverso lo *ius utendi* e lo *ius excludendi alios*. In questo modo si legittima l'esistenza dello Stato nel diritto internazionale (escludendo, appunto, una qualunque ingerenza esterna), ma lo *ius utendi* riconduce più al diritto privato che a quello pubblico. Per questo, forse, Santi Romano sente di dover dare un contributo diverso, conscio del fatto che nello Stato di diritto sostenere ancora che la sovranità è così strettamente connessa alla proprietà, significa non riconoscere un'evoluzione nel rapporto Stato-cittadini. In quell'ipotesi di sovranità territoriale i cittadini restano sudditi e non possono nemmeno vantare diritti assoluti sulle terre che sono in loro possesso, perché spetta al sovrano il *dominium eminens* sull'intero territorio statale. Romano, pur ammettendo che lo Stato possa avere un rapporto esclusivo sul suo territorio, ritiene che ciò non implichi necessariamente l'esistenza di un diritto di proprietà. Viste le premesse della sua teo-

---

[82] Sulla inevitabile distinzione, anche in dottrina, tra diritto interno e diritto internazionale cfr. D. DONATI, *Stato e territorio*, Athenaum, Roma, 1924, spec. pp. 3-11 e 20-126. Donati punta l'attenzione sul fatto che lo Stato dal punto di vista interno non è sempre soggetto di diritto, mentre lo è sempre dal punto di vista internazionale. Cfr. anche M. MANETTI, *Territorio dello Stato*, cit., p. 2 e R. ALESSI, *Intorno alla nozione di ente territoriale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, p. 293 ss.

[83] In particolare Donati e Romano, che hanno accolto la tesi del territorio come proprietà dello Stato per quanto riguarda il diritto internazionale, ma non nel diritto interno. Soprattutto Romano ha intuito la difficoltà di utilizzare la categoria dei diritti reali sul territorio perché conseguentemente avrebbe dovuto accettare come corollario il fatto che la sovranità territoriale potesse estendersi anche ai «sudditi» e sarebbe stata inconciliabile con i diritti di proprietà facenti capo a questi ultimi (*ius excludendi alios*), certo inconciliabile con lo Stato di diritto e con la titolarità dei diritti in capo ai singoli. Sul punto si veda M. MANETTI, *Territorio dello Stato*, cit., p. 2.

[84] C.F. v. GERBER, *Diritto pubblico*, trad. it. Giuffrè, Milano, 1971, p. 128 ss.

[85] P. LABAND, *Le droit public de l'empire allemand*, cit., p. 287 ss.

ria, non può accettare nemmeno l'ipotesi che vede nel territorio un mero limite spaziale [86]. In realtà, non nega questa caratteristica, ma la considera una conseguenza del fatto che il territorio stesso sia un elemento dello Stato: quest'ultimo si estende fin dove esistono i suoi elementi. Inoltre, la definizione di spazio statale come limite e come confine entro il quale lo Stato può esercitare i suoi diritti e può proibire che altri soggetti facciano altrettanto non aiuta a spiegare chi e cosa legittima l'esercizio di quei diritti sul territorio. Pertanto, se per tutti gli enti territoriali il territorio rappresenta un semplice limite, per lo Stato esso è l'oggetto di un diritto della personalità [87]. Sul territorio lo Stato ha un potere immediato, diretto, che implica la facoltà di servirsi di esso per tutti i fini statuali. Si tratta di un diritto che si può esercitare *erga omnes* ed è dunque assoluto. Il territorio è anche un elemento costitutivo dello Stato, che concorre a definire la sua essenza e non è un diritto reale, ossia un oggetto del mondo esterno, legato allo Stato da un semplice rapporto di appartenenza. Lo Stato ha sul suo territorio «un diritto assoluto avente per oggetto uno dei suoi elementi costitutivi» [88]. Tale diritto, come ogni altro diritto dello Stato, si ricollega alla sua potestà, alla sua cosiddetta sovranità, che Romano traduce con «capacità giuridica dello Stato» [89]. Tale diritto è ovviamente pieno, ha un suo contenuto ed un suo oggetto, infatti lo Stato dispone del suo territorio e può cederlo, permutarlo o ingrandirlo [90]. Coerentemente, lo studioso non estende tale caratteristica ai territori lontani dalla madrepatria, ai possedimenti e agli spazi territoriali quale gli aerei e le navi, ai «sudditi» che si trovino all'estero; in quel caso, infatti, è la sovranità statale che prevale, non il diritto su quel territorio.

Anche Jellinek [91], Fricker [92] e Carré de Malberg [93] criticano la tesi secon-

---

[86] S. Romano, *Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato*, cit., p. 208 e Id., *Il diritto pubblico italiano*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 58.

[87] S. Romano, *Osservazioni*, cit., p. 212, ma anche O. Ranelletti, *Principii di diritto amministrativo*, Pierro, Napoli, 1912, vol. I, p. 109 ss.

[88] S. Romano, *Il diritto pubblico*, cit., p. 59. Hauriou, che condivide con Romano la tesi istituzionalistica, accoglie questa stessa posizione in merito al territorio, Id., *Principes de droit public*, Sirey, Paris, 1910, p. 264.

[89] S. Romano, *Il diritto pubblico*, cit., p. 60.

[90] *Ivi*, p. 63.

[91] G. Jellinek, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, cit., pp. 11 ss. e 358 ss.

[92] K.V. Fricker, *Vom Staatsgebiet*, Tubinga, 1867, ora in Id., *Gebiet und Gebiethoheit: mit einem anhang vom Staatsgebiet*, Laupp, Tubinga, 1901, p. 100 ss.

[93] R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tomo I, Recueil Sirey, Paris, 1922 (rièdiz. 1962), p. 3 s.

do la quale il territorio è oggetto della proprietà dello Stato e, nello stesso tempo, ne è anche un elemento costitutivo. Ciò significherebbe riconoscere il territorio come elemento interno e contemporaneamente esterno allo Stato. Pertanto, arrivano alla conclusione che il territorio e la sua estensione determinano semplicemente il quadro nel quale si esercita la sovranità statale. Soprattutto, per Carré de Malberg il territorio è quell'elemento che permette alla Nazione di realizzare la sua unità ed è condizione necessaria per l'esercizio della sovranità [94].

Nella discussione della prima metà del Novecento sui rapporti tra Stato e territorio s'inserisce Emilio Bonaudi, il quale intuisce che la posizione del territorio rispetto allo Stato muta a seconda che si tratti di diritto interno o di diritto internazionale: all'interno il territorio può essere visto come diritto di proprietà, ma all'esterno lo Stato esercita sul territorio un diritto della personalità [95]. In fondo si riproduce la stessa distinzione che intercorre tra sovranità interna ed esterna allo Stato. Se per Donati il territorio è un presupposto dello Stato e non un elemento costitutivo (infatti definisce comunque Stato anche quello dei popoli nomadi), per Bonaudi è elemento necessario che, come il cibo per l'uomo, serve per la sua esistenza. Il territorio non è l'ambito della sovranità statale, perché se così fosse, non si potrebbero ammettere modifiche territoriali, poiché al variare dell'elemento materiale (il territorio) subirebbe modifiche lo Stato stesso [96].

Per Perassi il territorio è piuttosto ambito della signoria e se consideriamo che il termine territorio deriva da *terreo* o *territo* si comprende come esso s'identifichi con lo *ius imperii*. Ranelletti evidenzia la relazione esistente tra sovranità e territorio. La prima è una potestà d'imperio che ha bisogno del territorio per garantirsi libertà e indipendenza e per attuare la volontà dello Stato [97]. Anche Donati riconosce il legame tra territorio e sovranità soprattutto di quella esterna, dal momento che gli altri Stati sono tenuti ad astenersi da qualunque azione che ricada nell'ambito della sovranità di un altro Stato [98].

---

[94] *Ibidem*, dello stesso avviso L. DUGUIT, *Manual de droit constitutionnel*, IV ed., E. de Boccard, Paris, 1923, p. 97.

[95] E. BONAUDI, *A proposito della «città del Vaticano»*, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranelletti*, vol. I, Cedam, Padova, 1931.

[96] *Ivi*, p. 43.

[97] O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 109.

[98] D. DONATI, *Stato e territorio*, cit., p. 128. Invero, Donati ritiene – come pure JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, cit., p. 138 e DUGUIT, *op. cit.*, p. 97 – che lo Stato dispone di quel territorio non direttamente, ma solo mediante la facoltà d'imperio sui suddi-

6. Lo Stato, il suo territorio e il secondo dopoguerra

Tutte queste suggestive elaborazioni della dottrina non hanno più lo stesso valore nel secondo dopoguerra, soprattutto con l'estensione del suffragio universale e con la piena affermazione dello Stato democratico. Da quel momento, l'idea di Jellinek secondo la quale il popolo, il territorio e la sovranità sono elementi costitutivi dello Stato non trova più un suo fondamento: non si può riconoscere la stessa importanza al popolo e al territorio. Per quanto ci si sforzi di ricondurre i due elementi in un alveo comune, considerando uno l'elemento personale (popolo) e l'altro l'elemento materiale (territorio) dello Stato, essi hanno una valenza diversa. Per questo la definizione di territorio che meglio si sposa alla vicenda delle democrazie contemporanee è quella di domicilio e sede del popolo sovrano, quella di sfera spaziale della comunità insediata in quello Stato o anche quella di territorio come elemento fisico che «contiene» la popolazione di uno Stato e l'identità di quel popolo, intesa quest'ultima come un insieme di rapporti, interessi e cultura [99]. Il superamento dello Stato patrimoniale e della stessa dottrina della sovranità territoriale inducono una riflessione sul fatto che il territorio non ha più una funzione d'elemento costitutivo dello Stato, i fini di quest'ultimo coincidono ormai con quelli dei cittadini e il territorio può rappresentare un limite [100] o uno strumento per raggiungere determinati scopi. A ben vedere, nel tempo, il territorio, dal punto di vista del diritto, da *prius* è divenuto *posterius* e ha perso la sua centralità. Anche per quanto riguarda la concessione della cittadinanza, lo *ius soli* non è più l'unico criterio utilizzato per il conferimento della stessa, ma è ormai solo complementare rispetto a quello dello *ius sanguinis*; il popolo non è l'insieme dei cittadini che «riempie» lo spazio territoriale, ma costituisce l'identità politica di una Nazione [101] e

---

ti. Parte della dottrina, quale ad es. Forti, non ritiene che lo Stato possa disporre del territorio, ma che possa solamente cederlo, ID., *Il diritto dello Stato sul territorio*, cit., p. 364.

[99] M. MANETTI, *Territorio dello Stato*, cit., p. 2. Vedi anche P. HABERLE, *Stato costituzionale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXX, Roma, 2000, *passim* e S. BIOREZ, *Territoires et espaces politiques*, Presse Universitaire de Grenoble, Grenoble, 1997, p. 6, che considera il territorio una «costruzione sociale e politica dipendente dalla storia dei poteri».

[100] L. PALADIN, *Il territorio degli enti autonomi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1960, pp. 617 e 625.

[101] Si veda C.J. FRIEDRICH, *The Nation: growth or artefact?*, in AA.VV., *L'idée de Nation*, Institut international de philosophie politique, Annales de philosophie politique, PUF, Paris, 1969, spec. p. 34, che riconosce il fondamento della Nazione non tanto negli usi e costumi comuni, nello *ius sanguinis*, ma nei comuni valori che danno origine ad un ordinamento politico.

occupa, ormai, un posto più rilevante del territorio nell'ambito degli elementi dello Stato. Benché il territorio non rappresenti più l'elemento centrale di uno Stato, esso mantiene un'importanza primaria anche fuori dall'ambito statale. Il nostro riferimento ontologico resta quello della terraferma, per quanto esso sia soggetto a trasformazioni continue.

Non si può dire, cioè, che il territorio sia uscito sminuito dalle ultime evoluzioni istituzionali, esso ha subito profonde mutazioni nel tempo, ma resta, a tutt'oggi, un elemento di primaria importanza. In presenza di istituzioni sempre più tras-nazionali e di un sistema di reti di comunicazioni virtuali, il territorio non è alla fine della sua storia [102]. Quanto più le democrazie nazionali contemporanee aderiscono ad istituzioni sovranazionali, tanto più sentono la necessità di rendere più prossime le istituzioni interne, decentrandole e regionalizzandole, opponendo così ad un allontanamento politico una vicinanza geografica, una rappresentazione delle istanze locali a livello nazionale. Il senso di appartenenza ad una comunità sia locale sia nazionale e l'identità nazionale, intesa come insieme di fattori politici, culturali e – perché no? – anche territoriali, non possono essere sostituiti in così breve tempo da una costellazione post-nazionale [103], forse così definita perché non rappresenta nessuna categoria politica o giuridica della nostra storia istituzionale.

È vero che la mondializzazione s'identifica soprattutto con il superamento degli spazi fisici [104], ma è altrettanto vero che non li elimina e non può esser l'unica dimensione in cui si esprime l'uomo e il cittadino, dotato di una socialità non solo verbale, ma anche fisica, votato per natura alla compartecipazione e all'aggregazione. Per questo, mai come in quest'epoca, si sente la necessità di rappresentare degli interessi locali e territoriali, più vicini alle tradizionali modalità [105] del vivere associato cui gli uomini sono abituati e in fondo, anche sul piano internazionale si è compreso ben presto che il con-

---

[102] B. BADIE, *La fin des territoires. Essai sur le désordre international et sur l'utilité sociale du respect*, Fayard, Paris, 1995, trad. it. Asterios, Trieste, 1996.

[103] Il termine, forse molto più pregnante rispetto a quello di globalizzazione (o a quello corrispondente di mondializzazione), è stato usato da J. HABERMAS, *Après l'Etat-nation. Une nouvelle constellation politique*, trad. francese, Fayard, Paris, 2000.

[104] Per tutti A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, cit., p. 6.

[105] È Tocqueville a sostenere che «un potere centrale, per quanto lo si possa immaginare civile e sapiente, non può abbracciare da solo tutti i particolari della vita di un gran popolo; non può perché un simile lavoro eccede le forze umane», in A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, trad. it., Bur, Milano, p. 95 e sugli effetti *politici* del decentramento aggiunge: »Siccome l'autorità amministrativa è posta a fianco degli amministrati e in qualche modo li rappresenta, essa non eccita né gelosia, né odio», *ivi*, p. 98.

traltare del superamento dei confini nazionali è costituito da una cura del locale [106].

Oggi si parla con grande convinzione di deterritorializzazione e di globalizzazione intesa non tanto, o non soltanto, in senso economico, ma anche come superamento delle frontiere statali. Già Schmitt si era posto il problema del mondo globale, del *nomos* della terra, ma per quanto lungimirante, mai avrebbe potuto pensare ad uno spazio mondiale come quello attuale dove, effettivamente, i singoli individui, pur appartenenti a comunità territoriali lontane geograficamente o politicamente, possono condizionare l'opinione pubblica mondiale, sono in grado d'influenzare le multinazionali e possono costituire associazioni globali di consumatori [107]. È sul mercato che possono agire e, superando le frontiere, possono creare delle collettività «trasnazionali» o possono essere qualificati consumatori globali, ma ciò non conferisce loro l'appellativo di «cittadini del mondo», poiché non condividono una comune appartenenza e, pertanto, non possono essere considerati un popolo. Le grandi decisioni politiche rimangono, dunque, prerogativa degli Stati.

Non sappiamo se il futuro ci riservi la dissoluzione del territorio statale per lasciar posto a qualcosa di meno determinato, ad uno spazio globale, sede di più istituzioni economiche, civili e politiche e dunque a legami pluralistici più saldi tra istituzioni e individui, senza alcuna connotazione statale, ma questa sembra comunque una prospettiva lontana. Finora abbiamo assistito ad uno sviluppo, per quanto imperfetto, di ordini internazionali e di tribunali internazionali [108], che dovrebbe far pensare ad un'evoluzione delle norme giuridiche che supera le frontiere nazionali, che prefigura nuovi tipi di ordinamenti giuridici, tutti legati tra di loro, ma senza alcun riferimento statale. Non è detto, però, che gli ordini plurali e globali non siano chiamati a convivere con quelli statali.

---

[106] Soprattutto la comunità internazionale modula la propria attività anche in funzione dei bisogni locali o regionali, tanto da portare qualcuno a parlare di «glocalizzazione». Essa spiega le dinamiche che portano la mondializzazione a nutrirsi della produzione locale e a cercare un proprio equilibrio in essa (magari trasversale e non necessariamente all'interno di un solo Stato). Ciò induce a parlare di «*mondialisation du local*». Si veda a questo proposito B. BADIE, *Un monde sans souveraineté. Les Etats entre ruse et responsabilité*, Fayard, Paris, 1999, p. 167 ss.

Anche la politica dell'Unione europea è volta a favorire una cultura del locale anche attraverso una valorizzazione delle Regioni europee.

[107] È questa l'idea di A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, cit., p. 6, che vede nel mondo virtuale la possibilità, per gli individui, di modificare le azioni altrui.

[108] F. BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà: il diritto di proprietà nella Cedu*, Giappichelli, Torino, 2002.

La globalizzazione non deve essere vista come deterritorializzazione, ma come pluralismo territoriale e istituzionale che non si può ridurre ad unità [109]. Vi è dunque una sovrapposizione di istituzioni nazionali e internazionali (o sovranazionali), che, spesso, interagiscono tra di loro. Ciò non significa che gli Stati abbiano perduto il loro spazio territoriale o la loro sovranità. È proprio in questa terza mondializzazione [110] che la sovranità statale si rivela decisiva. Anzi, da un certo punto di vista, nel diritto internazionale gli Stati si ritrovano a decidere su questioni che valgono anche oltre i propri confini, come succede in materia di ambiente o di ridistribuzione di risorse economiche. Il territorio è elemento necessario per qualunque ordinamento giuridico, perché rappresenta non solo il limite spaziale dell'effettività dell'ordinamento, ma anche lo spazio entro cui quell'ordinamento si identifica e si esplica [111]. Non si può, dunque, denominare il processo politico istituzionale attuale come deterritorializzazione [112], esso è riconducibile ad una pluralità e sovrapposizione delle dimensioni territoriali, tra le quali, tuttavia, il territorio statale conserva gran parte della sua identità. Anche per quanto riguarda la garanzia internazionale dei diritti, per quanto sia ampio il movimento che tende a riconoscere una dimensione internazionale a difesa di questi ultimi, è ancora il diritto nazionale quello che offre maggiore protezione [113]. Inoltre, la superiorità del diritto nazionale su quello internazionale, in merito alla tutela dei diritti, comporta anche che le differenze tra cittadini e stranieri siano ancora effettive [114].

Del resto, l'unica cittadinanza sovranazionale di cui si discute è quella comunitaria, ma anche in quel caso il debito con gli Stati è innegabile, visto che è riconosciuta ai soli cittadini degli Stati membri dell'Unione [115].

---

[109] È interessante notare come il passaggio dal feudalesimo allo stato moderno abbia segnato anche il passaggio dal particolarismo delle istituzioni medioevali all'universalismo delle istituzioni statali, non mediate e centralizzate e come il passaggio successivo dalle istituzioni statali all'ordine globale abbia invece contraddistinto il percorso inverso dall'universalità verso la pluralità.

[110] Così la definisce C. GALLI, *Spazi politici*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 9.

[111] N. IRTI, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2002.

[112] Così S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, cit., *passim*; A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, cit., p. 63 e G. DELLA CANANEA, *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2003, p. 1.

[113] N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990 e A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, cit., pp. 71-74 che, appunto distingue tra dichiarazione dei diritti e la garanzia degli stessi.

[114] Corte cost., sentt. nn. 104 del 1969 e 353 del 1997.

[115] M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza ita-*

Proprio sulla scorta di simili considerazioni, qualcuno, contro ogni evidenza, ha cominciato a vedere la necessità di una «territorializzazione del diritto» [116], che non s'identifica con un ripiegamento del diritto all'interno degli Stati, ma con una scoperta delle differenze e delle diverse identità territoriali quali strumenti utili ad impedire una forzata omogeneizzazione delle diverse civiltà [117]. Tale territorializzazione può svolgere una funzione benefica sul diritto e sulle regole della vita comune, rendendoli più concreti. La «democrazia territoriale» [118] applica dei propri parametri al principio di uguaglianza, fa in modo che uguali siano le condizioni di vita di coloro che abitano in luoghi diversi [119], favorendo, anche attraverso azioni positive in materia territoriale, coloro che sono più svantaggiati, al fine di garantire una vera eguaglianza sostanziale [120]. Anche la legislazione in materia di *aménagement du territoire* [121], può avere la funzione di «compensare gli handicap geografici» [122]. Un approccio territoriale, se ne può dedurre, può tornare utile anche per opporsi alle regole brute del mercato: una maggiore attenzione al territorio e «ai tempi» della terra richiede un rifiuto delle leggi più innaturali [123].

---

liana, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 203 ss. e A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, cit., pp. 71 e 120 ss.

[116] Y. MADIOT, *Vers la «territorialisation» du droit*, in *Revue française de droit administratif*, 1995, p. 948.

[117] Sulla territorializzazione come pluralità di dimensioni territoriali da opporre alla uniformità forzata delle forme sovranazionali cfr. S. SICARDI, *Essere di quel luogo. Brevi considerazioni sul significato di territorio e di appartenenza territoriale*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 115 ss.

[118] Così è definita anche nel rapport François-Poncet, doc. Sénat français, 1994, n. 343, t. I, p. 101.

[119] Y. MADIOT, *Vers la «territorialisation» du droit*, cit., p. 949.

[120] In Francia, dove il decentramento noin garantisce una particolare tutela agli interessi territoriali, le azioni positive in questo ambito rappresentano uno strumento in grado di colmare le disuguaglianze geografiche. Si veda F. MÉLIN-SOUCRAMANIER, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, PUAM-Economica, Paris, 1997.

[121] Ad esempio la *loi d'orientation* 4 fevrier 1995, che tenta di correggere le disuguaglianze legate a condizioni geografiche.

[122] Così le definisce Y. MADIOT, *Vers la «territorialisation» du droit*, cit., p. 955, ma anche il Conseil constitutionnel si è pronunciato sul tema con la decisione 26 gennaio 1995, n. 94-358 DC. Le azioni positive sono uno strumento necessario per la gestione del territorio in Francia perché l'eccessiva uniformità imposta dal diritto amministrativo ha bisogno di essere controbilanciata da un diverso trattamento da riservare a situazioni territoriali diverse. Neanche la recente riforma costituzionale del 23 marzo 2003, in tema di decentramento sembra garantire una maggiore autonomia e una più incisiva differenziazione delle collettività.

[123] Y. MADIOT, *Vers la «territorialisation» du droit*, cit., p. 951.

7. La rappresentanza territoriale

Nei paragrafi precedenti si è tentato di dar conto della presenza e dell'importanza del territorio nelle varie epoche storiche. Anche la rappresentanza è stata a lungo influenzata dal rapporto con la terra: per lungo tempo il suffragio censitario ha favorito i proprietari terrieri rispetto agli altri notabili. La rivoluzione francese ha scardinato quel meccanismo censitario invocando lo stesso trattamento per la borghesia non legata alla terra.

Inizialmente questo passaggio dai legami territoriali agli spazi più ampi delle città ha favorito un'evoluzione verso il suffragio universale [124]. Questa evoluzione si può ricostruire anche osservando come sono cambiati i criteri di ritaglio delle circoscrizioni elettorali, prima fortemente legate al territorio, poi sempre più organizzate secondo regole elettorali omogenee e spesso geometriche. Il suffragio censitario è alla base di una rappresentanza politica che difende il bene comune, ma inteso come bene dei proprietari che, in quanto tali, sono in grado di pensare al bene di tutti. Il suffragio universale diretto comporta una rivoluzione copernicana perché, per il solo fatto di esistere, gli uomini sono chiamati a costituire una «volontà generale», la sola che può produrre il bene della collettività [125]. Con la piena affermazione del suffragio universale quelli che si rappresentano sono idealmente gli individui, non i loro interessi [126], pertanto le circoscrizioni elettorali devono essere ritagliate in modo da scongiurare la rappresentazione del locale; non è un caso, dunque, che proprio in Francia nella prima divisione del territorio in

---

[124] S. ROKKAN, *Electoral systems*, *citizens*, *elections*, *parties*, Oslo Universitets Forlaget, Oslo, 1970, pp. 128-149. A dire il vero Rokkan riconosce cinque tappe nella storia del suffragio nelle attuali democrazie di tipo occidentale: la prima è quella dei privilegi, l'ultima quella del suffragio universale concesso a uomini e donne.

[125] Sul processo di formazione del concetto di volontà generale fino all'elaborazione più convincente di Rousseau, si veda il lavoro di P. RILEY, *La volontà generale prima di Rousseau*, Giuffrè, Milano, 1995 che sottolinea i passaggi dall'idea teleologica di volontà generale a quella politica, che consiste nella capacità di situare il bene comune nella collettività, al di sopra del cittadino e della sua volontà particolare, ma al di sotto della volontà divina. Il processo lento, ma continuo, parte, secondo lo studioso americano, da Pascal e attraverso Nicolas Malebranche e Montesquieu approda a Rousseau.

[126] «Avendo la rappresentanza perduto il preesistente carattere particolaristico ed acquistato un carattere unitario, i cittadini elettori debbono esercitare il loro diritto, che consiste nell'assolvimento di una loro funzione non per la difesa di interessi particolaristici, ma in vista dell'interesse generale di tutte le categorie globalmente considerate, in vista cioè dell'interesse unitario della Nazione». In G. AMBROSINI, *La rappresentanza degli interessi e il voto obbligatorio*, Scientia, Roma, 1945, p. 17.

dipartimenti operata in epoca rivoluzionaria, il *découpage* non rispetta assolutamente la storia e le peculiarità di quei territori, dividendoli, geometricamente [127]. Eppure, in qualche modo, la rappresentanza delle istanze locali e territoriali sopravvive al modello stilizzato del «*one man, one vote*». Si può, infatti, scorgere una discreta presenza di elementi di territorialità nelle seconde camere, siano esse espressione di uno Stato federale, oppure di uno accentrato. Anche alcune apparenti disuguaglianze del voto in realtà nascondono l'esigenza di conciliare una rappresentanza di tipo demografico con quella di tipo territoriale. Nell'analisi che segue, volta a dimostrare questa ipotesi, ci si riferisce a due modelli unitari, quello italiano e quello francese, accomunati da quel richiamo in Costituzione all'unità e all'indivisibilità. Poiché anche in essi si rinvengono tracce di una rappresentanza di tipo territoriale, a maggior ragione queste tracce saranno più evidenti nei sistemi federali, dove il legame con il territorio, almeno per quanto riguarda le seconde camere, è più esplicito ed è quasi condizione necessaria per l'esistenza del federalismo stesso [128].

La rappresentanza degli interessi (compresa quella degli interessi territoriali) ha sempre suscitato perplessità nella dottrina. Rousseau ha celebrato la superiorità della rappresentanza politica, in quanto è l'unica in grado di ricomporre l'interesse generale tanto da imprimere nell'immaginario collettivo un'idea negativa e di parzialità rispetto a qualunque altra forma di rappresentatività. Su questa scia, la dottrina francese, in particolare, dopo aver elaborato il concetto di sovranità nazionale – quella che tiene conto anche della volontà delle generazioni passate e future [129] e che, dunque, si differen-

---

[127] In nome dell'unità culturale e del rispetto della lingua francese si è sempre temuta l'affermazione dell'identità bretone. I bretoni, di origine celtica, a differenza dei baschi francesi, perfettamente integrati, rivendicano l'uso della propria lingua e delle proprie tradizioni, peraltro più antiche di quelle francesi. Proprio per questo, forse, le città bretoni di maggiore importanza storica, sono state divise in più dipartimenti, con l'intento di diluire quell'identità in istituzioni amministrative che hanno sempre avuto la funzione di difendere lo Stato centrale dai particolarismi locali. Non è, dunque, casuale che la città di Nantes, che ha avuto una grande importanza nell'antico regno bretone, è attualmente inserita nel dipartimento della Loire Atlantique e non nei dipartimenti che costituiscono la Regione bretone.

Sul tema, cfr. B. GIBLIN-DELVALLET, *Découpage*, in AA.VV., *Dictionnaire de géopolitique*, a cura di Y. LACOSTE, Flammarion, Paris, 1993.

[128] Spesso la presenza di una seconda camera di rappresentanza degli Stati è stata considerata uno degli elementi che caratterizzano le forme di stato federali, cfr. G. DE VERGOTTINI, *Stato federale*, in *Enc dir.*, vol. XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, p. 831 ss.

[129] G. VEDEL, *Manuel élementaire de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1949, p. 175 parla piuttosto di volontà nazionale. Quest'ultima non coincide con l'idea di volontà popolare, ma va intesa come il risultato della volontà delle generazioni passate e di quelle future, la

zia dalla stessa sovranità popolare – non può accettare l'idea che la rappresentanza possa essere legata agli interessi parziali e particolari [130]. L'universalità della rappresentanza politica non può in alcun modo conciliarsi con una rappresentanza che ricompone interessi territoriali ed economici che, per definizione, sono quanto di più particolare e di meno universale si possa immaginare. Per questo gli studiosi d'oltralpe ritengono la rappresentanza degli interessi «logicamente» esclusa dalla formazione della volontà generale e della sovranità nazionale [131]. La rappresentatività degli interessi in sede politica presuppone che gli interessi parziali siano in grado di ricomporsi in un interesse generale della nazione. Alla rappresentanza degli interessi Weber [132] si è opposto sottolineando «l'azione sovrana» degli interessi politici, mentre soprattutto Kelsen [133] ha evidenziato l'arbitrarietà nella scelta degli interessi da rappresentare e la difficoltà che s'incontra a ricomporre gli interessi particolari in un interesse generale. Inoltre, per ricostruire l'interes-

---

«nazione» appunto, che individua sì un popolo, ma inteso in maniera astratta come risultato della storia e della cultura. R. CARRÉ DE MALBERG aggiunge che la sovranità nazionale è «*le droit qu'a la communauté nationale de faire respecter les intérêts supérieurs…c'est par consequent, un droit qui n'appartient qu'à la Nation*», in *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, cit., I, p. 172.

[130] La rappresentanza degli interessi, molto discussa soprattutto dalla dottrina tedesca, fonda la sua giustificazione nella rappresentanza organica, dove tutti gli elementi rappresentati sono necessari per ritrovare un unità, tutti gli interessi si ricompongono nel momento finale nella rappresentanza della nazione. Se non si accetta l'ipotesi secondo la quale gli interessi sono naturalmente in grado di ricomporsi in unità, essa viene privata di ogni fondamento.

Per uno studio della rappresentanza degli interessi, con particolare riferimento alla dottrina tedesca, cfr. J. KAISER, *La rappresentanza degli interessi organizzati*, trad. it. Giuffrè, Milano, 1993.

[131] «*Les fractions ne restent telles qu'autant qu'elles possèdent toutes les qualités de l'entier. Le principe de la souverainété nationale exclut logiquement, dans le suffrage politique, ce qu'on appelle la représentation des intérêts. Elle consiste à grouper les citoyens qui ont, sourtout leur professions, les mêmes intérêts matériels ou moraux pour élire des représentants qui naturellement seront chargés avant tout de la défense de ces intérêts*» e continua: «*Mais si, comme on vient de le voir, la représentation des intérêts et des groupes dans les assemblées législatives s'accomode mal avec le principe de la souveraineté nationale, il est cependant utile … que les grands intérêts économiques et les groupes professionnels importants puissent exprimer … leurs voeux par des organes qui les représentent … Cela conduit à organiser des assemblées élues d'après le principe de representation des intérêts mais simplement consultatives*», A. ESMEIN, *Elements de droit constitutionnel français et comparé*, Sirey, Paris, VIII[ème] éd., 1928, pp. 332-336. Dunque si può ricavare dall'enunciato di Esmein che una Camera di rappresentanza degli interessi, ammessa la sua esistenza, possa qualificarsi unicamente come camera consultiva. Solo Hauriou la considerava uno dei cardini della riforma dello Stato, M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Montchrestien, Paris, 1929, pp. 555-559.

[132] M. WEBER, *Economia e società*, Ed. della Comunità, Milano, 1961, p. 216 ss.

[133] H. KELSEN, *Il primato del Parlamento*, cit., p. 187.

se generale si deve presupporre l'esistenza di un organo che abbia la funzione di comporre gli interessi confliggenti.

L'esperienza della Costituzione di Weimar non favorisce un giudizio positivo nei confronti della rappresentanza degli interessi che trova espressione nel Consiglio economico e sociale [134]. Essa è espressa in istituzioni che non accolgono nello stesso alveo anche la rappresentanza politica, in modo che l'una completi l'altra, ma le pongono in alternativa, a volte in conflitto. Quanto alla critica di Kelsen, del tutto comprensibile in un momento storico in cui la superiorità della rappresentanza politica su tutte le altre aveva lo scopo di consacrare l'eguaglianza formale e soprattutto di affermare il primato e l'autorevolezza del Parlamento, finalmente liberatosi del mandato imperativo, può essere riletta oggi in modo meno rigido. Quando Kelsen critica ogni altra forma di rappresentanza che non sia quella politica e pone come problema insormontabile quello della discrezionalità con la quale si scelgono alcuni interessi degni di essere rappresentati e se ne ignorano altri, dà per scontato che i due tipi di rappresentanza siano in contraddizione e in antitesi tra di loro e, di conseguenza, ritiene la rappresentanza del territorio e degli interessi come qualcosa che viaggia in parallelo con quella politica [135].

Se si pensa, invece, ad una rappresentanza del territorio non come una entità a sé stante, ma come «correttivo» della rappresentanza politica, in ragione delle esigenze geografiche, allora si scopre che la sede naturale di questa composizione potrebbe essere la seconda Camera.

Nelle Camere federali ciò è del tutto evidente, un numero di rappresentanti prestabilito per ogni entità territoriale rappresentata lega fortemente la Camera al territorio. Tuttavia, a ben vedere, anche nelle seconde Camere degli Stati unitari, come quello francese, la rappresentanza assume i caratteri della territorialità. Non a caso Duverger ha sempre definito il Senato francese «la *Chambre des agriculteurs*» e Vedel la «*Chambre de siègle et de chataîne*» perché vi si rappresentano i comuni più piccoli, le campagne, il mondo rurale. L'elemento di territorialità non è stato sufficientemente preso in considerazione dai costituzionalisti francesi, forse perché il dogma della

---

[134] Sulla funzione di contrappeso svolta dal Consiglio economico e dal Reichsrat nei confronti della Camera bassa, si veda C. MORTATI, *La costituzione di Weimar*, Sansoni, Firenze, pp. 30-32. Mortati si rende conto della scarsa importanza dell'organo di rappresentanza economico, che è addirittura meno incisivo del Reichsrat, disponendo del solo potere consultivo e di iniziativa legislativa in materia economica e sociale.

[135] Sul punto S. ROSSI, *La rappresentanza nello Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2002 e A. SCALONE, *Rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi*, Cedam, Padova, 1996.

sovranità unica e indivisibile rende difficile ammettere una sovranità che si ricompone [136]. Per evitare che tale assunto fosse scardinato e che vi fosse il sospetto di una rappresentanza «particolare», l'art. 24 Cost. della V Repubblica dispone che la rappresentanza delle collettività territoriali in seno alla seconda Camera avvenga nel rispetto dell'unità nazionale [137]. La riprova della sopravvivenza di forti elementi di territorialità è rintracciabile nella distorsione della rappresentanza delle stesse collettività al Senato, dove si assiste ad una sovrarappresentazione dei comuni minori e degli «spazi vuoti» e una sottorappresentazione delle città (rispetto al criterio demografico) [138].

Inoltre, il fatto che la Costituzione francese le definisca collettività territoriali e non genericamente collettività locali sta, appunto, a dimostrare che ciò che si rappresenta non è soltanto la struttura amministrativa decentrata dello Stato, ma anche quelle diversità geografiche che costituiscono l'identità della Nazione francese [139].

---

[136] Riconoscono elementi di rappresentanza territoriale D. MAUS, *Libres propos sur le Sénat*, *Pouvoirs*, n. 44, 1988, p. 119 ss.; M. GINOVES, *Le Sénat: grand Conseil des communes de France*, thèse de doctorat, Aix en Marseille, 1987; J.-P. DUPRAT, *Les anomalies du bicamérisme: l'influence des particularisme nationaux sur la représentation territoriale*, in *Association française des constitutionnalistes*, *Le bicamérisme*, Economica, Paris, 1997, non è dello stesso avviso F. ROBBE, *La représentation des collectivités territoriales par le Sénat*, LGDJ, Paris, 2001.

[137] A seguito della revisione costituzionale del 28 marzo 2003, le collettività territoriali sembrano aver conquistato una maggiore autonomia e una più marcata identità. Tuttavia, resta vigente quella parte dell'art. 72 (ora quarto comma) che prevede la figura del rappresentante dello Stato in ogni collettività territoriale, incaricato di amministrare gli interessi nazionali, per ricordare che quel principio dell'unità nazionale è a fondamento della Costituzione.

[138] S veda J. GRANGÉ, *Les déformation de la représentation des collectivités territoriales et de la population au Sénat*, in *Revue de Science Politique*, n. 1, 1990, p. 5. Il criterio demografico non è del tutto trascurato, poiché i senatori esercitano la sovranità in quanto rappresentanti del popolo. Cfr. su questa posizione A. ROUX, P. TERNEYRE, *Droit de suffrage*, in *Annuaire internationale de justice constitutionnel*, vol.V, PUAM-Economica, Aix en Marseille, 1989. Tuttavia, è assai frequente nelle seconde Camere una deviazione dall'usuale principio della proporzione tra consistenza numerica dei rappresentati e quantità dei rappresentanti cfr. M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia*, Editori Riuniti, Roma, 1991, p. 16. Sull'esigenza di rappresentare le collettività territoriali si veda F. DELPÉRÉE, *Principe d'égalité et droit de suffrage*, in *Annuaire internationale de justice constitutionnel*, cit., p. 225 ss. Non si può dimenticare, inoltre, che anche in Inghilterra, fino alla riforma del 1832 ai borghi disabitati di campagna spettava lo stesso peso (a volte anche maggiore) di quello previsto per i comuni e le città più popolate. Cfr. G. AMBROSINI, *La rappresentanza degli interessi e il voto obbligatorio*, Scientia, Roma, 1945, pp. 13 e 124.

[139] Cfr. CH. AUTEXIER, *L'ancrage constitutionnel des collectivités de la République*, in *Revue de droit public et de la science politique*, 1981 e J. BOUDINE, *La distinction entre collectivités locale et collectivités territoriales. Une variation sémantique ou juridique?*, in *Revue de droit public et de la science politique*, 1992, p. 171 ss.

Altro elemento che ci fa scorgere la presenza di elementi di territorialità nella Seconda Camera francese è l'elezione a suffragio universale di secondo grado. I Senatori, in tal modo, sono designati da un collegio di «*élus territoriaux*» [140].

Nelle elezioni senatoriali, il dipartimento funge da circoscrizione elettorale e la distribuzione dei seggi all'interno dei dipartimenti non rispetta un rigoroso criterio demografico, tutto ciò lascia supporre che si tratti di espedienti volti a privilegiare la rappresentanza dei dipartimenti meno popolati, generalmente non urbani e delle classi sociali che in esso sono meglio insediate [141].

Di fatto, ciò che interessa qui sottolineare è che, nonostante l'art. 3, terzo comma della Costituzione della V Repubblica imponga l'uguaglianza del suffragio, si ammettono distorsioni, soprattutto nel sistema elettorale del Senato, poiché le si considerano semplicemente delle correzioni al sistema demografico, a favore di una rappresentanza del territorio locale [142] e delle diversità geografiche e ciò spiega perché non tutte le collettività sono rappresentate con lo stesso peso [143].

Anche il Senato italiano è chiamato a rappresentare in qualche modo il territorio. Già in Costituente l'attenzione si concentrò sulla rappresentanza regionale. La sottocommissione propose una rappresentanza «temperata

---

[140] Cfr. J. MASTIAS, *Le Sénat de la V République*, in J. MASTIAS, J. GRANGÉ, *Les secondes chambres du Parlement en Europe occidentale*, Economica, Paris, 1987, pp. 242-248.

Sul significato del suffragio universale indiretto R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution …*, cit., tomo II, p. 424 e G. BACOT, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre la souveraineté du peuple et la souveraineté nationale*, Edition du Cnrs, Paris, 1985, p. 13 ss.

[141] Anche se oggi è meno evidente la distinzione tra campagna e città, la differenza tra i dipartimenti francesi rurali e quelli delle grandi città metropolitane è ancora tangibile. In queste ultime la partecipazione all'attività politica è forse più legata ai partiti, al mondo culturale; nei piccoli dipartimenti la vita politica è rappresentata dalle classi dei cosiddetti notabili, dagli avvocati, dai medici o dai sindaci.

[142] Il Conseil constitutionnel, nella decisione 1-2 luglio 1986, n. 86-208 DC, sostenne che «all'Assemblea nazionale designata al suffragio universale e diretto, deve essere eletta con criteri essenzialmente demografici». Nel sottolineare il legame tra rappresentanza su base demografica e suffragio diretto sembrerebbe escludere che tale criterio debba necessariamente essere tenuto in considerazione nel caso del suffragio indiretto.

[143] I rappresentanti dei dipartimenti, partecipano con un peso del 3% all'elezione dei senatori, pur essendo il dipartimento la circoscrizione elettorale senatoriale; quelli delle Regioni sono rappresentati «indirettamente» (poiché i consiglieri regionali partecipano all'elezione senatoriale solo in qualità di grandi elettori del dipartimento in cui sono inseriti, non in quanto rappresentanti della propria Regione) e i rappresentanti dei comuni, a tutt'oggi, costituiscono il 95,5% dei grandi elettori senatoriali. Cfr. J. GRANGÉ, *Les déformation de la représentation des collectivités territoriales et de la population au Sénat*, cit., p. 6.

non uguale per tutte le Regioni, ma nemmeno direttamente proporzionale alla popolazione»[144]. Del resto, un numero eguale di rappresentanti per ogni regione avrebbe evocato in modo troppo diretto la rappresentanza di tipo territoriale-federale sul modello americano; quella proporzionale al numero di abitanti, invece, avrebbe reso la seconda camera identica alla prima, cosa che inizialmente si voleva evitare[145].

La seconda sottocommissione, presieduta da Ambrosini, pensò subito ad una connessione tra Regioni e seconda Camera[146]. Il primo testo, quello presentato dalla Commissione dei 75 alla Presidenza dell'Assemblea costituente il 31 gennaio 1947, all'art. 55 prevedeva un forte legame tra territorio regionale e Senato[147].

La rivendicazione della autonomie affondava le radici forse nel rifiuto del modello accentrato adottato dal regime fascista, più che nella difesa dei concreti progetti che rivendicavano un'autonomia territoriale[148]. Quel che appare oggi è che una seconda Camera di effettiva rappresentanza territoriale non è stata accolta[149]. La riforma del titolo V della Costituzione, pur riconoscendo alle Regioni una centralità, non prevede l'unico meccanismo di raccordo che avrebbe reso effettiva una rappresentanza di tipo territoriale: la Camera delle Regioni. Non possono certo svolgere la stessa funzione l'istituto della Conferenza Stato-Regioni o quella che è stata denominata «la

---

[144] Cfr. Ministero per la Costituente, Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, *Relazione all'Assemblea Costituente*, I: *Problemi costituzionali - Organizzazione dello Stato*, Roma, 1946, p. 197.

[145] Cfr. E. ROTELLI, *L'avvento della Regione*, Giuffrè, Milano, p. 217 ss.

[146] Atti Ass. costituente, II Sottocommissione, vol. VII, pp. 891 e 893.

[147] Il testo recitava: «La Camera dei senatori è eletta a base regionale. A ciascuna regione è attribuito. Oltre ad un numero fisso di cinque senatori, un senatore per duecentomila abitanti o per frazione superiore a centomila. La Valle d'Aosta ha un solo senatore. Nessuna regione può avere un numero di senatori maggiore di quello dei deputati che manda all'altra Camera.

I senatori sono eletti per un terzo dai membri del Consiglio regionale e per due terzi a suffragio universale e diretto dagli elettori che hanno superato il venticinquesimo anno di vita».

[148] M. LUCIANI, *Unità e principio autonomistico alle origini della Costituzione*, in AA.VV., *Le idee costituzionali della Resistenza*: atti del Convegno di studi, Roma, 19, 20 e 21 ottobre 1995, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 1997, p. 73 ss.

[149] Si ricorda la non adozione dell'emendamento di Emilio Lussu che riconosceva «la seconda Camera è la Camera delle Regioni, in Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, II Sottocommissione, Tipografia della Camera dei Deputati, Roma, pp. 290 e 295. Per una ricostruzione del dibattito sulle posizioni in Costituente, si veda P. AIMO, *Bicameralismo e Regioni*, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 79-175.

bicameralina» [150], grazie alla quale le Regioni e gli altri enti territoriali costituzionalmente garantiti possono partecipare in seno alla Commissione per le questioni regionali [151].

In Italia si rintraccia con maggiore facilità qualche forma di rappresentanza territoriale nella tradizione municipale. È proprio in tema di rappresentatività dei comuni minori che la Corte costituzionale si è più volte espressa per cercare «di garantire, almeno tendenzialmente, una adeguata rappresentanza dei comuni meno popolosi» [152]. La Corte ha ritenuto fondata l'esigenza «che ogni zona della provincia, nelle quali si possa individuare una determinata cerchia di interessi, abbia il suo rappresentante, anche se la sua popolazione non giunga al livello risultante in base a criteri rigorosamente matematici» [153].

Nel caso specifico si richiedeva un «peso» adeguato, in termini di rappresentatività, in seno al consiglio provinciale di Trieste, degli interessi dei Comuni minori, pur a scapito di una rappresentanza di tipo demografico.

Le deroghe al principio di uguaglianza del voto si possono ammettere, però, a detta della Corte costituzionale, solo nel caso in cui gli interessi rappresentati su quel territorio siano componibili con gli interessi pubblici [154].

Sempre per una particolare attenzione alla volontà delle popolazioni dei comuni, nell'applicazione dell'art. 133 Cost., la Corte ha riconosciuto ben presto la necessità dello strumento referendario per la consultazione delle popolazione interessate [155] e, successivamente, ha affermato che tale strumento è insostituibile [156]. La consultazione diretta dei cittadini interessati

---

[150] Istituita dall'art. 11 della legge cost. n. 3 del 2001. Per i primi commenti sulla «bicameralina», si vedano G. BERTI, *Governo tra Unione europea e autonomie territoriali*, in *Le Regioni*, n. 1, 2002, pp. 16-18 e C. DI ANDREA, *L'attuazione del nuovo Titolo V in Parlamento. La verifica della «competenza legislativa» nel procedimento di approvazione delle leggi statali*, in *Le Regioni*, n. 1, 2002, pp. 264-268.

[151] Sul tema R. BIFULCO, *In attesa della seconda Camera federale*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 218.

[152] Sent. n. 375 del 1995.

[153] *Ibidem*.

[154] Nella sent. n. 42 del 1961 la Corte non ha ritenuto tali gli interessi di alcune categorie di cittadini, pertanto li ha esclusi dall'elettorato passivo per esigenze di interesse generale, «inerenti alle consultazioni elettorali e particolarmente a quelle locali».

[155] Sent. n. 62 del 1975.

[156] Sentt. nn. 204 del 1981, 197 del 1983 e 279 del 1994. Si consenta di rinviare a I. CIOLLI, *Le variazioni delle circoscrizioni territoriali e la consultazione delle popolazioni interessate nella nuova interpretazione della Corte*, in *Giur. cost.*, n. 6, 2000, p. 4371 ss.

alle modifiche territoriali sottintende la convinzione che la popolazione finisca per identificarsi con il territorio nel quale vive e in cui risiede [157].

La Corte, inoltre, non ritiene ingiustificata la necessità di collegare gli interessi della comunità regionale con le «peculiari tradizioni storiche e culturali delle Regioni» quando questi ultimi «siano rappresentati a livello politico regionale da cittadini che abbiano con la comunità stessa il collegamento personale costituito dall'iscrizione nelle liste elettorali dei comuni dell'Isola (della Sicilia)» [158].

8. Osservazioni conclusive

Il territorio si è dimostrato uno degli elementi cardine della storia del costituzionalismo. Trattandosi di un concetto di così vasta portata, si è volutamente circoscritto lo studio al diritto costituzionale (con qualche concessione al diritto costituzionale comparato), tralasciando l'aspetto internazionalistico, non meno importante.

Per la stessa ragione si è focalizzata l'attenzione solo sul diritto continentale, poiché, nel caso in cui lo studio si fosse esteso ai Paesi di Common law, in particolare all'Inghilterra, la cui peculiarità e unicità consiste nel fatto che «compì una trasformazione … trasferendo cioè veramente la sua esistenza dalla terra all'elemento del mare», diverse e più complesse avrebbero dovuto essere le conclusioni [159].

Il territorio è, dunque, così consustanziale al diritto che diventa comprensibile come, pur costretto ad inseguire l'evoluzione storica della quale le istituzioni sono state protagoniste, esso non abbia mai perso la sua centralità, nemmeno in epoche più recenti.

Tanto è considerata acquisita questa interdipendenza tra diritto e territorio che persino l'Organizzazione delle Nazioni Unite ha riconosciuto che «i

---

[157] Confermando così che la nozione di territorio che si delinea in Costituzione è quella che non prende in considerazione solo l'elemento geografico, ma la stretta connessione tra lo spazio fisico e la popolazione, che in esso risiede, cfr. P. Biscaretti di Ruffia, *Territorio dello Stato*, in *Enc dir.*, vol. XLIV, Giuffrè, Milano, 1992, p. 333 e si veda anche G. Demuro, *Popolazioni e variazioni territoriali dalla giurisprudenza costituzionale in tema di enti locali al problema del territorio regionale*, in R. Bin e C. Pinelli, *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 137.

[158] Sent. n. 20 del 1985.

[159] C. Schmitt, *Terra e mare*, trad. it. Adelphi, Milano, 2002, pp. 55-56.

popoli autoctoni si differenziano dalle minoranze proprio per la loro presenza su un territorio da tempo memorabile» e per il fatto che «sono legati da una continuità storica con le società precedenti alle invasioni e con le società precoloniali» [160]. Ha, pertanto, conferito ai popoli storicamente stanziati su un territorio uno *status* particolare, addirittura più significativo di quello che pure è riconosciuto alle minoranze.

Del resto, non vi è Carta costituzione che non contenga un riferimento testuale al territorio dello Stato, proprio perché continua a rappresentare un elemento d'identità del diritto.

Nonostante ciò, è difficile accettare che nelle moderne democrazie possano essere rappresentati elementi di territorialità. Forse una rappresentanza del pluralismo territoriale evoca ricordi di disuguaglianze e privilegi, perciò essa si pone ancora in modo conflittuale rispetto alla rappresentanza demografica. Persino le più recenti proposte di riforma del Senato italiano [161] sembrano negare l'edificazione di un vero Senato federale con la funzione di recepire gli interessi regionali, riproponendo, invece, il vecchio modello di una Camera politica eletta a suffragio universale e diretto, su base regionale con sistema proporzionale.

È anche vero che, nella stessa rappresentanza politica, che si esprime nelle Assemblee parlamentari, si rintracciano comunque alcuni elementi di territorialità, soprattutto negli Stati accentrati, dove la rappresentanza degli interessi territoriali non svolge un ruolo istituzionale evidente, come invece accade in quelle federali.

Infatti, nella nostra seconda Camera, nella quale il numero dei rappresentanti non è strettamente legato alla popolazione regionale e in quella francese, dove una sovra-rappresentazione delle collettività meno popolate ha lo scopo di conferire un peso maggiore alle identità territoriali di cui esse sono portatrici, questi interessi sono egualmente presenti. Questi ultimi si possono individuare anche nella difesa dei comuni meno popolati, in seno alla rappresentanza regionale e provinciale, ai quali la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto un «peso» maggiore di quello che spetterebbe loro applicando rigorosamente il criterio demografico. Così come si ritrovano nel riferimento, all'unità e all'indivisibilità della Repubblica, previsto in alcune Costituzioni, che ha lo scopo di tutelare l'integrità territoriale e con essa l'identità politica della Nazione. Allo stesso modo, elementi di territorialità

---

[160] Rapporto di José R. MARTINEZ-COBE, *Nazioni Unite*, doc. E/CN-4/1986/87.

[161] Senato della Repubblica, XIV Legislatura, Disegno di legge costituzionale n. 2544, presentato il 17 ottobre 2003.

si possono cercare anche nel ritaglio delle circoscrizioni elettorali, spesso influenzato da interessi geografici e territoriali [162].

Queste prove dell'esistenza di un rapporto biunivoco tra diritto e territorio sono la risposta più convincente alle tesi che prefigurano ordinamenti giuridici non più dipendenti da spazi geografici delimitati. Anzi, la riscoperta delle «democrazie territoriali» può in qualche modo riequilibrare gli svantaggi che comporta una globalizzazione selvaggia.

[162] La dottrina è tendenzialmente concorde sul fatto che la delimitazione dei collegi elettorali è strettamente legata al territorio. Sul punto cfr. F. LANCHESTER, *Sistemi elettorali e forma di governo*, Il Mulino, Bologna, p. 85 che li definisce «aree territoriali» e ricorda come l'influenza del territorio sul collegio risalga al medioevo, quando il privilegio della rappresentanza era attribuito ad unità fisiche quali le contee ed i borghi.

Il *nomos* della deterritorializzazione

di *Laura Ronchetti*

«*Quando si sopprime una frontiera, la si rimette altrove.*
Quando si dice che non c'è più frontiera,
significa che la nuova frontiera si è mascherata.
(…) La frontiera è da qualche parte».

P. VIRILIO, *Cybermonde. La politique du pire*,
Paris, 1996

SOMMARIO: 1. Il territorio a-nomico. – 2. I grandi spazi e le nuove politiche di difesa. – 3. Riterritorializzazione e sovranità territoriale. – 4. Sovranità territoriale e migrazioni. – 5. *Segue*: la legislazione italiana sull'immigrazione. – 6. Circolazione, incolato e redistribuzione.

1. Il territorio a-nomico

«Solo temporaneamente e nient'affatto per sempre l'umanità si divide in Stati, formati del resto in maniera più o meno arbitraria. (…) La coscienza sociale, nel suo evolversi da ciò che è individuale a cerchie sempre più vaste, non ha ancora infranto i confini della nazione o dello Stato nazionale o altrimenti limitato, non si è ancora estesa fino a farsi coscienza dell'umanità. Tuttavia non v'è dubbio che forze potenti già agiscono in questa direzione» [1].

[1] H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtlehre*, Tübingen, 1920, trad. it. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, Milano, 1989, p. 468 dove aggiunge: «la sua unità giuridica, la *civitas maxima* come organizzazione del mondo: questo è il nocciolo politico dell'ipotesi giuridica del primato del diritto internazionale che è però al tempo stesso l'idea fondamentale del pacifismo che nell'ambito della politica internazionale costituisce l'immagine rovesciata dell'imperialismo». D'altra parte, sebbene con altre argomentazioni, S. ROMANO aveva già scritto *Lo Stato moderno e la sua crisi* nel 1910 in *Riv. dir. pubbl.*, poi ripubblicato nella raccolta omonima a

Con queste parole Kelsen termina la riflessione sul «dogma della sovranità» che, rendendo «prigioniera» la teoria del diritto internazionale, doveva essere «radicalmente rimosso» per una «ulteriore evoluzione della comunità giuridica internazionale … anche nel senso politico-materiale»[2]. L'ispiratore delle Nazioni Unite associa il superamento della forma stato-nazione, di cui riconosce la storicità, alla rimozione (fisica, ma anche teorica e culturale) ad opera del diritto internazionale[3] dei confini che segnano e delimitano, normativamente parlando, l'ambito di validità spaziale di un ordinamento giuridico fino a estendersi al mondo intero[4].

Le «potenti forze» che si spingevano già allora al di là degli angusti confini statali assumevano la forma degli obblighi internazionali, che poi sono stati affiancati da quelli sovranazionali e transnazionali, con attitudine a prevalere sulle norme contenenti le decisioni politiche assunte dai rappresentanti della sovranità popolare per regolare la convivenza sul territorio statale[5]. Da allora, «l'internazionalizzazione» delle fonti «rivela il sicuro tramonto della pretesa di «esclusività-impenetrabilità»[6] dell'ordinamento statale non solo

---

cura di A.E. CAMMARATA, Milano, 1969, p. 23. C. SCHMITT, nella *Premessa* (1963) a *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, p. 90 scriverà poi che «l'epoca della statualità sta ormai giungendo alla fine: su ciò non è più il caso di spendere parole».

[2] H. KELSEN, *idem*, p. 469. Le ultime parole del libro sono «questo è però il compito infinito che dev'esser posto ad ogni sforzo politico: questo Stato universale come organizzazione universale».

[3] H. KELSEN, *idem*, pp. 103-111. La validità dell'ordinamento statale «sovrano» è «esclusiva» sul proprio territorio, ma se il diritto internazionale sta «sopra gli ordinamenti dei singoli Stati» il singolo Stato non è più «impenetrabile».

[4] H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1960 Vienna, (trad it. a cura di M.G. Losano), *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966 e 1990, p. 319 ss., in particolare p. 320.

[5] Cfr. F. SORRENTINO, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, II ristampa, Torino, 1996; ID., *Le fonti del diritto*, V ed., Genova, 2002, pp. 114-124 e 173-180; ID., *Le prospettive dell'Unione di fronte al processo di integrazione europea*, in *Le prospettive dell'Unione europea e la Costituzione*, Padova, 1995, pp. 41-83; in seguito alla riforma del Titolo V della Costituzione cfr. C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it*., 2001, V, c. 200; E. CANNIZZARO, *La riforma «federalista» della costituzione e gli obblighi internazionali*, in *Riv. dir. int*., 2001, p. 124; M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della legge cost. n. 3 del 2001*, in *Il nuovo Titolo V della parte II della Costituzione*, seminario 14 gennaio 2002, Bologna; S. MANGIAMELI, in *Le fonti regionali dopo la legge cost. n. 3 del 2001*, Roma CNR 19 marzo 2002 e F. SORRENTINO, *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in *Regioni, diritto internazionale e diritto comunitario*, Tavola rotonda di dritto comunitario, Genova 23 marzo 2002.

[6] C. PINELLI, *Le fonti del diritto nell'epoca dell'internazionalizzazione*, in *Dir. pubbl*., 1995, p. 361; cfr. ID., *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*,

per la quantità ma anche per la puntualità della regolazione posta dalle fonti non nazionali.

Accanto allo sviluppo del diritto internazionale e sovranazionale quale «fattore normativo di crisi del diritto nazionale», vi sono altri fattori che concorrono a mettere in crisi la forma Stato e il rapporto tra i suoi elementi essenziali, dissolvendo in particolare il legame tra economia e territorio [7]. Sotto questo profilo, e in stretta connessione alla prevalenza degli ordinamenti inter-supra-transnazionali, viene in soccorso l'attualità della riflessione di Schmitt secondo il quale «oltre, dietro e accanto ai confini politico-statali tipici di un diritto internazionale apparentemente solo interstatale, politico, si estendeva, onnipervasivo, lo spazio di un'economia *mondiale*. Nell'idea di una libera economia mondiale era insito (…) il superamento dei confini politico-statali» [8]. La trasformazione del *nomos* della terra dello *jus publicum Europaeum* – che si basava su «l'idea del processo fondamentale di unificazione di ordinamento e localizzazione» [9], il cui «unico asse era rappresentato dallo Stato territoriale sovrano» [10] – nel nuovo *nomos* di cui Schmitt intuiva il sorgere [11], viene dal giurista di Plettenberg ricondotta alla progressiva sottomissione del politico all'economico, che faceva sì che «il libero commercio (libero nel senso di statualmente libero) e il libero mercato» venissero assunti «come standard costituzionali del diritto internazionale, in modo da scavalcare, (…) i confini politici territoriali» [12].

Nell'epoca dell'imporsi della *lex mercatoria* [13] e di una globalizzazione ani-

---

2002, in particolare la Parte seconda: *Gli aggiramenti delle frontiere*, pp. 85-97 e le riflessioni sul «*declino definitivo dell'impermeabilità delle frontiere e la tenuta del principio di territorialità come divisione del mondo in stati*», pp. 128-132.

[7] M. LUCIANI, *La crisi del diritto nazionale*, in *Storia d'Italia. Annali 14: Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. VIOLANTE, Torino, 1998, p. 1008 che distingue tra fattori di crisi normativi e non normativi. In questa sede si intende sottolineare maggiormente il ruolo svolto dalla regolazione internazionale e sovranazionale nel rendere le economie nazionali *estroverse* (infra).

[8] C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlino, 1974, trad. it., *Il nomos della terra*, Milano, 1991, p. 299. «Era la linea della libera economia, garantita come standard costituzionale dal costituzionalismo liberale e che attraversava i confini degli Stati. La si può concepire come una versione moderna di *amity line*», p. 300.

[9] C. SCHMITT, *op. cit.*, p. 54.

[10] C. SCHMITT, cit., p. 142.

[11] C. SCHMITT, cit., «nelle forme sempre nuove dell'apparire degli eventi della storia del mondo sorgerà un nuovo *nomos*», p. 71. Cfr. S. ORTINO, *Il nuovo nomos della Terra*, Bologna, 1999.

[12] C. SCHMITT, *Der Nomos*, p. 329.

[13] Qualitativamente diversa dal diritto economico comune del XIX secolo a cui si riferisce Schmitt. Cfr. F. GALGANO, Lex mercatoria. *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1993.

mata da un «processo di trasferimento di poteri dagli Stati ai mercati» [14], l'intuizione di Schmitt si traduce in consapevolezza diffusa, inducendo a riflettere sulle trasformazioni di senso che il territorio, insieme al confine che lo delimita, sta subendo. Il ridimensionamento o comunque il riposizionamento del ruolo dello Stato nazionale in un mondo attraversato trasversalmente da scelte compiute dalle istituzioni internazionali della globalizzazione, con le conseguenze e le ricadute che verranno richiamate con riferimento ai contesti istituzionali, produce «instabilità» nel rapporto tra il territorio, la popolazione che vi risiede e le norme che regolano le loro interazioni che la forma dello Stato nazione ha sempre assunto come propria pietra angolare.

La riflessione sul ruolo del territorio in un contesto profondamente mutato potrebbe indurre a ricorrere a toni nostalgici per la certezza semantica delle categorie classiche, ma costringe a interrogarsi nel tentativo di intravedere nuove possibilità di assetto tra libertà e uguaglianza in una prospettiva cosmopolita. Non stupisce, dunque, che ci sia chi attualmente osserva che «la scena mondiale accoglie (…) tutto un insieme di strategie politiche, economiche o sociali che contraddicono il principio di territorialità» verso «forme inedite di costruzione dello spazio» [15], chi parla di «indifferenza dello spazio fisico» [16], chi di una forma di liberazione dai vincoli spaziali e temporali che ridefinisce la modernità [17], chi di fine dei territori [18], chi del passaggio dal *territorio* allo *spazio* [19], chi di *non-luogo* [20].

Sulla scia dell'intuizione schmittiana, in particolare, può rilevarsi come «gli scambi economici, per intimo sviluppo e per inesauribile ricerca del profitto, non conoscono i vincoli della territorialità» [21] finendo per rompere «il

---

[14] M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, p. 7. Sulla globalizzazione cfr. *L'Europa delle reti*, a cura di A. Predieri e M. Morisi, Torino, 2001; S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Bari, 2002; U. Allegretti, *Diritti e Stato nella modernizzazione*, Torino, 2002.

[15] B. Badie, *La fin des territoires. Essai sur le désordre international et sur l'utilité sociale du respect*, Parigi, 1995, trad. it. M. Cadorna, *La fine dei territori, saggio sul disordine internazionale e sull'utilità sociale del rispetto*, Trieste, 1996, p. 123.

[16] A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002, p. 12.

[17] A. Giddens, *Le conseguenze della modernità*, Bologna, 1994, p. 71.

[18] B. Badie, *op. cit.*, p. 165.

[19] N. Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2002, p. 121.

[20] Facendo tesoro delle elaborazioni di M. Ilardi, *Negli spazi vuoti della metropoli: distruzione, disordine, tradimento dell'ultimo uomo*, Torino, 1999, M. Hardt e A.Negri, *Empire*, 2000, Harvard, *Impero*, Milano, 2001 p. 181.

[21] N. Irti, *Norma e luoghi*, p. 9. Cfr. C. Schmitt, *op. cit.*, p. 100, «anche i concetti … libero commercio e libera economia, con l'idea di uno spazio di azione libero in quanto aperto alla

circolo territorio-politica-diritto»[22] e mettere fortemente in crisi la triade concettuale fondativa dello Stato – popolo, sovranità e territorio[23] – nonché la «capacità regolativa della costituzione»[24]. Il processo di globalizzazione[25], infatti, imponendo una crescente interdipendenza economica internazionale e collegandosi allo sviluppo delle comunicazioni, produce la *de-territorializzazione* delle relazioni economiche, sociali e giuridiche. Viene a determinarsi così uno iato tra il luogo della decisione e quello della rappresentanza popolare, tra quello della produzione e quello dell'allocazione e ridistribuzione. Basta ricordare come lo sviluppo delle telecomunicazioni, e l'accelerazione che tale fenomeno ha conosciuto in particolare negli ultimi dieci anni, ha permesso alle imprese che si muovono in un'ottica di mercato «globale» di tra-

---

libera concorrenza e alla libera preda, stanno a loro volta in una relazione storica e strutturale con tali concetti spaziali».

[22] N. IRTI, *op. cit.*, p. 11. L'intuizione del giurista tedesco è argomento di approfondimento e ripensamento della categoria di territorio dal punto di vista giuridico, ma spinge Irti a riconoscere nella teoria kelseniana «il *metodo giuridico più coerente con la latitudine della tecnica e dell'economia*», p. 59. Irti «discopre le segrete e inesauribili virtù dell'artificialità normativa» (…) che «è stretta parente dell'artificialità tecnica e economica», p. 89. Per Irti, la teoria normativista, «solo l'artificialità normativa, nascendo dal seno degli Stati e allargandosi per il tramite di accordi interstatuali, può conciliare, sul semplice piano giuridico, territorialità e spazialità, provenire dai luoghi ed estendersi ovunque», p. 95. G. LOMBARDI, *Spazio e frontiera tra uguaglianza e privilegio: problemi costituzionali tra storia e diritto*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Padova, 1985, p. 484, già scriveva che «il normativismo…assorbe nella norma giuridica l'elemento spazio, rende giuridicamente irrilevante in modo autonomo la nozione di territorio e quindi determina la superfluità – in termini giuridici – della frontiera». Di diverso avviso sembrerebbe essere P. GROSSI, *Globalizzazione*, *diritto e scienza giuridica*, in *Foro it*., 2002, c. 159, che a fronte della flessibilità che ora caratterizza la norma giuridica afferma: «è, in fondo, la stessa concezione normativistica (…) ad esser messa in discussione».

[23] Riconosce che la relazione con il territorio sia un momento essenziale del concetto di Stato anche chi come e T. PERASSI, *Paese*, *territorio e signoria nella dottrina dello Stato* (1902), in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1958, e D. DONATI, *Stato e territorio*, Spoleto, 1923, p. III e pp. 28 ss. ha negato che il territorio sia un elemento costitutivo dello Stato *contra* le posizioni prevalenti rappresentate, per tutti, da S. ROMANO, *Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato*, (1902), in *Scritti minori*, I, 1950, p. 119.

[24] M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, II, 1998, p. 776, che alla radice di tale crisi vede da un lato la dissoluzione fra economia e territorio e dall'altro la prevalenza sulla costituzione di regole dettate dalle istituzioni internazionali. L'A. chiarisce che non ogni crisi della sovranità dello stato comporta, di per sé, una corrispondente crisi della costituzione, p. 778.

[25] Per una definizione del fenomeno della globalizzazione eminentemente economica si rinvia a J.E. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, 2002, p. 9: «si tratta di una maggiore integrazione trai paesi e i popoli del mondo, determinata dall'enorme riduzione dei costi dei trasporti e delle comunicazioni e dall'abbattimento delle barriere artificiali alla circolazione internazionale di beni, servizi, capitali e conoscenza e (in minore misura) delle persone».

sformarsi da multinazionali in transnazionali, perché il *cyberspazio* ha «eliminato il diaframma rappresentato dalla distanza e offerto la base tecnica per una regia che si estende in tempo reale all'intero pianeta»[26]. La rete informatica globale crea, difatti, uno spazio cibernetico in cui tempo e distanza vengono azzerati[27].

Lo sviluppo delle telecomunicazioni, inoltre, ha consentito l'unificazione del mercato finanziario. Le imprese sono, infatti, in grado di muovere in modo istantaneo ingenti fondi a livello globale e ciò ha indirizzato le autorità monetarie verso un'accentuata deregolamentazione dei movimenti finanziari[28]. Si è così portato a termine il processo iniziato con «lo smantellamento del sistema dei cambi fissi, voluto e sancito con gli accordi di Bretton Woods». «È d'allora (…) che gli stati perdono la potestà regolativa, orientativa, impositiva, sui capitali. L'effetto enorme della loro liberalizzazione fu la loro liberazione dalla sovranità degli stati, la fine di ogni ipotesi di subordinazione alla politica»[29]. Lo sviluppo delle tecnologie, l'aumento della mobilità e della liquidità del capitale che l'accompagna e il risultante declino delle capacità regolative degli Stati nei settori chiave delle loro economie costituiscono il nuovo paradigma della globalizzazione. Le industrie dell'informazione, della finanza e dei servizi tendono ad avere un'economia geografica tran-

---

[26] G. GUARINO, *Il governo del mondo globale*, Firenze, 2000, pp. 16-18 e in particolare p. 17. Le imprese definite multinazionali erano quelle che si appropriavano di quote rilevanti delle disponibilità e della produzione delle materie prime. Solo quando queste hanno cominciato a produrre direttamente all'estero per le condizioni fiscali favorevoli, per la disponibilità di manodopera a buon mercato, per la capacità di assorbimento del mercato locale, per le opportunità di rifornire anche mercati contigui mondializzando il proprio gruppo sono state definite imprese transnazionali.

[27] Dà estremo rilievo allo spazio cibernetico per la comprensione della globalizzazione, considerata, appunto, «prodotto della rivoluzione cibernetica», A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, cit., p. 5. Per un'analisi sullo spazio elettronico cfr. S. SASSEN, *Globalizzati e scontenti. Il destino delle minoranze nel nuovo ordine mondiale*, trad. Milano, 2002. La tesi di Sassen è che «lo spazio elettronico è una realtà contestualizzata» (p. 184), quindi non neutrale rispetto ai processi di potere e non spontanea. Le determinanti di questa contestualizzazione sono: il fatto che nessuna impresa sia completamente virtualizzata; la disuguaglianza nella distribuzione di infrastrutture dello spazio elettronico, che comporta il problema dell'accesso; la cibersegmentazione prodotta dalla commercializzazione di Internet come manifestazione della disuguaglianza (pp. 184-185).

[28] G. GUARINO, *Il governo*, cit., pp. 46-49. Cfr. M. CASTELLS, *Internet Galaxy*, Oxford, 2001 (trad. it. S. VIVIANI) *Galassia internet*, Milano, 2002, in particolare pp. 82-93, descrive lo sviluppo graduale di un mercato finanziario globale e interdipendente, dovuto alla capacità dei sistemi commerciali di operare tramite network.

[29] G. FERRARA, *La sovranità statale tra esercizio congiunto e delega permanente*, in *Ripensare lo Stato*, Atti del Convegno di Studi, Napoli, 22-23 marzo 2002, p. 683.

snazionale e in parte connessa in spazi elettronici che superano le giurisdizioni e le frontiere convenzionali.

La conseguenza ultima di questi fenomeni consiste nel costringere gli Stati in una competizione globale tra contesti istituzionali. La scelta del territorio in cui insediare le attività di produzione o di commercio viene effettuata dalle imprese che possono optare per una collocazione transnazionale in base a un calcolo economico, condizionato significativamente dall'ordine giuridico del mercato [30] vigente in un determinato Paese: «Lo stesso costo della mano d'opera o le tutele previste per il lavoro sono definiti in buona misura dalle istituzioni, oltre che da variabili economiche; parimenti, le norme che regolano l'ambiente e le stesse possibilità che il mercato possa espandersi dipendono non solo dal grado di sviluppo esistente e dalla disponibilità di risorse, ma altresì da come le istituzioni sapranno difendere gli istituti della proprietà e del contratto che sono alla base degli scambi di mercato» [31]. Le imprese, che possono considerarsi «la componente primigenia ed originaria della globalità» [32], grazie al *cyberspazio* e alla liberalizzazione dei mercati finanziari, hanno potuto espandere la loro capacità di dislocamento, rappresentando e guadagnando al tempo stesso un notevole potere di condizionamento sugli Stati [33]. Questi ultimi, costretti dai mercati in un agone internazionale per attirare le imprese e la finanza, scontano una «incessante erosione» [34] della propria autonomia. Insomma, «lo Stato è formalmente libero di adottare gli indirizzi politici che ritiene più opportuni, ma sostanzialmente è costretto a sottostare al giudizio del mercato e quindi a seguire indirizzi politici compatibili con le esigenze della competizione internazionale» [35]. In questo scenario si è sviluppata e va quindi inquadrata la «riforma» dello Stato sociale improntata a un affievolimento della garanzia dei diritti sociali e della Costituzione che li prescrive [36].

---

[30] N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998 e le riflessioni con osservazioni critiche di G. AZZARITI, *L'ordine giuridico del mercato*, 1999, ora in *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello Stato costituzionale*, Torino, 2000, pp. 145-158.

[31] M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., pp. 42-48, in particolare p. 48.

[32] G. GUARINO, cit., p. 53.

[33] M.R. FERRARESE, *op. cit*., p. 107.

[34] G. FERRARA, *Costituzione e revisione nell'età della mondializzazione*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, II, Padova, 1998, p. 294.

[35] R. BIN e G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2000, p.24.

[36] Cfr. AA.VV., *La Costituzione europea fra cultura e mercato*, a cura di P. RIDOLA, Roma, 1997; P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella* «*Costituzione europea*», in *AIC*, Annuario 1999, *La costituzione euro*pea, Atti del XIV Convegno annuale Perugia, ottobre 1999, p. 323 e M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, *ivi*, p. 507.

Tutti questi fenomeni sostanziano il processo di *de-territorializzazione* [37], determinando la messa in crisi della «pertinenza» dei territori agli stati nazionali perché le regole poste dagli Stati per i propri territori rischiano di non essere più dotate di effettività. Può, dunque, ritenersi che sia oramai in crisi conclamata la capacità dello Stato, ma anche della democrazia pluralista e delle sue costituzioni, di assumere in modo autonomo decisioni politiche in merito alle forme della convivenza tra le persone che abitano il territorio statale. In decostruzione appare l'intero triangolo sovranità-territorio-popolo su cui si basa la teoria dello Stato, in crisi è l'idea stessa che un gruppo sociale possa individuare in modo autonomo gli interessi generali da perseguire su un territorio come centro di riferimento e di localizzazione degli interessi stessi.

Per riflettere e tentare di trovare delle risposte alle forti sollecitazioni cui è sottoposta la relazione tra gli elementi essenziali dello Stato, si rivela utile confrontarsi con quel che Schmitt ha chiamato il *nomos,* inteso come quel «processo fondamentale della suddivisione dello spazio, che è essenziale ad ogni epoca storica; (…) la combinazione strutturante di ordinamento e localizzazione, nel quadro della convivenza tra i popoli sul pianeta nel frattempo scientificamente misurato. (…) Alla base di ogni nuovo periodo e di ogni nuova epoca della coesistenza dei popoli, tra gli imperi e i paesi, i detentori del potere e le forme del potere di ogni specie, vi sono nuove suddivisioni dello spazio, nuove delimitazioni e nuovi ordinamenti spaziali della terra» [38].

Nella consapevolezza di confrontarsi con il pensiero di un giurista controverso, quale è Schmitt [39], deve comunque ritenersi che l'idea secondo la quale ogni epoca è stata e sarà segnata da una diversa «combinazione» tra *Ordnung* e *Ortung*, intesi anche come presa di possesso e suddivisione dello spazio [40], ben potrebbe supportare la riflessione sulle trasformazioni che la cate-

---

[37] P. GROSSI, *Globalizzazione*, *diritto*, *scienza giuridica*, cit., p. 155 afferma che «globalizzazione significa deterritorializzazione».

[38] C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, cit., p. 71.

[39]Contraddittorio per C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, 1996, XI. Di «diabolica grandezza» di Schmitt parla G. AZZARITI, nella *recensione* a H. HOFMANN, *Legittimità contro legalità. La filosofia politica di Carl Schmitt*, Napoli, 1999, in *Dir. pubbl.*, 2001, p. 364. Per una ricostruzione della fortuna italiana del giurista tedesco vedi A. PREDIERI, *Carl Schmitt*, *un nazista senza coraggio*, Firenze, 1998, pp. 3-15 e la ricchissima scheda bibliografica di pp. 902-912.

[40] Sulla presa di possesso cfr. C. SCHMITT, *Nomos - Presa di possesso - Nome*, in appendice a C. RESTA, *Stato mondiale o* nomos *della terra. Carl Schmitt tra universo e pluriverso*, Roma, 1999, p. 123. La «storia mondiale è infatti storia di uno sviluppo inteso come progresso negli oggetti, nei mezzi e nelle forme della presa di possesso».

goria giuridica di territorio sta di fatto subendo. Infatti, se «la stessa giuridicità non è concepibile senza uno spazio nel quale abbia modo di dispiegarsi» [41], tale rapporto resterà «strutturante» semplicemente perché il principio di gravità impone agli esseri viventi di poggiare i piedi per terra, almeno finché non ci si trasferirà sullo spazio [42]. Non si ritiene, quindi, condivisibile la lettura del *nomos* della terra che, invece, ritiene «arbitrario» il passaggio dalla «*occupatio* da fatto storico a categoria logica, da vicenda europea a principio costitutivo di ogni ordine giuridico» [43]. Nell'intuire il cominciamento di un nuovo *nomos,* in Schmitt è presente, piuttosto, sia la nostalgica consapevolezza della fine di un'epoca, sia la capacità prefigurativa di un diverso atteggiarsi del rapporto tra ordinamento e localizzazione, con ciò che questo significa in termini di regime politico [44]: il nuovo *nomos* è caratterizzato da una certa emancipazione dalla determinazione territoriale, è un nuovo *nomos*, non solo e riduttivamente un nuovo *nomos* della terra. Il nucleo essenziale del *nomos*, nonostante le trasformazioni e i mutamenti di senso, resta riconducibile a una forma moderna di *occupatio*, presa di possesso, anche se tendenzialmente non tellurica [45].

Sotto questo profilo, significativo appare il richiamo di Schmitt alla «forma moderna di direzione la cui prima caratteristica è la rinuncia a procedere

---

[41] M. Luciani, *L'antisovrano*, cit., p. 785 così interpretava C. Schmitt, *Il nomos della terra*, cit., p. 212 dove è scritto «ogni diritto vale come tale solo nel giusto luogo».

[42] Cfr. C. Schmitt, *Il nomos della terra*, cit., p. 53 dove afferma che il combinarsi di questi due poli resterebbe fondamentale pertanto anche nel «nichilismo in senso storico specifico», cioè nella «definitiva e radicale separazione tra ordinamento e localizzazione». Su tale aspetto del pensiero di Schmitt è intervenuto l'interessante scritto di C. Sbailo, *Schmitt o Leopardi: quale politica nell'età della deterritorializzazione*, in *Pol. dir.*, n. 1/2002, p. 111 ss., secondo cui Schmitt traduce in linguaggio giuridico l'intuizione del nesso tra deterritorializzazione e nichilismo già sviluppata da Marx, Tocqueville e List.

[43] N. Irti, *Norma e luoghi*, cit., p. 32 per il quale il *nomos* della terra sarebbe «*ricostruzione storica*» e non «*determinazione logica*, che sia capace di spiegare, non il diritto di una determinata epoca, ma qualsiasi ordine giuridico».

[44] G. Ferrara, *La sovranità statale tra esercizio congiunto e delega permanente*, p. 666: «nelle due componenti del *Nomos*, sia quindi nell'*Ordnung* sia nell'*Ortung*, è sicuramente implicato il regime politico. Un ordinamento, infatti, non potrebbe prescinderne. (…) Né potrebbe localizzarsi se non attraverso rapporti giuridici instaurati e vissuti, e perché giuridici, riconducibili in ultima istanza proprio ad un principio politico». Cfr. C. Schmitt, *Il nomos della terra*, cit., p. 56: «il nomos è pertanto la forma immediata nella quale si rende spazialmente visibile l'ordinamento politico e sociale di un popolo».

[45] Come sembra ammettere lo stesso N. Irti, *ult. op. cit.*, p. 34: «la presa di possesso – chi ben consideri – si trasforma in una sorta di simbolo o metafora letteraria: da concreta relazione con una parte della terra si spinge sino a designare il dominio economico, il quale non si svolge in luoghi stabili e determinati, ma negli inattesi spazi dei mercati».

all'aperta annessione territoriale dello Stato diretto. (…) Il territorio statale viene però incluso nel dominio spaziale dello Stato-guida e dei suoi *special interests*, ovvero nell'ambito della sua sovranità spaziale. Lo spazio esteriore – svuotato – della sovranità territoriale rimane intatto, mentre il contenuto reale di questa sovranità viene modificato in quanto vincolato alla protezione del grande spazio economico della potenza esercente il controllo» [46].

Il senso di una presa di possesso economico-politico-giuridica, ma non tellurica, significa che «la sovranità territoriale si trasforma in un vuoto spazio di eventi economico-sociali. Viene garantita l'integrità territoriale esteriore, con i suoi confini lineari, non già il contenuto sociale ed economico della stessa integrità, ovvero la sua sostanza. Lo spazio del potere economico determina l'ambito giuridico internazionale» [47]. Allora, alla luce dei contemporanei fenomeni sopra descritti, si può forse sostenere che il nuovo *nomos* consista fondamentalmente nella *de-territorializzazione* di un ordinamento di aspirazione globale [48]. La nuova articolazione tra ordinamento e localizzazione sembra, in base alle categorie tradizionali, precludere al popolo la scelta sovrana sulle forme prescrittive del vivere insieme in un luogo, nel luogo che si vive e si fa vivere insieme. Interrogarsi sulla categoria del territorio in un mondo le cui sorti sono decise in base a una forma moderna di *occupatio* permette di ritenere trasfigurato in special modo il principio di sovranità popolare espresso mediante la rappresentanza popolare e la responsabilità politica.

---

[46] C. SCHMITT, *Il nomos*, cit., p. 324 che continua: «Il controllo e il dominio politico si fondano qui sull'intervento, mentre lo *status quo* territoriale rimane garantito. Lo Stato esercente il controllo ha il diritto di intromettersi negli affari dello Stato controllato per proteggerne l'indipendenza o il regime della proprietà privata, per salvaguardarne l'ordine e la sicurezza, per tutelare la legittimità o la legalità di un governo o per altre ragioni ancora, sull'esistenza delle quali è esso stesso a decidere con libero apprezzamento. Il suo diritto d'intervento è assicurato dalla presenza di basi militari d'appoggio, porti della marina da guerra e mercantili, insediamenti e dislocazioni territoriali, o in altre forme ancora. Lo Stato esercente il controllo sottopone il diritto d'intervento al riconoscimento mediante trattati e convenzioni, in modo tale che risulta possibile affermare che da un punto di vista puramente giuridico qui non si è più in presenza di un intervento».

[47] C. SCHMITT, pp. 324-325. È della stessa opinione B. BADIE, *L'état importé*, Paris, 1992, cap. I ripreso in ID., *op. cit.*, pp. 135-136 scrive: «non c'è nessun bisogno di essere fisicamente presenti sul territorio fittiziamente indipendente allorché si è in grado di influenzare la cultura, le istituzioni, e l'economia di coloro che ci vivono e di coloro che hanno l'illusione di esercitarvi il potere».

[48] C. SBAILO, *op. cit.*, p. 116 argomenta in modo convincente che Schmitt «comprende la radice degli odierni processi di deterritorializzazione, ne porta alla luce il carattere «destinale» e non semplicemente eventuale per l'Occidente, al di là di ogni giudizio di valore su di essi».

2. I grandi spazi e le nuove politiche di difesa

Il prevalere dell'economico, e delle istituzioni che ne rappresentano gli interessi, sul politico e sulle sue istituzioni rappresentative, si è progressivamente affermato grazie a scelte adottate a livello internazionale e sovranazionale dagli Stati. La *deregulation* e le politiche che le sono legate costituiscono, infatti, gli elementi di un nuovo sistema giuridico strettamente legato al consenso tra gli Stati per l'avanzata della mondializzazione. Il diritto, per quanto sempre più il risultato di incerti percorsi di formazione e legittimazione, resta prevalentemente di origine statale, anche se non nazionale [49]. Gli Stati, soprattutto, conservano quel monopolio della forza che – in particolare nei momenti di crisi di legittimazione – è il garante ultimo dell'effettività dell'ordinamento giuridico [50]. È noto, infatti, che «il carattere territoriale della sovranità si estrinseca nel (…) imporre norme (…) portarle coattivamente a esecuzione», con la legittimazione derivante dal fatto di «usare il territorio per fini di interesse generale» [51], al di là della teoria accolta del tipo di rapporto tra territorio e Stato [52]. Nel nuovo *nomos*, mentre la formazione del diritto è sempre meno di origine nazionale e, quindi, avulsa dai contesti costituzionali, l'attitudine del diritto non nazionale a imporsi è assicurata dallo Stato che partecipa a tale formazione potendo vantare il controllo del territorio e consentendo «a un progressivo aumento delle restrizioni, in forma di autolimitazioni, dell'esercizio da parte degli Stati della sovranità territoriale» [53]. Anche sotto questo profilo si ritiene che il fenomeno sia «dovuto a una evoluzione della *funzione* del-

---

[49] Cfr. M. LUCIANI, *La crisi del diritto nazionale*, cit.

[50] Cfr. G. FERRARA, *La sovranità statale tra esercizio congiunto e delega permanente*, cit., p. 661: «lo stato legittima l'uso della forza che detiene, offrendola, appunto, per assicurare la garanzia dell'effettività dell'ordinamento giuridico». ID., *I diritti politici nell'ordinamento europeo*, in AIC, *Annuario 1999*, *La Costituzione europea*, cit., p. 501 dove ricordava che «il controllo del territorio è e resta interamente nell'ambito della potestà degli stati membri».

[51] G. CHIARELLI, *Territorio dello Stato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, p. 198.

[52] Sotto questo profilo problematico cfr. il contributo di I. Ciolli in questa *Rivista* e M. MANETTI, *Territorio*, in *Enc. giur.*, 1993, p. 1, rileva che non esiste un concetto univoco di territorio nel campo del diritto sebbene il diritto dello Stato moderno sia basato sull'idea di delimitazione territoriale, di *confine tracciato sulla terra* (Schmitt). Sulle differenti dottrine sul rapporto tra territorio e Stato cfr. anche G. CHIARELLI, *Territorio dello Stato*, in *Noviss. Dig. it.*, cit.; U. LEANZA, *Territorio (Dir. Internazionale)*, *ivi*, p. 210; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Territorio dello Stato*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 333.

[53] G. CHIARELLI, *Territorio dello Stato*, cit., p. 197, secondo cui «la Comunità non è un ente territoriale perché è rimasto inalterato il carattere territoriale del potere statale … non sono mutati i caratteri della sovranità territoriale ma … si è allargato il campo della sua funzione, dando luogo a particolari manifestazioni del potere dello stato di autolimitare l'esercizio di essa».

la potestà territoriale nei rapporti internazionali. Mentre questa, in passato, era prevalentemente diretta, in tali rapporti, alla tutela della sicurezza dello Stato e difesa del territorio come suo elemento costitutivo, è attualmente largamente rivolta alla tutela degli interessi economici e sociali della comunità, nel loro manifestarsi in relazione al territorio. Ove questi interessi siano comuni a più Stati si ha, con la creazione di istituzioni sovranazionali, il trasferimento ad esse, convenuto tra gli stessi Stati, dell'esercizio di poteri sovrani nel proprio territorio o in relazione a soggetti del proprio ordinamento»[54]. L'UE ne è un esempio eccellente, un modello profondamente innovativo che aspira «a conciliare la sopravvivenza degli stati e la loro integrazione in un insieme più vasto, a rendere possibile l'appartenenza a molteplici comunità, a permettere l'elaborazione di politiche pubbliche a estensione variabile secondo la natura degli obiettivi, a far alternare, in modo selettivo e ragionato, la scomparsa delle frontiere stato-nazionali e la loro riaffermazione in altri contesti»[55].

«La crisi della territorialità – infatti – non segna certamente la fine degli stati»[56]. Segna piuttosto il declino dello Stato costituzionale, in particolare dello Stato sociale. Rischia altresì di ridurre il rapporto tra sovranità e territorio a mero «controllo» della popolazione, che, non più popolo unito nel riconoscimento dei principi e diritti costituzionali, potrebbe essere attraversata da spinte secessioniste[57]. La crisi della territorialità può, quindi, rivelarsi fatale per i piccoli o fragili stati, ma aumenta sostanzialmente la forza delle grandi potenze, le loro mire interventiste, la loro ambizione regolatrice. Sarebbe un'illusione, infatti, pensare che in questo processo di *deterritorializzazione* ogni stato sia uguale agli altri: per riprendere Schmitt, c'è chi agisce l'*occupatio* e chi la subisce, o chi trae vantaggio dall'*occupatio* perpetrata da una delle organizzazioni internazionali della mondializzazione e chi ne resta depauperato[58]. Come significativamente si ricorda, «l'FMI è un'istituzione pubblica, finanziata dai contribuenti di tutto il mondo, (…) ma sono le principali nazioni industrializzate a comandare e un solo paese, gli Stati Uniti, ad avere un effettivo diritto di veto»[59]. Attraverso queste istituzioni «la deterri-

---

[54] G. Chiarelli, *idem*.

[55] B. Badie, *La fine dei territori*, cit., p. 198.

[56] B. Badie, *La fine dei territori*, cit., p. 184.

[57] Cfr. C. De Fiores, *Secessione e forma di Stato*, in C. De Fiores e D. Petrosino, *Secessione*, Roma, 1996, pp. 89-133.

[58] Per una riflessione «disincantata» sulla parità degli Stati membri dell'UE cfr. G. Cocco, *L'Europa dei tre disincanti*, in *Pol. dir.*, 1, 2000, p. 97.

[59] J.E. Stiglitz, *op. cit*., p. 11.

torializzazione (…) tende a dotare gli Stati più forti di nuovi mezzi legali, che permettono loro di calpestare la sovranità territoriale dei più deboli» [60].

D'altra parte Schmitt percepiva tra le principali trasformazioni del tradizionale *nomos* della terra la fine della parità, formalmente fondativa di esso, degli Stati. «Ma è forse possibile affermare l'eguaglianza di fatto degli Stati e contestare la reale sopraffazione dei piccoli Stati da parte delle grandi potenze?» si domandava retoricamente Kelsen [61]. Così, seppure esiste l'antisovrano [62], è anche vero che vi sono Stati egemonici, *in primis* quelli che partecipano al G7-G8: se tra gli Stati che siedono a questo tavolo qualcuno conta e pesa più di altri, ognuno di questi pochi paesi ha raggiunto un PIL tale da surclassare gli altri circa 180 paesi del mondo. Vi sono riusciti praticando un regionalismo economico (UE, Nafta, ecc.) che li protegge da quella concorrenza globale a cui dichiarano di ispirarsi: se i paesi più ricchi promuovono lo sviluppo di un libero mercato finanziario che, grazie al *gap* tecnologico e le risorse di capitale, controllano [63], ben diverso è il loro interesse in settori nei quali i loro prodotti sono ampiamente «incentivati» con risorse pubbliche (basti pensare alla PAC e al protezionismo doganale per i prodotti non comunitari) [64]. Sempre più diffusa è l'idea che al processo di globalizzazione dell'economia internazionale non corrisponda, infatti, alcun processo di integrazione economico-sociale del pianeta.

Anche se la politica dei grandi spazi è largamente praticata, un *nomos* basato su «l'idea di un ordinamento pluriverso costituito da una pluralità di

---

[60] B. BADIE, *La fine dei territori*, cit., p. 182.

[61] H. KELSEN, *Il problema della sovranità*, cit., p. 399.

[62] M. LUCIANI, *L'antisovrano*, cit., pp. 779-780, in riferimento al ruolo svolto nella guida alla globalizzazione dagli esecutivi degli stati e in particolare quelli del G8, dalle tecnocrazie internazionali (WTO, FMI, Banca mondiale, ecc.) e dalle imprese dominatrici di settori strategici.

[63] Cfr. S. SASSEN, *Globalizzati e scontenti*, cit., p. 199. La tesi di Sassen è che l'attività economica, nello spazio elettronico, è sempre più dispersa, dal punto di vista fisico, e sempre più integrata telematicamente. Tale integrazione richiede capacità di investimento molto forti, e, ovviamente, il fatto di non averle aumenta il grado di disparità fra paesi e operatori ricchi (imprese) e paese e operatori poveri (famiglie). Inoltre essa ridispone gli spazi accentrando il potere all'interno della rete di relazioni che intercorrono fra le città globali, centri di potere transnazionale, ultrastatale, che rimettono pesantemente in discussione il ruolo dello Stato. Così «si rischia di venire governati da società multinazionali, responsabili soltanto verso il mercato globale», senza che l'enorme potenziale generato dalla tecnologia abbia un valore sociale nel promuovere «uno sviluppo equo e sostenibile del mondo».

[64] J.E. STIGLITZ, *op. cit.*, pp. 6-7: «i paesi occidentali (…) hanno spinto i paesi poveri a eliminare le barriere commerciali, ma hanno mantenuto le proprie, impedendo così ai paesi in via di sviluppo di esportare i loro prodotti agricoli» e «hanno continuato a sovvenzionare l'agricoltura propria».

«grandi spazi» che, in un certo senso, riprende (…) i principi cardine dello *jus publicum Europaeum*, cioè il confronto tra soggetti di pari dignità, assolutamente sovrani al loro interno, attraverso una politica di equilibrio che si fonda sulla limitazione della guerra e sul concetto di *jus hostis*» [65], un *nomos* siffatto, comunque, non è ancora sorto.

Per il momento, anzi, l'aspetto più preoccupante dal punto vista delle relazioni internazionali, con serie ricadute sull'effettività dei diritti costituzionali, è che la *deterritorializzazione* sta producendo una sempre più incolmabile diseguaglianza tra chi sostiene questo nuovo *nomos* e chi lo subisce. Lo strumento dell'imporsi del *nomos* della *deterritorializzazione* resta l'*occupatio*: «oggi, i mercati emergenti non vengono obbligati ad aprirsi dietro minaccia del ricorso alla forza militare, ma attraverso la forza economica, con la minaccia di sanzioni o del rifiuto dell'aiuto necessario nei momenti di crisi» [66].

Questa forma di *occupatio* – quella economica – è la più rilevante. Non ha eliminato, tuttavia, il ricorso o la minaccia del ricorso alla guerra militare. L'avvento della guerra aerea e poi l'ipotesi della guerra nucleare hanno sì conferito al territorio un nuovo significato, poiché la sua vulnerabilità non è più connessa alla sua accessibilità. La «guerra al terrorismo» approda poi alla «sfuggente identificazione del Nemico» e del relativo territorio [67]. L'invasione del territorio sembra, però, insostituibile: la guerra aerea è diventata solo propedeutica all'accesso al territorio, per annientare la resistenza all'occupazione militare. La nuova guerra del Golfo dimostra che, per avere il controllo politico e economico dell'Iraq, alcuni tra i paesi più ricchi del mondo sono pronti a usare armi «convenzionali» (di fatto pur sempre armi di distruzione di massa), non solo senza un mandato ONU, ma nonostante la prevalente opposizione in tale sede emersa. Allora, le imprese si muovono sì in base ai contesti istituzionali, ma se uno Stato dotato di un territorio strategico per ragioni geopolitiche o per le sue riserve di risorse prime [68] dovesse essere loro ostile o non fosse in grado di garantire sul proprio territorio la certezza e la sicurezza delle relazione economiche e giuridiche, ottengono l'intervento della forza militare statale interessata. In nome della libertà e della democrazia, questi Stati hanno deciso di portare avanti una guerra «preventiva» nono-

---

[65] C. Resta, *Stato mondiale o nomos della terra*, cit., p. 91, pur dubitando chi scrive che il nuovo *nomos* che Schmitt auspicava possa essere così rappresentato.

[66] J.E. Stiglitz, *op. cit.*, p. 61.

[67] C. De Fiores, *«L'Italia ripudia la guerra»? La Costituzione di fronte al nuovo ordine globale*, Roma, 2002, p. 46.

[68] Secondo l'approccio geopolitico, infatti, il potere è controllo dello spazio e chi domina il cuore della terra domina il mondo: *l'heartland* del mondo è la zona più ricca di risorse prime.

stante l'evidente sacrificio e il forte regresso che ciò comporta rispetto alla civiltà giuridica raggiunta a livello sia costituzionale che internazionale [69].

La guerra di invasione ci ricorda che il territorio del mondo non è tutto uguale. Qui il tellurico ha la sua amara rivincita. È proprio in Medioriente che con la prima guerra del Golfo «il principio di intervento diviene prassi normale, fino a trasformarsi in dovere di ingerenza (…) chiaramente basato sulla deterritorializzazione del mondo» [70]. L'efficacia dell'esercizio del diritto di assistenza, tuttavia, è legata «alla congruità delle risorse» di cui gli Stati dispongono: «corrodendo il principio di integrità territoriale, il diritto di assistenza dissolve spazi ricostruendone altri. Spezzando i confini in nome della solidarietà, si costituisce spesso come demarcatore di altre configurazioni» [71].

La sostituzione dei confini politici con quelli economici prefigura un nuovo modello di suddivisione della scena internazionale, più complessa e meno istituzionalizzata di quanto fosse la suddivisione territoriale, e in quanto tale più ribelle alla regolamentazione anche perché «*il suo spazio è sempre aperto»,* con un'intrinseca e contraddittoria tendenza alla «sua ininterrotta riterritorializzazione» [72]. «La dottrina dello scudo nucleare americano – ad esempio – è pervenuta a riterritorializzare la difesa, piazzando sotto la propria protezione una parte rilevante degli spazi sotto la sua tutela. Essa disegnava delle aree comunitarie di sicurezza che avevano un significato molto chiaramente terri-

---

[69] Cfr. le riflessioni sulla seconda guerra in Iraq di G. Ferrara, *Ripudio della guerra*, *rapporti internazionali dell'Italia e responsabilità del Presidente della Repubblica. Appunti*; G. Azzariti, *La guerra illegittima*; C. De Fiores, *Una guerra contro la Costituzione*; P. Carnevale, *L'Italia*, *l'attuale vicenda della guerra irachena e l'art. 11 della Costituzione*, in *www.costituzionalismo.it* e *ivi* la ricostruzione delle posizioni della dottrina su *Guerra e Costituzione. Alla prova dei fatti*, curata da F. Bilancia, C. De Fiores, P. Marsocci, L. Ronchetti e M. Ruotolo.

[70] B. Badie, *La fine dei territori*, cit., p. 181. A titolo di esempio, si cita A. Sinagra, *Intervento umanitario e divieto di ingerenza negli affari interni dello Stato*, in *Studi parlamentari e di politica cost*., n. 1/2002, p. 51 ss. che ammette che «il problema non è tanto quello di ricercare e di verificare in linea generale il fondamento di legittimità dell'intervento, bensì quello di ricercare e verificare i presupposti, i limiti, le modalità e, infine, le finalità dell'intervento affinché questo possa valutarsi come conforme all'ordinamento giuridico positivo della Comunità», p. 53.

[71] B. Badie, *La fine dei territori*, cit., p. 182.

[72] M. Hard e T. Negri, *Impero*, cit., p. 160: «la sovranità, sviluppatasi in Europa a partire dal secolo XVI secolo, era determinata da uno spazio chiuso i cui confini dovevano essere costantemente sorvegliati dall'amministrazione. La sovranità moderna risiede, dunque, soprattutto nei limiti. Nella concezione imperiale, al contrario, la logica del potere viene incessantemente rinnovata e ricreata nel corso dell'espansione. Questa definizione del potere imperiale implica numerosi paradossi: l'indifferenza dei soggetti, combinata con la singolarizzazione delle sue reti produttive; lo spazio aperto e in costante espansione dell'Impero, contraddetto dalla sua ininterrotta riterritorializzazione».

toriale» [73]. La deterritorializzazione prodotta dal prevalere dell'economico sul politico, da questo modo di procedere della globalizzazione, infrange i confini politici dello Stato nazione per riterritorializzare la suddivisione della terra secondo interessi economici a difesa dei quali lo Stato offre il controllo del territorio di cui dispone.

3. Riterritorializzazione e sovranità territoriale

Benché la globalizzazione e la deterritorializzazione ne abbiano ridotto il ruolo, lo Stato, partecipando alla produzione giuridica legata alle nuove forme di attività economica e fornendo legittimazione agli istituti giuridici transnazionali operanti all'interno dei territori nazionali, rimane l'unico ente in grado di far rispettare l'esecuzione dei contratti [74]. Sotto questo profilo è tuttora l'unico ente che consente l'insopprimibile «riterritorializzazione» delle relazioni giuridiche. La deterritorializzazione, neutralizzando le scelte politiche, consente una riterritorializzazione, tuttavia, sulla base di confini economici più che politici. I «grandi spazi» che si sono venuti affermando attraverso gli strumenti del diritto internazionale sono, infatti, spazi economici prima ancora che politici. L'esempio a noi più vicino, l'UE, nasce e con difficoltà prova a andare oltre l'obiettivo del mercato unico. Ciò ha ricadute significative sul concetto di territorio e sul ruolo dello Stato costituzionale.

Agli inizi del secolo scorso si poteva ancora affermare che «non senza una profonda ragione noi vediamo in ogni epoca storica il territorio assurgere al posto d'onore nei rapporti fra gli Stati, mentre gli abitanti sono considerati piuttosto come pertinenze del territorio: ciò non significa affatto, come a torto si è creduto, una minore estimazione della dignità umana; è semplicemente la conseguenza di quello che rappresenta il territorio nella vita degli Stati» [75]. La Costituzione del 1948, invece, proprio in nome della pari dignità sociale, sancisce quei diritti inviolabili della persona che «hanno fatto divaricare tra loro gli elementi fondamentali dello Stato nazionale, il popolo e il ter-

---

[73] B. Badie, *La fine dei territori*, cit., p. 96.

[74] S. Sassen, *Globalizzati e scontenti*, cit., p. 206. Per Sassen ipotizzare un intervento regolamentatore dello Stato in campo economico e nei processi di riproduzione sociale è possibile solo se si riesce ad identificare uno spazio fisico di sua pertinenza, nel quale esso sia deputato ad operare e possa farlo in maniera efficace. Del problema della *rilocalizzazione* degli spazi economici si occupa Sassen nelle pp. 181-222.

[75] D. Anzillotti, *Corso di diritto internazionale*, III ed., Roma, 1928, p. XIV.

ritorio, nel senso che il popolo non è solo o nella stragrande maggioranza quello che si lega al territorio, per nascita, per storia, per lingua» [76].

Con la Costituzione, infatti, il territorio assunse rilievo dominante come sede del popolo sovrano e la territorialità dello Stato si risolse unicamente nella sua politicità, ossia nella funzione di rappresentare gli interessi generali del popolo stanziato nel territorio [77], permettendo di rilevare la «coincidenza tra territorialità ed eguaglianza» [78]. La Costituzione riconoscendo e garantendo i diritti della persona è andata oltre quel che secondo Schmitt è stato uno dei profondi mutamenti, se non la trasformazione più grande del diritto che concorse a determinare la crisi del tradizionale *nomos* della terra: «nella seconda metà del XIX secolo il principio del domicilio (…) venne sostituito da quello della nazionalità e della cittadinanza, sostenuto in primo luogo dagli Italiani. È questo un mutamento in cui si manifesta il rapido passaggio alla libera circolazione e a un nuovo rapporto con il territorio (…) verso una de-localizzazione generale» [79]. Ciò rappresentò un passaggio qualitativo, più che meramente quantitativo [80], perché l'appartenenza del cittadino allo Stato è determinata sulla base di un rapporto che sussiste ovunque il cittadino si trovi, con la conseguenza di un'estensione della potestà di imperio come potestà di comando e di coercizione riguardo ai cittadini oltre il territorio [81]. Il principio di nazionalità consente la de-localizzazione, quindi, perché supera la corrispondenza del territorio con la sua etimologa latina «terreo», cioè la zona in cui si esercita il potere supremo che atterrisce [82], come l'istituto dell'estradizione e la sua evoluzione sembra confermare [83].

---

[76] G. Berti, *Cittadinanza, cittadinanze e diritti fondamentali*, *ivi*, 1997, p. 16 dove conclude che «alla fine la Costituzione, che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo non è protettiva dello Stato nazionale, né lo garantisce, rendendolo quasi un'entità precaria e sostituibile».

[77] L. Paladin, I*l territorio degli enti autonomi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, p. 607 e M. Manetti, cit., p. 2.

[78] Cfr. G. Lombardi, *Spazio e frontiera tra eguaglianza e privilegio*, cit.

[79] C. Schmitt, *Il nomos della terra*, cit., p. 302.

[80] *Ibidem*. Se interpreto bene il pensiero di Schmitt, cfr. D. Donati, *op. cit*., p. 93 ss., in particolare p. 95. In opposizione alla dottrina medievale, riassunta nella massima *qui in territorio meo est etiam meus subditus est*, quella moderna, «anche in quanto ammette un diritto dello Stato sul territorio, in generale contesta qualsiasi rapporto di derivazione dal medesimo della potestà di imperio dello Stato sulle persone».

[81] Cfr. D. Donati, *op. cit.*, pp. 93 ss. e 106 ss.

[82] Cfr. M. Manetti, *op. cit*., p. 1 sull'etimologia *terreo*, parola latina che significa atterrire, spaventare, impaurire, impedire spaventando.

[83] Il Consiglio europeo di Tampere del 1999, alla luce della Convenzione di Schengen, ha auspicato l'abolizione della procedura formale di estradizione e sancito il passaggio dall'estra-

Essendo «tutto sommato un artificio creato dalla politica per chiudere i confini dello Stato e premere con la potenza dentro e fuori di essi» [84], il principio di nazionalità fu dal Costituente posto in secondo piano rispetto alla scelta di garantire il godimento dei diritti fondamentali sul territorio nazionale a ogni persona, come il diritto di asilo dimostra [85].

Nell'epoca della mondializzazione e deterritoralizzazione dei movimenti commerciali, finanziari, militari e culturali, incardinati sul principio di non discriminazione in base alla nazionalità, si dovrebbe allora assistere in linea di principio a una libera circolazione delle persone praticata almeno attraverso le frontiere dei 144 paesi che aderiscono alla WTO [86]. Così non è. La nazionalità ha determinato una frattura (giuridica) tra persone che vivono nello stesso luogo a seconda che si tratti di cittadini o stranieri ed è motivo di impedimento alla circolazione che libera non è. Contraddizione apparente della globalizzazione ispirata al processo di liberalizzazione è, infatti, l'asimmetria tra la libertà di circolazione delle merci e capitali [87] e la nuova limitazione della mobilità delle persone. Così ad esempio, il NAFTA – il trattato di libero commercio del Nord America siglato nel 1992 tra Messico, Stati Uniti e Canada – sancisce il libero movimento di beni, servizi e investimenti, ma non delle persone tra i paesi firmatari. Nell'UE la libertà di circolazione appare indissolubilmente connessa «allo status di cittadino lavoratore» comunitario, sostanziandosi non solo in un diritto eminentemente e strumentalmente economico, ma riconosciuto solo ai cittadini comunitari [88].

---

dizione alla consegna per le decisioni di condanna passate in giudicato («fatto salvo il principio di un equo processo» si ha cura di precisare), L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. pen.*, n. 4/2000, p. 685.

[84] G. BERTI, C*ittadinanza, cittadinanze e diritti fondamentali*, cit., p. 16.

[85] Cfr. V. CRISAFULLI e D. NOCILLA, *Nazione*, in *Enc. dir.*, XXVII, p. 787 ss.

[86] Tutti gli accordi negoziati sotto l'egida dell'Organizzazione mondiale del commercio (WTO) nata nel 1995 sono ispirati a due principi di non discriminazione che consentono di allargare automaticamente a tutti coloro che aderiscono (144 paesi per oltre il 90% del commercio internazionale di beni) al processo di liberalizzazione: quello della nazione preferita che estende a tutti i paesi membri le concessioni in campo commerciale applicate da un paese membro a un altro e quello del trattamento nazionale che vieta discriminazioni tra agenti economici nazionali o esteri.

[87] La conferenza interministeriale della WTO di Cancun 10-14 settembre 2003 ha ad oggetto l'estensione del processo di liberalizzazione ai servizi di base (istruzione, sanità), agli investimenti e all'agricoltura e agli appalti pubblici e all'acqua.

[88] I. NICOTRA GUERRERA, *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 1995, p. 144. F. ALCARO e G. BALDINI, *Profili evolutivi della cittadinanza europea: «verso un diritto privato comunitario?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, p. 460 ss., sostengono che il diritto che consente di circolare e soggiornare liberamente nel territorio di tutti gli

Eppure, studi sempre più numerosi dimostrano quanto il fenomeno migratorio sia determinato dal modo di procedere della globalizzazione, in particolare dal fatto che la sua forza motrice sia stata finora quella della liberalizzazione degli scambi commerciali e finanziari, nonché culturali [89]. In un mondo deterritorializzato il fenomeno migratorio strutturale ha assunto dimensioni significative anche perché, a causa delle disuguaglianze sempre più incolmabili tra i pochi paesi ricchi e il resto del mondo, è un fenomeno unidirezionale e non circolare. Così, la deterritorializzazione costringe gli Stati a declinare sempre più le proprie responsabilità nella garanzia dei diritti costituzionali, in particolare di quelli sociali che più favoriscono la localizzazione delle imprese altrove; al tempo stesso tuttavia determina migrazioni a senso unico a fronte delle quali lo Stato, limitato in gran parte della sua sovranità, rischia di ritrovare un proprio ruolo nel mero esercizio della sovranità territoriale, declinata con il principio di nazionalità.

Dal momento che sta perdendo effettività la forza della sovranità popolare di decidere delle regole applicabili nel territorio nazionale, la sovranità territoriale, che tradizionalmente si definisce come il diritto dello Stato a *governare* una società umana spazialmente delimitata – in modo esclusivo, assoluto, *erga omnes* – si sta contraendo, rischiando di ridursi al suo nucleo originario di *jus excludendi alios* [90]. Lo Stato costituzionale, eroso nella sua sovranità, è spinto a esaltare l'aspetto escludente della sovranità, proprio mentre subisce sollecitazioni per un «ammodernamento» [91] della costosa cura dei diritti costituzionali pur di risultare attraente per gli investimenti «in cerca di localizzazione». E la sovranità incentrata sul principio di nazionalità potrebbe regredire a quelle concezioni organicistiche, incapaci di cogliere la complessità del collegamento fra spazio e scelta delle forme della convivenza [92].

Stati membri rappresenta il nucleo forte della cittadinanza europea in quanto costituisce la premessa per l'esercizio di altri diritti riconosciuti al cittadino comunitario.

[89] In proposito è illuminante S. SASSEN, *Globalizzati e scontenti. Il destino delle minoranze nel nuovo ordine mondiale*, Milano, 2002, la quale dimostra che gli investimenti esteri verso paesi in via di sviluppo (in particolare asiatici e centro americani) determina un'intensificazione del flusso emigratorio, indirizzato verso il paese che sostiene l'investimento, appunto, prodotta socialmente, nell'interazione con la cultura americana.

[90] P. BISCARETTI DI RUFFIA, *op. cit.*, p. 336 «lo Stato, nell'esercizio della sua potestà territoriale, può anche espellere dal proprio territorio stranieri e apolidi indesiderati, od impedire che vi entrino».

[91] Cfr. le Conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles del 20 e21 marzo 2003 in *www.europa.eu.int.*

[92] G. LOMBARDI, *op. cit.*, p. 478 per il quale lo *jus excludendi alios* «si manifesta con la forza perentoria dell'unità, che vieta ogni criterio di qualificazione che non sia quello del rapporto esclusivo fra una comunità politica e lo spazio che la individua».

Non si intende negare che in ogni Stato da sempre il requisito «irriducibile» [93] sia quello della cittadinanza-appartenenza: «il non cittadino può essere espulso o impedito nell'entrare nel territorio dello Stato, per il solo fatto di essere non cittadino, se la legge così prevede» [94], questo è «il principio fondamentale (…) della effettiva costituzione, della costituzione materiale ...di tutti gli Stati» [95]. Se, però, si conviene che la Repubblica si nutre della effettiva partecipazione dei cittadini all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, una sovranità svilita a mero *jus excludendi alios* riporta alla sola cittadinanza-appartenenza con un parallelo abbandono delle ragioni di un coraggioso ripensamento della cittadinanza incentrato sulla partecipazione [96].

Un tassello della rivalutazione del principio di nazionalità, operata in una direzione opposta alla valorizzazione della materiale partecipazione alla vita del luogo, potrebbe essere rappresentato dalla riforma costituzionale per il voto degli italiani all'estero. Le considerazioni sulle responsabilità della Repubblica nel non aver saputo tutelare la condizioni di vita di milioni di cittadini costretti all'emigrazione e lasciati privi di ogni sostegno non risolvono le questioni sollevate da quest'ultima riforma [97]. Con due leggi costituzionali si è proceduto alla revisione, dapprima, dell'articolo 48 che, pur stando nella prima parte della Costituzione, ora prevede un istituto ordinamentale tipico della seconda parte quale la circoscrizione Estero e, in un secondo tempo, degli articoli 56 e 57 che assegnano l'elezione di dodici deputati e sei senato-

---

[93] G.U. Rescigno, C*ittadinanza*, *riflessioni sulla parola e sulla cosa*, in questa *Rivista*, 1997, p. 35, ricorda che «entro un determinato territorio (rigorosamente delimitato dai suoi confini nei confronti della restante parte del mondo) insiste una organizzazione generale, chiamata Stato, che stabilisce i requisiti necessari e sufficienti per appartenere a tale organizzazione, cosicché chiunque non possegga tali requisiti non fa parte di essa».

[94] G.U. Rescigno, C*ittadinanza*, cit., p. 41 e aggiunge che così sarà «fino a che non verrà costituito un stato mondiale», p. 42. Lo stesso Autore, tuttavia, *Note sulla cittadinanza*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 757, riterrà che «la distinzione cittadini e non cittadini è la più importante … irrinunciabile, finché resterà l'organizzazione a Stato delle società umane, che questo potere statale sia coessenziale alla esistenza dello Stato (ed in realtà costitutivo della identità e della realtà sociale di un popolo). Chi ritiene tutto ciò immorale, disumano, sbagliato, superabile, deve seriamente porsi il problema del superamento della forma Stato».

[95] G.U. Rescigno, *Note sulla cittadinanza*, p. 755. G. Bascherini, *Europa*, *cittadinanza*, *immigrazione*, *ivi*, p. 767, operando l'inversione del punto di osservazione, rileva che il diritto del cittadino di emigrare implica l'ingresso nel territorio di un altro Stato.

[96] Di carattere «recessivo» della cittadinanza-appartenenza parla G. Bascherini, *Europa*, *cittadinanza*, *immigrazione*, cit., p. 769.

[97] Cfr. il dibattito svoltosi in proposito in *www2.unife.it/forumcostituzionale/contributi/voto-comm1.htm* con i contributi di E. Grosso, P. Bonetti, T.E. Frosini, F. Caporilli, G. Sica.

ri, all'interno dell'invariato numero complessivo dei seggi parlamentari, a tale circoscrizione [98]. È stata poi approvata la legge – la legge n. 459 del 2001 – a cui il novellato articolo 48 Cost. rinvia anche per assicurare «l'effettività» del diritto di voto dei cittadini italiani residenti all'estero. La riforma nel suo complesso offre il fianco a una serie di osservazioni critiche che rafforzano una valutazione del ruolo che il principio di nazionalità può giocare in un mondo deterritorializzato, in cui il principio della rappresentanza e della responsabilità risultano trasformati e la sovranità territoriale si contrae a *jus excludendi alios*.

In primo luogo, pur ipotizzando che la libertà di voto nella fase di formazione della volontà dell'elettore possa considerarsi in Italia come altrove frutto di «un'offerta pluralistica e con garanzie standardizzate» [99], la *personalità* e la *segretezza* del voto dovrebbero, invece, rappresentare un impedimento al voto per corrispondenza che, però, è diventato il sistema ordinario di votazione degli italiani residenti all'estero per le elezioni politiche e i referendum [100]. Ancor più problematica risulta ogni considerazione sul rispetto dell'uguaglianza del voto: per quanto riguarda il diritto di elettorato attivo, contrariamente ai cittadini residenti in Italia, i non residenti possono decidere se votare nella circoscrizione estero o «optare», in occasione di ogni singola votazione, per la circoscrizione del territorio nazionale in cui sono iscritti [101]; per quanto concerne il diritto di elettorato passivo, nonostante il chiaro dettato dell'articolo 56 stabilisca che «sono eleggibili a deputati tutti gli elettori che nel giorno delle elezioni hanno compiuto i venticinque anni di età», i cittadini residenti in Italia non possono candidarsi nelle liste della circoscrizione Este-

---

[98] Legge cost. 17 gennaio 2000, n. 1 «Modifica all'articolo 48 della Costituzione concernente l'istituzione della Circoscrizione estero per l'esercizio del diritto di voto degli italiani residenti all'estero» e Legge cost. 23 gennaio 2001, n. 1, recante «modifiche agli artt. 56 e 57 Cost. concernenti il numero di deputati e senatori in rappresentanza degli italiani all'estero», pubblicata nella *G.U.* 19-24 gennaio 2001.

[99] F. LANCHESTER, *L'innovazione costituzionale dilatoria e il voto degli italiani all'estero*, in *Quad. cost*., 2000, p. 124 che rileva questo profilo, tra altri, di perplessità sulla riforma. Tale perplessità trova fondatezza nella stessa legge che all'art. 17, primo comma, prevede che la campagna elettorale si svolga secondo modalità definite sulla base di apposite forme di collaborazione, «ove possibile», con gli Stati in cui risiedono gli elettori. L'inciso «ove possibile» fa ritenere che il mancato conseguimento di queste forme non infici, di per sé, il diritto di esercitare il voto per corrispondenza. L'art. 8, primo comma, del regolamento di attuazione conferma espressamente questa interpretazione.

[100] Art. 1, secondo comma, legge n. 459 del 2001. Tale disciplina, sollevando un ulteriore motivo di perplessità, non si applica alle elezioni amministrative.

[101] Ai sensi del terzo comma dell'art. 1 della legge n. 459 del 2001 i cittadini italiani residenti all'estero possono esercitare il diritto di voto in Italia «previa opzione da esercitare per ogni votazione e valida limitatamente ad essa».

ro, riservate ai residenti e elettori nella rispettiva ripartizione [102], e al contrario questi ultimi, ogni qualvolta esercitino il diritto di opzione per votare sul territorio nazionale, possono essere candidati nelle circoscrizioni italiane.

Dubbi ancora più stringenti sorgono, infine, sotto il profilo dell'uguaglianza nell'efficacia del voto, in particolare rispetto alla decisione di attribuire alla circoscrizione Estero un numero fisso di seggi parlamentari. Diciotto seggi parlamentari sono «riservati» dalla stessa Costituzione ai cittadini residenti all'estero in contrasto con quella rappresentanza unitaria della Nazione prescritta dall'art. 67 [103]. Tale quota, riservata con modalità profondamente più incisive che nelle altre ipotesi in cui si è avuto modo di discutere di ipotetiche quote elettorali [104], risulta, peraltro, sproporzionata rispetto alle previ-

---

[102] Sotto questo profilo di dubbia legittimità costituzionale cfr. M. LUCIANI, *Nell'urna di Dakar*, in *La Stampa*, 21 novembre 2001, p. 30. La circoscrizione estero è suddivisa in quattro ripartizioni. Cfr. l'art. 8, primo comma, lett. *b*) per la riserva in favore dei residenti in loco per la circoscrizione estero.

[103] Come noto, in nome di una rappresentanza politica «non frazionabile», la giurisprudenza costituzionale e parte della dottrina hanno censurato e ritenuto censurabili modulazioni delle forme di esercizio dei diritti di elettorato passivo che miravano a dare effettività alla *partecipazione* di entrambi i sessi alla vita politica del paese e non, come si è argomentato, alla loro *rappresentanza.* La questione andava piuttosto impostata nei termini del perseguimento della pienezza della rappresentanza, e non in quelli dell'esplicarsi della rappresentanza di genere dal momento che le donne non sono e non potrebbero essere un gruppo omogeneo rappresentabile in quanto tale e nemmeno una minoranza da tutelare. Sembrerebbe convenirne la stessa Corte costituzionale che nella sent. n. 49 del 2003 ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale della legge regionale della Valle d'Aosta che impone a pena di invalidità la presenza di entrambi i sessi nelle liste elettorali, affermando che non si costituisce «alcuna relazione giuridicamente rilevante fra gli elettori, dell'uno e dell'altro sesso e gli eletti dello stesso sesso» (pt. 3.3). Cfr. R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO e P. VERONESI, *La parità dei sessi nella rappresentanza politica. In occasione della visita della Corte costituzionale alla Facoltà di Giurisprudenza di Ferrara*, Torino, 2003; L. RONCHETTI, *L'equilibrio dei sessi nella rappresentanza dinanzi alla Corte costituzionale*, in corso di pubblicazione in *Giur. it*., n. 10 del 2003.

[104] Si è spesso parlato di «quote elettorali» a proposito delle varie ipotesi di imposizione legislativa di candidature di entrambi i sessi, mentre sarebbe più corretto denominare in tal modo solo ipotesi di «riserva di seggi», come nel caso qui in esame. Cfr. L. CARLASSARE, *L'integrazione della rappresentanza: un obbligo per le regioni*, in L. CARLASSARE, A. DI BLASI e M. GIAMPIERETTI, *La rappresentanza democratica nelle scelte elettorali delle regioni*, Padova, 2002, in part. p. 48. Si ricorda che le disposizioni sulle quali si è dovuta pronunciare la Corte costituzionale con la nota sent. n. 422 del 1995 concernevano la semplice candidatura di entrambi i sessi nelle liste elettorali amministrative all'interno delle quali l'elettore può esprimere il proprio voto di preferenza, ma, in conseguenza dei meccanismi di attivazione del controllo sulle leggi, dichiarane l'incostituzionalità era l'unico modo per sanzionare le quote rigide previste invece nelle leggi elettorali di Camera e Senato che, però, non erano state impugnate. Cfr. sotto questo profilo U. DE SIERVO, *La mano pesante della Corte sulle «quote» nelle liste elettorali*,

sioni di partecipazione al voto degli, ancora, incalcolati aventi diritto, se non altro perché resterebbe invariata nell'ipotesi limite in cui dovessero tutti optare per il voto nelle circoscrizioni nazionali [105]. Oltre a trattarsi di quota e per di più di quota sproporzionata, l'effetto dell'elezione di diciotto seggi in un sistema prevalentemente maggioritario potrebbe essere determinante sui risultati elettorali [106] ad opera di cittadini che non solo, data la distanza, con maggiore difficoltà potranno giudicare l'attività dei parlamentari, ma soprattutto non subiranno le conseguenze delle proprie scelte elettorali [107], dando sostanza alle trasfigurazioni che il principio della rappresentanza e della responsabilità politica stanno subendo.

La questione, tuttavia, da più parti sollevata in proposito a questa revisione costituzionale – e che maggiormente pone l'accento sul diverso assetto dei rapporti tra territorio, popolo e sovranità in un paese che dapprima attraversato da forti emigrazioni è diventato meta di immigrazioni – è il confronto tra la decisione di «proteggere» il diritto di voto di chi di nazionalità italiana non vive nel territorio nazionale, senza alcun limite temporale [108], e l'indisponibilità a concedere il diritto di voto alle elezioni amministrative agli stranieri che

---

in *Giur. cost*., 1995, p. 3255; L. CARLASSARE, *La rappresentanza femminile: principi formali e effettività*, in F. BIMBI e A. DEL RE (a cura di), *Genere e democrazia*, Torino, 1997, p. 81.

[105] La legge stessa si occupa di organizzare l'aggiornamento dell'anagrafe degli italiani residenti all'estero anche perché le stesse fonti ufficiali forniscono cifre molto oscillanti in termini di milioni (tra i 2 ai 4) ma l'analoga esperienza delle elezioni europee ha visto esercitare il diritto di voto (già in loco) a 150mila cittadini su un milione e mezzo di aventi diritto. Sotto questo profilo cfr. il resoconto stenografico del dibattito dell'Assemblea della Camera tenutasi il 18 ottobre 2000.

[106] Caratteristica del sistema maggioritario è che in alcuni collegi uninominali il seggio viene assegnato per pochi voti. I cittadini residenti all'estero, potendo scegliere se votare *in loco* per la circoscrizione estero o in Italia nella circoscrizione nazionale, potranno valutare dove il proprio voto potrebbe essere determinante.

[107] Illuminante in proposito è l'innalzamento del corpo elettorale su cui calcolare il quorum di partecipazione per la validità del voto referendario. Cfr. l'ordinanza del 4 giugno 2003, n. 195 di inammissibilità del conflitto di attribuzione sollevato dai alcuni promotori del referendum popolare per l'abrogazione della servitù coattiva di elettrodotto indetto per il 15 giugno 2003 contro al legge n. 549 del 2001, il regolamento di attuazione recante disciplina per l'esercizio di voto dei cittadini italiani residenti all'estero D.P.R. 2 aprile 2003, n. 104 e la deliberazione della Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi del 16 aprile 2003 sul voto per corrispondenza e la disciplina della campagna referendaria.

[108] Hanno diritto all'iscrizione all'anagrafe dei cittadini italiani residenti all'estero gli italiani con permanenza all'estero superiore a 12 mesi e che abbiano trasferito al propria residenza, senza limiti nel tempo come invece si è stabilito dalla disciplina tedesca che riconosce il diritto di voto a che vive all'estero da non più di 25 anni.

in Italia vivono [109]. Accade, quindi, che in nome del principio di nazionalità considerazioni che conducono a concretizzare la cittadinanza politica degli italiani che vivono, lavorano e sostengono i costi sociali altrove, non trovano analogo consenso nel garantire almeno una forma di partecipazione alla cittadinanza politica alle persone che di nazionalità diversa sul territorio statale vivono, lavorano e sostengono i costi sociali.

4. Sovranità territoriale e migrazioni

Il territorio, la sovranità territoriale e la nazionalità ridiventano centrali proprio nella disciplina dell'immigrazione che a partire dall'Accordo di Schengen del 1985 [110] sempre più diventa una politica comune al «grande spazio» dell'UE [111] e si caratterizza per il riferimento al «confine» come luogo di rappresentazione della sovranità statale. Sebbene «il rapporto tra lo stanziale e l'itinerante è cambiato ovunque» [112], a fronte del fenomeno migra-

---

[109] Cfr. F. LANCHESTER, cit. e G. FRANCHI SCARSELLI, *Una legge misconosciuta degli stranieri alla vita pubblica*, in *Quad. cost.*, 2000/3, p. 649 che segnala anche un'azione di erosione degli istituti complementari al voto amministrativo volti alla «partecipazione alla vita pubblica a livello locale».

[110] L'accordo di Schengen del 14 giugno 1985 e la relativa convenzione d'applicazione del 19 giugno 1990 hanno istituito uno spazio di libera circolazione delle persone mediante la soppressione dei controlli alle frontiere interne degli Stati membri nonché l'instaurazione del principio di un controllo unico all'entrata nel territorio Schengen.

[111] Con le disposizioni introdotte dal trattato di Maastricht, completate da quello di Amsterdam, con cui si è delineato e approfondito il «pilastro» dell'UE per la costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia basata sulla potenziale mobilità dei cittadini comunitari si è «comunitarizzata» la materia dei visti, dell'asilo e dell'immigrazione. G. MONAR, *Justice and Home Affairs in the Treaty of Amsterdam: Reform at the Price of Fragmentation*, in *Europ. Law Rev.*, 1998, p. 320 sostiene che il Gai è il settore maggiormente approfondito dal trattato del 1996 che «comunitarizza» tali materie, spostandole dal Titolo VI TUE sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale a Titolo IV TCE potendo così essere disciplinate da direttive e regolamenti. L'attuazione dello Spazio europeo di libertà, di sicurezza e di giustizia, costituisce una priorità secondo la conclusione del Consiglio europeo di Tampere dell'ottobre 1999. L'attuazione di detto spazio è peraltro, come precisa il preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, indissociabile dal rispetto dei diritti fondamentali. Infatti detto progetto riguarda: l'attuazione di una politica comune di libera circolazione, di asilo e di immigrazione; il rafforzamento della cooperazione giudiziaria in materia civile per superare, nell'interesse dei cittadini europei, le difficoltà tuttora poste dalle frontiere giuridiche nonché il rafforzamento della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale onde lottare più efficacemente contro la criminalità e migliorare la sicurezza dei cittadini (*infra*).

[112] S. SASSEN, *Globalizzati e scontenti*, cit., p. 9.

torio lo Stato, sempre più eroso nella propria sovranità nelle sedi sovranazionali e internazionali dove sostiene le politiche della globalizzazione, ritrova nella politica dello spazio «lo strumento centrale di una ricomposizione (…) della sua sovranità» [113], esercitando un controllo sul territorio per governare quegli spostamenti di popolazioni che contribuisce a determinare [114].

L'esperienza degli altri Stati europei che hanno dovuto affrontare la questione migratoria ben prima dell'Italia insegna che la «chiusura» delle frontiere è anche un tentativo dei governi di riaffermare un controllo sulle dinamiche economiche, perché le imprese ottengono vantaggi dai flussi migratori che forniscono manodopera a basso costo per alcune attività necessarie all'interno della nuova spazialità globale [115], mentre i costi reali ricadono sul sistema politico, soprattutto in considerazione delle politiche di accoglienza che dovrebbero caratterizzare l'azione dello Stato costituzionale nella cura dei diritti universalmente riconosciuti [116]. Gli Stati mostrano, tuttavia, la loro attuale debolezza nell'affrontare il governo dell'immigrazione anche perché il potenziale conflitto fra mercato e Stati nazionali con maggior frequenza favorisce il primo la cui domanda incontra un'offerta stabile di migranti che sono costretti dalla povertà e/o dalle persecuzioni a abbandonare i loro paesi. Eppure, analizzando la legislazione sull'immigrazione, la inefficacia della politica statale sembra potersi rinvenire proprio in un orientamento statale proteso, piuttosto che a una gestione razionale dei flussi [117] e ad una articolata politica di accoglienza che voglia in un mondo globalizzato valorizzare le

---

[113] B. BADIE, *La fine dei territori*, cit., p. 186.

[114] Cfr. C. PINELLI, *Cittadini*, *responsabilità politica*, *mercati globali*, in questa *Rivista*, 1997, p 64 che afferma: «sebbene l'omologazione culturale provocata dalla diffusione degli strumenti multimediali indebolisca i vincoli di cittadinanza, la mobilità del lavoro sarebbe assai meno elevata di quella di beni e servizi, il che consentirebbe agli Stati di mantenere i controlli sui movimenti migratori alle loro frontiere».

[115] Cfr. S. SASSEN, *Globalizzati e scontenti*, cit., pp. 39 e 55.

[116] Cfr. G. SCIORTINO, *L'ambizione della frontiera. Le politiche del controllo migratorio in Europa*, Milano, 2001.

[117] Si deve rilevare che il sistema di programmazione dei flussi migratori non è risultato finora né efficace né ispirato dalle necessità del mercato del lavoro a cui la normativa fa espresso rinvio. Quando programmazione vi è stata, è stata effettuata con ritardi, *ex post* e sulla base di indirizzi politici fortemente restrittivi, determinando un aumento della clandestinità, come riconosce la dottrina. Cfr. B. NASCIMBENE, *La condizione giuridica dello straniero. Diritto vigente e prospettive di riforma*, Padova, 1997, p. 106; S. SASSEN, *Migranti*, *coloni*, *rifugiati. D'emigrazione di massa alla fortezza Europa*, Milano, 1999 per la quale la funzione sostanzialmente di chiusura determinata dai flussi produce un aumento degli ingressi irregolari, e conferisce *carattere permanente all'immigrazione per l'impossibilità per gli irregolari di circolare*; G. BASCHERINI, *Immigrazione*, in *Enc. giur.*, 2000, p. 3 e soprattutto p. 18; M. PAGGI, *Prime note sulla nuova disciplina dei flussi migratori*, in *Diritto*, *immigrazione e cittadinanza*, n. 3/2002, p. 23.

differenze, a «celebrare la sua sovranità ripristinando il controllo sui suoi confini» [118]. Se, in parte, le «nuove frontiere» delimitanti un grande spazio quale l'UE sono oggetto di una disciplina comune, laddove è interesse di tutti gli Stati membri non perdere il controllo dei flussi migratori, le legislazioni nazionali, in particolare degli «Stati-frontiera», si arricchiscono di forme di regolazione dell'ingresso e dell'espulsione del migrante incardinate sui concetti di sicurezza e ordine pubblico.

La tentazione di cedere a un rafforzamento della sovranità territoriale, adottando discipline sull'immigrazione significativamente rigide, rinforza il tratto più escludente della sovranità statale senza produrre alcun effetto sull'erosione della stessa ad opera dei fenomeni di globalizzazione. A questa tentazione sono particolarmente sensibili gli Stati di frontiera, tra cui l'Italia e la Spagna, ai quali è richiesto di fare argine alle migrazioni verso gli altri Stati europei nel sistema multilaterale di controllo delle frontiere esterne e del territorio comune [119]. Gli Stati di frontiera si arroccano su se stessi, dentro il proprio territorio, responsabilizzati anche per la funzione che sono chiamati a svolgere dalle organizzazioni sovranazionali. In tal modo lo Stato rischia di ridursi a Leviatano e di determinare un forte scollamento tra apparato e comunità laddove la storia insegna che solo politiche di inclusione possono rendere coesa una società. È così dai tempi dell'editto di Caracalla, con cui la cittadinanza fu concessa alle popolazioni conquistate per ottenere la loro lealtà all'impero [120]. Tutte le politiche, invece, che mirano a differenziare lo

---

[118] B. BADIE, *La fine dei territori*, cit., p. 187.

[119] Entrambi i paesi hanno adottato una normativa nazionale di gestione dei flussi migratori. Tale adozione è stata *condicio sine qua non* per la Spagna per entrare nella Comunità europea nel 1° gennaio 1986 (legge n. 7 del 1985) (cfr. A. SOLANES CORELLA, *Las fronteras europeas frente a la inmigración: regulación jurídica de la residencia de extranjero extracomunitarios en Italia y España*, in *Sociologia del diritto*, 2/2002, pp. 107 ss., 111), per l'Italia per aderire all'Accordo Schengen con la prima legge sull'immigrazione (legge n. 943 del 1986) e poi entrare nello spazio Schengen. A Tampere nel 1999 il Consiglio europeo ha indicato i principi di fondo che devono ispirare la disciplina in materia: controllo delle frontiere esterne, lotta contro l'immigrazione clandestina e del traffico di persone e integrazione. Si afferma che una politica comune sull'immigrazione è una condizione politica ineliminabile per un'Europa unita e, infatti, in Spagna si approva la legge n. 4 del 2000, poi la n. 8 del 2000 e infine nel maggio 2003 il governo spagnolo presenta un disegno di legge di riforma della disciplina dell'immigrazione (cfr. *www.extranjeria.info*) e in Italia si adotta la legge n. 40 del 1998 (poco dopo anch'essa modificata) contemporanea all'autorizzazione dell'entrata nello spazio Schengen (aprile 1998): D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 recante Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norma sulla condizione dello straniero (in seguito T.U.), in *G.U.* 18 agosto 1998, n.191. Sulla disciplina dell'immigrazione prima della riforma del 2002 (*infra*) cfr. per tutti G. BASCHERINI, *Immigrazione*, cit.

[120] P. SAITTA, *Integrazione, cittadinanza e immigrazione: i lenti mutamenti del diritto*, in *Sociologia del diritto*, n. 2/2002, pp. 48-49.

status di cittadino da quello di straniero, verso il quale si mostra la tendenza a limitare i diritti benché inviolabili, sono politiche di esclusione.

Sotto questo profilo, la legislazione italiana in materia di migranti sembra voler mettere in scena la morte del cigno per rappresentare il declino dello Stato nazione verso tentazioni «nazionalistiche», non solo perché la nazionalità traccia la frontiera giuridica tra chi può e chi non può entrare sul territorio italiano, ma perché la disciplina sembra andare oltre la definizione di forme di governo dei flussi, perdendo di vista l'aspirazione universalistica della tutela dei diritti della persona a prescindere dalla nazionalità e procedendo piuttosto ad una esaltazione dello *jus excludendi alios*.

5. *Segue*: la legislazione italiana sull'immigrazione

Non può considerarsi semplice gestione di flussi in nome dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza [121] l'abrogazione operata dalla legge 30 luglio 2002, n. 189 [122] della individuazione automatica delle quote annuali di flusso migratorio, che operava attraverso il rinvio al decreto relativo all'anno precedente in caso di mancata pubblicazione dei decreti di programmazione annuale, che di fatto la legge consentirebbe al Governo di chiudere le frontiere [123]. Decisione, quest'ultima, squisitamente politica e coinvolgente una delle scelte fondamentali dell'intero assetto della società che è rimessa nelle mani del Presidente del Consiglio. La decisione di poter implicitamente decretare la chiusura delle frontiere appare di fatto impraticabile in un mondo deterritorializzato, ma consegna all'interprete la sottesa decisione politi-

---

[121] Ad esempio, si è esonerato dall'obbligo generale di motivazione degli atti amministrativi il diniego di visto turistici per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato, eccezione che N. ZORZELLA, *Modifica e restrizioni del diritto all'unità familiare nella nuova legge n. 189 del 2002*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3/2002, p. 60 definisce sintomatica della «sempre più palese creazione di un diritto speciale degli stranieri».

Sotto altro profilo, si fa presente che il par. 2 dell'art. 2 della Convenzione Schengen, che prevede i casi di sospensione dello spazio privo di frontiere per motivi di ordine pubblico e sicurezza nazionale, negli ultimi due anni è stato applicato fino a marzo 2003 26 volte di cui 16 per bloccare dimostranti che intendevano recarsi a manifestazioni internazionali: in tali occasioni le frontiere sono state chiuse e non semplicemente reintrodotte le misure di controllo alla frontiera. Cfr. *www.statewatch.org.*

[122] Recante «Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo», in *G.U.* n. 199 del 26 agosto 2002 – supplemento ordinario n. 173.

[123] Il quarto comma dell'art. 3 T.U. n. 286 del 1998 è stato in tal senso modificato dal secondo comma dell'art. 3, legge n. 189 del 2002.

ca di proteggere la nazione ben oltre quanto richiesto dagli obblighi comunitari.

Tali obblighi comunitari sono ben presenti nella giurisprudenza costituzionale in materia di immigrazione. Si ricorda, in primo luogo, che «lo Stato non può abdicare al compito, ineludibile, di presidiare le proprie frontiere (…) a difesa della collettività nazionale» [124] e che «risulta in maniera incontrovertibile che i Trattati assicurano la piena libertà nell'attraversamento delle frontiere interne dell'Unione e, per converso, richiedono efficaci controlli alle frontiere esterne, anche al fine di combattere la criminalità (artt. 61-63 TCE)» [125]. È la stessa giurisprudenza a ribadire, però, che «per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi ai flussi migratori incontrollati (…) il carattere universale [dei] diritti che la Costituzione proclama inviolabili» spettano «ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani» [126]. L'universalità dei diritti inviolabili non ha comunque impedito – in una materia che coinvolge «la sfera dei diritti soggettivi» «per le implicazioni, nella quasi totalità dei casi necessarie, sulla libertà personale e non solo sulla libera circolazione dello straniero (…) per l'esigenza di misure coercitive per il trattenimento e l'accompagnamento alla frontiera» [127] – di considerare il trattenimento nel centro di permanenza temporanea, sì una «mortificazione della dignità dell'uomo», ma pur sempre quella «modalità organizzativa prescelta dal legislatore per rendere possibile (…) che lo straniero, destinatario di un provvedimento di espulsione, sia accompagnato alla frontiera e allontanato dal territorio nazionale» [128]; analogamente il termine di sette giorni per proporre ricorso contro il provvedimento di espulsione di un rifugiato è stato ritenuto congruo, più che con il pieno esercizio

---

[124] Corte cost., sent. n. 353 del 1997, in *Giur. cost.*, 1997, commentata da G. CINANNI, *Tre principi per una disciplina organica e coerente sull'immigrazione*, *ivi*, p. 3461.

[125] Corte cost., sent. 3 febbraio 2000, n. 31 in *Giur. cost*., 2000, pp. 215 ss., 221 con la quale si dichiarò inammissibile il referendum richiesto sul T.U. sull'Immigrazione in base al limite degli obblighi comunitari. Cfr. G. BASCHERINI, *Il referendum sull'immigrazione: l'intervento di soggetti terzi*, *la natura composita dell'oggetto referendario*, *il limite degli obblighi comunitari*, *ivi*, p. 233 ss.

[126] Cfr. sent. n. 105 del 2001, in *Giur. cost*., 2001, p. 675 ss., pt. 4.

[127] Corte cost., sent. n. 414 del 2001. Si tenga presenta che la Corte costituzionale con giurisprudenza risalente (cfr. sent. n. 244 del 1974) aveva ammesso che, pur nell'eguale titolarità di talune libertà in capo al cittadino e allo straniero, vi fosse differenza di trattamento nel godimento dei diritti, con particolare riferimento alla libertà di circolazione e di soggiorno dello straniero, a fronte della tutela di particolari interessi pubblici (ord. n. 503 del 1987).

[128] Cfr. sent. n. 105 del 2001, p. 4.

del diritto di difesa – aggiungiamo noi – con «l'interesse generale di un razionale ed efficiente controllo sull'immigrazione da Paesi extracomunitari» [129].

Non a torto si parla in proposito di disciplina della «polizia degli stranieri» [130], come si evince anche dal tenore della giurisprudenza della Corte: il tratto comune a varie sentenze, quasi tutte interpretative di rigetto che «fanno sistema» [131] tra loro, è il riferimento all'ordine pubblico e alla pubblica sicurezza dello Stato invocati dal legislatore per premettere la sovranità territoriale alla cura universale dei diritti umani [132]. Potrebbe rinnovarsi una tentazione «nazionalistica» della sovranità territoriale attraverso l'intreccio tra ordine pubblico, sicurezza e immigrazione per ribadire il ruolo dello Stato e soprattutto di chi ne delinea l'indirizzo politico, neutralizzato nelle sedi sovra- e internazionali, dando il segno della chiusura dello Stato verso gli stranieri, la cui categoria oggi coincide con gli extracomunitari [133]. Si tenga presente che con la legge cost. n. 3/2001 l'ordine pubblico è entrato in Costituzione [134] a

---

[129] Corte cost., sent. n. 161 del 2000.

[130] G. SIRIANNI, *La polizia degli stranieri*, Torino, 1999.

[131] G. BASCHERINI, *Accompagnamento alla frontiera e trattenimento nei centri di permanenza temporanei: la Corte tra libertà personale e controllo dell'immigrazione*, in *Giur. cost.*, n. 3/2001, pp. 1680 ss., 1695.

[132] Dal momento che la Corte cost., sent. n. 105 del 2001, cit., pt. 4, dichiara che «si può forse dubitare» che il trattenimento dei centri di permanenza temporanea consista in una restrizione tipica della libertà personale, in base alla considerazione che «il legislatore ha avuto cura di evitare, anche sul piano terminologico, l'identificazione con istituti familiari al diritto penale», si ritiene non oziosa e formalistica un'analisi della terminologia degli articoli del T.U. sull'immigrazione nella sentenza interpretati, ma non censurati, per capirne l'impostazione: polizia di frontiera; valichi di frontiera; ingresso; territorio dello stato; restringimento alla frontiera; stranieri; forza pubblica; espulsione; concreto pericolo; privo di valido documento attestante la sua identità e nazionalità; centro di permanenza temporanea.

[133] E. GROSSO, *Straniero (statuto costituzionale dello)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XV, Torino, 1999, p. 156 ss. G. BASCHERINI, *Europa*, *cittadinanza*, *immigrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 771, riflette sulla ridefinizione intervenuta di concetti quali straniero e frontiera a seguito degli accordi di Schengen, nonché della difficoltà oramai sempre più marcata di distinguere i migranti, tra immigrati, profughi, rifugiati, richiedenti asilo, clandestini irregolari, anche perché categorie miranti ad una gestione e ad un controllo dei flussi migratori in chiave unilaterale. S. SASSEN, *Migranti*, *coloni*, *rifugiati. Dall'emigrazione di massa alla fortezza Europa*, 1999, mostra bene come un concetto antico quale quello di esilio muti radicalmente il proprio significato tra Otto e Novecento, dando luogo nelle principali lingue europee a una serie di nuovi termini, come rifugiato e apolide. Gli esuli dei moti rivoluzionari del 1848 sono gli ultimi a trovare, ancorché non manchino significative eccezioni, un'accoglienza amichevole all'estero. Sassen mostra efficacemente come anche il concetto di «straniero» subisca una trasformazione radicale nel periodo indicato, divenendo paradigma della «esclusione» politica parallelamente alla ridefinizione dei codici della «inclusione» (della cittadinanza) su basi nazionali.

[134] G. CORSO, *Ordine pubblico (dir. pubbl)*, in *Enc. dir.*, XXX, Torino, 1980, p. 1063 ricor-

rinforzare la sicurezza, abbinato e accompagnato dall'immigrazione (nuovo 117, secondo comma, lett. *h)* e *b)* con art. 118, terzo comma). La decisione di governare il fenomeno migratorio come un aspetto rilevante delle politiche di sicurezza e di ordine pubblico, oltre a deprimere la legittima aspirazione in un mondo deterritorializzato a un'apertura della nostra società piuttosto che a una chiusura su se stessa, costituisce, anche sotto il profilo della costruzione di un ordine simbolico, uno dei crinali lungo i quali lo Stato è tentato di riaffermare e legittimare la propria funzione messa in crisi [135]. Sia l'ordine pubblico che la sicurezza, però, costituiscono «titoli» di formidabile ampiezza, non solo per l'invasione statale delle competenze legislative regionali, ma «per legittimare norme legislative che, come è accaduto in passato, finiscano per ledere i diritti fondamentali costituzionalmente garantiti» [136] non solo per gli stranieri, ma per tutti i cittadini.

Allora se si può solo prendere atto che lo Stato ha deciso di esercitare appieno il proprio *jus excludendi alios* abolendo la «prestazione di garanzia per l'accesso al lavoro» (il c.d. s*ponsor* [137]); condizionando la concessione e la

---

da che il costituente aveva intenzionalmente escluso di inserire in Costituzione il concetto di ordine pubblico per scongiurare una torsione dei diritti fondamentali delle persone. Ciò nonostante la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto tale limite implicito nel sistema costituzionale (cfr. sentt. nn. 168 del 1971 e 1013 del 1988) fornendone una definizione poi confluita nell'art. 159, secondo comma, D.Lgs. n. 112 del 1998, con sent. n. 290 del 2001 interpretata in modo da impedirne «una smisurata dilatazione». La sent. n. 407 del 2002 afferma che «il contesto specifico della lett. *h*) del secondo comma dell'art. 117 – che riproduce pressoché integralmente l'art. 1, terzo comma, lett. *l*), della legge n. 59 del 1997 – induce, in ragione della connessione testuale con "ordine pubblico" e dell'esclusione esplicita della "polizia amministrativa locale", nonché in base ai lavori preparatori, ad un'interpretazione restrittiva della nozione di "sicurezza pubblica". Questa infatti, secondo un tradizionale indirizzo di questa Corte, è da configurare, in contrapposizione ai compiti di polizia amministrativa regionale e locale, come settore riservato allo Stato relativo alle misure inerenti alla prevenzione dei reati o al mantenimento dell'ordine pubblico (sent. n. 290 del 2001)».

[135] Sull'ordine simbolico dei cittadini questo orientamento di chiusura deve avere inciso significativamente perché a fronte di statistiche che pongono l'Italia tra i paesi a «incidenza bassa» (2% o meno) della consistenza degli immigrati rapportata alla popolazione (al 31 dicembre 2001 1.686.606 secondo l'elaborazione Caritas dei dati del Ministero degli Interni, in Dossier statistico immigrazione 2001, Roma 2001, p. 14) la «presenza di immigrati» è con il 16.6% tra i maggiori «fattori di maggior disagio territoriale» rilevati nell'ambito della ricerca CENSIS, *Donne e politica. Vecchie legature e nuove chances*, Roma, 2003: in particolare al Centro la percentuale di «disagio da immigrazione» raggiunge il 27,9%, segno di una convivenza più conflittuale in queste regioni con il fenomeno dell'immigrazione rispetto, ad es. al Nord, dove gli immigrati risultano, sia pure con difficoltà, maggiormente integrati sul territorio.

[136] P. BONETTI, *Ordine pubblico*, *sicurezza polizia locale e immigrazione nel nuovo 117 della Costituzion*e, in *Le Regioni*, 2/3-2002, p. 483 ss.

[137] Previsto dall'art. 23, T.U. n. 286 del 1998 con il quale un cittadino italiano o straniero

durata del permesso di soggiorno al contratto di soggiorno per lavoro subordinato [138]; allungando da cinque a sei anni di regolare permanenza sul territorio il termine per ottenere la carta di soggiorno [139]; solleva dubbi di legittimità la decisione che, in tutti i casi di richiesta di rilascio o di rinnovo dei titoli di soggiorno, lo straniero verrà sottoposto al prelievo delle impronte digitali «indipendentemente non solo dalla sua condizione di irregolare, ma anche da qualsiasi dubbio sulla sua identità» [140]. Premesso che nei casi di dubbio sull'identità dello straniero i rilievi fotodattiloscopici erano già previsti, la finalità di tale previsione non emerge se non in relazione a «presunte» [141] ragioni di sicurezza [142]. In nome del principio di non discriminazione in base alla

poteva farsi garante dell'ingresso di uno straniero per l'inserimento nel mercato del lavoro. Cfr. M. PAGGI, *Prime note sulla nuova disciplina dei flussi migratori*, cit., p. 23.

[138] Ottenere il permesso di soggiornare sul suolo italiano già presuppone un improbabile incontro tra domanda e offerta di lavoro «a distanza» (con gli interessati nei rispettivi paesi); lo *status* di regolarità del migrante è subordinato al contratto di soggiorno per lavoro subordinato (art. 5-*bis* T.U.) in base al quale il datore di lavoro si fa garante di un alloggio e del pagamento delle spese di viaggio per l'eventuale rimpatrio del lavoratore. La durata del permesso di soggiorno non può superare quella del contratto di lavoro (art. 5, comma 3-*bis*) e, se quest'ultimo si rescinde prima della scadenza, il lavoratore resta inscritto nelle liste di collocamento, non più per un anno, ma per sei mesi (art. 22, undicesimo comma), iscrizione grazie alla quale potrà essere chiamato a lavorare, ora, in nome di un rinnovato «protezionismo» del mercato del lavoro nazionale, solo in caso di indisponibilità di lavoratore italiano o comunitario (art. 22, terzo comma, ss.). L'iscrizione nelle liste di collocamento è resa ulteriormente poco efficace al fine di trovare occupazione anche in considerazione della liberalizzazione dell'intermediazione privata nel mercato del lavoro.

[139] La Carta rappresenta uno degli aspetti della disciplina dello straniero più includenti perché permette al titolare lunghi periodi di inattività senza alcun rischio legato al ritiro del permesso di soggiorno.

[140] Ossia quei rilievi fotodattiloscopici di cui parla l'art. 5, comma 2-*bis* e 4-*bis* T.U. L. PEPINO, *La legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democrazia*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3/2002, p. 11.

[141] Cfr. P. CASCIANI, *Le impronte digitali per una schedatura di massa?*, in *www.interlex.it*, 2002. La relazione tecnica alla legge di conversione chiariva che le impronte digitali degli immigrati finiranno nel sistema centrale AFIS (Automatic Fingerprint Identification System) assieme alle impronte di tutti i pregiudicati.

[142] Anche laddove si volesse invocare un obbligo comunitario da assolvere, il molto invasivo regolamento (CE) 2725/2000 del Consiglio, che istituisce la struttura "Eurodac", per il confronto delle impronte digitali fa obbligo agli Stati firmatari della convenzione di Dublino del prelievo delle impronte di tutte le dita «di ogni richiedente asilo di età non inferiore a 14 anni» (art. 4) e di coloro, sempre maggiori di 14 anni, «che siano fermati dalle competenti autorità di controllo in relazione all'attraversamento *irregolare* via terra, mare o aria, della propria frontiera in provenienza da un paese terzo e che non siano stati respinti» (art. 8). I dati vanno trasmessi al registro centrale, ma non si fa alcun cenno al loro inserimento in un documento di identità, né tantomeno al loro prelievo, a prescindere da un'accertata situazione di irregolarità.

nazionalità, analogo obbligo si è introdotto in un secondo momento anche per i cittadini [143]. Non può non condividersi in proposito il parere espresso dal Garante della protezione dei dati personali che l'acquisizione delle impronte – inutile ai fini della identificazione, in quanto la carta d'identità elettronica non è falsificabile – potesse essere giustificata solo da esigenze di sicurezza a fronte delle quali, però, risulta «un sacrificio sproporzionato della sfera della libertà di tutte le persone che possono legittimamente lamentare anche una considerazione non adeguata e un rilevante pregiudizio della propria dignità personale» [144]. Nella nostra cultura costituzionale la dignità umana è strettamente connessa all'uguaglianza, resa spesso con il richiamo alla pari dignità sociale di cui devono godere le persone in quanto tali [145]. Il terreno sul quale cittadini e non cittadini sono stati dal legislatore parificati, purtroppo, è quello della mortificazione della dignità personale, in considerazione di esigenze di sicurezza a prescindere dai comportamenti, leciti o meno leciti, «regolari» o «irregolari».

Anche sulla qualificazione giuridica della condizione di irregolare (il c.d. clandestino) la legge n. 186 del 2002 aggiunge un tassello significativo alla disciplina di polizia dell'immigrazione, attraverso la trasformazione dell'irregolarità in reato [146]. In tal modo una condizione personale – la condizione di straniero non regolarmente soggiornante e espulso dal territorio nazionale –

---

[143] Benché risulti difficile capire come l'obbligo dei rilievi dattiloscopici per gli italiani possa essere contenuto in un decreto legge, peraltro recante «Disposizioni urgenti in materia di legalizzazione del lavoro irregolare di extracomunitari» convertito con modificazioni nella legge 9 ottobre 2002, n. 222 «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 9 settembre 2002, n. 195».

[144] Garante per la privacy, nel parere reso alla Presidenza del Consiglio sul Testo Unico delle norme in materia di documentazione amministrativa, in *www.garanteprivacy.it* – Newsletter n. 99 (14-21 ottobre 2001) 25 ottobre 2001.

[145] Per tutti G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Scritti in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, 1974 in cui ricostruendo il dibattito in Assemblea costituente si ricorda che nell'art. 3 Cost. la pari dignità sociale «venne ad acquistare valore sostitutivo di quello che si era ritenuto esprimibile con le parole «uguale trattamento sociale» ma nuovo rispetto alla mera riaffermazione dell'eguaglianza formale del cittadino di fronte alla legge. Da ultimo l'interessante confronto con la diversa cultura costituzionale tedesca emerso nel seminario introdotto da D. SCHEFOLD, *La dignità umana*, Luiss, marzo 2003.

[146] «Lo straniero che senza giustificato motivo si trattiene nel territorio dello Stato» in violazione dell'ordine di lasciarlo entro cinque giorni impartito dal questore «è punito con l'arresto da sei mesi a un anno. In tale caso si procede a nuova espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica» (art. 14, commi 5-*bis* e 5-*ter*). «Lo straniero espulso ai sensi del comma 5-*ter* che viene trovato, in violazione delle norme del presente testo unico, nel territorio dello Stato è punito con la reclusione da uno a quattro anni» (art. 14, comma 5-*quater*).

è fattispecie di reato permanente [147]. Si ricorda in proposito che la Corte costituzionale, sebbene a proposito della convalida del decreto di espulsione, invitasse l'autorità giudiziaria a operare «un controllo pieno, e non un riscontro meramente esteriore, quale si avrebbe se il giudice della convalida potesse limitarsi ad accertare l'esistenza di un provvedimento di espulsione purchessia» [148]. A maggior ragione si ritiene che i giudici di merito, nell'applicare tale norma penale, abbiamo il diritto-dovere di valutare la legittimità del precedente provvedimento amministrativo di espulsione [149] – la cui inosservanza da parte dello straniero soddisfa ora gli estremi di una fattispecie penale – e eventualmente disapplicarlo [150], pur nella consapevolezza che tale valutazione non possa controbilanciare l'affievolimento delle relative tutele giurisdizionali.

Proprio sotto il profilo della tutela giurisdizionale della libertà personale degli stranieri l'attuale disciplina si espone a vari rilievi di costituzionalità. La Corte costituzionale, come noto, sebbene «sottovoce» [151], ha riconosciuto nel trattenimento nei centri di permanenza temporanea [152] una restrizione della libertà personale riconducendolo nell'alveo delle garanzie giurisdizionali *ex*

---

[147] Cfr. Trib. Roma, sez. VII pen. in composizione monocratica 2 gennaio-20 febbraio 2003, in *www.penale.it/giuris/mer_132.htm*.

[148] Sent. n. 105 del 2001, pt. 5. Si richiama anche la sent. n. 34 del 1995 che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 7-*bis* della legge n. 296 del 1993 nella parte in cui prevedeva quale condotta penalmente sanzionabile quella dello straniero, colpito da provvedimento di espulsione e privo di documento di viaggio che «non si adopera per ottenere dalla competente autorità diplomatica o consolare il rilascio del documento del viaggio occorrente» perché in contrasto con il principio di tassatività della fattispecie contenuta nella riserva assoluta di legge in materia penale *ex* art. 25 Cost.

[149] Vale a dire il decreto di espulsione amministrativa emesso dal Prefetto *ex* art. 13, commi 1 e 2 T.U., del quale l'ordine di espulsione del Questore *ex* art. 14, comma 5-*bis* costituisce mezzo di esecuzione.

[150] Atteso che secondo i principi generali dell'ordinamento sono disapplicabili gli atti amministrativi illegittimi da parte del giudice penale, a quest'ultimo deve essere riconosciuto il potere di sindacare la legittimità dell'atto amministrativo tutte le volte in cui esso è integrativo della fattispecie penale oggetto del giudizio (cfr. da ultimo Cass. pen., sez. I, 20 luglio 2001, n. 29543).

[151] Perché con sentenza interpretativa di rigetto R. ROMBOLI, *Immigrazione, libertà personale e riserva di giurisdizione: la Corte costituzionale afferma importanti principi, ma lo fa sottovoce*, in *Foro it*. 2001, I, c. 2703. Cfr. anche V. ANGIOLINI, *L'accompagnamento coattivo alla frontiera e la tutela della libertà personale: la sent. n. 105 del 2001 la Corte fa (solo) il primo passo e lascia ai giudici comuni di proseguire*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2/2001, p. 67 ss.

[152] La nuova legge ha allungato i tempi del ricorso (sessanta) e della decisione (venti), ma a fronte di un aumento pari al doppio del periodo di permanenza nei centri (da trenta a sessanta giorni). Cfr. nuovo art. 14, quinto comma.

art. 13 Cost. [153], che risultano fortemente compromesse a fronte della *espressamente* sancita immediata esecutività del provvedimento di allontanamento il cui strumento ordinario di esecuzione è ora l'accompagnamento coattivo alla frontiera (art. 13, quarto comma, T.U.); a fronte dell'abolizione della audizione dell'interessato (art. 13, nono comma) rendendo la procedura cartolare; e, infine, a fronte della sottrazione al giudice del potere di ridurre il termine della durata del divieto di rientro fissata in dieci anni e valida per tutta l'area Schengen [154]. Per garantire il rispetto della riserva di giurisdizione posta a presidio della libertà personale il legislatore ha dovuto in un secondo momento inserire [155] l'obbligo al questore di comunicare entro quarantotto ore al tribunale il provvedimento di espulsione con cui è disposto l'accompagnamento alla frontiera (art. 5-*bis*), anche se un procedimento, meramente cartolare, di convalida di un'esecuzione di allontanamento già avvenuta non soddisfa affatto l'*habeas corpus* (art. 13 Cost.), il diritto alla difesa (art. 24 Cost.), l'effettività della tutela giurisdizionale (art. 113) e il diritto ad un giusto processo (art. 111 Cost.) [156].

Il «trattenimento» è introdotto dalla nuova normativa anche per il richiedente asilo, nonostante che sul diritto soggettivo di quest'ultimo ad essere accolto nel nostro territorio non dovrebbero sorgere dubbi [157]. Eppure, non

---

[153] Il trattenimento nei c.p.t. è una forma di restrizione della libertà personale, spesso definita *detenzione amministrativa*, perché mortifica un diritto inviolabile quale la libertà personale in assenza di una qualsiasi forma di comportamento illecito. In tal modo si viola anche il diritto internazionale laddove il Protocollo addizionale contro il traffico di migranti aperto alla firma con la conferenza ONU tenutasi a Palermo nel dicembre 2000 pone divieto di ogni forma di criminalizzazione dei migranti in quanto tali.

[154] Cfr. Corte cost., sent. n. 165 del 2001 ha affermato che il potere del giudice in materia di durata del divieto di rientro corrispondeva «all'esigenza di rafforzare l'effettività, la tempestività e l'ampiezza della tutela giurisdizionale, specie se questa tutela coinvolga diritti della persona».

[155] D.l. 4 aprile 2002, n. 51 convertito con modificazioni dalla legge 7 giugno 2002, n. 106.

[156] Sui vari aspetti problematici e di dubbia costituzionalità della norma richiamata cfr. il volume monografico della rivista *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3/2002 e le numerose osservazioni critiche già espresse sul previgente sistema e ora rese ancora più fondate in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO e P. VERONESI (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Atti del Convegno di Ferrara, Torino, 2001.

[157] Per la configurazione del diritto di asilo come diritto soggettivo perfetto dello straniero, indipendentemente da leggi che ne fissino le condizioni, con limiti solo nel caso di esodo di massa cfr. C. ESPOSITO, voce *Asilo (diritto cost.)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 225 e M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari di diritti fondamentali: l'esperienza italiana*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1992, p. 230. La presentazione della domanda di asilo politico da parte dello straniero conferisce al richiedente, ai sensi dell'art. 1, quinto comma della legge n. 39 del 1990,

solo la nostra legislazione, dopo più di mezzo secolo, non si è ancora adeguata alla Convenzione di Ginevra [158], ma prevede che coloro che non godono nel proprio paese dei diritti dalla nostra Costituzione garantiti a tutti siano trattenuti in appositi centri [159], in assenza totale di indicazione della relativa tutela giurisdizionale. Il legislatore si premura di affermare che «il richiedente asilo non può essere trattenuto al solo fine di esaminare la domanda di asilo presentata», correggendo la rotta con un elenco di casi in cui è ammesso «per il tempo strettamente necessario» il trattenimento facoltativo e quello obbligatorio: la serie di ipotesi previste è talmente generica e ampia da abban-

---

il titolo a ottenere un permesso di soggiorno temporaneo fino alla definizione della procedura di riconoscimento dello stato di rifugiato. La disposizione concernente il procedimento per il riconoscimento dello stato di rifugiato assume carattere particolare rispetto alla disciplina generale dell'art. 4, che regola il rilascio del permesso di soggiorno dei cittadini extracomunitari. Le due discipline sono, pertanto, alternative e non è ipotizzabile riferire la normativa posta dall'art. 4 ai casi in cui si controverta dell'espulsione di stranieri che abbiano chiesto il riconoscimento dello stato di rifugiato. Cfr. la recente giurisprudenza del Consiglio di Stato: secondo il Cons. St., sez. IV, n. 3603/2002, la Commissione centrale per il riconoscimento dello *status* di rifugiato (ora modificata dalla legge n. 189 del 2002) ha competenza esclusiva a valutare le domande di riconoscimento dello stato di rifugiato, anche quanto alla sussistenza o alla eventuale insussistenza dei relativi presupposti. Sull'art. 1 n. 4 della legge n. 39 del 1990, il quale dispone che non è consentito l'ingresso nel territorio dello Stato allo straniero che «… provenga da uno Stato, diverso da quello di appartenenza, che abbia aderito alla Convenzione di Ginevra …» dove lo straniero ben può chiedere protezione, il Cons. St., sez. IV, n. 3605 del 2002 ha deciso che uno straniero, di nazionalità somala, non poteva ottenere l'asilo richiesto in Italia per il lungo soggiorno (circa due anni) nello Yemen che è nazione anch'essa firmataria della Convenzione di Ginevra: «siffatta interpretazione non può ritenersi in contrasto con i principi di cui all'art. 10, terzo comma, Cost., atteso che la sua natura programmatica (che non può validamente essere contestata) consente al legislatore nazionale di dettare le condizioni ed i limiti del riconoscimento del diritto di asilo che, comunque, deve essere contemperato con interessi di indiscusso rilievo costituzionale come quelli dell'ordine pubblico della sicurezza nazionale ed altri». Quest'ultima sentenza è regressiva anche rispetto a quanto statuito dalla Corte di Cass., sez. un. civ., 12 dicembre 1996, n. 4674/97: «il carattere precettivo e la conseguente immediata operatività della disposizione costituzionale sono da ricondurre al fatto che essa, seppure in parte necessita di disposizioni legislative di attuazione, delinea con sufficiente chiarezza e precisione la fattispecie che fa sorgere in capo allo straniero il diritto di asilo, individuando nell'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche la causa di giustificazione del diritto e indicando l'effettività quale criterio di accertamento della situazione ipotizzata».

[158] La Convenzione del 28 luglio 1951, ratificata dall'Italia con legge 24 luglio 1954, n. 722, dopo aver definito la posizione di «rifugiato» (che si pone come *species* rispetto al *genus* asilo politico) come «colui che, temendo di essere perseguitato per motivi di razza, di religione …, si trova fuori dal paese di cui è cittadino e non può, o non vuole avvalersi della protezione di questo Paese», impegna gli Stati firmatari alla protezione del perseguitato (anche potenziale) nei confronti dello stato di appartenenza.

[159] Centri di identificazione, il cui numero, caratteristiche e modalità di gestione verranno determinate da un apposito regolamento.

donare alla piena discrezionalità dell'amministrazione la sorte di rifugiati e asilanti [160]. Il tutto nel solco di una ottica comunitaria in cui la Commissione, sublimando il denotato delle parole, disquisisce di «asilo e rimpatrio» [161].

L'ampia discrezionalità che lo Stato può vantare in materia di ingresso dello straniero nel territorio nazionale è esercitata, quindi, con tale determinazione da far perdere di vista la tutela universale dei diritti costituzionali. In punto di teoria, comunque, diverso dovrebbe essere l'indirizzo statale nel disciplinare l'allontanamento dello straniero in considerazione del legame che nel frattempo il migrante abbia coltivato con il territorio in cui soggiorna [162]. Invece, anche laddove lo straniero è immaginato radicato e inserito sul territorio [163] perché già titolare di permesso di soggiorno, la nuova disciplina va a restringere anche quel diritto perfetto, almeno formalmente, dello straniero (art. 28 T.U.) sia al ricongiungimento familiare che al mantenimento dell'unità familiare (art. 29 T.U.): parenti e genitori non sono più ricongiungibili (art. 23 T.U.), il procedimento relativo ora torna a svolgersi presso la prefettura e si è introdotta la revoca del permesso di soggiorno per lo straniero che, regolarmente soggiornante da almeno un anno, contragga un matrimonio dal quale non sia seguita una effettiva convivenza, salvo che dal matrimonio non sia nata prole (art. 30, comma 1-*bis*) [164].

Già da questa prima lettura della legge n. 189 del 2002 si può ben valutare quanto lo Stato sembri voler scongiurare la propria crisi di funzione e ruolo storico a fronte delle significative limitazioni della sovranità, mostrando la propria discrezionalità nell'esercizio dello *jus excludendi alios* ben oltre gli obblighi comunitari [165], al costo di mortificare quella cura dei diritti della per-

---

[160] Cfr. artt. 31-32 della legge n. 189 del 2002 che modificano la legge Martelli n. 39 del 1990.

[161] COM (2002) 175 del 10 aprile 2002 Libro Verde «Su una politica comunitaria di rimpatrio delle persone che soggiornano illegalmente negli Stati membri», p. 8 scrive «il rimpatrio volontario costituisce una delle tre soluzioni a lungo termine del problema dei rifugiati, insieme all'integrazione e al reinserimento».

[162] Cfr. C. CORSI, *Diritti fondamentali e cittadinanza*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 780 ss.

[163] Cfr. sotto questo profilo S. SICARDI, *Essere di quel luogo. Brevi considerazioni sul significato di territorio e di appartenenza territoriale*, in *Pol. dir.*, I, 2003, p. 115 ss.

[164] Per vari rilievi di incongruità e irragionevolezza di tale disciplina cfr. N. ZORZELLA, *Modifica e restrizione*, cit., pp. 62-67.

[165] Non che a livello comunitario non sia in atto un parallelo orientamento restrittivo anche in tema di ricongiungimento familiare, ma la proposta di direttiva di recente presentata dalla Commissione è comunque meno severa di quella attuale italiana. Cfr. COM (2002) 225 del 2 maggio 2002 che consente il ricongiungimento per i genitori a carico e privi di «adeguato sostegno familiare nel paese di origine, mentre in Italia il divieto è automatico in caso di pre-

sona che rappresentano il fulcro dello Stato costituzionale. La recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, infatti, «riconosce nella attuale disciplina dell'immigrazione una visione "esclusivamente repressiva", in cui le funzioni di ordine pubblico e di sicurezza sono divenute "il tema centrale" attraverso "una lettura unilaterale della normativa europea" e perdendo di vista i principi solidaristici della nostra Costituzione [166]. Si sta assistendo a una dissimulazione della capacità degli Stati di articolare il rapporto tra la popolazione che risiede sul territorio e che lo fa vivere, creando le condizioni culturali e socio-economiche per una convivenza che si faccia popolo. Tale dissimulazione, purtroppo, ha forti ricadute sulle libertà fondamentali di tutti coloro che vivono, passano, attraversano, sono trattenuti e espulsi, cittadini o meno, verso, sul e dal territorio nazionale. In nome dell'ordine pubblico e della sicurezza, lo Stato «tende a darsi una configurazione repressiva, nella quale finisce per predominare una visione di chiusura, marginalizzando o addirittura dimenticando tutto il contenuto universalista e integratore che fu un tempo la caratteristica dell'invenzione territoriale» [167].

Lo sviluppo di una politica comune dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo si incardina sempre più sul perno securitario, accoppiandosi con il controllo delle frontiere esterne [168], senza nulla togliere «all'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna» [169]. Lo stesso «progetto di trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa» presentato il 18 luglio dalla Convenzione al Presidente del Consiglio europeo prevede che in materia vi sia «solidarietà» tra gli Stati membri, nel senso di una ripartizione degli oneri relativi [170], per una politica «equa» [171] sì, ma volta solo a «garantire il controllo delle persone e la sorveglianza efficace dell'attraversamento delle frontiere esterne» e «instaurare progressivamente un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne» [172]. Fin qui gli obiettivi che

---

senza di altri figli nel paese dei genitori. Nelle speranze degli altri Stati spesso la famiglia immigrata è intesa in termini strettamente nucleari.

[166] Corte di Cassazione, sez. III penale, sent. n. 3162 depositata il 23 gennaio 2003, in *www.cassazione-sezi.terza-penale-sent28nov.2002*.

[167] B. BADIE, *La fine dei territori*, cit., p. 188.

[168] La sezione II del capo IV «spazio di libertà, sicurezza e giustizia», del progetto della Convenzione europea si intitola infatti «politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione» (CONV 850/03).

[169] Cfr. art. III-163 del progetto della Convenzione (CONV 850/03).

[170] Cfr. art. III-169 del progetto della Convenzione (CONV 850/03).

[171] Cfr. art. III-158 del progetto della Convenzione (CONV 850/03).

[172] Cfr. art. III-166 del progetto della Convenzione (CONV 850/03).

devono essere perseguiti. Sul fronte della politica di accoglienza, invece, «la legge o la legge quadro *può* stabilire misure volte a incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri al fine di favorire l'integrazione dei cittadini di paesi terzi *regolarmente* soggiornanti nel loro territorio» [173]. La qualificazione di «regolari» diventa prevalente su ogni altra considerazione di valore, tant'è che la Commissione ha messo in rilievo che un elemento integrante della politica comune deve essere costituito dal rimpatrio di chi soggiorni illegalmente nella UE [174].

Lungi dall'essere limitato alla «fortezza Europa» [175], il «riarmo» dei confini contro profughi e migranti è appunto un fenomeno globale, che dalle «frontiere esterne» dell'UE, dal confine tra USA e Messico, si distende passando attraverso i nuovi argini contro la mobilità del lavoro sorti nei paesi del sud-est asiatico investiti dalla crisi del 1997. Queste politiche – riassunte, in Europa, nella moltiplicazione dei campi di detenzione per i migranti in attesa di espulsione – costituiscono un elemento cardine dei processi reali di globalizzazione in atto. La frontiera si è spostata ed è ben tracciata e sorvegliata. E a riprova che la parità tra gli Stati non è di questo mondo, basti pensare alla «esternalizzazione» dei controlli alle frontiere e agli accordi di riammissione con cui lo Stato verso cui il flusso migratorio tende impegna i paesi dai quali partono i flussi, e in particolare gli Stati confinanti con lo spazio Schengen, a presidiare le proprie coste e a riammettere i propri cittadini espulsi dal nostro, pena il restringimento della (eventuale) quota di ingresso di lavoratori per «Stati che non collaborano adeguatamente» [176].

---

[173] Cfr. art. III-168 del progetto della Convenzione (CONV 850/03).

[174] Commissione, Libro verde su una politica comunitaria di rimpatrio delle persone che soggiornano illegalmente negli Stati membri, COM (2002) 175.

[175] S. SASSEN, *Migranti*, *coloni*, *rifugiati. Dall'emigrazione di massa alla fortezza Europa*, cit. Si condividono pienamente qui le parole di G. BASCHERINI, *Europa*, *cittadinanza*, *immigrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 791 «L'Europa … concetto polemico … diviene razzista … solo quando si sfianca e si sovrappone a quello di nazione … quando questo sentire nazionale si fa identitario, naturalistico, etnoculturale piuttosto che volontaristico, politico».

[176] L'Italia, in questo caso, *ex* art. 21, primo comma, T.U., in forma semplificata. Cfr. art. 1, primo comma, T.U. come modificato dalla legge n. 189 del 2002. Cfr. il recente Libro Verde «Su una politica comunitaria di rimpatrio delle persone che soggiornano illegalmente negli stati membri», COM (2002) 175, presentato dalla Commissione europea il 10 aprile 2002 e il piano globale adottato dal Consiglio il 28 febbraio 2003 per combattere l'immigrazione illegale della tratta degli esseri umani.

6. Circolazione, incolato e redistribuzione

Tirando le fila di quanto sin qui si è tentato di argomentare sulla scorta della categoria di *nomos* proposta da Schmitt, è in atto un processo di deterritorializzazione, vale a dire di divaricazione tra i tre elementi costitutivi dello Stato: sovranità, popolo e territorio.

La fitta regolamentazione di origine non nazionale volta alla creazione di un ordine giuridico del mercato globale si impone su quella nazionale; sul territorio statale sempre più valgono regole non poste autonomamente dai rappresentanti della sovranità popolare neutralizzandone la responsabilità politica; la liberalizzazione degli scambi e lo sviluppo delle tecnologie consente alle imprese di scegliere una localizzazione dei propri interessi articolata in vari paesi e continenti (ricorrendo, come estrema *ratio*, all'uso delle armi); ciò crea una competizione tra gli ordini giuridici dei singoli paesi a chi risulta più attraente per i mercati in cerca di localizzazione, ipotecando la cura dei diritti e in particolare dei diritti sociali.

La crisi della territorialità segna il declino dello Stato costituzionale e può rivelarsi fatale per i piccoli, singoli Stati. Il *nomos* della deterritorializzazione rafforza il perseguimento di una politica dei «grandi spazi» all'interno dei quali i confini politici dello Stato nazione vengono cancellati per ricollocarsi lungo il perimetro della nuova frontiera segnata da confini economici. Lo Stato, però, potendo vantare il controllo del territorio, è tuttora l'unico ente che è in grado di consentire l'insopprimibile riterritorializzazione delle relazioni giuridiche; eroso nella sua sovranità, lo Stato rischia, quindi, di ritrovare una propria legittimazione nel mero mantenimento della sicurezza e la sovranità territoriale rischia di ridursi al suo nucleo originario di *jus excludendi alios* declinata con il principio di nazionalità.

Conseguenza ultima del *nomos* della deterritorializzazione potrebbe essere, infatti, una rivalutazione del principio di nazionalità, ampiamente ripudiato negli scambi commerciali e finanziari, ma ben consolidato se riferito agli esseri umani. Il principio di nazionalità applicato alle persone, da un lato, è un vettore di delocalizzazione perché consente alla potestà di imperio dello Stato sul cittadino di superare la corrispondenza con il territorio nazionale, raggiungendo i propri cittadini oltreconfine; dall'altro, è lo strumento giuridico per l'esercizio dello *jus excludendi alios* dal territorio statale e, sempre più, per la costruzione di una «barriera» giuridica tra le persone di nazionalità diversa che vivono sullo stesso territorio. Due e speculari sono i sintomi della sua rivalutazione nel nostro ordinamento, in direzione opposta alla valorizzazione della materiale partecipazione alla vita del luogo. Da un lato, la recente riforma del voto dei cittadini italiani all'estero, dall'altro, il progressivo irrigidimento

della disciplina dell'immigrazione. Queste discipline rappresentano due profili «critici» della tendenza centrifuga [177] tra gli elementi essenziali dello Stato perché mettono a nudo le difficoltà di tenuta della Costituzione e della democrazia pluralista a fronte della deterritorializzazione.

Ciò significa, in ultima analisi, che la globalizzazione, consistendo in una deterritorializzazione, incide significativamente sulle situazioni giuridiche soggettive delle persone, sempre meno determinate nelle loro decisioni di sistema dalle norme costituzionali e dalle loro attuazioni legislative e sempre più limitate dallo sforzo dello Stato-apparato di dimostrare attraverso la propria potestà di dominio quel che resta della sovranità. Una sovranità che è tutta statale, sempre meno popolare.

La questione che sembra rivelatrice dell'attuale ordine economico, sociale, giuridico, politico e culturale è la nuova limitazione di uno dei diritti umani, che porta con sé una contrazione di tutti gli altri diritti: il diritto alla libertà di circolazione delle persone.

È in questo complesso contesto che in un'ottica di internazionalizzazione della tutela dei diritti umani, della persona più che del cittadino, o della persona come cittadino del mondo, è possibile porre il tema della cittadinanza globale, superando il principio di nazionalità e valorizzando il rapporto di partecipazione con gli altri abitanti alla condivisione di uno stesso territorio. Sotto questo profilo, da più parti si invoca la rivendicazione di un diritto cosmopolita di circolazione per una cittadinanza globale.

La libertà di movimento delle persone sulla terra, tuttavia, sarà un'utopia fintanto che la circolazione delle persone non sarà una scelta ma una necessità. Non si tratta, è chiaro, di riconoscere il diritto universale al turismo o allo scambio culturale con soggiorni all'estero, o alla realizzazione di una propria casa in ogni parallelo per inseguire il sole. Si pone il problema di risolvere alla radice le cause strutturali che sono alla base di un flusso migratorio fatto essenzialmente di disperati e senza scelta se si vuole che in futuro si tratti della circolazione delle persone che scelgono di cambiare comunità politica per adesione volontaria. La libertà esiste solo se c'è una possibilità di scelta, e questa a sua volta è data solo se sono stati rimossi quegli ostacoli di ordine socio economico che il nostro costituente, appena uscito da una guerra dilaniante, ben conosceva. Così come il popolo italiano ben conosceva l'emigrazione.

Oggi si dovrebbe riflettere sulla condizione di meta dei migranti dell'Europa e dell'Italia e sulla sperequazione delle condizioni di vita dei paesi da cui fuggono e di quelli da cui vengono cacciati e ricordarsi che la ricca Europa può essere considerata «illegittima conquistatrice e usurpatrice di

[177] Cfr. C. De Fiores, *Secessione*, cit., p. 102.

terre e ricchezze altrui, genocida di popoli e di culture equivalenti … arbitraria impositrice dei propri modelli di vita e di cultura, sfruttatrice incontenibile e smoderata delle risorse dei popoli» [178]. La consapevolezza degli squilibri che le politiche ispiratrici della globalizzazione producono nel mondo, favorendo una disparità di condizioni di esistenza nei vari paesi, pongono seriamente la questione della allocazione delle risorse e della ridistribuzione della ricchezza al fine di permettere l'universalizzazione dell'esercizio di diritti riconosciuti da molte carte costituzionali e dichiarazioni nazionali, internazionali e sovranazionali alle persone in quanto tali.

Il tramonto del principio di nazionalità e la conseguente libertà di movimento e attraversamento dei confini e delle frontiere permetterebbe di valorizzare il rapporto tra il territorio e coloro che vi abitano e concorrono a farlo vivere, partecipando alla vita economico-sociale, politica e culturale che su di esso si svolge; perché questo sia possibile è necessario e sempre più impellente ragionare sull'eliminazione delle cause della miseria e della persecuzione (se non belligeranza) quali fattori strutturali dell'esistenza umana nella gran parte del mondo, cause che si aggravano, nelle loro dimensioni, in parallelo allo sviluppo della liberalizzazione e della deterrioralizzazione conducendo a flussi migratori unidirezionali. Se si ritiene che i diritti della persona umana debbano essere inalienabili in ogni parte della crosta terreste o se si conviene che la dignità è un bene imprescindibile per ogni essere umano, o, più semplicemente, si considera con preoccupazione una liberalizzazione dei movimenti delle persone a fronte, più che delle diseguaglianze, delle mortifere condizioni di vita di gran parte del mondo che alimentano una migrazione a senso unico e non uno scambio circolare; ebbene, in questo caso, non ci si può non porre il problema di prospettare una nuova rimodulazione del rapporto tra territorio, popolazione e la scelta sulle forme della convivenza.

Quella occupazione non tellurica, ma altrettanto lacerante per il tessuto socio-economico di un paese, che subiscono da sempre i paesi poveri produce una separazione tra territorio, popolazione e quella ricchezza lì e da loro prodotta e altrove goduta e reinvestita.

Chi concorda sul costo del godimento universale della pari dignità sociale, non può non porsi un interrogativo rispetto alla necessità che le persone che abitano un luogo e lo valorizzano debbano essere messe in grado di decidere delle loro vite e del loro territorio in solidarietà con le altre comunità.

---

[178] F. CERRONE, *La cittadinanza europea: integrazione economica e identità*, in *Pol. dir.*, n. 4/2000, p. 592 che pensa a un'identità decentrata a partire da una percezione della identità europea «riflessa negli occhi degli altri», con G. GALASSO, *Storia d'Italia. 3. Età contemporanea*, Roma-Bari, 1996, p. 500.

Crisi della legalità e forma di governo

di *Marco Ruotolo*

SOMMARIO: 1. Crisi di «quale legalità»? – 2. Rotture della legalità, affievolimento della democrazia – 3. Problematiche attuali della nostra forma di governo – 3.1. La crisi della rappresentanza: il combinato operare di fattori esogeni (integrazione europea, globalizzazione) e di fattori endogeni (modifica del sistema elettorale) – 3.2. Lo spostamento dei centri di decisione politica e suoi riflessi sul sistema delle fonti del diritto italiano – 3.3. *Segue*: il Governo come centro di decisione politica: il caso delle deleghe e delle delegificazioni – 3.4. Il ruolo della Corte costituzionale. Cenni. – 4. Crisi della legalità e forma di governo: un quadro d'insieme. La Costituzione del '48 come «intralcio» al libero dispiegarsi del potere.

1. Crisi di «quale legalità»?

Il tema della «crisi della legalità» ricorre nello studio delle scienze giuridiche da molto tempo. A partire dall'ampiamente condivisa affermazione della «crisi della legge», intesa come crisi dell'atto normativo primario di provenienza parlamentare, produttore di regole generali ed astratte [1]. Crisi storica-

[1] Sulla crisi della legge v. A. BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica nella scienza e nelle istituzioni*, I, Torino, 1896, p. 534 s.; F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V.E. ORLANDO, III, 1901, p. 55 ss.; H. HELLER, *Il concetto di legge nella Costituzione di Weimar* (1927), ora in ID., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, a cura di P. PASQUINO, Milano, 1987, p. 330 ss.; F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, p. 424 ss.; C. SCHMITT, *L'evoluzione recente del problema delle delegazioni legislative* (1938), ora in *Quad. cost.*, 1986, p. 536 ss.; AA.VV., *La crisi del diritto*, Padova, 1953; più di recente, F. TERRÉ, *La «crise de la loi»*, in *Arch. de phil. du droit*, 1980, p. 17 ss.; S. LABRIOLA, *Crisi della legge e principio di rappresentanza*, in *Dir. soc.*, 1983, p. 723 ss.; F. MODUGNO e D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1989, p. 411 ss.; G. CIAURRO, *La crisi della legge*, in *Scritti in onore di Aldo Bozzi*, Padova, 1992, p. 99 ss.; M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, p. 124 ss.; nonché, da ultimo, F. MODUGNO, A. CELOTTO e M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla «crisi» della legge*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, fasc. 2/1999, p. 7 ss. (anche in F. MODUGNO,

mente legata al superamento dello Stato monoclasse e quindi della omogeneità sociale che trovava espressione nel modello liberale borghese [2].

Le embrionali prefigurazioni della «crisi della legge» sono già avvertibili alla fine dell'800 e si esprimono, tra l'altro, in quelle correnti di pensiero giuridico che si pongono contro il formalismo e contro il dogma della completezza dell'ordinamento, che affonda le sue radici nella tradizione romanistica medievale (legata al sistema del *Corpus iuris*) e che in tempi a noi più vicini trova nuova linfa nella concezione statualistica del diritto. Il dogma della completezza, legato all'idea del monopolio statale della produzione giuridica e al sistema delle grandi codificazioni, entra in crisi proprio in seguito ai rapidi mutamenti sociali e alle trasformazioni industriali che permettono di rilevare la lacunosità del codice, l'impossibilità di trovare in esso la risposta a tutti i problemi che possono presentarsi, proprio per l'emersione di nuove realtà e di nuovi bisogni. Il «codice», infatti, conteneva risposte «valide» in relazione ai problemi che potevano riguardare un certo tipo di società, cercando di condizionarne le dinamiche in un processo di tendenziale unificazione del «soggetto borghese». Ma esso non poteva più valere in una società pluriclasse, in grado di esprimere nuove formazioni sociali (quali i sindacati e i partiti), in quanto stava venendo rapidamente meno il presupposto sul quale il sistema si reggeva, l'idea, cioè, che il diritto fosse un prodotto esclusivo dello Stato, non inquadrabile come fenomeno sociale.

A fronte di così incisive trasformazioni, il positivismo giuridico avvertì, come è noto, l'esigenza di individuare nuovi argomenti a difesa della legalità e della certezza del diritto, dovendosi ammettere l'esistenza di comportamenti non disciplinati da norme giuridiche. Ma le soluzioni ipotizzate per salvare il dogma della completezza furono a seconda dei casi (e dei tempi) diver-

---

Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo, III ed., Torino, 2000, p. 325 ss.).

[2] È chiaro il riferimento all'opera di M.S. Giannini, che contrappone allo Stato borghese, monoclasse – il quale riconosceva il principio di eguaglianza ma attribuiva i diritti politici solo a quei cittadini che pagavano imposte dirette oltre un certo livello –, lo «Stato pluriclasse» che si afferma con il progressivo riconoscimento di diritti politici a strati sempre maggiori di cittadini. «Quando si giunse ad un suffragio elettorale sufficientemente ampio si trovarono a partecipare al potere politico altre classi oltre quella censitaria, e quando il suffragio, almeno maschile, divenne universale, ossia si ebbe lo Stato democratico (almeno formalmente) tutte le classi sociali ebbero una partecipazione al potere stesso; da uno Stato monoclasse si passò ad uno Stato pluriclasse, per esprimerci in termini sociologici» (M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, *Dispense*, Anno accademico 1964-65, Milano, 1965, p 49 s.). Di qui anche l'interrogativo circa la possibilità di continuare ad utilizzare nel quadro dello «Stato pluriclasse» un modello, quale quello parlamentare, radicato nelle condizioni storiche dello «Stato monoclasse» borghese: M.S. GIANNINI, *Introduzione* a G. BURDEAU, *Il regime parlamentare nelle costituzioni europee del dopoguerra* (1932), trad. it. a cura di S. COTTA, Milano, 1950, XX ss.

se: dalla individuazione di una sfera del giuridicamente irrilevante [3], per cui dove v'è lacuna non v'è diritto, alla teoria della norma generale negativa, per cui alle fattispecie non regolate da norme particolari non possono ricollegarsi le conseguenze previste per le fattispecie regolate [4], dalla teoria della norma generale esclusiva, per cui i comportamenti non obbligatori o vietati debbono considerarsi leciti o permessi (con ricorso all'*argumentum e contrario*) [5], alla teoria che postula, in presenza di lacune, l'esistenza di una antinomia tra norma generale esclusiva e norma generale inclusiva, per cui la scelta dell'*argumentum e contrario* o dell'*argumentum a simili* finisce per dipendere dalla verifica se il caso non regolato sia simile o meno a quello regolato [6]. Fino alla teoria della chiusura dell'ordinamento che, basandosi sulla logica «preferenza» dell'*argumentum a simili* in quanto sviluppo della qualificazione positiva dell'ordinamento, ritiene possibile il ricorso all'*argumentum e contrario* solo ove il procedimento analogico sia vietato dal diritto positivo [7]. Applicando questi ultimi criteri, l'ordinamento potrebbe dirsi *chiuso*, il che non equivale a completo, ma, piuttosto, a completabile [8].

Sullo sfondo della descritta evoluzione della scienza giuridica vi è, dunque, la presa di coscienza che l'ordinamento giuridico non è in sé chiuso, né può essere concepito staticamente, come un «fatto immoto». È qualcosa di

---

[3] Si tratta della «teoria dello spazio giuridicamente vuoto» sulla quale v. K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I, Leipzig, 1892, p. 371 ss.; SANTI ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale* (1925), ora in *Scritti minori*, I, Milano, 1950, p. 374; nonché M. CORSALE, *Lacune dell'ordinamento*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 257 ss.

[4] E. ZITELMANN, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903, p. 17 ss.

[5] D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico* (1910), ora in *Scritti di diritto pubblico*, I, Padova, 1966, p. 45 ss.

[6] N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giurdico*, Torino, 1960, p. 152 ss.

[7] A.G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, 1962, p. 134 ss.; si veda anche ID., *Completezza e chiusura*, in *Scritti in memoria di W. Cesarini Sforza*, Milano, 1968. Dello stesso Autore v. anche le seguenti voci, tutte pubblicate nel *Noviss. Dig. it.*, Torino, XI, 1964: «*Norma di chiusura*», «*Norma generale esclusiva*», «*Norma generale negativa*»; nonché «*Ordinamento giuridico*», in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1965; «*Completezza*», in *Dig. disc. priv.*, III, Torino, 1968.

[8] Sul problema della completezza dell'ordinamento, anche con riferimento alle diverse teorie richiamate nel testo, v. F. MODUGNO, *Antinomie e lacune*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988; ID., *Appunti per una teoria generale del diritto*, III ed., Torino, 2000, p. 112 ss., nonché *ivi* il saggio di R. D'ALESSIO, *Completezza, chiusura e integrazione dell'ordinamento*, p. 271 ss. Si veda anche il saggio di A. FRANCO, *I problemi della coerenza e della completezza dell'ordinamento*, contenuto nella I ed. degli *Appunti per una teoria generale del diritto* di Franco Modugno, Torino, 1993, p. 213 ss., specie con riferimento alla individuazione dei motivi e degli elementi che, verso la fine dell'800, concorsero a determinare il vasto movimento contro lo statualismo e il dogma della completezza.

più complesso, che ha una intrinseca dinamicità, è un «divenire, un *fieri* (…) che si arricchisce, via via, di tutti gli apporti normativi, di tutta la produzione normativa che, conformemente o disformemente dalle norme sulla normazione espressamente poste, riescano poi ad *effettivamente* imporsi nello stesso contesto sociale» [9]. Il che equivale, in una prospettiva più generale, ad ammettere che lo stesso diritto positivo debba essere sempre riguardato alla luce del principio di effettività e non come un dato letterale immutabile [10]. In questa dimensione è fin troppo ovvio che il giurista, e in particolare il costituzionalista, volendo cogliere le *evoluzioni* ordinamentali, non dovrà perdere di vista quella che si propone come la «concreta struttura dell'organizzazione del potere» [11], che, peraltro, non è affatto insensibile ai mutamenti sociali che si traducono, inevitabilmente, in trasformazioni istituzionali e politiche [12].

Nella triade diritto positivo – principio di effettività – concreta strutturazione del potere risiede, probabilmente, l'anello di congiunzione tra i temi che mi propongo di affrontare: crisi della legalità e forma di governo. Se, infatti, l'analisi fosse limitata alle disposizioni che riguardano la forma di governo, si potrebbe dire, con riferimento all'ordinamento italiano, che nulla è cambiato, in presenza del dato letterale che permette, ancora oggi, di considerare la nostra forma di governo come parlamentare, in quanto fondata sul rapporto di fiducia che deve necessariamente sussistere tra Parlamento e Governo (art. 94, primo comma, Cost.). Ma resterebbero nell'ombra le altre mutazioni che sono in grado di incidere sulle dinamiche della forma di governo, delineando quella che prima si è definita come concreta organizzazione del potere.

---

[9] Le espressioni tra virgolette sono di F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, par. 13, ora in ID., *Legge - Ordinamento giuridico - Pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, p. 118.

[10] Secondo l'insegnamento impartito da C. ESPOSITO a partire dal saggio su *Organo, Ufficio e soggettività dell'Ufficio* (1932), ora in C. ESPOSITO, *Scritti giuridici scelti*, II, Napoli, 1999, p. 3 ss., nel quale, come di recente sottolineato da F. MODUGNO, *Presentazione degli «Scritti giuridici scelti» di Carlo Esposito*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2001, tomo II, p. 815, già compaiono i tratti caratterizzanti della successiva produzione: il positivismo e il realismo. Nella successiva produzione questi tratti sono ben marcati, ad es., nel volume *La validità delle leggi*, Padova, 1934 (ristampato nel 1964), nel saggio *La consuetudine costituzionale*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, I, Milano, 1962, p. 597 ss., nella voce *Decreto legge*, in *Enc. dir.*, XI, 1962, p. 831 ss.

[11] C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928), trad. it. a cura di A. CARACCIOLO, Milano, 1984, p. 199.

[12] Per questa considerazione, con specifico riferimento alle trasformazioni istituzionali e politiche collegate al «processo di disgregazione-frantumazione dei diversi soggetti sociali», realizzatosi con la chiusura di una «fase storica caratterizzata dalla sforzo di unificazione del soggetto borghese» v. G. AZZARITI, *Alla ricerca della legalità*, in *Pol. del dir.*, 1994, p. 429.

Prima di affrontare il cuore del problema oggetto di questo lavoro, vorrei, però, fare una breve premessa sulla questione del metodo e chiarire a *quale legalità* intendo fare riferimento.

Quando si parla di «crisi del diritto» – nei vari aspetti, di crisi della rappresentanza, della legge, delle istituzioni, ecc. – si finisce spesso per rilevare che stiamo attraversando una «fase di transizione». Termini abusati che, in alcuni casi, sembrano formule vuote utilizzate per legittimare o per criticare tutto. Ma, alla rilevazione, probabilmente rispondente alla realtà, della presenza di una «grave» *crisi delle istituzioni* e in particolare dello Stato rappresentativo si accompagna spesso l'affermazione di una presunta *crisi del metodo* nello studio del diritto. Espressione, quest'ultima, che può destare preoccupazione ove sottintenda la necessità di scelte limitate per lo studioso del diritto pubblico, di un restringimento dell'ambito dei suoi interessi e del modo in cui studiare i temi, presumibilmente alla luce della «verità» che riposa nell'animo di colui che fa «professione di metodo». Credo, tutt'al contrario, che proprio la diversità degli interessi e dei *metodi* nello studio del diritto sia un punto di forza da preservare contro qualsiasi istanza unificante. Se poi nel parlare di «crisi del metodo nello studio del diritto» si vuole sottolineare, seguendo l'insegnamento schmittiano, che il diritto non è la legge positiva né la scienza giuridica può essere identificata con la attività del legislatore «motorizzato» [13], allora si scopre un'acqua (ormai) calda. Non si tratta di svalutare l'insegnamento di Schmitt, la cui indicazione è contenuta in un saggio scritto negli anni del secondo conflitto mondiale [14], quando l'acqua – la inevitabile crisi della concezione statualistica del diritto – non era così calda; semmai di rilevare che le suddette acquisizioni sono ormai patrimonio comune del giurista – non del solo costituzionalista –, punti di partenza talora impliciti nei ragionamenti che investono le diverse problematiche di volta in volta affrontate. Basterebbe tenere conto dell'insegnamento di Cammarata, rivolto alla definizione dei limiti tra formalismo e dommatica. In particolare, laddove precisa che il problema dei rapporti tra formalismo giuridico e la considerazione storica «non si risolve semplicemente col mettere in luce

---

[13] L'espressione è utilizzata da C. Schmitt per sottolineare l'accelerazione dei modi di produzione del diritto, conseguenza dei trasferimenti di potestà normativa dalla legge a fonti di rango provvedimentale ed amministrativo. «È stato detto del 'provvedimento' che esso è la 'legge motorizzata'. Deve quindi la scienza rincorrere tale sviluppo e anch'essa tentare di 'motorizzarsi'? Qualsiasi giurista pensante capisce l'impossibilità di una condotta del genere» (C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea (1943-44)*, trad. it. a cura di A. CARRINO, Roma, 1996, p. 61).

[14] C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea (1943-44)*, trad. it. a cura di A. CARRINO, Roma, 1996.

l'antitesi tra *dogmatische und historische Betrachtung* come fa per es. il Kelsen, giustificandola sotto il noto debolissimo profilo gnoseologico della distinzione tra *Sollen* e *Sein*» [15]. Per Cammarata, la dommatica si nutre di considerazioni storiche, politiche, economiche, ecc., inserite entro gli schemi nei quali si articola il formalismo giuridico, ovvero entro schemi che sono sempre stati adoperati inconsapevolmente e dei quali nessun filosofo potrebbe disfarsi il giorno in cui dovesse discutere una qualsiasi questione di diritto positivo. In questa prospettiva, il «formalismo non esaurisce l'esperienza giuridica, ma senza il formalismo una interpretazione speculativa della esperienza giuridica deve riuscire, per necessità, monca ed unilaterale» [16].

Proprio Cammarata ammoniva che «sulle c.d. questioni di metodo è pericoloso indugiare, perché esse fanno dimenticare quanto di interesse e di inconfondibile *forma mentis* individuale animi ogni ricerca, vuoi scientifica, vuoi filosofica» [17]. Per questo, senza indugiare oltre, intendo finalmente chiarire a *quale legalità* mi voglio riferire nel trattare della sua «crisi».

Un certo tipo di legalità, quella che ruota attorno alla centralità della legge in senso formale, da intendersi come atto normativo per eccellenza, si è senz'altro «spezzato». Per il semplice fatto che la legge non è più, almeno dal momento dell'affermarsi della forma legale costituzionale, l'atto normativo per eccellenza attorno al quale costruire l'unità del sistema delle fonti. In realtà è lo stesso schema gerarchico che non può più funzionare, nemmeno da un punto di vista formale, sia per il riconoscimento di una pluralità di centri di produzione normativa ad opera delle Costituzioni rigide sia per la stessa affermazione della superiorità delle Carte costituzionali rispetto a qualsiasi altra fonte. Né l'unità del sistema delle fonti sembra perseguibile ricorrendo ad un livello superiore a quello della legge ordinaria, e cioè al livello costituzionale, in quanto le norme che lo compongono non solo non esprimono tutte le norme sulla produzione del nostro ordinamento, ma scontano una disarticolazione senz'altro esemplata dalla presenza di principi supremi intesi come limiti alla stessa revisione costituzionale [18].

---

[15] A.E. CAMMARATA, *Il concetto del diritto e la «pluralità degli ordinamenti giuridici»* (1926), ora in ID., *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, p. 222, nota 11.

[16] A.E. CAMMARATA, *Sulla c.d. «coattività» delle norme giuridiche* (1932), in ID., *Formalismo e sapere giuridico*, cit., p. 343, nota 20.

[17] A.E. CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica* (1936), in ID., *Formalismo e sapere giuridico*, cit., p. 349.

[18] Sulla disarticolazione del livello costituzionale v. F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, I Aggiornamento, Milano, 1997, p. 571 ss.; ID., *Appunti dalle lezioni sulle Fonti del Diritto*, Torino, 2002, 18 s. Anche il livello costituzionale – come quello primario e secondario – sconta «una *disarticolazione* del *tipo* in una pluralità di *figure* (o *tipi deboli*) che presentano,

Peraltro, se è vero che *nello Stato di diritto la legalità si fa principio*, in ossequio alla tendenziale separazione dei poteri che il modello impone, la sua accezione tradizionale (c.d. principio di legalità in senso formale) si rivela ben presto insufficiente, bisognevole, cioè, di una ulteriore declinazione [19]. Nella sua accezione tradizionale il principio di legalità dovrebbe infatti semplicemente esprimere l'esigenza di una previa norma di legge (in senso stretto) quale fondamento del potere attribuito ad autorità governative o amministrative. E, con particolare riferimento all'azione amministrativa, il suddetto principio dovrebbe esprimere l'esigenza che «l'esplicazione dell'autorità trovi il proprio *fondamento positivo*, oltre che il proprio limite negativo, in una previa norma, che di solito si ritiene debba essere posta (anche se implicitamente) da legge formale o da atto ad essa equiparato» [20]. La ragione di questa esigenza risiede, come è noto, nel fatto che l'attività amministrativa è priva di quella legittimazione propria della decisione politica che si fonda sugli istituti della rappresentanza, per cui abbisogna di trovare una fonte indiretta di legittimazione proprio nella previa norma di legge. Ma la legalità formale non sembra più essere strumento sufficiente di garanzia nel momento in cui all'amministrazione spetti anche «decidere in modo relativamente autonomo i conflitti e i contrasti tra interessi diversi» [21]. L'obiettivo della legittimazione

---

ciascuna, caratteri tali da non consentire di ricondurle al presunto "tipo" di appartenenza o schema generale omogeneo di forma, efficacia attiva, resistenza passiva, competenza. Così, al "livello costituzionale" si inseriscono: 1) i principi "supremi" o fondamentali o inderogabili, e le norme di riconoscimento dei diritti inviolabili, che sono assolutamente inderogabili, e quindi rappresentano anche limiti alla revisione costituzionale; 2) il testo della Costituzione nella parte in cui non esprime un principio supremo, testo che è invece rivedibile; 3) le "altre" leggi costituzionali, intese come tipo idoneo a realizzare integrazioni, deroghe, rotture, limitazioni, sospensioni della Costituzione, e, all'interno di tale *genus*, 4) le leggi costituzionali specificamente previste dalla Costituzione o a cui la Costituzione fa espresso rinvio, che possono essere considerate come atti con una competenza "delimitata"; infine 5) le leggi costituzionali provvedimento, esemplate sinora dalla legge cost. 3 aprile 1989, n. 2, per l'indizione di un *referendum* consultivo sul conferimento di un mandato costituente al Parlamento europeo» (F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle Fonti*, cit., p. 18).

[19] Sul principio di legalità la bibliografia è vastissima. Senza alcuna pretesa di completezza si v., nella dottrina italiana, V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 130 ss.; L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Milano, 1969; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 659 ss.; L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994, p. 85 ss.; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 247 ss.; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2001.

[20] V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II,1, *Le fonti normative*, VI ed. aggiornata da F. Crisafulli, Padova, 1993, p. 64.

[21] G. AZZARITI, *Forme e soggetti della democrazia pluralista*, Torino, 2000, p. 111, nonché

è stato in tal caso perseguito anche per altre vie, in particolare attraverso l'introduzione di elementi partecipativi e la «democratizzazione» delle dinamiche procedimentali, che hanno fatto parlare di un allontanamento dalla accezione tradizionale del principio di legalità verso un principio di legalità sostanziale (legalità-giustizia) [22]. Il procedimento amministrativo diviene così più articolato e complesso dovendo tra l'altro garantire, nella fase istruttoria, il confronto di tutti gli interessi coinvolti, nella ricerca di una «ulteriore base di legittimazione che giustifichi e renda perciò accettata la scelta dell'amministrazione» [23].

Proprio il riferimento alla concreta evoluzione del principio di legalità quale fondamento e limite dell'attività amministrativa permette di evidenziare due punti che sono decisivi per illustrare a *quale legalità* si intende fare qui riferimento: 1) *la legalità non può più indicare soltanto il rapporto di conformità di un'azione ad una regola legislativa*; 2) *la legalità è*, in un certo senso, *fonte di legittimazione del potere*.

L'affiancamento della legalità-giustizia alla legalità-legittimità, rilevato con riferimento all'attività amministrativa, è la spia della insufficienza di un concetto di legalità inteso come mera conformità alla legge. Se infatti si guarda più in generale alla legalità come fondamento del potere, essa non sembra più riducibile entro il modello del *Rechtsstaat* ma risulta contaminata anche dal modello del *Rule of Law*, ossia dall'idea della *virtù* [24]. In altre parole, se tutto il diritto non può essere più ridotto alla legge e se la legge, in senso sostanziale, non è più l'atto normativo prodotto dal rappresentante, le distanze tra i due modelli si attenuano [25] e, per il primo, non è più sufficiente il richiamo

già ID., *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989.

[22] Si veda ancora G. AZZARITI, *loc. ult. cit.*, che, quanto all'affiancarsi di un principio di legalità-giustizia al tradizionale principio di legalità-legittimità, richiama l'opera di M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema della legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Napoli, 1981, p. 31 ss.

[23] G. AZZARITI, *loc. ult. cit.*

[24] In questa prospettiva si veda il bel volume di L. TRIOLO, *Legalismo e legalità*, ed. provv., Torino, 2000, la quale sostiene che «l'opposizione tra i due modelli, anche da un punto di vista teorico, risulta così drastica solo se essa viene centrata sull'opposizione fra l'idea per così dire "legicentrica" di regola giuridica (che è poi solo una delle interpretazioni che al concetto di regola sono state date nel corso della storia del pensiero giuridico-politico) e quella di "virtù"» (p. 15). Sul *Rule of Law* come *virtù* v., ad es., J. RAZ, *The Rule of Law and its Virtue*, ora in ID., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, 1979, p. 210 ss.

[25] È noto che, nella tradizione anglosassone, il «primato del diritto» è sempre stato qualcosa di più del «primato della legge», il riferimento è allo *ius* e non alla *lex*. La *Rule of Law* richiede «the predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power»

alla «conformità alla legge». In queste condizioni, una dottrina della legalità come fondamento del potere dovrebbe essere il frutto del combinato operare delle due idee, non potendo che esprimersi nella forma sintetica della «conformità ai principi».

Ma a quali principi? Anzitutto a quelli costituzionali, la cui capacità di assicurare l'obiettivo dell'unificazione dell'ordinamento non dovrebbe essere messa in dubbio [26]. Il rispetto della Costituzione dovrebbe dunque imporsi come virtù in una etica pubblica consapevole della natura normativa della Carta. E, più in generale, «*la* stessa *legalità come conformità ad una regola che sta prima dovrebbe essere praticata ed intesa come una virtù*» [27]. Ma anche *questa legalità* è oggi in crisi, se si avverte la necessità di una «lotta per la Costituzione» [28] e si denuncia da più parti la perdita del «valore delle regole» [29]; ovvero, se si afferma la crisi del diritto non solo come *nomos* ma anche come *ethos*. Non mancano, infatti, esempi in questo senso in recenti «indirizzi di politica legislativa che sono stati ritenuti lesivi dei principi costituzionali cardine dello stato di diritto (divieto di mandato imperativo, uguaglianza di fronte alla legge, autonomia della giurisdizione …)», lesivi, a monte, di quel «principio di buona fede legislativa» che è specificazione del divieto di mandato imperativo, «il quale, a sua volta, non è che la forma moderna con cui il costituzionalismo liberale ha ribadito l'idea, molto più antica, della distinzione tra il bene pubblico e generale e gli interessi privati dei governanti» [30]. Né mancano esempi di «disattenzioni», «inadempimenti», «omissioni costituzionali», efficacemente riassunti nella formula «disinvoltura costituzionale», tra

---

(A.V. DICEY, *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1885, p. 215). Sulla lezione di Dicey v., di recente, L. MOCCIA, *Modelli di tutela dei privati verso le pubbliche amministrazioni nella comparazione «civil law-common law»: l'esperienza inglese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, spec. p. 1031 ss.

[26] V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 38 ss.

[27] L. TRIOLO, *Legalismo e legalità*, cit., p. 16.

[28] Si veda, in particolare, la relazione di M. DOGLIANI, *Interpretazione costituzionale e politica costituzionale*, Convegno annuale A.I.C., Milano 11-12 ottobre 2002, in particolare p. 13 ss. del testo dattiloscritto (consultabile sul sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti: *www.associazionedeicostituzionalisti.it*).

[29] Cfr., da ultimo, F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, 2000, XIII.

[30] Le espressioni tra virgolette sono di M. DOGLIANI, *op. ult. cit.*, p. 17 s., e possono senz'altro essere riferite alla esperienza dei «primi cento giorni» dell'attuale governo Berlusconi, che si è risolta, tra l'altro, «in una legislazione *sibi et suis* in materia di giustizia, di trattamento fiscale delle successioni e di rientro dei capitali esportati» (L. ELIA, *Le prospettive dell'assetto costituzionale*, in *www.unife.it/forumcostituzionale/contributi/prospettive.htm*, 8 febbraio 2002).

i quali possono ricondursi la vicenda dei seggi vacanti alla Camera dei deputati, l'esclusione degli elettori di comuni italiani per le candidature nelle circoscrizioni estere, la lunga inerzia parlamentare nella elezione di due giudici costituzionali [31].

Entro questa cornice si intende, ora, analizzare i mutamenti della concreta struttura dell'organizzazione del potere imposti, tra l'altro, in questi ultimi anni, dalla «spinta verso la privatizzazione e la instaurazione dello Stato minimo», che ha inciso sulla legalità anche in altro senso e cioè nella direzione del superamento dei confini tra produzione e applicazione [32].

2. Rotture della legalità, affievolimento della democrazia

La crisi della legalità, nel senso sopra specificato, esprime in qualche modo la crisi del «sogno» dello Stato di diritto, della idea base del costituzionalismo: «*sottoporre il potere a regole*» [33]. La intensità della resistenza del potere alle regole, la sempre più diffusa tendenza a giustificare la deviazione dalla regola come «inevitabile», in ragione di una emergenza o di una specialità, trova terreno fertile perché «sempre più scarse sono le difese, i difensori della legalità del sistema» [34]. È il fatto che si sostituisce al diritto, come emerge in modo chiaro sul piano del diritto internazionale, ormai quasi esclusivamente fondato sulla legge del più forte [35].

La «*rottura delle regole*» si traduce in un «*indebolimento della democrazia*» o, se si vuole, il secondo è conseguenza della prima, perché l'affievolimento della democrazia «ha consentito continue deviazioni e rotture; è la scarsa considerazione per il valore suo e delle regole in cui si traduce, la scarsa coscienza del loro significato profondo e dei principi che la ispirano» [36].

---

[31] Si tratta degli esempi proposti da L. ELIA nel breve ma efficace articolo sulla *«Disinvoltura» costituzionale*, pubblicato nel sito *www.associazionedeicostituzionalisti.it*

[32] Cfr. P.P. PORTINARO, *Legalità (principio di)*, in *Enc. sc. soc.*, V, Roma, 1996, p. 224.

[33] Si veda, in questo senso, L. CARLASSARE, *Fonti del diritto, rottura delle regole, indebolimento della democrazia*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno n. 10, Seminario 1999, Torino, 2000, p. 75 ss. la quale, nell'illustrare le tendenze attuali delle fonti del diritto, indica come chiavi di lettura «la rottura della legalità e l'indebolimento della democrazia», sottolineando che «ormai, sotto vari profili per la verità, il sogno dello stato di diritto sembra sempre più lontano».

[34] L. CARLASSARE, *op. ult. cit.*, p. 76.

[35] L. CARLASSARE, *loc. ult. cit.*

[36] L. CARLASSARE, *op. ult. cit.*, p. 75.

Il discorso sulla legalità diviene quindi anche discorso sulla democrazia. All'interrogativo «*quale legalità?*» si accompagna l'interrogativo «*quale* (e *quanta*) *democrazia?*». Per rispondere ad esso occorre partire da un dato ormai acquisito, sul quale ci soffermeremo allorché si tratterà il problema delle fonti come problema connesso a quello della forma di governo: la *centralità del Governo nei processi di decisione politica* e in particolare nella produzione normativa. Centralità che si lega ad una esigenza di «*efficienza*» che trascende ormai la dimensione nazionale e si accompagna ad una evoluzione determinata, a livello globale, da fattori economici, finanziari e tecnologici. Sviluppi a tutti ben noti – e descritti con l'evocativo termine «globalizzazione» – che hanno inciso sul tessuto sociale e indotto trasformazioni istituzionali e politiche di grande rilievo; coinvolgendo, anzitutto, lo Stato la cui sovranità, già erosa dalle limitazioni imposte dalla partecipazione alla Unione europea, subisce ora gli effetti di forze globali capaci di imporsi oltre i confini nazionali.

Il processo, qui appena richiamato, è stato condotto da organizzazioni sopranazionali rispetto alle quali si è da più parti denunciato un *deficit* democratico [37] e, più spesso, dalle grandi imprese transnazionali e da potenti tecnocrazie internazionali (WTO, FMI, Banca mondiale), capaci di incidere sulla politica a livello mondiale [38]. Si affaccia all'orizzonte quello che è stato efficacemente definito come l'*antisovrano*, «un *quid* che in tutto e per tutto si contrappone al sovrano da noi conosciuto», che «non è *un* soggetto (ma sem-

---

[37] Anche se, a ben vedere, come rilevato da Dahl, pure l'eventuale presenza di istituzioni politiche transnazionali create secondo i criteri democratici non implicherebbe una partecipazione dei cittadini alle decisioni transnazionali equiparabile alla partecipazione alle decisioni nazionali, in quanto essa diminuisce al crescere del numero dei cittadini stessi: R.A. DAHL, *Efficienza dell'ordinamento* «versus» *effettività della cittadinanza: un dilemma della democrazia*, in M. LUCIANI (a cura di), *La democrazia alla fine del secolo*, Roma-Bari, 1994, p. 5 ss. Con specifico riferimento all'ordinamento comunitario, v., per tutti, L. PALADIN, *Il deficit democratico nell'ordinamento comunitario*, in *Le Regioni*, 1996, p. 1031 ss.

[38] Come sottolineato da R.A. DAHL, *op. ult. cit.*, p. 20, «le decisioni cruciali non sono nemmeno compiute dalle organizzazioni internazionali ufficiali, ma da attori, ufficiali e non, in gran parte o del tutto esterni alla portata delle organizzazioni internazionali ufficiali-banche, imprese multinazionali, investitori, autorità amministrative indipendenti, e così via». L'effettiva, se non formale, extraterritorialità del «nuovo potere economico» è percepita come minaccia permanente alle reali possibilità di decisione dei poteri istituzionali da P. PRINI, *Civiltà europea: civiltà universale? L'Europa tra nazionalismi e sovranazionalismo*, in AA.VV., *L'Europa domani: realtà e prospettive*, L'Aquila-Roma, 1992, p. 96 s. Secondo questo Autore, la grande impresa trans-nazionale o a-nazionale, in quanto priva di radicamento locale e capace di trasferire fondi, filiali, impiegati e redditi da un paese ad un altro senza legarsi necessariamente ad alcuno «è, per eccellenza, l'*Altro* dello Stato nazionale moderno: ciò che mette in questione l'inviolabilità della sua sovranità e l'applicabilità stessa del diritto internazionale».

mai una pluralità di soggetti) [...] e 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» [39]. Il potere che l'antisovrano si arroga – senza averne il titolo (senza una investitura democratica) – «presuppone proprio che il sovrano sia annichilito» [40]. L'effetto della mondializzazione dell'economia è dunque «sconvolgente» per il soggetto-Stato in quanto rende introvabili molti destinatari del suo potere, in particolare i possessori di capitali, soprattutto di quello finanziario [41].

Entro questo scenario anche la scelta su *quale* (e *quanta*) democrazia sembra essere condizionata dalle esigenze della «competizione», dell'«individualismo» e del «libero mercato» [42]. L'opzione è per la «democrazia dell'alternanza», e perciò per un esecutivo stabile [43] e autorevole, la formula elettorale preferita è quella maggioritaria. Ma il prezzo da pagare è, proprio in termini di democrazia, altissimo: è la deideologizzazione dei partiti, funzionale ad assicurare al sistema un'ideologia unica che accomuni i partiti che si alterna-

---

[39] M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, cit., p. 165.

[40] M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, p. 166.

[41] Così G. FERRARA, *Dell'eguaglianza*, in M. LUCIANI (a cura di), *La democrazia alla fine del secolo*, Roma-Bari, 1994, p. 57.

[42] Il formarsi di un «clima culturale» rivolto alla riaffermazione dei «miti e dei riti nei quali si è esaurito il liberismo» è descritto già nell'opera di G. FERRARA, *Democrazia e stato del capitalismo maturo. Sistemi elettorali e di governo*, in *Democrazia e diritto*, 1979, p. 513 ss.

[43] Appare preferibile, come specificato nel testo, il riferimento alla *stabilità* dell'esecutivo piuttosto che all'efficienza. Come rilevato da G. FERRARA, *Democrazia e stato del capitalismo maturo. Sistemi elettorali e di governo*, in *Democrazia e diritto*, 1979, p. 513 ss., non vi è infatti connessione conseguenziale tra i due termini che hanno dimostrato e dimostrano divaricazione, separazione e autonomia reciproca. La storia dimostra che le formule di ingegneria istituzionale rivolte a garantire la stabilità, la durevolezza dell'esecutivo non sono state in grado di preservare l'esecutivo dall'inefficienza. Alla radice delle difficoltà del governare, della inefficienza di governi pur stabili, della debolezza della politica sta la crisi di un certo tipo di forma partito, il partito *catch-all*. Ma, a ben vedere, non vi è stata e non vi è alcuna intenzione di risolvere il problema alla radice, poiché anche le scelte legate al sistema elettorale sono consapevolmente rivolte alla conservazione della forma partito *catch-all*, alla realizzazione della democrazia dell'alternanza che presuppone un'ideologia unica che accomuna i partiti che si alternano e che si presentano in realtà alla stregua di correnti di un medesimo partito. È il partito deideologizzato, adeguato, come rilevato da Lasky, al modello della società capitalistica. Su questi temi v., ancora, G. FERRARA, *Sulla questione della rappresentanza: proporzionale e collegi uninominali*, in *Democrazia e diritto*, 1985, p. 45 ss. Come sottolineato da Rescigno, *democrazia* non ha mai voluto dire *efficienza* o *governabilità* o altro: «dire perciò che un sistema più efficiente o più stabile è perciò solo più democratico è un *non sequitur*, un modo surrettizio per cambiare i termini del discorso» (G.U. RESCIGNO, *Democrazia e principio maggioritario*, in *Quaderni cost.*, 1994, p. 219). Sul tema si veda anche G.M. SALERNO, *La democrazia e i dilemmi dell'efficienza: osservazioni critiche*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, II, Padova, 1995, p. 651 ss.

no [44]. È il modello schumpeteriano della democrazia come metodo per la scelta dei governanti, della lotta e competizione tra alcuni che ha per oggetto il voto [45].

I tratti di una democrazia dell'alternanza, segnati come vedremo dal risultato del referendum del 1993, ossia dalla scelta per un sistema sostanzialmente maggioritario che può essere intesa come opzione per il partito *catch-all* (ossia per la forma - partito che aveva rivelato i massimi segni di crisi), sembrano ora dirigersi, nelle più recenti proposte di modifica della nostra forma di governo, nella direzione di una democrazia di investitura, che utilizzi «la legittimazione derivante dal voto popolare per "costruire" un'unità statale di decisione, sottratta al raccordo permanente con la società politicamente organizzata», con una riduzione drastica, se non una vera e propria eliminazione, dei poteri di indirizzo e di controllo tradizionalmente riconosciuti alle istituzioni parlamentari [46]. Il che confermerebbe la tendenza verso la riduzione della democrazia a «strumento meramente procedurale di investitura di un'*équipe* di governo» [47].

La risposta che la nostra Carta costituzionale dà all'interrogativo «*quale* (e quanta) *democrazia?*» sembra però non conciliarsi con le ultime richiamate tendenze [48].

Il principio democratico, sancito nella nostra Costituzione, si collega, infatti, ad una precisa scelta in ordine all'indirizzo dell'azione politica dello Stato, quella per cui ad esso spetta rimuovere le disuguaglianze di fatto esi-

---

[44] G. FERRARA, *Democrazia e stato del capitalismo maturo*, cit., p. 532.

[45] «Il metodo democratico è lo strumento istituzionale per giungere a decisioni politiche, in base al quale i singoli individui ottengono il potere di decidere attraverso una competizione che ha per oggetto il voto» [J.A. SCHUMPETER, *Capitalismo*, *socialismo*, *democrazia* (1954), trad. it., Milano, IV ed., 1994, p. 257].

[46] Cfr. P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997, p. 202. La tendenza sembra essere verso «forme di partecipazione assolutamente atomistiche», verso l'affermazione dell'indipendenza delle istituzioni di governo dall'organizzazione politica della società. Su quest'ultimo punto v. G. FERRARA, *Presidenzialismo e semipresidenzialismo: le forme contemporanee del plebiscitarismo*, in AA.VV., *Costituzione*, *e poi?*, Roma, 1996, p. 51 ss.

[47] G. FERRARA, *Democrazia e stato del capitalismo maturo*, cit., pp. 530 e 538. Sulla distinzione tra democrazia di investitura e democrazia di indirizzo v. L. ELIA, *Per una democrazia di investitura e di indirizzo. Proposta per un riordino istituzionale possibile*, Roma, 1988. Sulla c.d. democrazia maggioritaria v. la voce di S. BARTOLE, *Democrazia maggioritaria*, in *Enc. dir.*, V Aggiornamento, Milano, 2001, p. 352.

[48] Tendenze che, più in generale, alimentano «la preoccupazione che si dia al principio maggioritario una interpretazione incompatibile con la concezione di democrazia accolta dal costituzionalismo occidentale: mentre quest'ultimo prevede robusti argini e contrappesi al potere della maggioranza, esso verrebbe invece inteso dai vincitori come illimitato e insofferente ad ogni vincolo» (L. ELIA, *Le prospettive dell'assetto costituzionale*, cit.).

stenti tra i consociati che possano frapporsi all'effettivo godimento dei diritti civili e politici e alla concreta partecipazione di essi all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese (art. 3, secondo comma, Cost.). La democrazia che si propone sembra inserirsi, tutt'al contrario, entro il modello liberale (o meglio liberista), che postula un intervento minimo dello Stato, rivolto alla determinazione di un nucleo di regole funzionali ad assicurare una pacifica convivenza. Come se il *laissez faire* fosse in grado davvero di garantire un equilibrio del sistema economico, come se il rapporto tra economia e società fosse un ambito che non spetta allo Stato governare. Come se il diritto e, a monte, la politica dovessero abdicare ad una delle funzioni più importanti, e cioè *dare forma giuridica ai bisogni umani*, lasciando che «le giraffe dal collo più lungo facciano morire di fame quelle dal collo più corto» [49]. Eppure, si sa che sul mercato si soddisfano domande e non bisogni.

Ma il principio democratico non condiziona solo la forma di Stato ma denota o dovrebbe denotare, attraverso gli strumenti della rappresentanza e della fiducia, il rapporto tra gli organi costituzionali, incidendo sulle dinamiche della forma di governo al fine di rendere possibile la proiezione della conflittualità sociale nel centro dello Stato-soggetto. Anche in questo caso, come vedremo tra poco, sono evidenti i sintomi della crisi e l'«affievolimento» del principio democratico; temi che verranno ora affrontati nella loro attualità non senza aver prima fornito una, sia pur elementare, definizione di «forma di governo».

3. Problematiche attuali della nostra forma di governo

Con la locuzione «forma di governo» si indica, tradizionalmente, *il modo in cui le funzioni dello Stato sono distribuite e organizzate fra i diversi organi costituzionali*, avuto particolare riguardo all'attività di indirizzo politico (prospettiva *statica*); a questo criterio generale di classificazione se ne accompagna un altro, per così dire sostanziale, che tende a prendere in considerazione il *reale atteggiarsi dei rapporti fra gli organi costituzionali* (prospettiva *dinamica*) [50].

Le due prospettive d'analisi conducono, evidentemente, ad approdi diversi.

---

[49] Si fa riferimento alla nota considerazione keynesiana per cui «se lo scopo della vita è di cogliere le foglie dagli alberi fino alla massima altezza possibile, il modo migliore di raggiungere questo scopo è di lasciare che le giraffe dal collo più lungo facciano morire di fame quelle dal collo più corto».

[50] Per la definizione richiamata nel testo v. per tutti, T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, X ed. interamente riveduta da G. Silvestri, Milano, 2000, p. 152.

Nella prospettiva dinamica si è portati ad affermare che il diritto positivo può «riconoscere» una certa «forma di governo», ammettendo la liceità che alcuni organi abbiano il potere di indirizzare lo Stato, ma non può «conferire effettivamente il potere e la possibilità di esercitarlo essendo l'uno e l'altra di natura politica e non giuridica» [51]. Con la importante conseguenza che «la validità delle disposizioni in tal materia resta subordinata, per la medesima natura del loro contenuto, alla loro capacità di tradursi in atto e alla effettiva sussistenza e permanenza del potere politico in quelli ai quali, considerati nel loro complesso, si è riconosciuto la capacità giuridica a possederlo» [52].

Nella prospettiva statica si è portati invece a rilevare, risalendo dal particolare al generale, le costanti invariabili delle forme che storicamente si sono affermate, proponendo una classificazione di massima che ha, al più, funzione meramente descrittiva.

Nella loro esclusività, entrambe le prospettive si rivelano monche: la prima, perché esalta l'elemento reale, svalutando il dato formale; la seconda, perché esalta il dato formale, senza tenere conto delle «condizioni storiche reali».

L'unilateralità degli approdi ha indotto, pertanto, la scienza giuridica a preferire un approccio che coniugasse le due prospettive. In una direzione chiaramente illustrata da Crisafulli quarantacinque anni fa. Nel discorso inaugurale dell'anno accademico 1957-1958 pronunciato nell'Aula Magna dell'Università di Trieste, Vezio Crisafulli, nell'inquadrare il sistema di governo adottato dalla Costituzione repubblicana nel tipo «parlamentare» (sia pure «corretto» dalla presenza di forti limiti alla maggioranza», nei quali tende ad esprimersi la natura «convenzionale» della Carta), precisava subito che «i sistemi costituzionali, anche se formalmente identici tra loro o conformi ad un preciso modello, mutano di significato nel concreto evolversi delle condizioni storiche reali, assumono atteggiamenti diversi in relazione al diverso ambiente sociale entro il quale si sviluppano, in modo da formare, in ultima analisi, ciascuno un sistema a sé, ben individuato e specifico – e per ciò stesso, a rigor di termini, irripetibile, e dunque dissimile da ogni altro, anche se portante lo stesso nome» [53].

Una analisi sulle problematiche attuali della nostra forma di governo, spe-

---

[51] C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., p. 210.

[52] C. ESPOSITO, *loc. ult. cit.*

[53] Il discorso, pronunciato il 1° dicembre 1957, è stato pubblicato con il titolo *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in *Jus*, 1958, negli *Studi in onore di Emilio Crosa*, Milano, 1960, con integrazioni e l'aggiunta delle note, e ora può leggersi in V. CRISAFULLI, *Stato Popolo Governo*, *illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, p. 149 ss. Il passo richiamato nel testo si trova a p. 150 del volume da ultimo citato.

cie se condotta alla luce della rilevata crisi della legalità, non può prescindere, comunque, dalla definizione del «tipo astratto», atta ad esplicare, secondo l'insegnamento crisafulliano, «oltre ad una funzione descrittiva e quindi conoscitiva, anche, al tempo stesso, una funzione normativa, nel senso che l'interpretazione da dare, in ogni caso di dubbio, alle disposizioni regolanti un dato sistema positivo dovrà essere, finché sia consentito dalla lettera dei testi costituzionali o legislativi, o, dove questi manchino, dalle risultanze certe ed univoche delle consuetudini, quella conforme ai principi generali del tipo, a preferenza di altre possibili, ma con essi contrastanti» [54].

E non vi è dubbio che il nostro «tipo astratto» di forma di governo si identifichi nel *sistema parlamentare* (sia pure, come detto, «corretto» dalla presenza di forti limiti alla maggioranza») «perché ne esistono in maniera sufficiente i principi e i presupposti indeclinabili» [55], che possono essere riassunti nel *reciproco condizionamento dei poteri* che si esprime *strutturalmente* nel rapporto di fiducia che deve legare il Governo al Parlamento e *funzionalmente* nella esigenza che l'indirizzo politico e amministrativo del Governo sia appoggiato dal Parlamento che ha penetranti strumenti di controllo [56].

Che il sistema di governo vigente sia definibile come parlamentare non è dunque «postulato arbitrario e soggettivo, ma affermazione rispondente ad un principio istituzionale, positivamente adottato dall'ordinamento giuridico» [57]. Affermazione, quest'ultima, che occorre avere sempre ben presente, specie a fronte di interpretazioni «disinvolte» della Costituzione, rivolte a legittimare comportamenti, omissioni e, addirittura, indirizzi di politica legislativa non conciliabili o difficilmente conciliabili con i «principi generali del tipo» di forma di governo positivamente adottata.

Ma, entro questa cornice, occorre tenere conto delle «condizioni storiche reali» e avere presente, in particolare, il collegamento «bidirezionale» tra forma di governo e sistema politico, nonché la *interdipendenza esistente fra forma di governo e forma di Stato* [58]. Così, la forma di governo da un lato è condizionata da un certo tipo di rapporto tra Stato e società, dall'altro concorre

---

[54] V. CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, p. 150.

[55] V. CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, p. 153.

[56] Così, con molta chiarezza, F. CUOCOLO, *Forme di Stato e di governo*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino, 1989, p. 522.

[57] V. CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, p. 152.

[58] Elementi, questi, da tempo evidenziati in dottrina: si veda C. MORTATI, *Le forme di governo*, Padova, 1973, p. 3 ss. Più di recente v., in particolare, la voce di G.U. RESCIGNO, *Forme di Stato e forme di governo*, *I) Dir. cost.*, pubblicata in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, e, sia pure nell'ambito di una differente ricostruzione, il lavoro di G. AMATO, *Forme di Stato e for-*

a stabilizzare quel rapporto [59]. D'altra parte «fra le scelte relative agli assetti della forma di governo e quelle che toccano i valori regolativi dei rapporti sociali non vi è solo armonia ma addirittura perfetta corrispondenza» [60]. Un mutamento radicale di quegli assetti incide inevitabilmente sui valori costituzionali, implica una modifica integrale di «tutta» la Costituzione [61]. La forma di governo non si esaurisce, dunque, nei rapporti tra gli organi supremi dello Stato, ma coinvolge in primo luogo il sistema dei partiti [62], il quale a sua volta, non può non risultare influenzato dalla struttura sociale in cui i partiti operano [63].

Ora, proprio le suddette correlazioni importano che la nostra analisi non possa essere limitata allo studio dei rapporti tra gli organi costituzionali (in particolare tra Parlamento, Governo e Presidente della Repubblica), ma debba comprendere, almeno sullo sfondo, gli aspetti fondamentali della convivenza statale, a partire dal tema della *rappresentanza* [64]. Esigenza, quest'ultima, che risulta ancor più forte ove si intenda la forma di governo come «modo e forma di emersione e esercizio dell'egemonia» [65]. Egemonia la cui matrice affonda alla base della società e investe lo Stato-apparato, proiettandosi in esso come *rappresentazione della conflittualità strutturale della società pluriclasse* [66].

L'orizzonte appena dischiuso impone di illustrare sinteticamente quelle che appaiono a chi scrive le più importanti problematiche attuali del nostro

---

me di governo, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. AMATO e A. BARBERA, IV ed., Bologna, 1994, p. 37 ss.; nonché M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, 2000.

[59] Cfr., in particolare, L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 635 s.

[60] M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia*, Roma, 1991, p. 4, il quale si rifà all'affermazione di C. MORTATI, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 229.

[61] Così, ancora, M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia*, cit., p. 7.

[62] Sul punto si veda, per tutti, L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., p. 638 ss.

[63] Sull'incidenza delle trasformazioni del rapporto tra società civile e organizzazione della sfera politica, v. già J. BARTHELEMY, *La crise de la démocratie raprésentative*, in *Rev. dr. pubbl.*, 1928, p. 584 ss.; E. GIRAUD, *La crise de la démocratie et le renforcement du poivoir exécutif*, Paris, 1938.

[64] In questo senso v. G. FERRARA, *La questione della forma di governo*, in *Questione giustizia*, 1997, p. 13 ss.

[65] G. FERRARA, *La questione della forma di governo*, in *Questione giustizia*, 1997, p. 13.

[66] Così G. FERRARA, *op. ult. cit.*, p. 14. Sul rapporto rappresentanza/rappresentazione v. C. SCHMITT, *Il custode della costituzione (1931)*, trad. it. a cura di A. CARACCIOLO, Milano, 1981, p. 111 ss.; G. LEIBHOLZ, *La rappresentazione nella democrazia (1973)*, trad. it. a cura di S. FORTI, Milano, 1989.

sistema parlamentare per poi cercare di cogliere con maggiore precisione le interrelazioni tra i temi oggetto di questo scritto – crisi della legalità e forma di governo –.

3.1. La crisi della rappresentanza: il combinato operare di fattori esogeni (integrazione europea, globalizzazione) e di fattori endogeni (modifica del sistema elettorale)

Il radicamento del potere politico può ancora essere rinvenuto nel principio democratico-rappresentativo? La *nostra* idea di democrazia lo imporrebbe, in quanto legata ad un preciso significato di rappresentanza [67], la cui essenza risiede nella capacità di esprimere la conflittualità sociale [68] proiettandola nei centri di decisione politica e contribuendo alla loro legittimazione. Ma, *la realtà sembra diversa*, come emerge, a livello statale, già dalle implicazioni della scelta istituzionale per la «democrazia dell'alternanza», per l'esecutivo stabile e autorevole. È una scelta che precede la svolta in senso maggioritario compiuta in Italia con il referendum del 1993, ma che dai risultati di esso esce rafforzata. Proprio il passaggio ad un sistema elettorale sostanzialmente maggioritario consolida infatti la propensione del sistema politico verso il modello della democrazia come metodo per la scelta dei governanti, la quale, come già detto, si manifesta in un clima culturale che sempre più esalta la competizione, l'individualismo e il libero mercato, ossia, e non a caso, gli elementi che costituiscono le basi dell'Europa di Maastricht.

A questo clima «culturale», che è poi quello consolidato dalla globalizzazione dell'economia, sembra potersi ricondurre la *crisi della rappresentanza*. Crisi che si esprime, da un lato, nella *trasformazione del ruolo dei partiti*, i quali, per risultare «vincenti» nella competizione elettorale, tendono a perdere la natura di rappresentanti di interessi sociali specifici, modificando il senso della possibilità costituzionalmente riconosciuta ai cittadini di concorrere attraverso essi alla determinazione della politica nazionale [69]; dall'altro lato, nello spostamento dell'asse della decisione politica verso l'Antisovrano,

---

[67] Per un quadro dei modelli di rappresentanza v. D. NOCILLA e L. CIAURRO, *Rappresentanza politica*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1985, p. 560 ss.

[68] Cfr. G. FERRARA, *loc. ult. cit.*

[69] Il sistema dei partiti può «rendere il popolo capace di esprimere una volontà politica 'solo' a condizione di dividerlo secondo la diversità delle concezioni (…), di stabilizzare la differenziazione da essi operata nel corpo elettorale (…) e di trasferirla nell'interno delle assemblee politiche» (C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano (1957)*, in *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, p. 376).

«inteso come aggregato di soggetti economici che reclamano riconoscimento e tutela dei loro interessi» e che «ottengono l'adozione di regole adeguate e uniformi» attraverso le istituzioni europee e, a livello nazionale, per fare un solo esempio, attraverso le autorità indipendenti [70]. Proprio le autorità indipendenti diventano, infatti, le istituzioni più direttamente avvantaggiate dalla riduzione dei poteri politici statali […], in prima persona, come immediata espressione dell'autonomia dei soggetti sociali» [71].

Nel costituire le autorità indipendenti il legislatore attribuisce ad esse funzioni sue proprie, riconoscendo poteri di regolazione in settori sensibili dell'ordinamento [72]. Rilevanti poteri di decisione politica confluiscono, così, su soggetti privi della tradizionale legittimazione democratica, il cui fondamento politico risiede «nella rappresentazione di nuovi, ulteriori interessi» [73]. Si spezza il nesso tra democrazia e rappresentanza, nella ricerca di una diversa legittimazione delle autorità, che affonderebbe nella esigenza di assicurare una migliore tutela alle nuove manifestazioni della democrazia.

---

[70] M. MANETTI, *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, in *Pol. del dir.*, 1997, p. 661 s.

[71] M. MANETTI, *op. ult. cit.*, p. 662.

[72] Sulle autorità indipendenti la bibliografia è vastissima. Con specifico riferimento agli aspetti trattati nel testo si veda, tra i molti, M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994; ID., *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1997; ID., *Autorità indipendenti: tre significati*, cit., p 661 ss.; F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1995; S. NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, 1996; N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in M.P. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, *Parte generale*, Milano, 1997, p. 102 ss.; A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997; ID., *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997.

[73] F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 107. Cfr. anche M. MANETTI, *Poteri neutrali*, cit., p. 155 s.

Per ragioni di economia del lavoro limito il discorso alle autorità indipendenti, nella consapevolezza che le tendenze, da più parti rilevate, verso la «neutralizzazione» e «tecnicizzazione» non si riducono al suddetto fenomeno. La dottrina ha già posto ampiamente in risalto il processo di riappropriazione micro-corporativa della sfera pubblica, il consolidamento di canali diversi da quelli tradizionali della rappresentanza, segnato dalla ascesa della legittimazione mediatica e plebiscitaria (v., per tutti, M. CALISE, *La Costituzione silenziosa*, Roma-Bari, 1998, p. 11 ss.). Come rilevato da A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 7 ss., «a monte dell'emergere delle autorità amministrative indipendenti, della loro impetuosa e improvvisa crescita e del significato delle mutazioni di cui esse sono manifestazione, appare determinante il consolidarsi, alla fine del secolo, dei caratteri dello stato osmotico» che cerca di gestire «la ricerca del continuo equilibrio fra le organizzazioni politiche, sociali, economiche, fra stato e mercato, fra pubblico e privato, fra associazioni, partiti, mercati, imprese, tutte organizzazioni della *politeia*, dello spazio pubblico, che sta fra stato apparato e società».

Si assiste, così, non solo alla diversificazione della forma-partito, conseguente alla perdita del suo ruolo di aggregazione del pluralismo sociale, e al fenomeno della personalizzazione del potere, collegato alla e amplificato dalla importanza dei mezzi di comunicazione di massa, ma anche alla realizzazione di un raccordo diretto dei centri di decisione politica (se non proprio al trasferimento della relativa sede) ad apparati tecnocratici per rispondere alle istanze di efficienza legate al processo di globalizzazione dell'economia [74].

Le «trasformazioni» appena descritte sono state senz'altro agevolate dalla scelta per un sistema elettorale sostanzialmente maggioritario. Pur volendo aderire alla tesi per cui il mutamento del sistema elettorale non modifica il sistema costituzionale e le sue regole, occorre comunque ammettere che condiziona fortemente il «funzionamento» della forma di governo [75], addirittura, secondo alcuni, contribuendo a determinarla [76]. E condiziona, soprattutto, le possibilità di realizzazione del principio di eguaglianza del voto che, garantito *in partenza* dal divieto di voto plurimo e multiplo, si esprime diversamente *a destinazione*, nella traduzione in seggi, essendo tendenzialmente garantito solo da sistemi di tipo proporzionale [77]. I sistemi elettorali maggioritari implicano, infatti, la «sterilizzazione» dei voti che non convergono sull'eletto (o sugli eletti), che risultano essere *inutiliter dati*, non recepiti e non recepibili al fine per cui sono stati dati, e, quindi «decapitati dal … caso che ha impedito la loro coincidenza con il voto determinativo della scelta dell'eletto. Infatti, nel caso che a determinare questa scelta sia stata la maggioranza degli elettori o quella dei votanti o il consenso della minoranza più forte, è chiaro che i voti diversi da quelli usati per scegliere

---

[74] P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, cit., p. 200.

[75] Cfr. L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., p. 634 ss.

[76] Cfr. C. LAVAGNA, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 857 ss. Ma si veda pure T. MARTINES, *Intervento*, in F. LANCHESTER (a cura di), *I referendum elettorali*, Roma, 1992, 39, laddove, nel sostenere che le leggi elettorali non dovrebbero essere sottoposte a referendum, sottolinea che si tratta di «leggi che, a ben guardare, contribuiscono a determinare la forma di governo dello Stato».

[77] G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Torino, 2000, p. 32, e già ID., *Democrazia e stato del capitalismo maturo*, cit., p. 514, ove afferma che «la scelta di un sistema di elezione o di un altro determina la qualità della democrazia» e sottolinea «il rapporto che sussiste tra proporzionale e eguaglianza negli effetti del voto» (p. 515). In tal senso v. già indicazioni in C. LAVAGNA, *op. ult. cit.*, p. 860, che richiama, tra l'altro, l'art. 67 Cost. per sottolineare come i sistemi uninominali contrastino con il principio per cui ciascun parlamentare deve rappresentare la nazione e non già un singolo collegio elettorale. Su quest'ultimo punto v. anche G.U. RESCIGNO, *Democrazia e principio maggioritario*, cit., p. 202. Per una critica a queste tesi v. M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia*, cit., p. 36, nonché ID., *Riforme elettorali e disegno costituzionale*, in M. LUCIANI e M. VOLPI, *Riforme elettorali*, Roma-Bari, 1995, p. 95 ss.

l'eletto sono privati di effetti giuridici, equiparati ai voti nulli ed a quelli non dati» [78].

La scelta per un sistema elettorale non proporzionale condiziona, quindi, la rappresentanza ed è idonea ad incidere, inevitabilmente, sulle dinamiche della forma di governo, mettendo a dura prova la capacità di resistenza delle disposizioni costituzionali che si legano al rapporto fiduciario Parlamento-Governo.

Basti pensare agli interrogativi sulla tenuta della regola che impone al Capo dello Stato di cercare soluzioni diverse allo scioglimento delle Camere in caso di crisi di governo. Fortunatamente, almeno per ora, le modifiche suddette non sono state sufficienti ad imporre lo scioglimento anticipato delle Camere come soluzione sempre necessaria in caso di crisi di governo, permanendo la possibilità che un Governo possa legalmente costituirsi qualora in Parlamento si formi una maggioranza. Se fosse prevalsa una diversa interpretazione [79], supportata dalla modifica del meccanismo elettorale, sarebbe stato introdotto un condizionamento non previsto alla proposizione della mozione di sfiducia, trasformata in strumento idoneo ad incidere sulla permanenza in carica dello stesso organo parlamentare che dovesse approvarla [80].

Altro esempio significativo della possibile incidenza di un sistema elettorale sostanzialmente maggioritario sulle dinamiche della forma di governo è rinvenibile nell'attuale configurazione del procedimento di formazione del governo. In particolare, il riferimento va alla prassi delle consultazioni e del conferimento dell'incarico che precedono la nomina del Presidente del Consiglio ad opera del Presidente della Repubblica. Prassi costantemente seguita, che affonda in un originario tacito accordo tra il Presidente della Repubblica e i principali esponenti dei gruppi e dei partiti e che dovrebbe ritenersi ormai una «vera consuetudine» [81]. Ma che ha subito una profonda mutazione

---

[78] G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, cit., p. 32.

[79] Di recente riproposta da L. GIANNITI, *Per una via convenzionale alle riforme*, in *www.unife.it/forumcostituzionale/contributi/prospettive.htm*, 7 gennaio 2003. Gianniti ritiene che sia possibile ipotizzare lo scioglimento anticipato come via obbligata in caso di crisi di governo, sol che lo richieda il Presidente del Consiglio («provocata semmai una deliberazione in tal senso del Consiglio dei Ministri»). A questo risultato si perverrebbe, appunto, «in via convenzionale», in quanto la Costituzione non lo vieta; anzi, prevedendo l'irresponsabilità del Presidente della Repubblica, salvo che per alto tradimento e per attentato alla Costituzione (art. 90), lascerebbe campo libero ad una siffatta interpretazione per la via della assunzione di responsabilità da parte del ministro proponente (art. 89), predicabile anche rispetto allo scioglimento delle Camere che, si sa, rientra tra i compiti del Presidente della Repubblica (art. 88).

[80] Così G. FERRARA, *op. ult. cit.*, p. 76.

[81] V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., p. 201.

in ragione della precostituzione delle coalizioni, indotta da un sistema maggioritario che garantisce la (almeno iniziale) autosufficienza di quella vittoriosa, e della indicazione in campagna elettorale del nome del candidato alla carica di Presidente del Consiglio. Al punto che, almeno all'inizio della legislatura, le consultazioni risultano sostanzialmente inutili e l'incarico perde la sua natura di atto prodromico alla nomina del Presidente del Consiglio, predeterminata dalla indicazione del candidato alla carica e ratificata sostanzialmente dal corpo elettorale [82]. Le suddette prassi riacquistano tuttavia il loro significato originario, allorché, in presenza di una crisi di governo, il Presidente della Repubblica debba verificare se sia possibile che in Parlamento si formi una nuova maggioranza o si confermi quella preesistente per la formazione di un nuovo governo. Solo ove ciò non sia possibile, il Presidente della Repubblica deciderà, come detto, di sciogliere le Camere.

L'esempio ora addotto può indurre a rilevare, ancora una volta, le assai note capacità espansive dei poteri del Presidente della Repubblica nelle situazioni di crisi [83]. Ma, rilevata questa costante, la tendenza sembra invece essere, nelle fasi di «stabilità» delle maggioranze parlamentari, quella di una riduzione della «sfera presidenziale» direttamente proporzionale alla progressiva realizzazione della «democrazia maggioritaria» [84].

Non è questa, però, la sede per una adeguata analisi relativa alle trasformazioni del ruolo del Presidente della Repubblica [85]. È sufficiente qui richia-

---

[82] G. FERRARA, *op. ult. cit.*, p. 74. V. anche F. MODUGNO, *Appunti dalle Lezioni sulle Fonti del Diritto*, cit., p. 152.

[83] Con riferimento al ruolo del Presidente della Repubblica italiana nelle situazioni di crisi, sia sufficiente il richiamo a tre contributi ormai «classici»: G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica italiana (note preliminari)*, in *Riv. trim dir. pubbl.*, 1951, p. 976 s.; P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim dir. pubbl.*, 1958, p. 303 ss.; C. ESPOSITO, *Capo dello Stato*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 224 ss.

[84] Il che induce ancor più a condividere – per assicurare, almeno nei momenti di crisi, l'insostituibile ruolo di garanzia del Capo dello Stato – la preoccupazione avanzata in dottrina circa la possibilità che il Presidente divenga, in un Parlamento formato con il sistema maggioritario, espressione di una sola parte politica, in conseguenza della previsione costituzionale che permette di eleggerlo, dopo il terzo scrutinio, con la maggioranza assoluta (art. 83, terzo comma, Cost.). L'opzione costituzionale per un Presidente «garante», che rappresenta l'unità nazionale (art. 87, primo comma, Cost.) richiederebbe, per essere salvaguardata nell'attuale contesto, la soppressione della disposizione che ne consente, dopo il terzo scrutinio, l'elezione a maggioranza assoluta: in tal senso v. G. FERRARA, *La questione della forma di governo*, cit., p. 23. Sui poteri del Presidente della Repubblica nella «democrazia maggioritaria» v. soprattutto E. CHELI, *La riforma mancata*, Bologna, 2000, p. 68 ss., nonché gli Autori citati nella nota successiva.

[85] Si vedano, tra i contributi più recenti, G. PITRUZZELLA, *L'ambiguo ruolo del Presidente della Repubblica*, in *Dir. pubbl.*, 1997, p. 735 ss.; L. CARLASSARE, *I due consoli: Presidente della*

mare l'attenzione sulla più generale incidenza del passaggio ad un sistema elettorale sostanzialmente maggioritario sulle dinamiche della forma di governo, al fine di completare il discorso sulla crisi della rappresentanza. Crisi determinata non solo da fattori esogeni (integrazione europea, globalizzazione), che hanno facilitato (e in alcuni casi imposto) l'emersione di nuovi centri di decisione politica, ma anche da fattori endogeni (avvento di un sistema elettorale maggioritario), che hanno contribuito a determinare la trasformazione dei rapporti tra i poteri statali esistenti. Il riferimento è, in quest'ultimo caso, alla centralità progressivamente acquisita nel sistema dal Governo, destinata a manifestarsi anche nella produzione normativa. È ad essa che occorre ora dedicare attenzione, nel tracciare un quadro delle trasformazioni delle fonti del diritto, contrassegnate, come già detto, dalla *crisi della legge* [86].

3.2. Lo spostamento dei centri di decisione politica e suoi riflessi sul sistema delle fonti del diritto italiano

La legge «non è più l'atto normativo primario per eccellenza» [87], «ha perso, forse per sempre, il ruolo tradizionale di perno del sistema delle fonti» [88], è divenuta, piuttosto, la fonte «a competenza residuale» [89]. La cause di questa crisi sono per certi aspetti risalenti – si è già detto del passaggio dallo Stato monoclasse allo Stato pluriclasse –; per altri aspetti, quelli che si riferiscono

---

Repubblica e Primo Ministro, in S. RODOTÀ, U. ALLEGRETTI e M. DOGLIANI (a cura di), *La Costituzione tra revisione e cambiamento*, Roma, 1998, p. 67 ss.; A. BALDASSARRE, *Il Presidente della Repubblica: scelta e poteri*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e le riforme*, Milano, 1998, p. 119 ss.; M. OLIVETTI, *Ciampi al Quirinale: le prime elezioni presidenziali della democrazia maggioritaria*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 3307 ss.; F. SALMONI, *La responsabilità del Capo dello Stato tra sovranità popolare, globalizzazione e cosmopolitismo*, in *Riv. dir. cost.*, 2002, p. 182 ss.; nonché, ora, l'esaustivo quadro fornito da C. DE FIORES, *Il rinvio delle leggi tra principio maggioritario e unità nazionale*, in *Riv. dir. cost.*, 2002, p. 171 ss.

[86] Credo sia ormai chiaro che, a giudizio di chi scrive, la crisi della legge, «modernamente intesa», sia da inscriversi come aspetto di una crisi più ampia che investe il diritto nazionale, determinata prima dallo sviluppo delle istituzioni sopranazionali e poi dai processi di globalizzazione e internazionalizzazione. Per questo approccio v. il saggio di M. LUCIANI, *La crisi del diritto nazionale*, in *Annali della storia d'Italia*, 14, *Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, p. 1005 ss., nel quale il discorso sulla crisi del diritto nazionale si inserisce entro le coordinate teoriche già delineate dallo stesso Autore nel più volte richiamato *L'Antisovrano e la crisi delle costituzioni*, cit., p. 124 ss.

[87] F. MODUGNO e D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, cit., p. 424.

[88] A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, 1977, p. 60.

[89] F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, III ed., Genova, 1999, p. 44.

alla emersione di fonti nuove e alla modificazione delle fonti tradizionali, sono più recenti [90]. La «trasformazione» della funzione legislativa, inveratasi negli anni a noi più vicini, si è principalmente tradotta nel trasferimento dalla sede parlamentare ad altre sedi del potere di produzione normativa ed è stata senz'altro indotta da una pluralità di fattori riconducibili ai descritti mutamenti degli assetti della forma di governo. Basti pensare alle modificazioni del sistema politico e del sistema elettorale, al processo di integrazione europea, alla globalizzazione, al rafforzamento delle autonomie; e, sul conseguente piano delle fonti, alle recenti configurazioni del referendum abrogativo (diffusione e incidenza manipolativa), ai regolamenti di «altre autorità», spesso espressioni di competenze riservate (Autorità amministrative indipendenti, Antitrust, Banca d'Italia, Consob, Garanti vari), alla equiparazione tra il tipo legge regionale e il tipo legge statale introdotta dal «nuovo» art. 117 Cost., ecc.

Non è questa la sede per affrontare tutte queste problematiche. Mi soffermerò, pertanto, solo su quelle che interessano più da vicino lo spostamento dalla sede parlamentare a quella governativa dei processi di decisione politica [91], limitandomi a richiamare, preliminarmente, le «forme moderne» di «aggressione» alla centralità della legge statale, provenienti sia dal «basso» (maggiore incisività delle fonti locali) sia dall'«alto» (prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale).

Il ruolo sempre più incisivo delle fonti locali emerge con chiarezza dalla riforma del Titolo V della Parte seconda della Costituzione (legge cost. n. 3 del 2001) che ha, tra l'altro, operato una equiparazione tra il tipo legge statale e il tipo legge regionale, assoggettando entrambi ai medesimi limiti (rispetto della Costituzione, dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali: art. 117, primo comma, Cost.), capovolgendo il criterio di ripartizione delle competenze attraverso l'elencazione delle materie rientranti nella competenza esclusiva del legislatore statale (art. 117, secondo comma, Cost.), seguita dall'individuazione delle materie rientranti

---

[90] Per un'ampia descrizione dei fattori della crisi e della «*de-parlamentarizzazione della produzione primaria*» rinvio senz'altro a F. MODUGNO, A. CELOTTO e M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla «crisi» della legge*, cit., *passim*, anche per più puntuali riferimenti bibliografici. Si vedano, altresì, i due volumi curati da F. MODUGNO, *Trasformazioni della funzione legislativa*, I, *«Vincoli» alla funzione legislativa*, Milano, 1999, e II, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000, nonché i molteplici contributi pubblicati nei sei volumi (che coprono il periodo 1996-2001) curati da U. DE SIERVO, dal titolo *Osservatorio sulle fonti*, Torino, rispettivamente, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001 e 2002.

[91] Anche per non ripetere quanto altrove già scritto. Il rinvio va in particolare a F. MODUGNO, A. CELOTTO e M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla «crisi» della legge*, cit.

nella legislazione concorrente (art. 117, terzo comma, Cost.) e dalla affermazione per cui spetta alle Regioni la potestà legislativa (generale e residuale) in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato (art. 117, quarto comma, Cost.). A ciò si aggiunga l'attribuzione del potere regolamentare in corrispondenza della competenza legislativa assegnata (art. 117, sesto comma, Cost.), nonché il riconoscimento alle Regioni e alle Province autonome di Trento e di Bolzano del potere di partecipare, nelle materie attribuite alla loro competenza legislativa, alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari, e di provvedere all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza (art. 117, quinto comma, Cost.).

Per quanto riguarda le «aggressioni» alla centralità della legge statale ad opera del diritto comunitario, sia sufficiente qui richiamare la più recente giurisprudenza costituzionale, in base alla quale, in caso di antinomia, il diritto comunitario direttamente applicabile (regolamenti comunitari, direttive dettagliate, sentenze interpretative della Corte di giustizia) prevale sulla legge statale ora nella forma della disapplicazione ad opera del giudice comune (ormai a partire dalla sent. n. 170 del 1984) ora nella forma della incostituzionalità, in caso di violazione ad opera di leggi nazionali dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario (sent. n. 286 del 1986) e nelle ipotesi di accesso alla Corte costituzionale in via principale, nelle quali mancherebbe un giudice competente a non applicare le norme interne contrastanti con il diritto comunitario (sentt. nn. 384 del 1994 e 94 del 1995). Ma la capacità conformativa del diritto comunitario si è espressa anche in altro senso, con riferimento alla normativa non immediatamente applicabile. Anche qui mi limito a richiamare i passaggi fondamentali, che vanno dalla predisposizione di un apposito strumento, la «legge comunitaria» annuale [92], alla affermazione, operata dalla Corte di giustizia, della responsabilità patrimoniale dello Stato per omessa o erronea trasposizione delle direttive [93], all'obbligo per i

[92] Si tratta, come è noto, di una legge ordinaria dello Stato, disciplinata dalla legge n. 86 del 1989, avente l'obiettivo di assicurare un recepimento tempestivo e regolare delle direttive comunitarie, dando anche esecuzione ad eventuali sentenze della Corte europea di giustizia e operando un esame di conformità delle norme interne rispetto a quelle comunitarie. Sulla «legge comunitaria» v., per tutti, A. CELOTTO, *Legge comunitaria*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1995.

[93] La Corte di giustizia non ha mancato di rilevare (almeno a partire dalla sent. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich* c. *Repubblica italiana*, in *Racc.*, 1991, I, p. 5357 ss.) la responsabilità civile dello Stato, tenuto a riconoscere i danni causati ai singoli dal-

giudici nazionali di interpretare la normativa nazionale alla luce del diritto comunitario [94], al divieto di adottare disposizioni che possono gravemente compromettere la realizzazione del risultato indicato nella direttiva [95], alla individuazione, ad opera della Corte costituzionale, di un «principio di riserva di legge aperta» ricavabile dagli artt. 33 e 34 Cost. che può essere soddisfatto anche attraverso il riferimento ai principi desumibili dal diritto comunitario [96],

---

le violazioni del diritto comunitario ad esso imputabile. Si tratta di una giurisprudenza che riguarda in generale la responsabilità civile dello Stato conseguente alla violazione del diritto comunitario, ma che è destinata a trovare applicazione (e finora ha trovato applicazione) soprattutto nel campo dell'attuazione delle direttive comunitarie, ove l'assenza della «diretta applicabilità» rende più forte l'esigenza di assicurare la «piena efficacia» delle norme comunitarie. In dottrina, anche per ulteriori riferimenti alla giurisprudenza comunitaria, v. G. TESAURO, *Responsabilità degli Stati per violazione del diritto comunitario*, in *Foro pad.*, 1996, II, p. 147 ss.; F. CAPELLI, *L'obbligo degli Stati a risarcire i danni per violazione del diritto comunitario*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 1997, p. 52 ss.; P. MENGOZZI, *Diritto privato e diritto comunitario*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, I: *Premesse e disposizioni preliminari*[2], Torino, 1999, p. 596 ss.; M. RUOTOLO, *Legge, diritto comunitario e responsabilità civile dello Stato*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, I, cit., p. 377 ss.; R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999; C. FUMAGALLI, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000.

[94] La Corte di giustizia ha affermato che il giudice nazionale è «tenuto ad interpretare il proprio diritto nazionale, anche anteriore» rispetto alla direttiva, «alla luce del testo e delle finalità di questa»: cfr., in particolare, sent. 13 novembre 1990, C-106/89, *Marleasing SA* c. *La Comercial Internacional alimentaciòn* SA, *in Foro it.*, 1992, IV, c. 173 ss.

[95] In sostanza, lo Stato deve prepararsi al recepimento della direttiva nel migliore dei modi possibile. Una interessante applicazione di questo principio la si ha nelle sentt. nn. 41 e 45 del 2000 della Corte costituzionale italiana, che ha dichiarato inammissibili i referendum abrogativi, rispettivamente, sull'abolizione dei vincoli al contratto di lavoro part-time e sulla liberalizzazione della stipulazione dei contratti di lavoro a tempo determinato, proprio in ragione della sussistenza di direttive comunitarie non ancora recepite nel nostro ordinamento. In entrambi i casi, le disposizioni per le quali era richiesto referendum abrogativo garantivano l'anticipata conformazione dell'ordinamento italiano agli obblighi derivanti dalla direttiva. Il condizionamento si manifesta così nell'*obbligo di non retrocessione*, secondo un argomento simile a quello per cui non possono formare oggetto di referendum abrogativo le leggi a contenuto costituzionalmente necessario, che non potrebbero essere *tout court* eliminate senza che da ciò derivi una lesione delle corrispondenti disposizioni costituzionali. In tema cfr. P. CARNEVALE, *Riflessioni sulle decisioni di ammissibilità delle richieste di referendum abrogativo del 2000*, in *Mass. giur. lav.*, 2001, p. 437; A. CELOTTO, *La «pre-conformazione» a direttive comunitarie (in pendenza del termine di recepimento) come limite all'ammissibilità del* referendum *abrogativo e come norma interposta di carattere «eventuale» nei giudizi di legittimità costituzionale*, in F. MODUGNO e G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria*, Torino, 2001, p. 81 ss.; R. LOMBARDI, *Limiti all'ammissibilità del* referendum *abrogativo in relazione al diritto comunitario*, *ivi*, p. 181 ss.; F. MODUGNO, *Ancora una «rassegna» sull'ammissibilità dei «referendum» abrogativi, dopo venti anni*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 1815 ss.

[96] Il riferimento è alla sent. n. 383 del 1998 della Corte costituzionale, relativa alla riserva di legge operante in materia di accesso ai corsi universitari. La Corte costituzionale ha deciso nel

fino alla affermazione di una «efficacia indiretta» della normativa comunitaria nel giudizio di costituzionalità [97], capace di incidere sulla interpretazione e definizione del parametro [98].

---

senso della non fondatezza la questione di legittimità costituzionale relativa alla disposizione di legge (art. 9, quarto comma, della legge n. 341 del 1990, come modificato dall'art. 17, centosedicesimo comma, della legge n. 127 del 1997) che attribuisce al Ministro dell'Università e della ricerca scientifica e tecnologica il potere di disciplinare con proprio atto l'accesso alle scuole di specializzazione e ai corsi universitari, «anche a quelli per i quali l'atto stesso preveda una limitazione nelle iscrizioni». La delimitazione della discrezionalità dell'amministrazione viene in tal caso ricavata anche dalla normativa comunitaria dalla quale derivano obblighi per lo Stato incidenti sull'organizzazione degli studi universitari. Anzi, in carenza di un quadro organicamente predisposto dal legislatore nazionale per la disciplina del numero delle iscrizioni ai corsi universitari, deve farsi riferimento principalmente alla normativa comunitaria (e in particolare alle molteplici direttive richiamate nella motivazione della sent. n. 383 del 1998). In tal modo risulterebbero soddisfatte anche le esigenze scaturenti dalla previsione di una riserva di legge in materia (desumibile dagli artt. 33 e 34 Cost.). A giudizio della Corte, infatti, «l'esistenza di direttive comunitarie esecutive comporta che l'obbligo di predisposizione diretta della normativa sostanziale entro la quale deve ridursi la discrezionalità dell'amministrazione viene alleggerendosi, per così dire, in conseguenza e proporzione alla consistenza delle direttive medesime (salva sempre, ovviamente, la possibilità per il legislatore di andare oltre, ma non contro, la normativa comunitaria)» (v. punto 4 del considerato in diritto della sentenza n. 383 del 1998). Sulla sent. n. 383 del 1998 v. A. D'ATENA, *Un'autonomia sotto tutela ministeriale: il caso dell'Università*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 3332 ss.; R. NIRO, *Numero chiuso all'Università e potere regolamentare del Ministro: morte della riserva di legge o sua trasfigurazione?*, *ivi*, 1999, p. 1235 ss.; G.M. SALERNO, *Riserva di legge e principio di legalità nel processo di integrazione europea*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, cit., p. 307 ss.

[97] Un'efficacia indiretta della normativa comunitaria nel giudizio di costituzionalità delle leggi è stata riconosciuta nella relazione annuale sulla giustizia costituzionale del 2001 dal Presidente della Corte costituzionale Ruperto, il quale ha richiamato la sent. n. 135 del 2001, in cui, con riferimento ad una legge della Regione Liguria impugnata dal Governo, veniva invocata come parametro la disciplina statale del controllo faunistico sottolineandone la stretta connessione «all'ambito di operatività di una direttiva comunitaria concernente la conservazione degli uccelli selvatici». È proprio il riferimento alla «inerenza della disposizione invocata dal Governo a materia contemplata dalla normativa comunitaria in tema di protezione delle specie selvatiche» che ha indotto il Presidente a rilevare una efficacia indiretta della stessa normativa comunitaria nel giudizio di costituzionalità delle leggi (v. C. RUPERTO, *La giustizia costituzionale nel 2001*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 1236).

[98] Un esempio emblematico è quello della sent. n. 443 del 1997 (in *Giur. cost.*, 1997, p. 3904 ss., con le osservazioni di C. PINELLI, *Adeguamento al diritto comunitario e interpretazione costituzionale*, *ivi*, p. 3915 ss.; di G. GUZZETTA, *Libertà di circolazione delle merci*, *principio di eguaglianza e asserita separazione tra ordinamenti comunitario ed interno*, *ivi*, p. 3919 ss.; e di A. VEDASCHI, *L'incostituzionalità delle «discriminazioni a rovescio»: una resa al diritto comunitario?*, *ivi*, 1998, p. 283 ss.), dichiarativa dell'illegittimità costituzionale della normativa tesa a tutelare la presenza di caratteristiche qualitative proprie della tradizione italiana nella produzione della pasta. In quest'ultimo caso il ragionamento in sostanza è stato il seguente: la primazia del diritto comunitario non consente di assoggettare gli importatori di pasta alla normativa nazionale e allora non si può far altro che estendere ai produttori italiani i «vantaggi» assicurati a quelli comunitari. L'incostituzionalità si fonda perciò sulla violazione degli artt. 3

Nonostante i tentativi di «razionalizzazione» del rapporto tra norme comunitarie e norme interne compiuti dalla dottrina che, seguendo le evoluzioni giurisprudenziali, ha cercato di individuare il criterio da utilizzare per risolvere le antinomie insorgenti tra le norme prodotte dalle diverse fonti [99], la *multiforme* prevalenza del diritto comunitario non sembra riducibile ad un predeterminato criterio. La sostanziale incongruità degli strumenti forniti dalla teoria generale del diritto può forse spiegarsi per la particolarità del fenomeno in esame la cui «fonte regolatrice» si identifica con l'obiettivo di garantire il «libero mercato», principio dominante dell'Unione europea. L'elevazione di esso a principio direttivo unico richiede che il diritto si conformi alle sue espressioni e che gli stessi rapporti tra le fonti siano ridisegnati e modellati in funzione del raggiungimento dell'obiettivo. E poco importa che la rinuncia degli ordinamenti nazionali al monopolio statale sull'efficacia del *proprio* diritto oggettivo avvenga in funzione di un «principio» che non è compatibile con i valori costituzionali degli Stati membri [100]. In questo conte-

---

e 41 Cost. Ma non si può mancare di rilevare che così facendo si rapporta l'uguaglianza al prerequisito dell'omogeneità e si identifica quest'ultima con il mercato. Il mercato, principio dominante dell'Unione europea, porta con sé i «valori» della competizione e dell'individualismo e finisce per determinare una lettura dell'art. 41 Cost. implicante l'elevazione della concorrenza a principio costituzionalmente protetto. La combinazione sinergica dei due principi costituzionali (eguaglianza e libertà di iniziativa economica) nella lettura comunitaria (omogeneità e concorrenza) implica l'estensione del diritto comunitario o, meglio, della normativa nazionale meno restrittiva che assicura la concorrenza, ponendo, nel caso della pasta, meno regole di qualità.

Anche da quest'angolo visuale può intravedersi la capacità d'influenza del diritto comunitario, non limitata alla legislazione ordinaria ma estesa alla Costituzione e ai suoi principi fondamentali. In questo modo perde molto del suo significato la riserva di intervento da parte della Corte costituzionale nei confronti delle norme comunitarie, per assicurare i principi fondamentali della Costituzione e i diritti inalienabili della persona. Già la riserva in sé è indice di una sia pur tendenziale appartenenza delle norme comunitarie ad un livello super-primario, se non addirittura costituzionale. Induce a ritenerlo il fatto che analoghi limiti risultano richiamati dalla Corte per affermare la sindacabilità delle leggi costituzionali (sent. n. 1146 del 1988) e delle norme concordatarie (sent. n. 203 del 1989) ossia di fonti che, per diversi motivi, non sono equiparabili alle leggi ordinarie. Ne deriva che intanto il giudice dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale in quanto la norma comunitaria non sembra presentare un elevato grado di incostituzionalità, esprimibile nel contrasto con i principi supremi. Se a ciò si aggiunge una lettura degli stessi principi supremi in senso comunitario, il significato dei «controlimiti» si disperde e si pone la Costituzione alla mercé del diritto comunitario.

[99] Mi limito a richiamare l'ottimo contributo di A. CELOTTO, *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giurisprudenziale*, in F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto oggettivo*, cit., p. 225 ss.; nonché, anche per riferimenti alle forme di prevalenza del diritto comunitario non immediatamente applicabile, F. GABRIELE e A. CELOTTO, *Fonti comunitarie e ordinamento nazionale*, Bari, 2001, spec. p. 89 ss.

[100] È stata ampiamente rilevata in dottrina l'esistenza di luoghi di conflitto tra l'ordina-

sto, il fine di assicurare la prevalenza a qualsiasi costo del diritto comunitario sembra giustificare ogni mezzo, vincolando in varia misura il legislatore, i giudici comuni e la stessa Corte costituzionale. Ad essere sacrificata in nome della «efficienza comunitaria» è, comunque, anzitutto la legge, forma tradizionale di espressione della rappresentanza politica, che proponendosi come risultato di una mediazione politica può richiedere tempi di approvazione e soprattutto può giungere ad esprimere *bisogni* non compatibili con le esigenze comunitarie, con la necessità di favorire il soddisfacimento delle *domande* nel «libero mercato» europeo [101]. L'interlocutore privilegiato, capace di dare risposte *rapide* e *tecniche*, non può che essere il Governo, chiamato a contribuire al raggiungimento degli obiettivi sia con la normazione nazionale sia attraverso la partecipazione alle decisioni delle istituzioni europee. Si spiega anche così, probabilmente, la volontà di non colmare il *deficit* democratico a livello europeo e l'accrescimento del ruolo del Governo nei processi di decisione politica a livello nazionale.

3.3. *Segue*: il Governo come centro di decisione politica: il caso delle deleghe e delle delegificazioni

Entro questo quadro, segnato dalla descritta crisi della rappresentanza, si inserisce il fenomeno della dislocazione della potestà normativa dal Parlamento al Governo che si manifesta, in una prima fase, nell'abuso dei decreti

---

mento costituzionale italiano e quello disegnato a Maastricht. Quest'ultimo impone il rispetto di principi direttivi quali prezzi stabili, finanze pubbliche e condizioni monetarie sane, nonché bilancia dei pagamenti sostenibile. Manca, invece, il riferimento agli obblighi di risultato che la Costituzione italiana (e non solo) impone al legislatore per realizzare il suo obiettivo primario: la realizzazione dello Stato sociale (artt. 3, 4, 9, 31, 32, 34, 36, 38 Cost.). Così G. GUARINO, *Verso l'Europa, ovvero la fine della politica*, Milano, 1997, p. 87 s. Si veda anche R. NIRO, *Profili costituzionali della disciplina* antitrust, Padova, 1994, p. 136 ss., in particolare p. 146 e bibliografia ivi citata.

[101] La matrice *economica* dell'Unione europea condiziona pertanto fortemente le politiche comunitarie. Va comunque dato atto del tentativo di realizzare una unione politica e di diritti, perseguito secondo procedimenti che si fondano sulla collaborazione intergovernativa tipica dei processi normativi comunitari. Passaggio fondamentale, nell'ambito del suddetto tentativo, è stata senz'altro la proclamazione della «Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» compiuta durante i lavori della Conferenza intergovernativa, svoltasi a Nizza nel dicembre del 2000. Tuttavia, la Carta, non essendo stata inserita nei Trattati, è ad oggi priva della forza giuridica propria del diritto comunitario anche se, per molti, si pone come il nucleo originario della futura costituzione europea, trasfuso nel progetto di «trattato costituzionale» elaborato dalla Convenzione sull'avvenire dell'Europa istituita nella Dichiarazione conclusiva del Consiglio di Laeken del dicembre del 2001.

legge e della loro reiterazione [102], quindi nell'uso eccessivo e distorto della delegazione legislativa e nel massiccio ricorso alla delegificazione fuori dalle condizioni previste dall'art. 17, secondo comma, della legge n. 400 del 1988 [103]. Il Parlamento tende a perdere il suo ruolo di centro di decisione politica e lo strumento legislativo si «indebolisce», anche perché, come già detto, limitato, dall'esterno, dal diritto comunitario e, dall'interno, per effetto dell'accrescimento del ruolo delle fonti locali. Lo spostamento dell'asse della produzione normativa è ampiamente percepibile e trova conferma, tra l'altro, per ciò che riguarda la normazione governativa, nell'accrescimento della «funzione consultiva» parlamentare: al Parlamento rimane «il compito di porre in essere un atto, il parere, destinato ad un organo [il Governo] cui spetta il compito di decidere» [104].

Le prassi seguite nelle delegazioni legislative e nei processi di delegificazione degli ultimi anni [105] permettono di cogliere adeguatamente le trasformazioni in atto e la loro incidenza sugli assetti della forma di governo. Il riferimento è, anzitutto, alle deleghe di correzione e integrazione che ormai caratterizzano molte leggi di riforma [106]. Il decreto delegato correttivo tende ad assumere una

---

[102] Si tratta di un tema ampiamente affrontato dalla dottrina, nelle sue diverse implicazioni. Per una trattazione organica v., per tutti, A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto legge*, I, Padova, 1997.

[103] Cfr. F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, cit., p. 7 s. che collega la suddetta dislocazione della potestà normativa dal Parlamento all'esecutivo alla crisi della rappresentanza politica, che coinvolge, da un lato, i partiti politici, dall'altro, «la capacità stessa del Parlamento e del ceto politico in genere di dare credibili risposte alle istanze che provengono dalla società civile».

[104] E. FRONTONI, *La funzione «consultiva» nell'ambito dell'attività normativa del Governo*, tesi di dottorato in «Diritto costituzionale e diritto pubblico generale», Università degli Studi di Roma «La Sapienza», 2002, p. 136. Con specifico riferimento ai pareri delle commissioni parlamentari sugli schemi di decreto legislativo v. già M. SICLARI, *Il Parlamento nel procedimento legislativo delegato*, in *Giur. cost.*, 1985, I, p. 804 ss.; M. MANETTI, *Il Parlamento nell'amministrazione: dall'ingerenza alla co-decisione*, in *Quad. cost.*, 1991, p. 385 ss. Con riferimento alla funzione consultiva parlamentare nella XIII legislatura v. E. ROSSI (a cura di), *Il Parlamento»consulente»*, Napoli, 2002.

[105] Per un esame approfondito dei due fenomeni e dei relativi rapporti v. E. MALFATTI, *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazioni*, Torino, 1999.

[106] Cfr. N. LUPO, *Deleghe e decreti legislativi « correttivi»: esperienze, problemi, prospettive*, Quad. n. 7 del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche «Vittorio Bachelet», Milano, 1996; M. CARTABIA, *I decreti legislativi «integrativi e correttivi»: il paradosso dell'effettività?*, in *Rass. parl.*, 1997, p. 45 ss.; C. DE FIORES, *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, Padova, 2001; M. CARTABIA, *I decreti legislativi integrativi e correttivi: virtù di governo e vizi di costituzionalità?*, in V. COCOZZA e S. STAIANO (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza*

caratterizzazione propria del decreto-legge, la precarietà, potendo essere considerato come un *legge in prova* deliberata dal Governo la cui forza cogente risulta affievolita, degradata quasi al livello di un progetto normativo non ancora in vigore [107]. Entro il termine prefissato dalla legge di delega, il Governo può infatti intervenire ripetutamente sul decreto «principale» per modificare o integrare la propria decisione prima del suo definitivo consolidamento. E questo potere governativo «di adottare più atti legislativi, eventualmente anche in modifica di quelli precedentemente adottati nell'esercizio della stessa delega» [108] si giustifica alla luce del fatto che la delega crea, in un certo senso, un potere legislativo nuovo, anche se discrezionale e non libero nei fini, per effetto della predeterminazione parlamentare dei principi e criteri direttivi, temporalmente delimitato e definito quanto agli oggetti [109]. Nella prassi più recente, però, gli stessi «confini» della «correzione» sembrano essere stati superati attraverso l'attribuzione al Governo di «un vero e proprio potere di *legislazione reiterata (non autorizzata)*» che si è manifestato spesso attraverso la «riscrittura» *in toto* della disciplina contenuta nei decreti principali [110]. La prassi ha così in molti casi trasformato il decreto delegato, almeno quello «principale», in atto «precario», rivolto al «presente» ma pronto ad essere corretto «in vista del futuro» [111], rendendo l'intervento correttivo «strumento nelle mani del Governo, per incisive e ripetute revisioni della disciplina di volta in volta introdotta» [112]. Il che ha determinato una trasformazione dell'istituto della delega che si inscrive nel «processo di rafforzamento del ruolo legiferante del Governo che … tende oggi ad assumere i connotati tipici di un *inedito* e autonomo centro di produzione normativa» [113].

---

costituzionale, Torino, 2001, p. 76 ss.; A. SPADARO, *I decreti legislativi integrativi e correttivi: un fehlerkalkul all'italiana? Ovvero il «calcolo dei vizi» come previsione di riforme … riformande*, in V. COCOZZA e S. STAIANO (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto*, cit., p. 567 ss.

[107] Le espressioni sono di M. CARTABIA, *I decreti legislativi «integrativi e correttivi»: il paradosso dell'effettività?*, cit., p. 63.

[108] A. CERVATI, *La delega legislativa*, Milano, 1972, p. 117.

[109] Su questi punti v. F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle Fonti del Diritto*, cit., p. 49 s.; nonché A. CERRI, *Delega legislativa*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1991, p. 3.

[110] C. DE FIORES, *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, cit., p. 194.

[111] Rinvio, sul punto, al mio *Il tempo e le funzioni dello Stato*, in *Dir. e soc.*, 2000, p. 634.

[112] F. SORRENTINO, *La crisi dei diritti e delle legalità costituzionali*, in AA.VV., *Referendum e legalità. «Tornare alla Costituzione»*, Torino, 2000, p. 33 s. Sulle implicazioni di un uso ripetuto del potere delegato sulla certezza del diritto v. M. PATRONO, *Utilizzo «rinnovato» della delega legislativa*, in *Dir. e soc.*, 1980, p. 684 ss.

[113] C. DE FIORES, *op. ult. cit.*, p. 90.

Trasformazione che si connette ad un uso distorto ed eccessivo della delega legislativa, che richiama alla mente il fenomeno, ora in buona parte superato, dell'abuso della decretazione d'urgenza, rispetto al quale la Corte costituzionale ha evidenziato, con specifico riferimento alla prassi della reiterazione, la capacità di incidenza sugli «equilibri istituzionali», di alterazione dei «caratteri stessi della forma di governo» e della «funzione legislativa ordinaria del Parlamento» [114].

All'abuso della delegazione legislativa si affianca un uso della delegificazione che, per ciò che riguarda i regolamenti governativi, avviene troppo spesso fuori dal figurino delineato nell'art. 17, secondo comma, della legge n. 400 del 1988 che, come è noto, richiede un intervento legislativo che autorizza l'esercizio della potestà regolamentare determinando le norme generali regolatrici della materia e disponendo l'abrogazione delle norme vigenti con effetto dall'entrata in vigore delle norme regolamentari. Il richiamo al suddetto art. 17, che compare in quasi tutti i decreti presidenziali che dispongono in deroga alla legge, si è trasformato in mera invocazione formale rivolta proprio a legittimare la deroga disposta in via regolamentare senza che la legge di autorizzazione indichi puntualmente le disposizioni di legge da abrogare [115]. E, ciò che è più grave, lo strumento della delegificazione, il cui uso

---

[114] Cfr. Corte cost. sent. n. 360 del 1996, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3147 ss., con i commenti di F. SORRENTINO, *La reiterazione dei decreti-legge di fronte alla Corte costituzionale*, *ivi*, p. 3157 ss., e di S.M. CICCONETTI, *La sent. n. 360 del 1996 della Corte costituzionale e la fine della reiterazione dei decreti-legge: tanto tuonò che piovve*, *ivi*, p. 3162 ss.

[115] Così A.A. CERVATI, *Delegificazione*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1997. Sui regolamenti in delegificazione v., altresì, nella dottrina più recente, S. FOIS, *«Delegificazione»*, *«riserva di legge»*, *principio di legalità*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, I, Padova, 1995, p. 727 ss.; F. MODUGNO, *Riflessioni generali sulla razionalizzazione della legislazione e sulla delegificazione*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, II, Padova, 1995, p. 175 ss.; ID., *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, I Aggiornamento, Milano, 1997, p. 579 ss.; G. DEMURO, *Le delegificazioni: modelli e casi*, Torino, 1995; U. DE SIERVO, *Il potere regolamentare alla luce dell'attuazione dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988*, in *Dir. soc.*, 1996, p. 63 ss.; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 352 ss.; V. COCOZZA, *La deligificazione: modello legislativo*, *attuazione*, Napoli, 1996; G. TARLI BARBIERI, *Le delegificazioni (1989-1995)*, Torino, 1996; ID., *Su un regolamento di delegificazione autorizzato da un decreto legislativo: dalla «centralità del Parlamento» alla «centralità del Governo» nella produzione normativa*, in *Le Regioni*, 1999, p. 138 ss.; A. PIZZORUSSO, *Delegificazione*, in *Enc. dir.*, II Aggiornamento, Milano, 1999, p. 492 ss. E. MALFATTI, *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazioni*, cit.; A. RUGGERI, *«Fluidità» dei rapporti tra le fonti e duttilità degli schemi di inquadramento sistematico (a proposito della delegificazione)*, in *«Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti*, *Studi anni 1999-2000*, Torino, 2000, p. 360 ss.; S. NICCOLAI, *Delegificazione e principio di competenza*, Padova, 2001; L. CARLASSARE e P. VERONESI, *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, V Aggiornamento, Milano, 2001, p. 951 ss.; A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, Padova, 2003, p. 284 ss.

doveva contribuire a razionalizzare il sistema [116] liberando il Parlamento «dall'affanno della microlegislazione e dall'attenzione soffocante per il dettaglio» [117], si è tradotto in uno strumento di ulteriore confusione, venendo utilizzato, come ad esempio nel caso della legge n. 59 del 1997 [118], per una pluralità di oggetti sì da rendere difficile o inutile la determinazione delle «norme generali regolatrici della materia» [119]. La funzione della legge finisce, in questi casi, per tradursi in una mera autorizzazione al Governo, senza la predisposizione di effettive limitazioni della potestà regolamentare, il che induce a condividere la considerazione per cui «più che verso un periodo di "grandi leggi" ci stiamo avviando ad un periodo di "grandi dismissioni"» [120]. Dismissioni, peraltro, talora fondate su «autorizzazioni» contenute in decreti leggi o in decreti legislativi delegati (senza, in quest'ultimo caso, esplicita previsione in tal senso nella legge di delega) con la paradossale conseguenza per cui il Governo autorizza se stesso «ad occupare interi settori sino ad allora disciplinati dal Parlamento» [121].

Sempre in una direzione contraria alla razionalizzazione possono riguardarsi anche i c.d. testi unici di delegificazione, il ricorso ai quali è previsto dall'art. 7, secondo comma, della legge n. 50 del 1999, modificato dall'art. 1 della legge n. 340 del 2000, al fine del riordino di una serie di norme legislative e regolamentari elencate al primo comma dello stesso articolo [122]. Dalla data di

---

[116] F. MODUGNO, *Riflessioni generali sulla razionalizzazione della legislazione e sulla delegificazione*, cit., p. 175 ss.

[117] L. CARLASSARE, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quad. cost.*, 1990, p. 33.

[118] In particolare all'art. 20, quinto comma, lett. *a)-g)-septies*, sono genericamente indicati i «criteri e i principi» ai quali si dovranno uniformare i regolamenti in delegificazione relativi ai procedimenti amministrativi. «Ci si trova, in realtà, di fronte a un mero elenco di finalità da raggiungere, spesso corredato da suggerimenti che sembrano affondare nel comune buon senso» (L. CARLASSARE e P. VERONESI, *Regolamento (dir. cost.)*, cit., p. 971.

[119] P. CIARLO, *Parlamento*, *Governo*, *e fonti normative*, in A.I.C., *La riforma costituzionale*, Atti del Convegno di Roma del 6-7 novembre 1998, Padova, 1999, p. 265.

[120] E. FRONTONI, *Spunti in tema di delegificazione: «rilegificazione» e sottrazione dei regolamenti in delegificazione all'abrogazione referendaria*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, cit., p. 261 s., la quale sottolinea anche che «la delegificazione, per come concretamente risulta disposta, magari nascosta in un comma di una legge che si occupa di tutt'altro, rappresenta uno dei peggiori esempi di tecnica legislativa».

[121] L. CARLASSARE e P. VERONESI, *Regolamento (dir. cost.)*, cit., p. 977, ai quali si rinvia anche per l'illustrazione dei casi di regolamenti autorizzati da decreti-legge, decreti legislativi e, addirittura, da altri regolamenti.

[122] Per un commento all'art. 7 della legge n. 50 del 1999, v. N. LUPO, *La legge di semplificazione 1998*, in *Gazzetta giuridica Giuffrè Italia Oggi*, n. 2/1999, p. 38 ss. Sui testi unici, più in

entrata in vigore di ciascun testo unico sono abrogate le norme non richiamate, salva la possibilità di indicare le norme «non inserite nel testo unico, che restano comunque in vigore». Il carattere «misto» (legislativo e regolamentare) e onnicomprensivo dei testi unici sopra richiamati ingenera non pochi dubbi, imponendo la scissione della portata normativa delle disposizioni in essi contenute, ove non si voglia accedere alle due tesi estreme, ritenendo che tutte le disposizioni acquistino efficacia regolamentare «entrando nella permanente disponibilità dell'Esecutivo» o, al contrario, che ad esse debba attribuirsi «il rango della fonte di grado più elevato che contengono» [123]. In ogni caso, sembra da condividere l'opinione per cui «simili strumenti, nella loro ambiguità, complicano le situazioni che vorrebbero, in qualche modo semplificare» [124].

Il discorso fin qui condotto in ordine alla centralità acquisita dal Governo nei processi di decisione politica potrebbe, comunque, ritenersi in buona parte superato per effetto del già richiamato capovolgimento nel riparto delle competenze normative tra Stato e Regioni che implica, tra l'altro, l'attribuzione della potestà regolamentare alle Regioni, salvo che nelle materie di legislazione esclusiva, in cui spetta allo Stato (art. 117, sesto comma, Cost.). In realtà non è così. Anzitutto, se riconduciamo il nostro discorso entro la più ampia cornice della riduzione del ruolo della legge statale, l'ampliamento delle competenze regionali va ovviamente letto come trasferimento ad altra sede di compiti prima spettanti al Parlamento nazionale. In secondo luogo, è facilmente ipotizzabile che a livello regionale si riproducano le evoluzioni che hanno segnato uno spostamento verso l'Esecutivo dei compiti di decisione politica. In terzo luogo, non va sottovalutata la portata delle materie che restano in capo alla potestà legislativa esclusiva dello Stato. Infine, lo Stato non sembra, almeno per ora, troppo disposto a tollerare l'attivazione della competenza regolamentare regionale se è vero che il legislatore statale tende a demandare l'attuazione delle proprie leggi ad atti statali formalmente non regolamentari. È il caso di molteplici disposizioni della legge finanziaria per il 2003 (legge 27 dicembre 2002, n. 289) la cui attuazione è rimessa a *decreti di natura non regolamentare* [125], con la conseguente attribuzione di una «*potestà*

---

generale, v., da ultimo, la dettagliata analisi di F. MAUTINO e R. PAGANO, *Testi unici. La teoria e la prassi*, Milano, 2000.

[123] Si veda, anche per l'esposizione delle diverse tesi, L. CARLASSARE e P. VERONESI, *Regolamento (dir. cost.)*, cit., p. 976 s.

[124] L. CARLASSARE e P. VERONESI, *op. ult. cit.*, p. 977.

[125] Cfr. ad es. art. 7, quattordicesimo comma; art. 26, primo comma; art. 27, primo comma; art. 28, sesto comma; art. 72, terzo comma.

fittiziamente non regolamentare ad organi statali in elusione dell'art. 117, sesto comma, Cost.» [126]. A rigore, tuttavia, come è stato opportunamente osservato, le suddette ascrizioni di potere non incidono sulla norma costituzionale sulla competenza, per cui le Regioni potrebbero comunque esercitare la loro potestà regolamentare, nel qual caso si avrà la «paradossale concorrenza tra un decreto statale formalmente non regolamentare e un regolamento regionale, con prevalenza di quest'ultimo in ragione del criterio della competenza» [127]. Si tratta di «un furbo escamotage» che, lungi dal precludere l'attivazione della competenza regionale, si rivela in realtà solo fonte di ulteriori ambiguità. E non è da sottovalutare che il tentativo di «bloccare» la competenza regionale sia stato predisposto in un atto sì legislativo ma «a dominanza governativa», quale la legge finanziaria [128], e la sua realizzazione demandata, ancora una volta, ad atti governativi sia pure di natura (fittiziamente) non regolamentare. La legge, «stimolata» da uno dei contendenti, ha dato solo il fischio di inizio ad una partita che si giocherà tutta tra il Governo e le Giunte regionali, nell'ambito di un più ampio processo che dovrebbe vedere queste ultime come gli «emergenti» centri di decisione politica. Nell'esempio da ultimo richiamato, la palla è infatti in possesso delle Giunte regionali e la riuscita del «furbo escamotage» dipenderà solo dalla volontà di non giocarla, di cederla amichevolmente al Governo nazionale, astenendosi dal ricorso alla «propria» potestà regolamentare. È più che probabile, comunque, di là dalla questione specifica ora esaminata, che nei prossimi anni una trattazione sullo spostamento dei centri di decisione politica e sui suoi riflessi sul sistema delle fonti vedrà un più ampio spazio dedicato ai poteri delle Giunte regionali, una loro più definita presenza nella «concreta struttura dell'organizzazione del potere».

3.4. Il ruolo della Corte costituzionale. Cenni

Nel contesto sinora descritto, quale ruolo deve essere riconosciuto alla Corte costituzionale? Per rispondere dobbiamo necessariamente riferirci al modello di forma di governo delineato nella nostra Costituzione e, ancora una volta, all'analisi offerta su di esso da Vezio Crisafulli. La caratteristica

---

[126] F. Modugno e A. Celotto, *Un «non regolamento» statale nelle competenze concorrenti*, in *Quaderni cost.*, 2003, p. 355 ss.

[127] F. Modugno e A. Celotto, *op. ult. cit.*

[128] Sulle caratteristiche della legge finanziaria si vedano, tra i molti, G.M. Salerno, *Legge finanziaria*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1998; A. Musumeci, *La legge finanziaria*, Torino, 2000.

peculiare della forma di governo italiana va ricercata nella «predisposizione costituzionale di un sistema di *limiti alla maggioranza*», nella esigenza, desumibile da un complesso di disposizioni costituzionali, di «realizzare una serie di garanzie reciproche tra le varie forze sociali e politiche», «in modo da evitare che la sovranità popolare affermata dall'art. 1 si risolva automaticamente nella sovranità di una *semplice maggioranza parlamentare, quale che sia*» [129]. In questa cornice si inserisce non solo la funzione del Capo dello Stato che «costituisce uno tra i congegni diretti a garantire la stabilità e la continuità del sistema, nei suoi principi fondamentali, al disopra del vario esplicarsi dei diversi e contingenti indirizzi politici» [130], ma anche la «funzione di controllo» affidata alla nostra Corte costituzionale [131] per assicurare il *principio di legittimità costituzionale*, inteso come assoluta preminenza della Costituzione nei confronti delle leggi e di qualsiasi altro atto autoritativo e perfino di qualsiasi situazione oggettiva di vuoto normativo, come esigenza di sempre maggiore conformità del sistema normativo che sta «alla base della c.d. giurisdizione costituzionale, di tutte le attività della Corte e non soltanto del sindacato di costituzionalità delle leggi» [132].

La suddetta funzione viene oggi esercitata nel contesto della rilevata «crisi del regime rappresentativo», che «si manifesta anche attraverso le disfunzioni del sistema istituzionale», dovute, tra l'altro, al «maldestro operare delle forze politiche dominanti», alla «crisi di legittimazione del sistema medesimo», alla «spregiudicata approssimazione del disegno politico complessivo,

---

[129] V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare*, cit., 202 (l'ultimo corsivo è mio).

[130] V. CRISAFULLI, *loc. ult. cit.*

[131] V. ancora V. CRISAFULLI, *Le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive*, in G. MARANINI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Firenze, 1966, p. 83 ss.; ID., *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, 1978, p. 72. La bibliografia sul ruolo della Corte costituzionale nel sistema dei poteri è vastissima, per cui mi limito a richiamare, oltre ai volumi curati, rispettivamente, da Maranini e Occhiocupo, nei quali sono contenuti i sopra richiamati saggi di Crisafulli, il volume curato da P. BARILE, E. CHELI e S. GRASSI, *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo*, Bologna, 1982.

[132] F. MODUGNO, *La giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1978, I, p. 1252 e, già, ID., *Corollari del principio di «legittimità costituzionale» e sentenze «sostitutive» della Corte*, in *Giur. cost.*, 1969, p. 91 ss. e particolarmente p. 104. Quanto detto implica che il rapporto fra norma costituzionale e legislativa, fra *valore di Costituzione* e *valore di legge* sia visto in termini di svolgimento dialettico, di *valorazione* a carattere tendenzialmente circolare e non di pura e lineare sottoposizione: così F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, II, Milano, 1970, p. 23 ss.; ID., *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, in part. par. 2.2.

inteso, cioè, tanto come risultante dei diversi programmi politici delle contrapposte fazioni, quanto come indirizzo politico costituzionale, come comune idea della costituzione e dello Stato» [133]. In questo contesto, può senz'altro condividersi la considerazione per cui «molte decisioni vengono prese *altrove*, e non sempre la Corte costituzionale è in grado di percepire, individuare e controllare questo "*altro*" rispetto a Parlamento e Governo», ma non la pessimistica valutazione per cui la Corte non potrebbe più essere «antagonista/controllore degli organi di indirizzo politico» [134].

Si deve, piuttosto, rilevare che negli ultimi anni si è verificata una espansione del ruolo arbitrale del nostro organo di giustizia costituzionale, in quella che è stata definita la «stagione dei conflitti» e dei referendum [135]. Basti pensare ai conflitti che hanno riguardato gli snodi essenziali del governo parlamentare, a partire dal caso della sfiducia individuale al ministro Mancuso [136], ai conflitti sollevati dal comitato promotore dei referendum nei confronti del potere legislativo [137] o dalla Camera dei Deputati contro il Tribunale di Roma relativamente ai procedimenti di falso intentati sul voto dei parlamentari pianisti [138], o, più di recente, dall'ex Presidente della Repubblica Cossiga a seguito delle sentenze emesse dalla Corte di cassazione [139] con le quali è stato disposto l'annullamento di due decisioni della Corte di appello

---

[133] Le espressioni tra virgolette sono di F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, cit., p. 68 s.

[134] F. BILANCIA, *op. ult. cit.*, p. 70.

[135] R. ROMBOLI, *Introduzione*, in S. PANIZZA (a cura di), *Il contributo della giurisprudenza costituzionale nella determinazione della forma di governo*, Torino, 1997, p. 299.

[136] Cfr. Corte cost., sent. n. 7 del 1996, in *Giur. cost.*, con il commento di S. BARTOLE, *Il caso Mancuso alla Corte costituzionale*, *ivi*, p. 67 ss.; nonché le *Risposte* alle *Sei domande ai costituzionalisti provocate dal caso Mancuso* pubblicate in *Giur. cost.*, 1995, p. 4646 ss., di V. ANGIOLINI, G. AZZARITI, G. BOGNETTI, P. CARETTI, A. CERRI, C. CHIOLA, F. CUOCOLO, U. DE SIERVO, G. D'ORAZIO, S. GALEOTTI, A. PACE, C. PINELLI, G. PITRUZZELLA, A. PIZZORUSSO, G. U. RESCIGNO, A. RUGGERI, G. SILVESTRI.

[137] Cfr. Corte cost., ord. n. 9 del 1997, in *Giur. cost.*, 1997, p. 35 ss., con le osservazioni di R. PINARDI, *Riflessioni a margine di un* obiter dictum *sulla costituzionalità delle leggi successive all'abrogazione referendaria*, *ivi*, p. 48 ss.; P. VERONESI, *Voto referendario, ripristino della normativa abrogata e ruolo della Corte*, *ivi*, p. 55 ss.; G. FERRI, *Il divieto di ripristino della normativa abrogata dal referendum e la discrezionalità del legislatore*, *ivi*, p. 62 ss.; S.P. PANUNZIO, *Chi è il «custode» del risultato abrogativo del* referendum?, *ivi*, p. 1993 ss.

[138] Cfr. Corte cost., sent. n. 379 del 1996, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3439 ss., con note di M. MANETTI, *Non sparate sui pianisti. La delega del voto in Parlamento e la rinascita degli* interna corporis, *ivi*, p. 3460 ss.; e di F. PETRANGELI, *Il deputato che vota sostituendosi a un collega assente: una delicata questione tra sindacabilità giurisdizionale ed esercizio delle funzioni parlamentari*, *ivi*, p. 3475 ss.

[139] Cass., sez. III civ., n. 8733 e n. 8734 del 27 giugno 2000.

di Roma relative all'insindacabilità delle opinioni espresse da Cossiga, risalenti al periodo in cui era Presidente della Repubblica, nei confronti dei senatori Flamigni e Onorato [140]; alla definizione dell'ambito della garanzia prevista dall'art. 68 Cost. attraverso il riferimento al «nesso funzionale» che deve intercorrere, al fine dell'immunità, tra l'attività parlamentare e le opinioni espresse dai membri del Parlamento al di fuori della sede propria (delle attività parlamentari) [141]; o, ancora, alla affermazione del Presidente Ruperto, nella relazione su «La giustizia costituzionale nel 2000», per cui «forse molto oltre l'immaginazione dei Costituenti, la Corte è dunque progressivamente chiamata a dirimere controversie, di tono costituzionale, tra titolari di interessi differenziati, anche se comunque formalmente o solo sostanzialmente "pubblici", impegnandosi in una continua ridefinizione non già soltanto, in senso stretto, di competenze, bensì propriamente di rapporti», con la conseguenza che «risulterà, probabilmente, via via più difficile continuare ad adoperare, con plausibile efficacia espressiva, il sintagma "poteri dello Stato"» [142].

L'accentuazione di «politicità» degli interventi della Corte si è rivelata anche nei giudizi di legittimità costituzionale, i cui tempi di decisione si sono talmente ridotti da consentire di incidere su comportamenti appena adottati dagli organi legislativi e governativi [143]. Lo stesso giudizio di costituzionalità ha sempre più spesso ad oggetto interessi, principi e valori da comporre attraverso il bilanciamento o lo scrutinio di ragionevolezza e ben può risolversi

---

[140] Cfr. l'ordinanza n. 455 del 2002, con la quale è stato dichiarato ammissibile il conflitto.

[141] A partire, almeno, dalla sent. n. 329 del 1999, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2603, con nota di L. PESOLE, *La Corte risolve due conflitti speculari in materia di insindacabilità parlamentari*, *ivi*, p. 2616 ss. Una più puntuale definizione del «nesso funzionale» la si ha, come è noto, nelle sentt. nn. 10 e 11 del 2000, sulle quali v., per tutti, A. PACE, *L'art. 68, comma 1, Cost. e la «svolta» interpretativa della Corte costituzionale nelle sentenze nn. 10 e 11 del 2000*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 85 ss.

[142] C. RUPERTO, *La giustizia costituzionale nel 2000*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 4259.

[143] In particolare, il rapporto «più immediato» con il Parlamento determinerebbe, secondo R. ROMBOLI, *Introduzione al seminario*, in ID. (a cura di), *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Torino, 1990, p. 9, una accentuazione della «coloritura politica» del giudizio costituzionale. Sulla crescente politicizzazione del ruolo dell'organo di giustizia costituzionale, specie a seguito dello smaltimento dell'arretrato, v. anche le considerazioni di P. CARETTI, *L'eliminazione dell'arretrato e i nuovi sviluppi della giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni cost.*, 1989, p. 78 ss.; B. CARAVITA, *Alcune riflessioni sulla collocazione della Corte costituzionale nel sistema politico dopo la fase dello «smaltimento dell'arretrato»*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale ad una svolta*, cit., p. 44 ss.; L. PEGORARO, *I rapporti della Corte costituzionale col legislatore e la sistematica dei modelli di giustizia costituzionale dopo lo smaltimento dell'arretrato*, *ivi*, p. 185 ss.; E. CHELI, *L'incidenza del sistema di giustizia costituzionale negli sviluppi della forma di governo italiana* in AA.VV., *L'Italia fra crisi e transizione*, Roma-Bari, 1994, p. 289 ss. (ora in E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996, p. 52).

con strumenti decisori relativamente «nuovi» quali le additive di principio [144]; o, più spesso, con le «vecchie» interpretative di rigetto, rivolte a favorire una collaborazione con il legislatore e con i giudici, a scapito, talora, di esigenze di certezza che indurrebbero a preferire il ricorso alla interpretativa di accoglimento [145].

Di là dalle questioni relative alle tecniche decisorie, è sul ruolo della Corte come «presidio» della rigidità costituzionale che occorre riflettere, sulla sua capacità di preservare e rendere effettivo il limite dei principi costituzionali che i centri di decisione politica sono chiamati a rispettare, permettendo che possa continuare a operare quella legittimità democratica che si esprime attraverso il testo della Costituzione [146], affiancando e condizionando l'operato del Parlamento, del Governo e degli altri organi costituzionali. La difesa di questa «diversa» legittimità democratica, la possibilità stessa di preservare e rendere effettivi i principi costituzionali, richiede che sia assicurata l'indipendenza della Corte dalle forze politiche ed è condizionata dalle scelte relative alla forma di governo e, in una certa misura, da quelle che riguardano il sistema elettorale. I cambiamenti della nostra forma di governo, da più parti proposti, e comunque l'affermazione di un sistema sostanzialmente maggioritario per le elezioni delle Assemblee parlamentari inducono a ritenere che la Corte, oltre a continuare ad essere moderatrice dei conflitti sociali, sia destinata a divenire

---

[144] Su questa tecnica decisoria cfr. A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992; E. CATELANI, *Tecniche processuali e rapporto tra Corte costituzionale e Parlamento. Spunti in margine alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di meccanismo*, in *Quaderni cost.*, 1994; G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996; C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale*, Padova, 1996, specie p. 33 ss.; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova, 1997, specie p. 302 ss.; G. PARODI, *Le sentenze additive di principio*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 78 ss.; R. ROMBOLI (a cura di), *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in ID., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale [1996-1998]*, Torino, 1999, p. 194 ss.; A. CELOTTO, *Corte costituzionale e legislatore. Riflessioni sugli interventi normativi volti a limitare l'efficacia nel tempo di decisioni di incostituzionalità*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, I, cit., p. 97 ss.; M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000, p. 261 ss.

[145] Sulle diverse letture cui possono prestarsi le sentenze interpretative di rigetto e sulle diverse questioni da esse aperte a seconda dell'angolatura da cui le si guarda v., di recente, L. CARLASSARE, *Perplessità che ritornano sulle sentenze interpretative di rigetto*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 186 ss.; nonché E. LAMARQUE, *Gli effetti della pronuncia interpretativa di rigetto della Corte costituzionale nel giudizio* a quo, *ivi*, 2000, p. 727 ss.

[146] Cfr. M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, 1996, p. 132, il quale ritiene che accanto alla legittimità democratica che si esprime attraverso il Parlamento, il Governo e gli altri organi dello Stato, si impone la necessità di tenere conto di una legittimità democratica, ancora più profonda, che si esprime attraverso il testo della Costituzione e la giurisprudenza che si sviluppa a partire da esso.

sempre più «custode di quei valori che i costituenti concordemente vollero sottrarre alla disposizione della maggioranza nell'avvicendarsi degli indirizzi politici di governo» [147]. Ma, per poter svolgere questo ruolo di «custode» appare essenziale che i modi di preposizione all'ufficio siano tali da garantirne la necessaria indipendenza e neutralità, non dovendosi, già ora, sottovalutare il nesso tra l'elezione parlamentare dei giudici costituzionali e il sistema elettorale delle Camere, che, come detto, impone una drastica riduzione della rappresentanza in Parlamento di minoranze e opposizioni presenti nella società [148]. E non bisogna dimenticare che, in caso di introduzione dell'elezione diretta del Capo dello Stato, sarebbe del tutto alterato il significato della nomina presidenziale dei cinque giudici costituzionali [149]. In quest'ultima ipotesi le ripercussioni sulla composizione della Corte sarebbero inevitabili (e non del tutto

[147] C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, p. 172. A conclusioni per certi aspetti analoghe perviene, partendo da premesse diverse, G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. BARILE, E. CHELI e S. GRASSI, *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., p. 103 ss., rilevando che la Corte debba essere considerata non già moderatrice di interessi, ma propugnatrice di valori e principi di insieme. In realtà, che la Corte si sia a poco a poco distaccata dal modello di garante e custode di presunti valori costituzionali stabili e relativamente permanenti per divenire mediatrice e moderatice di conflitti sociali è indubitabile, ma è prevedibile che accanto a questo ruolo si sviluppi e si affermi, nel diverso contesto che si va attualmente delineando, il ruolo di custode dei valori costituzionali. Sulla Corte come «mediatrice e moderatrice dei conflitti sociali», oltre allo scritto sopra citato di Mezzanotte, si veda, dello stesso A., *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984, nonché F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE, E. CHELI e S. GRASSI, *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., p. 19 ss., in particolare p. 99; ID., *La Corte costituzionale italiana oggi*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, 1985, p. 580; L. ELIA, *Relazione di sintesi*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, cit., p. 168; E. CHELI, *Prefazione*, in G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, Milano, 1981, p. 15; ID., *Introduzione*, in P. BARILE, E. CHELI e S. GRASSI, *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., p. 16 s.

[148] Il nesso tra sistema elettorale delle Camere e nomina parlamentare dei giudici costituzionali può di fatto determinare, con un sistema elettorale non «fotografico», la compromissione del «diritto delle minoranze di partecipare alla scelta dei giudici costituzionali, ciò che accade ove il meccanismo prescelto sia tale da ridurre drasticamente la rappresentanza in Parlamento di quelle minoranze e opposizioni presenti nella società»: F. RIGANO, *Nomina parlamentare dei giudici costituzionali e riforme elettorali*, in A. ANZON, B. CARAVITA, M. LUCIANI e M. VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino, 1993, p. 199. La scelta parlamentare di una quota dei componenti della Corte era, nel disegno originario, rispondente all'esigenza di assicurare una almeno parziale legittimazione democratica della Corte, anche se destinata a configurarsi come modo di preposizione all'ufficio e non strumento per dotare gli eletti di rappresentanza politica.

[149] Sui rischi di una «Corte del Presidente» in caso di elezione diretta del Capo dello Stato v., da ultimo, G. AZZARITI, *Forme e soggetti della democrazia pluralista*, cit., p. 256 ss.

rimovibili con una modifica delle modalità previste per la sua formazione), gettando inquietanti ombre sulla sua indipendenza e quindi sulla credibilità di una istituzione che è chiamata a far valere il principio della suprema (anche rispetto alla contesa politica) legalità costituzionale [150]. Considerazioni analoghe valgono rispetto a quanto previsto dal recente disegno di legge costituzionale concernente, tra l'altro, l'art. 135 Cost. [151]. Si prevede l'innalzamento a 19 del numero dei giudici costituzionali, con la seguente ripartizione: «cinque giudici sono nominati dal Presidente della Repubblica, tre dalla Camera dei deputati, sei dal Senato federale della Repubblica e cinque dalle supreme magistrature ordinaria ed amministrativa». In questo modo sarebbe assicurata, nello spirito della riforma, una sorta di rappresentanza delle Regioni in seno alla Corte costituzionale, in quanto l'elezione del Senato federale della Repubblica sarebbe «disciplinata con legge dello Stato, che garantisce la *rappresentanza territoriale* dei senatori», i quali, per poter essere eletti a «senatori di una Regione», devono aver ricoperto o ricoprire cariche pubbliche elettive in enti territoriali locali o regionali, all'interno della Regione, o essere stati eletti senatori o deputati nella Regione. I rischi di trasformare la Corte costituzionale in una sorta di collegio arbitrale appaiono evidenti …

Il mantenimento (o, in alcuni casi, il recupero) della legalità costituzionale passa anche per il fondamentale operato di un Tribunale costituzionale indipendente. Ed è un compito difficile, perché condotto non solo e non tanto alla luce di un parametro meramente formale di legalità, bensì in quel ricco quadro di valori e idealità «positivizzati» nella forma di principi costituzionali [152], idonei ad esprimere un'idea di legalità-giustizia che affianca (e si confonde con) quella di legalità-legittimità [153]. Ma questa idea di legalità, rivi-

---

[150] Si riprende in parte il ragionamento di G. AZZARITI, *Intervento*, in R. ROMBOLI, E. ROSSI e R. TARCHI, *La Corte costituzionale nei lavori della Commissione bicamerale*, Atti del seminario di Pisa del 26 settembre 1997, a cura di F. DAL CANTO, Torino, 1998, p. 70, che però è riferito alla non opportunità dell'introduzione del ricorso alla Corte delle minoranze parlamentari ed è fondato sul fatto che il tasso di politicità in tale caso sarebbe tanto elevato da rischiare di cancellare il carattere giudiziario del conflitto nonché le ragioni proprie della legalità costituzionale.

[151] Cfr. il disegno di legge costituzionale presentato dal Presidente del Consiglio e da alcuni Ministri (comunicato alla Presidenza del Senato il 17 ottobre 2003 – A.S. n. 2544), recante «Modificazioni degli articoli 55, 56, 57, 58, 59, 60, 64, 65, 67, 69, 70, 71, 72, 80, 81, 83, 85, 86, 87, 88, 89, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 104, 114, 116, 117, 126, 127, 135 e 138 della Costituzione».

[152] I quali «non sono certo diritto naturale», ma, al contrario, «rappresentano il massimo atto d'orgoglio del diritto positivo, in quanto costituiscono il tentativo di "positivizzare" quel che, per secoli, si era considerato appannaggio del diritto naturale, appunto: la determinazione della giustizia e dei diritti umani» (G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 155).

[153] Si veda il discorso del Presidente della Corte costituzionale C. RUPERTO, *La legalità*

sitata alla luce della esigenza della conformazione del potere ai principi costituzionali, esige forme di controllo che trascendono, evidentemente, quelle tipiche della giustizia costituzionale, coinvolgendo la «società aperta degli interpreti della Costituzione» [154] e inducendo a condividere la considerazione per cui «non tutto quello che risultasse formalmente consentito, e dunque "legale" o anche "legittimo", potrebbe (…) nell'esperienza giuridica in cui stiamo vivendo, configurarsi come costituzionalmente compatibile con l'assetto dei valori e degli interessi, e con gli stessi modi di sentire, radicati nella comunità, indisponibili da parte di qualsiasi legislatore» [155].

4. Crisi della legalità e forma di governo: un quadro d'insieme. La Costituzione del '48 come «intralcio» al libero dispiegarsi del potere

Illustrate alcune delle problematiche attuali del sistema parlamentare, che si connettono principalmente alla questione della crisi della rappresentanza, non voglio sfuggire al compito che mi sono prefisso: mettere in una più precisa correlazione i temi della crisi della legalità e della forma di governo, facendo emergere quella che appare oggi la *concreta strutturazione dell'organizzazione del potere*.

Si è detto, alla fine del paragrafo precedente, che non tutto quello che risulti formalmente consentito si configura come costituzionalmente compa-

---

costituzionale, letto nella Sala della Provincia autonoma di Bolzano il 17 novembre 2001, pubblicato nel sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti: *www.associazionedeicostituzionalisti.it*. Il Presidente Ruperto sottolinea la complessità del concetto di «legalità» costituzionale, «tendenzialmente insofferente rispetto allo schema logico della linearità e dunque, in definitiva, alla stessa concezione formale della legalità. Essa implica giudizi non già soltanto di "conformità" (…), ma più propriamente di "compatibilità" o di congruità rispetto ad una serie molto ampia di variabili, che attengono al piano degli interessi sostanziali. E richiede (…) non già misurazioni come verifica di superfici, quanto, piuttosto, ponderazioni proprio come attribuzioni di pesi».

[154] Secondo la fortunata espressione di P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft* (raccolta di saggi), Königstein/Ts., Athenaeum, 1980, p. 79 ss.

[155] C. RUPERTO, *La legalità costituzionale*, cit., il quale ritiene che la prospettiva costituzionale della «legalità» implichi, nelle forme proprie – ma anche improprie (la «società aperta degli interpreti della Costituzione») – «una sorta di sindacato sostanziale sull'esercizio del potere, anche quando pienamente discrezionale: sia che esso riguardi – tra gli innumerevoli possibili esempi – per i giudici nei processi penali l'uso della custodia cautelare o nei processi civili la prassi dei continui rinvii; sia che riguardi, per il potere esecutivo, lo strumento della decretazione d'urgenza o, in altro senso, della legislazione delegata; sia che riguardi lo stesso Parlamento, a proposito del cosiddetto "eccesso di potere legislativo"».

tibile con l'assetto dei valori e degli interessi radicati nella comunità. In questa prospettiva andrebbero, ad esempio, rivisti i recenti interventi normativi in tema di giustizia, specie quelli incidenti sui processi in corso nei confronti del Presidente del Consiglio Berlusconi. Il riferimento va, principalmente, alla legge 5 ottobre 2001, n. 367, sulle rogatorie internazionali, al D.L. 25 settembre 2001, n. 350, conv. in legge 23 novembre 2001, n. 409, sul rientro dei capitali dall'estero, al D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61, sul falso in bilancio, adottato sulla base della legge di delega 3 ottobre 2001, n. 366, relativa alla riforma del diritto societario, alla legge 7 novembre 2002, n. 248, introduttiva del c.d. «legittimo sospetto» e, ora, alla legge 20 giugno 2003, n. 140, recante «Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi nei confronti delle alte cariche dello Stato» [156]. Interventi normativi che hanno aperto uno scontro con la magistratura e hanno fatto dire che «i proscioglimenti si conquistano più agevolmente in Parlamento che non nella aule giudiziarie (pur senza bisogno di ricorrere a strumenti impopolari come le amnistie e simili)» [157]. Interventi che, per quel che qui più interessa, gettano ombre sull'effettività del principio di buona fede legislativa, inteso come specificazione del divieto di mandato imperativo, e che riflettono, probabilmente, «la svalutazione della separazione dei poteri e del ruolo di garanzia della magistratura» [158].

Anche negli interventi normativi in tema di giustizia si riflette dunque il rilevato affievolimento della democrazia, il graduale affermarsi della «onnipotenza della maggioranza», che troverebbe probabilmente la sua più rispondente forma nel presidenzialismo. La «verticalizzazione del sistema politico», già avviata con la riforma in senso maggioritario del sistema elettorale, rende ancor più forte la capacità di resistenza del potere alle regole, favorisce, addirittura, la possibilità di modificare le regole conformandole alle esigenze del

---

[156] In tema cfr. A. PIZZORUSSO, *Politica e giustizia in Italia dal dopoguerra ai nostri giorni*, in *Questione giustizia*, 2002, pp. 791 ss, spec. 801 ss. Per le questioni, non affrontate nel testo, che coinvolgono la giustizia civile v., per tutti, G. COSTANTINO, *Giustizia e principio di legalità (Contributo al dibattito sulla giustizia civile nella XIV Legislatura)*, in *Questioni giustizia*, 2002, p. 749 ss.

[157] A. PIZZORUSSO, *op. ult. cit.*, p. 802.

[158] L. FERRAJOLI, *Democrazia plebiscitaria e garantismo*, Intervento al Congresso di Magistratura democratica, 23-26 gennaio 2003, testo dattiloscritto, p. 1. Sul ruolo della magistratura mi limito a segnalare, tra i lavori più recenti: G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997; L. CHIEFFI, *La magistratura*, Napoli, 1998; A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici*, Bari-Roma, 1998; M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in *Studi in onore di L. Elia*, I, Milano, 1999, p. 873 ss.; A. PIZZORUSSO, *Organizzazione della giustizia (profili generali)*, in *Enc. dir.*, IV Aggiornamento, Milano, 2000, p. 910 ss.

potere, permettendo al *gubernaculum* di allentare il limite della *iurisdictio*, proponendo la formula del governo degli uomini in luogo del governo delle leggi [159].

Le rilevate «distorsioni» devono essere inserite in un quadro più ampio, che ho cercato fin qui di tracciare, segnato dall'erosione dei confini tra poteri pubblici e poteri privati, che trova una particolare e contingente traduzione nel nostro Paese [160] ma che, più in generale, si rivela come il frutto del processo di globalizzazione dell'economia. Il che comporta, da un lato, che il potere economico possa in taluni casi fare a meno del potere politico, tradizionalmente inteso, ossia non necessitare più della mediazione rappresentativa, divenendo esso stesso potere politico; dall'altro, una diversa distribuzione dei poteri, una dislocazione della potestà normativa che trova *nuove* e *più efficienti sedi* nel Governo, nelle Autorità indipendenti e negli enti locali [161].

La legalità, sia in senso formale sia in senso sostanziale, è messa in pericolo dalla «congiunzione di *due assolutismi* – quello della *maggioranza* e quello del *mercato* – avallata dalle due ideologie oggi imperanti (…): l'ideologia maggioritaria e il suo corollario presidenzialista da un lato e l'ideologia liberista dall'altro, l'una e l'altra fautrici, in nome della liberal-democrazia, dell'assenza di regole e limiti così all'onnipotenza della maggioranza come alla libertà di impresa, così ai poteri politici come ai poteri economici» [162].

Come si è accennato, il corollario della attuale concreta strutturazione dell'organizzazione del potere dovrebbe essere il rafforzamento dei poteri del capo dell'esecutivo, da realizzare o attraverso l'elezione diretta del Presidente della Repubblica, dotandolo di poteri di governo, o attraverso l'elezione

---

[159] Cfr. L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, che inquadra lo «scontro» della maggioranza di governo con la magistratura nell'ambito della crisi della democrazia rappresentativa.

[160] Si veda quanto scritto da L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, p. 5, a proposito del conflitto di interessi, che determina la «confusione» e la «concentrazione» della sfera economica e di quella politica. «Il potere economico beneficiario delle prestazioni pubbliche diventa esso stesso, senza più mediazioni rappresentative, potere politico, per di più incorruttibile perché la corruzione diventa a questo punto superflua. E la confusione tra i due poteri è tanto più grave in quanto il gruppo industriale che, venute meno le vecchie rappresentanze e protezioni politiche, si è trasformato in forza di governo non è una qualsiasi impresa economica, ma la più massiccia concentrazione dei mezzi di informazione – televisioni, stampa, giornali, settimanali, case editrici, case di produzione cinematografica, sale cinematografiche –, divenuta per di più monopolistica, dopo che, conquistato il governo del Paese, ha acquistato altresì il controllo della radio e della televisione pubblica, manifestando oltre tutto uno spirito minaccioso di intolleranza nei confronti della libera critica e del dissenso».

[161] Sul punto si vedano le considerazioni già espresse in F. MODUGNO, A. CELOTTO e M. RUOTOLO, *Aggiornamenti sulle riforme costituzionali (1998-2002)*, Torino, 2003, p. 5.

[162] L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, p. 6 (i corsivi sono miei).

diretta del Presidente del Consiglio, che potrebbe permettere di reintrodurre, se del caso, un sistema elettorale proporzionale [163]. Ancora una volta si

[163] L'ampio ventaglio di scelte istituzionali finora proposte vanno dal cancellierato alla tedesca (d.d.l. n. 617, Eufemi ed altri, al quale si accompagna un separato disegno di legge ordinaria che prevede anche una riforma della legge elettorale in senso proporzionale con premio di maggioranza; n. 1678, Mancino ed altri, con previsione di legge elettorale proporzionale; n. 1919, Turroni ed altri), al c.d. premierato (d.d.l. n. 1889, Malan ed altri; n. 1662, Tonini ed altri; n. 1914, D'Amico), al semipresidenzialismo alla francese (d.d.l. n. 1898, Nania ed altri). Alle su richiamate proposte si aggiungano i disegni di legge n. 1933 (Bassanini ed altri), n. 1934 (Del Pennino e Compagna, che configura un governo del Primo Ministro quale «sindaco d'Italia) e nn. 2001 e 2002 (Crema, che propone il premierato all'inglese).

Secondo quanto emerge dalla relazione del Presidente Pastore alla seduta del 20 marzo 2003 della Commissione Affari Costituzionali del Senato «dalle proposte legislative, presentate da quasi tutte le forze politiche presenti in Parlamento, e dai numerosi e qualificati interventi in discussione generale, risultano fortemente condivisi gli obiettivi finali cui deve mirare la riforma: assicurare stabilità e autorevolezza al Governo, realizzare un sistema fondato sulla responsabilità degli eletti verso gli elettori, escludere ogni possibilità di modificare la maggioranza in corso di legislatura (il ricorso cioè ai cosiddetti ribaltoni, nelle varie forme sperimentate durante le due precedenti legislature), consolidare il modello bipolare, rendere possibile l'alternanza tra maggioranza e opposizione, garantendo il diritto-dovere della maggioranza di governare e il diritto-dovere dell'opposizione di proporsi come futura forza di governo».

In particolare, dalle varie proposte che si ispirano al premierato emerge, come sottolineato nella citata relazione del Presidente Pastore, «un disegno comune anche se con differenze non trascurabili. Il disegno comune riguarda l'indicazione del candidato Primo Ministro (nelle due versioni della designazione preventiva e dell'indicazione del nome sulla scheda elettorale in collegamento con i candidati per l'elezione delle Camere ovvero solo di una designazione preventiva accompagnata da qualche forma di pubblicità da regolare con legge ordinaria); la nomina del Primo Ministro basata sull'esito elettorale; l'attribuzione al Primo ministro dei poteri di nomina e revoca dei Ministri, la presenza di una normativa "anti-ribaltone" (anche se con diverse modalità e procedure e con diversi livelli di efficacia e di garanzia); l'introduzione di uno statuto dell'opposizione (con formule più o meno ampie e dettagliate); la necessità di non "svuotare" la funzione delle Camere, pur nel fondamentale e inscindibile collegamento tra governo e maggioranza parlamentare; la conferma, infine, della funzione di garanzia e di stabilità istituzionale riconosciuta al Presidente della Repubblica». Vi sono poi altri punti controversi tra i quali «emerge il potere di scioglimento rimesso al Primo Ministro (anche se formalmente attribuito al Presidente della Repubblica su richiesta del Primo Ministro) ovvero mantenuto in capo al Presidente della Repubblica, questione dirimente dalla quale dipende la natura stessa della forma di governo prescelta: non attribuire al Primo Ministro il potere di chiedere e il diritto di ottenere lo scioglimento del Parlamento (salvo una ovvia verifica di regolarità costituzionale da parte del Presidente della Repubblica), comporterebbe una grave lesione al principio espresso dal collegamento tra "premier" e maggioranza parlamentare nonché la legittimazione a cambi di leadership e di maggioranza che invece tutti sostengono di non volere. Significativa a tal proposito la soluzione indicata nel disegno di legge n. 1933 (Bassanini ed altri) che, pur nel contesto del "premierato", esclude il potere di scioglimento in capo al Primo Ministro e introduce l'istituto della "sfiducia costruttiva", attribuendo al Presidente della Repubblica, prima di ammettere il voto parlamentare, il compito di verificare "che la formazione del nuovo Governo contrasti (o meno) con gli orientamenti politici del corpo elettorale"; ne deriva, ad avviso del relatore, un sistema iper-presi-

propone, qui per la via di una riforma costituzionale, *un'idea di democrazia come modo di scelta dei governanti che*, si è già detto, *appare assai lontana da quella propugnata nella nostra Carta costituzionale*. Si riflette sulla riforma della forma di governo sviscerando le implicazioni delle diverse formule di «ingegneria istituzionale», con un dibattito che finisce troppo spesso per incentrarsi, non a caso, sul modo in cui scegliere, attraverso le tecniche elettorali, i governanti, perdendo di vista l'aspetto della rappresentanza che a noi pare invece, ancora oggi, fondamentale. Come è stato ben detto, «da molti anni alle elezioni si guarda soprattutto come all'occasione in cui viene investito un governo o, ancor più radicalmente, si sceglie una persona. L'accento sulla governabilità è accompagnato da una *crescente personalizzazione della politica*. Le altre funzioni delle elezioni, in primo luogo quella originaria di rappresentare i cittadini, vengono respinte sullo sfondo» [164].

Ci si chiede se la democrazia si sia definitivamente trasformata da democrazia rappresentativa in pura democrazia d'investitura e si rileva che all'accentuarsi di quest'ultima non corrisponde una presenza più convinta dei cittadini, bensì un rarefarsi della partecipazione elettorale. I cittadini non riconoscerebbero più il Parlamento come il luogo che li rappresenta, alcuni di essi esprimono il loro bisogno di «partecipare» in circuiti diversi da quelli tradizionali, spesso nella forma dei «movimenti». Ma si è comunque lontani dalla democrazia «discorsiva», mancano, infatti, «nuovi luoghi pubblici del confronto e della partecipazione». Mancano adeguate forme di raccordo con i luoghi della politica istituzionale, in un «processo di esclusione che mortifica la rappresentanza e disloca le energie dei cittadini in luoghi lontani dalle istituzioni, con inevitabili rischi di delegittimazione, se non di conflitto» [165].

---

denzialista, un vero e proprio *monstrum* assolutamente incompatibile con il premierato».

Si veda, da ultimo, il recente disegno di legge costituzionale presentato dal Presidente del Consiglio e da alcuni Ministri (comunicato alla Presidenza del Senato il 17 ottobre 2003 – A.S. n. 2544) che prevede, tra l'altro, la sostituzione dell'art. 92 Cost., stabilendo che «la candidatura alla carica di primo ministro avviene mediante collegamento con i candidati all'elezione della Camera dei deputati, secondo modalità stabilite dalla legge, che assicura altresì la pubblicazione del nome del candidato primo ministro sulla scheda elettorale. La legge disciplina l'elezione dei deputati in modo da favorire la formazione di una maggioranza, collegata al candidato alla carica di primo ministro. Il Presidente della Repubblica, sulla base dei risultati delle elezioni della Camera dei deputati, nomina il primo ministro». In base al suddetto d.d.l., il «primo ministro» nomina e revoca i ministri e può porre la questione di fiducia su proposte del Governo. Si propone, inoltre, la sostituzione dell'art. 88, prevedendo, in particolare, che il Presidente della Repubblica, su richiesta del primo ministro, che ne assume la esclusiva responsabilità, decreta lo scioglimento della Camera dei deputati.

[164] S. RODOTÀ, *Se la politica diventa uno sport per spettatori*, ne *La Repubblica* del 24 gennaio 2003, p. 16.

[165] S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 16.

L'*interrogativo di fondo* riemerge quindi con vigore e riguarda la *compatibilità* stessa della *democrazia di investitura con il nostro quadro costituzionale di riferimento*, la sua stessa idoneità ad esprimere e tradurre in atti le domande della *democrazia sostanziale*, a perseguire l'impegno assunto verso la rimozione delle disuguaglianze di fatto esistenti tra i consociati che ne impediscono l'effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. Di fronte a questo interrogativo il giurista non può rimanere insensibile: davanti a lui si apre la strada del «ripudio della legittimazione indiscriminata di qualsivoglia normativa si vada affermando, qualunque sia la conformazione della condizione umana che determina» [166], imposta da quella precisa idea di «costituzione» che si è affermata dopo le rivoluzioni americana e francese e che connota il concetto stesso di «costituzionalismo» [167].

Ma il compito del costituzionalista diviene, a questo punto, ancor più difficile, proprio per la rilevata crisi della legalità che, intesa pure come conformità ai principi costituzionali, si è espressa anche, più generalmente, in una progressiva «svalutazione» della Carta del 1948 che oggi può essere forse letta come indotta dall'insofferenza del «nuovo» potere ai limiti in essa contenuti.

Non è un caso che le principali *«rotture» del nostro sistema costituzionale* [168] siano state indotte dal processo di integrazione europea (legge cost. n. 2 del 1989, che ha previsto un «referendum di indirizzo» sul conferimento di un «mandato costituente» al Parlamento europeo») o realizzate nell'epoca del «maggioritario» (leggi costituzionali n. 1 del 1993 e n. 1 del 1997, che, istituendo Commissioni parlamentari per le riforme costituzionali. hanno dettato norme derogatorie in tema di procedimento di revisione costituzionale [169]).

---

[166] Così G. FERRARA, *Le ragioni di una rivista nuova*, presentazione del sito *www.costituzionalismo.it*, 5 febbraio 2003.

[167] Idea espressa nella nota formula dell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 28 agosto 1789: «Ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri fissata, non ha una Costituzione».

[168] Sulle quali v., in particolare, gli *Interventi critici* di Massimo SICLARI raccolti in ID., *Costituzione e riforme*, Roma, 2000.

[169] Ammettendo che una procedura di revisione possa avere ad *oggetto l'intera seconda parte della Costituzione* e che su di essa possa decidersi con *referendum obbligatorio vertente su un unico quesito* comprendente l'intero testo approvato dal Parlamento. Si vedano, in particolare, i rilievi critici di G. FERRARA, *La revisione costituzionale come sfigurazione: sussidiarietà, rappresentanza, legalità e forma di governo nel progetto della Commissione bicamerale*, in *Pol. del dir.*, 1998, p. 93 ss.; F. MODUGNO, *Ricorso al potere costituente o alla revisione costituzionale?*, in *Giur. it.*, 1998, p. 621 ss.; S.M. CICCONETTI, *Le fonti del diritto*, Torino, 2002, p. 125 ss.; nonché i seguenti contributi di A. PACE, *L'instaurazione di una nuova costituzione*; *Processi costituenti italiani 1996-97*; *Brevi note sulla sostanziale conferma dell'art. 138 Cost. nel proget-*

A ciò si aggiunga il significativo dato costituito dal ricorso al referendum costituzionale in occasione della riforma del Titolo V della Costituzione (legge cost. n. 3 del 2001), approvata dalla «sola» maggioranza di governo. Riforma che, quanto al contenuto, ha segnato, tra l'altro, un rafforzamento «tendenziale» delle autonomie locali, nonché l'opzione, derogabile dagli Statuti, per l'elezione diretta del Presidente della Regione.

L'idea che emerge è quella di una Costituzione ampiamente rivedibile, in *forme semplificate* e per introdurre *contenuti più confacenti alle esigenze del potere*, il quale ha mostrato «una spregiudicatezza istituzionale che è da sola motivo di inquietudine per il futuro del costituzionalismo e della democrazia costituzionale nel nostro Paese» [170]. Si ha la sensazione che le proposte di introduzione di una diversa forma di governo non siano che il preludio a trasformazioni più radicali che investano anche la forma di Stato, dando forma giuridico-costituzionale non solo alle rivendicazioni presidenzialistiche, ma anche a quelle liberistiche e federalistiche che negli ultimi anni hanno trovato parziali traduzioni nella prassi.

Alla fine di questo incompleto *excursus* si dovrebbe ritenere che le disposizioni in materia di forma di governo (e non solo quelle) abbiano perso la loro «capacità di tradursi in atto», mancando tra l'altro la condizione fondamentale della «permanenza del potere politico in quelli ai quali, considerati nel loro complesso, si è riconosciuto la capacità giuridica a possederlo» [171]. In effetti, le «condizioni storiche reali» vedono affermarsi la preminenza del potere economico e, nei fatti, la realizzazione della rivendicazione presidenzialistica, mediante l'inserimento del nome del candidato premier nel simbolo utilizzato sulle schede elettorali dagli ordinari candidati e dalle liste di partito [172].

Ma, secondo l'approccio qui preferito, si impone di continuare a tenere conto anche del dato formale, del «tipo astratto» delineato nella nostra Costituzione, atto ad esprimere una funzione normativa, condizionante le possibili interpretazioni delle disposizioni regolanti il sistema positivo. E, più in generale, è necessario tenere fermo il carattere prescrittivo della Costituzione [173], *«lottare» per la difesa dell'idea di «democrazia partecipata ed emancipa-*

---

to della Bicamerale, ora raccolti in ID., *Potere costituente*, *rigidità costituzionale*, *autovincoli legislativi*, seconda ed. riveduta e ampliata, Padova, 2002.

[170] L. FERRAJOLI, *Mutamenti costituzionali tra continuità e rottura*, in G. AZZARITI (a cura di), *Costituzione*, *e poi?*, Roma, 1996, p. 6.

[171] C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., p. 210.

[172] Così A. PIZZORUSSO, *Modificazioni tacite di una Costituzione rigida*, in *Il diritto di tutti*, rubrica consultabile nel sito *www.giuffre.it*

[173] Sul punto si veda l'analisi di M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano,

trice», che pervade l'intero sistema costituzionale, contro la quale si muovono le proposte di introduzione di una forma di governo «concepita e mirata alla sola investitura del potere di gestire l'esistente sociale nelle forme che possono assicurare l'intangibilità dei suoi presupposti e la riproduzione delle sue dinamiche, anche reprimendo le spinte derivanti dalle contraddizioni più esplosive» [174].

La «lotta per la Costituzione» deve essere anche, in ossequio all'insuperato insegnamento crisafulliano, lotta per la difesa dei principi generali del tipo di forma di governo pensata dal Costituente. E, insieme, deve essere lotta per la legalità, contro la «disinvoltura» costituzionale e per il recupero del «valore delle regole».

Qualcuno potrà dire che vi sia un eccessivo *pathos* tra quei costituzionalisti che avvertono negli ultimi tempi l'esigenza di invocare la «lotta per la Costituzione». Eppure in questo atteggiamento vedo solo un *ethos*, ossia una dimensione che dovrebbe essere fisiologica e non patologica per qualsiasi studioso. Un invito, forse, alla scienza giuridica a non assecondare e legittimare il «potere» quando questo non percepisca più la legalità non solo come *nomos* ma nemmeno come *ethos*.

1982, p. 75 ss., specie in relazione alla svalutazione della Costituzione come conseguenza della sua constatata cedevolezza.

[174] … «La si chiami pure democrazia. Ma si sappia che è stata espropriata del suo orizzonte e amputata della sia vocazione liberatrice»: così G. FERRARA, *La revisione costituzionale come sfigurazione*, cit., p. 124, a proposito delle proposte in tema di forma di governo contenute nel progetto della Commissione bicamerale istituita con la legge cost. n. 1 del 1997.

Necessitas non habet legem? Alcune riflessioni sulle situazioni di emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano

di *Filippo Vari*

SOMMARIO: 1. Introduzione: la globalizzazione e le emergenze. – 2. La guerra come massima emergenza. – 3. La guerra legittima per la Costituzione italiana. – 4. Lo stato d'assedio e l'uso del decreto-legge per fronteggiare le situazioni che richiedano la sospensione dei diritti garantiti dalla Costituzione. – 5. Il carattere delle situazioni emergenziali per il ricorso alla decretazione d'urgenza.

1. Introduzione: la globalizzazione e le emergenze

Il processo di globalizzazione è segnato dal verificarsi sempre più frequente di situazioni di carattere 'emergenziale', che sottopongono a forti tensioni il rispetto della legalità tanto nell'ambito del diritto internazionale, quanto in quello delle singole esperienze giuridiche statuali, come reso evidente dalle reazioni seguite, su entrambi i piani, ai noti accadimenti dell'11 settembre del 2001 [1].

---

[1] Quanto al primo aspetto basti pensare ai problemi suscitati dalla guerra della coalizione guidata dagli Stati Uniti d'America contro l'Iraq: sul punto v. U. VILLANI, *Il disarmo dell'Iraq e l'uso della forza nel diritto internazionale*, in AA.VV., *Il disarmo dell'Iraq fra guerra e diritto*, Servizio Editoriale Universitario, Bari, 2003, p. 15 ss.; L. ELIA, *Intervento*, in AA.VV., *Pace, guerra, ordine internazionale. L'articolo 11 della Costituzione*, Atti del Seminario tenutosi a Roma, il 16 gennaio 2003, Roma, 2003, p. 7 ss.; M. LUCIANI, *Intervento*, *ibid.*, 16 ss.; C. PINELLI, *Grozio e la dottrina dell'intervento preventivo*, nella sezione Dibattiti del sito Internet della Associazione Italiana dei Costituzionalisti (*http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/index.html*); M. FRANCHINI, *Brevissime note a proposito dei nuovi impegni militari italiani in Afghanistan*, in AA.VV., *Studi per Giovanni Motzo*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 212 ss.

In ordine alle reazioni seguite nell'ambito delle singole esperienze statuali per gli Stati Uniti d'America v. G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 21 s.; G. FRANCIOSI, *Emergenza terrorismo e diritti di libertà*, *ibid*., p. 77 ss.; D. TEGA, *Vecchi diritti e*

Si ripropone, così, con straordinaria veemenza il tema delle emergenze che nel presente lavoro viene affrontato in relazione ad aspetti particolari e limitati, nel tentativo di contribuire a chiarire sotto il profilo dell'inquadramento dogmatico e dell'analisi del diritto positivo il carattere delle situazioni di natura emergenziale al cui verificarsi la Costituzione ricollega la possibilità di attivare determinati istituti, e cioè, in ultima analisi, lo stato di guerra e la decretazione d'urgenza, senza trascurare anche il delicato tema dello stato d'assedio.

Emergenza è, infatti, un termine non solo estraneo alla tradizione classica, ma in definitiva proteiforme perché volto, in riferimento all'ordinamento costituzionale italiano e nell'accezione più comune [2], a costituire un contenitore atto a riunire una pluralità di fattispecie tra loro eterogenee. Analoghe considerazioni possono svolgersi riguardo al concetto di crisi costituzionale [3].

Si tratta, invero, di un campo di indagine nel quale si realizza la massima tensione nel confronto tra fatto e diritto, di un ambito nel quale affiora in modo prorompente il tema della dialettica tra autorità e libertà [4], «tra l'esi-

---

nuove paure, *ibid.*, p. 79 ss.; H. SCHWARTZ, *Il trattamento giuridico dei terroristi internazionali da parte degli Stati Uniti*, intervento nella sezione Dibattiti del sito Internet della Associazione Italiana dei Costituzionalisti; F. LANCHESTER, *Gli Stati Uniti e l'11 settembre 2001*, *ibid.*; DELL'ACQUA, *Alla ricerca del nemico. Riflessioni a margine del decreto-legge 18 ottobre 2001, n. 374*, in AA.VV., *Studi per Giovanni Motzo*, cit., p. 142 s.

Quanto ai Paesi dell'Unione europea si veda l'utile *Quadro delle principali disposizioni antiterrorismo approvate dopo l'11 settembre*, in *Per aspera ad veritatem. Rivista di intelligence e di cultura professionale*, n. 22, 2002, p. 275 ss.

Sul punto cfr., inoltre, S. LABRIOLA, *Nuova emergenza internazionale e libertà fondamentali: Europa alla prova*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 71 s.; S. CECCANTI, *Anche la Corte di Strasburgo arruolata nella «guerra di civiltà»*, *ibid.*, p. 82 s.; P.G. GRASSO, *Contributo allo studio sulla prevenzione dello stato di emergenza (sul divieto costituzionale di riorganizzazione del disciolto partito fascista)*, in AA.VV., *Studi per Giovanni Motzo*, cit., p. 253 s.; M. FRANCHINI, *Brevissime note a proposito dei nuovi impegni militari*, cit., p. 203 ss.

[2] Ripresa anche, come noto, dalla Corte costituzionale nella famosa sent. n. 15 del 1982 nella quale afferma che «l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo» (sul punto v., da ultimo, L. ELIA, *L'esperienza italiana della giustizia costituzionale*, relazione tenuta in occasione della Giornata di studio su *Ruolo delle Corti costituzionali nelle odierne democrazie*, Roma, 30 maggio 2003, p. 8 del dattiloscritto).

[3] Frequentemente utilizzato per indicare «quella condizione straordinaria in cui l'ordinamento, minacciato nella sua stessa esistenza (o, più esattamente, nella sua stabilità …) da eventi imprevisti non disciplinabili dalle previsioni normali, provvede con misure adeguate, che fanno eccezione alle regole normali di organizzazione e funzionamento disposte dalla Costituzione» (così P. PINNA, voce *Crisi costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Utet, Torino, 1989, p. 480).

[4] P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 1.

genza di assicurare l'ordine politico, con l'impedire il disordine, e le garanzie dei diritti dei privati»[5].

Non sarà, invece, oggetto d'analisi una situazione di crisi tale per cui il potere viene esercitato al di fuori dei limiti che si impongono al 'costituito'. Tale fattispecie è legata alla idea che *necessitas dat legem, non ipsa accipit*[6], constatazione innegabile sotto il profilo fattuale, come insegnano gli infiniti ricorsi storici nei quali il principio è stato affermato.

In ordine ad essa ci si limita, in questa sede, a rinviare a quanto di recente evidenziato a proposito del potere costituente, e cioè che sullo stesso il diritto (ovviamente positivo) «ha … ben poco da dire, se non constatare che anch'esso incontra dei limiti, i quali tuttavia sfuggono al diritto medesimo, perché sono logici e storici»[7] e, si potrebbe forse aggiungere, morali: in ogni caso, ha poco senso ricercare i presupposti, nel significato di limiti positivi giustificativi di una tale situazione, che per definizione si colloca al di fuori dell'ordine costituito.

2. La guerra come massima emergenza

Così impostato il tema, appare opportuno prendere le mosse dalla più grave situazione di natura emergenziale contemplata dalla Costituzione, e cioè la guerra[8], secondo la nozione desumibile dagli artt. 11, 60, secondo comma, 78 e 87, nono comma, che vi riconnettono – come noto – particolari e gravi conseguenze.

In ordine all'interpretazione di tali disposizioni, la dottrina si è attestata su due posizioni: secondo alcuni la Costituzione si avvarrebbe di una propria nozione del termine guerra, che starebbe ad indicare un «fatto», «in tutte le sue manifestazioni, dirette ed indirette, formali ed informali, nominate ed innominate, scoperte e coperte». Esso comprenderebbe, pertanto, «tutta l'area delle possibili eventualità, dalle spedizioni coloniali del passato alle partecipazioni del passato o del presente a favore o contro gruppi ribelli di un qualsivoglia Stato, dalle azioni di violenza collettiva, alla consulenza sulla condotta delle stesse, ecc.»[9].

---

[5] P.G. Grasso, voce *Necessità*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Giuffrè, Milano, 1977, p. 867.

[6] Secondo la nota sentenza di Publilio Siro.

[7] M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in questa Rivista, 1997, p. 154 s.

[8] Sul punto cfr. G. Motzo, *Il comando delle Forze armate e la condotta dei regimi di emergenza nel sistema costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 153 ss.; A. Loiodice, *Contributo allo studio sulla libertà d'informazione*, Jovene, Napoli, 1969, p. 368.

[9] In questo senso v. G. Ferrari, voce *Guerra* (dir. cost.), in *Enc. dir.*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1967, p. 831.

Invece, gran parte degli studiosi muove da una diversa prospettiva, assumendo che la portata del concetto di guerra, ai fini e per gli effetti delle citate disposizioni costituzionali, debba essere definita nel contesto del diritto internazionale [10].

Ad avviso di chi scrive, dal fatto che la Costituzione utilizza il termine guerra senza delinearne i caratteri essenziali, si deve inferire che essa si avvalga di una nozione giuridica presupposta, e cioè del rinvio, in ordine alle caratteristiche giuridiche dell'istituto, «ai dati tradizionali offerti dalla scienza del diritto» [11]. Sicché nella determinazione di tali caratteristiche, in ultima analisi, non possono non avere peso decisivo anche gli elementi che si traggono da quel settore del diritto che, con più pertinenza, si occupa proprio della fattispecie in esame, e cioè l'ordinamento internazionale.

Questa impostazione non può, tuttavia, ignorare, da un lato, che la guerra 'sfugge', oramai, alle forme solenni per la sua dichiarazione [12] e che, pertanto, appare insuperabile il rilievo, proprio del primo punto di vista, secondo il quale la guerra è una realtà che «non si lascia né contenere in una semplice definizione, né imbozzolare in una sola proposizione normativa» [13]; dall'altro, che l'ordinamento internazionale tende, sempre più, a prescindere dagli elementi formali per valorizzare, invece, il dato obiettivo del ricorso alla violenza armata [14].

---

[10] Così, tra i tanti, G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, VII ed., Cedam, Padova, 1967, p. 84; M. BON VALSASSINA, *Il ripudio della guerra nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1955, p. 39; A. BARONE, *La difesa nazionale nella Costituzione*, in *Democrazia e diritto*, 1987, p. 665 ss.

[11] P.F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1, II ed., Giappichelli, Torino, 1991, p. 286 s., nt. 8. Ivi dottrina sul tema.

Sul tema v., inoltre, A. D'ATENA, *La libertà interpretativa del giudice e l'intangibilità del «punto di diritto» enucleato dalla Cassazione*, in *Giur. cost.*, 1970, p. 563 ss.

[12] Sul punto v. J.G. STARKE, *An Introduction to International Law*, IV ed., Butterworth, London, 1958, p. 353; nonché N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 96, il quale sottolinea che «gli Stati si guardano bene dal qualificare come esercizio dello *ius ad bellum* il ricorso alla forza armata, a causa della proibizione stabilita dalla Carta delle Nazioni Unite e dei controlli ed autorizzazioni cui, nelle democrazie parlamentari, sono sottoposti gli esecutivi in ordine alla possibilità di "dichiarare guerra"». In questo senso v. anche L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 225; L. VIGORITA, *Procedure di comando costituzionale delle Forze Armate: rapporti tra Presidente della Repubblica, Governo e Parlamento*, in *«1989». Rivista di Diritto Pubblico e Scienze Politiche*, 1993, p. 138.

Della tendenza a non dichiarare più la guerra c'era consapevolezza anche tra alcuni Costituenti: v., ad es., l'intervento di NOBILE, in *Atti Assemblea costituente*, II sottocommissione, I sez., seduta del 20 dicembre 1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, a cura del Segretariato generale della Camera dei deputati, Roma, 1970, vol. VIII, p. 1759.

[13] G. FERRARI, *op. ult. cit.*, p. 822.

[14] In quest'ottica A. CASSESE, *Commento dell'art. 11 della Costituzione*, in *Commentario*

Trovano, così, spiegazione – al fine di identificare i caratteri del fenomeno bellico – tanto lo scarso rilievo attribuito alla presenza, nella fattispecie concreta, del ricorso a classici strumenti quali l'ultimatum, l'annuncio di mobilitazione e la dichiarazione di guerra, quanto la circostanza che, per superare le conseguenti difficoltà legate all'identificazione di una nozione univoca di guerra, quest'ultima, considerata come «un concetto giuridico ormai obsoleto» [15], «a relict of a past time» [16], lascia il posto all'idea, meno sfuggente ed ambigua, di conflitto armato [17].

In questo quadro, non si può sottacere come parte della dottrina ritenga che, a seguito delle reazioni ai drammatici eventi dell'11 settembre 2001, si sarebbe verificata un'ulteriore evoluzione nella concezione della guerra.

Essa consisterebbe nel mutamento del carattere del nemico, da non identificarsi più necessariamente, come da sempre avvenuto nell'ambito del diritto internazionale, in uno Stato, ma anche in «una realtà impersonale, denominata "terrorismo"» [18]. A ciò si è accompagnata la sottolineatura del conseguente carattere indeterminato del territorio su cui localizzare tale fenomeno [19].

A tale ricostruzione si può, anzitutto, obiettare che, in ragione della suddivisione del territorio mondiale per Stati, è imprescindibile che la guerra assuma, prima o dopo, il carattere di confronto militare tra Stati – come

---

della Costituzione, a cura di G. BRANCA, art. 1-12, *Principi fondamentali*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975, p. 572, ritiene che l'articolo 11 «vieti non solo le guerre (in senso tecnico) di aggressione ma anche ogni altra forma di violenza armata di portata equiparabile a quella della guerra, ma non qualificata dalle parti in conflitto come violenza bellica».

[15] P.G. GRASSO, voce *Guerra* (II, disciplina costituzionale della guerra), in *Enc. giur.*, vol. XV, Treccani, Roma, 1989, p. 3.

[16] D. SCHINDLER, *State of War, Belligerency, Armed Conflict*, in A. Cassese (ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Editoriale scientifica, Napoli, 1979-1980, vol. II, p. 19. In questo senso v. anche N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 96 ss. Da ultimo cfr. anche G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, cit., p. 20.

A conferma di quanto detto si vedano, ad es., l'art. 2 della Convenzione di Ginevra del 1949 sulla protezione delle vittime di guerra e l'art. 5 del Trattato NATO. Su questa linea è anche l'art. 2 (4) della Carta delle Nazioni Unite, nonché la Risoluzione dell'Assemblea generale dell'ONU n. 3314 (XXIX), del 14 dicembre 1974, sulla definizione di aggressione.

[17] V. D. SCHINDLER, *op. ult. cit.*, p. 20; N. RONZITTI, *op. ult. cit.*, p. 97.

[18] G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, cit., p. 24. Dello stesso A. si veda anche l'intervento nel *Forum* della rivista *Quaderni costituzionali*, all'indirizzo Internet *http://www2.unife.it/forumcostituzionale/*. Nello stesso senso v., inoltre, S. ANDÒ, *Terrorismo e fondamentalismo islamico*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 73. Cfr., inoltre, M. FRANCHINI, *Brevissime note a proposito dei nuovi impegni militari*, cit., p. 216 s.

Sul tema della «qualificazione del nemico» v. anche C. DELL'ACQUA, *Alla ricerca del nemico*, cit., p. 139.

[19] G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, cit., p. 24.

dimostra l'esperienza dell'intervento in Afghanistan – con tutte le conseguenze che ciò comporta sul piano dell'ordinamento internazionale.

Al tempo stesso, l'uso della forza in risposta al terrorismo è, in effetti, inquadrabile alla luce di regole ben note e consolidate del diritto internazionale, come ad esempio la responsabilità che lo Stato assume per gli atti ostili nei confronti di un altro Stato da parte di gruppi organizzati sul suo territorio o il necessario rispetto del principio *aut dedere aut punire*.

Pertanto, se la nuova tendenza non produce, sostanzialmente, conseguenze nuove e particolarmente rilevanti sul piano del diritto internazionale, non così sotto il profilo del diritto interno ai singoli Stati.

Infatti i Parlamenti, nel momento in cui ammettono che la guerra venga proclamata contro un nemico così indeterminato quale il terrorismo, finiscono inevitabilmente per attribuire all'Esecutivo «una illimitata discrezionalità nel determinare» chi sia il nemico [20], come avvenuto negli Stati Uniti d'America. In tal Paese, dimenticando il monito di Abraham Lincoln – secondo il quale [21] «*allow the President to invade a … nation whenever he shall deem it necessary to repel an invasion, and you allow him to do so whenever he may choose to say he deems it necessary for such purpose, and you allow him to make war at pleasure*» – il Congresso ha approvato una *joint resolution* con la quale si è autorizzato il Presidente «all'uso di ogni necessaria e appropriata forza contro quelle nazioni, organizzazioni e persone, che egli determini che abbiano programmato, autorizzato, commesso o aiutato l'attacco terroristico intervenuto l'11 settembre 2001, o ospitato tali organizzazioni o persone, al fine di prevenire ogni futuro atto di terrorismo internazionale contro gli Stati Uniti da parte di tali nazioni, organizzazioni o persone» [22].

Da quanto detto consegue, a ben vedere, che le due prospettive sopra illustrate in riferimento all'interpretazione del concetto di guerra nella Costituzione italiana, come presupposto per l'applicazione degli artt. 11 e 60, secondo comma Cost., e l'attivazione delle procedure indicate negli artt. 78 e 87, nono comma Cost., finiscono pressappoco per convergere.

Proprio per questo appare ancor più paradossale il fatto che nell'ordinamento italiano si perpetui una tendenza, già affermatasi in epoca statutaria, in ragione della quale «non risulta che sia stato mai emanato un atto contenente la deliberazione ufficiale e formale della guerra, anche se si deve ritenere che tuttavia tale deliberazione sia stata di volta in volta adottata» [23].

---

[20] G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, cit., p. 25.

[21] Lettera a William H. Herndon, del 15 febbraio 1848.

[22] Sul punto v. G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, cit., p. 24.

[23] G. FERRARI, voce *Guerra*, cit., p. 818.

E ciò anche quando, dall'una e dall'altra prospettiva, era innegabile il carattere bellico della fattispecie e, dunque, necessario attivare le procedure sopra richiamate, come nel caso della prima guerra del Golfo e dell'intervento in Afghanistan.

In tali occasioni si è, invece, evitato il ricorso alle modalità codificate nei sopra richiamati articoli della Costituzione [24], preferendosi piuttosto ricorrere a procedure più "sbrigative", consistenti nell'approvazione da parte delle Camere di documenti politici e, in particolare, di risoluzioni monocamerali in testo conforme [25], perpetuandosi, in tal modo, quel fenomeno che autorevole dottrina denunciava con l'icastica espressione di «belligeranze non instaurate e non dichiarabili o dichiarate» [26].

3. La guerra legittima per la Costituzione italiana

Alla luce di quanto detto va valutata la legittimità della partecipazione italiana alle operazioni che la comunità internazionale ha posto in essere, con sempre maggiore frequenza dopo la caduta del muro di Berlino e la fine della guerra fredda, nel tentativo di garantire il rispetto dei diritti umani e di assicurare condizioni di pace in diverse aree di crisi disseminate nel mondo, come la prima guerra del Golfo, le diverse missioni in Somalia, Mozambico e Timor Est, l'intervento in Bosnia, la guerra del Kosovo e in Afghanistan.

Questi interventi sollevano molteplici dubbi sotto il profilo della legittimità tanto sul piano del diritto interno quanto su quello del diritto internazionale [27], al quale il primo è collegato in virtù del rinvio operato dal primo

---

[24] Sul punto cfr. G. MOTZO, *Costituzione e guerra giusta alla periferia dell'impero*, in *Quad. cost.*, 1999, p. 373 ss.; C. DELL'ACQUA, *Alla ricerca del nemico*, cit., p. 142.

[25] Sulle procedure seguite in occasione della partecipazione italiana alla prima guerra del Golfo v. G. GUIGLIA, *Il comando e l'impiego delle Forze Armate: considerazioni alla luce della normativa esistente e della prassi*, in *«1989». Rivista di Diritto Pubblico e Scienze Politiche*, 1993, p. 281; L. VIGORITA, *op. cit.*, p. 134 s.

Sulle modalità con cui è stato deciso di prender parte alla guerra contro l'Afghanistan v. G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, cit., p. 26 ss.; M. FRANCHINI, *Brevissime note a proposito dei nuovi impegni militari*, cit., p. 203 ss.

[26] Così G. MOTZO, *Politica della difesa e comando costituzionale delle Forze armate*, in *Quad. cost.*, 1988, p. 316 s.

[27] Da ultimo, in ordine al problema della guerra giusta, v. B. CONFORTI, *Guerra giusta e diritto internazionale contemporaneo*, in *Rass. parl.*, 2003, p. 11 ss.; per una ricostruzione del «diritto internazionale antico» v. F. SINI, Bellum nefandum. *Virgilio e il problema del «diritto internazionale antico»*, Giappichelli, Torino, 1991, *passim*.

comma dell'art. 10 Cost. e dal primo comma dell'art. 117 Cost.

Non potendosi in questa sede analizzare diffusamente la natura delle singole missioni e la loro compatibilità con il diritto internazionale – il che finirebbe per portare lontano dal tema oggetto del presente lavoro – val la pena soltanto ricordare come, per valutare la legittimità degli interventi italiani, sia necessario prendere le mosse dall'art. 11 Cost. che, ripudiando «la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali», ha recepito sul piano normativo un'idea che, richiamandosi alla concezione cristiana della *respublica sub Deo* [28] e ai principi dell'internazionalismo socialista e comunista, trovò terreno fertile nella più generale volontà di tutte le forze politiche [29] presenti in Assemblea costituente di «trasferire sul piano internazionale quei principi di libertà, di eguaglianza e di sostanziale rispetto della persona umana, che si voleva affermare ed attuare nell'ordine interno» [30], anche nel ricordo della tragica esperienza bellica, da poco conclusa [31].

Secondo quanto confermano i lavori preparatori [32], così come il tenore let-

---

Sul rapporto tra Stato costituzionale e pace cfr. P. HÄBERLE, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit auf der heutigen Entwicklungsstufe des Verfassungsstates*, relazione tenuta in occasione della Giornata di studio su *Ruolo delle Corti costituzionali nelle odierne democrazie*, Roma, 30 maggio 2003, p. 22 del dattiloscritto.

[28] Sul punto v. A. LOIODICE, *Attuazione costituzionale e dottrina sociale della Chiesa cattolica*, in P. GIOCOLI NACCI e A. LOIODICE, *Materiali di Diritto costituzionale*, Cacucci, Bari, 2000, p. 18; ID., *Attuare la Costituzione. Sollecitazioni extraordinamentali*, Cacucci, Bari, 2000, p. 36; L. ELIA, *Intervento*, cit., p. 9, il quale rileva come il ripudio della guerra «trovava i suoi precedenti nella riflessione di Sturzo, nelle Idee ricostruttive della Democrazia cristiana e nel programma di questo partito elaborati da De Gasperi, nel corso barese di Moro sullo Stato (1942-1943), nel radiomessaggio di Pio XII (Natale 1944) e infine nelle proposte contenute nella relazione Gonella al primo congresso democratico-cristiano».

[29] Cfr. M. BON VALSASSINA, *Il ripudio della guerra nella Costituzione*, cit., p. 2 ss.; L. CARLASSARE, *L'art. 11 sulla pace e sulla guerra: quali garanzie ?*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, Sez. V, Sc. Giur., Nuova Serie, vol. II, 1988, p. 19 ss.; ID., *Costituzione italiana e partecipazione a operazioni militari*, in AA.VV., *Nato, conflitto in Kosovo e Costituzione italiana*, a cura di N. RONZITTI, Giuffrè, Milano, 2000, p. 160 s.; F. LANCHESTER, *L'intervento nel Kossovo e la costituzionalizzazione del diritto internazionale*, in AA.VV., *Diritti umani e uso della forza. Profili di diritto costituzionale interno e internazionale*, a cura di M. DOGLIANI e S. SICARDI, Giappichelli, Torino, 1999, p. 83; L. ELIA, *Intervento*, cit., p. 8, il quale evidenzia come sulla norma vi fu pressoché unanime convergenza.

[30] Così A. CASSESE, *Politica estera e relazioni internazionali nel disegno emerso alla Assemblea costituente*, in *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, a cura di U. DE SIERVO, Il Mulino, Bologna, 1980, p. 519.

[31] Cfr. ad es. le dichiarazioni di M. RUINI, in *Atti Assemblea costituente*, seduta pomeridiana del 24 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica*, cit., I, p. 609 s.

[32] Per l'analisi dei lavori preparatori, oltre alla dottrina riportata nella precedente nota 29, v. anche U. ALLEGRETTI, *Una ricerca su Costituzione e nuove armi*, in *Democrazia e diritto*,

terale della disposizione, proclamante non solo la rinuncia, ma il vero e proprio ripudio della guerra [33], la portata dell'art. 11 è tale da precludere l'intrapresa di qualsiasi guerra [34].

L'unica eccezione è quella della legittima difesa [35], *qua fit ut maneat hic civitas*.

Al riguardo, occorre anzitutto considerare che la nozione di legittima difesa è stata oggetto di un'interpretazione estensiva, tale da ammettere la liceità del ricorso alle armi non solo per la difesa del suolo patrio – ai sensi di quanto previsto dall'art. 52 Cost. – ma anche per quella degli "alleati" [36], secondo il modello proprio della cosiddetta Costituzione girondina: «*la République … ne prend les armes que pour maintien de sa liberté, la conservation de son territoire et la défense de ses alliés*» (art. 5 del titolo XIII).

Tale interpretazione è chiaramente riscontrabile in due casi: la prima guerra del Golfo e l'intervento in Afghanistan.

In linea di principio, occorre rilevare come una siffatta lettura appaia cor-

---

1986, p. 105 s.; L. CHIEFFI, *Il valore costituzionale della pace tra decisioni dell'apparato e partecipazione popolare*, Liguori, Napoli, 1990, p. 118 ss.

[33] Cfr. M. RUINI, in *Atti Assemblea costituente*, seduta pomeridiana del 24 marzo 1947, in *La Costituzione*, p. 609 s., il quale, come noto, affermò che «mentre "condanna" ha un valore etico più che politico-giuridico, e "rinunzia" presuppone, in un certo modo, la rinunzia ad un bene, ad un diritto, il diritto della guerra (che vogliamo appunto contestare), la parola "ripudia", se può apparire per alcuni richiami non pienamente felice, ha un significato intermedio, ha un accento energico ed implica così la condanna come la rinuncia alla guerra».

Sul punto v. C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, p. 50, nt. 74. V., da ultimo, L. CARLASSARE, *Costituzione italiana e partecipazione a operazioni militari*, cit., p. 158; M. LUCIANI, *Costituzione*, *alleanze*, *conflitti*, pubblicato in prima pagina, il giorno 19 marzo 2003, sul quotidiano *La Stampa*, il quale mette in luce come dall'uso del termine "ripudia" traspaia «un rifiuto accompagnato da una condanna» che è morale e giuridica. In tal senso v. anche L. ELIA, *Intervento*, cit., p. 10.

[34] Le ricostruzioni che sminuivano l'importanza della norma, ritenendola priva di valore giuridico (in questo senso, ad es., G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, IX ed., Giuffrè, Milano, p. 481 ss.; L. SICO, *Considerazioni sull'interpretazione dell'art. 11 della Costituzione*, in *Dir. internaz.*, 1966, p. 325; W. LEISNER, *La funzione governativa di politica estera e la separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, p. 384) possono ormai ritenersi superate. Sul punto v. già M. BON VALSASSINA, *Il ripudio della guerra nella Costituzione italiana*, cit., p. 1 ss.; v., inoltre, L. CHIEFFI, *Il valore costituzionale della pace*, cit., p. 75 ss.

[35] Sul punto v., tra i tanti, L. CARLASSARE, *Costituzione italiana e partecipazione a operazioni militari*, cit., p. 159; M. LUCIANI, *Costituzione*, *alleanze*, *conflitti*, cit.; A. CASSESE, *Commento dell'art. 11 della Costituzione*, cit., p. 565 ss.; A. GIARDINA, *Commento dell'art. 78 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, artt. 76-82, *La formazione delle leggi*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979, p. 102; L. CHIEFFI, *Il valore costituzionale della pace*, cit., p. 118.

[36] L. ELIA, *Intervento*, cit., p. 12. M. LUCIANI, *Costituzione*, *alleanze*, *conflitti*, cit.

retta, consentendo di trarne le necessarie conseguenze in ordine alla legittimità costituzionale della partecipazione italiana a organizzazioni quali la NATO, caratterizzata, stando almeno a quanto previsto dallo Statuto, da fini esclusivamente difensivi [37]. Sarebbe oltretutto poco razionale un ordinamento che ammettesse la partecipazione a leghe difensive soltanto per sfruttarne i vantaggi senza subire gli oneri legati a tale vincolo.

Un secondo aspetto che merita senz'altro di essere segnalato è legato al problema della partecipazione italiana ad operazioni che, pur non essendo in alcun modo riconducibili nel concetto di legittima difesa, rientrino nei paradigmi di liceità propri del diritto internazionale [38].

In proposito la dottrina si è attesta su due divergenti posizioni.

Secondo una prima posizione, che ha trovato conforto in molteplici occasioni anche in dichiarazioni rese da titolari di organi costituzionali, la prima parte dell'art. 11 Cost., e cioè il ripudio della guerra, andrebbe letta alla luce della seconda parte dello stesso articolo, che «consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni».

In altre parole, dunque, «l'Italia ripudia la guerra in quanto affida all'Onu, o a interventi legittimati dall'Onu, l'uso legittimo della forza per assicurare la pace e la giustizia tra le nazioni» [39].

L'accoglimento di tale ricostruzione non è evidentemente privo di rilevanti conseguenze 'pratiche', ove si consideri che esso avrebbe comportato la

---

[37] Il che non toglie, però, che vadano evidenziati i dubbi che la partecipazione italiana comporta allorché il ruolo di quest'ultima si trasformi nel tempo: sul mutamento dei compiti dell'organizzazione v., da ultimo, G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, cit., p. 26; C. FIORAVANTI, *Terrorismo internazionale e uso della forza armata*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 76. In proposito va rammentato come, nel corso della XIII Legislatura, la Commissione Affari esteri, Emigrazione del Senato avesse opportunamente ipotizzato la necessità di sottoporre a ratifica le dichiarazioni a fondamento del nuovo progetto strategico della NATO.

Sul punto cfr. l'audizione di fronte a tale commissione di G. MOTZO, in *Atti Senato*, Resoconto Giunte e Commissioni parlamentari, sedute del 6 luglio 1999, p. 19 ss.

In senso contrario, nel corso della stessa audizione, A. BARBERA, mettendo in luce la non felice formulazione dell'art. 80 Cost., ha sostenuto che i nuovi compiti della NATO si giustificano in forza di un'interpretazione evolutiva del Trattato istitutivo, avvenuta *nemine contradicente*, in relazione alla quale non sembra possibile attivare le procedure di cui allo stesso art. 80 (il testo della memoria presentata dall'A. in occasione della audizione è pubblicato *Rass. parl.*, 1999, p. 815 ss. con il titolo *Le vicende del Trattato del Nord-atlantico: revisione* de facto *o interpretazione evolutiva ?*).

[38] Cfr. L. CARLASSARE, *Costituzione italiana e partecipazione a operazioni militari*, cit., pp. 158, 164.

[39] Così A. BARBERA in un'intervista apparsa su *Il Corriere della Sera*, il giorno 12 marzo 2003, a p. 8.

liceità della partecipazione italiana alla seconda guerra del Golfo, in caso di *placet* del Consiglio di Sicurezza all'azione.

Secondo altra posizione – a parte i noti profili legati ai limiti che la partecipazione alle organizzazioni internazionali incontra, anche secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale – anche il tenore letterale della disposizione (e della punteggiatura ivi utilizzata) [40] conferma che è la seconda parte dell'art. 11 Cost. (e cioè la partecipazione alle organizzazioni internazionali) a dover essere letta alla luce della prima e del principio ivi espresso del ripudio della guerra, e non il contrario, pena la sostanziale vanificazione del ripudio stesso, considerata anche l'assenza nell'ordinamento internazionale di un'autorità imparziale che valuti la fondatezza delle ragioni dei contendenti e, dunque, il reale perseguimento di fini di pace e giustizia tra le Nazioni [41].

La *ratio* dell'art. 11 Cost. sembrerebbe, infatti, quella di bollare come ingiusta qualsiasi guerra che non sia di legittima difesa, anche qualora essa costituisca lo strumento per affermare certi diritti, sulla base della presunzione, confermata più volte dalla storia, che la pace non si costruisce mediante la guerra [42].

4. Lo stato d'assedio e l'uso del decreto-legge per fronteggiare le situazioni che richiedano la sospensione dei diritti garantiti dalla Costituzione

Quanto detto in ordine al concetto di guerra comporta, d'altro canto, l'impossibilità di far rientrare in esso il caso della c.d. emergenza interna [43],

---

[40] L. CARLASSARE, *Costituzione italiana e partecipazione a operazioni militari*, cit., p. 164 s.

[41] Sul punto v. A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Editori Laterza, Bari-Roma, 2002, p. 117; M. TORRELLI, *Actualité de la guerre juste: limitation ou légitimation du recours à la force?*, in AA.VV. , *Giovanni Paolo II - Le vie della giustizia*, a cura di A. LOIODICE e M. VARI, Bardi editore-Libreria Editrice Vaticana, Roma, 2003, p. 897, il quale afferma che «*en l'absence d'un juge impartial, le prince, l'autorité légitime, étant juge et partie, la guerre peut être juste des deux côtés*».

Di qui la necessità di giungere all'istituzione di una *publica auctoritas universalis*, più volte evidenziata nel Magistero della Chiesa cattolica, da ultimo nel Messaggio «Pacem in terris*: un impegno permanente*» di S.S. Giovanni Paolo II, per le celebrazioni per la Giornata mondiale della Pace del 2003. Sul punto v. P. CATALANO, *Impero: un concetto dimenticato del diritto pubblico*, in *Cristianità ed Europa. Miscellanea di studi in onore di Luigi Prosdocimi*, a cura di C. ALZATI, vol. II, Herder, Roma-Freiburg-Wien, 2000, 29 ss.

[42] Ne discende che, nel caso della seconda guerra del Golfo, un'eventuale partecipazione dell'Italia alle azioni belliche nei confronti dell'Iraq anche se autorizzate dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Uniti si sarebbe posta in insanabile contrasto con il disposto costituzionale.

[43] Sul punto v. già G. FERRARI, voce *Guerra*, cit., p. 831. V., inoltre, A. GIARDINA, *Com-*

invocando l'applicazione del procedimento previsto dagli artt. 78 e 87, nono comma, Cost.

La fattispecie che costituisce presupposto per l'attivazione di tali procedure è, infatti, un istituto che si colloca nell'ambito dei rapporti interstatali, come reso evidente dalla formulazione dell'art. 11 Cost., nel quale la guerra è disciplinata e ripudiata in quanto strumento di offesa alla libertà degli *altri popoli* – oltre quello italiano – e come mezzo di risoluzione delle *controversie internazionali*.

Profondamente diversa è, invece, sul piano giuridico l'emergenza interna, e cioè una «situazione che rileva dal punto di vista della sicurezza e dell'ordine pubblico interno e non interessa se non eccezionalmente ed indirettamente le relazioni internazionali» [44].

Esclusa, pertanto, la possibilità di applicare al caso dell'emergenza interna l'art. 78 Cost., val la pena analizzare le altre modalità secondo le quali in dottrina si è proposto di attivare una «procedura instaurativa di un regime di emergenza in funzione della necessità di reprimere il nemico interno» [45], e cioè il c.d. stato d'assedio civile o politico, che «suole realizzarsi allorquando il Governo o, a seconda dei casi, l'esecutivo, emette un provvedimento volto a constatare ed a valutare una situazione di particolare pericolo *interno* per l'ordinamento e per il regime vigente, dichiarandone l'insorgenza, ed assumendo codesta dichiarazione come presupposto all'emanazione di ulteriori provvedimenti eccezionali» [46].

Di recente si è ipotizzata la possibilità di far ricorso a poteri riconosciuti in rilevanti convenzioni internazionali alle quali l'Italia ha aderito e dato esecuzione con legge ordinaria [47].

A tal proposito si è fatto richiamo [48] alla legge 4 agosto 1955, n. 848, con la quale, come noto, è stata autorizzata la ratifica ed è stata data esecuzione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali stipulata a Roma nel 1950. L'art. 15 di detta Convenzione

---

mento all'art. 78 Cost., cit., p. 111 ss.; M. SCUDIERO, *Aspetti dei poteri necessari dello stato di guerra*, Jovene, Napoli, 1969, p. 77 ss.; F. SORRENTINO, *Le Fonti del Diritto*, V ed., Ecig, Genova, 2002, p. 99 s.; da ultimo, S. LABRIOLA, *Nuova emergenza internazionale e libertà fondamentali*, cit., p. 72.

Contra C. FRESA, *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Cedam, Padova, 1981, p. 118.

[44] F. SORRENTINO, *Le fonti*, cit., p. 99.

[45] G. MOTZO, voce *Assedio (stato di)*, in *Enc. dir.*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1958, p. 251.

[46] G. MOTZO, *Il comando delle Forze armate e la condotta dei regimi di emergenza nel sistema costituzionale italiano*, cit., p. 193 s.

[47] G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, cit., p. 31 s.

[48] G. DE VERGOTTINI, *loc. ult. cit.*

dispone, infatti, che «in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione» ogni parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla Convenzione – con l'eccezione dell'intangibilità del diritto alla vita – nella «stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale». Ai sensi degli art. 10 e 11, inoltre, la libertà di espressione e quelle di riunione e associazione possono essere sottoposte «alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati … per impedire la divulgazione di informazioni riservate».

È, inoltre, invocata [49] l'applicazione della legge 25 ottobre 1977, n. 881, che ha autorizzato la ratifica e dato esecuzione al Patto internazionale sui diritti civili e politici del 6 dicembre 1966. L'art. 4 di detto accordo stabilisce che «in caso di pericolo pubblico eccezionale, che minacci l'esistenza della nazione e venga proclamato con atto ufficiale», gli Stati «possono prendere misure le quali deroghino agli obblighi imposti» dal Patto, «nei limiti in cui la situazione strettamente lo esiga, e purché tali misure non siano incompatibili con gli altri obblighi imposti agli Stati medesimi dal diritto internazionale e non comportino una discriminazione fondata unicamente sulla razza, sul colore, sul sesso, sulla lingua, sulla religione o sull'origine sociale», fatte salve alcune situazioni tra le quali il diritto alla vita, il divieto di tortura e di schiavitù.

Tale ricostruzione non solo appare in contrasto con la posizione assunta nel sistema delle fonti dalle leggi di esecuzione dei trattati internazionali [50], ma sembrerebbe trascurare che gli accordi in precedenza citati valgono a salvaguardare il rispetto di "standard" minimi di garanzia dei diritti fondamentali, senza escludere affatto che ciascun ordinamento assicuri a tali diritti una tutela ancor più ampia di quella attribuita dagli accordi internazionali, come espressamente riconosciuto nei medesimi. Come noto, l'art. 53 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali prevede che nessuna delle disposizioni della Convenzione «può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i Diritti dell'Uomo e le Libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte Contraente o in base ad ogni altro accordo al quale essa partecipi», così come l'art. 5, secondo comma del Patto internazionale sui diritti civili e politi-

---

[49] G. DE VERGOTTINI, *loc. ult. cit.*

[50] Sul tema v., per tutti, A. D'ATENA, *Lezioni di Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001, 190 ss.

ci prescrive che «nessuna restrizione o deroga a diritti fondamentali dell'uomo riconosciuti o vigenti in qualsiasi Stato parte del presente Patto in virtù di leggi, convenzioni, regolamenti o consuetudini, può essere ammessa col pretesto che il presente Patto non li riconosce o li riconosce in minor misura».

Si è così convincentemente obiettato che «l'esistenza di norme internazionali "facoltizzanti" la sospensione dei diritti costituzionali non risolva il problema di diritto interno» [51].

In adesione a quest'ultimo punto di vista, si può aggiungere che la tesi che ammette la sospensione dei diritti garantiti dalla Costituzione in forza delle Convenzioni a cui l'Italia partecipa finisce, oltretutto, per provare troppo dal momento che, ad accoglierla, trattati conclusi al fine di tutelare alcuni diritti e considerati tappe fondamentali nella storia del costituzionalismo [52] finirebbero, invece, per produrre l'effetto opposto di consentire limitazioni ai diritti, ulteriori rispetto a quelle previste nella Costituzione.

Di fronte all'emergenza interna, autorevolissima dottrina [53], negando rilievo agli argomenti desumibili dall'intenzione manifestata dal Costituente [54] e assumendo, al tempo stesso, che la forza di legge attribuita dall'art. 77 ai decreti emanati dal Governo esprima il regime dell'atto e non la capacità innovativa degli stessi [55], ammette che, in situazioni di

---

[51] Così A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Cedam, Padova, 2003, p. 337; P. CARNEVALE, *Emergenza bellica e sospensione dei diritti costituzionalmente garantiti. Qualche prima considerazione alla luce dell'attualità*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 4518.

[52] A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in AA.VV., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, a cura di A. BARBERA, Laterza, Roma-Bari, 1997, 37 s.

[53] V. C. ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 834 ss.; C. LAVAGNA *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed., Utet, Torino, 1985, p. 299 s.; V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, I, Giuffrè, Milano, 1970, p. 125 s.; C. MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, p. 195; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 340 ss.; ID., *Ragionevolezza abnorme e stato d'emergenza?*, in *Giur. cost.*, 1982, I, p. 111 ss.; ID, *Divagazioni sui decreti-legge non convertiti*, in AA.VV., *I decreti-legge non convertiti*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nel giorno 11 novembre 1994, Giuffrè, Milano, 1996, p. 44; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 205; F. MODUGNO, voce *Atti normativi*, in *Enc. giur.*, vol. III, Roma, 1988, p. 10 s.; ID., *Riflessioni interlocutorie sulle conseguenze della trasformazione del decreto-legge*, in *Scritti in memoria di A. Piras*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 466 s.; ID., *Referendum abrogativo e decreto-legge a confronto, oggi*, in *Rass. parl.*, 1998, p. 82 ss.; P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1953, p. 373; A. RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 345 ss.

[54] Così C. ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, cit., p. 835 s.; F. MODUGNO, *Referendum abrogativo e decreto-legge*, cit., p. 83.

[55] C. ESPOSITO, *op. ult. cit.*, pp. 836 ss., 838.

F. SORRENTINO, *Spunti sul controllo della Corte costituzionale sui decreti-legge e sulle leggi*

assoluta necessità, gli atti normativi dell'Esecutivo possano derogare a norme della Costituzione [56]. Ciò in linea di continuità con quanto avveniva nel periodo statutario, fino all'entrata in vigore della legge n. 100 del 1926, allorché l'illegalità determinata dai provvedimenti dell'Esecutivo [57] che derogavano alla legge fondamentale – in particolare agli artt. 3, 6 e 82 –, poteva essere sanata dalle leggi di conversione che, in regime di costitu-

---

di conversione, in *Scritti in onore di C. Mortati*, IV, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 743 s., 753, conviene sul fatto che «data la molteplicità di "tipi" di legge che la Costituzione prevede e colloca in posizioni reciprocamente differenziate, ... il riferimento ad una forza di legge, intesa come capacità innovativa e di resistenza tipica, rappresenta niente più che una formula tralatizia», e pertanto esclude anch'Egli «che dalla forza di legge dei provvedimenti del Governo possano trarsi argomenti a favore della identificazione dei limiti del decreto-legge con quelli della legge ordinaria», anche se non condivide affatto né l'identificazione della «efficacia attribuita dall'art. 77 ai decreti-legge con la sindacabilità da parte della (sola) Corte costituzionale dei decreti medesimi» né le ulteriori conclusioni dell'Esposito.

[56] C. ESPOSITO, *op. ult. cit.*, p. 834 ss., riteneva che argomenti a favore della sua ricostruzione potessero trarsi: a) dall'utilizzazione nell'art. 77 del termine «provvedimenti», in deroga al principio di generalità ed astrattezza delle leggi; b) dal parallelismo tra i provvedimenti adottabili dal Governo in caso di guerra sulla base dell'art. 78 e i decreti-legge; c) dalla disposizione della seconda parte dell'ultimo comma dell'art. 77, ai sensi della quale le Camere «possono» regolare con legge i rapporti sorti sulla base dei decreti non convertiti, la cui previsione sarebbe stata inutile se non fosse ammessa la possibilità per i decreti di superare il disponibile con legge ordinaria.

Contra F. SORRENTINO, *Spunti sul controllo della Corte costituzionale sui decreti-legge e sulle leggi di conversione*, cit., p. 753 ss.; nonché ID., *Le fonti del diritto*, cit., p. 91 ss.

[57] Così L. MORTARA, *I decreti-legge nel diritto costituzionale italiano*, in *Riforma Sociale*, III, 1895, p. 907 ss.; V. DI SALVO, voce *Legge*, in *Dig. it.*, vol. XIV, Utet, Torino, 1902-1905, p. 290 ss.; A. BRUNIALTI, *La legge nello Stato moderno*, in *Biblioteca di scienze politiche e amministrative*, IV, I, Utet, Torino, 1888, n. 89; F. RACIOPPI e I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, III, Utet, Torino, 1909, p. 352; A. TRAVERSA, *«Lo stato di necessità» nel diritto pubblico interno*, Pierro, Napoli, 1916, p. 60 s.; T. PERASSI, *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica*, 1917, ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 229 ss.; F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo. Legge ed ordinanza (decreti e regolamenti)*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, III, Societa Editrice Libraria, Milano, 1901, p. 197 ss.

Su questa linea la Corte dei conti, in sede di esame della richiesta di registrazione del Consiglio dei ministri, imposta dall'art. 13 della legge 14 agosto 1862, n. 800, riteneva che i decreti-legge non potessero essere ammessi alla registrazione ordinaria, bensì soltanto a quella con riserva, giacché essi eccedevano le facoltà conferite al potere esecutivo e non era sufficiente a sanarne l'illegalità la clausola di presentazione al Parlamento per la conversione in legge. Sul punto v. C. SALTELLI, *Potere esecutivo e norme giuridiche. La legge 31 gennaio 1926, n. 100 commentata ed illustrata*, Tipografia delle mantellate, Roma, 1926, p. 30 s.; F. P. CONTUZZI, *Trattato di diritto costituzionale*, Utet, Torino, 1895, p. 495; A. BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica nella scienza e nelle istituzioni*, II, Utet, Torino, 1900, p. 149 ss.; F. CAMMEO *op. ult. cit.*, p. 202; di recente, G. BASCHERINI, *Lo stato d'assedio nell'esperienza statutaria italiana*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 4273 s., nt. 18.

zione flessibile [58], avevano la stessa forza di quest'ultima [59].

Il problema, come accennato, fu avvertito in sede di Assemblea costituente, nella quale si manifestò una tendenza contraria alla compressione, mediante decreto-legge, dei diritti costituzionalmente garantiti [60], che portò all'approvazione di un articolo 74-*bis*, volto a chiarire espressamente il «valore di legge ordinaria» che poteva essere assunto dai decreti [61].

Su tale posizione si è schierata, come noto, altra parte della dottrina secondo la quale il procedimento di cui all'art. 77 Cost. concerne esclusivamente i decreti «le cui disposizioni non eccedono il disponibile con legge ordinaria» [62].

La tesi contraria all'ammissibilità della sospensione dei diritti sanciti nella Costituzione in casi di emergenza si può considerare accolta anche dalla Corte costituzionale che, nella ben nota sent. n. 16 del 1978, sia pure ad altro proposito, ha implicitamente identificato nel procedimento di cui all'art. 138 Cost. l'unico strumento per intervenire su norme costituzionali.

In tale prospettiva anche le fattispecie più gravi non giustificherebbero il ricorso a poteri straordinari: per riprendere un'icastica espressione utilizzata di recente dalla Corte Suprema dello Stato d'Israele in una storica decisione sulla limitazione dei diritti in caso di emergenza [63], «*a democracy must often fight with one hand tied behind its back*».

Il tema qui trattato, nella specifica prospettiva di cui sopra, offre l'occa-

---

[58] V., però, le considerazioni di A. PACE, *Potere costituente*, *rigidità costituzionale*, *autovincoli legislativi*, Cedam, Padova, 1997, *passim*, sulla natura inizialmente rigida dello Statuto.

[59] Cfr. sul punto V. DI SALVO, voce *Legge*, cit., p. 290 ss.; F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato*, cit., p. 200.

[60] V. gli interventi dell'on. CODACCI e PISANELLI, in *Atti Assemblea costituent*e, seduta pomeridiana del 16 ottobre 1947, in *La Costituzione della Repubblica*, cit., IV, p. 3328 ss., dell'on. BOZZI, seduta del 17 ottobre 1947, ivi, p. 3338 ss., e dell'on. RUINI, seduta del 17 ottobre 1947, ivi, *loc. ult. cit.*

[61] *Atti Assemblea costituente*, seduta del 17 ottobre 1947, in *La Costituzione della Repubblica*, cit., p. 3349. Il comitato di coordinamento ha, poi, spostato l'aggettivo «ordinaria», che era stato oggetto di specifica approvazione (seduta del 17 ottobre 1947, in *op. ult. cit.*, p. 3347), nel primo comma dell'art. 77.

[62] F. SORRENTINO, *Spunti sul controllo della Corte costituzionale sui decreti-legge e sulle leggi di conversione*, cit., p. 756.

[63] Sentenza pubblicata il 6 settembre 1999, *Public Committee Against Torture v. State of Israel*.

La questione, legata al drammatico conflitto israeliano-palestinese, verteva sulla legalità del ricorso alla violenza fisica durante gli interrogatori di persone sospettate di organizzare attività terroristiche da parte del GSS (General Security Service), al fine di garantire la sicurezza dello Stato di Israele.

Su tale decisione v. E. OTTOLENGHI, *Sovranità parlamentare e controllo di costituzionalità: il caso israeliano*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 579 ss.

sione per accennare, sia pure di sfuggita, alla possibilità per il Governo di intervenire, in situazioni c.d. emergenziali, con decreto-legge in materie di competenza legislativa concorrente o di competenza esclusiva delle Regioni.

Il problema, legato al riassetto del sistema delle fonti a seguito della modifica del titolo V della Costituzione da parte della legge costituzionale n. 3 del 2001 [64], andrebbe considerato, secondo parte della dottrina, alla luce dei poteri sostitutivi contemplati dall'art. 120 Cost. [65] che farebbe propendere per la tesi affermativa dell'ammissibilità di decreti-legge (e conseguenti leggi di conversione) 'statali', «nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali».

L'impossibilità di configurare, nel sistema costituzionale vigente, un'emergenza interna così pressante da consentire la sospensione dei diritti garantiti dalla Costituzione ispira anche i recenti interventi del legislatore nel settore delle ordinanze d'urgenza.

In proposito val la pena menzionare la disciplina introdotta dalla legge n. 225 del 1992 – più volte modificata, da ultimo ad opera del D.L. n. 343 del 2001 – che rappresenta «il tentativo probabilmente più ambizioso … per razionalizzare le procedure di intervento in casi di eventi eccezionali che hanno leso o mettono in pericolo la sicurezza e l'incolumità di persone o cose» [66].

---

[64] Sul punto cfr. A. D'ATENA, *Poteri sostitutivi e* konkurrierende Gesetzgebung, nel Forum del sito dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (*www.associazionedeicostituzionalisti.it*); L. CASSETTI, *Decreto-legge, fonti statali primarie e potestà legislativa regionale*, nel Forum del sito della Associazione «Osservatorio sul Federalismo e i processi di governo» (*www.federalismi.it*).

[65] Cfr. A. D'ATENA, *Poteri sostitutivi e* konkurrierende Gesetzgebung, cit.; M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, in *Il lav. nelle p.a.*, supplemento al fasc. 1, p. 21; E. GIANFRANCESCO, *Il potere sostitutivo*, in AA.VV., *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, a cura di T. GROPPI e M. OLIVETTI, Giappichelli, Torino, 2001, p. 186; N. ZANON, *Decreti-legge, Governo e Regioni dopo la revisione del titolo V della Costituzione*, nel Forum del sito dell'Associazione italiana dei costituzionalisti.

Contra F. SORRENTINO, in *Costituzione, Regioni e autonomie locali. Indagine conoscitiva sugli effetti nell'ordinamento delle revisioni del titolo V della parte II della Costituzione*, II ed., Senato della Repubblica, Roma, 2002, vol. II, p. 106 s.

Sul punto cfr. inoltre E. DE MARCO, *Tutela dei diritti e potere sostitutivo nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in AA.VV., *Studi per Giovanni Motzo*, cit., 173 ss.

In proposito sulla soluzione adottata dalla legge n. 131 del 2003 cfr. i rilievi di G. SCACCIA, *Il potere di sostituzione in via normativa nella legge n. 131 del 2003. Prime note*, nel Forum del sito dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (www.*associazionedeicostituzionalisti.it*).

[66] G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza*

Detta normativa persegue, in particolare, lo scopo di sollecitare «la mobilitazione generale dell'apparato pubblico nel suo complesso» [67], in situazioni di crisi determinate da «calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari» [68].

Tale disciplina – a prescindere dai dubbi di legittimità costituzionale che solleva sotto profili che qui non rilevano [69] – consente «l'emanazione di ordinanze in deroga ad ogni normativa vigente, purché siano indicate le norme che si intendono derogare e siano rispettati i principi generali dell'ordinamento» [70] e, dunque, «a maggior ragione» [71] le norme costituzionali [72].

5. Il carattere delle situazioni emergenziali per il ricorso alla decretazione d'urgenza

Appare opportuno soffermarsi sul carattere delle situazioni al cui verificarsi la Costituzione contempla il ricorso alla decretazione d'urgenza, e cioè la presenza di «casi straordinari di necessità e d'urgenza».

---

e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale, in *Giur. cost*., 1995, p. 2186.

[67] Cons. St., sez. IV, sent. 22 gennaio 1999, n. 52, *Soc. Tecno Trattamento Rifiuti* c. *Sottocorno*.

[68] Art. 2, primo comma, lett. *c*), richiamato dall'art. 5, primo comma, come presupposto per l'attivazione del potere di ordinanza.

[69] Sui quali v. G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza*, cit., p. 2189 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 346, nt. 79; G. MARAZZITA, *Le ordinanze di necessità dopo la legge n. 225 del 1992 (Riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995)*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 513 ss.

[70] Cfr. art. 5, secondo comma.

[71] G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza*, cit., p. 2198.

La stessa previsione è contenuta nell'art. 54 del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267). Tale limite si impone, inoltre, ai provvedimenti previsti dall'art. 2 del T.U.L.P.S. in virtù della nota giurisprudenza costituzionale in proposito, sulla quale v., tra i tanti, F. SORRENTINO, *Lezioni sulla giustizia costituzionale*, II ed., Giappichelli, Torino, 1998, p. 73, nt. 1.

[72] Sul punto cfr. già la famosa sent. n. 26 del 1961, in cui la Corte costituzionale ha affermato che la possibilità che le ordinanze prefettizie possano menomare l'esercizio dei diritti garantiti dalla Costituzione «sarebbe … in netto contrasto con l'affermazione che quelle ordinanze debbono essere vincolate ai principi dell'ordinamento giuridico» (punto 3 del Considerato in Diritto).

L'uso di questa clausola generale, espressiva di un 'concetto di valore' [73], ha il fine di «consentire di far fronte ad ogni tipo di situazione imprevedibile che potrà presentarsi, senza tuttavia lasciare eccessivi e pericolosi margini di discrezionalità al potere esecutivo» [74], garantendo, così, «un adeguamento dell'ordinamento al mutare della realtà sociale» [75]. Ci si imbatte, però, proprio per queste caratteristiche, in «notevoli difficoltà esplicative quando si cerchi di precisarne i contenuti e la portata» [76].

Un dato è sicuro: poiché il decreto-legge è configurato nella Costituzione come uno strumento volto a fronteggiare l'imprevedibile, risulta, dunque, impossibile, per definizione, stabilire *a priori* una elencazione tassativa dei casi in cui l'ordinamento ne prevede l'adozione [77].

---

[73] Per riprendere la distinzione tra concetti empirici e di valore formulata da M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983, 87 ss., il quale critica, spec. a pp. 96 ss. e 109 ss., invece la dicotomia concetto giuridico determinato-indeterminato, generalmente utilizzata in riferimento alla formula di cui al secondo comma dell'art. 77 (in tal senso v. C. FRESA, *op. ult. cit.*, p. 44; G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto-legge*, Cedam, Padova, 1989, p. 60 ss.; M. RAVERAIRA, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti della «necessità ed urgenza» dei decreti-legge*, in *Giur. cost.*, 1982, I, 1456 s.).

[74] A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, Cedam, Padova, 1997, 121.

[75] G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione*, cit., p. 59.

Sulla funzione delle clausole generali v. M. LUCIANI, *La produzione economica privata*, cit., spec. p. 77 ss.; A. PIZZORUSSO, *Clausole generali e controllo di costituzionalità*, in *Pol. dir.*, 1988, p. 655 ss.

[76] Così C. FRESA, *loc. ult. cit.* Per le «difficoltà che derivano dalla incoercibilità della idea di urgenza e di assoluta necessità in formole concrete» v. già C. SALTELLI, *Potere esecutivo e norme giuridiche*, cit., p. 235 ss.

[77] Già S. ROMANO riteneva inutile tale elenco. Egli (in *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione*, in *Filangieri*, 1898, ora in ID., *Scritti minori*, 1950, Giuffrè, Milano, rist. 1990, p. 65, nt. 62) scriveva: «non crediamo possibile che una legge disciplini il diritto di necessità dello Stato, come invece altri crede (cfr. ARCOLEO, *Il Gabinetto nei Governi parlamentari*, Napoli, 1881, 101; A. MAJORANA, *Lo Stato d'assedio*, Catania, 1894, 133, ecc.). Ad ogni modo tale legge non potrebbe contenere che un'enumerazione dimostrativa, non tassativa, di casi, altrimenti anch'essa correrebbe il rischio di non essere, ove il bisogno lo richiedesse, osservata». Sul punto v. anche L. MORTARA, *I decreti-legge nel diritto costituzionale*, cit., p. 914.

In proposito nella relazione della Commissione sul disegno di legge n. 543, presentata il 17 giugno 1925 (atto n. 543-A), in Atti Camera, XXVII legislatura, sessione 1924-25 si sottolineava come l'elencazione casistica o «è tale da consentire qualsiasi compressione ed è superflua o è di tale portata da impedire l'emanazione di un decreto-legge in un caso non preveduto, ma pel quale sussista una ragione di urgente e assoluta necessità, ed è pericolosa o vana, perché la necessità supererebbe il divieto».

Per quanto riguarda l'opinione del Costituente sul punto, si possono portare ad esempio le considerazioni dell'on. MORTATI, in *Atti Assemblea costituente*, seduta di venerdì 17 ottobre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*,

Non resta, pertanto, che cercare di definire il senso generale dei presupposti, tenendo, tuttavia, fermo che essi debbono essere intesi come veri e propri limiti giuridici [78].

In via di primo approccio si può dire che essi coincidono con quelle circostanze al verificarsi delle quali la dottrina statutaria, quando ancora mancava una disciplina positiva, ancorava l'uso dei decreti-legge e cioè: l'esistenza di una «situazione di cose, che esprime un'esigenza improrogabile di un divenire dell'ordinamento giuridico, sia nel senso che una nuova norma si produca, sia nel senso che si estingua o si modifichi una norma esistente» [79] e che è tale da non consentire il ricorso al normale ordine delle competenze normative e da rendere, perciò, 'necessitato' quell'atto derogatorio di produzione giuridica che è il decreto-legge [80].

In questa prospettiva, perché non sia disatteso l'art. 77 – al di là dei problemi legati al significato proprio di ciascuno dei termini che compongono il sintagma «casi straordinari di necessità e d'urgenza» [81] – appare indispensabile la presenza di due requisiti: a) l'esigenza imprescindibile di intervenire sulle circostanze di fatto mediante l'adeguamento dell'ordinamento vigente richiesto dalla situazione insorta; b) l'impossibilità oggettiva di perseguire l'adeguamento suddetto mediante l'esercizio, anche in via d'urgenza, della funzione legislativa da parte delle Camere [82].

È superfluo evidenziare il fondamentale rilievo di queste due condizioni per evitare che il decreto-legge, lungi dall'essere una «ipotesi eccezionale» [83],

---

cit.,vol. IV, p. 3339: «la necessità per sua natura, potendosi presentare negli aspetti più diversi ed imprevedibili, non può mai essere racchiusa nelle maglie di una regolamentazione che esaurisca tutti i possibili casi». Anche l'on. LUCIFERO, nella stessa seduta, in *La Costituzione*, cit., p. 3358 ss. esprime analoghe considerazioni.

Sul punto cfr. V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, cit., p. 225.

[78] Così, con riguardo all'art. 77, F. SORRENTINO, *Le fonti*, cit., p. 86.

[79] T. PERASSI, *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica*, cit., p. 196; così anche S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, ora in ID. *Scritti minori*, cit., p. 293, secondo il quale «ciò che caratterizza e distingue la necessità … è, in primo luogo, la materiale e assoluta impossibilità di applicare in certe condizioni le norme che regolano la vita dello Stato e il bisogno non già di applicare le esistenti, ma di emanarne delle nuove».

[80] V., in questo senso, G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, p. 382.

[81] Per un'analisi del dibattito sorto in dottrina v., per tutti, A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., p. 388 ss.; A. CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 13 ss.

[82] Così anche G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, *I) Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1990, 177.

[83] Così il par. 4 del *Considerato in diritto* della ben nota sentenza Corte cost. n. 360 del

finisca per divenire, per dirla con uno dei sostenitori della tesi della relatività dei presupposti, «una fonte normativa primaria pienamente concorrenziale con la legge parlamentare, indipendentemente dalla urgente necessità del provvedere, oltre che del provvedimento» [84].

Quanto a quest'ultimo punto di vista, si può osservare che, ad accoglierlo, non soltanto si finirebbe per uscire dal disegno tracciato dal Costituente [85], anche con riguardo agli stessi pilastri che reggono la forma di governo [86]; ma «in una situazione in cui l'emergenza, la urgenza necessitata, la diuturna e protratta gestione delle crisi, la ingovernabilità, sembrano costituire elementi della vita del paese» sarebbe lecito chiedersi, paradossalmente, se l'esercizio della funzione legislativa non «debba essere stabilmente attribuito al Governo, in quanto in grado di adottare quell'atto che, per la forma e la forza tipica, risulti il più idoneo a disciplinare con tempestività le situazioni in questione» [87].

A fronte di quanto detto, è ben noto come, in effetti, in una fase particolarmente lunga della storia della Repubblica, la decretazione d'urgenza, parallelamente all'affermarsi del decreto-legge come fonte normativa concorrenziale rispetto alla legge del Parlamento, sia divenuta «un metodo di legislazione ordinaria» [88].

1996, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3147 ss., con note di F. SORRENTINO, *La reiterazione dei decreti-legge di fronte alla Corte costituzionale* e di S.M. CICCONETTI, *La sent. n. 360 del 1996 della Corte costituzionale e la fine della reiterazione dei decreti-legge: tanto tuonò che piovve*.

[84] Così F. MODUGNO, *Analisi delle disposizioni della legge 400/88 relative alla potestà legislativa del Governo. Considerazioni critiche*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, Cedam, Padova, 1998, III, p. 62.

Per la tesi della necessità 'relativa' v., per tutti, C. ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, cit., pp. 834 s., 840 ss., il quale riteneva che «la necessità può essere relativa e riguardare solo la inevitabilità dell'uso di un mezzo straordinario per il raggiungimento di fini non necessari, quando il Governo adotti misure che potevano essere prese da … legge ordinaria» (p. 835).

[85] Sul punto v. i rilievi dello stesso F. MODUGNO, *loc. ult. cit.*, il quale parla, «rispetto alla previsione della Costituzione formale», di un «uso distorto» della decretazione d'urgenza.

[86] In argomento v. A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto*, cit., p. 322 ss.

[87] Solleva quest'obiezione C. FRESA, *Provvisorietà con forza di legge*, cit., p. 90.

[88] Così F. MODUGNO, *Analisi delle disposizioni della legge n. 400 del 1988*, cit., p. 62.

Sul punto v. P. GIOCOLI NACCI, *L'anti-Montesquieu (tramonto del principio della distinzione delle funzioni)*, Cacucci, Bari, 1989, p. 76, il quale rileva che «la produzione legislativa del Governo non è più quindi eccezionale secondo il modello della Costituzione, ma diventa parallela rispetto a quella parlamentare con confusione del ruolo degli organi, svolgentesi sul binario decreto legge-legge di conversione».

Sulla progressiva emarginazione della sfera parlamentare in conseguenza della lentezza dei processi decisionali e dell'abuso del Governo nel ricorso alla decretazione d'urgenza v., inoltre, E. CHELI, *La forma di governo italiana nella prospettiva storica*, in *Rass. parl.*, 1998, p. 295.

In questo modo «la necessità e l'urgenza sono state intese non già in senso obiettivo ma in senso soggettivo come rimesse al giudizio politico di Governo e Parlamento e come tali riferibili alla stessa esigenza della maggioranza di condurre avanti con speditezza il proprio programma politico, superando così la lentezza dei lavori parlamentari o altre difficoltà che avrebbero potuto pregiudicarne la rapida attuazione» [89].

Come noto, il fenomeno è stato arginato, nei suoi aspetti più evidenti e distorsivi, dalla Corte costituzionale, con la sent. n. 360 del 1996, sopra ricordata, nella quale si è dichiarata illegittima la prassi della reiterazione del contenuto di precedenti decreti-legge non convertiti, in assenza di nuovi e sopravvenuti motivi di necessità ed urgenza [90].

Ciò non toglie, tuttavia, che alcuni problemi restino ancora aperti, come dimostra il fatto che, se si escludono i decreti-legge reiterati, la frequenza del ricorso alla decretazione d'urgenza è rimasta pressoché inalterata, anche dopo la sopra citata sentenza [91].

A favorire un'interpretazione rigorosa della clausola di cui all'art. 77 Cost., nel senso in precedenza descritto, non giova, infatti, la posizione che il giudice delle leggi ha assunto proprio nella sentenza n. 360.

Come denunciato già in altro lavoro [92], il giudice delle leggi, mutando giurisprudenza rispetto alla sent. n. 29 del 1995 [93] – in cui aveva ritenuto che l'assenza dei requisiti previsti dall'art. 77 Cost. per l'emanazione di un decreto-legge si riflette, come vizio *in procedendo*, sulla legge di conversione – è ritornato al vecchio indirizzo, secondo il quale i vizi peculiari del decreto «non si ripercuotono sulla legge di conversione, ma ne vengono invece sana-

---

I dati che testimoniano l'entità del fenomeno sono riportati da A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., p. 279.

[89] F. SORRENTINO e G. CAPORALI, voce *Legge (Atti con forza di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Utet, Torino, 1994, p. 122.

[90] L'effetto deflattivo nell'uso della decretazione d'urgenza conseguenti alla sopraricordata sentenza della Corte costituzionale è illustrato da A. BARBERA e C. FUSARO, *Corso di Diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 99 s.; A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge*; ID., *Una nuova stagione per i controlli sulla decretazione d'urgenza?*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 613.

[91] In proposito cfr. i dati riportati in AA.VV., *Osservatorio sulle fonti 2000*, a cura di U. DE SIERVO, Giappichelli, Torino, 2001, p. 429.

Sui problemi, «non soltanto teorici di non facile soluzione», sollevati dalla ricordata decisione n. 360 del 1996 v. F. SORRENTINO, *La reiterazione dei decreti-legge*, cit., p. 3157 ss.

[92] F. VARI, *Sulla presunta efficacia sanante della legge di conversione di un decreto-legge emanato in assenza dei presupposti*, in *Il Foro amministrativo*, 1999, p. 299 ss.

[93] In questo senso, da ultimo, N. LUPO, *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 85.

ti o resi inoppugnabili» [94]. Anche in occasioni recenti, la Corte ha riaffermato chiaramente e fugando ogni dubbio in proposito [95] che «eventuali vizi attinenti ai presupposti della decretazione d'urgenza devono ritenersi sanati in linea di principio dalla conversione in legge» [96].

Se si considera che l'esistenza precaria dei decreti-legge «rende difficile un sindacato sulla loro legittimità indipendentemente dal controllo sulla legge di conversione» [97], l'orientamento ora riportato finisce per favorire la sostanziale inosservanza dei requisiti di straordinaria necessità ed urgenza e, quindi, in definitiva, l'abuso dello strumento della decretazione d'urgenza.

---

[94] L. PALADIN, *Commento all'art. 77*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, artt. 76-82, *La formazione delle leggi*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979, p. 85.

Su questa linea in giurisprudenza v., tra le tante, Corte cost., sent. 22 aprile 1986, n. 108, in *Giur. cost.*, 1986, I, p. 594; sent. 6 luglio 1987, n. 243, *ivi*, 1987, I, p. 2028. Tale posizione è stata poi ribadita con numerose ordinanze di manifesta inammissibilità a seguito dell'avvenuta conversione (vedi, tra le molte, Corte cost., ord. 14 luglio 1988, n. 808, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 3839; ord. 14 luglio 1988, n. 810, *ivi*, 1988, I, p. 3845; ord. 15 novembre 1988, n. 1035, *ivi*, 1988, I, p. 5062) o in altre molteplici sentenze (ad esempio, Corte cost., sent. 15 novembre 1988, n. 1033, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 5055; sent. 6 dicembre 1988, n. 1060, *ivi*, 1988, I, p. 5106; sent. 24 giugno 1994, n. 263, *ivi*, 1994, p. 2113). In tal senso v., inoltre, l'ord. 20 maggio 1998, n. 194; sentt. (9 ottobre) 13 ottobre 2000, n. 419, in *Giur. cost.*, 2000, p. 3117 ss., con osservazione di A. CELOTTO, *La Corte costituzionale*, *inspiegabilmente*, *torna indietro di cinque anni (la conversione in legge torna a «sanare» ogni vizio proprio del decreto-legge!)*, (22 novembre) 28 novembre 2001, n. 376, (28 gennaio) 6 febbraio 2002, n. 16, in *Giur. cost.*, 2002, p. 122 ss., con osservazione di A. CELOTTO, *La «storia infinita»: ondivaghi e contraddittori orientamenti sul controllo dei presupposti del decreto-legge*, e (14 febbraio) 25 febbraio 2002, n. 29, *ibid.*, p. 194 ss. Cfr., inoltre, A. CELOTTO, voce *Decreto-legge*, in *Enc. giur.*, postilla di aggiornamento, Roma, 2001, p. 4; ID., *Un rinvio rigoroso ma … laconico. Linee guida per una riflessione*, in *Rass. Parl.*, 2002, 823 s.; A. SIMONCINI, *Una nuova stagione*, cit., p. 613 s.

[95] Parte della dottrina aveva, infatti, inizialmente cercato di conciliare le affermazioni contenute nella sent. n. 29 del 1995 con la successiva giurisprudenza costituzionale distinguendo tra vizio derivante dalla reiterazione del contenuto di un provvedimento d'urgenza non convertito e quello cagionato dall'assenza dei presupposti di un decreto-legge: in questo senso v., in particolare, A. CELOTTO, *Spunti ricostruttivi sulla morfologia del vizio da reiterazione di decreti-legge*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1562 ss.; A. CONCARO, *La Corte costituzionale e la reiterazione dei decreti-legge: riflessioni introduttive*, in *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, Pisa 24 gennaio 1997, a cura di S. PANIZZA, Giappichelli, Torino, 1997, p. 361 ss.

Per le critiche cui si espone sul piano teorico tale ricostruzione sia consentito far rinvio a F. VARI, *Sulla presunta efficacia sanante della legge di conversione di un decreto-legge emanato in assenza dei presupposti*, cit., p. 301.

[96] Così la sent. n. 29 del 2002, par. 4.1. del *Considerato in Diritto*, in precedenza citata.

[97] F. SORRENTINO, *Le fonti*, cit., p. 85.

Pace giusta e guerra giusta

Luci e ombre nel diritto internazionale contemporaneo

di *Francesco Viola*

SOMMARIO: 1. Il metodo del realismo utopico. – 2. La costituzionalizzazione del diritto internazionale. – 3. La trasformazione della soggettività internazionale degli Stati. – 4. L'ambiguità dell'interdipendenza. – 5. Dalla pace negativa alla pace giusta. – 6. La teoria della guerra giusta e i diritti umani.

Nell'accingermi a presentare alcune riflessioni generali concernenti la pace e la guerra nel diritto internazionale del nostro tempo, sono consapevole di non avere a disposizione strumenti concettuali consolidati su cui fare affidamento e del rischio di offrire un'immagine destrutturata del diritto internazionale attuale, priva delle certezze del passato e incapace di formulare certezze per il futuro. La responsabilità non è soltanto mia, perché la tradizione filosofico-giuridica, all'interno della quale sono stato educato, ha acriticamente considerato il diritto statale come suo oggetto proprio e il diritto internazionale come inutile (se non addirittura dannoso) nella ricerca del concetto generale di diritto. In seguito alla crisi del diritto statale, che è sotto gli occhi di tutti, oggi si sta cercando di recuperare il terreno perduto [1], ma forte è il timore che questa revisione non si spinga fino al punto di rimettere profondamente in discussione quelle categorie generali del pensiero giuridico che erano state elaborate nell'epoca della codificazione e dello statalismo. Il risultato sarebbe ben misero, poiché il disinteresse filosofico-giuridico per il diritto internazionale sarebbe sostituito da considerazioni generiche e astratte, incapaci di render conto della sua evoluzione attuale e del suo appor-

[1] Per un'introduzione alla problematica attuale della filosofia del diritto internazionale rinvio al saggio di A. BUCHANAN e D. GOLOSE, *Philosophy of International Law*, in J. COLEMAN e S. SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford U.P., Oxford, 2002, pp. 868-934.

to all'eterna ricerca del concetto di diritto. In ogni caso il primo compito è quello di rendersi meglio conto di alcuni rilevanti problemi sollevati dal diritto internazionale attuale e di alcune interessanti e ambigue prospettive future. Qui mi limiterò ad assolvere solo in parte questo modesto obiettivo.

1. Il metodo del realismo utopico

Innanzi tutto è necessario ricordare che per la teoria giuridica i rapporti tra diritto internazionale e diritto statale non possono più essere intesi come nel passato, cioè come un raffronto tra un sistema giuridico ancora primitivo e un sistema giuridico evoluto. Basti qui ricordare che Hart concludeva la sua tormentata trattazione della questione se il diritto internazionale sia veramente «diritto» con la consolante constatazione che «non vi sono norme sociali così vicine al diritto statale come le norme del diritto internazionale»[2]. Ma questo cliché tradizionale non è più adeguato alla situazione attuale, poiché i processi di mondializzazione e di globalizzazione hanno reso impossibile la raffigurazione del diritto statale nei termini di un sistema completo e autosufficiente senza peraltro muoversi nella direzione auspicata da Kelsen, cioè del primato del diritto internazionale e dell'inglobamento in esso dei sistemi giuridici statali particolari. Mentre è impossibile trasferire al diritto internazionale i connotati tradizionali del diritto statale, questi non sono più sufficientemente definitori per la stessa realtà attuale degli Stati. D'altronde, se il diritto internazionale è ancor oggi nella sostanza un diritto inter-statale, non c'è da stupirsi se sia particolarmente sensibile al mutamento della soggettività dei suoi attori principali, cioè degli Stati. Certamente altri soggetti ed altri attori compaiono nell'arena mondiale, ma ciò è possibile proprio per le trasformazioni nel ruolo e nell'autocomprensione degli Stati. Il risultato è quello di un abbattimento delle frontiere fra i sistemi giuridici: non si può render conto del diritto statale senza chiamare in causa in qualche misura il diritto sovra-statale e internazionale e viceversa. Per questo l'approccio tradizionale è ormai definitivamente superato. Bisogna anche tener in conto che le stratificazioni giuridiche del passato per fortuna ancora permangono e – com'è proprio di un'epoca di transizione e di postmodernità – interagiscono con le insofferenze del presente, generando un groviglio complesso, difficile da dipanare. Cercherò, pertanto, solo di estrarre e di seguire qualche filo nuo-

[2] H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), trad. di M. Cattaneo, nuova ed., Einaudi, Torino, 1991, p. 274.

vo di una matassa che non può fare a meno anche dei solidi e consolidati fili tessuti nel tempo dello Stato di diritto.

Per queste ragioni non è esagerato affermare che il diritto internazionale è divenuto, oggi più di prima, una sfida estrema per il teorico e il filosofo del diritto.

Un'altra considerazione preliminare riguarda il problema del metodo. Non deve sembrare esagerata e ingiusta la constatazione che spesso i più rilevanti studi attuali di filosofia del diritto internazionale fanno a meno del diritto internazionale stesso, cioè non si curano dei processi giuridici previsti ed effettivi. Solitamente l'atteggiamento tipico è quello normativo o ideale, che ha un illustre antecedente in *Per la pace perpetua* di Kant, a cui per la verità l'istituzione delle Nazioni Unite è sembrata in qualche modo rifarsi [3], e la sua ultima manifestazione in *Il diritto dei popoli* di Rawls. Si tratta di elaborare un progetto ideale delle relazioni internazionali fra gli Stati ed eventualmente di stabilire più realisticamente le tappe di avvicinamento a questo traguardo, tenendo presente le condizioni di fatto. È quella che Rawls ha chiamato «l'utopia realistica» e che sta animando ampi e interessanti dibattiti intorno al tema della giustizia internazionale [4]. Si tratta di un'*utopia*, perché fa uso di ideali, princìpi e concetti politici e morali, ma è *realistica* in quanto s'interessa della loro praticabilità e realizzabilità nelle condizioni attuali dell'ordinamento internazionale. Tuttavia il giurista internazionalista resta deluso per la mancanza di attenzione nei confronti delle fonti del diritto internazionale e delle sue procedure tipiche. Ci si interessa solamente agli ostacoli che di fatto impediscono l'implementazione dei valori ideali (ad esempio, la presenza di società non democratiche e di società svantaggiate) e non già alle risorse giuridiche attuali o potenziali di cui il diritto internazionale è in qualche modo dotato. La teoria non ideale resta pur sempre guidata dall'alto della teoria ideale e ciò rende impossibile il dialogo tra la filosofia del diritto internazionale e la scienza giuridica internazionalistica, che infatti spesso ne ignora i risultati a cuor leggero.

Maggiore attenzione da parte degli internazionalisti continuano a ricevere le teorie realistiche delle relazioni internazionali, che sono invece il bersaglio principale delle nuove filosofie della giustizia internazionale. Com'è noto,

---

[3] Cfr., in generale, A. CARTY, *Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law*, in *European Journal of International Law*, 2, 1/1991, pp. 66-96.

[4] J. RAWLS, *Il diritto dei popoli* (1999), a cura di S. MAFFETTONE, Ed. di Comunità, Torino, 2001, p. 18 ss. La concezione di Rawls era stata con autonomia già applicata al diritto internazionale dal notevole saggio di C.R. BEITZ, *Political Theory and International Relations*, Princeton U.P., Princeton, 1979 e, più in generale, dello stesso, *Philosophy of International Relations*, in *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, vol. IV, Routledge, London, 1998, pp. 826-833.

secondo il realismo politico il diritto non è altro che la consacrazione dei rapporti di forza volti al perseguimento della ricchezza e del potere. La ragione di Stato è il criterio fondamentale che alla fin dei conti governa le relazioni internazionali, anche se si va camuffando in forme sempre diverse. Le teorie realiste non sono scettiche, perché sostengono l'esistenza di un criterio di giudizio dell'agire degli Stati, e sono confortate dalla prova che i fatti spesso danno loro ragione e dal ruolo ineliminabile che nel diritto internazionale continua ad avere il principio di effettività. Tuttavia l'assunzione preconcetta di questo schema d'interpretazione impedisce di prestare attenzione ad elementi valoriali pur presenti ed operanti nel diritto internazionale contemporaneo.

Teoria ideale e teoria realistica sono entrambe inadeguate a dialogare con la scienza giuridica internazionalistica: la prima perché non presta sufficiente attenzione per i processi giuridici reali e la seconda perché non sa scorgere in questi altro che fatti di potere.

Credo che sia possibile seguire una via intermedia tra l'idealismo e il realismo, una via che prenda le mosse dai valori *realmente* presenti nel diritto internazionale, e non già da quelli a cui esso dovrebbe ispirarsi secondo la concezione normativa, e poi esplorare quali sviluppi *dovrebbero* avere quei valori intorno a cui si vorrebbe costruire un nuovo ordine internazionale. Propongo, dunque, d'invertire l'approccio messo a punto da Rawls, che passa dalla teoria ideale alla teoria non ideale. Invece dovremmo prendere le mosse dal realismo dei valori, così com'essi sono, almeno a parole, accolti nel diritto internazionale contemporaneo, per poi osservare a quali conseguenze essi dovrebbero condurre se correttamente (o idealmente) applicati. Se si vuole, si può anche definire quest'approccio un «realismo utopico».

A questo proposito è molto istruttivo tener presente le modalità di implementazione dei diritti umani, che d'altronde – com'è prevedibile – avranno un grande rilievo nel nostro discorso. Come ha ben notato Habermas, essi sembrano aver seguito un *corso orientato* a dispetto degli intenti particolari di coloro che pur li hanno propugnati [5]. Gli indipendentisti americani non pensavano certamente che sarebbero stati costretti a riconoscerli anche agli schiavi neri [6] e molti degli Stati che hanno firmato la *Dichiarazione universale* del 1948 erano ben lungi dal prevedere che ciò avrebbe implicato una limitazione della loro sovranità interna nei confronti dei propri cittadini. I

---

[5] Cfr. J. Habermas, *Etica del discorso*, trad. it. di Emilio Agazzi, Laterza, Bari, 1989, p.116.

[6] Nel 1857, nel celebre *Dred Scott Case*, la Corte Suprema degli Stati Uniti escluse che un negro, schiavo o libero, potesse considerarsi come «cittadino» americano. Nel 1954, in *Brown* v. *Board of Education*, dichiarò incostituzionale la segregazione fra bianchi e neri nelle scuole pubbliche. È istruttivo notare che la Costituzione americana era sempre la *stessa*, cioè quella federale del 1787, anche se integrata da successivi emendamenti.

valori hanno una propria logica di sviluppo, che permette loro di camminare con le proprie gambe, una volta che è concesso loro di entrare nella storia. Siamo padroni solo di riconoscerli o di rifiutarli, ma non siamo in grado di controllarne la dinamica interna. Lo stesso è avvenuto per i fini primari sanciti dall'art. 1 della Carta delle Nazioni Unite. Il loro sviluppo ha reso obsolescente l'apparato dei mezzi giuridici che pur era stato predisposto per realizzarli.

Qual è, dunque, il *corso orientato* del diritto internazionale contemporaneo?

2. La costituzionalizzazione del diritto internazionale

Non credo che sia possibile una sola risposta a questa domanda e non bisogna neppure precludersi l'ipotesi nichilista di un cammino senza alcun orientamento e senza alcun traguardo, di un procedere alla giornata. Tuttavia credo che si possano scorgere sensibili tracce di una trasformazione di quei processi di costituzionalizzazione del diritto internazionale che hanno preso l'avvio con la Carta delle Nazioni Unite.

Per ben cogliere queste novità si deve abbandonare l'approccio proprio delle teorie costituzionalistiche tradizionali [7] per cui il centro del problema è il rapporto tra diritto internazionale e il diritto statale, cosicché la costituzionalizzazione del primo si risolverebbe nella difesa della teoria monistica, cioè del sistema giuridico unico di cui i singoli Stati divengono organi interni. E neppure penso al diritto internazionale come se dovesse essere il diritto costituzionale del genere umano. Considero queste ipotesi come irrealistiche, razionalistiche e pericolose, perché dietro s'intravede più o meno chiaramente lo spettro dello Stato mondiale. A niente di tutto questo voglio alludere quando parlo di processi di costituzionalizzazione *interni* al diritto internazionale. Ciò che importa non è la funzione costituzionale svolta dal diritto internazionale nei confronti del diritto interno, ma il puro e semplice problema della sua costituzionalizzazione interna. Che questo processo sia all'opera nessuno lo nega, basterebbe – se ce ne fosse bisogno – riferirsi all'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite, dove si stabilisce la prevalenza (tipicamente costituzionale) degli obblighi previsti nella Carta su quelli successivamente

[7] Mi riferisco ovviamente in generale al pensiero di Verdross, Scelle, Guggenheim, Kelsen, Jenks, Kunz e Ziccardi. Cfr. M. Iovane, *La tutela dei valori fondamentali nel diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2000, p. 92 ss.

assunti dagli Stati nei trattati. C'è, dunque, un'esigenza di gerarchia presente in un diritto le cui fonti non sono gerarchiche [8].

Il riferimento d'obbligo alla Carta delle Nazioni Unite come luogo significativo (ma non il solo) dei processi di costituzionalizzazione del diritto internazionale deve essere bene inteso. Non si tratta certamente d'identificare questa organizzazione, per quanto importante, con la Comunità internazionale, che necessariamente la trascende, poiché il trattato istitutivo delle Nazioni Unite poggia su un criterio di validità già stabilito, cioè quello relativo al diritto dei trattati, e ad esso soggiace. La natura pattizia dell'Onu la qualifica come una comunità volontaria, mentre la Comunità internazionale in quanto tale non è certamente volontaria [9]. Tuttavia non c'è alcun dubbio che l'Onu si debba considerare come la più rilevante manifestazione della Comunità internazionale e, per ciò stesso, come il luogo di indizi ai fini della concertazione collettiva e l'osservatorio privilegiato al fine di stabilire se è in corso un processo di costituzionalizzazione dell'intera Comunità internazionale e quali caratteri esso abbia [10]. D'altronde bisogna distinguere tra due tipi di organizzazioni internazionali: quelle che si esauriscono nell'ambito degli Stati contraenti e quelle che aspirano a divenire organi materiali della Comunità [11]. Credo che si possa dimostrare un certo parallelismo tra l'evoluzione del costituzionalismo statale e l'interpretazione evolutiva della Carta delle Nazioni Unite. La storia recente del costituzionalismo è – come tutti sanno – segnata dal passaggio dall'attenzione per la distribuzione del potere pubblico e per l'organizzazione dell'apparato statale al ruolo prioritario assegnato ai valori costituzionali fondamentali e ai diritti dell'uomo e del cittadino. Lo stesso è avvenuto e sta avvenendo nel diritto internazionale.

Il potere accentrato si controlla in due modi: sul piano formale, mediante la moltiplicazione dei suoi organi e la distribuzione delle competenze e, sul piano sostanziale o contenutistico, mediante l'individuazione di obiettivi valoriali che segnano anche i limiti dell'esercizio del potere.

È facile rintracciare nella Carta delle Nazioni Unite queste due forme di controllo, che sono entrambe necessarie e strettamente collegate tra loro, ma non sempre facilmente conciliabili. In realtà nella prima fase segnata dai postumi della seconda guerra mondiale e dal lungo periodo della guerra

---

[8] Cfr. A. Cassese, *Diritto internazionale. I. I lineamenti*, a cura di P. Gaeta, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 233.

[9] Cfr. B. Conforti, *Le Nazioni Unite*, VI ed., Cedam, Padova, 2000, p. 10.

[10] Iovane, *op. cit.*, p. 431.

[11] P. Picone, *Interventi delle Nazioni Unite e obblighi* erga omnes, in Id. (a cura di), *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, Cedam, Padova, 1995, pp. 527-528.

fredda il controllo formale ha prevalso su quello contenutistico. Pur essendo i diritti ben presenti nella lettera del testo, è significativo che la *Dichiarazione universale* del 1948 non sia stata in esso incorporata e non abbia neppure una natura pattizia [12]. Le stesse cause che hanno paralizzato l'attenzione internazionale per i diritti umani hanno impedito che l'Onu si configurasse come un sistema di garanzie, attestandosi invece come sistema di mero accertamento del diritto, cioè delle violazioni della sicurezza internazionale. La mancata costituzione di una polizia internazionale non ha reso possibile l'espletamento della funzione cautelare del Consiglio di Sicurezza mediante misure provvisorie (art. 40) e delle funzioni esecutive mediante misure coercitive (artt. 41-42) implicanti l'uso della forza [13]. Di conseguenza, non solo il problema della sicurezza ha inglobato in sé quello dei diritti, distorcendone la natura, ma anche ne è derivato un ampliamento temporale dell'esercizio dell'autodifesa, che era previsto come legittimo solo nelle more dell'intervento del Consiglio di Sicurezza, e la prassi di delegare le funzioni esecutive a sistemi di sicurezza regionali o locali. Il fatto che la sicurezza, e non i diritti, sia stata la forza trainante dell'opera del Consiglio ha impedito un progressivo differenziarsi del concetto di «sicurezza internazionale» da quello di «sicurezza nazionale». Affermare, dunque, che la Carta non è più in grado di affrontare la nuova situazione internazionale, seppur è sicuramente vero limitatamente ad alcuni aspetti troppo legati alle vicende post-belliche (soprattutto in riferimento alla composizione del Consiglio di Sicurezza e alle sue modalità di funzionamento), non può riguardare tanto la sua formulazione, che per certa parte resta ancora lettera morta, ma soprattutto la sua attuale implementazione [14].

Tutto ciò è solo una parte del diritto internazionale vivente, perché non bisogna trascurare che, se è vero che la tutela dei diritti è stata messa in secondo piano nella prassi applicativa della Carta, in altri settori del diritto internazionale non è stato così, e ancor meno lo è stato a livello regionale e nazio-

---

[12] Ma non bisogna dimenticare che i *Patti internazionali* sui diritti umani hanno permesso quella svolta interpretativa che intendo qui evidenziare. Cfr. F. CAPOTORTI, *Le Nazioni Unite per il progresso dei diritti dell'uomo. Risultati e prospettive*, ora in «*La città fraterna*», testi presentati da U. Villani, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 157-184, e il mio *Dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo ai Patti internazionali. Riflessioni sulla pratica giuridica dei diritti*, ora in *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 33-54.

[13] Cfr. M. PANEBIANCO, *Legittima difesa (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVIII, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1990, pp. 1-10.

[14] Per la degenerazione delle funzioni del Consiglio di Sicurezza soprattutto in riferimento alle vicende più recenti cfr. P. PICONE, *La guerra contro l'Iraq e le degenerazioni dell'unilateralismo*, in *Riv. dir. int.*, 86, 2/2003, pp. 329-393.

nale. Mi limiterò qui a fornire solo qualche indizio riguardante entrambe le direzioni.

Sul piano del diritto internazionale la novità di rilievo consiste senza dubbio nell'emergere della nozione di *jus cogens*, che peraltro era ben presente nella dottrina classica del diritto internazionale nelle vesti dello *jus gentium* [15]. Nella Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati si parla per la prima volta di norme imperative o di *jus cogens*, la cui violazione è causa specifica di nullità dei trattati. Ma ormai è chiaro alla dottrina che con questo concetto non si ha tanto di mira l'affermazione di limiti all'autonomia contrattuale degli Stati, quanto soprattutto l'affermazione dell'esistenza di alcuni valori essenziali per la convivenza pacifica nell'ambito della Comunità internazionale [16]. Il profilo estremamente interessante di queste norme di diritto internazionale risiede nella loro natura *imperativa*, cioè non derogabile dalla volontà degli Stati, sulla quale si fondano tradizionalmente le altre fonti del diritto internazionale. Si tratta di valori supremi senza i quali l'ordinamento giuridico internazionale non potrebbe neppure sussistere e la cui violazione è riconosciuta come un crimine dalla Comunità internazionale nel suo complesso [17]. Tuttavia non v'è consenso unanime sul contenuto di tali princìpi. La Commissione del diritto internazionale li ha esemplificati nelle norme che vietano l'aggressione, il colonialismo, la schiavitù, il genocidio, l'apartheid e l'inquinamento massiccio dell'atmosfera e dei mari. Nonostante le incertezze sul loro contenuto e la scarsa incidenza operativa che finora la nozione di *jus cogens* ha avuto, l'importante è che essa sia ormai diventata diritto positivo internazionale e che, combinandosi con altre tematiche consimili (come quella degli obblighi *erga omnes* degli Stati e della loro responsabilità internazionale), contribuisca, almeno in linea di principio, al superamento del modello westfaliano delle relazioni internazionali.

È interessante notare che questi primi e timidi passi verso la costituzionalizzazione del diritto internazionale nel senso da noi precisato sono ben diversi da quelli auspicati da Kelsen, per cui «l'instaurazione di una giurisdizione obbligatoria per le controversie internazionali è uno strumento, forse lo strumento più efficace, per il mantenimento del diritto positivo internazionale» [18]. Kelsen si basa sull'analogia domestica. Infatti storicamente nelle comunità politiche nazionali il giudice ha preceduto il legislatore. Non vi può esse-

---

[15] Cfr. IOVANE, *op. cit.*, p. 43 e ss.

[16] *Ivi*, p. 59.

[17] CASSESE, *op. cit.*, p. 234.

[18] H. KELSEN, *La pace attraverso il diritto* (1944), a cura di L. CIAURRO, Giappichelli, Torino, 1990, p. 79.

re – dice Kelsen – un legislatore senza un giudice, mentre vi può benissimo essere un giudice senza un legislatore [19]. Ma l'esperienza recente del diritto internazionale dimostra anche che non vi può essere un giudice senza una legge e che vi può essere legge senza legislatore. L'esistenza di norme imperative e di obblighi *erga omnes* materializza qualcosa di più simile ad una legge senza legislatore di quanto non lo siano i trattati e le consuetudini internazionali. D'altronde questo è stato il ruolo esercitato storicamente dallo *jus gentium*, classico esempio di legge positiva senza legislatore. Di fatto finora il ruolo del giudice internazionale è stato ben modesto, né lo *jus cogens*, nonostante la previsione della suddetta Convenzione di Vienna, ha contribuito a vivificarlo [20]. E tuttavia la tendenza in atto verso la costituzione di una giurisdizione internazionale penale si comprende meglio se si tien conto della diffusa accettazione di norme imperative inderogabili. Insomma, se la costituzionalizzazione implica una verticalizzazione, questa nel diritto internazionale riguarda piuttosto le regole che gli organi [21].

Si potrà obiettare che in realtà anche la nozione di *jus cogens* è stabilita pur sempre da trattati e consuetudini, cioè attraverso le tradizionali fonti di diritto volontario [22], e che quindi non bisognerebbe esagerarne la portata strutturale, come io tendo a fare nella prospettiva del «realismo utopico». D'altronde è proprio del carattere paradossale e autoreferenziale del diritto internazionale servirsi di un trattato per definire il diritto dei trattati. Il fatto è che queste norme imperative, a prescindere dal modo in cui vengono alla luce, non solo si collocano fra le fonti primarie dell'ordinamento giuridico internazionale, ma aspirano in ragione dell'inderogabilità ad occupare un posto apicale, in quanto si pongono come quelle condizioni di ordine pubblico senza cui sarebbe insensato parlare di una Comunità internazionale. Che Comunità mai sarebbe se l'aggressione di uno Stato contro l'altro non fosse vietata o se i popoli fossero impediti nell'esercizio del diritto all'autodeterminazione? Ci sono cose a cui prima o poi non si può non acconsentire.

---

[19] *Ivi*, p. 60.

[20] Non vi sono ancora casi di applicazione dell'art. 66 della Convenzione di Vienna, cioè di ricorso unilaterale alla Corte internazionale di giustizia per le controversie relative alla determinazione del contenuto dello *jus cogens*.

[21] Cfr. J.H.H. Weiler e A.L. Paulus, *The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law?*, in *European Journal of International Law*, 8, 4/1997, pp. 545-565.

[22] Siccome l'obiezione viene da parte giuspositivistica, mi riferisco alla concezione, che tuttavia non condivido, per cui anche la consuetudine è *jus voluntarium*, cioè implica un accordo tacito fra gli Stati (Triepel e Anzilotti).

In più non si deve escludere neppure un'origine consuetudinaria dello *jus cogens* ove si consideri la prassi della reazione collettiva nei confronti della violazione di certi obblighi internazionali nella convinzione di difendere non già diritti soggettivi dei singoli Stati, ma valori essenziali per la sopravvivenza della stessa Comunità internazionale. Dalla stessa reazione collettiva e dalle contromisure adottate si evince la stessa esistenza degli obblighi *erga omnes* degli Stati [23]. Insomma, una cosa è l'origine positiva di questi princìpi e valori e un'altra cosa è la loro natura normativa e la loro giustificazione ultima.

3. La trasformazione della soggettività internazionale degli Stati

A questo punto non si può non notare che il supposto costituzionalismo internazionale sembra essere segnato prevalentemente da un carattere negativo. Non parla nel linguaggio dei diritti, ma in primo luogo nel linguaggio dei doveri e degli obblighi, obblighi di Stati nei confronti di altri Stati e della Comunità internazionale nel suo complesso [24]. D'altronde ciò è ben comprensibile, poiché si tratta di limitare dei poteri con pretese di assolutezza. Anche nel modello tradizionale westfaliano si era messo a punto un diritto di contenimento, affinché in uno stato di natura di tipo hobbesiano si rispettasse il principio *pacta sunt servanda*, cosa impossibile per Hobbes senza la costituzione di un potere comune. Ma ora il passo avanti, di cui non bisogna sottovalutare l'importanza, è quello del riconoscimento di obblighi precedenti e superiori ai patti stessi, tant'è che questi non possono derogarvi. Questi obblighi non sono rivolti a tutti gli Stati singolarmente considerati, ma in quanto facenti parte della Comunità internazionale. Il fatto che tra questi obblighi ve ne siano alcuni a cui dall'altra parte corrispondono dei diritti individuali e collettivi, fa pensare ad un rilevante mutamento nella soggettività internazionale degli Stati. Questa trasformazione può essere con molta approssimazione e cautela sintetizzata in una formula: gli Stati non hanno propriamente e direttamente diritti (solo gli individui e i popoli possono aver-

[23] È tipico dei regimi di garanzia collettiva considerare la reazione comune non tanto come una conseguenza della violazione degli obblighi secondo il modello dogmatico del precetto che precede la sanzione, ma come «parte integrante delle stesse norme primarie che disciplinano complessivamente il regime dei singoli valori fondamentali». IOVANE, *op. cit.*, p. 321.

[24] Non mi cimento sulla sottile distinzione tra le norme imperative di *jus cogens* e gli obblighi *erga omnes*, per cui rinvio, tra gli altri, a F. LATTANZI, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Giuffrè, Milano, 1983.

li), ma hanno solo doveri [25]. Solo se ciò fosse vero in teoria e in pratica, potremmo correttamente parlare del superamento del modello westfaliano. Se è superfluo notare che qui (come spesso) la pratica smentisce la teoria, è pur vero che in tal modo la pratica diviene incoerente e si condanna da sé.

Che gli Stati abbiano (solo) doveri si può mostrare argomentando a partire da alcune considerazioni istituzionali e da alcune circostanze storiche.

La prima di esse è legata al costituzionalismo, che altri preferiscono chiamare «neocostituzionalismo» [26]. Solitamente la proclamazione dei diritti inviolabili contenuta in una costituzione non vale soltanto nei confronti dei cittadini, ma è un atto di riconoscimento dei diritti propri di ogni essere umano [27]. È un impegno dello Stato nei confronti della dignità umana in quanto tale. «Ciò significa che ogni stato ha il *dovere* di occuparsi ugualmente di tutti i cittadini del mondo, fatte ovviamente salve le differenze *pratiche* che attenuano tale vincolo, sia in termini di distanza materiale sia di integrazione e collaborazione internazionale» [28]. Ciò vale non solo per gli Stati costituzionali di diritto, ma anche per tutti gli Stati che aderiscono a convenzioni internazionali sui diritti. E non si tratta solo di un dovere morale, ma anche di un dovere giuridico derivante dalle costituzioni e dai trattati internazionali. Le conseguenze che si possono trarre da queste affermazioni sono – a dir poco – sconvolgenti.

Secondo alcuni [29] questo dovere impedisce di separare la problematica della sovranità interna da quella della sovranità esterna dello Stato, i limiti dell'una sono anche quelli dell'altra, le finalità dell'una sono anche quelle dell'altra, così come la stessa sicurezza nazionale diventa tendenzialmente un aspetto di quella internazionale. Non si può, infatti, più sostenere la tesi per cui, mentre al suo interno il comportamento dello Stato è controllato dalla conformità alla costituzione, all'esterno esso è guidato unicamente dai dettami dell'interesse nazionale, cioè dai diritti dello Stato.

Seguendo questa linea di pensiero, il principio del non-intervento o della non ingerenza negli affari interni di un altro Stato non potrebbe più essere inteso in modo assoluto, poiché ogni Stato ha il dovere di proteggere i diritti

---

[25] Attribuisce a questi doveri un carattere morale, e quindi indifferente nei confronti della distanza o della vicinanza, L. BONANATE, *I doveri degli Stati*, Laterza, Roma-Bari, 1994.

[26] Cfr. T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002.

[27] Sul problema della tutela dei diritti umani come fine dell'azione dello Stato cfr. M. DOGLIANI e S. SICARDI, *Diritti umani e uso della forza. Profili di diritto costituzionale interno e internazionale*, Giappichelli, Torino, 1999.

[28] BONANATE, *op. cit.*, p.18.

[29] BEITZ, *op. cit.*, p. 69 e ss.

umani in qualsiasi parte del mondo essi siano violati. In queste condizioni parlare ancora di «sovranità nazionale» è improprio. La sovranità e l'indipendenza di uno Stato escludono per definizione qualsiasi intervento esterno negli affari interni. Poiché la protezione dei diritti sul piano interno e internazionale può richiedere a certe condizioni l'ingerenza, allora non si può più a rigore parlare di sovranità degli Stati.

Per converso la dottrina del non-intervento richiede necessariamente la separazione fra la problematica della sovranità interna e quella della sovranità esterna [30]. Mentre nello Stato costituzionale di diritto la prima è sotto il controllo costituzionale, la seconda resta assoluta e impenetrabile, proprio per salvaguardare l'identità nazionale da ingerenze provenienti dall'esterno. È questo, infatti, l'argomento di Walzer a favore del principio del non-intervento: i criteri di legittimità che valgono per i cittadini non sono gli stessi di quelli che valgono per gli stranieri. I cittadini devono pretendere dallo Stato il rispetto dei diritti umani, mentre gli stranieri devono limitarsi ad accertare che il governo sia rappresentativo del popolo. «Against foreigners, individuals have a right to a state of their own. Against state officials, they have a right to political and civil liberty. Without the first of these rights, the second is meaningless: as individuals need a home, so rights require a location» [31]. Insomma, i panni sporchi si lavano in famiglia.

In realtà questa disputa, dietro cui si scorge chiaramente la contrapposizione tra il liberalismo e il comunitarismo, ha un'importanza più teorica che pratica, perché tra i casi contemplati dallo stesso Walzer come deroga al principio del non-intervento c'è, oltre quelli della secessione e dell'intervento di un altro Stato o contro-intervento, anche quello di una massiccia violazione dei diritti umani [32]. Se il rispetto dei diritti umani è inteso come una condizione essenziale dell'ordine pubblico internazionale, il principio del non-intervento non può più essere considerato come assoluto. D'altronde deve pure avere qualche senso il fatto che l'obbligo di rispettare i diritti umani è assunto *erga omnes*.

---

[30] Cfr. A. CARTY, *Intervention and the Limits of International Law*, in I. FORBES e M. HOFFMAN (eds.), *Political Theory*, *International Relations and the Ethics of Intervention*, Macmillan, London, 1993, pp. 32-42.

[31] M. WALZER, *The Moral Standing of States: A Response to Four Critics*, in L.A. ALEXANDER *et al.*, *International Ethics*, Princeton U.P., Princeton, 1985, p.236. Qui Walzer nota anche che l'ingiustizia di uno Stato genera il diritto dei cittadini a ribellarsi e non già quello degli stranieri ad intervenire. Sullo sfondo c'è la dottrina milliana antipaternalistica per cui bisogna conquistarsi da sé la propria libertà.

[32] M. WALZER, *Guerre giuste e ingiuste. Un discorso morale con esemplificazioni storiche* (1977), trad. it. di F. Armao, Liguori, Napoli, 1990, pp. 123-152.

La cosa curiosa, che salta agli occhi nelle discussioni intorno al principio del non-intervento, è l'atteggiamento ambiguo e ondivago nella considerazione dello Stato: da una parte la sua sovranità è – come abbiamo visto – radicalmente ridimensionata, dall'altra gli si attribuiscono dei compiti di difesa dell'etica internazionale che richiedono una dimensione morale accentuata. Basta forse limitare la sovranità per trasformare lo Stato in un paladino del bene comune internazionale? V'è chi ritiene che ogni Stato sia legittimato ad intervenire unilateralmente in nome della difesa della Comunità internazionale, cioè non *uti singulus*, a tutela di un proprio diritto leso, ma *uti universus* come gestore di una funzione di garanzia internazionale [33]. E v'è chi assimila tale intervento all'eccezione prevista dall'art. 51 della Carta per l'autodifesa. Questa è giustificata dalla necessità di respingere un'aggressione armata che non permette di attendere le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza. Allo stesso modo sarebbero giustificate delle contromisure unilaterali, a prescindere dall'autorizzazione del Consiglio di Sicurezza, per impedire crimini contro l'umanità così gravi da minacciare la pace internazionale, qualora ovviamente non vi fosse altro modo per fermare queste violazioni [34].

Il fatto è che nel primo caso lo Stato agisce in nome dell'interesse nazionale a difesa del quale è stato edificato, mentre nel secondo dovrebbe agire in nome del bene comune internazionale, cosa che richiederebbe una radicale conversione dei fondamenti dello Stato moderno. Non basta un impegno a favore della dignità umana in generale per trasformare il Leviatano hobbesiano in un paladino della giustizia internazionale. Non dobbiamo dimenticare che il lupo perde il pelo, ma non il vizio.

Nella letteratura politica contemporanea non si sa bene che atteggiamento tenere nei confronti del concetto giuridico e politico di Stato in quanto istituzione delle istituzioni. Le tesi dominanti oscillano tra la tendenza a credere che basti affermare il primato dei diritti per cambiare la natura dello Stato

---

[33] Cfr. P. PICONE, *Obblighi reciproci e obblighi* erga omnes *degli Stati nel campo della protezione internazionale dell'ambiente marino dall'inquinamento*, in V. STARACE (a cura di), *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 26-27, 55, 77, 87.

[34] Cfr. A. CASSESE, Ex iniura jus oritur: *Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?*, in *European Journal of International Law*, 10, 1/1999, pp. 23-30. L'articolo di Cassese è rivolto a criticare le tesi di B. Simma, *Nato, the UN and the Use of Force: Legal Aspects*, in *European Journal of International Law*, 10, 1/1999, pp.1-22. Successivamente Cassese rivede parzialmente le sue tesi in *A Follow-up: Forcible Humanitarian Countermeasures and* opinio necessitatis, in *European Journal of International Law*, 10, 4/1999, pp. 791-799.

moderno [35] e la tendenza a non usare più lo stesso termine «Stato» in quanto troppo compromesso con l'ordine westfaliano. Credo che queste perplessità siano in buona parte causate dal concetto formale di Stato persistente nella tradizione giuridica. Basti qui soltanto ricordare che secondo Kelsen lo Stato è un ordine giuridico indifferente al suo contenuto, cosicché affermare che nel dispotismo non vi sarebbe alcun ordine giuridico sarebbe – dice Kelsen – un'ingenuità giusnaturalistica o un atto di arroganza («*eine naturrechtliche Naivität oder Überhebung*») [36]. Sappiamo che Rawls, seguendo l'*incipit* della Carta delle Nazioni Unite (*We the Peoples*), preferisce parlare del diritto dei «popoli» e non già degli Stati, in quanto – a suo dire – gli Stati agiscono sulla base dell'egoistico interesse nazionale, adottando politiche espansionistiche, mentre i popoli bene ordinati entrano in guerra «solo quando maturano la convinzione sincera e ragionevole che la loro incolumità e sicurezza sono messe seriamente in pericolo dalle politiche espansionistiche degli Stati-fuorilegge» [37].

Questa salutare reazione nei confronti dello Stato-apparato che ha preso arbitrariamente il posto del corpo politico [38] non deve, però, far credere che i popoli liberi e democratici siano per ciò stesso immuni da politiche espansionistiche, foss'anche inconsapevolmente nascoste sotto la convinzione «sincera e ragionevole» che la loro sicurezza è in pericolo e con essa quella dell'intera Comunità internazionale.

Giustamente si nota che secondo la tradizione della Scuola moderna di diritto naturale, a cui dobbiamo le basi tradizionali della moralità internazionale, l'idea centrale è che gli Stati come le persone hanno diritto all'autonomia che li mette al riparo dalle critiche e dalle interferenze politiche [39]. La non ingerenza, l'autodeterminazione dei popoli e l'eguaglianza degli Stati sono da leggersi entro questa linea di pensiero. Wolff e Vattel escludevano drasticamente la legittimità di ogni ingerenza negli affari interni di uno Stato [40]. La

---

[35] Questa linea di pensiero aperta da Beitz sulla scia di Rawls è stata radicalizzata da David Luban, a cui ci riferiremo in seguito.

[36] H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre* (1925), Verlag Dr. Max Gehlen, Berlin, 1966, p. 335.

[37] RAWLS, *op. cit.*, p.121.

[38] «Se vogliamo evitare dei seri malintesi dobbiamo distinguere nettamente tra lo Stato e il corpo politico. Essi non appartengono a categorie diverse, ma differiscono l'uno dall'altro come la parte differisce dal tutto. Il *corpo politico* o *società politica* è il tutto. Lo Stato è una parte, la parte dominante di questo tutto». J. MARITAIN, *L'uomo e lo Stato* (1951), trad. it. di L. Frattini, II ed., Massimo, Milano, 1992, p. 13.

[39] Seguo qui le idee sviluppate nel libro di Beitz già citato.

[40] Grozio, Kant e Mill ammettevano delle deroghe al principio del non-intervento. Per la

cosa interessante è che Wolff giustifica il principio del non-intervento sulla base dell'analogia tra Stato e persona [41]. Secondo Beitz quest'analogia è deviante, perché gli Stati non sono fonti di fini, così come lo sono le persone. Gli Stati sono strumenti politici e giuridici privi di autonomia morale e, quindi, criticabili dal punto di vista della giustizia delle loro istituzioni fondamentali. Di conseguenza l'intervento, il colonialismo, l'imperialismo e in generale la dipendenza non sono da rigettare sul piano morale in quanto violano il preteso diritto di autonomia degli Stati, ma in quanto violano i princìpi di giustizia che devono governare le relazioni fra gli Stati e quelle delle persone negli Stati. Lo stesso diritto di autonomia da parte di uno Stato è derivato da questi stessi princìpi di giustizia [42].

Se gli Stati non sono entità personificate, allora non possono avere in senso proprio diritti. Se non bisogna interferire negli affari interni di uno Stato, non è certamente per rispettare i suoi diritti, ma i diritti dei suoi cittadini. Solo gli individui e i popoli possono essere titolari di diritti, ma non già gli Stati. Conseguentemente il principio del non-intervento dovrebbe applicarsi solo agli Stati che abbiano avuto trasferito i diritti dai cittadini e dal popolo (nazione), cioè dagli Stati che siano riconosciuti mediante il consenso come legittimi rappresentanti di questi diritti e della loro tutela. Quest'argomentazione introduce e legittima, dunque, un criterio di distinzione fra gli Stati: da una parte gli Stati democratici e dall'altra gli Stati autoritari in tutte le versioni possibili (comprendenti anche gli Stati-fuorilegge di Rawls [43] e gli Stati-canaglia di Bush). Pertanto, il primato dei diritti non consentirebbe di mantenere il principio dell'eguaglianza degli Stati, principio ipocrita quanto si vuole ma necessario per la Comunità internazionale.

L'aggressione viola i diritti di uno Stato quando lo Stato possiede tali diritti, poiché è uno Stato legittimo sulla base del consenso da parte dei cittadini [44]. Ciò vuol dire che il principio di non-intervento dovrebbe valere solo nei confronti delle democrazie e si configura, così, la versione contemporanea della teoria della guerra giusta. Una guerra è giusta se è combattuta in difesa dei diritti umani più basilari al fine di farli valere per sé o per altri. Una guer-

---

storia del principio dell'intervento cfr. P.H. WINFIELD, *The History of Intervention in International Law*, in *British Yearbook of International Law*, vol. 3, 1922-1923, pp. 130-149 e H. BULL, *The Grotian Conception of International Society*, in H. BUTTERFIELD e M. WIGHT (eds.), *Diplomatic Investigations*, George Allen and Unwin, London, 1966, pp. 51-73.

[41] C. WOLFF, *Jus gentium metodo scientifica pertractatum* (1749), sec. 2.

[42] BEITZ, *op. cit.*, p. 69.

[43] RAWLS, *op. cit.*, pp. 106-107.

[44] Ovviamente la teoria contrattualista spiega meglio delle altre perché l'aggressione contro una comunità politica è un crimine nei confronti dei suoi membri.

ra ingiusta è una guerra contro i diritti umani [45]. L'aggressione, a sua volta, dovrebbe essere ritenuta come un crimine nei confronti dei popoli e non già nei confronti degli Stati.

Siamo chiaramente al di fuori del quadro normativo previsto dalla Carta delle Nazioni Unite, che ammette solo la guerra di autodifesa in attesa dell'intervento del Consiglio di Sicurezza. A questo si obietta che non bisogna confondere il problema della legalità della guerra con quello della sua giustizia. Una guerra legale potrebbe essere ingiusta, così come una guerra illegale potrebbe essere giusta [46]. La pura e semplice difesa della legalità internazionale non può mettere a tacere la domanda di giustizia. Pur riconoscendo, contro coloro che sostengono la liceità (o la «nuova legittimazione») dell'ingerenza umanitaria anche in assenza di ogni autorizzazione del Consiglio di Sicurezza [47], la illegalità di una guerra siffatta, ciò non significa che essa non possa a determinate condizioni essere giusta e, conseguentemente, esigere un mutamento del diritto positivo [48]. L'evoluzione del diritto internazionale dovrebbe farsi carico di adeguare ciò che è lecito a ciò che è giusto.

4. L'ambiguità dell'interdipendenza

Questa problematica, a cui abbiamo qui accennato solo per mostrare la potente influenza dei diritti umani sulla teoria della guerra giusta, deve essere però integrata dalla considerazione delle circostanze storiche, anche perché da esse possono venire indicazioni sul modo in cui il primato dei diritti umani può essere reso effettivo nel diritto internazionale e al contempo spogliato dei suoi aspetti aggressivi.

Da questo punto di vista la circostanza storica più rilevante è la crescita esponenziale dell'interdipendenza tra gli Stati e i popoli della Comunità internazionale. Non si tratta soltanto dell'integrazione tra le economie nazionali dovuta soprattutto al modo di operare delle multinazionali. Ma si può facilmente notare che anche altri settori, nel passato riservati esclusivamente alla potestà statale, sfuggono al controllo statale e richiedono una gestione

---

[45] Cfr. D. LUBAN, *Just War and Human Rights*, in L.A. ALEXANDER *et al.*, *op. cit.*, p. 210.

[46] *Ivi*, pp. 195-196.

[47] Cfr. A. CASSESE, *Le cinque regole per una guerra giusta*, in AA.VV., *L'ultima crociata? Ragioni e torti di una guerra giusta*, I libri di Reset, Roma, 1999.

[48] Su questa problematica è di utilissima consultazione il sito *Jura Gentium* (*http://dex1.tsd.unifi.it/juragentium/it/index.htm*) animato da Danilo Zolo.

congiunta e coordinata tra due o più Stati, se non addirittura da parte di tutta la Comunità internazionale. Come c'è già stato il passaggio tra un diritto della mera coesistenza al diritto della cooperazione, ora quest'ultimo si trasforma nel diritto dell'interdipendenza [49]. L'interdipendenza differisce dalla cooperazione per il fatto che non è volontaria, ma dettata da fatti che sfuggono alla volontà umana consapevole e a cui bisogna adattarsi se si vuole sopravvivere insieme. Si può scegliere se cooperare o meno, ma non si scelgono le dipendenze, di cui faremmo volentieri a meno. Nessuno ha in senso proprio voluto la globalizzazione, ma per il fatto che si è presentata nella nostra vita con la stessa ineluttabilità di un fenomeno atmosferico dobbiamo adattarci ad essa e, al contempo, difendere al suo interno la dignità delle persone.

La crescita dell'interdipendenza ha prodotto nel diritto internazionale un progressivo trasferimento alla stessa Comunità internazionale di forme di gestione pubblicistica dei suoi valori essenziali. Gli stessi obblighi *erga omnes* a cui sopra abbiamo accennato non sono che un aspetto di tale fenomeno. È interessante notare che quest'interdipendenza costringe a rinunciare definitivamente all'obiettivo dell'autosufficienza dello Stato, che – come sappiamo – è una sua finalità caratteristica [50]. Un ordine internazionale basato sull'equilibrio delle potenze era possibile solo tra Stati autosufficienti in linea di principio. Ma ora nessuno Stato, per quanto potente, può definirsi indipendente in fatto di risorse, di processi economici, di sapere tecnologico, di gestione del proprio territorio. In tal modo il principio di eguaglianza degli Stati assume una dimensione ben più realistica di quella meramente formale. Esso ci dice che tutti gli Stati fanno parte di un insieme complesso di interconnessioni e di interrelazioni ben più somigliante ad una Comunità di quanto lo siano individui autosufficienti e indipendenti.

Come tutti i dati di fatto, anche l'interdipendenza può essere praticata bene o male. Poiché non si tratta di un'interdipendenza paritaria e reciproca [51], ma di un'interdipendenza a catena [52], la gestione degli affari comuni e dei valori essenziali deve essere compiuta tendenzialmente da tutta la Comunità internazionale. Per questo non accetto la tesi per cui i singoli Stati hanno

---

[49] Cfr. PICONE, *Interventi delle Nazioni Unite e obblighi* erga omnes, cit., p. 519.

[50] Cfr. il mio *La crisi della politica come comunità di vita*, in *Dialoghi*, 1, 1/2001, pp. 40-49.

[51] Considero «paritaria e reciproca» l'interdipendenza che A ha nei confronti di B e B nei confronti di A, anche se non per le stesse cose.

[52] Chiamo «a catena» l'interdipendenza che v'è tra un anello della catena e l'anello precedente e quello successivo. In questo caso nella sostanza ogni anello dipende da tutti gli altri e – come sappiamo – gli anelli deboli trasferiscono la loro debolezza a tutta la catena.

il diritto naturale di agire unilateralmente *uti universi* per la tutela dei valori dell'ordine pubblico internazionale [53]. Se c'è un diritto dell'interdipendenza, le decisioni e le azioni devono essere comuni. Se è vero che ogni Stato è giudice della propria sicurezza nazionale, è altresì vero che solo la Comunità internazionale è giudice della sicurezza internazionale e del rispetto dei diritti in qualsiasi parte del mondo. Non si può notare che lo Stato contemporaneo si è assunto, oltre alla tradizionale difesa della sicurezza nazionale, anche la tutela dei valori essenziali della Comunità internazionale senza al contempo precisare che le forme di adempimento di questi obblighi sono ben diverse: al giudizio autonomo e intrasferibile del primo al giudizio comunitario e «internazionale» del secondo. Se ci si assume la responsabilità nei confronti del rispetto dei diritti umani nel mondo, ci si assume anche l'impegno a cooperare con gli altri soggetti internazionali a questo scopo, e in primo luogo nelle decisioni da prendere. Solo così i diritti umani possono ricevere una vera e propria tutela internazionale disinteressata.

Ancora una volta notiamo, dunque, che la transizione attuale del diritto internazionale vede soggetti fondamentali come gli Stati gravati di nuovi compiti, che però non di rado vengono assolti con i vecchi strumenti della ragion di stato. E tuttavia sarebbe irrealistico ed eticamente discutibile negare la stessa esistenza di questi nuovi compiti degli Stati e della Comunità internazionale per evitare le prevaricazioni e lo sfruttamento delle dipendenze [54].

A questo quadro approssimativo dobbiamo aggiungere una notazione finale relativa alle differenze fra il costituzionalismo statale e quello internazionale.

A livello nazionale c'è già una vita comune, fatta di relazioni stabili e cooperative nell'ambito di un determinato territorio ed è quindi necessario disegnare un quadro generale e unitario di valori e di istituzioni che regoli una convivenza pacifica e giusta. A livello internazionale l'esigenza di costituzionalizzazione è segnata – come s'è detto – dall'interdipendenza. Mentre la comunanza di vita è un tutto unitario di una comunità nazionale, l'interdi-

---

[53] Tra l'altro questa tesi è molto vicina alla concezione di Giovanni Gentile, che vede nella difesa dell'interesse nazionale non già un atto egoistico, ma un'affermazione doverosa del valore universale dello spirito. Cfr. G. GENTILE, *La filosofia della guerra*, conferenza tenuta alla Biblioteca filosofica in Palermo l'11 ottobre 1914, Ergon, Palermo, 1914, pp. 23-25 e, per i precedenti filosofici, G. RAMETTA (a cura di), *Filosofia e guerra nell'età dell'idealismo tedesco*, Franco Angeli, Milano, 2003.

[54] In questo sono in disaccordo con la linea di pensiero di Zolo. Cfr., soprattutto, D. ZOLO, *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Einaudi, Torino, 2000. Come nota Beitz, il non-interventismo non è un principio moralmente neutrale, perché implica la convinzione dell'inesistenza di princìpi di giustizia universali che attraversano le frontiere. BEITZ, *op. cit.*, p. 89.

pendenza interstatale è frammentata e circoscritta tant'è che spinge al policentrismo degli organismi internazionali [55]. Il policentrismo del costituzionalismo internazionale sarà di conseguenza polimorfo e acefalo. In una situazione radicalmente paritaria e orizzontale, provvidenzialmente priva del consenso intorno ad un'autorità suprema, è necessario che vi sia il consenso intorno ad alcune regole tra le parti e al di sopra delle parti. Per questo il fenomeno dello *jus cogens* e quello degli obblighi *erga omnes* non implicano una verticalizzazione della Comunità internazionale. Vi sono princìpi di ordine pubblico anche in una società paritaria e anorganica come quella internazionale, che proprio per questo non è – come se la raffigura Bull [56] – anarchica [57].

5. Dalla pace negativa alla pace giusta

All'interno di questo quadro generale bisogna inserire la problematica attuale della pace e della guerra. Senza aver presente queste novità e la loro sovrapposizione ad un passato non cancellato né superato non si potrà evidenziare il modo in cui oggi si pone il valore giuridico della pace.

Possiamo ritenere che la pace sia il fine prioritario della Comunità internazionale, così come il principio personalistico, quello democratico e quello lavoristico sono i fini prioritari della Costituzione italiana. L'ordinamento internazionale si presenta da sempre in linea di principio come un ordine della pace. Ma questa pace come fine dell'ordinamento internazionale non sempre è stata intesa allo stesso modo.

Dobbiamo subito notare che il valore della pace internazionale non può più essere concepito come meramente negativo, cioè come mera assenza della guerra. Quest'affermazione potrebbe essere considerata un'ovvietà, ma in tal modo non si coglierebbero le sue profonde implicazioni giuridiche.

Da Hobbes a Kelsen il concetto di pace è puramente negativo, cioè come lo stato caratterizzato dall'assenza dell'uso della forza. «*Peace is a state of absence of force*» [58]. Conseguentemente, solo in senso relativo si può affermare che il diritto sia un luogo di pace, in quanto secondo Kelsen esso è segna-

---

[55] Cfr., ad esempio, M. WALZER, *Società internazionale: qual è la cosa migliore che possiamo fare?*, in *Ars interpretandi*, 5, 2000, pp. 231-248.

[56] H. BULL, *The Anarchical Society*, Macmillan, London, 1977.

[57] Cfr. IOVANE, *op. cit.*, p. 33 e il cap. I.

[58] H. KELSEN, *Principles of International Law*, ed. by R.W. Tucker, II ed., Holt, Rinehart and Winston, New York, 1966, p. 16.

to dall'organizzazione e dall'uso della forza pubblica. Potremmo dire che il concetto giuridico di pace sia quello di uno stato di assenza dell'uso illegittimo della forza [59].

Norberto Bobbio, pur essendo un sostenitore del concetto negativo di pace sulla scia di Kelsen, ne ammette anche un concetto giuridico positivo relativo al diritto internazionale. Si tratta della regolamentazione che pone fine ad un conflitto mediante accordi e trattati di pace. In questo senso positivo molto ristretto la pace è la conclusione giuridicamente regolata di una guerra [60]. Come diceva Wolff, «*Pace facta, bellum finitur*» [61]. In ogni caso Bobbio mette in guardia dallo scambiare questa positività meramente tecnica con quella propria del discorso teologico o filosofico, per cui pace e giustizia sono la stessa cosa. Il discorso giuridico dovrebbe restare sgombro da giudizi di valore riguardanti stati di cose desiderabili. «Nella definizione tecnico-giuridica di pace non c'è nulla che permetta di distinguere una pace giusta da una pace ingiusta» [62].

In effetti il termine «pace» è di per sé vuoto, indicando piuttosto una condizione generale della vita associata che si ritiene desiderabile, o in senso assoluto o in senso relativo. I dibattiti sulla pace sono in realtà su qualcos'altro, su ciò che si ritiene debba essere il contenuto della pace. Siccome questo contenuto si estende in linea di principio ad una vastissima pluralità di beni, la pace si presenta come un concetto di per sé indefinibile e incerto. Persino il concetto negativo di pace – a ben guardare – non è privo di un suo contenuto, che è l'esclusione della violenza fisica, dell'uso illegittimo della forza o, più esattamente, la desiderabilità di una condizione della vita associata in cui sia messo al bando il farsi giustizia da sé e vi siano regole comuni applicate da autorità indipendenti. In una parola, una condizione di sicurezza pubblica. Si potrà restare insoddisfatti da questo modo restrittivo d'intendere la pace, ma bisogna riconoscere che anch'esso poggia su giudizi di valore, cioè sul valore della sicurezza, anche a costo della giustizia. Possiamo dire che il concetto negativo di pace la identifica con il valore della sicurezza.

---

[59] Trascuro qui l'evoluzione del pensiero kelseniano a proposito del valore giuridico della pace (dalla pace come fine del diritto della *Teoria generale del diritto e dello Stato* alla pace come semplice tendenza del diritto de *La dottrina pura del diritto* del 1960), per cui si potrà consultare utilmente la prefazione di L. Ciaurro alla traduzione italiana di H. KELSEN, *La pace attraverso il diritto*, cit., pp. 1-33. Sulla problematica kelseniana cfr., da ultimo, T. MAZZARESE, *Guerra e diritto. Note a margine di una tesi kelseniana*, in *Teoria politica*, 19, 1/2003, pp. 23-41.

[60] Cfr. N. BOBBIO, *L'idea della pace e il pacifismo*, ora in Id., *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bologna, 1979, pp. 166-167.

[61] WOLFF, *Jus gentium*, par. 975.

[62] BOBBIO, *L'idea della pace e il pacifismo*, cit., p. 168.

Quindi, non esiste alcun concetto negativo (o positivo) di pace che possa sottrarsi al dibattito sui beni che ne costituiscono il contenuto essenziale, uscendo dalla mischia in virtù di un preteso carattere tecnico-giuridico. Di fatto, se vogliamo attenerci al diritto positivo, il concetto giuridico di pace è quello che, piaccia o non piaccia, si trova nei testi giuridici e nella loro prassi interpretativa [63].

Se ora consideriamo in particolare la Carta delle Nazioni Unite, in cui l'espressione «mantenimento della pace e della sicurezza» gioca – come è noto a tutti – un ruolo essenziale e centrale [64], si può registrare un'evoluzione significativa dal punto di vista interpretativo. Per rendersene conto non bisogna sottovalutare l'influenza che le circostanze esercitano sull'attività interpretativa. Queste circostanze sono quelle esterne della situazione internazionale in generale e quelle più propriamente giuridiche, legate ai mutamenti relativi alle fonti del diritto.

All'inizio la linea interpretativa dominante si può ricondurre a quello che Bobbio ha considerato come il concetto tecnico-giuridico positivo di pace. Esso fa riferimento alla conclusione della II guerra mondiale. La pace è la fine di questa guerra e l'obiettivo centrale è quello di «mantenere» questa pace, eliminando tutte le cause che hanno dato origine a questa guerra. In quest'ottica «pace e sicurezza» sono quasi un'endiadi, cioè sono nella sostanza concetti indistinguibili [65]. Il principio di non ingerenza (art. 2.7) e la messa al bando della guerra come metodo di soluzione dei conflitti internazionali (artt. 2.3 e 2.4) [66] sono strettamente funzionali al mantenimento di una situazione internazionale che si considera desiderabile rispetto al passato. L'unico principio che ha avuto una qualche capacità attiva è quello dell'autodeterminazione dei popoli (art. 1.2) volto ad eliminare gli ultimi residui di colonialismo, ritenuto peraltro tra le cause della guerra mondiale. Per alcuni decenni, all'ombra della guerra fredda, la Carta delle Nazioni Unite è stata intesa come la garanzia di quell'assetto internazionale prodotto dalla fine della II guerra mondiale.

Oggi il diritto internazionale non guarda più al passato, ma al futuro. La fine della guerra fredda, la caduta del muro di Berlino e la globalizzazione

---

[63] Per il concetto positivo di pace cfr. S. COTTA, *Dalla guerra alla pace: un itinerario filosofico*, Rusconi, Milano, 1989.

[64] Se ci si prende la briga di contare quante volte ricorre quest'espressione, si vedrà che essa è ripetuta nella Carta almeno trenta volte.

[65] È da notare che nell'art. 2.3 il riferimento alla «giustizia» è aggiunto a quello alla «pace e sicurezza» per indicare che non è implicito in quest'ultimo.

[66] Il patto Briand-Kellogg del 1928 aveva anticipato questo rifiuto della guerra in termini ancora più netti ed espliciti.

hanno posto in modo palese l'esigenza di un nuovo ordine internazionale e, conseguentemente, hanno imposto una reinterpretazione delle finalità primarie delle Nazioni Unite, in quanto luogo più rappresentativo della Comunità internazionale. Ciò ha riguardato in primo luogo l'espressione «mantenimento della pace e della sicurezza».

In sintesi, possiamo ritenere che le novità di questo approccio ermeneutico consistano nei punti seguenti: 1) il «mantenimento» non può più essere inteso come pura e semplice custodia dello *status quo*, sia perché ora si evidenziano al suo interno situazioni non più desiderabili alla luce di una rinnovata coscienza mondiale dei diritti, sia perché il trascorrere del tempo ha prodotto situazioni nuove da valutare con nuovi parametri valorativi; 2) il valore della pace va progressivamente assumendo una sua specificità contenutistica, distinguendosi da quello della sicurezza e avvicinandosi a quello della giustizia; 3) il valore della sicurezza, a sua volta, diventa un aspetto interno della pace, ma non l'unico e, di conseguenza, può entrare in conflitto con gli altri beni che sono ritenuti anch'essi essenziali per la pace mondiale. Non v'è pace senza sicurezza, ma non basta la sicurezza per aversi la pace. In più, vi sono modi di perseguire la sicurezza nazionale e internazionale che sono minacciosi per la pace.

Quando s'è detto che il valore della sicurezza, pur facendo parte del contenuto della pace, può entrare in tensione con gli altri valori, non ci si riferiva soltanto alle scelte da compiere, ma anche all'individuazione di chi le deve compiere [67]. Il principio tradizionale dice che coloro che hanno la responsabilità di garantire la sicurezza nazionale sono gli unici competenti a decidere ciò che essa richiede [68]. Sarebbe spogliarli di questa competenza ammettere che le loro decisioni siano oggetto di prova davanti ai tribunali o siano materia di discussione pubblica. Si tratta di un atto politico per eccellenza e come tale non è una questione giustiziabile [69]. Ciò significa che esso è automatica-

---

[67] Cfr. M. REVENGA SANCHEZ, *Seguridad nacional y derechos humanos. Estudios sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estraburgo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 40 ss.

[68] *Securitas* non significa soltanto «senza preoccupazioni», ma anche «aver cura di sé». Nella società del rischio cresce la necessità dell'*assicurazione*. Cfr. per i riferimenti storici B. SCHOCH e S. TIEDTKE, *Dalla sicurezza alle politiche di sicurezza dell'era atomica*, in AA.VV., *Pace e sicurezza: problemi e alternative*, Franco Angeli, Milano, 1984, pp. 31-50 e anche T. PANGLE, *The Moral Basis of National Security: Four Historical Perspectives*, in K. KNORR (ed.), *Historical Dimensions of National Security Problems*, University Press of Kansas, Lawrence, KS, 1976.

[69] La Corte europea dei diritti, per esercitare l'autorestrizione, usa il principio del margine nazionale di valutazione, che è l'equivalente funzionale della dottrina dell'atto politico. Cfr. H.C. YOUROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Kluwer, La Haye, 1996.

mente vincente sugli altri valori, come ci ha insegnato Carl Schmitt. Ma c'è da chiedersi se tutto ciò è ancora accettabile in uno Stato costituzionale di diritto [70] e, soprattutto, se lo è per la «sicurezza internazionale». Non solo qui a decidere non può essere il singolo Stato, incompetente per definizione a giudicare di uno stato di eccezione che riguarda tutta la Comunità internazionale, ma soprattutto l'esistenza dei diritti esige giudizi di natura sostanziale ponderativa anche sull'uso della clausola «sicurezza internazionale». Quest'ultima non può essere usata per bloccare lo sviluppo del sistema dei diritti senza produrre al contempo un'insicurezza internazionale.

Il primato dei diritti esige una trasformazione della problematica della sicurezza, capovolgendo le priorità interne all'espressione «mantenimento della pace e della sicurezza internazionale». Di conseguenza la pace garantita dalle Nazioni Unite non si riduce alla mera assenza dell'uso della forza nei conflitti internazionali, ma è una pace qualificata dal fatto di richiedere prioritariamente il rispetto dei diritti umani [71]. Quest'interpretazione ha i suoi appigli testuali: nell'art. 1.1 il rispetto dei princìpi di giustizia è inteso come una condizione per il mantenimento della pace e delle sicurezza e nell'art. 55 il rispetto dei diritti umani è un elemento indispensabile per aversi rapporti pacifici e amichevoli fra gli Stati.

Anche Bobbio ha notato quest'interdipendenza tra il problema della pace e della sicurezza e i problemi del rispetto dei diritti dell'uomo e dei popoli, nonché il conseguente impegno della Comunità internazionale ad eliminare, anche con mezzi non pacifici, le violazioni di tali diritti in quanto per ciò stesso violazioni della pace e sicurezza, cioè del fine primario delle Nazioni Unite [72]. Con ciò – a mio parere –, piaccia o non piaccia, s'è rinunciato alla tesi del carattere negativo del concetto tecnico-giuridico di pace in quanto non più attuale. Il valore della pace internazionale è oggi, nella coscienza diffusa della Comunità internazionale, a tutti gli effetti quello di una «pace giusta». Una pace che possa non essere giusta è solo una pace apparente, ma non reale.

Dunque, le due letture della Carta delle Nazioni Unite sono entrambe legittime con l'ovvia prevalenza di quella più corrispondente al diritto vivente e alla percezione dominante del valore della pace internazionale [73]. Questo

---

[70] Cfr. N. MacCormick, *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo* (1999), trad. it. di A. Torre, Il Mulino, Bologna, 2003 (soprattutto il cap.III: *Interesse dello stato e «rule of law»*).

[71] Cfr., tra gli altri, U. Villani, *La tutela internazionale dei diritti umani*, in Mazzarese (a cura di), *op. cit.*, pp. 209-210.

[72] Cfr. N. Bobbio, *Le Nazioni Unite dopo quarant'anni*, ora in Id., *Il terzo assente*, Edizioni Sonda, Milano, 1989, pp. 97-111.

[73] Sui problemi ermeneutici attuali del diritto internazionale cfr. M. Koskenniemi, *Hierar-*

esercita una pressione ideale (e non rare volte fornisce – come è inevitabile – una copertura ideologica) fino al punto di indurre a forzare la lettera della Carta (se non a volte anche lo spirito), a cominciare dall'istaurarsi della prassi di affidare ad un gruppo di Stati il compito di supplire alla mancanza di una polizia internazionale, cosa che nella sostanza significa autorizzare a fare una guerra, cioè ad usare mezzi non pacifici per la soluzione delle controversie internazionali al di fuori dell'unica ipotesi prevista dalla Carta, cioè l'autodifesa. Il fatto è che l'assetto giuridico della Carta è sbilanciato rispetto alla percezione attuale del fine primario delle Nazioni Unite, pur rappresentando questa uno sviluppo in piena continuità con l'originario «mantenimento della pace e sicurezza internazionale». Ciò significa sia che nella Carta delle Nazioni Unite vi sono princìpi in grado di recepire il senso attuale della giustizia internazionale, sia che non vi sono strumenti giuridico-politici in grado di farli valere senza ambiguità.

Lasciando da parte i problemi giuridici di un adeguamento della Carta all'evoluzione attuale del diritto internazionale e di una profonda riforma delle Nazioni Unite, bisogna guardare in faccia le spinose questioni etico-giuridiche che il concetto positivo di pace internazionale porta con sé e che la teoria negativa intendeva evitare del tutto, in questo seguita nella sostanza ancora oggi da coloro che si attestano sulla linea della difesa della pura e semplice legalità formale. Il fatto che un concetto positivamente denso (*thick*) di pace implichi rischi e pericoli di un uso arbitrario della forza non è una ragione sufficiente per abbandonarlo come concetto giuridico, affidandolo alle utopie della storia e a coloro che le coltivano per professione o per scelta ideologica. Ormai la convinzione di una stretta connessione tra pace e diritti umani è penetrata non solo nella coscienza della Comunità internazionale, ma anche nello stesso diritto internazionale come diritto positivo. Non resta che trovare i mezzi giuridici per implementarla adeguatamente, limitandone al massimo gli abusi.

6. La teoria della guerra giusta e i diritti umani

È significativo che oggi si ritorni a parlare della «guerra giusta», poiché una pace che sia «giusta», e non meramente negativa, rende «giusti» anche i mezzi per difenderla, purché essi siano proporzionati. Se si prende sul serio il

---

chy in International Law: A Sketch, in *European Journal of International Law*, 8, 4/1997, pp. 566-582.

rispetto internazionale dei diritti umani, non si potrà evitare il legittimo ritorno della problematica della guerra giusta [74].

Sembra, dunque, imporsi la convinzione che una guerra condotta in difesa dei diritti umani, pur non essendo una guerra di autodifesa, debba anch'essa considerarsi come giusta, a prescindere dal dettato della Carta delle Nazioni Unite. La priorità dei diritti, come ridefinisce il principio di non ingerenza fondandolo sui diritti del popolo piuttosto che su quelli della sovranità dello Stato e come trasforma il principio di autodeterminazione ritenendolo necessario per l'eliminazione della ingiustizia sociale e lo sviluppo di istituzioni giuste e non già sulla base della pura e semplice autonomia, così sembrerebbe fondare una nuova causa di legittimità della guerra accanto a quella dell'autodifesa (e a volte in concorrenza con questa) [75].

La teoria moderna della guerra giusta faceva riferimento a tre parametri fondamentali: quello della giustificazione (*iusta causa*), quello del soggetto decisore (*legitima auctoritas*) e quello del modo di attuazione (*iusto modo*) [76]. Il criterio della *recta intentio*, la cui assenza per Tommaso d'Aquino avrebbe radicalmente reso ingiusta una guerra per altri versi giusta, è stato progressivamente dimenticato negli sviluppi successivi della teoria.

Applicando ora i primi tre criteri alla guerra in difesa dei diritti umani si dovrebbe dire che la sua causa è giusta quando si tratta di contrastare una violazione massiccia ed estesa della dignità umana, che l'autorità legittimata a deliberare ed attuare le operazioni belliche volte ad eliminare questa rilevante violazione dei diritti umani è un'autorità internazionale, che i modi di attuazione (*jus in bello*) devono essere proporzionati al male che s'intende eliminare e non produttivi di effetti ugualmente perversi. Ma questa sistematica sarebbe semplicistica se servisse ad occultare il carattere drammatico delle aporie che essa contiene e che possono essere sintetizzate dai seguenti interrogativi riferiti nell'ordine ai tre criteri.

1) Non essendovi un'unica concezione dei diritti umani, a quali condizioni il giudizio sulla loro violazione potrebbe e dovrebbe essere condiviso da tutti?

2) Una guerra deliberata e attuata da un'autorità internazionale potrebbe a rigore considerarsi una vera e propria guerra? Non si dovrebbe forse parla-

---

[74] M.P. Aquino e D. Mieth (a cura di), *Ritorno della guerra giusta?*, in *Concilium*, 37, 2/2001.

[75] V'è, però, chi fa leva proprio sullo *jus cogens* per mostrare l'inammissibilità attuale di una «guerra giusta». Cfr. Simma, *art. cit.*, p. 3.

[76] Comprendo in quest'ultimo parametro anche la valutazione delle possibilità di successo della guerra.

re più correttamente di «operazioni di polizia internazionale»? Se è così, allora siamo ben al di fuori della teoria della guerra giusta.

3) Si possono violare dei diritti umani per difendere i diritti umani? Infatti una guerra implica necessariamente una violazione di diritti (in primo luogo, del diritto alla vita) di persone innocenti. In questo senso la guerra è sempre contraria al diritto [77] e, pertanto, parlare di «guerra giusta» sarebbe un ossimoro.

Prima di esaminare un po' più da vicino queste spinose questioni, è opportuno gettare uno veloce sguardo sulla storia delle teorie della guerra giusta [78].

La teoria della guerra giusta non è un blocco monolitico e si può facilmente mostrare che essa abbraccia versioni ben diverse, accomunate soltanto dall'ammissione dell'esistenza di cause giuste di guerra, ma divise per la loro identificazione e per le condizioni generali di applicazione.

La giustificazione della guerra nella Scuola del diritto naturale e delle genti [79] prende le mosse dal diritto di difendersi dall'aggressore. Una guerra difensiva è giusta per natura in quanto (come l'autodifesa privata) è volta a proteggere i beni dello Stato, ad ottenere il pagamento di un debito o punire i crimini di un nemico pubblico [80]. Bisogna, però, notare che qui l'autodifesa è intesa in modo molto ampio, poiché comprende non solo la tutela della vita e della libertà, ma anche quella della proprietà, e si estende anche all'esercizio di poteri punitivi da attivare anche in un secondo tempo. Tutte queste ipotesi sono considerate come contenute nella categoria generale della difesa nazionale, che è diritto-dovere dell'autorità statale. In questo Grozio non fa che seguire Vitoria, che si richiama al principio «*vim vi repellere licet*» [81], De Soto, Suarez, Ayala e Gentili. Le altre cause di guerra vengono in qualche modo ricondotte all'autodifesa, ma al contempo questa è legittima solo a certe condizioni tra cui la principale è quella dell'esistenza di un pericolo presente e certo, con l'esplicita esclusione di un pericolo presunto [82]. L'attacco

---

[77] Di passaggio non posso trattenermi dal notare che tutti coloro che sostengono un'opposizione radicale tra guerra e diritto non possono poi rifiutare la stretta connessione tra diritto e giustizia, cioè non possono senza contraddirsi abbracciare tesi giuspositivistiche.

[78] Cfr., oltre il testo classico di Regout, J. Turner Johnson, *Just War Tradition and the Restraint of War. A Moral and Historical Inquiry*, Princeton U.P., Princeton, NJ, 1981.

[79] Cfr. S. Goyard-Fabre, *Guerre et paix chez les jureconsultes du droit naturel et des gens*, in *Revue européenne des sciences sociales*, 20, 1982, n. 61, pp. 89-120.

[80] H. Grozio, *De jure belli ac pacis*, II, cap. 1, par. II, 1.

[81] *Relectiones theologicae*, VI e cfr. anche L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, Anabasi, Milano, 1995, p. 72.

[82] Grozio, *De jure belli ac pacis*, II, cap. 1, par. IV e V.

preventivo, che Hobbes stima giusto [83], è secondo Grozio, Wolff e Vattel in linea di principio illegittimo (o comunque, da sottoporre a criteri molto restrittivi) [84]: la sola possibilità di essere attaccato non dà il diritto di divenire aggressore. È, pertanto, palese l'originario carattere hobbesiano della teoria della guerra preventiva.

S'è smarrita così non solo l'originaria giustificazione agostiniana della guerra come difesa del debole e dell'oppresso [85], ma anche la fonte più diretta di questi autori moderni, cioè la teoria della guerra giusta di Tommaso d'Aquino [86]. Non si può dire che questi consideri come vera e propria ipotesi di guerra giusta una guerra di autodifesa [87]. Non si tratta tanto del fatto che di una guerra di autodifesa non si ha l'iniziativa, ma la si subisce come uno stato di necessità, perché un cristiano e uno Stato cristiano devono tener presente il precetto evangelico di non resistere al male. Pertanto la giustificazione stessa della difesa non è sufficiente e non è certamente quella richiesta da Tommaso d'Aquino, che invece insiste sulla necessità di preservare il bene comune. Questo riguarda sia coloro che devono essere difesi, sia coloro che offendono ingiustamente [88]. Insomma, una guerra giusta è

---

[83] «Poiché dunque è necessario che i governanti per tutelare lo Stato, spiino le intenzioni dei nemici, mantengano armi e fortificazioni in efficienza, tengano pronto il denaro; e poiché i governanti sono obbligati in virtù della legge di natura a fare ogni sforzo per tutelare i cittadini, ne consegue che non solo è loro lecito organizzare il servizio di spionaggio, mantenere un esercito permanente, costruire fortificazioni ed esigere denaro a questi scopi, ma sarebbe un delitto il non farlo. Infine, i governanti sono obbligati a fare qualunque cosa sembri portare, sia con l'astuzia, sia in modo violento, a una diminuzione di potenza degli Stati da cui c'è da temere, dovendo scongiurare con tutte le loro forze i mali che possono minacciare lo Stato». *De Cive*, XIII, 8.

[84] Cfr. WALZER, *Guerre giuste e ingiuste*, cit., pp. 107-122.

[85] Questa giustificazione non deve essere confusa con la difesa dell'*interesse nazionale*. Cfr. P. RAMSEY, *The Just War: Force and Political Responsibility*, Charles Scribner's Sons, New York, 1968.

[86] Cfr., per tutti, F.H. RUSSELL, *The Just War in the Middle Ages*, Cambridge U.P., Cambridge, 1975. Tommaso d'Aquino stesso ha alle sue spalle l'importante riflessione canonistica sulla guerra a partire dal *Decretum* di Graziano. Cfr. P. BELLINI, *Il gladio bellico. Il tema della guerra nella riflessione canonistica dell'età classica*, Giappichelli, Torino, 1989.

[87] Quest'osservazione si trova di passaggio anche nel recente intervento di B. CONFORTI, *Guerra giusta e diritto internazionale contemporaneo*, in *Rass. parl.*, 45, 1/2003, pp. 11-24, che per buona parte condivido.

[88] *Summa theologiae*, II-II, q. 40, a. 1. È da notare che Tommaso d'Aquino non affronta il problema della guerra nella parte della *Summa* dedicata alla legge naturale, né in quella riguardante la giustizia, ma a proposito della virtù della carità. Egli non si chiede quando una guerra è morale, ma se è sempre peccaminoso fare una guerra, cioè quando l'uccisione di un altro essere umano non è contrario all'amore del prossimo.

combattuta per difendere altri e per il bene stesso dei nemici. Pertanto le ipotesi contemplate da Tommaso d'Aquino concernono tutte l'uso della guerra come sanzione, cioè diretta a punire una colpa e a soddisfare le richieste di giustizia. Occorre che ci sia un'ingiustizia molto grave da punire, come nel caso in cui uno Stato non si adoperi a punire le violenze compiute dai propri sudditi o a restituire ciò di cui si è impossessato ingiustamente. È con questa tradizione medievale che noi oggi ci dobbiamo misurare, poiché più adatta di quella moderna ad interpretare le istanze attuali di una pace giusta.

Applicando questo modo di affrontare la problematica della guerra, che – lo ribadisco – non è esattamente quello della Scolastica spagnola e neppure quello della Scuola di diritto naturale già condizionata dallo statalismo, potremmo forse dire che una guerra è giustificata se è volta a por fine alle gravi violazioni dei diritti umani che un governo compie nei confronti dei propri cittadini? Ciò non sarebbe permesso dalla dottrina di Grozio e dalla lettera della Carta delle Nazioni Unite, che, ammettendo la guerra solo come autodifesa, in linea di principio impedisce l'intervento di altri Stati per por fine agli abusi che un governo compie nei confronti dei propri sudditi. Tuttavia, la prassi attuale degli interventi umanitari, fondata sulla distinzione tra i crimini contro l'umanità, intesi oggi come violazione enorme di diritti fondamentali, e il crimine di una guerra di aggressione, è più correttamente spiegabile assumendo l'ottica di Tommaso d'Aquino che quella dei suoi interpreti successivi [89]. Se una guerra è giusta quando è diretta a punire le ingiustizie in modo proporzionato, allora quelle riguardanti i diritti umani rientrano tra le cause giuste di guerra. Anche se originariamente la Carta delle Nazioni Unite s'è ispirata a princìpi groziani e kantiani, la prassi dell'ultimo decennio sembra spingerla verso il modo in cui era stata formulata la teoria della guerra giusta da Agostino e Tommaso d'Aquino. Ma ora dobbiamo ritornare alle aporie sopra elencate.

La prima difficoltà, sollevata nei confronti di una guerra qualificata come giusta in quanto in difesa della dignità umana, fa presente l'esistenza di fatto di una pluralità di concezioni dei diritti umani. L'affermazione della loro universalità spesso nasconde la convinzione della superiorità della concezione occidentale basata su una filosofia individualistica, che non è accettata o condivisa da culture differenti, in primo luogo quelle orientali più sensibili a valori comunitari e ai diritti collettivi (*Asian values*). Conseguentemente una guerra giustificata dalla difesa dei diritti umani si trasformerebbe facilmente

---

[89] Cfr. T. NARDIN, *Philosophy of War and Peace*, in *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, vol. 9, Routledge, London, 1998, pp. 684-691.

in uno strumento per imporre la supremazia dei valori occidentali e dei sistemi politici ed economici ad essi relativi [90].

A questa forte obiezione, che è d'altronde spesso verificata dai fatti, si può rispondere facendo notare che non tutti i diritti umani dovrebbero poter essere usati come giustificazione della guerra. V'è, in effetti, un piccolo nucleo di diritti fondamentali che devono considerarsi come elementari e come la condizione per il godimento di tutti gli altri diritti [91]. Essi stanno a monte di tutte le differenti concezioni dei diritti, siano esse liberali o comunitaristiche, individualistiche o collettivistiche. Questi diritti sono stati indicati come *socially basic human rights* e sono il minimo rispetto richiesto alla dignità umana. Si tratta certamente della sicurezza, cioè del diritto di non essere ucciso, torturato, aggredito (*security rights*), e dei diritti di sussistenza (*subsistence rights*), cioè del diritto al cibo, vestiario e riparo convenienti, nonché all'aria e all'acqua pulite. Si discute se tra questi diritti elementari bisognerebbe includere – come credo – anche la libertà negativa [92]. Si può ritenere che tutti gli uomini, a prescindere dalla loro identità culturale e dalle loro particolari concezioni dei diritti, dovrebbero essere d'accordo nel considerare una grave violazione della dignità umana la privazione di uno di questi diritti strettamente fondamentali. Ciò può, dunque, essere considerato una giusta causa di guerra a determinate condizioni.

La seconda difficoltà attiene alla correttezza dello stesso termine «guerra», sia perché porta con sé la connotazione negativa della violenza, sia perché sembra legato alla dimensione statale [93]. La guerra, infatti, è un'attività violenta esercitata da una o più comunità politiche nei confronti di una o più comunità politiche. Il ben noto detto di Clausewitz «la guerra non è se non che la continuazione della politica con altri mezzi» [94] presuppone certamente il concetto moderno di politica legato alla concentrazione del potere nello Stato. Ed allora, quando a deliberare e attuare quest'attività repressiva è un'autorità internazionale, non si dovrebbe parlare di «guerra», ma di «operazioni di polizia», poiché si tratta di difendere un ordine pubblico interno, quello della Comunità internazionale. Ovviamente anche queste operazioni

---

[90] Per quest'argomentazione cfr. D. ZOLO, *La guerra come strumento di protezione dei diritti dell'uomo*, in MAZZARESE (a cura di), *op. cit.*, pp. 270-271.

[91] Cfr., ad esempio, H. SHUE, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton U.P., Princeton, 1980, cap. I.

[92] Su questa problematica cfr., da ultimo, M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani* (2001), trad. it. di S. d'Alessandro, Feltrinelli, Milano, 2003.

[93] Per i vari tipi di «guerra» cfr. L. BONANATE, *La guerra*, Laterza, Roma-Bari, 1998.

[94] K. VON CLAUSEWITZ, *Della guerra* (1832), trad. it. di A. Bollati e E. Canevari, Mondadori, Milano, 1970, p. 9.

armate avranno bisogno di una giustificazione, affinché la forza non degeneri in violenza, ma in ogni caso siamo al di fuori della cornice tradizionale interstatale entro cui erano state elaborate le teorie della guerra giusta.

Si pone, tuttavia, il delicato problema – già sopra affrontato – della differenza fra la sicurezza nazionale e quella internazionale, che non può essere intesa come una mera sommatoria degli interessi nazionali. Qualora poi fosse costruita sulla base di un «interesse internazionale» del tutto analogo a quello nazionale, cosicché alla «ragion di Stato» si sostituisse una «ragione dell'ordine pubblico internazionale», resteremmo pur sempre prigionieri del modello della statualità e del diritto statale [95]. D'altronde una polizia internazionale è a stretto rigore un organo proprio di uno Stato mondiale. Se, però, guardiamo alla natura della Comunità internazionale, in cui non a caso le fonti pattizie hanno un ruolo preponderante, e non solo sul piano quantitativo [96], salta agli occhi la sua resistenza ad ogni verticalizzazione sul piano dei soggetti di diritto. La natura anorganica e orizzontale della Comunità internazionale è un ostacolo oggettivo alla costituzione di una vera e propria polizia internazionale dotata di forza sufficiente a tener a freno quella degli Stati.

In più, le attività di questa polizia dovrebbero essere svolte a rigore sotto il controllo di un'autorità giudiziaria e non sotto quello di un'autorità politica. Tuttavia – come s'è visto – le corti internazionali non solo hanno di fatto un ruolo molto limitato nel diritto internazionale attuale, ma è molto difficile che l'abbiano in un prevedibile futuro, al di là dell'accertamento di responsabilità individuali nei confronti di crimini contro l'umanità, in quanto il giudizio sulla sussistenza dei presupposti per l'intervento umanitario è un giudizio etico-politico a tutti gli effetti. Ed allora, in questa fase transitoria, il richiamo alle teorie della guerra giusta è indicativo dell'ambiguità della situazione internazionale attuale, che guarda alla giustizia ma non accetta di perseguirla con nuovi strumenti giuridici e politici.

La terza ed ultima difficoltà è quella che si presenta come la più ardua da superare. Una guerra giusta (*jus ad bellum*) condotta in modo ingiusto (*jus in bello*) diventa ingiusta, poiché – come s'è già detto – uno dei suoi criteri essenziali è il modo in cui essa è attuata [97]. Il primato dei diritti come *iusta causa* rende ancora più vincolante questo collegamento. Ciò è particolarmen-

---

[95] «Una guerra al servizio della politica internazionale può essere peggiore della guerra che serve solo ad una politica nazionale». C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'*, trad. it. di P. Schiera, Il Mulino, Bologna, 1972, p. 135.

[96] S'è calcolato che gli Stati Uniti tra il 1933 e il 1979 hanno sottoscritto 8955 trattati.

[97] Y. MELZER, *Concepts of Just War*, A.W. Sijthoff, Leyden, 1975, pp. 87-93.

te visibile nel caso della guerra nucleare [98], che è «ingiusta» per definizione, in quanto viola necessariamente sia il principio di discriminazione tra combattenti e non combattenti, sia il principio di proporzionalità tra i fini e gli effetti dei mezzi impiegati [99]. Ma, anche a prescindere dalle armi nucleari, la forza distruttiva delle attuali armi convenzionali fa sì che una guerra, pur giusta per la causa, non potrebbe mai essere condotta giustamente. Infatti, a prescindere da altre considerazioni, nei conflitti dello scorso secolo fino ai giorni nostri il numero delle vittime tra i civili è ben più alto che nei secoli passati.

Certamente questa valutazione dipende anche dal fondamento filosofico dei diritti. Se si potesse abbracciare una concezione utilitaristica, allora si potrebbe ammettere la possibilità di un calcolo tra i diritti difesi dalla guerra e i diritti violati da essa, nonché la stessa possibilità di violare diritti per raggiungere fini ancora più essenziali, quali quello della sopravvivenza. Ma l'utilitarismo non è sicuramente il modo migliore di amministrare i diritti umani, che tra loro sono incommensurabili. Una concezione deontologica a rigore non permette di violare anche soltanto i diritti di un solo uomo per difendere quelli di una moltitudine. Non si possono calpestare diritti umani per difendere diritti umani.

Sta proprio qui l'inaccettabilità della guerra, cioè nell'equivalenza valoriale tra l'offesa da combattere e il modo in cui la si combatte. È vero che non bisogna dimenticare la differenza tra la violenza e l'uso legittimo della forza, ma nella guerra quest'uso non può essere mai pienamente e soddisfacentemente controllato e delimitato (*inter arma silent leges*) [100]. Si dovrebbe, pertanto, ritenere che, se da una parte i diritti risuscitano le teorie della guerra giusta, dall'altra ne vietano l'attuazione e la praticabilità. Sono ipotizzabili guerre giuste, ma non sono realizzabili senza diventare ingiuste. Ciò è ancora più evidente nella lotta contro il terrorismo, che appare essere tanto più efficace quanto più ne imita i metodi e l'imprevedibilità dei comportamenti aggressivi. La minaccia tenebrosa del terrorismo rischia di ricacciare la Comunità internazionale nello stato di natura, da cui la teoria della guerra giusta aveva cercato di farla uscire [101].

---

[98] È ben noto che è stata proprio la possibilità dell'uso di armi nucleari a far tramontare le teorie della guerra giusta.

[99] Per l'esposizione di questi due princìpi rinvio a R.J. REGAN, *Just War. Principles and Cases*, The Catholic University of America Press, Washington, D.C., 1996.

[100] Cfr. il commento alla frase del generale Sherman «la guerra è un inferno» in WALZER, *Guerre giuste e ingiuste*, cit., pp. 52-54.

[101] Non posso soffermarmi sul problema della lotta internazionale al terrorismo e sul quella della guerra globale o totale, che richiederebbero trattazioni apposite. Cfr. C. GALLI, *La*

In conclusione, mentre si deve ribadire che la difesa dei diritti umani elementari è una giusta causa di guerra, non si può dire che nel diritto internazionale attuale esista quell'autorità internazionale legittimata a deciderla e ad attuarla e che in generale si possano porre in essere attività belliche senza per ciò stesso violare diritti umani, per non parlare della *recta intentio* che è spesso sinistramente accompagnata da intenzioni oblique.

La protezione dei diritti umani è una giusta causa di guerra, ma la guerra non è un giusto mezzo di protezione dei diritti umani. Ciò, però, non significa che si possa e debba bandire del tutto in casi estremi l'uso della forza [102]. La rinnovata riflessione sulla teoria della guerra giusta è utile a sottolineare le implicazioni di una pace che sia giusta, cioè rispettosa della dignità umana, e non rassegnata a tollerare che essa sia violata in qualsiasi parte del mondo [103]. Una pace giusta è alla ricerca di strumenti giuridici e politici capaci di realizzarla e di difenderla adeguatamente, e non può permettere che la tolleranza si estenda fino al punto di diventare irresponsabile inerzia nei confronti dell'ingiustizia, in qualsiasi luogo e nei confronti di qualsiasi persona essa venga commessa. La teoria della guerra giusta ha fatto il suo tempo, ora è venuto quello della teoria della pace giusta.

---

guerra globale, Laterza, Roma-Bari, 2002. L'argomento del terrorismo in ragione della sua bruciante attualità si presta a trattazioni semplicistiche e sommarie, come – ad esempio – quella di J.B. ELSHTAIN, *Just War Against Terror. The Burden of American Power in a Violent World*, Basic Books, New York, 2003. Ricordo soltanto che sulla base dell'art.15 della Convenzione europea dei diritti umani c'è la possibilità di introdurre deroghe in caso di guerra o di altro pericolo pubblico per la vita della nazione e che proprio in relazione al terrorismo il Regno Unito ha modificato nel 2001 l'*Human Rights Act*, introducendo discriminazioni tra cittadini e stranieri in riferimento alla libertà personale. Cfr. P. DE SENA, *Tutela dei diritti umani ed esigenze di sicurezza nazionale*, in corso di pubblicazione negli Atti dell'VIII Convegno della *Società italiana di diritto internazionale*, 26-27 giugno 2003.

[102] Cfr. CONFORTI, *art. cit.*, p. 21. Non concordo, però, con la tesi di Conforti per cui attualmente la guerra condotta al di fuori del quadro delle Nazioni Unite non è né lecita né illecita per il diritto internazionale generale. Mi sembra, invece, che nel diritto internazionale generale vi sia la tendenza a considerare la guerra come illecita, ma non sempre l'uso della forza. Spetta al futuro diritto internazionale configurare quest'uso in modo tale da non dar luogo ad una guerra.

[103] Si deve anche porre il problema se la pace sia violata anche quando non v'è un'aggressione militare o una minaccia dell'uso della forza, come ad esempio succede nei casi di gravi danni ambientali.

II

I FATTI

Sospensione dei processi per le alte cariche dello Stato e immunità per i parlamentari. Profili di costituzionalità

di *Gaetano Azzariti* e *Roberto Romboli*

SOMMARIO: I) Sospensione dei processi e Costituzione. – II) Immunità parlamentari e Costituzione.

A lungo si è discusso della necessità, o meno, di dare attuazione per via ordinaria alle previsioni costituzionali relative all'insindacabilità dei parlamentari e alle altre misure previste dall'art. 68 Cost. La recentissima approvazione da parte della Camere della legge n. 140 del 2003 («Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi nei confronti delle alte cariche dello Stato») non chiude però il dibattito. Sia per le specifiche modalità stabilite per dare attuazione alle disposizioni costituzionali, sia per avere il legislatore introdotto un emendamento (diventato l'articolo 1 della legge) teso a regolare una questione affatto diversa dalle prerogative dei parlamentari, di estrema delicatezza sia costituzionale che politica: è stata infatti prevista la sospensione dei processi penali nei confronti delle cinque più alte cariche dello Stato.

Le note che seguono – scritte *a prima lettura* – manifestano non poche perplessità intorno alla compatibilità costituzionale della legge appena approvata dal Parlamento. Ma vogliono rappresentare solo un inizio di riflessione su temi che richiederanno approfondimenti dottrinali e grand'attenzione da parte dei costituzionalisti.

Abbiamo diviso queste brevi note in due parti, seguendo il duplice oggetto della legge n. 140 del 2003. Nella prima parte, redatta da Gaetano Azzariti, si esamina il primo articolo della legge relativo alla sospensione dei processi, nella seconda parte, redatta da Roberto Romboli, si esaminano le restanti parti della legge dedicate all'attuazione dell'art. 68 Cost.

I) Sospensione dei processi e Costituzione

Alla vigilia dell'approvazione della legge n. 140 del 2003, dopo una travagliata gestazione che ha coinvolto non solo le parti politiche, ma anche la più alta carica dello Stato, le forze di maggioranza hanno presentato un emendamento al disegno di legge allora in discussione in Parlamento per l'attuazione dell'art. 68 Cost. Un emendamento (diventato successivamente l'articolo 1 della legge), che appare del tutto eterodosso rispetto alla *ratio* della normativa in discussione. Infatti, la proposta avanzata dalla maggioranza, in questo caso, non ha nulla a che vedere con la regolamentazione dell'istituto della immunità, bensì riguarda la tutt'affatto diversa questione della sospensione dei processi penali a carico (non dei parlamentari, bensì) delle più alte cariche dello Stato.

In questa sede si vogliono esporre solo alcuni rilievi relativi a profili di costituzionalità, omettendo ogni ulteriore considerazione sul merito della decisione del legislatore di sospendere i processi per alcuni specifici soggetti. Argomenti di carattere procedurale, sistematico e formale, su una materia particolarmente delicata poiché rivelatrice della concezione complessiva dei poteri regolati in Costituzione.

In primo luogo, non sembra possibile adottare una misura quale la sospensione dei processi per soggetti dell'ordinamento (quali che essi siano, anche le più alte cariche dello Stato) con lo strumento della legge ordinaria (o altro atto avente la medesima forza normativa). Intanto per la evidente ragione – da più parti opportunamente rilevata – che in tal modo s'introduce una disparità di trattamento lesiva del principio di eguaglianza tra cittadini nella materia particolarmente delicata dell'accertamento della responsabilità penale individuale. Inoltre, si deve considerare che la misura della *sospensione* dei processi ha come esplicita finalità quella di impedire l'ordinario (e costituzionalmente imposto) esercizio della funzione giurisdizionale, venendo infatti a limitare l'esercizio dell'azione penale, che ai sensi dall'art. 112 è invece obbligatoriamente imposta ai pubblici ministeri.

La sospensione sacrifica poi fortemente le parti lese. Le diverse controparti processuali, che non sono rappresentate solo dallo Stato, nella sua veste di garante della giustizia e titolare della funzione repressiva, ma sono anche i soggetti privati che dai presunti comportamenti illeciti hanno subito danni. La sospensione impedirebbe di accertare le ragioni o i torti, per un lasso di tempo sostanzialmente indeterminato. Difficile negare almeno il contrasto con l'art. 24, nella parte che garantisce la possibilità di agire *in giudizio* (ora e non in un futuro imprecisato) per la tutela dei propri diritti.

Ma il contrasto con l'art. 24 può essere rilevato anche con riferimento al

diritto di difesa inteso in senso stretto: nel corso del processo e in ogni stato e grado del procedimento. Senza qui addentrarsi nella delicata questione della sorte processuale degli eventuali soggetti coinvolti negli accertamenti e nelle indagini della magistratura inquirente sui fatti imputati alle alte cariche, si vuole solo sottolineare che il diritto di difesa (di tutti gli attori processuali, siano essi gli eventuali coimputati o le parti lese) verrebbe fortemente compresso se non impedito. Più in generale può affermarsi che con la sospensione dei processi per alcuni determinati soggetti viene ad essere posto in discussione il principio generale della tutela giurisdizionale che, come recita l'art. 113, «non può essere esclusa o *limitata*».

Quanto basta per ritenere che introdurre per via ordinaria la misura della sospensione dei processi per le più alte cariche dello Stato risulta gravemente lesiva della legalità costituzionale.

Una simile riforma potrebbe attuarsi invece con lo strumento della legge di revisione costituzionale?

In questa sede – non volendo scendere a discutere il «merito costituzionale» della proposta – si possono avanzare due collegate considerazioni. La prima, di carattere generale, riguarda il *tono* che assumerebbe una modifica costituzionale che introducesse la sospensione dei processi per le più alte cariche dello Stato. È l'equilibrio tra i poteri che andrebbe ad essere toccato, cioè uno dei modi d'essere della nostra attuale democrazia costituzionale. Il carattere simbolico, la plusvalenza ideologica di una misura che va ad incidere sui rapporti tra funzione giurisdizionale ed autonomia degli altri poteri non può essere sottovalutata. Oltre agli effetti diretti – già di per sé di notevole rilievo – che riguardano i pochi soggetti cui si apprestano garanzie specifiche (la sospensione dei processi), verrebbe coinvolto l'assetto complessivo dei poteri nel nostro sistema costituzionale. Non si sta dunque discutendo di una modifica costituzionale specifica e di scarso rilievo.

La seconda conseguente considerazione vuole segnalare la *novità sistematica* della misura che si vorrebbe introdurre in Costituzione, almeno se riproduttiva di quella che è stata appena approvata in via ordinaria dal Parlamento. Secondo la legge n. 140 due elementi valgono a caratterizzare la sospensione dei processi: i fatti per i quali non si potrebbe più procedere per via giurisdizionale fino alla cessazione dalla titolarità dell'alta carica ricoperta dell'indagato a) *non* riguarderebbero quelli compiuti nell'esercizio delle funzioni; b) *non* si limiterebbe all'attività (anche non funzionale) posta in essere durante il periodo del mandato.

La sospensione processuale concernerebbe invece «qualsiasi [ipotesi di] reato anche riguardante fatti antecedenti l'assunzione della carica o della funzione» (così l'art. 1, della legge n. 140). È questa un'impostazione indubbiamente innovativa rispetto alla tradizione delle *prerogative* costituzionali; le

quali – dai tempi della trasformazione degli Stati assoluti fino ad oggi – hanno sì teso a garantire l'autonomia degli organi costituzionali e dei soggetti che *pro tempore* rivestivano gli specifici incarichi politici, ma sempre distinguendo tra prerogativa data all'attività svolta nell'esercizio delle funzioni e l'attività extrafunzionale, ed a maggior ragione tra i fatti compiuti durante il mandato e quelli necessariamente privati, compiuti prima dell'assunzione della carica pubblica. È anche facile comprendere la ragione (il *valore* sotteso, verrebbe da dire) che ha indotto la storia costituzionale ha operare queste distinzioni: si voleva (e si vuole ancora nel nostro attuale sistema costituzionale) escludere che le *prerogative* potessero essere ricondotte alla diversa categoria dei *privilegi*, poiché in democrazia questi ultimi non sono ammessi.

Questo disegno è chiaramente riflesso nella nostra Costituzione, e coerentemente perseguito, infatti ogni volta che affronta la questione delle garanzie per gli organi costituzionali opera le dovute distinzioni.

Nel caso del Presidente della Repubblica, nei confronti del quale – in considerazione del suo particolare ruolo costituzionale – stabilisce la più estesa garanzia di autonomia: all'art. 90 si sanziona una sostanziale *irresponsabilità generalizzata* (salvo i casi estremi di alto tradimento e attentato alla Costituzione), ma pur sempre limitata agli atti «compiuti nell'esercizio delle sue funzioni». Prerogative che non possono più farsi valere cessata la carica. In fondo, un'implicita conferma è rinvenibile nella vicenda in corso di svolgimento dinanzi alla Corte costituzionale, che vede un ex Presidente della Repubblica (Cossiga) ricorrere allo strumento del conflitto tra poteri per tutelare le prerogative presidenziali dopo la conclusione del mandato. In questo caso, già in sede di ammissibilità del conflitto (vedi l'ord. n. 455 del 2002), la Corte ha sottolineato «i complessi problemi costituzionali» che solleva la mera pretesa di una *perpetuatio legitimationis*. «Complessi problemi costituzionali» che sorgono in un caso in realtà ben più «semplice» rispetto a quello che verrebbe a realizzarsi con la sospensione dei processi. Infatti, il dubbio che la Corte è chiamata a risolvere riguarda *solo* la legittimazione dell'ex Presidente ad un conflitto tra poteri dinanzi alla Corte costituzionale, al fine di far valere la prerogativa che si sarebbe potuta invocare *dopo* ed *eventualmente*, nell'ipotesi di una pronuncia favorevole della Corte stessa, nel corso del processo instaurato dinanzi all'autorità giudiziaria: dunque una fattispecie che non pretendeva di estendere direttamente oltre il tempo circoscritto dal mandato, una prerogativa presidenziale.

Nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri, nonché dei ministri, la Costituzione prevede una diversa prerogativa a difesa della funzione svolta: l'autorizzazione delle Camere affinché la giurisdizione ordinaria possa procedere secondo quanto stabilisce una legge costituzionale *ad hoc*. In questo caso la Costituzione prevede che la garanzia valga anche successivamente

alla cessazione dalla carica, ma in ogni caso riguarda esclusivamente i reati commessi nell'esercizio delle funzioni, nonché (ovviamente e conseguentemente) per il periodo in cui i soggetti hanno esercitato la carica politica (vedi l'art. 96). Non dunque per atti privati o per periodi non relativi al mandato.

Si può ancora richiamare l'art. 68 che limita l'insindacabilità dei parlamentari all'esercizio delle funzioni. Per quanto si voglia dare una interpretazione estensiva alla formula dell'esercizio delle funzioni parlamentari e collegare ad essa tutta o gran parte dell'attività politica svolta dal parlamentare (come in passato s'è cercato di fare, ma ormai la Corte costituzionale – come è ben noto – non consente più), è chiaro che la limitazione è finalizzata proprio ad escludere – in questo caso come nei precedenti – che la prerogativa possa coprire attività privatamente svolte da singoli, tanto più in periodi in cui questi non esercitano alcuna attività parlamentare (per il commento degli articoli della legge n. 140 dedicati all'attuazione dell'art. 68 Cost., e l'interpretazione estensiva che – in particolare l'art. 3 – afferma, si rinvia alla II parte di queste note).

Appare dunque in tutti i casi confermarsi il principio di portata generale richiamato in precedenza: le democrazie contemporanee (il nostro sistema costituzionale, in particolare) pure affermando la necessità di tutelare l'autonomia degli organi costituzionali, utilizzando lo strumento delle prerogative costituzionali, hanno sempre teso a limitare questi stessi strumenti, essenzialmente in base al criterio di distinguere l'attività compiuta nell'esercizio delle funzioni dalle altre attività lasciate alla «grande regola» dello Stato di diritto e di considerare possibile far valere la prerogativa solo per il periodo relativo al mandato, magari anche dopo la cessazione dalla carica, ma comunque limitatamente a quello specifico periodo di tempo.

La riforma ipotizzata – ora introdotta per via ordinaria, come emendamento aggiuntivo ad una legge che parla di altro (le immunità parlamentari, che nulla hanno a che vedere con i reati commessi da titolari di alte cariche dello Stato prima di assumere tale ufficio) – se anche volesse essere proposta con legge di revisione costituzionale, innoverebbe fortemente il nostro sistema costituzionale, la visione complessiva dei rapporti tra poteri, gli equilibri tra questi e la giustizia, che la nostra tradizione ci ha consegnato.

È vero: si tratta di una *sospensione* e non di una *assoluzione*. Il processo potrebbe pur sempre riprendere al termine del mandato (purché il soggetto interessato non sia rinnovato nell'incarico, ovvero non venga nominato o eletto ad un'altra tra le cariche per le quali non si può procedere) e dunque le ragioni della giurisdizione potrebbero, a quel punto, ristabilirsi. Anni dopo. In tempi non sospetti, i nostri Maestri ci hanno però insegnato che il tempo lungo nella giustizia rende comunque ingiuste le decisioni dei giudici. Chi ha a cuore le ragioni del diritto, e teme le ingiustizie che possono provenire dalla giurisdizione (più che dai giudici), non può che meditare.

II) Immunità parlamentari e Costituzione

1. L'approvazione della legge n. 140 del 2003 rappresenta, per quanto concerne le immunità parlamentari, la conclusione di un *iter* assai tortuoso e faticoso che vede il suo inizio circa dieci anni prima, nei giorni immediatamente seguenti la revisione costituzionale dell'art. 68 Cost., votata appunto nel 1993, attraverso la quale, com'è noto, fu eliminato l'istituto dell'autorizzazione a procedere richiesto per sottoporre un parlamentare a procedimento penale. Tale istituto, come notato da G. Zagrebelsky, per il modo come era stato applicato dalle camere, era ormai assunto «a simbolo e compendio dell'arroganza e dell'impunità di una classe politica talora ripudiata nel suo complesso».

Nell'ambito delle discussioni parlamentari che portarono alla modifica dell'art. 68 Cost. fu spesso citata la decisione con cui, qualche anno prima, la Corte costituzionale aveva affermato la competenza esclusiva, e comunque prevalente, della camera di appartenenza a giudicare circa la riconducibilità della specifica attività del parlamentare alle opinioni espresse o ai voti dati nell'esercizio delle sue funzioni (sent. n. 1150 del 1988).

Infatti, nonostante fosse chiaramente percepita la distinzione, quanto a *ratio*, ambito di applicazione ed effetti, della garanzia sostanziale di cui all'art. 68, primo comma, Cost. rispetto a quella processuale, di cui al secondo comma della stessa disposizione, nell'applicazione pratica si era verificata una connessione tra le due, nel senso che quando il giudice, ritenendo non ricorrere un'ipotesi di insindacabilità, intendeva procedere nei confronti del parlamentare, doveva chiedere appunto l'autorizzazione della camera di appartenenza, la quale veniva così posta nella condizione di verificare, al fine di concedere o meno l'autorizzazione, non solamente l'esistenza del *fumus persecutionis*, ma anche dei presupposti di cui al primo comma dell'art. 68 Cost., sussistendo i quali il giudice non avrebbe neppure dovuto avanzare la richiesta di autorizzazione a procedere, trattandosi appunto di un caso di garanzia di tipo «sostanziale».

La procedura prevista nel secondo comma dell'art. 68, ispirata a ragioni assolutamente diverse e quindi del tutto autonoma dalla garanzia contenuta nel primo comma, veniva pertanto in realtà utilizzata per realizzare il principio della insindacabilità, nella interpretazione fornita dalla Corte costituzionale. Tanto è vero che, prima della modifica dell'art. 68 Cost., era stata sollevata una questione di costituzionalità attraverso la quale il giudice denunciava l'impossibilità di giungere davanti alla camera competente con riguardo a cause di responsabilità civile, per le quali appunto, mentre valeva l'immunità sostanziale, non era applicabile l'autorizzazione a procedere, prevista espres-

samente per i soli procedimenti penali (Corte cost., ord. n. 444 del 1993).

Per questo l'ipotesi di eliminare l'istituto dell'autorizzazione a procedere, poneva il problema di individuare una diversa strada attraverso la quale consentire alla camera di appartenenza di esprimere il proprio giudizio sull'applicabilità o meno dell'immunità sostanziale.

Le relazioni ai diversi progetti presentati sottolineavano come si sarebbe venuto a creare uno squilibrio tra il potere legislativo e quello giudiziario, qualora si fosse riconosciuto a quest'ultimo la possibilità di sottoporre un parlamentare a procedimento penale senza alcuna forma di filtro e di verifica da parte dell'organo rappresentativo e ponevano pertanto la necessità di procedere in qualche misura a coprire il «buco» che si sarebbe venuto a creare con la soppressione dell'istituto dell'autorizzazione a procedere, facendo espressamente a tale scopo riferimento alla possibilità di un successivo intervento del legislatore ordinario.

In conseguenza della revisione, operata con legge cost. 29 ottobre 1993, n. 3, il governo ritenne di dare seguito alle riserve prima ricordate attraverso l'approvazione di un decreto-legge, contenente misure urgenti di attuazione della modifica dell'art. 68 Cost. e tendente principalmente a fare fronte al «buco» normativo sopra menzionato.

Ebbe così inizio la serie ininterrotta di diciannove decreti-legge (dal n. 455 del 1993 al n. 555 del 1996), nessuno dei quali convertito e successivamente – a seguito della sent. n. 360 del 1996 della Corte costituzionale che impedì che la «catena» di decreti si allungasse ulteriormente – di disegni e progetti di legge, poi confluiti in un testo unificato, il quale, grazie anche all'accelerazione ricevuta dall'emendamento relativo al lodo Schifani (sul punto si rinvia alla prima parte di queste note), è infine divenuto la legge n. 140 del 2003.

2. La legge ordinaria, la quale curiosamente si incrocia con proposte tendenti a modificare nuovamente lo stesso art. 68 Cost., è titolata, al pari dei diciannove decreti-legge e di tutti i progetti che sono seguiti: «disposizioni per l'attuazione dell'art. 68 Cost.» e si compone, per la parte che ci interessa, sia di aspetti, potremmo dire «sostanziali», relativi alla determinazione della nozione di «opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni parlamentari», sia di aspetti «procedurali», concernenti invece più specificamente la via attraverso la quale la questione relativa all'applicabilità dell'art. 68 Cost. può giungere al giudizio delle camere.

Per quanto concerne i primi, l'art. 3, primo e terzo comma, della legge distingue una categoria di atti, specificamente indicati, i quali debbono considerarsi «in ogni caso» opinioni espresse nell'esercizio della funzione parlamentare («la presentazione di disegni o proposte di legge, emendamenti, ordini del giorno, mozioni e risoluzioni, le interpellanze e le interrogazioni,

gli interventi nelle assemblee e negli altri organi della camere, qualsiasi espressione di voto comunque formulata, ogni altro atto parlamentare, ogni altra attività di ispezione, di divulgazione, di critica e di denuncia politica, connessa alla funzione di parlamentare, espletata anche fuori dal parlamento»). In una seconda categoria invece rientra «ogni altro caso in cui [il giudice] ritenga applicabile l'art. 68, primo comma, Cost.».

L'esigenza di definire, accanto alle vie attraverso le quali consentire alla camera di appartenenza di pronunciarsi, anche la nozione di «opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni parlamentari», viene per la prima volta espressa nel D.L. n. 116 del 1996, il quale procede alla distinzione tra le due categorie di atti sopra ricordate, ma in un senso assai più restrittivo, ponendo nella prima categoria gli atti compiuti all'interno delle camere (la presentazione di disegni o proposte di legge, emendamenti, ordini del giorno, mozioni e risoluzioni, le interpellanze e le interrogazioni, gli interventi nelle assemblee e negli altri organi della camere, qualsiasi espressione di voto comunque formulata, ogni altro atto parlamentare) e nella seconda quelli compiuti fuori dalle camere, liberamente apprezzabili dal giudice e limitatamente alle attività divulgative («ogni altro caso in cui ritenga applicabile l'art. 68, primo comma, Cost. ad attività divulgative connesse, pur se svolte fuori dal parlamento»).

Evidente appare quindi il progressivo ampliamento della nozione di «opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni parlamentari», rappresentato in maniera particolare dall'aggiunta, alla prima categoria di atti, di «ogni altra attività di ispezione, di divulgazione, di critica e di denuncia politica».

Se infatti, rispetto alla oggi consolidata giurisprudenza costituzionale in materia di interpretazione dell'art. 68, primo comma, Cost., le attività di ispezione, esercitate fuori dalle camere, e quelle di divulgazione del contenuto di atti parlamentari «tipici», possono rientrare tra quelle coperte dall'immunità parlamentare, le attività di critica e di denuncia politica introducono un chiaro e notevole ampliamento della nozione stessa, rispetto a quella accolta dalla Corte costituzionale.

Tale effetto risulta ancora più evidente dal riferimento fatto nell'art. 3, primo comma, della legge alla «funzione di parlamentare», anziché alla «funzione parlamentare». Questo elemento letterale, da non potersi considerare un errore di stampa visto che ricorre a partire dal testo unificato, è assai significativo e, come è stato subito rilevato da Stammati e da Frosini, sembra spostare la nozione da un criterio oggettivo-istituzionale ad uno soggettivo-elettorale, per cui «la prerogativa dell'insindacabilità assumerà le dimensioni scarsamente determinabili della 'funzione di (del) parlamentare' piuttosto che quelli, più oggettivi, funzionali, controllabili e rigorosi della 'funzione parlamentare'» (Stammati).

Un ruolo certamente di estrema importanza sarà chiamato a giocare, con ogni probabilità, il concetto di «connessione» alla funzione di parlamentare, contenuto nell'art. 3, primo comma. Ciò parrebbe confermato anche dall'attenzione mostrata in proposito in sede parlamentare, dove la scelta del termine in questione «attività *connessa* alla funzione» è stata assai dibattuta fino alla discussione del testo unificato (26 febbraio 2003), dove prima era stata approvata l'espressione «attività *collegata* alla funzione» e poi quella «attività *riconducibile* alla funzione».

Al riguardo non si è mancato di rilevare che con il concetto di connessione fra attività parlamentari ed extraparlamentari «si scivola in quello, ben diverso, del legame fra attività parlamentari e attività a queste ultime connesse» (Stammati) e che «ciò che preoccupa è il fatto che la prerogativa parlamentare viene conseguentemente estesa fino a ricomprendere non solo le opinioni espresse 'fuori del parlamento', ma anche le opinioni meramente 'connesse alla funzione parlamentare', che è concetto assai più ampio del concetto di 'esercizio delle funzioni parlamentari' e ciò soprattutto se tale concetto viene interpretato e applicato dalle camere con la consueta generosità per i propri componenti» (Pace).

Su questo primo aspetto, relativo alla interpretazione della nozione di «opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni parlamentari» di cui all'art. 68, primo comma, Cost., sembra di tutta evidenza, come bene posto in rilievo da Pace e da Stammati, che l'interpretazione seguita dal legislatore ordinario con la legge n. 140 si pone in evidente contrasto con quella cui è giunta, dopo alcune prime incertezze, la oggi consolidata giurisprudenza costituzionale.

3. La Corte costituzionale ha infatti da tempo affermato che l'art. 68, primo comma, Cost. trova il proprio presupposto di operatività nella connessione funzionale tra le opinioni espresse e l'esercizio delle attribuzioni proprie del parlamentare, per cui è il nesso funzionale che segna il discrimine fra le varie manifestazioni dell'attività politica dei parlamentari, con la conseguenza che non è possibile ricondurre nella sfera della funzione parlamentare l'intera attività politica svolta dal parlamentare, dal momento che questa interpretazione allargata finirebbe per vanificare il nesso funzionale posto dalla disposizione costituzionale e rischierebbe di trasformare la prerogativa in un privilegio personale (spec. sentt. nn. 289 del 1998 e 329 del 1999).

La Corte si è soffermata in particolare sulla nozione di nesso funzionale, sostenendo che debbono ritenersi sindacabili tutte quelle dichiarazioni che fuoriescono dal campo applicativo del «diritto parlamentare» e che non siano immediatamente collegabili con specifiche forme di esercizio di funzioni parlamentari e che esse possono avere rilievo come forma di controllo politi-

co solo se si esplicano come funzioni parlamentari, attraverso atti e procedure specificamente previsti dai regolamenti parlamentari, precisando altresì che, nel caso di riproduzione all'esterno della sede parlamentare, è necessario, per ritenere che sussista l'insindacabilità, che si riscontri l'identità sostanziale di contenuto fra l'opinione espressa in sede parlamentare e quella manifestata nella sede «esterna», nel senso non di una puntuale coincidenza testuale, ma di una sostanziale corrispondenza di contenuti (sentt. nn. 10, 11, 320, 321, 420 del 2000; 51, 52 e 79 del 2002).

Assai diversa è stata l'interpretazione che hanno dato le camere della nozione di «opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni parlamentari», fornendo della stessa una lettura ampia ed onnicomprensiva, facendovi, in certi casi, rientrare, contro ogni evidenza, ipotesi che sembravano chiaramente escluse dalla disposizione costituzionale (come ben rilevato da recenti studi sull'argomento, v. Grisolia, Lasorella, Martinelli) e spesso ribaltando, senza motivazione, decisioni con cui la stessa commissione parlamentare aveva escluso in termini assolutamente perentori ed inequivocabili l'applicabilità dell'immunità.

In alcuni casi le camere hanno ritenuto di poter qualificare «*opinioni*», espresse nell'esercizio delle funzioni parlamentari, comportamenti tenuti prima di aver assunto lo *status* di parlamentare o veri e propri fatti materiali, come nel caso di deputati e senatori accusati di blocco stradale o di resistenza a pubblico ufficiale. In moltissimi casi l'«opinione» espressa dal parlamentare si risolveva in realtà in offese ed insulti verso i propri nemici politici e molto spesso verso magistrati o in offese di carattere esclusivamente personale o gratuitamente oltraggiose o sconvenienti.

Nessuna importanza ha rivestito poi la circostanza dell'accertata falsità delle «opinioni» espresse dal parlamentare e spesso le affermazioni offensive avevano a che fare con rapporti di natura assolutamente personale, attinenti alla vita privata del parlamentare e non alla funzione esercitata, come per l'ipotesi dell'allora presidente di una squadra di calcio, con riguardo a dichiarazioni pesanti rivolte nei confronti dell'operato dell'arbitro in occasione di una partita della sua squadra o di un parlamentare che, nel corso di una trasmissione televisiva di cui era conduttore, aveva commentato pesantemente il giudizio espresso nei suoi confronti da una commissaria della prova di esame per professore ordinario di storia dell'arte, alla quale egli aveva partecipato (ovviamente con esito negativo).

Una tale, ampia interpretazione della nozione di «opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni parlamentari» è stata, di recente, sanzionata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 6 Cedu (ora ribadito dall'art. 47 della Carta di Nizza), relativo al diritto di accesso ad un'autorità giudiziaria indipendente ed imparziale (sent. 30 gennaio 2003, *Cordova* c. *Italia*).

La Corte europea ha sottolineato come il diritto riconosciuto dall'art. 6 Cedu non può ritenersi assoluto, ma deve necessariamente essere bilanciato con altri principi, tra i quali certamente rientra quello espresso dall'art. 68 Cost. italiana che persegue di per sé scopi senza dubbio legittimi, per cui, in via generale, l'immunità parlamentare non può ritenersi una restrizione «sproporzionata» rispetto ai valori espressi dall'art. 6 Cedu, a condizione che l'attività del parlamentare risulti legata all'esercizio delle funzioni parlamentari e non esprima piuttosto una «*querelle entre particuliers*». L'assenza di un legame evidente con l'attività parlamentare impone, ad avviso della Corte europea, un'interpretazione stretta della nozione di proporzionalità tra scopi e mezzi usati, dal momento che la limitazione delle vie di accesso alla giustizia derivano dalla decisione di un organo politico, per cui, in conclusione, la Corte afferma che, nella specie, non poteva dirsi rispettato il giusto equilibrio tra l'interesse generale della comunità e la tutela dei diritti fondamentali.

4. Per quanto concerne gli aspetti procedurali, i commi da 4 ad 8 dell'art. 3 della legge n. 140 prevedono le modalità attraverso le quali le camere debbono essere poste nelle condizioni di esprimersi circa l'applicabilità o meno, nella specie, dell'immunità ossia circa la possibilità di qualificare una determinata attività come opinione espressa nell'esercizio di funzioni parlamentari.

Il giudice chiamato a pronunciarsi nei riguardi di un parlamentare – qualora questi proponga l'eccezione relativa all'applicabilità, nella specie, dell'art. 68, primo comma, Cost. – deve immediatamente rimettere gli atti alla camera competente perché si pronunci e sospendere conseguentemente il processo fino alla delibera della stessa e, comunque, non oltre il termine di novanta giorni, prorogabile di altri trenta, dalla ricezione degli atti da parte della camera.

La camera può essere investita della questione anche direttamente dal parlamentare interessato, il quale viene così a operare senza alcun filtro giurisdizionale, neppure di carattere formale. Il giudizio *a quo* può, su richiesta della camera, essere sospeso nei termini di cui sopra.

Al giudice pertanto non è riconosciuta neppure, come invece previsto dal D.L. n. 23 del 1994 fino al D.L. n. 9 del 1996, la possibilità di dichiarare l'eccezione del parlamentare manifestamente infondata, dovendo in ogni caso rimettere gli atti alla camera e sospendere il giudizio.

Il giudice può quindi procedere, senza la necessità di investire la camera, solo nell'ipotesi, assolutamente difficile da verificarsi, in cui il parlamentare o altri non pongano l'eccezione concernente l'applicabilità dell'art. 68, primo comma, Cost., né ricorrano direttamente alla camera.

La camera comunica la propria deliberazione al giudice, il quale, se questa

è favorevole all'applicazione dell'art. 68, primo comma, Cost., provvede di conseguenza.

Un primo elemento discutibile concerne la previsione del termine di novanta giorni prorogabile di ulteriori trenta, il quale, nella logica del carattere pregiudiziale della delibera parlamentare, potrebbe avere un senso solamente se allo spirare dello stesso conseguisse la perdita, da parte della camera, del potere di decidere ossia se al silenzio protratto per novanta o centoventi giorni fosse assegnato il significato di decisione favorevole o (meglio) contraria all'applicazione, nella specie, dell'immunità parlamentare.

Il termine invece è riferito dalla legge solamente alla sospensione del procedimento davanti al giudice e non anche alla possibilità della camera di decidere, per cui potremmo avere l'assurda situazione di un giudizio che, dopo essere stato sospeso per centoventi giorni senza che la camera si sia pronunciata, riprenda il suo corso, vada avanti anche per mesi (o anni) e venga poi bloccato, magari alla vigilia della sentenza, da una delibera con cui la camera dopo mesi (o anni) decida finalmente che le attività in questione sono coperte dall'immunità sostanziale di cui all'art. 68, primo comma, Cost.

Il comportamento della camera ritengo comunque che potrebbe essere valutato da parte della Corte costituzionale, nell'ambito di un eventuale conflitto sollevato dall'autorità giudiziaria, in termini di violazione del dovere di leale collaborazione tra i diversi poteri dello Stato.

Un secondo profilo che vale la pena di evidenziare, consiste nel fatto che l'art. 3, ottavo comma, della legge n. 140, a differenza di quanto accadeva nei decreti legge della ricordata «catena» (v. in particolare D.L. n. 116 del 1996, art. 2, ottavo comma, dove si leggeva: «salvo che ritengano di sollevare conflitto di attribuzione»), non contiene il riferimento al potere del giudice di sollevare conflitto di attribuzione nei riguardi della delibera parlamentare.

La cosa può apparire di qualche interesse soprattutto in considerazione del fatto che alcuni progetti di ulteriore revisione costituzionale dell'art. 68 Cost. prevedono espressamente che avverso la delibera parlamentare, che decide circa l'applicabilità dell'immunità, non è ammesso il ricorso alla Corte costituzionale per conflitto di attribuzione (v. progetto presentato dall'on. Bossi e quello dell'on. Palma).

Ci si è chiesto (Stammati) se la mancata, espressa previsione del ricorso alla Corte stia a significare che il giudice adesso non possa più sollevare conflitto nel caso in cui ritenga l'uso improprio e quindi illegittimo, da parte della camera, del potere di determinare l'applicabilità della garanzia sostanziale di cui all'art. 68, primo comma, Cost. e la conseguente invasione della sfera di attribuzioni riconosciuta dalla Costituzione all'autorità giudiziaria.

Ritengo che possano nutrirsi seri dubbi circa la legittimità costituzionale delle disposizioni sopra richiamate, pure se contenute in progetti di legge

costituzionale, mentre non avrei alcun dubbio sulla illegittimità costituzionale dell'espressa previsione di un simile limite alla tutela delle attribuzioni costituzionalmente spettanti al giudice, contenuta in una legge ordinaria. Per questo il fatto che, nella legge n. 140, non venga esplicitamente previsto lo strumento del ricorso per conflitto di attribuzione in capo all'autorità giudiziaria, credo non possa assumere alcun significato restrittivo, discendendo tale possibilità direttamente dalla Costituzione.

Il profilo certamente più importante è quello della reintroduzione del sistema, già presente nella «catena» dei decreti legge, della c.d. pregiudizialità parlamentare, vale a dire dell'obbligo del giudice di investire pregiudizialmente la camera della decisione circa l'applicabilità dell'art. 68, primo comma, Cost., sospendendo il giudizio e rimanendo poi vincolato alla decisione della camera (ci potremmo chiedere se ciò valga anche nel caso che questa ritenga i fatti *non* coperti dall'immunità o se il carattere vincolante dipenda dal tipo di risposta data dalla camera).

I primi, attenti commentatori della legge n. 140 non hanno mancato di rilevare e di sottolineare la incostituzionalità della pregiudizialità parlamentare, indicando come unica via rispettosa, sia dell'art. 6 Cedu, sia degli art. 24, primo comma, 101, 102, primo comma, 111, primo e secondo comma, Cost., quella di «eliminare radicalmente, perché incostituzionale, la c.d. pregiudiziale parlamentare e di lasciar decidere ai magistrati ordinari (civili o penali) la relativa controversia, in tutti i gradi del giudizio» (Pace) o associando l'approvazione della legge alla richiesta di *overruling* giurisprudenziale, suggerendo all'autorità giudiziaria, adesso che lo schema della sent. n. 1150 del 1988 è stato formalizzato in una legge, di sollevare la questione di costituzionalità, contestando quello schema direttamente con lo strumento del giudizio incidentale, anziché nella forma più tangenziale ed obliqua del conflitto di attribuzione (Stammati).

Una parte della dottrina (fra cui anche chi scrive) aveva fin da subito avanzato forti sospetti di incostituzionalità della pregiudiziale parlamentare, richiedendo altresì un ribaltamento di quella giurisprudenza costituzionale sulla quale in buona parte essa trovava fondamento e giustificazione.

Non penso sia opportuno in questa sede ripetere i molti argomenti portati da quella dottrina a fondamento di una simile richiesta, ma mi preme invece sottolineare come il sistema delineato dalla legge n. 140, pur facendo chiaramente riferimento alla sent. n. 1150 del 1988, viene a porsi in contrasto con la successiva giurisprudenza costituzionale – che ha ricostruito i rapporti tra autorità giudiziaria e camera nel senso di una «doppia competenza diseguale» (Pertici) – soprattutto nella parte in cui la legge viene ad introdurre una sorta di nuova autorizzazione a procedere.

La Corte costituzionale ha infatti chiaramente sostenuto come «il primo

comma dell'art. 68 Cost. non attribuisce alle camere un potere di tipo autorizzatorio il cui esercizio condizioni l'esplicazione della funzione giurisdizionale, da parte degli organi allo scopo investiti, in ordine alle condotte dei parlamentari alle quali esso si riferisce», precisando che non può essere seguita la prospettazione secondo cui l'autorità giudiziaria, la quale si trovi dinanzi ad una questione di sindacabilità dell'opinione espressa da un parlamentare, sarebbe «carente di giurisdizione» senza la «previa deliberazione della camera di appartenenza del parlamentare in ordine alla valutazione se la fattispecie concreta rientri o meno nell'ipotesi di cui all'art. 68 Cost.», la quale condurrebbe, a giudizio della Corte, a «ricostruire impropriamente il sistema nei termini di una sorta di 'pregiudizialità parlamentare' che si imporrebbe in tutti i giudizi in cui si controverta di ipotetiche responsabilità di un membro delle camere suscettibile di essere ricondotto ad una manifestazione di opinione, collegabile all'esplicazione del mandato; e in definitiva a configurare nuovamente una specie di 'autorizzazione a procedere' della camera di appartenenza, in assenza della quale non potrebbe essere esercitata la funzione giurisdizionale» (sent. n. 265 del 1997).

5. Da quanto detto credo emerga con una certa chiarezza che le scelte operate attraverso la legge n. 140 e quindi l'interpretazione data dal parlamento all'art. 68, primo comma, Cost. si pongono in evidente contrasto con la giurisprudenza costituzionale consolidata e quindi con l'interpretazione data dalla Corte costituzionale alla stessa disposizione della Costituzione, tanto che si potrebbe essere tentati di pensare che lo scopo della legge sia stato principalmente quello di opporsi alle conclusioni cui è giunto in proposito il Giudice delle leggi.

Ci possiamo chiedere però se lo strumento usato dal parlamento (legge ordinaria) possa essere ritenuto idoneo al raggiungimento di tale scopo, trattandosi in sostanza di incidere sulla portata ed i limiti di applicazione di una disposizione costituzionale.

Nessun dubbio ha avuto ad esempio di *Tribunal constitutional* spagnolo nell'affermare il principio che la materia dell'immunità parlamentare è materia regolata dalla Costituzione, per cui una modifica della stessa, nel senso di un ampliamento o di una sua restrizione, può avvenire solo attraverso il procedimento di revisione costituzionale (sentt. nn. 36 del 1981 e 9 del 1990).

L'interpretazione «ampia» della nozione di «opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni parlamentari», fornita dalle camere con la legge n. 140, poteva, in qualche misura, essere ritenuta certamente prevedibile, se non addirittura quasi scontata, da parte di chi aveva seguito la posizione assunta dalla giurisprudenza parlamentare nel decidere sui singoli casi sottoposti alle camere. Detto in altri termini, di fronte alla evidente distanza tra l'interpreta-

zione «stretta» dell'art. 68, primo comma, Cost. fornita dalla Corte costituzionale e quella «ampia» sostenuta dalle camere, pare quasi naturale che queste ultime abbiano ribadito, stavolta a livello legislativo, la stessa interpretazione tante volte fatta valere in sede di giudizio circa l'applicabilità della immunità a specifiche attività del parlamentare, per la cui deliberazione è richiesta la medesima maggioranza necessaria per l'approvazione di una legge ordinaria.

La vicenda pare richiamare la storiella dei due giovani studenti di giurisprudenza i quali avevano spesso avuto occasione di discutere circa l'interpretazione da dare ad una disposizione di legge, giungendo a conclusioni diametralmente opposte. Una volta laureati, uno di loro scelse di fare l'avvocato e l'altro il magistrato ed il caso volle che si ritrovassero, ognuno nel proprio ruolo, a discutere una causa il cui oggetto era proprio la disposizione di cui tante volte avevano discettato da studenti. L'avvocato, negli atti difensivi, si fondò sull'interpretazione da questi già sostenuta da studente ed il giudice decise il caso, accogliendo nella sentenza la tesi opposta, seguita dal medesimo quando era studente.

Ritrovatisi successivamente in una diversa occasione i due amici commentarono la vicenda giudiziaria ed il giudice, richiamando la sentenza con cui aveva deciso il caso, fece notare all'avvocato: «hai visto che avevo ragione io?».

In un sistema costituzionale come il nostro a costituzione rigida, la legge è valida solo a condizione che rispetti i principi costituzionali e rientra tra i compiti principali e maggiormente caratterizzanti della Corte costituzionale quello di controllare che la legge ordinaria sia conforme alla Costituzione ed interpreti correttamente le disposizioni costituzionali, per cui, nell'ipotesi di contrasto tra l'interpretazione data dalla Corte e quella fornita dal parlamento con lo strumento della legislazione ordinaria, non può che prevalere la prima, determinando, di conseguenza, l'incostituzionalità della seconda.

Per questo è pienamente condivisibile quanto di recente ha sostenuto Alessandro Pace, parlando di incostituzionalità di alcuni aspetti della legge n. 140, per il fatto di porsi in frontale contrasto con l'interpretazione data dalla Corte dell'art. 68, primo comma, Cost.

Da ultimo ritengo sia opportuno sottolineare come la legge n. 140, pur se indirizzata a dare attuazione alla revisione costituzionale del 1993, viene in sostanza a perseguire e raggiungere un risultato che si pone in netta antitesi con la *ratio* che aveva ispirato la modifica dell'art. 68 Cost. Essa, attraverso l'eliminazione dell'istituto dell'autorizzazione a procedere per sottoporre un parlamentare a procedimento penale, voleva stigmatizzare il cattivo uso che dello stesso era stato fatto dalle camere e certamente ridurre la sfera di immunità nei riguardi dei parlamentari, ormai divenuta una sorta di privilegio a carattere corporativo.

La soluzione contenuta nella legge n. 140 pare invece andare chiaramente in senso opposto. Infatti, come già diversi anni fa Livio Paladin aveva avvertito, una interpretazione estensiva dell'immunità sostanziale di cui all'art. 68, primo comma, Cost. può comportare una interferenza ancora maggiore, rispetto a quella prodotta dall'autorizzazione a procedere, nei confronti dell'attività giurisdizionale e della tutela dei diritti dei terzi, anche in considerazione del fatto che, mentre la garanzia processuale ha carattere temporaneo, quella sostanziale ha efficacia assoluta e definitiva.

Il ricondurre alla nozione di «opinione» qualsiasi tipo di attività, anche materiale ed il superamento del nesso funzionale attraverso il riferimento ad attività, anche genericamente «politiche», ovunque concretamente espresse o compiute, significa all'evidenza rilasciare alla assoluta e completa discrezionalità della camera la scelta in ordine alla sottoponibilità del parlamentare al giudizio dell'autorità giudiziaria. Ciò in quanto, proprio per i presupposti così generici e quindi sostanzialmente inesistenti, nessun soggetto, quindi neppure un giudice costituzionale, potrà essere nelle condizioni di svolgere un controllo dotato di una qualche reale efficacia.

La classe politica verrebbe in tal modo non solamente a recuperare quanto perso con l'eliminazione dell'autorizzazione a procedere, ma andrebbe addirittura oltre, riducendo gli spazi di intervento dei «contropoteri» ed in particolare della Corte costituzionale.

Per chiudere con un esempio, l'interpretazione «ampia» della nozione di «opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni parlamentari», accolta dalla camera ed ora formalizzata nella legge n. 140, ha permesso a quest'ultima, nella vicenda già richiamata che ha visto contrapposti l'on. Sgarbi e la sua commissaria di concorso universitario, di ribaltare, senza alcuna motivazione, le conclusioni cui era giunta, ad unanimità, la commissione parlamentare, la quale si era espressa nel senso che le affermazioni in questione esprimevano «null'altro che dileggio, insulto gratuito, ingiuria» e che «la vicenda ha connotazioni di esclusiva rilevanza personale, giacchè trae origine da avvenimenti per nulla connessi alla funzione parlamentare del deputato Sgarbi, ma relativi alla vita privata dello stesso».

L'interpretazione «stretta» seguita dalla Corte costituzionale, ha consentito al Giudice costituzionale di accogliere il ricorso dell'autorità giudiziaria e di annullare la delibera parlamentare, a seguito di un giudizio in cui la difesa della camera, seguendo l'interpretazione «ampia», aveva sostenuto che «le dichiarazioni rese dal deputato Sgarbi dovrebbero essere ricondotte nell'alveo della garanzia costituzionale, essendo le stesse episodi di una polemica da tempo condotta dal parlamentare nei confronti del mondo universitario, come emergerebbe anche da alcuni atti parlamentari».

Il cammino del sacro dovere di difesa della patria, dalla guerra contro l'aggressore alla solidarietà sociale

di *Francesco Dal Canto*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il sacro dovere di difesa della patria nel dibattito in Assemblea Costituente. – 3. La difesa della patria come dovere circoscritto al tempo di guerra. – 4. La difesa della patria come dovere a tempo indeterminato. – 5. Il riconoscimento dell'obiezione di coscienza al servizio militare, la legge n. 772 del 1972 e le sue ricadute sul dovere di difesa della patria. – 6. La giurisprudenza costituzionale in tema di obiezione di coscienza e di dovere di difesa. – 7. La legge n. 230 del 1998 e il «diritto» all'obiezione di coscienza. – 8. L'ingresso delle donne nell'esercito. – 9. La riforma delle forze armate nel quadro dei principi costituzionali. – 10. L'istituzione del «servizio militare professionale» e la «sospensione» della leva militare. – 11. L'istituzione del servizio civile nazionale. La fase transitoria e l'alternatività tra servizio militare e servizio civile. – 12. La fase a regime e il fondamento costituzionale del servizio civile volontario: il dovere di difesa nella dimensione della volontarietà. – 13. La regolamentazione del servizio civile nazionale e la mancata recisione del «cordone ombelicale» che la lega alla disciplina militare. – 14. Il servizio civile nazionale e il nuovo Titolo V, Parte II, della Costituzione.

1. Premessa

Il D.Lgs. n. 77 del 2002, in vigore a partire dal 1° gennaio 2005 [1], e contro il quale è pendente un giudizio di costituzionalità di fronte alla Corte costituzionale [2], fissa le regole per l'attuazione, l'organizzazione e lo svolgimento del

---

[1] Cfr. art. 12 del D.L. n. 355 del 2003, convertito con legge n. 47 del 2004, che ha posticipato l'entrata in vigore del D.Lgs. 1° giugno 2004, n. 77 al 1° gennaio dell'anno successivo.

[2] Si tratta del ricorso per questione di legittimità costituzionale della Provincia autonoma di Trento n. 44 del 2002, depositato presso la Cancelleria della Corte il 5 luglio dello stesso anno e consultabile nella *Gazzetta Ufficiale*, I° Serie speciale, n. 37 del 18 settembre 2002. La discussione in udienza pubblica di tale ricorso è fissata per il giorno 6 aprile 2004. In quella stessa data verranno definiti anche il ricorso della Provincia di Trento n. 21 del 2003, avente ad oggetto la legge di delega n. 64 del 2001, e il ricorso dello Stato n. 97 del 2003, avente ad oggetto la legge della regione Emilia Romagna n. 20 del 2003. Su tali ricorsi cfr. *infra*, paragrafo 14.

«servizio civile nazionale» quale «*modalità operativa concorrente ed alternativa di difesa dello Stato, con mezzi ed attività non militari*» (c.vi nostri).

Un siffatto inquadramento del nuovo servizio civile, operato dal legislatore delegato, presuppone l'accettazione di una nozione di *difesa* che di fatto sancisce il suo definitivo e totale affrancamento dall'ambito materiale concernente le forze armate e il servizio militare.

È vero, del resto, che dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana ai nostri giorni l'interpretazione del primo comma dell'art. 52, ove si stabilisce che «la difesa della patria è sacro dovere del cittadino», formalmente mai stato oggetto di alcuna revisione costituzionale, ha conosciuto un progressivo processo di ampliamento, frutto dell'evolversi delle condizioni storiche e della coscienza sociale, le cui tappe fondamentali, in alcuni casi anticipate o sollecitate dalla Corte costituzionale, si sono sovente manifestate attraverso l'approvazione di puntuali interventi normativi [3].

Occorre peraltro verificare se tale indubbio processo evolutivo sia effettivamente in grado di giustificare approdi normativi del tipo sopra indicato, e se questi ultimi possano quindi dirsi compatibili con l'art. 52 Cost., con la giurisprudenza costituzionale pregressa, nonché con il nuovo assetto istituzionale introdotto all'indomani della riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione.

2. Il sacro dovere di difesa della patria nel dibattito in Assemblea Costituente

La formula del primo comma dell'art. 52 fu dapprima approvata all'unanimità, a seguito di un dibattito piuttosto breve, dalla Prima Sottocommissione della Costituente nella seduta del 15 novembre 1946, poi riprodotta identica nell'art. 49 del Progetto della Commissione plenaria, e alfine votata, *nemine contraddicente*, dall'Assemblea. Del resto, è noto che i Padri costi-

[3] Fa riferimento a due fasi della "storia applicativa" dell'art. 52 Cost., individuando come spartiacque gli inizi degli anni Settanta, in corrispondenza sia di un ripensamento complessivo della disciplina militare intervenuto in quel periodo che dell'introduzione della legge sul riconoscimento dell'obiezione di coscienza, E. ROSSI, Sub *art. 52*, *terzo comma*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1992, 196 ss. Tre fasi, più di recente, vengono invece individuate da J. LUTHER, Sub *art. 52*, in *Commentario alla Costituzione*, coordinato da R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, in corso di pubblicazione per i tipi della Utet, ove si distingue il periodo tra il 1948 e il 1972, quello dal 1972 al 1989, e infine la fase contemporanea.

tuenti dedicarono, per «ragioni storiche e psicologiche», scarsa attenzione alle questioni militari, mostrando altresì un interesse prevalente per la dimostrazione della vocazione pacifista della Repubblica, e quindi per l'art. 11 Cost., nella parte in cui si veniva ad affermare il principio del ripudio della guerra di offesa [4].

Nell'originario intento dei Costituenti, la formula del primo comma dell'art. 52, il cui tono altisonante ed enfatico riecheggiava apertamente il lessico dei testi fondamentali degli Stati nazionali ottocenteschi, faceva espresso riferimento all'esigenza tradizionale di tutela armata del territorio e dei suoi confini [5]. In particolare, l'idea che fin da subito prevalse fu quella in forza della quale il dovere di difesa della patria fosse strettamente collegato all'esigenza di rispondere ad un'aggressione proveniente da un nemico esterno, e concernesse quindi esclusivamente i rapporti di natura internazionale, tra la Repubblica italiana e gli altri Stati.

Il dovere di difesa aveva come destinatari tutti i cittadini, tanto che taluni Costituenti non esclusero la possibilità che, a fronte di impreviste ed eccezionali forme di attacco allo Stato, potesse giustificarsi, sotto la copertura dell'art. 52, primo comma, l'imposizione di un coinvolgimento diretto dell'intero popolo, secondo l'idea risorgimentale della «nazione in armi» [6]. All'interno di questo quadro, definito nel clima politico e sociale immediatamente post-bellico, assumeva poi un preciso valore la disposizione di cui al secondo comma del medesimo articolo, ai sensi della quale «il servizio militare è obbligatorio nei limiti e modi stabiliti dalla legge»: essa infatti si poneva in rapporto di stretta strumentalità e consequenzialità con il dovere di difesa, risultando la stessa quale diretta e concreta attuazione di quello, nel senso che quest'ultimo si considerava ordinariamente esaurito, dal punto di vista operativo, essenzialmente nell'obbligo militare. A ciò si aggiunga che era comune a molti Costituenti la convinzione che il servizio militare obbligatorio avrebbe potuto assolvere, in un Italia che tentava di risorgere dalle macerie anche

---

[4] Cfr. E. BETTINELLI, Sub *art. 52*, *commi 1 e 2*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 70 ss. In argomento si veda anche L. CHIEFFI, *Il valore costituzionale della pace*, Napoli, 1990, 1 ss.

[5] La concezione della difesa riferita esclusivamente all'elemento territoriale è strettamente collegata all'idea ottocentesca della sovranità statale come potere di imperio sul territorio; in questa prospettiva, cfr., tra gli altri, F. RACIOPPI-I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, I, Torino, 1909, 243 e S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1926, 52.

In argomento, di recente, si vedano gli interventi di F. LANCHESTER, G. DE VERGOTTINI e G. FERRARA, svolti nel corso della tavola rotonda del 20 febbraio 2001 su *Servizio militare, servizio civile e Costituzione*, pubblicati in *Nomos*, 2001, 129 ss.

[6] Cfr. E. BETTINELLI, Sub *art. 52*, cit., 74 s., ove sono richiamati gli interventi in Assemblea costituente degli onn. DI GIOVANNI, GIUA e COLOMBI.

morali lasciate dalla guerra, anche ad un importante ruolo di integrazione sociale e di educazione delle giovani generazioni [7].

È peraltro vero che una ristretta ma significativa schiera di Costituenti si era dimostrata piuttosto favorevole all'idea, che più tardi risulterà sconfitta, di un'organizzazione delle forze armate basata esclusivamente sui volontari, e ciò soprattutto al fine di assicurare una maggiore efficienza all'apparato militare; così come è vero che, proprio in forza di quell'indirizzo minoritario, e una volta accettato il principio della coscrizione obbligatoria, il secondo comma dell'art. 52 fu votato con una formulazione piuttosto flessibile allo scopo di lasciare al legislatore una certa discrezionalità nel concedere spazio al volontariato [8].

Peraltro, sebbene vi fosse la consapevolezza che il dovere di difendere la patria e l'obbligo militare finissero quasi per sovrapporsi, nel senso che il primo era destinato a risolversi per intero nel secondo, dal punto di vista teorico, come già si evince da quanto finora osservato, i Costituenti avevano ben chiara la distinzione e l'autonomia concettuale tra i due piani: da una parte, il dovere di difesa si rivolgeva a tutti i cittadini, non era circoscritto ad un determinato periodo della vita del singolo individuo e il suo adempimento si poneva come strumentale alla tutela dello Stato, in prospettiva che questo fosse coinvolto in una guerra di aggressione; dall'altra, l'obbligo della prestazione militare rappresentava una delle forme possibili di attuazione del predetto dovere, quello della «difesa con le armi», per un periodo determinato e con riferimento a soggetti individuati.

3. La difesa della patria come dovere circoscritto al tempo di guerra

Nel dibattito successivo, che raggiunse la sua massima intensità negli anni Sessanta, con la pubblicazione quasi coeva di due fondamentali lavori mono-

---

[7] Cfr. ancora E. BETTINELLI, Sub *art. 52*, cit., 79.

[8] Cfr., in questo senso, tra gli interventi più significativi, quello dell'on. GASPAROTTO, ministro della difesa in carica (cfr. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, a cura del Segretario generale della Camera dei deputati, Roma, 1971, II, 1774 ss.). In senso peraltro decisamente contrario cfr. gli interventi di TOGLIATTI, DI GIOVANNI e NOBILE (*ivi*, risp., VI, 696, III, 1795, III, 1831). Questo aspetto, segnalato da E. BETTINELLI (Sub *art. 52*, cit., 76 s.), è ora particolarmente evidenziato da J. LUTHER (Sub *art. 52*, cit.), in coerenza con la tesi sostenuta da tale A. secondo la quale sarebbe costituzionalmente legittima la scelta, realizzata dal legislatore oltre cinquanta anni dopo, con la legge n. 331 del 2000, di "abolire" la leva militare. Sul punto cfr. *infra*, paragrafo 10.

grafici in tema di doveri costituzionali [9], l'autonomia concettuale tra i primi due commi dell'art. 52 Cost., e la conseguente negazione dell'esistenza di un nesso esclusivo di strumentalità tra di essi – caratteri, come si è detto, in parte già presenti nel corso dei lavori in Assemblea costituente – viene condotta ad ulteriori e più stringenti conseguenze.

In particolare, si viene affermando il principio per il quale il dovere di difesa della patria doveva essere inquadrato esclusivamente in quello specifico ordine concettuale presupposto dall'ordinamento di guerra, e che, soltanto in forza dell'eccezionalità di tale situazione concreta, tale dovere, rappresentando la massima espansione del concetto di solidarietà politica, poteva giustificare anche compressioni incisive della libertà personale [10]. Viene negata ogni legittimità alla ricostruzione del dovere di difesa come adempimento permanente, così come all'ulteriore assunto in forza del quale lo stesso doveva essere assolto almeno in eccezionali circostanze in tempo di pace, quali, ad esempio, improvvisi attentati alla sicurezza nazionale, magari provenienti da forze straniere [11]; al contrario, il dovere di difesa doveva essere adempiuto soltanto all'indomani di una formale deliberazione dello stato di guerra da parte delle Camere, ai sensi dell'art. 78 Cost. [12], ovvero, addirittura, in presenza di talune circostanze ulteriori successive a tale atto [13].

La difesa dall'aggressore, peraltro, non viene più intesa come limitata esclusivamente alla semplice difesa del «suolo patrio», bensì con il termine patria, carico all'evidenza di significati metagiuridici, si comincia a fare riferimento, oltre che all'elemento territoriale dello Stato, anche a quello persona-

---

[9] Ci riferiamo ai volumi di C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Milano, 1968, 1 ss. e G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 1 ss.

[10] G. LOMBARDI, *Contributo allo studio*, cit., 244, nonché ID., *Lo Stato può difendersi … ma non deve esagerare*, in *Giur. cost*., 1973, 90 ss. Concorda sul fatto che il dovere di difesa della patria sia circoscritto al caso di guerra, ovvero anche ad altri eventi eccezionali analoghi quali lo stato d'assedio, pur sottolineandone la sua autonomia dai doveri inderogabili di solidarietà, C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali*, cit., 95 e 119 ss. Tale impostazione verrà ripresa più tardi, in contrasto con l'opinione nel frattempo divenuta prevalente, da E. BETTINELLI, Sub *art. 52*, cit., 87 ss.

[11] Così E. BETTINELLI, Sub *art. 52*, cit., 89.

[12] G. LOMBARDI, *Contributo allo studio*, cit., 241. Sulla deliberazione dello stato di guerra ai sensi dell'art. 78 Cost., cfr. ora G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, in *Quad.cost.*, 2002, 19 ss.

[13] C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali*, cit., 127 ss., il quale ritiene che l'operatività del dovere di difesa sia connesso al perfezionamento di alcuni istituti, quali, tra i principali, quello dell'applicazione della legge penale militare.

le, della collettività statale, in modo che la relativa tutela viene di fatto a coincidere con quella rivolta alla stessa «identità nazionale» [14].

Viene poi ulteriormente rafforzata l'idea per la quale, coordinando la previsione di cui all'art. 52 con quella dell'art. 11, ai sensi della quale l'«Italia ripudia la guerra come strumento di offesa», il dovere di difendere la patria incombe sul cittadino solo in caso di una guerra *difensiva* [15].

Quanto al servizio militare obbligatorio, esso viene di conseguenza ad assumere un valore sostanzialmente diverso in tempo di pace e in tempo di guerra, nel senso che la prestazione di esso si pone quale forma di adempimento del dovere di difesa della patria esclusivamente nella seconda circostanza, assumendo invece nella prima un valore autonomo e un autonomo fondamento costituzionale [16]. In questa prospettiva, quindi, i componenti delle forze armate, in tempo di pace, non assolverebbero al dovere di difendere la patria bensì si limiterebbero ad assolvere agli obblighi specifici conseguenti al loro *status.*

E ancora, si distingue tra un dovere di difesa «con le armi», nei cui confronti l'obbligo di prestazione del servizio militare assume una strumentalità diretta, e un dovere di difesa «a contenuto normativamente non predeterminato», che prescinde dal servizio militare, e che trova comunque il suo inquadramento costituzionale nel primo comma dell'art. 52; ciò da cui consegue l'ulteriore conferma della tesi della strumentalità soltanto parziale del servizio militare rispetto al dovere di difesa [17].

---

[14] Cfr. ancora G. LOMBARDI, *Contributo allo studio*, cit., 244 s. Con approccio non molto dissimile, C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali*, cit., 121, ove si osserva che «il concetto di patria ha un significato prevalentemente politico, indicando il luogo che accomuna, per identità di lingua, di sentimenti, di tradizione, di costumi, di religione, tutto un gruppo di persone aventi coscienza di costituire un ente etico-sociale. Esso si identifica col concetto di *nazione*, cui l'ordinamento giuridico fa riferimento talvolta, ma, più di esso, coglie il sentimento comune che lega quel gruppo …».

Di recente, sullo sfuggente concetto di patria, cfr. M. VIROLI, *Per amore della Patria*, Roma-Bari, 2002, 1 ss.

[15] Può essere utile richiamare l'opinione diffusa in dottrina secondo la quale il «principio fondamentale» del ripudio della guerra offensiva ha sia un valore programmatico, nel senso che esso vincola i pubblici poteri a perseguire il fine della composizione pacifica delle controversie, sia un valore immediatamente precettivo, nel senso è impedita ai pubblici poteri la possibilità di ricorrere ad una guerra di aggressione ovvero di compiere atti incompatibili con tale divieto. In tale senso, cfr. M. BON VALSASSINA, *Il ripudio della guerra nella Costituzione italiana*, Padova, 1955, 84 ss.

In argomento, tra gli altri, cfr. A. CASSESE, Sub *art. 11*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 575, A. BARONE, *La difesa nazionale nella Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1987, 662 ss., P. BONETTI, *Ordinamento della difesa nazionale e Costituzione italiana*, Milano, 2000, 40 ss., G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, cit., 19 ss.

[16] In tal senso, espressamente, C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali*, cit., 125 e 133.

[17] Cfr. G. LOMBARDI, *Contributo allo studio*, cit., 243.

Nessun dubbio invece viene mostrato dalla dottrina riguardo al fatto che esclusivamente il titolare dello *status* di cittadino potesse essere destinatario non soltanto del dovere di difesa ma anche di quello di prestazione del servizio militare, essendo peraltro consentito al legislatore, con riferimento a quest'ultimo, di procedere, all'interno della categoria dei cittadini, ad una ulteriore selezione di quei soggetti individuati, per varie ragioni, come idonei [18]. Mentre un orientamento sul punto parzialmente diverso mostra, a partire da quello stesso periodo, la Corte costituzionale, la quale, con la sent. n. 53 del 1967 [19], dichiara non fondata una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto una previsione del 1964 che includeva gli apolidi tra i destinatari dell'obbligo militare [20]. E pare interessante sottolineare come il ragionamento condotto dalla Corte in quella occasione, paradossalmente, si muova proprio, pur forzandoli nelle conclusioni, dagli stessi convincimenti fatti propri dalla dottrina sopra richiamata: poiché il dovere di difesa e l'obbligo di prestazione del servizio militare godono di una reciproca «autonomia concettuale e istituzionale», e in considerazione del fatto che il secondo comma dell'art. 52 consente al legislatore di stabilire «limiti e modi» circa l'assolvimento di tale obbligo, allora, è la conclusione del Giudice costituzionale, non è possibile negare alla legge il potere di imporre lo stesso, «quando concorrano interessi che il legislatore consideri meritevoli di tutela, anche a soggetti non in possesso della cittadinanza italiana».

---

[18] Cfr. G. LOMBARDI, *Contributo allo studio*, cit., 247 ss. e C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali*, cit., 136 ss.

[19] Corte costituzionale 24 aprile 1967, n. 53, in *Giur. cost*., 1967, 342 ss., con nota critica di G. LOMBARDI, *Dovere di difesa, servizio militare e* status *di cittadino (profili critici)*.

Si noti come anche di recente la Corte, con la sent. n. 172 del 1999 (in *Giur. cost*., 1999, 1697 ss., con nota di E. GROSSO, *Sull'obbligo di prestazione del servizio di leva da parte degli apolidi. Spunti di riflessione verso possibili nuove concezioni della cittadinanza*, *ivi*, 1705 ss. e di G. MOSCHELLA, *Sul mantenimento dell'obbligo del servizio militare di leva per gli apolidi: una interpretazione discutibile della Corte*, *ivi*, 1728 ss.), abbia confermato tale orientamento, dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1, primo comma, del D.P.R. n. 237 del 1964 e 16, primo comma, della legge n. 91 del 1992, nella parte in cui tali disposizioni prevedono l'assoggettamento alla leva militare degli apolidi residenti in Italia. Nella motivazione della pronuncia può leggersi che l'art. 52 «si riferisce ai cittadini italiani» e che «tale riferimento è esplicito per quanto riguarda il dovere di difesa» ed invece «è implicito per quanto riguarda l'obbligo militare»; tuttavia ciò «non esclude l'eventualità che la legge, in determinati casi, ne stabilisca l'estensione», la quale non può essere considerata irragionevole nella misura in cui «gli apolidi residenti in Italia godono di un'ampia tutela in tutti i campi diversi da quello della partecipazione politica», ciò che «induce a ritenerli parti di una comunità di diritti la partecipazione alla quale ben può giustificare la sottoposizione a doveri funzionali alla sua difesa …» (Punto 2 del *Considerato in diritto*).

[20] Si tratta dell'art. 1, lett. *b*), del D.P.R. 14 febbraio 1964, n. 237, in materia di «Leva e reclutamento obbligatorio nell'esercito, nella marina e nell'aeronautica».

4. La difesa della patria come dovere a tempo indeterminato

Alla tesi secondo la quale il dovere di difesa opererebbe soltanto in tempo di guerra, e alla conseguente affermazione secondo cui il servizio militare in tempo di pace non sarebbe pertanto espressione di quello, si contrappone, a partire dagli anni Settanta, un'impostazione del tutto diversa, che verrà poi seguita, salvo talune eccezioni [21], dalla dottrina successiva prevalente: tale ricostruzione inquadra la nozione di difesa, in stretta connessione con il corrispondente dovere costituzionale, all'interno di una delle funzioni essenziali dello Stato, comprensiva di tutte quelle attività, non circoscritte all'eccezionalità di un periodo, bensì finalizzate alla complessiva garanzia della «conservazione» dell'ordinamento rispetto a pericoli ad esso esterni, ovvero di «prevenzione e repressione degli eventi di pericolo e di lesione della sicurezza» [22].

In questa prospettiva, pertanto, con il termine «difesa» non si fa più riferimento all'«atto» del difendersi da un aggressore esterno, come nella ricostruzione sulla quale ci siamo soffermati in precedenza, bensì, facendo astrazione dalla congiuntura bellica, al «fine» del difendersi, che ovviamente include tutta quella pluralità di attività preparatorie idonee alla realizzazione di tale obiettivo [23].

Poiché le forze armate costituiscono l'organizzazione strumentale dello Stato per assicurare materialmente la difesa, ne consegue che la relativa disciplina si inquadra a livello costituzionale nell'art. 52, primo comma, in tema di *dovere* di difesa [24], principio costituzionale che diviene, quindi, la fonte di legittimazione del complesso delle attività e delle funzioni militari; pertanto, tutti i soggetti inquadrati nelle forze armate, a titolo volontario oppure obbli-

---

[21] Cfr., in particolare, E. Bettinelli, Sub *art. 52*, cit., 87 e 100, in nota 38.

[22] S. Labriola, *Difesa nazionale e sicurezza dello Stato nel diritto pubblico italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, 905. Sulla difesa della patria come fine essenziale dello Stato cfr., per tutti, G. De Vergottini, *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, Milano, 1971, spec. 15 ss., secondo il quale la nozione di difesa viene ad assumere un significato strumentale rispetto a quello di sicurezza, distinguendosi peraltro una difesa esterna, concernente la sfera dei rapporti internazionali, che si realizza per lo più tramite l'organizzazione e l'attività militare, da una difesa interna, riferita invece ai rapporti interni all'ordinamento statale, e soddisfatta, principalmente, attraverso l'organizzazione e l'attività di polizia, ma, per alcuni aspetti, anche dalle forze militari. Sulla possibilità di estendere il concetto di difesa della patria anche a quelle attività delle forze armate svolte all'interno dello Stato, in risposta ad emergenze di ordine pubblico o in occasione di calamità naturali, cfr. ora la legge n. 331 del 2000, in ordine alla quale si rinvia al paragrafo 9.

[23] Di recente, in questo senso, cfr. F. Pizzolato, *Servizio militare professionale e Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2002, 776.

[24] S. Labriola, *Difesa nazionale e sicurezza dello Stato*, cit., 919.

gatorio, sia esso svolto in tempo di guerra oppure in tempo di pace, adempiono a quello stesso dovere. Ed è questo, del resto, anche l'orientamento seguito dalla Corte costituzionale quando essa afferma, nella sent. n. 37 del 1962, che la difesa della patria è una «necessità fondamentale e suprema attinente all'esistenza e difesa dello Stato»[25]; ovvero nella sent. n. 16 del 1973[26], laddove, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 266 c.p., sul reato di istigazione dei militari a disobbedire alle leggi o a violare il giuramento, sollevata per presunto contrasto con l'art. 21 Cost., si osserva che al bene tutelato da tale previsione, che all'evidenza non si riferisce soltanto ai militari di leva, «la Costituzione riconosce un supremo valore e accorda una tutela privilegiata», e che «ciò avviene appunto nell'art. 52», sul dovere di difesa della patria, il quale «contempla in primo luogo il dovere militare, organizzato nelle forze armate, presidio dell'indipendenza e libertà della nazione».

Ed è questo, infine, anche l'approccio seguito dal legislatore ordinario: dapprima con la legge n. 382 del 1978, contenente norme di principio sulla disciplina militare, ove si stabilisce, all'art. 1, secondo comma, che «compito dell'Esercito, della Marina e dell'Aeronautica è assicurare (…) la difesa della Patria»; più tardi con la legge n. 958 del 1986, contenente norme sul servizio militare di leva, ove, all'art. 1, si prescrive che «le Forze armate sono al servizio della Repubblica per la difesa della Patria». Infine, con una evidenza ancora maggiore, e come meglio si dirà nel prosieguo, con la legge n. 331 del 2000, di riforma delle forze armate.

Il dovere costituzionale di difesa della patria, pertanto, a partire dagli anni Settanta, diviene il fondamento costituzionale della funzione statale concernente la sicurezza (almeno) esterna e in esso si inquadrano la generalità dei principi di organizzazione e funzionamento delle forze armate, ben al di là dell'originario intento dei Costituenti, e a prescindere sia dall'esistenza di uno stato di guerra che, con riguardo al singolo individuo, dal tipo di rap-

---

[25] Corte costituzionale 19 aprile 1962, n. 37, in *Giur. cost*., 1962, 296 ss.

[26] Corte costituzionale 27 febbraio 1973, n. 16, in *Giur. cost.*, 1973, 87 ss., criticamente commentata da G. LOMBARDI, *Lo Stato può difendersi … ma non deve esagerare*, cit., 90 ss., il quale, coerentemente con la sua diversa impostazione, cui si fa riferimento nel precedente paragrafo, osserva come l'argomento rappresentato dal dovere di difesa, utilizzato dalla Corte, sia «chiaramente un *fuor d'opera*», dal momento che «il dovere di difesa non opera in tempo di pace, ma soltanto in presenza di uno stato di guerra». La stessa Corte, peraltro, con la successiva sentenza n. 139 del 1989, in *Giur. cost*., 1989, 648 ss., dichiarerà l'illegittimità costituzionale del predetto articolo nella parte in cui esso non prevedeva che, per l'istigazione di militari a commettere un reato militare, la pena fosse «sempre applicata in misura inferiore alla metà della pena stabilita per il reato al quale si riferisce l'istigazione».

porto, a titolo volontario ovvero coattivo, che lega il medesimo alla stessa organizzazione militare.

5. Il riconoscimento dell'obiezione di coscienza al servizio militare, la legge n. 772 del 1972 e le sue ricadute sul dovere di difesa della patria

La legge n. 772 del 1972, oggi abrogata, rappresenta un ulteriore fondamentale passaggio nel contesto dell'evoluzione della nozione di difesa della patria. Com'è noto, tale disciplina, venendo a regolare un fenomeno che si era progressivamente diffuso, pur *contra legem*, a partire dagli anni sessanta [27], introduce nell'ordinamento italiano la possibilità, già da taluno prospettata fin nel corso dei lavori della Costituente, ma in quella sede prontamente e coralmente respinta [28], di adempiere agli obblighi di leva, per chi si dichiara obiettore per ragioni religiose, filosofiche o morali, attraverso la prestazione di un servizio civile sostitutivo.

Le ragioni giuridiche che sorreggono l'ammissibilità del rifiuto del servizio militare sono, in linea di principio, e seguendo gli orientamenti dottrinali tradizionali, distinguibili in due ordini.

Un primo argomento fa leva esclusivamente sui profili direttamente inerenti alla libertà di coscienza. Partendo dal presupposto in forza del quale l'obiezione può definirsi come l'atteggiamento individuale di chi rifiuta pubblicamente, per contrasto insanabile con il proprio foro interno, un obbligo giuridico all'osservanza del quale sarebbe tenuto [29], si ritiene che l'ordinamento debba apprestare una qualche forma di protezione sul presupposto che il valore di cui tale comportamento è espressione trova una pur implicita tutela nel Testo costituzionale [30], ovviamente nell'ambito di un bilanciamento

---

[27] Per un inquadramento storico del fenomeno dell'obiezione di coscienza al servizio militare, cfr. S. ALBESANO, *Storia dell'obiezione di coscienza in Italia*, Treviso, 1993, 1 ss. In argomento, da ultimo, cfr. V. TURCHI, *Obiezione di coscienza: a trent'anni dalla prima legge. Bilancio di un'esperienza e problematiche emergenti*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2003, 77 ss.

[28] Si tratta di un emendamento proposto nella seduta del 20 maggio del 1947 dall'on. CAPORALI, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, cit., III, 1826 s.

[29] Cfr. F. PALAZZO, voce *Obiezione di coscienza*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 539 ss.

[30] Quanto al fondamento costituzionale dell'obiezione di coscienza, sia la dottrina che la giurisprudenza costituzionale, com'è noto, hanno manifestato orientamenti variegati, per il cui inquadramento si rinvia, di recente, a G. DI COSIMO, *Coscienza e Costituzione. I limiti del dirit-*

con l'interesse, anch'esso di rilievo costituzionale, sottostante alla regola che impone l'assolvimento dell'obbligo militare.

Seguendo questo ordine di considerazioni, che si muovono nella prospettiva eventuale di riconoscere all'obiettore forme, più o meno sottoposte a condizioni, di *esenzione*, possono essere prospettate, a seconda del peso riconosciuto alla libertà di coscienza, soluzioni diversificate, cui consegue un differente grado di discrezionalità del legislatore, sull'*an* e sul *quomodo*, nel definire il tipo di rilevanza giuridica da riconnettere alle singole manifestazioni della coscienza; cosicché quest'ultima, nell'ipotesi più restrittiva, può essere qualificata alla stregua di un semplice interesse, eventualmente meritevole di tutela, ovvero, secondo la soluzione diametralmente opposta, quale diritto direttamente azionabile, di per sé capace di imporsi nell'ordinamento giuridico, a prescindere da ogni *interpositio legislatoris*, e di conseguenza anche dalla previsione di una qualche modalità alternativa di adempimento dell'obbligo rifiutato [31].

Un diverso ordine di idee è quello manifestato invece da coloro che fondano la giustificazione giuridica del riconoscimento del servizio civile sostitutivo prevalentemente sulla struttura dell'obbligo militare, sui limiti alla sua derogabilità, e sulla applicazione del principio di *convertibilità* dei doveri pubblici. Poiché il servizio militare è obbligatorio «nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge», a quest'ultima spetterebbe il compito, nel definire la «misura» di tale obbligatorietà, non soltanto di prevedere dei limiti di idoneità, ovvero dei temperamenti alla generalità dell'imposizione, ma pure di introdurre delle prestazioni sostitutive di pari intensità, con la possibilità, quindi, di convertire l'obbligo rifiutato in un altro parimenti idoneo a conse-

---

to di fronte ai convincimenti interiori della persona, Milano, 2000, spec. 67 ss., ed *ivi* ampia bibliografia.

[31] Cfr. A. PUGIOTTO, voce *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 240 ss., il quale, in particolare, ricostruisce la dialettica coscienza-ordinamento secondo due direttrici: una *direttrice ascendente*, per la quale l'obiezione nasce dal singolo e può, nella misura in cui si afferma in ambito sociale, imporsi come eccezione riconosciuta dalla legge; ovvero una *direttrice discendente*, secondo la quale l'obiezione preesiste all'ordinamento, cosicché gli obblighi derivanti da quest'ultimo non possono che cedere di fronte ad essa, che si configura di conseguenza come un diritto inviolabile dell'uomo il cui esercizio è, di per sé, legittimo. Al primo orientamento, ferme restando anche significative differenze circa l'individuazione della norma costituzionale alla quale agganciare la libertà di coscienza, possono ascriversi, tra gli altri, F. MODUGNO-R. D'ALESSIO, *Tutela costituzionale dei trattamenti sanitari e obiezione di coscienza*, in *Parl.*, 1986, 26 ed E. ROSSI, *Obbedienza alla legge e obiezione di coscienza*, in AA.VV., *Obiezione di coscienza al servizio militare. Profili giuridici e prospettive legislative*, Padova, 1989, 71 ss.; al secondo si possono invece ricondurre le riflessioni di P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 62 s.

guire i risultati cui è rivolto il dovere costituzionale all'interno del quale l'originario obbligo risulta inquadrato [32].

In questa seconda prospettiva, tutta interna all'art. 52 Cost., il dovere costituzionale di difesa della patria e il correlato obbligo di prestare il servizio militare vengono a trovarsi su due piani assai diversi: assolutamente inderogabile il primo, potenzialmente derogabile il secondo, nel senso che quest'ultimo, presentandosi come una delle forme possibili ma non esclusive di attuazione dell'altro, è suscettibile di essere sostituito con una diversa prestazione che rappresenti comunque una forma di adempimento del dovere di difesa [33]. In questa ricostruzione il fattore della coscienza non assume più tanto il ruolo di ragione giuridica della ammissibilità del riconoscimento del servizio civile ma diviene, in un certo senso, essenzialmente il «movente» del legislatore, il bene che si intende tutelare, sul presupposto che l'operazione necessaria per il raggiungimento di tale risultato sia, di per sé, legittima.

Come si è notato, pertanto, in particolare seguendo l'impostazione secondo la quale l'ordinamento statale dovrebbe riconoscere la priorità dei diritti individuali sui doveri pubblici [34], è possibile estendere all'obiezione di coscienza al servizio militare l'osservazione secondo la quale «i primi connotano i secondi quante volte la scelta tra modalità diverse di adempimento sia indifferente per l'ordinamento ma non indifferente per la personalità morale del soggetto vincolato», giacché «inderogabile è il dovere e non il modo di corrispondervi», e «la convertibilità dei doveri pubblici è, dunque, (…) l'unico loro modo di essere conforme a Costituzione; non solo non lesiva del principio di eguaglianza, ma, al contrario, sua applicazione diretta» [35].

In tale ordine di idee le ragioni individuali dell'obiettore finiscono, quin-

---

[32] Cfr. G. LOMBARDI, *Contributo allo studio*, cit., 301 ss. e 307.

[33] Tale ricostruzione, pur proposta in un contesto assai diverso, si fa risalire in particolare a P.G. LUCIFREDI, *La figura del cittadino-soldato e il problema della convertibilità dei pubblici doveri*, in *Studi in memori di E. Tommasone*, Padova, 1937, 296. I medesimi argomenti sono successivamente ripresi, con approcci e angolature diverse, tra gli altri, da F. MARZANO, *Libertà costituzionali, obiezione di coscienza e convertibilità dell'obbligo di leva*, Roma, 1972, S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato «laico»*, Napoli, 1986, spec. 75 ss. e A. GUARINO, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, Napoli, 1992, spec. 63 ss.

[34] Tale impostazione, che rappresenta uno dei possibili esiti del dibattito intorno al tradizionale rapporto tra autorità e libertà, è fatta propria da C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali*, cit., spec. 38. In senso analogo, pur con particolare riguardo al dovere di fedeltà alla Repubblica, di cui all'art. 54 Cost., cfr. anche L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Milano, 1984, spec. 48 ss. Diversa è invece la concezione di A. BARBERA, Sub *art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 100 ss., secondo il quale la questione della priorità dei diritti di libertà sui doveri sarebbe, di fatto, uno «pseudo-problema».

[35] Così S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza*, cit., 83 s. e 94.

di, per divenire sostanzialmente secondarie, così come non essenziale appare l'esigenza di accertare la loro veridicità; come si è puntualizzato, infatti, «l'obiezione di coscienza potrà anche operare automaticamente, senza bisogno di accertamenti (…), dal momento che la convertibilità esula dall'ordine di idee proprio dell'esenzione, dal quale quasi per una sorta di vischiosità concettuale stenta, sul piano sistematico, a dissociarsi l'opzione fra servizio militare e servizio civile di difesa» [36].

È certamente vero che, allo scopo di fondare la legittimità del riconoscimento dell'obiezione di coscienza al servizio militare, i due argomenti – quello dell'*esenzione dall'obbligo* e quello della *conversione dell'obbligo* – possono essere utilizzati sinergicamente, e come ciò, anzi, sia per lo più avvenuto, sia per mano della dottrina che della giurisprudenza costituzionale. Interessa peraltro sottolineare come, da una parte, entrambi gli argomenti siano potenzialmente in grado, se applicati nella loro più ampia portata, di rappresentare ragioni sufficienti ed autonome al fine di giustificare l'ammissibilità del servizio civile sostitutivo, e come, dall'altra, le diverse intensità con le quali gli stessi sono stati combinati presuppongano l'adesione a differenti ricostruzioni del dovere di difesa della patria.

Veniamo dunque al testo della legge n. 772. Senza diffondersi sui contenuti, ben noti, di tale normativa, inizialmente assai punitiva nei confronti dell'obiettore, e per questo motivo etichettata come «compromesso minimalista» [37], è sufficiente richiamare alcuni dei passaggi maggiormente significativi. L'art. 1 prevedeva, in particolare, che «gli obbligati alla leva che dichiarano di essere contrari in ogni circostanza all'uso personale delle armi per imprescindibili motivi di coscienza, possono essere *ammessi a soddisfare l'obbligo del servizio militare nei modi previsti dalla presente legge*» (c.vi aggiunti); mentre, agli artt. 2 e 3, si disponeva che la domanda motivata di accesso al servizio civile – la cui durata era prevista di ben otto mesi superiore rispetto a quella del servizio militare [38] – fosse sottoposta all'accettazione, entro il ter-

---

[36] Così G. LOMBARDI, *Contributo allo studio*, cit., 308 s.

[37] L'espressione è di S. PRISCO, *La metamorfosi dell'obiezione di coscienza al servizio militare*, in *Giur. cost.*, 1989, 576.

[38] La durata del servizio civile fu parificata a quella del servizio militare in seguito alla pronuncia della Corte costituzionale n. 470 del 1989, in *Giur. cost*., 1989, 2161 ss., commentata, tra gli altri, da M. D'AMICO, *Una decisione sull'obiezione di coscienza fra tecniche processuali e scelte di merito, ivi,* 2173 ss., A. PUGIOTTO*, Davvero pari la durata tra servizio civile e servizio militare?*, *ivi*, 2197 ss., F. MODUGNO-R. D'ALESSIO, *Verso una soluzione legislativa del problema dell'obiezione di coscienza? Note in margine alla più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. it*., 1990, IV, 97 ss. e R. ROMBOLI-E. ROSSI, *L'obiezione di coscienza al servizio militare: morte o inizio di una nuova vita?*, in *Foro it*., 1990, I, 41 ss.

mine ordinatorio di sei mesi dalla presentazione, del Ministero della Difesa, previa acquisizione del parere di una commissione tecnica incaricata di valutare la «serietà» dei motivi addotti dall'obiettore.

Alla luce di tali previsioni, ciò che interessa sottolineare è che l'impostazione seguita dalla legge del 1972 nella sua stesura originaria appare maggiormente conforme alla prima delle due ricostruzioni sopra richiamate. L'esigenza di tutelare la libera espressione della coscienza, cui peraltro il legislatore riconosce nella circostanza un valore di semplice interesse meritevole di considerazione [39], giustifica la concessione del «beneficio» dell'ammissione al servizio civile, quest'ultimo inteso non come obbligo autonomo, risultato di una «conversione», bensì come diverso «modo» di soddisfare lo stesso obbligo militare. E coerentemente con tale ordine di idee, il legislatore prevede la necessità che venga operata una valutazione dei motivi di coscienza, affidando in particolare alla stessa amministrazione militare il compito di verificare la fondatezza e la sincerità delle ragioni invocate a sostegno della domanda di obiezione [40].

6. La giurisprudenza costituzionale in tema di obiezione di coscienza e di dovere di difesa

La normativa del 1972, com'è noto, fu oggetto di numerosi interventi della giurisprudenza amministrativa e costituzionale, gli ultimi dei quali determinarono la progressiva equiparazione tra disciplina del servizio civile e quella prevista per i militari di leva [41].

---

[39] Come nota G. PASTORI, *L'obiezione di coscienza nell'ordinamento italiano*, in B. PERRONE (a cura di), *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza*, Milano, 1992, spec. 145 s.

[40] La sentenza del Consiglio di Stato, in Adunanza plenaria, n. 16 del 24 maggio 1985, in *Foro it*., 1985, III, 285 ss., stabilirà, con efficacia *inter partes* ma con l'effetto concreto di modificare repentinamente la prassi amministrativa, una sorta di inversione dell'onere di provare la fondatezza dei motivi della domanda, prevedendo che l'obiettore si potesse limitare ad indicare i motivi che lo inducevano a rifiutare il servizio militare, restando a carico dell'amministrazione il compito di valutarne l'eventuale manifesta infondatezza.

Del resto, sulle difficoltà di sondare il foro interno degli obiettori e sulla prassi concretamente seguita dal «tribunale delle coscienze» nel primo decennio, caratterizzata dalla più ampia discrezionalità, si erano levate le voci critiche della prevalente dottrina. In questo senso cfr., tra gli altri, T. MARTINES, *Obiezione di coscienza e difesa della Patria*, in AA.VV., *Studi in onore di Lorenzo Spinelli*, IV, Modena, 1989, 1403 ss. e R. VENDITTI, *L'obiezione di coscienza al servizio militare*, Milano, 1994, 124 ss., cui si deve la colorita definizione riportata tra virgolette.

[41] Sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di obiezione di coscienza fino

In particolare, l'analisi della giurisprudenza costituzionale sembrerebbe evidenziare una certa oscillazione del Giudice delle leggi tra le due motivazioni giuridiche in tema di riconoscimento dell'obiezione di coscienza al servizio militare alle quali sopra si è fatto riferimento: alcune decisioni si muovono infatti quasi esclusivamente all'interno dell'ottica della convertibilità dei doveri pubblici, limitandosi a fare soltanto dei cenni alla questione del riconoscimento costituzionale della libertà del foro interno del singolo individuo; altre, invece, si incentrano soltanto sulla questione del bilanciamento dei valori costituzionali implicati, e sulle conseguenti «esenzioni privilegiate» dall'assolvimento di «doveri inderogabili» rese necessarie dalla esigenza di protezione della coscienza.

Al primo filone appartiene senza dubbio la sent. n. 164 del 1985 [42], nella quale, sviluppando peraltro concetti già in parte presenti nella precedente sent. n. 53 del 1967 [43], il Giudice costituzionale, investito della questione della legittimità della legge n. 772 nella sua globalità, ritiene errato il presupposto secondo il quale l'obbligo di prestare il servizio militare armato doveva essere configurato come un dovere inderogabile, giacché «inderogabile dovere di solidarietà politica per tutti i cittadini è, invece, la difesa della Patria, cui il servizio militare obbligatorio si ricollega»; per cui l'obiettore che svolge il servizio civile alternativo non viene meno al sacro dovere di difesa giacché questo «trascende e supera il dovere del servizio militare» ed è «ben suscettibile di adempimento attraverso la prestazione di adeguati comportamenti di impegno sociale non armato».

Sulla stessa lunghezza d'onda, con la sent. n. 113 del 1986 [44], la Corte afferma che l'obiettore di coscienza non doveva essere assoggettato alla giurisdizione militare bensì a quella ordinaria, dal momento che l'ammissione al servizio civile faceva perdere la qualifica di appartenente alle forze armate;

---

a tutti gli anni Ottanta, cfr., per tutti, S PRISCO, *Le metamorfosi dell'obiezione*, cit., 572 ss. e R. VENDITTI, *L'obiezione di coscienza*, cit., spec. 83 ss. Per un'analisi anche delle decisioni rese negli anni Novanta, cfr. G. GALANTE, *Spunti critici sulla giurisprudenza costituzionale più e meno recente in materia di obiezione di coscienza al servizio militare*, in *Giur. cost*., 1996, 1302 ss.

[42] Corte costituzionale 24 maggio 1985, n. 164, in *Giur. cost*., 1985, 1203 ss., commentata, tra gli altri, da E. ROSSI, *Una decisione interlocutoria in tema di obiezione di coscienza*, in *Foro it*., 1985, I, 2516 ss. e A. BELLI, *Problemi relativi alla obiezione di coscienza (nota alla sentenza n. 164 della Corte costituzionale)*, in *Giur. it*., 1986, I, 1, 161 ss.

[43] Corte costituzionale 24 aprile 1967, n. 53, in *Giur. cost*., 1967, 342 ss.

[44] Corte costituzionale 24 aprile 1986, n. 113, in *Giur. cost.*, 1986, 635 ss., commentata, tra gli altri, da R. VENDITTI, *Primi rilievi sulla sentenza costituzionale n. 113 del 1986 che esclude gli obiettori di coscienza dalla categoria degli «appartenenti alle forze armate»*, *ivi*, 652 ss. e A. PUGIOTTO, *L'obiezione di coscienza nuovamente davanti alla Corte costituzionale: ancora una sentenza lungimirante*, *ivi*, 1822 ss.

«le ragioni che impediscono di considerare "militari in servizio" gli obiettori di coscienza», puntualizza dunque il Giudice costituzionale, «escludono altresì che nel servizio sostitutivo civile in atto si possa ravvisare un particolare *modo* di esplicazione del servizio militare di leva», in quanto «più che all'ottica dei "modi", è all'ottica dei "limiti" del servizio militare obbligatorio (…) che deve ricondursi il discorso sull'ammissione al servizio sostitutivo civile. Ed in quanto limite all'adempimento dell'obbligo del servizio militare, essa non può che tradursi in un'alternativa di natura profondamente diversa» (c.vi aggiunti).

Se, quindi, la concessione del beneficio dell'ammissione al servizio civile rappresentava, per la legge, un diverso «modo» di corrispondere all'obbligo militare, le due pronunce appena citate si muovono invece, sempre nell'ambito della formula di cui al secondo comma dell'art. 52, nell'ottica dei «limiti», e quindi della derogabilità di tale obbligo, nonché della sua sostituibilità con un obbligo «di natura profondamente diversa». Per la Corte, la conversione dell'obbligo militare deve operare esclusivamente nel quadro del dovere di difesa, poiché il primo è «l'anima e lo spirito che vivifica e conforma il secondo, nonché la sua *attualizzazione*, esprimendo il mezzo giuridico per la sua effettiva realizzazione» [45].

Viene quindi formalizzata, in questa prima serie di pronunce, una ricostruzione dell'art. 52 Cost. in buona parte diversa da quella che avevano in mente i Costituenti, scindendosi definitivamente l'idea della difesa armata da quella, assai più ampia, della difesa della patria. E tutto ciò, come fu autorevolmente notato, viene realizzato «limitando l'esame all'art. 52», rendendo pertanto possibile «giungere alla conclusione che ai precetti in esso contenuti sia possibile dare concreta attuazione senza implicare delicati problemi di coscienza che investono il «foro interno» di ciascun individuo» [46].

Si comprende, per gli stessi motivi, anche l'affermazione di chi ha notato come le pronunce degli anni Ottanta sul tema dell'obiezione di coscienza [47]

---

[45] Così, più di recente, A. GUARINO, *Obiezione di coscienza e valori*, cit., 41.

[46] Così T. MARTINES, *Obiezione di coscienza e difesa della Patria*, cit., 1407.

[47] È espressione della stessa logica anche la pronuncia n. 470 del 1989, citata, con la quale la Corte dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 della legge n. 772, ove si prevedeva una durata del servizio dell'obiettore superiore di otto mesi rispetto alla durata del corrispondente servizio militare. Nell'occasione la Corte ribadì il concetto, già espresso nella citata decisione del 1986, in forza del quale «nel servizio sostitutivo civile non si può ravvisare un "modo" di esplicazione del servizio militare di leva», e altresì denunciò la difficoltà di procedere alla comparazione, onde accertarne l'effettiva equivalenza, e proprio nell'ottica della convertibilità, tra servizio militare e quello civile, e ciò a causa dell'organizzazione di quest'ultimo, fondata su di una «pluralità disarticolata di enti, organizzazioni o corpi di assistenza …».

abbiano introdotto i presupposti giuridici per il passaggio dalla logica della «sostitutività» del servizio civile a quella della sua «alternatività» [48]; passaggio che fu portato ad effettivo compimento, invero, soltanto molto più tardi, con l'approvazione, come si vedrà nel prosieguo, della legge n. 64 del 2001.

A tale inquadramento, inoltre, appare del tutto funzionale anche il venir meno di ogni «filtro» selettivo di accertamento all'ingresso, esito al quale, nei fatti, condurrà la citata decisione del Consiglio di Stato del 1985, con la conseguenza per la quale «i chiamati al servizio di leva non solo possono legittimamente richiedere la conversione, ma hanno anche il diritto che venga loro concessa» [49].

Vale la pena di ribadire che, secondo questa giurisprudenza, e secondo la dottrina che, in un certo qual modo, la ispirò e la sostenne [50], il riconoscimento dell'obiezione di coscienza al servizio militare si fonda pressoché esclusivamente su un'interpretazione tutta interna ai primi due commi dell'art. 52, idonea a consentire la conversione dell'obbligo militare in un altro obbligo al pari idoneo a rendere effettivo l'adempimento del dovere di difesa della patria. Un'accezione assai ampia di patria, non ristretta né alla sfera militare né a quella del diritto internazionale, potendo la stessa, al contrario, riguardare anche l'ambito dell'ordinamento interno ed essere estesa al campo dei doveri di solidarietà economica e sociale, oltre che politica; una patria che si identifica nello «Stato-ordinamento», la cui difesa si traduce in una sorta di dovere di «collaborazione civica», ovvero, più in generale, in un complessivo dovere di protezione dei supremi valori costituzionali sui quali l'ordinamento pone le proprie fondamenta [51].

Tale giurisprudenza, coerentemente, prescinde, invece, da ogni ulteriore considerazione inerente al riconoscimento della libertà di coscienza [52]. E, in

---

[48] Cfr. R. VENDITTI, *Primi rilievi sulla sentenza costituzionale*, cit., 652 ss.

[49] Così ancora T. MARTINES, *Obiezione di coscienza e difesa della Patria*, cit., 1413.

[50] Tra i primi, cfr. G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri*, cit., 308; tra i secondi, cfr. T. MARTINES, *Obiezione di coscienza e difesa della Patria*, cit., 1403 ss.

[51] Cfr. ancora T. MARTINES, *Obiezione di coscienza e difesa della Patria*, cit., 1413. Su questi aspetti, di recente, con particolare riferimento al servizio civile nazionale istituito con legge n. 64 del 2001, cfr. P. CONSORTI (a cura di), *Senza armi per la pace. Profili e prospettive del «nuovo» servizio civile*, Pisa, 2003, spec. 57 ss.

Contraria invece all'impostazione seguita nella sent. n. 164 del 1985, e alla dilatazione ivi operata del concetto di patria, soprattutto laddove il connesso dovere sarebbe suscettibile di adempimento anche attraverso «adeguati comportamenti di impegno sociale non armato», G. GALANTE, *Spunti critici sulla giurisprudenza costituzionale*, cit., spec. 1323 ss.

[52] Come nota, peraltro, con disappunto, anche G. GALANTE, *Spunti critici sulla giurisprudenza costituzionale*, cit., spec. 1317. L'A. osserva come tale linea di condotta, cui avrebbe

questo contesto, sembra rappresentare un momento di effettiva svolta la citata pronuncia n. 467 del 1991 [53], la quale, pur senza espressamente rinnegare le posizioni precedenti, introduce nella giurisprudenza costituzionale in tema di obiezione di coscienza un elemento nuovo.

In particolare, nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 8 della legge n. 772, laddove esso consentiva il fenomeno della «spirale delle condanne» per l'obiettore «atipico» e «tardivo» [54], il Giudice costituzionale osserva innanzi tutto che, «a livello di valori costituzionali, la protezione della coscienza individuale si ricava dalla tutela delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili riconosciuti e garantiti all'uomo come singolo, ai sensi dell'art. 2 Cost., dal momento che non può darsi una piena ed effettiva garanzia di questi ultimi senza che sia stabilita una correlativa protezione costituzionale di quella relazione intima e privilegiata dell'uomo con se stesso …»; e, ancora, poiché «la coscienza individuale ha rilievo costituzionale quale principio creativo che rende possibile la realtà delle libertà fondamentali dell'uomo (…), essa gode di una protezione costituzionale commisurata alla necessità che quelle libertà e quei diritti non risultino irragionevolmente compressi …». Ne consegue, è la conclusione del ragionamento, che «la sfera delle potenzialità giuridiche della coscienza individuale rappresenta (…) un valore costituzionale così elevato da *giustificare la previsione di esenzioni privilegiate dall'assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come inderogabili*» (c.vi aggiunti).

Ora, al di là delle pur fondamentali argomentazioni dedicate al riconoscimento costituzionale della libertà di coscienza, è interessante sottolineare il mutamento di prospettiva che sembra caratterizzare questa pronuncia rispetto a quelle precedenti. La possibilità di sostituire il servizio militare obbliga-

---

posto fine la successiva pronuncia n. 467 del 1991, in *Giur. cost*., 1991, 3805 ss., appaia del tutto paradossale e non condivisibile; a nostro parere, come si evidenzia nel testo, la stessa, al contrario, risulta la logica conseguenza della piena adesione della Corte, in questa fase, alla dottrina della convertibilità degli obblighi giuridici pubblici.

[53] La Corte, in verità, sviluppa in questa occasione argomenti in parte già presenti nella sent. n. 409 del 1989, in *Giur. cost*., 1989, 1906 ss., nella quale, affrontando la questione della legittimità costituzionale dell'art. 8, secondo comma, della legge n. 772 – ove si prevedeva la pena da due a quattro anni di reclusione per chi rifiutava il servizio militare per motivi di coscienza senza essere stato ammesso al servizio sostitutivo civile – si dichiara l'illegittimità della previsione in forza del fatto che «la situazione di chi è contrario all'uso della armi per motivi di coscienza ma nello stesso tempo richiede di essere ammesso a prestare servizio alternativo civile è diversa e non comparabile con l'ipotesi di chi totalmente rifiuti il servizio di leva, rifiutandosi così di adempiere ai doveri di solidarietà sanciti dall'art. 2 Cost.».

[54] Colui quindi che, dopo aver assunto il servizio militare, lo rifiuta facendo valere motivi di coscienza non previsti dalla legge n. 772 del 1972.

torio con quello civile viene ora giustificata, come esito di un bilanciamento tra contrapposti valori costituzionali, quale «esenzione privilegiata» dall'assolvimento di un obbligo ritenuto «inderogabile».

Limitandosi ad un'interpretazione letterale della motivazione, e in particolare di alcuni suoi passaggi, la sensazione che si ricava è quella di trovarsi di fronte ad un deciso *overruling*, con il passaggio secco dall'ottica della *conversione* a quella della *esenzione*. Non sembrerebbe spiegabile in altro modo, infatti, il motivo per cui il dovere di prestare il servizio militare, nel 1985 espressamente definito, a differenza di quello concernente la difesa della patria, come «legittimamente derogabile dal legislatore», diviene ora «assolutamente inderogabile», e di conseguenza – si potrebbe aggiungere – «non convertibile».

E lungo la direttrice inaugurata con la sentenza del 1991 si muovono anche le pronunce nn. 343 del 1993 [55] e 43 del 1997 [56]. Nella prima la Corte, in un giudizio avente ad oggetto ancora l'art. 8 della legge n. 772, nella parte in cui lo stesso non prevedeva l'esonero dall'obbligo militare per l'obiettore «atipico» che avesse già espiato la pena prevista per il rifiuto del servizio di leva, osserva che «i valori costituzionali, il cui bilanciamento ad opera del legislatore deve essere in questa sede scrutinato, sono dati, da un lato, dall'obbligo di prestare il servizio militare di leva (…), obbligo che va annoverato fra i doveri di solidarietà sociale di carattere inderogabile, e, dall'altro lato, dalla libertà personale, connessa all'incriminazione del rifiuto di prestare il predetto servizio, libertà che gode anch'essa della copertura dell'art. 2 della Costituzione in quanto diritto inviolabile …». Nella sent. n. 43, ancora una volta avente ad oggetto l'art. 8 della legge n. 772, nella parte in cui lo stesso non esclude la spirale delle condanne per l'obiettore «atipico», si legge, analogamente, che la protezione dei diritti della coscienza «tuttavia non può ritenersi illimitata e incondizionata» e che «spetta innanzi tutto al legislatore stabilire il punto di equilibrio tra la coscienza individuale, e le facoltà che essa reclama, e i complessivi inderogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociale che la Costituzione impone …».

La giustificazione del riconoscimento dell'obiezione di coscienza al servizio militare sembra, quindi, gravitare ora tutta all'interno del bilanciamento tra i valori, contrapposti e inderogabili, del dovere di difesa della patria e della libertà di coscienza; e tutto ciò a prescindere, almeno apparentemente, dalla struttura dell'obbligo di cui al secondo comma dell'art. 52 e dalla sua idoneità ad essere convertito.

---

[55] Corte costituzionale 20 luglio 1993, n. 343, in *Giur. cost*., 1993, 2668 ss.

[56] Corte costituzionale 20 febbraio 1997, n. 43, in *Giur. cost*., 1997, 383 ss.

E poiché l'impostazione seguita negli anni Ottanta presupponeva che alla derogabilità dell'obbligo militare corrispondesse una non derogabilità del dovere di difesa – rispetto al quale, infatti, il servizio civile rappresentava una diversa forma di realizzazione – taluno in dottrina ha potuto ulteriormente concludere, di fronte alle novità giurisprudenziali del decennio successivo, come, nel ribadire ora l'inderogabilità di entrambi i doveri, e con essa la possibilità di superare entrambi attraverso il meccanismo eccezionale della *esenzione*, la Corte abbia voluto definitivamente superare il precedente «ostinato tentativo, che si avverte come forzato, di ricondurre a tutti i costi l'istituto del servizio civile nell'alveo del dovere di difesa, al fine di dimostrare che quest'ultimo non fosse stato derogato»[57].

Ora, per quanto non si possa certo negare che talune espressioni utilizzate dal Giudice delle leggi possano in effetti condurre ad avvalorare tali esiti argomentativi, a nostro avviso sono possibili conclusioni diverse. Innanzi tutto, occorre tenere presente il fatto che, mentre le più risalenti pronunce avevano ad oggetto questioni riguardanti la legge n. 772 nella sua globalità, o comunque profili oggettivi idonei a porre in discussione l'istituzione stessa del servizio civile, quelle successive, al contrario, sono invece tutte incentrate sui profili soggettivi della disciplina, e oltre tutto muovono dalla valutazione di fattispecie concernenti ipotesi di rifiuto sia del servizio militare che di quello civile. In esse si prospetta infatti, sotto diversi profili, la questione della legittimità dell'art. 8 del testo del 1972, in tema di obiezione «totale», in ordine alla quale, in particolare, appare alla Corte imprescindibile il compimento di una serie di comparazioni tra coppie di fattispecie, raffrontate allo scopo di accertare la compatibilità delle norme censurate con riguardo al parametro dell'eguaglianza. E tale circostanza fa sì che l'argomento della coscienza, e il grado di protezione alla stessa riconosciuto, argomento che sarebbe apparso sostanzialmente accessorio nel contesto delle decisioni degli anni Ottanta, diviene ora assolutamente centrale, se non irrinunciabile, allo scopo di valutare la ragionevolezza delle scelte compiute, o non compiute, dal legislatore.

Si può concludere, quindi, che lo spostamento di prospettiva operato dalla giurisprudenza della Corte sia in qualche modo condizionato dalla particolarità dei casi sottoposti all'attenzione della stessa. Ed è pertanto possibile interpretare le decisioni a noi più vicine in modo da ricondurle nell'ambito di un'evoluzione giurisprudenziale coerente, al fianco di quelle adottate negli anni Ottanta. Obiettivo che può essere realizzato nella misura in cui, prescindendo da una rigorosa comparazione tra i termini utilizzati dalla Corte nelle

[57] Così ancora G. GALANTE, *Spunti critici sulla giurisprudenza costituzionale*, cit., 1322.

diverse circostanze, tenuto conto anche di una certa enfasi riscontrabile nelle pronunce meno risalenti, si ritenga che in queste ultime non si sia tanto inteso sottolineare la inderogabilità-non convertibilità dell'obbligo militare, così scardinando la costruzione edificata in precedenza, quanto invece si sia voluto giustificare con argomenti ulteriori proprio le medesime ragioni della convertibilità. In altre parole, la scelta del legislatore di consentire la sostituzione della leva militare con l'espletamento del servizio civile, a parità di intensità delle prestazioni richieste, e nell'ambito dell'assolvimento del medesimo dovere inderogabile di difesa, come puntualizzato nel 1985, appare ora agli occhi del Giudice costituzionale ancora più fondata, nel momento in cui la stessa risulta anche un modo attraverso il quale tutelare la libertà di coscienza.

7. La legge n. 230 del 1998 e il «diritto» all'obiezione di coscienza

Dopo alcuni infruttuosi tentativi di riforma intervenuti soprattutto nella X e XII legislatura [58], e al termine di un tormentato *iter* parlamentare, la disciplina del 1972 in materia di obiezione di coscienza al servizio militare, già ampiamente modificata nel corso degli anni dai sopra citati interventi del Giudice costituzionale, viene alfine abrogata dalla legge n. 230 del 1998, in forza della quale «i cittadini che, per obbedienza alla coscienza, nell'esercizio del diritto alle libertà di pensiero, coscienza e religione (...), opponendosi all'uso delle armi, non accettano l'arruolamento nelle Forze armate (...), possono adempiere agli obblighi di leva prestando, in sostituzione del servizio militare, un servizio civile, diverso per natura, e autonomo dal servizio militare, ma come questo rispondente al dovere costituzionale di difesa della Patria ...» (art. 1).

L'obiezione di coscienza trova, quindi, pieno riconoscimento come diritto soggettivo, prevedendosi soltanto limitazioni all'esercizio dello stesso per chi

[58] Si ricorda, in particolare, il rinvio del Presidente della Repubblica Francesco Cossiga, effettuato il 1° febbraio 1992, il giorno prima dello scioglimento delle Camere. Le ragioni del rinvio, argomentate nel messaggio al Parlamento ai sensi dell'art. 74 Cost (sul quale ampi stralci in R. VENDITTI, *L'obiezione di coscienza*, cit., 111), vengono individuate nella accertata necessità di un «rigoroso accertamento che la manifestazione di volontà del cittadino di prestare un servizio sostitutivo abbia fondamento in una scelta che nasce dalle intime concezioni e non costituisca un mero pretesto per sottrarsi ad un obbligo sanzionato a livello costituzionale»; giacché, si sottolinea ancora nel messaggio, «ridurre l'accertamento alla verifica della inesistenza di cause ostative non equivale ad aver accertato la effettiva esistenza e la serietà dei motivi addotti», con il rischio conseguente, è la conclusione del ragionamento, di ridurre l'obbligo militare ad una «realtà meramente facoltativa».

versa in situazioni di palese incompatibilità con tale scelta [59]; diritto che, inoltre, come puntualizza la formula assai densa dell'art. 1, trova il suo inquadramento in una serie di libertà riconosciute, direttamente o indirettamente – oltre che dalle Convenzioni internazionali in tema di diritti umani, espressamente richiamate – anche nella Costituzione italiana, venendosi quindi a qualificare l'obiezione di coscienza – sulla scia, e con i limiti, individuati dalla giurisprudenza costituzionale – come un comportamento costituzionalmente fondato [60].

Vero è, d'altra parte, che il servizio civile risulta ancora configurato come scelta sostituiva e derogatoria rispetto alla soluzione ordinaria rappresentata dalla leva, nel senso che l'arruolamento rimane ancora il presupposto logico e giuridico affinché tale alternativa possa effettivamente realizzarsi, attraverso appunto l'istituto dell'obiezione di coscienza. E avendo il legislatore fissato il termine entro il quale manifestare l'obiezione in un momento successivo all'effettivo reclutamento nelle forze armate, tale obiezione non si sostanzia, almeno sul piano formale, in una vera e propria manifestazione di contrarietà all'«ordinamento» militare nel suo complesso, ma soltanto, più riduttivamen-

---

[59] In particolare, come dispone l'art. 2 della legge, le cause ostative all'esercizio del diritto riguardano i titolari di licenze o autorizzazioni relative ad armi, coloro che hanno presentato espressa domanda da meno di due anni per svolgere un servizio militare armato, chi è stato condannato con sentenza di primo grado per detenzione, uso, porto o trasporto di armi e materiali esplodenti, e infine i condannati con sentenza di primo grado per delitti non colposi commessi mediante violenza contro persone e per delitti riguardanti l'appartenenza a gruppi eversivi o di criminalità organizzata.

[60] Si sofferma sulla qualificazione in termini di diritto soggettivo della pretesa dell'aspirante obiettore, tra gli altri, G. Di Cosimo, *Il diritto di obiezione di coscienza al servizio militare nella legge n. 230 del 1998*, in *Studium iuris*, 1999, 616 ss. Secondo una lettura in negativo del riconoscimento dell'obiezione di coscienza come diritto, avanzata, peraltro ben prima dell'approvazione della legge n. 230, da G. Gemma, *Brevi note contro l'obiezione di coscienza*, in R. Botta (a cura di), *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico*, Milano, 1991, 321, lo stesso si sostanzia «in un diritto all'inosservanza di doveri giuridicamente configurati, cioè in un diritto, legalmente codificato, alla disobbedienza».

È pur vero che, all'indomani della citata sentenza del Consiglio di Stato n. 16 del 1985 – che aveva definito il caso *sub iudice* stabilendo che il compito del «tribunale delle coscienze» doveva limitarsi alla verifica della manifesta infondatezza dei motivi addotti dall'obiettore – la prassi amministrativa era mutata repentinamente e la situazione giuridica di cui aveva finito per risultare titolare l'aspirante obiettore era già divenuta prossima, nella sostanza, a quella di un «diritto». Si ricorda inoltre che le disposizioni della legge n. 772 del 1972 riguardanti il riscontro della autenticità delle motivazioni, rimaste in vigore fino al 1998, erano state sottoposte in precedenza ad una richiesta di *referendum* abrogativo, poi invalidato per mancanza di *quorum*, e che, in occasione della ammissibilità di tale richiesta, con la sent. n. 31 del 1997 (in *Giur. cost.*, 1997, 248), la Corte aveva osservato che «in nessun caso potrebbe ritenersi che la presenza di una valutazione sulla validità delle motivazioni di coscienza (…) costituisca imprescindibile attuazione dell'art. 52 Cost. …».

te, nel rifiuto di una particolare espressione dello stesso, appunto il «servizio» militare [61].

Alla scelta di introdurre il «diritto» all'obiezione, peraltro, consegue una serie di previsioni assolutamente innovative rispetto alla precedente disciplina, quali l'abolizione di ogni forma di valutazione circa la genuinità dei motivi addotti dal richiedente, l'introduzione dell'istituto del silenzio-accoglimento in caso di mancata decisione, trascorsi sei mesi dalla presentazione della domanda (art. 5), il passaggio della competenza a decidere il contenzioso eventualmente sorto in caso di reiezione della stessa dal giudice amministrativo a quello ordinario (art. 5), e l'equiparazione a tutti i livelli tra i diritti dell'obiettore e i diritti del militare di leva, con la sola eccezione dei benefici specificamente volti a compensare la condizione militare (art. 6). Infine, la gestione del servizio civile viene sottratta al Ministero della Difesa e attribuita all'Ufficio nazionale per il servizio civile (U.N.S.C.), istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri.

È opinione largamente diffusa, in verità, quella secondo la quale la legge n. 230, senza dubbio giunta con ritardo rispetto alla maturazione della sensibilità sociale in materia di obiezione di coscienza, si sia limitata a registrare piuttosto cautamente le novità introdotte in seguito ai ripetuti interventi della Corte costituzionale. E in questo senso non c'è dubbio che tale testo rappresenti, per molti aspetti, una sorta di «precipitato» della giurisprudenza costituzionale pregressa, risultando in esso ripresi, talora letteralmente, argomenti tipici sia delle decisioni degli anni Novanta, nelle quali si era dato particolare rilievo ai diritti della coscienza, sia del decennio precedente, laddove si era soprattutto affermato il principio della derogabilità-convertibilità dell'obbligo militare.

Ed è proprio sulle orme di questo più risalente filone giurisprudenziale che l'art. 1 della legge n. 230 stabilisce che il servizio civile è «diverso per natura e autonomo dal servizio militare, ma come questo rispondente al dovere costituzionale di difesa della Patria», con il risultato che un concetto contenuto in una motivazione di una pronuncia della Corte di tredici anni prima, che taluno, come si è detto, aveva mostrato di considerare «isolata» alla luce dei successivi interventi giurisprudenziali, si presenta ora come un dato pienamente recepito anche dal legislatore, e in un certo senso «metabolizzato» dall'ordinamento.

In verità, anche di recente, una dottrina minoritaria non ha mancato di notare [62], seguendo un ragionamento ben noto, come il venir meno di ogni

---

[61] Cfr. ancora G. Di Cosimo, *Il diritto di obiezione di coscienza*, cit., 616 ss.

[62] L. Mazzarolli, *Note critiche sul cosiddetto diritto di obiezione di coscienza al servizio militare*, in *Dir. soc.*, 2000, 504 ss.

forma di controllo circa la corrispondenza tra i motivi addotti per l'obiezione e la reale sussistenza di una fatto di coscienza, cui segue la constatazione secondo la quale per il legislatore italiano sarebbe dunque sufficiente la mera dichiarazione di tali motivi, a prescindere dalla loro reale sussistenza, caratterizzerebbe la disciplina per una evidente irragionevolezza. Non sarebbe peraltro plausibile, prosegue il ragionamento di tale dottrina, l'argomento tradizionale dell'insondabilità della coscienza, giacché, si nota, l'ordinamento già prevede numerose norme che presuppongono valutazioni del foro interno; e ancora, non si comprenderebbe il motivo per il quale, mentre l'esenzione dal servizio militare per motivi di salute, anche mentale, deve essere preceduta da approfonditi accertamenti, al contrario la stessa esenzione, se fondata su motivi di coscienza, debba invece essere concessa senza alcun preventivo riscontro.

A parere di chi scrive tali argomenti, pur riflettendo un fondo di verità, si fondano su un presupposto errato.

In effetti, se la ragione giuridica del riconoscimento dell'obiezione fosse esclusivamente quella della tutela dei diritti della coscienza, nell'ottica della *esenzione*, sarebbe difficile non concordare sulla necessità di un accertamento della effettiva autenticità di tali motivazioni. La verità è, come più volte si è ribadito, che tale ragione giuridica non è affatto esclusiva, e che anzi essa si presenta in un certo senso come sussidiaria.

La ragione principale rimane invece quella concernente la convertibilità degli obblighi giuridici, ed è soltanto per questo motivo che, come si è detto, «l'obiezione di coscienza potrà anche operare automaticamente, senza bisogno di accertamenti», giacché «la convertibilità esula dall'ordine di idee proprie dell'esenzione» [63]. Chi scrive è dell'idea che la legge n. 230 del 1998 rafforzi questa prospettiva, e con essa, ancora una volta, il conseguente assunto secondo il quale il servizio civile è un modo per assolvere al dovere di difesa della patria [64].

---

[63] G. LOMBARDI, *Contributo allo studio*, cit., 309.

[64] Il fattore della coscienza torna invece ad assumere un'evidente centralità, così come era avvenuto in passato in relazione alle decisioni della Corte costituzionale aventi ad oggetto l'art. 8 della legge n. 772, sopra richiamate, con riferimento all'esigenza di comparare fattispecie penali concernenti il *rifiuto totale* della leva e tra loro differenziate soltanto per il diverso rilievo assunto in esse appunto da tale fattore (rifiuto, quindi, anche del servizio civile, cui consegue l'impossibilità di utilizzare in questa circostanza l'argomento della convertibilità degli obblighi giuridici). Ciò è avvenuto in occasione delle pronunce nn. 223 e 224 del 2000, in *Giur. cost.*, 2000, risp., 1744 ss. e 1766 ss., commentate da A. PUGIOTTO, *Avere coscienza, avere una coscienza*, *ivi*, 1758 ss. e da S. L. MORSIANI, *Obiezione e rifiuto del servizio militare: la condizione «subiettiva» al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2001, 1570 ss.

In particolare, nella sentenza n. 223 la Corte, chiamata a valutare la legittimità dell'art. 14,

8. L'ingresso delle donne nell'esercito

Sebbene in una prospettiva diversa, un ulteriore ampliamento delle potenzialità normative dell'art. 52 Cost. è stato compiuto anche con la legge delega n. 380 del 1999 – successivamente attuata con il D.Lgs. n. 24 del 2000 – nella quale si stabilisce che «le cittadine italiane partecipano, su base volontaria (...), ai concorsi per il reclutamento di ufficiali e sottufficiali in servizio permanente e di militari di truppa in servizio volontario (...) nei ruoli delle Forze armate …» (art. 1, primo comma).

Già in sede di Assemblea costituente, del resto, non si era mancato di sottolineare il paradosso, ritenuto allora inevitabile, per il quale, mentre il principio di cui al primo comma dell'art. 52 Cost. non poteva che vedere anche le donne tra i destinatari della norma, invece la loro posizione rispetto all'obbligo militare, che di tale dovere rappresentava una diretta attuazione, era del tutto differenziata da quella degli uomini, e ciò soprattutto sulla base di considerazioni di ordine «biologico e fisiologico», e in prospettiva comunque, come testualmente si puntualizzò in quella sede, che il legislatore presto stabilisse «quelli che sono i compiti di assistenza particolare a cui l'animo e la gentilezza femminile sono più adatti» [65].

Ma tale paradosso, sebbene per taluno costituzionalmente giustificabile con riferimento al principio d'eguaglianza sostanziale ovvero a quello di tutela della maternità (art. 31 Cost.) [66], era da tempo divenuto insostenibile, alme-

---

commi 4 e 5, della legge n. 230 del 1998, laddove si prevede una disciplina differenziata dell'esonero dagli obblighi di leva a seconda che il mancato adempimento degli stessi sia o meno dipeso da ragioni di coscienza, osserva, nel dichiarare l'infondatezza, che la proposta «generalizzazione della disciplina dettata specificamente per i casi di coscienza solleva l'interrogativo se una simile linea di tendenza non si ponga in contrasto con il vigente principio costituzionale dell'obbligatorietà del servizio militare, principio che non esclude il riconoscimento della coscienza individuale e dei suoi diritti, ma a condizione, ovviamente, che la normativa dettata in funzione di tale riconoscimento non pretenda di valere come regola generale» (P.to 3 del *Considerato in diritto*). Riguardo alla vicenda definita con la sent. n. 224, invece, lamentando il giudice remittente l'irragionevolezza della disciplina prevista per i reati di mancanza alla chiamata e diserzione, se comparata con quella, più mite, di cui all'art. 14, secondo comma, della legge n. 230, in tema di rifiuto totale del servizio militare per motivi di coscienza, la Corte rigetta perentoriamente le doglianze osservando come il giudice *a quo* avesse nella specie trascurato «l'elemento, ai fini della presente questione decisivo, dal quale le diverse fattispecie sono distinte: il fattore della coscienza, quale ragione determinante la violazione degli obblighi di legge» (P.to 3 del *Considerato in diritto*).

[65] U. MERLIN, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, cit., III, 1904.

[66] Cfr., in questo senso, D. NOCILLA, *Servizio militare femminile e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1981, 161 ss., nonché, problematicamente, prendendo spunto da una discutibile decisione

no nella misura in cui lo stesso aveva assunto il significato di un generalizzato divieto per le donne di vestire la divisa militare. Tale divieto era da tempo avvertito nella coscienza sociale come antistorico, e del resto l'Italia era rimasta tra i pochi paesi europei a non ammettere le donne nelle forze armate.

Con la legge n. 380, quindi, approvata al termine di un lungo dibattito parlamentare, si ripara a tale ritardo; non si estende peraltro alle donne l'obbligo di prestare il servizio militare – operazione che, probabilmente, nel periodo in cui si cominciava a prospettare l'idea di abolire la stessa leva militare, come si dirà nel prosieguo, sarebbe sembrata un'inutile forzatura – prevedendosi peraltro, nell'ambito di una scelta di tipo volontario, una disciplina piuttosto «coraggiosa», la quale non stabilisce, almeno in linea di principio, alcun limite per le donne ad essere impiegate in qualsiasi specialità od incarico già previsto per gli uomini.

9. La riforma delle forze armate nel quadro dei principi costituzionali

Una vera svolta nell'attuazione dell'art. 52 Cost. è stata quella che si è realizzata in seguito all'entrata in vigore della legge delega n. 331 del 2000, recante «norme per l'istituzione del servizio militare professionale», in seguito attuata con il D.Lgs. n. 215 del 2001, cui ha fatto seguito, con «disposizioni integrative e correttive» dello stesso, il D.Lgs. n. 236 del 2003 [67].

---

con cui il Consiglio di Stato aveva respinto il ricorso di una donna esclusa dalla partecipazione al concorso per il reclutamento di allievi ufficiali della marina militare presso l'Accademia Navale di Livorno (Consiglio di Stato, Sezione IV, sent. 28 luglio 1982, n. 526, in *Foro it*., 1983, II, 386 ss.), anche E. ROSSI, *La donna e le forze armate: la posizione del Consiglio di Stato*, *ivi*, 386 ss.

[67] Dubbi circa la scelta di utilizzare lo strumento della delegazione legislativa sono prospettati da F. LANCHESTER, nel suo intervento in *Servizio militare, servizio civile e Costituzione*, cit., 131. Tali dubbi si fondano su un sillogismo, le cui premesse sono quelle per le quali, da una parte, seguendo l'orientamento della prevalente dottrina, la materia militare sarebbe coperta da una riserva assoluta di legge, e, dall'altra parte, sulla scia di un'autorevole quanto minoritaria tesi, le riserve assolute impedirebbero l'utilizzo delle deleghe legislative (cfr., per tutti, C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padova, 1964, 71). È noto, peraltro, come la Corte abbia puntualizzato, fin dalla sentenza n. 77 del 1967, in *Giur. cost*., 1967, 963 ss., che le normali riserve non escludono affatto le fonti equiparate alla legge, quali appunto i decreti legislativi. Su tale dibattito, negli ultimi anni parzialmente rinvigorito, cfr. ora E. MALFATTI, *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazione*, Torino, 1999, 205 ss.

La riserva di cui sopra, in particolare, per taluni peraltro da ritenere soltanto «relativa», riguarderebbe la materia militare sia relativamente al profilo dei limiti all'obbligatorietà del

La legge n. 331 prevede, all'art. 1, che «l'ordinamento e l'attività delle Forze armate sono conformi agli articoli 11 e 52 della Costituzione».

Il richiamo espresso all'art. 11 rappresenta senza dubbio una novità assai rilevante. Se infatti fino ad oggi il riferimento costituzionale pressoché esclusivo dell'attività militare, per quanto anch'esso non esplicitamente previsto dai testi legislativi precedenti, era costituito dall'art. 52 Cost., si profila ora l'esigenza, dolorosamente sempre più attuale, di giustificare la presenza delle forze armate all'estero, in occasione di crisi internazionali, in esecuzione di trattati o nell'ambito di alleanze, e tale giustificazione viene ricondotta, per la prima volta, nell'alveo dell'art. 11 Cost., in particolare ove si consentono «limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni» e ove si «promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo» [68].

Il riferimento all'art. 11 Cost., operato dal legislatore, deve poi essere letto contestualmente all'ulteriore previsione concernente l'elenco dei compiti affidati alle forze armate. Al terzo comma dell'art. 1 si stabilisce, in particolare, che «compito prioritario delle Forze armate è la difesa dello Stato», mentre, al quarto comma, si aggiunge che le stesse hanno «altresì il compito di operare al fine della realizzazione della pace e della sicurezza, in conformità alle regole del diritto internazionale ed alle determinazioni delle organizzazioni internazionali delle quali l'Italia fa parte». Infine, al comma 5 del medesimo articolo, si stabilisce che «le Forze armate concorrono alla salvaguardia delle libere istituzioni e svolgono compiti specifici in circostanze di pubblica calamità ed in altri casi di straordinaria necessità e urgenza».

Può quindi notarsi come il legislatore affidi all'organizzazione militare, oltre ai compiti, ritenuti prioritari, tipicamente ricompresi nel concetto *tradizionale* di difesa, altre tre distinte funzioni: le prime due, già previste fin dalla legge n. 382 del 1978, recante «norme di principio sulla disciplina militare», concernono la «salvaguardia delle libere istituzioni» e la tutela della «collettività nazionale nei casi di pubbliche calamità» [69]. La terza riguarda invece

---

servizio militare sia, più in generale, per ciò che attiene alla complessiva regolamentazione delle forze armate. Sui profili concernenti i caratteri di tale riserva, che troverebbe il proprio fondamento costituzionale negli ultimi due commi dell'art. 52, in combinato con l'art. 23 Cost., cfr. E. ROSSI, Sub *art. 52*, cit., 192 s.

Quanto invece ai decreti legislativi «integrativi e correttivi», e sulla loro problematica compatibilità con la Costituzione, cfr., per tutti, M. CARTABIA, *I decreti legislativi integrativi e correttivi: virtù di governo e vizi di costituzionalità?*, in V. COCOZZA-S. STAIANO (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto*, Torino, 2001, 65 ss.

[68] Sottolinea con favore questa novità, tra i primi, G. De VERGOTTINI, nel suo intervento in *Servizio militare, servizio civile e Costituzione*, cit., 132 s.

[69] L'art. 1, secondo comma, della legge n. 382 del 1978, testualmente ripreso anche

la gestione delle crisi internazionali, e in forza di essa il legislatore ha inserito il ricordato richiamo all'art. 11.

Appare doveroso chiedersi quale sia la relazione tra i compiti *ulteriori* affidati alle forze armate è il dovere di difesa della patria. Ad una prima impressione, confortata dalla lettura del catalogo sopra riferito, si potrebbe ritenere che il legislatore, sulla scia delle interpretazioni più risalenti, ritenga inquadrabile nell'art. 52, primo comma, soltanto la difesa dall'aggressore esterno, cosicché, con riguardo agli altri compiti, vi sarebbe la necessità di individuare in diverse disposizioni l'eventuale fondamento costituzionale.

In particolare, per quanto riguarda i compiti di salvaguardia delle istituzioni, quindi di protezione dello Stato-apparato, con essi si può fare riferimento alle ipotesi di intervento militare in occasione di guerre civili o di eventi di terrorismo politico, ovvero ad emergenze, non precisamente individuate, di ordine pubblico, o anche ad attività di contrasto contro l'immigrazione clandestina, infine forse anche allo stesso incarico di presidiare i seggi elettorali. E tali attività potrebbero, probabilmente, costituzionalmente giustificarsi con il richiamo all'art. 1 Cost., in relazione all'esigenza di tutela del principio democratico [70]. Del resto, com'è stato notato, «contrasterebbe con la legalità repubblicana un impiego delle forze armate al servizio di questa o di quella parte politica (…), non l'impiego a presidio dell'ordine costituzionale – e cioè del regime democratico –, che rappresenta bene primario e supremo della comunità, in quanto in esso affondano le radici a da esso traggono alimento le libertà, l'uguaglianza, le prospettive di benessere e il progresso di ciascuno» [71].

Quanto alle emergenze in occasione di pubbliche calamità, il coinvolgimento delle forze armate in soccorso delle popolazioni colpite, tradizionalmente giustificato in caso di grave pregiudizio per la comunità, può ricondursi invece all'alveo dell'art. 2 Cost., nella misura in cui tale intervento si pone a garanzia dei diritti inviolabili, in particolare di quelli sociali [72].

---

dall'art. 1 della legge n. 958 del 1986, sul servizio militare di leva, e oggi abrogato dall'art. 1 della legge n. 331 del 2000, stabiliva che «compito dell'Esercito, della Marina e dell'Aeronautica è assicurare (…) la difesa della Patria e concorrere alla salvaguardia delle libere istituzioni e al bene della collettività nazionale nei casi di pubbliche calamità». Nello stesso testo del 1986, all'art. 15, si prevedeva inoltre che «nel quadro dei compiti istituzionali delle Forze armate (…), fermo restando il compito prioritario della difesa della patria, è consentito, nelle zone del territorio nazionale colpite da pubbliche calamità, l'impiego dei militari di leva per concorrere nella fase di prima emergenza, oltre che al soccorso immediato delle popolazioni colpite, al ripristino di infrastrutture pubbliche, alla tutela del patrimonio storico, artistico e culturale, nonché alla salvaguardia dell'ambiente naturale».

[70] Cfr. J. LUTHER, Sub *art. 52*, cit.

[71] Così A.M. SANDULLI, *Disciplina militare e valori costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1978, 644.

[72] Cfr. ancora J. LUTHER, Sub *art. 52*, cit.

Infine, per quanto riguarda la partecipazione a missioni estere, divenuta negli ultimi anni l'ipotesi più ricorrente di impiego dei militari, è lo stesso legislatore, come si è detto, ad aver sentito la necessità di individuare il riferimento espresso dell'art. 11 Cost., giustificando quindi tale partecipazione nell'ambito di un doveroso adempimento di obblighi di natura internazionale, sebbene, proprio in forza di quel richiamo, dovendo pure tenere conto che «l'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli»[73]. Soluzione, quest'ultima, che, per taluno, avrebbe il pregio di svincolare questa particolare forma di intervento militare dal concetto di difesa della patria, il quale, altrimenti, correrebbe il rischio di estendersi fino al punto di coincidere con i confini stessi del pianeta e ricomprendere, pericolosamente, ogni tipo di interesse nazionale ovunque situato[74].

Ora, pur senza disconoscere affatto, anche per scongiurare i pericoli da ultimo prospettati, l'importanza, e anzi la doverosità, dei richiami ai ricordati principi, la predetta ricostruzione, che tende a suddividere le attività delle forze armate, anche con riferimento al loro inquadramento costituzionale, in una serie di compartimenti stagni, non pare del tutto convincente. Innanzi tutto, ritenere che i compiti *ulteriori* che la legge affida all'organizzazione militare siano del tutto ultronei rispetto alla difesa della patria significa, di fatto, rendere quest'ultimo dovere una sorta di guscio vuoto, giacché è evidente come la tradizionale difesa dei confini nazionali sia oggi divenuta un'ipotesi remota[75].

Passando a rilievi più puntuali, per quanto riguarda il ruolo delle forze armate nelle situazioni di emergenza che si verificano all'interno del territorio, dalle quali possa derivare il rischio di un pregiudizio per le istituzioni e per la collettività, si è persuasivamente osservato che «la netta distinzione tra sicurezza esterna, in quanto venente in rilievo nell'ambito dei rapporti interstatuali, ed interna, in quanto venente in rilievo nell'ambito di una dato ordinamento, è impropria», in quanto tale nozione rappresenta «un valore unitario e non frazionabile»[76]. E in questo senso, peraltro, anche la distinzione tra

---

[73] Sull'evoluzione del concetto di guerra lecita nel contesto internazionale, soprattutto all'indomani dell'attacco terroristico alle torri gemelle di New York dell'11 settembre 2001, e sulla sua compatibilità con la Costituzione italiana, cfr. G. De Vergottini, *Guerra e Costituzione*, cit., 19 ss.

[74] Cfr. P. Bonetti, *Ordinamento della difesa nazionale*, cit., 50.

[75] Inoltre, una conseguenza della predetta impostazione dovrebbe essere quella per cui non sarebbe giustificabile l'utilizzo, in tutte le ricordate circostanze (ad esempio, per presidiare un seggio elettorale), dei militari di leva, a fronte della strumentalità del servizio militare obbligatorio rispetto al dovere di difesa.

[76] Così G. De Vergottini, *Indirizzo politico della difesa*, cit., 171.

«difesa» e «sicurezza dello Stato», ora espressamente richiamata dall'art. 117, secondo comma, lett. *d*), Cost., non può non essere interpretata tenendo conto della estrema labilità dei confini esistenti tra i due ambiti materiali.

Quanto invece alla partecipazione a missioni all'estero, nel corso di interventi di natura internazionale, si è condivisibilmente osservato «che la *difesa della pace mondiale* è diventata difesa doverosa della patria, e che tali missioni sono legittimate dal combinato disposto degli artt. 11 e 52 Cost.», anche se limitatamente alle «missioni di tipo umanitario o di soccorso, di gestione delle crisi, ovvero alle forme di autotutela collettiva dall'aggressione» [77]. D'altra parte, come si è ricordato in precedenza, l'idea per la quale l'art. 52 deve essere coordinato con l'art. 11, in particolare laddove esso stabilisce il principio del ripudio della guerra come strumento di offesa, non rappresenta certo una novità, essendo stata proposta, allora al limitato fine di giustificare soltanto le guerre di tipo difensivo, fin nei lavori dell'Assemblea costituente.

Vi è infine un'ultima considerazione che spinge definitivamente a ritenere che per il legislatore anche le attività «secondarie» affidate ai corpi militari siano riconducibili al principio costituzionale della difesa della patria. Mentre infatti nella precedente disciplina del 1978 le attività delle forze armate si informavano «ai principi costituzionali» e, tra i loro compiti, vi era quello della «difesa della Patria», al contrario il legislatore del 2000 stabilisce ora, prima del catalogo dei compiti, che l'ordinamento e le attività delle forze armate «sono conformi», oltre che all'art. 11, all'art. 52. Sembrerebbe quindi recepita, in modo più manifesto che in passato, quella dottrina, sopra riferita, secondo la quale il dovere di difesa della patria diviene la base esclusiva di legittimazione di ogni attività svolta dall'organizzazione militare, di qualunque tipo essa sia.

10. L'istituzione del «servizio militare professionale» e la «sospensione» della leva militare

La riforma introdotta con la legge n. 331, in armonia con i modelli di difesa della maggior parte dei paesi europei, ridisegna completamente la logica e l'assetto delle forze armate italiane, e in particolare prevede il progressivo passaggio ad un esercito formato pressoché interamente da «professionisti» [78],

---

[77] Così J. LUTHER, Sub *art. 52*, cit.

[78] In verità le categorie di personale militare che partecipano alla «difesa nazionale», una volta divenuto assolutamente marginale il reclutamento obbligatorio, e come recita l'art. 2 del-

con contestuale e graduale riduzione della leva militare, fino alla sua sostanziale abolizione.

Sembra utile, innanzi tutto, domandarsi se tale obiettivo sia compatibile con i primi due commi dell'art. 52 Cost. Riguardo al primo di essi, è possibile notare che il passaggio ad un esercito interamente professionale rappresenta l'ulteriore conferma che per il legislatore è venuto definitivamente meno il rapporto di stretta strumentalità tra il dovere di difesa della patria e l'espletamento dell'obbligo militare. Nel momento in cui, per la prima volta in un testo di legge, l'art. 52 diviene la base di legittimazione esplicita del complesso di attività svolte dalle forze armate, l'obbligo militare viene di fatto meno, con la conseguenza per la quale il dovere di difesa della patria non può che essere definito prescindendo da ogni collegamento con la leva.

Appare anche evidente come l'introduzione di un esercito costituito soltanto da volontari si ripercuota pure sulla prospettabilità dell'obiezione di coscienza, disciplinata ai sensi della legge n. 230 del 1998, la quale, trovando proprio nell'obbligo militare il suo presupposto logico e giuridico, è destinata, nella sostanza, a venire anch'essa meno, col risultato complessivo, quindi, di rendere il dovere di difesa privo delle sue più tradizionali e specifiche forme di realizzazione, almeno sotto forma di specifici «obblighi».

Il progressivo passaggio ad un esercito di professionisti, com'è evidente, pone problemi soprattutto con riferimento al *secondo* comma dell'art. 52, in quanto la sostanziale abolizione dell'obbligo militare sembra porsi diametralmente in contrasto con la previsione per cui «il servizio militare è obbligatorio nei limiti e modi stabiliti dalla legge»[79].

È vero che la stessa Corte costituzionale aveva osservato, nella più volte citata sent. n. 164 del 1985, che l'obbligo militare, a differenza di quello della difesa della patria, non è inderogabile, ma tale riconoscimento aveva rap-

---

la legge n. 331, sono piuttosto diversificate: in particolare, sembra da sottolineare la differenza tra i militari in *servizio permanente* (ufficiali, sottufficiali e truppa) e militari in *ferma «prefissata»* (uno o cinque anni), i quali ultimi, si aggiungono ai volontari in *ferma «breve»* (ipotesi già prevista, e ora confermata, dal D.Lgs. n. 196 del 1995). La qualifica di «professionisti», dunque, che la legge n. 331 richiama fin dal titolo («Norme per l'istituzione del servizio militare professionale»), non pare parimenti appropriata con riferimento a tutte le diverse ipotesi.

[79] Analoghi dubbi in F. PIZZOLATO, *Servizio militare professionale*, cit., spec. 773 ss. e in R. ROMBOLI, *Il servizio civile alla luce dei principi costituzionali*, in AA.VV., *Le prospettive del servizio civile in Italia: dalla legge n. 64/2001 ai decreti attuativi*, a cura di E. Rossi e F. Dal Canto, Padova, 2002, 33 ss. In precedenza, la dottrina che si era posta il problema dell'eventuale abolizione della coscrizione obbligatoria aveva dato per scontato che ciò si sarebbe potuto realizzare solo attraverso il procedimento di revisione costituzionale previsto dall'art. 138 Cost.; in tal senso cfr., tra gli altri, T. MARTINES, *Obiezione di coscienza e difesa della Patria*, cit. 1413. e S. GRASSI, *Il servizio civile per un nuovo modello di cittadinanza*, in *Scritti in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, spec. 703 e nota 44.

presentato il presupposto onde giustificarne la convertibilità, non certo la sostanziale estinzione. Non è un caso, del resto, che proprio in quella stessa decisione il Giudice delle leggi aveva altresì puntualizzato come l'alternatività tra servizio civile e quello militare, certamente legittima, non poteva però risultare del tutto «incondizionata», in quanto una simile soluzione avrebbe comportato «la facoltatività del servizio militare armato, cui è d'ostacolo l'art. 52, secondo comma» [80].

La tesi contraria, che tende invece a considerare legittima l'operazione portata a termine dal legislatore nel 2000, si è potuta sviluppare lungo il seguente percorso argomentativo. Innanzi tutto, si è osservato come, seguendo un'interpretazione «liberista», il servizio militare previsto dal secondo comma dell'art. 52 sia da considerare, per il singolo cittadino, non *in linea di principio* obbligatorio, con possibilità poi per il legislatore di inserire taluni «modi» e «limiti», bensì obbligatorio solo *nella misura in cui* il legislatore provveda all'individuazione di tali limiti; ragione per cui «la stessa obbligatorietà risulta quindi solo il frutto di una *interpositio legislatoris* e non anche un vincolo per il legislatore stesso» [81].

Secondo questa linea di pensiero, del resto fatta propria anche dal relatore della legge n. 331 [82], il nucleo intangibile della previsione in oggetto divie-

---

[80] Cfr. sent. n. 164 del 1985, citata, al punto 12 del *Considerato in diritto*. Più di recente lo stesso Giudice costituzionale, nella sent. n. 223 del 2000, citata, è tornato a sottolineare il valore del «principio costituzionale dell'obbligatorietà del servizio militare (…), principio che non esclude il riconoscimento della coscienza individuale e dei suoi diritti ma a condizione, ovviamente, che la normativa dettata in funzione di tale riconoscimento non pretenda di valere come regola generale» (Punto 3 del *Considerato in diritto*).

[81] Così J. LUTHER, Sub *art. 52*, cit.

[82] Il quale, nel corso delle fasi finali dell'approvazione del testo (cfr. CARATELLI, *Resoconto stenografico della seduta n. 691 del 10 marzo 2000*, in *Atti della Camera dei deputati*, 4), così si esprimeva: «tuttavia non sembra potersi dire che nel primo comma dell'art. 52 possa rinvenirsi alcun vincolo positivo per il legislatore nel senso dell'obbligatorietà del servizio di leva (…). Il testo costituzionale deve più correttamente essere inteso quale espressione di un principio politico di carattere generale che investe non tanto lo Stato, quanto piuttosto il cittadino stesso (…). La Patria che richiede di essere difesa mobilita una molteplicità di doveri del cittadino non definibili *a priori* ed esige che tali doveri siano assolti senza deroga alcuna. Essi possono consistere, ad esempio, nella contribuzione alle spese militari, nella soggezione ad espropriazioni e requisizioni, nelle prestazioni lavorative e nella prestazione di una molteplicità di servizi di carattere civile. Ma lo stesso secondo comma dell'art. 52 della Costituzione, che si rivolge più limitatamente ad un aspetto circoscritto, cioè al «servizio militare obbligatorio», non pone un obbligo al legislatore, pur costituendo il fondamento di legittimazione della leva obbligatoria».

Come si è avuto modo di sottolineare in precedenza, poi, quanto all'originario intento dei Costituenti, è vero che in quella sede si erano levate autorevoli voci a favore del «principio di non obbligatorietà» (si pensi, ad esempio, agli interventi dell'allora ministro della Difesa

ne l'esistenza istituzionale di un servizio militare, questa sì obbligatoria, a prescindere però dalla previsione di prestazioni di tipo coatto in capo ai cittadini e, di conseguenza, dal relativo vincolo per il legislatore di imporre le medesime [83].

A parere di chi scrive si può concordare sul fatto che l'idea di servizio militare che tale ricostruzione sottintende non è soltanto condivisibile sul piano della sua opportunità ma è pure compatibile con l'art. 52, *primo comma*; ed anzi, per quanto si è venuti dicendo fin qui, essa rappresenta un approdo coerente rispetto al percorso evolutivo che il principio del dovere di difesa ha conosciuto nel corso degli anni. Ciò, d'altra parte, non significa che la stessa non trovi nel *secondo comma* un ostacolo insuperabile.

In primo luogo tale disposizione, del resto contemplata nella Parte I della Costituzione, in tema di «diritti e doveri dei cittadini», prevede all'evidenza una prestazione personale, che si impone, innanzi tutto, direttamente ai singoli; secondariamente, il legislatore non può sottrarsi al compito, rispetto al quale vi è anzi una riserva assoluta di legge [84], di introdurre tale prestazione, almeno di non voler forzare del tutto impropriamente l'interpretazione del comma in oggetto, espandendo a dismisura la portata normativa dell'inciso sui «limiti e modi». Inciso, quest'ultimo, che introduce una formula elastica, certamente finalizzata a mitigare la portata dell'obbligo, e in forza della quale, come si è detto, si è potuto giustificare pure la tesi della convertibilità dello stesso; ma che invero non può essere letta in modo da rendere del tutto ininfluente la qualificazione di «obbligatorio» attribuita al servizio militare.

Peraltro, la legge n. 331 non ha accolto la tesi della legittimità della svolta verso un esercito di soli volontari in tutta le sue potenzialità applicative. La leva militare non viene infatti abolita in senso assoluto, bensì essa degrada da regola ad eccezione, circoscritta al caso eccezionale, e di assai improbabile realizzazione, della formale dichiarazione dello stato di guerra, ai sensi dell'art. 78 Cost., e a quello, altrettanto straordinario, e non definito a livello costituzionale, della apertura di una *grave crisi internazionale* accertata dal Parlamento; e, comunque, esclusivamente nel caso di insufficienza del numero dei militari volontari (art. 2).

GASPAROTTO, in *La Costituzione della Repubblica*, cit., spec. 1776, dichiaratamente a favore della istituzione di un esercito professionale), ma è bensì vero che a prevalere fu l'opinione contraria, e che, attraverso la formula di compromesso del comma secondo dell'art. 52, sui «limiti e modi», poi approvata, si intese fornire una copertura costituzionale all'introduzione di un servizio volontario (solo) integrativo, e non sostitutivo, di quello obbligatorio.

[83] Cfr. ancora J. LUTHER, Sub *art. 52*, cit.

[84] Cfr. E. BETTINELLI, Sub *art. 52*, cit., 130, il quale ritiene assoluta la riserva circa i «limiti» e relativa quella concernente i «modi».

In altre parole, il legislatore non ha abolito formalmente l'*obbligo* militare ma si è limitato a ridurlo significativamente, o meglio a *sospenderlo* «sine die»; ma anche in questi termini tale soluzione, a prescindere da ogni giudizio di merito, desta dubbi quanto alla sua compatibilità con il secondo comma dell'art. 52 [85], essendo difficile che un'«amputazione» tanto drastica di un obbligo costituzionale possa consentire il superamento delle gravi obiezioni sopra prospettate.

Ma veniamo ora più da vicino ad alcuni aspetti specifici della disciplina introdotta con la riforma del 2000.

Essa prevede innanzi tutto un periodo transitorio di sette anni [86], ed è quindi destinata ad andare «a regime» il primo gennaio 2007, data in corrispondenza della quale la dotazione organica del personale militare dell'Esercito, della Marina e dell'Aeronautica dovrà ammontare complessivamente, riducendosi anno dopo anno rispetto alla consistenza attuale, a 190.000 unità, ripartite tra ufficiali, sottufficiali, volontari di truppa in servizio permanente e in ferma breve, secondo le modalità dettagliatamente stabilite ai sensi del D.Lgs. n. 215 del 2001, attuativo della legge di delega.

In particolare, già nel corso del triennio 2000-2002, nell'ambito del progressivo incremento dell'entità dell'organico dei volontari, si prevede il reclutamento di circa 40.000 giovani, di età non superiore ai 25 anni, di cui circa un terzo in servizio permanente (art. 3, primo comma, lett. *e*), legge n. 331 e artt. 5 e 18, D.Lgs. n. 215). In conseguenza peraltro dell'obiettivo della riduzione degli organici complessivi, è previsto che vi potrà essere del personale eccedente rispetto alle dotazioni stabilite, e che lo stesso venga assorbito attraverso il transito nei ruoli del personale civile dell'Amministrazione della Difesa o di altre amministrazioni pubbliche (art. 3, primo comma, lett. *f*), legge n. 331 e art. 6, D.Lgs. n. 215).

---

[85] Anche coloro che accolgono la tesi tradizionale (cfr. E. BETTINELLI, Sub *art. 52*, cit., 130), secondo la quale il dovere di difesa della patria opera soltanto «in tempo di guerra», non disconoscono certamente che l'obbligo militare debba essere svolto anche in situazioni diverse, limitandosi a puntualizzare come, in questa circostanza, allo stesso debba riconoscersi un inquadramento costituzionale autonomo. Su tali profili, cfr. *supra*, paragrafo 3.

[86] Ma il disegno di legge n. 4233, presentato dal Governo al Senato il 30 luglio 2003, e attualmente in discussione, prevede, all'art. 1, che «il servizio di leva è sospeso a decorre dal 1° gennaio 2005». Nella medesima proposta si prevede altresì che la ferma prefissata dei volontari possa avere una durata di un anno ovvero di *quattro* anni (art. 3). Inoltre, in seguito alle modifiche apportate dalla Commissione Difesa del Senato al testo dell'art. 4, in tema di ferma annuale, il requisito della cittadinanza, necessario per il reclutamento, «non è richiesto allo straniero o all'apolide del quale il padre o la madre o uno degli ascendenti in linea retta di secondo grado sono stati cittadini per nascita, se dichiara preventivamente di voler acquistare la cittadinanza italiana ai sensi dell'art. 4, primo comma, lett. *a)* della legge 5 febbraio 1992, n. 91».

Riguardo al servizio volontario a ferma «prefissata» – che va ad aggiungersi alla ferma «breve» e a quella «permanente», già previste dal D.Lgs. n. 196 del 1995 – da espletarsi sia in Italia che all'estero, esso avrà la durata di uno ovvero di cinque anni, con la possibilità, in quest'ultimo caso, di due rafferme biennali successive (art. 3, primo comma, lett. *f*), e art. 12, legge n. 331); al termine dei cinque anni di servizio è inoltre prevista la possibilità di essere ammessi, a richiesta, nel ruolo dei volontari in servizio permanente, con il solo limite delle eventuali eccedenze di organico.

Per quanto riguarda il servizio militare obbligatorio, esso verrà integralmente «sospeso» a partire dal momento in cui la riforma entrerà a regime, mentre fino a quella data le esigenze delle Forze armate saranno soddisfatte ricorrendo ai giovani soggetti alla leva nati entro il 1985, anche in questo caso operandosi riduzioni progressive, con priorità al reclutamento del personale impiegabile entro cento chilometri dalla località di residenza, e preferenza per coloro che, per idoneità fisica, titolo di studio o precedente occupazione svolta, meglio corrispondono ai profili di incarico previsti (art. 3, primo comma, lett. *h*), legge n. 331 e artt. 7 e 8 del D.Lgs. n. 215).

Nel caso in cui si verifichi, a partire dal 2007, una delle ricordate condizioni in presenza delle quali è ancora possibile la chiamata obbligatoria alle armi, si prevede che la stessa potrà essere disposta con decreto del Presidente della Repubblica, previa delibera del Consiglio dei Ministri (art. 7, D.Lgs. n. 215).

11. L'istituzione del servizio civile nazionale. La fase transitoria e l'alternatività tra servizio militare e servizio civile

Con la legge (delega) n. 64 del 2001, successivamente attuata con il D.Lgs. n. 77 del 2002, la cui entrata in vigore è fissata al 1° gennaio 2005, si è infine realizzata un'ulteriore tappa del processo di attuazione dell'art. 52 Cost. [87].

[87] Nel corso della XIII Legislatura, sia contemporaneamente ai lavori che avrebbero portato all'approvazione della legge n. 230 del 1998 sia all'indomani dell'entrata in vigore di quest'ultima, sono state presentate in Parlamento diverse proposte tese ad introdurre una disciplina organica del servizio civile *obbligatorio*, con l'obiettivo comune di realizzare un'effettiva alternatività tra questo e il servizio militare. Tra di esse può ricordarsi, in particolare, il disegno di legge elaborato dal Governo Prodi, presentato alla Camera dei deputati il 12 febbraio 1997, nel quale vengono individuate due categorie di soggetti obbligati alla prestazione del servizio civile: gli obiettori di coscienza e «i cittadini abili al servizio militare che manifestano la loro preferenza per il servizio civile».

Prima che tali proposte potessero essere approfonditamente discusse nelle sedi parlamentari, il Governo D'Alema, nell'ottobre del 1999, elabora il disegno di legge delega per la rifor-

La normativa prevede un doppio regime. Al Capo I della legge, contenente la delega al Governo, si disciplina l'istituzione del servizio civile nazionale volontario, che sarà pienamente operante a partire dal momento della «sospensione» della leva militare obbligatoria; al Capo II, invece, si provvede alla regolamentazione della lunga fase transitoria.

Cominciando da quest'ultima, piuttosto articolata, l'ambito temporale di applicabilità della relativa disciplina si ricava dal combinato degli artt. 4, primo comma, della legge n. 64 del 2001 e 14, terzo e quarto comma, del D.Lgs. n. 77 del 2002. Con la prima previsione richiamata si stabilisce che le disposizioni del Capo II disciplinano il servizio civile nazionale «fino alla data di efficacia dei decreti legislativi»; con la seconda, invece, contenuta appunto nell'unico decreto legislativo che ha dato attuazione alla legge n. 64, si dispone, al comma terzo, come modificato dal citato D.L. n. 355 del 2003, che «il presente decreto entra in vigore dal 1° gennaio 2005», mentre, al comma successivo, che «le disposizioni di cui agli articoli 2 e 4 entrano in vigore il quindicesimo giorno successivo alla data di pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale*».

Ricapitolando, quindi, mentre le previsioni del decreto concernenti l'Ufficio nazionale per il servizio civile (art. 2) e il Fondo nazionale (art. 4) sono entrate immediatamente in vigore, al contrario, la restante parte della disciplina entrerà in vigore il 1° gennaio 2005; di conseguenza, già a quella data, la disciplina «transitoria» contenuta nel Capo II della legge n. 64 verrà «sostituita» da quella di cui al decreto n. 77, la quale, pertanto, sarà la sola a potersi applicare non soltanto nella fase a regime, all'indomani della fine della coscrizione obbligatoria (fissata, al momento in cui si scrive [88], al 1° gennaio

---

ma del servizio militare, di cui si è detto sopra, cosicché i vecchi progetti sul servizio civile vengono abbandonati, mentre se ne approntano di nuovi, tesi questa volta all'introduzione di un servizio civile *volontario*. Tra di essi, quello del Governo, presentato al Senato nel dicembre 1999, e divenuto poi, parzialmente modificato, la legge n. 64 del 2001.

Per un quadro complessivo delle proposte della «prima» e della «seconda generazione», sia consentito il rinvio a F. DAL CANTO, *Il cammino del servizio civile in Italia,* in *Questione giustizia*, 2000, 846 ss.

Per un primo commento alla legge n. 64 del 2001, cfr., oltre a R. ROMBOLI, *Il servizio civile alla luce dei principi costituzionali*, cit., 27 ss., anche i contributi di M. CECCHETTI-G. CONTI, *Profili soggettivi del servizio civile: i soggetti coinvolti, le modalità di accesso, i requisiti di ammissione e la durata del servizio*, M. OLIVETTI, *Profili soggettivi del servizio civile: il trattamento giuridico ed economico dei soggetti, gli incentivi e i benefici*, G. DI COSIMO, *Profili organizzativi del servizio civile: le regioni e l'Agenzia nazionale*, P. SABBIONI, *Profili organizzativi del servizio civile: gli enti, i progetti di impiego, i finanziamenti*, tutti in AA.VV., *Le prospettive del servizio civile in Italia: dalla legge n. 64/2001 ai decreti attuativi*, cit., 41 ss., nonché il volume di P. CONSORTI (a cura di), *Senza armi per la pace*, cit., 7 ss.

[88] Cfr. peraltro il recente disegno di legge n. 4233, presentato dal Governo al Senato, di cui si riferisce *supra*, in nota 86.

2007), ma anche in precedenza, a partire appunto dal 1° gennaio 2005. Con la conseguenza, paradossale, che, a rigor di logica, nel periodo tra il gennaio 2005 e il gennaio 2007 l'obbligato alla leva che intende svolgere il servizio civile non potrà beneficiare dell'opzione prevista dall'art. 5 della legge n. 64, non essendo tale previsione più applicabile, potendo egli soltanto percorre la via della dichiarazione di obiezione di coscienza, ai sensi della legge n. 230 [89].

Venendo al merito della disciplina prevista per il periodo transitorio, il servizio civile è definito nei termini di una effettiva alternativa al servizio militare, nel senso che ogni giovane chiamato all'obbligo della leva potrà dichiarare liberamente, prima dell'arruolamento, se opta per il servizio militare o per quello civile (art. 5), e ciò a prescindere dai motivi di tale scelta, e quindi senza che quest'ultima sia condizionata da una preventiva dichiarazione di obiezione di coscienza. L'unico limite previsto è quello per cui siano comunque soddisfatte le esigenze quantitative e qualitative delle forze armate; condizione che, invece, non potrà essere fatta valere per respingere la domanda di coloro che si dichiarano (ancora) obiettori di coscienza, ai sensi della legge n. 230 del 1998. A questo proposito, nel bando di chiamata alla leva, predisposto dal Ministro della Difesa, deve farsi esplicita menzione, come dispone il terzo comma dell'art. 5, della possibilità di esprimere la predetta preferenza ovvero di optare per l'obiezione di coscienza [90].

Da notare che, malgrado il concetto di *alternatività* tra servizio civile e servizio militare sia stato evocato fin dalle pronunce costituzionali degli anni ottanta, è soltanto adesso che lo stesso si concretizza effettivamente sul piano delle scelte del legislatore. Nella prospettiva dell'art. 52, primo comma, Cost., la disciplina transitoria ora sommariamente descritta rappresenta un'ulteriore espansione della capacità normativa di tale disposizione. Proseguendo ancora lungo la linea tracciata dalla giurisprudenza costituzionale, infatti, il servizio militare e quello civile vengono considerati non soltanto forme alternative, e parimenti degne, di attuazione del dovere di difendere la patria, ma riconosciuti tra loro del tutto indipendenti e autonomi: il servizio civile, quin-

[89] E ciò almeno di non intendere la ricordata espressione «fino alla data di efficacia dei decreti», di cui all'art. 4, primo comma, della legge n. 64, come riferita non tanto alla data di entrata *in vigore* di questi ultimi (gennaio 2005) ma alla data dalla quale decorre la sospensione del servizio di leva obbligatorio (gennaio 2007); ma tale interpretazione non sembra meritevole di accoglimento per il motivo che le previsioni contenute nel decreto n. 77, per quanto all'evidenza rivolte principalmente a disciplinare la fase a regime, sono produttive di effetti fin dal momento della loro entrata in vigore.

[90] Da notare peraltro che, mentre l'opzione per il servizio civile, ai sensi della legge n. 64, è fatta prima dell'arruolamento, quella invece per l'obiezione di coscienza, ai sensi della legge n. 230 del 1998, presuppone, come si è detto, l'arruolamento.

di, si affranca dal riferimento necessario, per il tramite dell'obiezione di coscienza, al servizio militare obbligatorio, e diviene un'espressione del tutto autonoma del predetto dovere. Come si è osservato, «come è legittimo difendere la patria con il servizio civile in alternativa al servizio militare obbligatorio per tutti, così è ugualmente legittimo difendere la patria con il servizio militare in alternativa al servizio civile obbligatorio per tutti» [91].

D'altra parte, e per inciso, tale sviluppo segna anche in modo definitivo il venir meno della finalità originaria del servizio civile, che già nei fatti, in verità, si era nel tempo assai stemperata, e cioè quella di una contestazione ideale e radicale del sistema di difesa armata.

Da sottolineare infine come già nel periodo transitorio possano essere ammessi allo svolgimento del servizio civile *a titolo volontario*, «se giudicati idonei dagli organi del Servizio sanitario nazionale», le cittadine italiane di età compresa tra i diciotto e i ventisei anni e i cittadini riformati per inabilità al servizio militare anche successivamente alla chiamata alle armi o in posizione di congedo illimitato provvisorio.

12. La fase a regime e il fondamento costituzionale del servizio civile volontario: il dovere di difesa nella dimensione della volontarietà

In corrispondenza con la «soppressione» della leva obbligatoria, mentre l'obiezione di coscienza entra in una sorta di periodo «di sonno», il servizio civile diviene volontario, e trova il suo inquadramento costituzionale, oltre che nell'art. 52, primo comma, in un'articolata serie di principi.

L'art. 1 della legge n. 64, in particolare, stabilisce che il servizio civile nazionale è finalizzato a «concorrere, in alternativa al servizio militare obbligatorio, alla difesa della Patria con mezzi ed attività non militari», a «favorire la realizzazione dei principi costituzionali di solidarietà sociale», a «promuovere la solidarietà e la cooperazione a livello nazionale e internazionale, con particolare riguardo alla tutela dei diritti sociali, ai servizi alla persona e alla educazione alla pace fra i popoli», a «partecipare alla salvaguardia e tutela del patrimonio della Nazione», infine a «contribuire alla formazione civica, sociale e culturale e professionale dei giovani …» [92].

---

[91] Così, efficacemente, M. CECCHETTI-G. CONTI, *Profili soggettivi del servizio civile*, cit., 43.

[92] Alcune previsioni, come si è notato (cfr. E. ROSSI, *L'istituzione del servizio civile volontario. Primo commento alla legge 64/2001*, in AA.VV., *Le prospettive del servizio civile in Ita-*

Il riferimento costituzionale più immediato rimane peraltro, a parere di chi scrive, il dovere di difesa della patria, inteso secondo le potenzialità semantiche ad esso progressivamente attribuite sia dal legislatore che dalla giurisprudenza costituzionale; soluzione che parrebbe fatta propria anche dall'art. 1 del D.Lgs. n. 77 del 2002, laddove viene fatto riferimento, quale unica finalità che sintetizza tutte le altre, al servizio civile come «modalità operativa concorrente ed alternativa di difesa dello Stato, con mezzi e attività non militari».

Contro tale impostazione, invero, potrebbe utilizzarsi il tradizionale argomento secondo il quale le attività svolte nel corso del servizio civile niente hanno a che vedere con la difesa della patria; come si è di recente osservato, «la rispondenza al dovere costituzionale di difesa della patria (…) non vale a configurare una qualificazione ma ad indicare un risultato predeterminato, o meglio, imposto», e l'affermazione secondo la quale delle attività socialmente utili possono essere intese come un modo per difendere la patria «sembra a dir poco una forzatura» [93].

In verità, deve osservarsi che, se è vero che le attività riconducibili al servizio civile sono tra loro assai diverse, e che la loro comune natura si identifica nell'essere le stesse rivolte a diversificati fini di utilità sociale, ciò che rende le stesse parimenti riconducibili al dovere di difesa è, innanzi tutto, il fatto di essere compiute nell'ambito dell'organizzazione del «servizio civile nazionale», non traducendosi quest'ultimo, come ha osservato la Corte costituzionale, «in una deroga al dovere di difesa della Patria, ben suscettibile di adempimento attraverso la prestazione di adeguati comportamenti di impegno sociale non armato» [94].

---

lia: dalla legge n. 64/2001 ai decreti attuativi, cit., 17), lasciano certamente alquanto perplessi. Non si comprende, in particolare, il motivo per il quale il servizio civile debba concorrere alla difesa della patria *in alternativa* al servizio militare *obbligatorio*, dal momento che quest'ultimo è destinato a venire meno. Dovendosi scartare l'ipotesi che l'art. 1, dedicato ai principi e alle finalità del servizio civile nazionale, disciplini soltanto il regime transitorio, al quale invece è riservato il solo Capo II della legge, la soluzione preferibile parrebbe quella di leggere la locuzione «in alternativa» intendendola come «al posto del». Difficile invece anche solo tentare una spiegazione laddove, alla lettera d) del medesimo art. 1, dopo aver previsto che il servizio civile partecipa alla salvaguardia del patrimonio della Nazione, si prosegue precisando nei seguenti termini: «… con particolare riguardo al settore ambientale, *anche sotto l'aspetto dell'agricoltura in zona di montagna* …» (c.vi nostri).

[93] Così L. MAZZAROLLI, *Note critiche sul cosiddetto diritto di obiezione di coscienza*, cit., 509s.

[94] Così la più volte citata sent. n. 164 del 1985, al punto 6 del *Considerato in diritto*. Del resto, non si comprende il motivo per il quale la scelta volontaria di svolgere, per un determinato periodo, e alle condizioni previste dal legislatore, un'attività di assistenza presso un ricovero di anziani non possa essere qualificata nei termini di una difesa della patria – secondo il

Ritenere il contrario, senza contraddire la Corte costituzionale, conduce alla conclusione per la quale il servizio civile sia da considerare espressione del dovere di difesa soltanto se inteso come sostitutivo di quello militare; e pertanto a ritenere che l'orientamento seguito dalla Corte a partire dal 1985 sia stato superato con il venir meno dell'obbligo militare [95].

Ma se non può esservi dubbio che il collegamento tra difesa della patria e servizio civile è stato evidenziato dalla Corte allo scopo di giustificare la legittimità della legge n. 772, sul riconoscimento dell'obiezione di coscienza, è altresì vero che la qualificazione *oggettiva* di tale servizio come modalità di difesa della patria non può che prescindere dal legame originario dello stesso con la leva militare, e quindi anche dalla circostanza che il servizio civile sia successivamente divenuto il frutto di una scelta del tutto autonoma. In altre parole, se degli «adeguati comportamenti di impegno sociale non armato» realizzano una «difesa della patria» quando essi si sostituiscono alla prestazione del servizio militare, non vi è motivo di giungere ad una conclusione diversa quando i medesimi comportamenti siano volontariamente tenuti.

Il problema, allora, è un altro, e riguarda il servizio civile al pari di quello militare, nel momento in cui entrambi divengono volontari. Occorre verificare, infatti, se, attraverso dei comportamenti di tipo volontario, sia possibile ottemperare al dovere costituzionale di difesa della patria.

E la risposta non può che essere positiva. Partendo infatti dal presupposto che il dovere di difesa deve essere letto nell'ambito del principio di solidarietà [96], è sufficiente ricordare che la previsione per cui «la Repubblica richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà» (art. 2 Cost.) è stata interpretata dalla Corte costituzionale, con l'adesione della dottrina [97], nel senso di favorire il superamento di una concezione della stessa come esclusivo fondamento di obblighi giuridici per allargarla invece anche alla dimensione della volontarietà e della libertà della persona. Possono valere per il servizio civile le parole che la Corte costituzionale ha speso per il volontariato, quando la stessa ha osservato come quest'ultimo rappresenti «la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad

---

significato che tale concetto ha negli anni assunto – e invece si dia solitamente per scontato che tale difesa venga realizzata dal milite che partecipa ad un'operazione di protezione civile.

[95] È la tesi di P. CONSORTI, *Dal «vecchio» al «nuovo» servizio civile: profili giuridici*, in *Senza armi per la pace*, cit., 56, il quale, pur giungendo a conclusioni assai diverse da quelle prospettate dall'A. citato alla nota 93, è parimenti contrario all'idea di ricondurre il servizio civile sotto la copertura omnicomprensiva dell'art. 52, primo comma, Cost.

[96] Cfr., per tutti, G. LOMBARDI, *Contributo allo studio*, cit., 29 ss.

[97] Cfr., di recente e per tutti, F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, spec. 211 ss., ed *ivi* ampia bibliografia.

agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa» [98]; ovvero, quando lo stesso Giudice ha puntualizzato come «questa moderna visione della solidarietà, andando oltre i tradizionali schemi di beneficenza e assistenza, e *superando l'ancoraggio ai doveri ed agli obblighi normativamente imposti*, costituisce, per un verso, un modo per concorrere a realizzare quella eguaglianza sostanziale che consente lo sviluppo della personalità (…), mentre, per altro verso, mira ad ottenere (…) da tutti i *cittadini* la collaborazione per conseguire essenziali beni comuni …» (c.vi nostri) [99].

La valenza del principio di solidarietà, in altre parole, non si esaurisce nella soggezione del cittadino di fronte ai «doveri pubblici soggettivi» ma si espande fino ad individuare delle priorità di valore che il legislatore è tenuto a considerare, offrendo criteri di qualificazione di condotte che siano espressione di una «doverosità sociale spontanea». E in questo quadro occupa un ruolo del tutto particolare la c.d. funzione promozionale del diritto, ove essa sollecita alla realizzazione degli scopi dell'ordinamento a prescindere dalla previsione di meccanismi coercitivi o sanzionatori [100].

Tale nuova prospettiva implica inoltre il passaggio da una concezione individualistica della *cittadinanza*, come rapporto esclusivo tra cittadino e Stato, ad una visione sociale della stessa, nell'ambito della quale l'esercizio della libertà è finalizzato anche «alla realizzazione di valori sociali condivisi e fissati dalla Costituzione, per il perseguimento dei quali i cittadini hanno il dovere di attivarsi» [101].

13. La regolamentazione del servizio civile nazionale e la mancata recisione del «cordone ombelicale» che la lega alla disciplina militare

Venendo ora al merito della fase a regime [102], molte delle scelte che la leg-

---

[98] Così Corte costituzionale 28 febbraio 1992, n. 75, in *Giur. cost*., 1992, 415, al Punto 2 del *Considerato in diritto*.

[99] Così Corte costituzionale 31 dicembre 1993, n. 500, in *Giur. cost*., 1993, 4022, al Punto 5 del *Considerato in diritto*.

[100] Cfr. ancora F. GIUFFRE, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, cit., spec. 225 s.

[101] Così F. RIGANO, *La libertà assistita. Associazionismo privato e sostegno pubblico nel sistema costituzionale*, Padova, 1995, 67. Sul servizio civile come espressione di un «nuovo concetto di cittadinanza», da intendere come «partecipazione e collaborazione attiva», cfr. S. GRASSI, *Il servizio civile per un nuovo modello di cittadinanza*, cit., 685 ss.

[102] In ordine alla quale, per maggiori approfondimenti, si rinvia ai contributi raccolti in

ge n. 64 del 2001 aveva lasciato aperte, limitandosi a stabilire criteri assai generici, sono state successivamente compiute dal Governo con il citato D.Lgs. n. 77 del 2002.

In particolare, laddove la legge stabiliva che l'ammissione al servizio civile doveva riguardare «uomini e donne sulla base di requisiti oggettivi non discriminatori», lasciando di fatto non risolto il dubbio circa il possibile coinvolgimento degli stranieri [103], il decreto prevede, in termini restrittivi, che sono ammessi soltanto «cittadini italiani (…) che abbiano compiuto il diciottesimo anno di età e non superato il ventottesimo». Quanto alla domanda di ammissione, che può essere ripresentata in caso di mancato accoglimento, la stessa deve essere inviata all'Ufficio nazionale per il servizio civile (art. 2 del D.Lgs.), il quale può respingerla nel caso in cui l'eventuale accoglimento determini un esubero rispetto al numero massimo di giovani da ammettere annualmente (art. 7), ovvero in presenza di espresse cause di esclusione; cosicché l'accesso al servizio si configura alla stregua di un «diritto condizionato». La durata del servizio civile è fissata in dodici mesi, salvo la possibilità di integrazioni o riduzioni in relazione a specifici ambiti o progetti (art. 3).

Il servizio civile viene svolto presso enti ed organizzazioni che siano iscritti ad appositi albi, tenuti su scala nazionale e regionale (art. 5), ai quali si accede con il possesso di determinati requisiti (assenza di scopo di lucro, capacità organizzativa, corrispondenza tra i fini perseguiti e quelli fatti propri dalla legge ed esperienza almeno triennale); tali enti debbono altresì presentare specifici progetti, approvati, a seconda della loro rilevanza territoriale, dall'Ufficio nazionale ovvero dalle regioni, e all'interno dei quali devono essere indicati gli obiettivi specifici del servizio, il numero dei giovani da coinvolgere, gli eventuali requisiti soggettivi particolari richiesti (art. 6) [104].

Riguardo al tipo di rapporto che viene ad instaurarsi tra il giovane in servizio civile e l'ente, il decreto prevede la stipulazione di «contratti», redatti in base a schemi predisposti dall'Ufficio nazionale (art. 8), i quali peraltro, a

---

AA.VV., *Le prospettive del servizio civile in Italia: dalla legge n. 64/2001 ai decreti attuativi*, cit., 5 ss. e a P. CONSORTI (a cura di), *Senza armi per la pace*, cit., 7 ss.

[103] Dubbio avanzato, e risolto in senso positivo, da E. ROSSI, *L'istituzione del servizio civile volontario*, cit., 19 e da R. ROMBOLI, *Il servizio civile alla luce dei principi costituzionali*, cit., 39. In senso contrario, invece, M. CECCHETTI-G. CONTI, *Profili soggettivi del servizio civile*, cit., 61s., ove si osserva che «il collegamento fra il nuovo servizio civile e la costruzione di un nuovo modo di «essere cittadini» sembra rendere necessario che una disciplina di questo genere debba completarsi con una integrazione della disciplina dei modi di acquisto della cittadinanza (…), il che sicuramente non fa parte dei poteri affidati al legislatore delegato».

[104] A questo proposito, cfr. la recente Circolare 10 novembre 2003, n. 53529/I.1 dell'Ufficio nazionale per il servizio civile, recante «norme sull'accreditamento degli enti di servizio civile nazionale», consultabile presso il sito internet *www. serviziocivile.it.*

mente dell'art. 9, «non determinano l'instaurazione di un rapporto di lavoro», con tutto ciò che questa precisazione comporta quanto al tipo di tutela prevista. L'assegno per il servizio civile è «pari al trattamento economico previsto per i volontari di truppa in ferma annuale» e «il periodo di servizio civile è riconosciuto valido a tutti gli effetti per l'inquadramento economico e l'anzianità lavorativa ai fini del trattamento previdenziale del settore pubblico e privato, nei limiti e con le modalità con le quali la legislazione vigente riconosce il servizio militare …» (art. 9).

Ancora, il periodo di servizio civile effettivamente prestato «è valutato nei pubblici concorsi con le stesse modalità e lo stesso valore del servizio prestato presso enti pubblici», mentre le «università possono riconoscere crediti formativi (…) per le attività formative prestate nel corso del servizio civile e rilevanti per il curriculum degli studi» (art. 13).

Volendo fare una considerazione generale in merito a tale disciplina, è da notare come, per quanto il servizio civile, a regime, sia destinato ad acquisire la sua piena maturità giuridica, con il concludersi del processo di «autonomizzazione» da quello militare, in corrispondenza della sostanziale abolizione dell'obiezione di coscienza, la puntuale regolamentazione concernente il trattamento giuridico del giovane in servizio civile mostra, invece, quale frutto di una scelta del legislatore «per niente necessitata», di non avere ancora del tutto reciso il tradizionale «cordone ombelicale» [105].

14. Il servizio civile nazionale e il nuovo Titolo V, Parte II, della Costituzione

La disciplina del servizio civile lascia spazi sostanzialmente marginali alle regioni, le quali, a norma dell'art. 2, secondo comma, del D.Lgs. n. 77 del 2002, debbono limitarsi a «curare l'attuazione degli interventi di servizio civile secondo le rispettive competenze»; ciò, di fatto, sul presupposto che la riforma del Titolo V, Parte II, Cost., operata con legge cost. n. 3 del 2001, abbia lasciato immutato l'ordine delle competenze relativamente a tale ambito materiale.

Al di là di ogni giudizio di merito riguardo a tale soluzione, e a prescindere pure dalle intuibili ragioni «politiche» che hanno indotto il Governo a preferirla, ci dobbiamo chiedere se essa sia effettivamente compatibile con il

---

[105] Le espressioni virgolettate sono di R. Romboli, *Il servizio civile alla luce dei principi costituzionali*, cit., 38.

nuovo assetto costituzionale [106]. È questo, del resto, il dubbio di costituzionalità che ha indotto, nel luglio del 2002, la Provincia autonoma di Trento a sollevare, contro quasi tutte le disposizioni del D.Lgs. n. 77, il già citato ricorso alla Corte costituzionale [107]; dubbi, quindi, che quest'ultima dovrà tra breve sciogliere in via definitiva.

In linea di principio, possono essere avanzate quattro diverse ipotesi ricostruttive, tese ora ad escludere, ora a legittimare, la persistenza in capo allo Stato della potestà legislativa esclusiva a disciplinare il servizio civile.

Secondo un primo orientamento, poiché il nuovo art. 117 Cost. ha affidato alle regioni la potestà legislativa su tutte le materie non espressamente riservate alla competenza esclusiva o concorrente dello Stato, e in considerazione del fatto che la materia «servizio civile» non rientra in nessuno dei cataloghi ivi previsti, se ne dovrebbe dedurre che la disciplina di quest'ultima sia interamente riservata alle autonomie, quale competenza esclusiva residuale, con la conseguente incostituzionalità del decreto del 2002 [108].

---

[106] In argomento, cfr. anche M. CECCHETTI-G. CONTI, *Profili soggettivi del servizio civile*, cit., 51 ss., G. DI COSIMO, *Profili organizzativi del servizio civile*, cit., 83 ss. e V. CASAMASSIMA, *Servizio civile nazionale e competenze regionali*, in AA.VV., *Diritti di cittadinanza e nuovo* welfare *della Toscana*, in corso di pubblicazione per i tipi della Cedam.

[107] Deve essere sottolineata peraltro la singolarità del caso. La Provincia di Trento, vigente il «vecchio» Titolo V, aveva già impugnato, con il ricorso citato alla nota 1, la legge n. 64 del 2001, lamentandosi del fatto che, pur dovendosi riconoscere allo Stato la competenza a porre la disciplina giuridica generale del servizio civile, la stessa non avrebbe potuto spingersi a regolamentare, in particolare negli articoli dedicati ai progetti di impiego e al riconoscimento di crediti formativi (artt. 7, 8 e 10), il concreto svolgersi delle attività in cui tale servizio si traduceva quando le stesse rientravano in materie di competenza provinciale, con conseguente violazione delle relative norme statutarie. Nelle more del predetto giudizio, tuttora pendente, entra dapprima in vigore la legge cost. n. 3 del 2001 e successivamente il D.Lgs. n. 77 dell'anno successivo, a propria volta impugnato presso la Corte per lamentata violazione del «nuovo» art. 117 Cost. Quanto al primo ricorso, avente ad oggetto la legge, esso dovrà essere deciso con riferimento al «vecchio» Titolo V (o meglio, al solo Statuto della Provincia di Trento), in ottemperanza al ben noto principio del «tempus regit actum», per il quale l'oggetto dei giudizi di legittimità costituzionale in via principale promossi anteriormente all'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001 «resta limitato all'accertamento della conformità o meno della norma impugnata alla Costituzione, considerata nel suo assetto anteriore» (cfr., tra le altre, la sent. n. 13 del 2003, in *Giur. cost*., 2003, 53ss). Quanto al secondo ricorso, avente peraltro ad oggetto un atto ancora non in vigore (l'entrata in vigore è, come si è detto, fissata al 1° gennaio 2005), esso dovrà invece essere giudicato con riferimento al «nuovo» Titolo V. Da notare dunque che si potrebbe verificare l'eventualità, piuttosto paradossale, che, da un parte, il decreto legislativo venga dichiarato incostituzionale dalla Corte per il motivo che la disciplina del servizio civile ivi prevista, pur presentandosi come fedele attuazione della delega, risulti non conforme all'assetto delle competenze territoriali nel frattempo disegnato dalla riforma del 2001, mentre, dall'altra parte, sorte diversa possa incontrare la legge n. 64, in quanto valutata rispetto al preesistente assetto.

[108] È questa la posizione espressa, nel corso del procedimento di formazione del D.Lgs. n.

Secondo un diverso modo di vedere, invece, il servizio civile non sarebbe classificabile in senso proprio come una «materia» autonoma, bensì, analogamente a quanto la Corte costituzionale ebbe modo di precisare con riguardo al «volontariato», esso rappresenterebbe un «oggetto trasversale», suscettibile, a seconda della specifica attività in cui esso viene a sostanziarsi, di una collocazione «mobile» all'interno di una pluralità di ambiti materiali [109]. La conseguenza di tale prospettazione – non potendosi accogliere, con riguardo al servizio civile, una conclusione analoga a quella raggiunta allora dalla Corte proprio in tema di volontariato, laddove si era comunque giustificata la competenza dello Stato (e quindi la legittimità della legge n. 266 del 1991) in forza del richiamo al limite, statutariamente previsto, dei «principi generali dell'ordinamento giuridico» [110] – è quella per la quale non può esservi spazio

---

77 del 2002, e in particolare nella seduta del 7 marzo 2002, anche dalla *Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato le regioni e le Province autonome.* Nel «Documento di osservazioni sullo schema di decreto legislativo», allegato al parere negativo approvato dalla Conferenza, può leggersi che «l'affermazione contenuta nella relazione al decreto secondo cui il servizio civile sarebbe compreso nella materia "difesa" attribuita alla competenza esclusiva dello Stato, sostenibile quando la prestazione del servizio civile si poneva come alternativa a quello militare di leva (…), non appare più fondata quando il servizio civile si configura, cessato l'obbligo di leva, come una prestazione su base esclusivamente volontaria».

Deve, peraltro, essere richiamato l'orientamento della Corte costituzionale – da ultimo manifestato nella sent. n. 370 del 2003, in «materia» di asili-nido, in *www.cortecostituzionale.it* – secondo il quale l'assenza nell'art. 117 Cost. di un determinato *nomen* non significa che il corrispondente ambito materiale debba, per ciò solo, essere considerato incluso nella potestà legislativa residuale delle regioni. Sul punto, da ultimo, cfr. A. RUGGERI, *Le Costituzioni passano, ma la giurisprudenza … resta*, in *www.federalismi.it*, spec. 12.

[109] Nella sent. 75 del 1992, citata, la Corte osservò, in particolare, che «il volontariato sfugge a qualsiasi rigida classificazione di competenza, nel senso che può trovare spazio e si può realizzare all'interno di qualsiasi campo materiale della vita comunitaria, tanto se riservato ai poteri di regolazione e di disposizione dello Stato, quanto se assegnato alle attribuzioni delle regioni o delle province autonome …» (Punto 2 del *Considerato in diritto*).

[110] La conclusione non può essere accolta, con riguardo alle regioni a Statuto speciale e alle province autonome di Trento e Bolzano, per il motivo per cui, ammesso e non concesso che anche il servizio civile possa essere considerato un oggetto «trasversale», il parametro in relazione al quale valutare oggi la legittimità costituzionale della relativa disciplina non sembra poter essere lo Statuto speciale, con i relativi limiti in esso previsti, bensì, in applicazione dell'art. 10 della l. cost. n. 3 del 2001, il nuovo Titolo V (ed è questo, infatti, il solo parametro invocato nel ricorso n. 44 del 2002, citato). Con riguardo alle regioni a Statuto ordinario è evidente che, oggi come allora, il solo parametro di riferimento è rappresentato dalla Costituzione.

Si noti peraltro come, in linea generale, il limite dei «principi generali dell'ordinamento», riferibile alla «vecchia» potestà piena delle regioni a Statuto speciale, non sia da ritenere automaticamente venuto meno all'indomani della riforma del Titolo V della Costituzione. La giurisprudenza costituzionale, peraltro, ha tenuto sul punto un orientamento ondivago: in alcune decisioni, infatti, essa ha mostrato di ritenere ancora esistenti i limiti statutari (cfr. la sent. n. 536 del 2002, in *Foro it.*, 2003, I, 688 ss.), mentre in altre circostanze essa è parsa seguire un

per un'autonoma e unitaria regolamentazione in tema di servizio civile, ma la stessa deve essere, per così dire, «smembrata» in una pluralità di discipline, statali e regionali, a seconda della afferenza ai diversi ambiti materiali delle singole attività in cui si sostanzia il servizio civile. Da qui, di nuovo, l'illegittimità costituzionale del D.Lgs. n. 77 del 2002, laddove la disciplina dello stesso intende imporsi ai legislatori regionali anche con riferimento agli ambiti materiali riservati a questi ultimi.

Una terza ipotesi, che rappresenta una sorta di variante di quella precedente, è quella per la quale la trasversalità dell'oggetto «servizio civile», unita alla sua riconducibilità a talune specifiche materie, anch'esse per lo più «trasversali» [111], riservate alla competenza esclusiva statale – quali, tra le altre, l'«ordinamento civile» o la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» – indurrebbe a ritenere corretta la tesi della permanenza in capo allo Stato della potestà a dettare almeno una «normativa quadro» del servizio civile, ovvero il «nucleo essenziale della disciplina», quale modello base di riferimento per le legislazioni regionali [112].

---

approccio esattamente contrario (cfr. la sent. n. 274 del 2003, in *www.cortecostituzionale.it*). In argomento cfr., per tutti, A. RUGGERI, *Potestà legislativa primaria e potestà «residuale» a confronto (nota minima a Corte cost. n. 48 del 2003)*, in *Giur. it.*, 2003, 1530 ss.

[111] Sulle materie «trasversali», o «materie non materie», incidenti su una pluralità di ambiti materiali, anche riservati alle regioni, cfr., in particolare, le sentt. nn. 282 del 2002, in *Giur. cost.*, 2002, 2012 ss. – ove la Corte, con riguardo alla competenza statale di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (art. 117, secondo comma, lett *m*), ha osservato che «non si tratta di una materia in senso stretto, ma di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie …» (Punto 3 del *Considerato in* diritto) – e 407 dello stesso anno, *ivi*, 2940 ss., con nota di F.S. MARINI, *La Corte costituzionale nel labirinto delle materie «trasversali»: dalla sent. 282 alla n. 407 del 2002*, *ivi*, 2951 ss.

[112] È la soluzione preferita, pur con alcune differenze di impostazione, sia da M. CECCHETTI-G. CONTI, *Profili soggettivi del servizio civile*, cit., 55, che da V. CASAMASSIMA, *Servizio civile nazionale e competenze regionali*, cit.

Una diversa soluzione, la quale, peraltro, dal punto di vista sostanziale, tenderebbe al raggiungimento di un obiettivo analogo, è quella prospettata nello stesso ricorso della Provincia di Trento n. 44 del 2002, citato, laddove, mentre si nega che il disegno complessivo dell'organizzazione del nuovo servizio civile possa essere globalmente ascritto alla materia *difesa*, si riconosce altresì che la medesima organizzazione possa invece essere ricondotta alla materia, riservata alla potestà concorrente, *tutela del lavoro*. Se è vero infatti che la competenza statale nelle materie trasversali consente allo Stato un'incisione delle competenze regionali in linea di principio più profonda di quella realizzabile nell'esercizio di una competenza di tipo concorrente (cfr., per tutti, A. RUGGERI, *Neoregionalismo, dinamiche della normazione, diritti fondamentali*, in *www.federalismi.it*, 11 ss.), ove essa è limitata alla fissazione dei principi fondamentali della materia, non si può nascondere che, in particolare con riguardo ad un oggetto così circoscritto come quello della organizzazione del servizio civile, individuare dei confini precisi tra i due piani dell'intervento statale appare un'operazione piuttosto ardua.

Dove peraltro notarsi che qualificare il servizio civile nazionale esclusivamente come «rap-

Infine, una quarta soluzione interpretativa è quella fatta propria dallo stesso D.Lgs. n. 77 del 2003 [113], laddove, come si è sottolineato fin dall'inizio, lo stesso prevede il «servizio civile nazionale» quale «*modalità operativa concorrente ed alternativa di difesa dello Stato, con mezzi ed attività non militari*» (c.vi nostri) [114]. Partendo dal presupposto in forza del quale il servizio civile sia da considerare come un oggetto unitario, o meglio una «porzione» unitaria di materia, lo stesso viene ascritto, per intero, all'ambito della sola «difesa», ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. *d*).

E tale operazione, in particolare, dovrebbe essere realizzabile sulla base del seguente ragionamento: se non può esservi dubbio, per quanto si è argomentato nei precedenti paragrafi, che il servizio civile sia riconducibile al concetto di difesa, ai sensi dell'art. 52 Cost., è allora possibile, anche a prescindere dall'effettiva *intentio legislatoris* [115], giustificare l'ulteriore passaggio

---

porto di lavoro» – tra il giovane e l'ente che propone il progetto – appare troppo riduttivo, e comporta il perdere di vista la necessaria dimensione pubblicistica di tale rapporto e, con essa, si potrebbe aggiungere, la valenza dello stesso come istituto teso alla realizzazione del principio costituzionale di solidarietà sociale. D'altra parte, a prescindere da tale ultima considerazione, la collocazione della materia «lavoro» nell'ambito del nuovo Titolo V della Costituzione è assai problematica e non è affatto escluso, come si è notato, che «anche dopo l'entrata in vigore della legge n. 3 del 2001 la disciplina del *rapporto* di lavoro resti sottratta alla legge regionale» (così M. LUCIANI, *Regioni e diritto del lavoro. Note preliminari*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2002, 60).

[113] Nella relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo, trasmessa dal Ministro per i rapporti con il Parlamento Carlo Giovanardi al Presidente della Camera dei deputati in data 22 febbraio 2002, in *Servizio studi ella Camera dei deputati*, n. 65 del 2002, si sottolinea come il decreto si muova all'interno della «lettura evolutiva del concetto di patria, non più riferito al territorio dello Stato ed alla tutela dei suoi confini esterni, ma corrispondente ai valori comuni e fondanti il nostro ordinamento» e che «anche a seguito dell'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001 rimane confermata in materia la competenza esclusiva dello Stato».

[114] La lettura della relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo, citata alla nota precedente, consente, ci pare, di poter rubricare come «svista» il dato per cui il decreto legislativo qualifica il servizio civile come modalità di difesa dello «Stato», e non della «Repubblica» o della «Patria». Se infatti tale qualificazione era giustificata nel contesto della legge n. 331 del 2000 (art. 1, terzo comma), non può più esserlo nel 2002, vigente il nuovo art. 114 Cost., ove si stabilisce che «la Repubblica è costituita dai comuni, dalle Province, dalle città metropolitane, dalle regioni *e dallo Stato*» (c.vi nostri). In argomento, cfr., per tutti, M. OLIVETTI, *Lo Stato policentrico delle autonomie (art. 114, primo comma)*, in T. GROPPI-M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed entri locali nel nuovo Titolo V*, Torino, 2003, 39 ss.

[115] A fronte della possibile obiezione che potrebbe far leva sulla circostanza in forza della quale, al citato art. 117, secondo comma, lett. *d*), la materia «difesa» è affiancata a quella «forze armate», si potrebbe replicare che la stretta vicinanza tra i due termini non deve far pensare tanto ad una «relazione biunivoca» tra le due espressioni (cfr. E. ROSSI, *Il servizio civile volontario*, cit., 11), bensì al fatto che, per la prima volta nella Carta fondamentale, i due ambiti materiali vengono espressamente e inequivocabilmente distinti.

logico in forza del quale la locuzione «difesa», introdotta dalla legge cost. n. 3 del 2001, debba essere letta alla luce della preesistente nozione di «difesa», così come quest'ultima è venuta delineandosi nel corso del progressivo processo di rilettura operato dalla giurisprudenza costituzionale e dai puntuali interventi del legislatore.

Nessuna delle predette soluzioni è, a ben vedere, priva di limiti o controindicazioni [116]. Occorre sottolineare, in particolare, che il parallelo con il volontariato non può essere condotto oltre un certo limite [117], per la ragione che, mentre quest'ultimo è, come sottolineò ancora la Corte nel 1992, principalmente un «modo di essere della persona nell'ambito dei rapporti sociali», ovvero «un paradigma dell'azione sociale riferibile ai singoli individui o ad associazioni di più individui», al quale l'ordinamento riconosce *ex post* una rilevanza giuridica, il servizio civile nazionale, al contrario, si presenta, innanzi tutto, come un *autonomo istituto giuridico*, prevalendo qui la dimensione pubblica, oggettiva e organizzativa, e, a fronte di ciò, risultando più arduo qualificare lo stesso come un oggetto «trasversale».

Di conseguenza, non può non suscitare delle perplessità il tentativo, che caratterizza sia la seconda che la terza ricostruzione, di riconduzione parziale del servizio civile all'una o all'altra materia, che può essere condiviso soltanto ritenendo il medesimo servizio civile come un coacervo di iniziative disomogenee e non come una realtà unitaria e complessiva, ovvero considerando dello stesso, volta per volta, aspetti parziali.

D'altra parte, il mantenimento in vita di un *modello unitario* di servizio civile, definito con legge statale, pare imprescindibile almeno nella misura in cui si intenda continuare a guardare a questa realtà come ad un modo per realizzare, come in precedenza si è sottolineato, un «nuovo modello di cittadi-

---

[116] Del resto, è noto come uno degli aspetti più delicati tra quelli emersi all'indomani della riforma costituzionale del 2001 sia proprio quello concernente la corretta individuazione delle materie, e, in particolare, la collocazione di quelle *innominate*. In ordine a tale problematica, cfr., tra gli altri, P. CARROZZA, *Le «materie»: uso delle tecniche di enumerazione materiale delle competenze e modelli di riferimento del «regionalismo di esecuzione» previsto dal nuovo Titolo V della Costituzione*, in G. F. FERRARI-G. PARODI (a cura di), *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo. Problemi applicativi e linee evolutive*, Padova, 2003, 109 ss., A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quad.cost.*, 2003, 15 ss. e A. RUGGERI-C. SALAZAR, *Le materie regionali tra vecchi criteri e nuovi (pre)orientamenti metodici d'interpretazione*, in *www.federalismi.it.*

[117] Come si è notato, «il servizio civile nazionale di volontariato ha la scelta iniziale, ma diventa immediatamente un rapporto regolato da normative pubbliche» (così L. PALAZZINI, *Le prospettive dopo la legge del 2001*, in P. CONSORTI (a cura di), *Senza armi per la pace*, cit., 39). E, del resto, il giovane in servizio civile riceve un assegno «pari al trattamento economico previsto per i volontari di truppa in ferma annuale …» (cfr. art. 9, secondo comma, D.Lgs. n. 77 del 2002).

nanza», in linea con un'idea di «amministrazione in grado di sviluppare la capacità dei singoli cittadini ed in grado di perseguire fini e valori coerenti con il disegno costituzionale» [118]; obiettivo che non può non presupporre che il coinvolgimento di tutti i cittadini avvenga sulla base di un comune inquadramento normativo.

Sono questi, in ultima analisi, i motivi che inducono a ritenere in definitiva preferibile la soluzione a suo tempo prescelta dal Governo, e di conseguenza percorribile la tesi della riconducibilità del «servizio civile nazionale» all'ambito della «difesa», ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. *d*) [119].

---

[118] Così S. GRASSI, *Il servizio civile per un nuovo modello di cittadinanza*, cit., 705. In senso analogo, cfr. M. CECCHETTI-G. CONTI, *Profili soggettivi del servizio civile*, cit., 54.

Tali esigenze, peraltro, potrebbero indurre taluno a richiamare il controverso concetto di «interesse nazionale», la cui mancata menzione nel nuovo testo della Costituzione, com'è noto, non per tutti ha comportato la sua effettiva soppressione. Ed è noto che sul punto è intervenuta di recente la pronuncia costituzionale n. 303 del 2003, in *www.cortecostituzionale.it*., ove si è in effetti riconosciuta la *trasmigrazione* del «vecchio» concetto di interesse nazionale in quello, «nuovo», di sussidiarietà, ritenendosi giustificata, alla luce di quest'ultimo, una «ragionevole flessibilità» nell'applicazione del criterio di riparto delle competenze anche legislative (per un primo commento su tale decisione cfr. A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V*, in *www.unife.it/forumcostituzionale*). Ma a chi scrive pare preferibile non ricorrere a tale argomento, nella consapevolezza, tra l'altro, che, come si è notato, la tendenza alla «relativizzazione» del riparto costituzionale delle materie potrebbe finire per rivelarsi una vera e propria «bomba ad orologeria», idonea a far «saltare per aria il nuovo Titolo V» (così, da ultimo, A. RUGGERI, *Le Costituzioni passano, ma la giurisprudenza … resta*, cit., 7)

Sulle diverse ricostruzioni avanzate dalla dottrina sull'interesse nazionale all'indomani della riforma costituzionale del 2001 cfr., per tutti, P. VERONESI, *I principi in materia di raccordo Stato-regioni dopo la riforma del Titolo V*, relazione tenuta al convegno di Pavia del 6-7 giugno 2003, su *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, in corso di pubblicazione.

[119] Ciò non esclude che, confinando il servizio civile con una pluralità di ulteriori ambiti materiali, di competenza anche regionale, alle regioni siano comunque riconosciuti degli spazi nella «attuazione» di taluni istituti previsti dalla disciplina statale; ciò che, del resto, già oggi prevede lo stesso D.Lgs. n. 77 del 2002. Per un'analisi dei principali contenuti della prima legge regionale di attuazione del D.Lgs. n. 77 (si tratta della legge regionale dell'Emilia Romagna n. 20 del 2003, recante «Nuove norme per la valorizzazione del servizio civile e istituzione del servizio civile regionale»), cfr. V. CASAMASSIMA, *Servizio civile nazionale e competenze regionali*, cit. Come anticipato *supra*, in nota 2, la predetta legge regionale è stata impugnata dallo Stato di fronte alla Corte costituzionale con ricorso 23 dicembre 2003, n. 97. Tra i motivi di impugnazione, si sottolinea quello per il quale alcune disposizioni della legge *esulerebbero* «all'evidenza dalla competenza legislativa regionale», in quanto incidenti sulla «materia della "difesa" riservata alla competenza esclusiva dello Stato», nonché sua «gelosa prerogativa».

III

IL FORUM

Politica e diritto costituzionale: il ruolo dei costituzionalisti

Massimo Luciani

La prima domanda del Forum di questo numero è la seguente: «Quali sono stati, a vostro avviso, i momenti e gli strumenti più significativi dell'incidenza della politica sul diritto costituzionale – e viceversa – negli anni precedenti il referendum elettorale del 1993?».

Leopoldo Elia

Il 18 aprile 1948, col successo elettorale della Democrazia Cristiana, è una data basilare nella storia repubblicana, che dà inizio ad un periodo avviato a concludersi solo dopo le elezioni del 1976 con il governo Andreotti della non sfiducia.

Ma la vittoria di De Gasperi non toglie che alla Costituente le preoccupazioni dei *leaders* dei due campi avessero prevalso sulle proposte razionalizzatrici dei relatori costituzionalisti Mortati e Tosato e che l'ordine del giorno Perassi fosse rimasto inattuato.

La legge elettorale del 1953, che non chiamiamo maggioritaria perché il sistema rimaneva proporzionale, seppure con un premio di maggioranza «troppo» elevato, voleva rimediare alle omissioni del Costituente, alla carenza di norme stabilizzatrici e integratrici di efficienza della forma di governo.

Fallito questo tentativo, il campo rimase aperto alla politica pura, alle alleanze partitiche, alle convenzioni. Sulla *conventio ad excludendum*, ad esempio, non ci devono essere equivoci. Come dimostra un saggio di Sergio Fois su *Dem. Dir.* del 1975, il riconoscimento in sede scientifica della *conventio* aveva una portata puramente descrittiva ed esplicativa ed in nessun caso prescrittiva. Vi erano ovviamente delle deroghe implicite, che si spiegano con la dinamica dei partiti all'interno dell'arco costituzionale: per es. l'esercizio del potere di scioglimento delle Camere condizionato all'accordo dei maggiori partiti, incluso quello del partito comunista. La *conventio ad excludendum* è l'espressione dell'«anticomunismo democratico» del nostro Paese (quello di De Gasperi e di Moro nel primo centrosinistra), che non raggiunse mai la soglia della «democrazia armata» alla tedesca, ma si situò in una posizione intermedia rispetto ad altri Paesi d'Europa (specie alla Germania con i partiti antisistema), fino a quando, con la solidarietà nazionale, la *conventio* perse la sua funzione.

È importante ricordare la situazione appena descritta perché quando, nel 1989, il Partito Comunista Italiano si situò definitivamente all'interno del circuito democratico, non fu impiegato alcun «congegno antiruggine» (come lo ha chiamato Giuliano Amato), non fu cioè approvata alcuna riforma che ovviasse ai difetti delle soluzioni adottate dai Costituenti malgrado il clima politico di allora fosse ormai superato. La classe politica non ha saputo manifestare capacità dinamica: c'è stato un «complesso di cecità e impotenza» che ha determinato il non impiego degli strumenti di riforma.

Vi era disaccordo sui rimedi. Cossiga (ma restano da chiarire alcuni aspetti del suo settennato) aveva seguito Moro sulla strada della solidarietà nazionale e forse voleva continuare quella esperienza, come del resto Andreotti anche dopo la morte del *leader*. Ma quando il Preambolo (Congresso democristiano del 1980) rigettò la solidarietà nazionale, si rese conto della crisi in atto nella DC e propose dieci anni dopo il rimedio, peraltro errato e comunque non accolto, di uscire dalla stretta non con la riforma elettorale, ma con la riforma di sistema (quinta repubblica) da attuare attraverso un nuovo tipo di consultazione referendaria.

Si arriva così al referendum elettorale del 18 aprile 1993 e alla necessità di scrivere leggi decisamente maggioritarie. Bisognava assecondare le soluzioni imposte dai vincitori. nella prova referendaria Ma come mai nel decennio precedente, avviato dalla proposta presentata nella Commissione Bozzi per la riforma del sistema elettorale sul modello tedesco, era maturato un risultato negativo salvo poi per le elezioni dirette dei vertici degli enti locali?

Gianni Ferrara

Non so se ho ben compreso quel che si intende con la formula usata per indicare il tema di questo Forum. Perciò, al fine di evitare possibili fraintendimenti, premetto qualche considerazione – necessariamente molto sommaria, e me ne scuso – sul rapporto tra diritto e politica. La convinzione che ho maturato al riguardo è che la politica, per compiersi, deve conformare la realtà, e, per farlo, deve misurarsi con l'esistente per trasformarlo o per conservarlo, scegliendo quel che va mutato e quel che va perpetuato e non ha altro strumento per fare l'una o l'altra cosa che il diritto. L'autonomia, la distinzione concettuale e fattuale dell'una e dell'altro è la ragione stessa della loro connessione relazionale che nasce e si consolida sia per la necessità, propria ed imprescindibile, della politica, di doversi compiere, sia per il monopolio che detiene il diritto di realizzare i progetti, qualunque contenuto abbiano, che sostanziano la politica, ogni politica. Si viene così a configurare quella particolare dialettica che consente alla imperiosità delle esigenze economico-sociali che emergono dal processo storico di essere soddisfatte nelle forme del diritto, cioè nei modi che sono dettati dal grado di civiltà raggiunto da un determinato aggregato umano. È perciò che il rapporto tra politica e diritto si configura, in ultima analisi, come quello che intercorre tra la politica che, compiutasi, è diventata diritto, traducendosi nei suoi enunciati e acquisendone il vigore e il valore, e la politica che vuol farsi diritto per trasfondersi nei rapporti reali, seguendo i percorsi tracciati dal progresso della civiltà umana.

Rispondo ora alla domanda. È evidente e non mi sembra contestabile che la storia dell'ordinamento repubblicano inizi il 18 aprile 1948. Credo che sia stata una grande storia e lo sia stata per l'alto livello delle strategie politiche che nel suo corso furono disegnate, per gli indirizzi politici nobili, corposi, coinvolgenti che furono scelti e perseguiti e che decisero i destini del Paese facendolo progredire come mai in altra epoca gli era accaduto. Una vicenda straordinaria, quindi, conclusasi quando

sono venute a mancare forti idee, alte strategie politiche, e gli indirizzi legislativi e di governo si sono appiattiti sulla gestione dell'esistente.

Penso innanzitutto al grande disegno proposto e realizzato da De Gasperi, quello della ricostruzione, che fu compiuto senza esplicite, dichiarate e formalizzate deroghe o rotture della Carta costituzionale che era stata appena redatta ed approvata, col concorso pieno e decisivo dei partiti che erano stati appena esclusi dal governo. Il 1947 e l'espulsione dei comunisti e dei socialisti dall'area governativa si spiega con le conseguenze di Yalta, con l'interpretazione che ne fu data da Churcill a Fulton, anche a seguito della determinazione con cui l'URSS andava consolidando la zona di influenza che quegli accordi le assegnarono sull'Europa dell'est, cioè con la fine della grande alleanza internazionale vittoriosa della seconda guerra mondiale che si tradusse, all'interno (e non solo in Italia) nell'analoga rottura dell'alleanza dei partiti antifascisti costituitasi nel CLN. Se questa rottura non impedì la collaborazione dei tre grandi partiti di massa in sede di Assemblea costituente e non coinvolse il testo della Costituzione, ne produsse però l'*ibernazione*, con la protrazione della legislazione fascista in molte materie diversamente disciplinate dalle norme costituzionali, dichiarate programmatiche da una Cassazione insensibile alla legalità costituzionale, così come insensibile all'ispirazione sociale della Costituzione si dimostrò tutta la giurisprudenza civile e penale, quanto mai consonante con una gestione dell'ordine pubblico spietatamente repressiva delle domande di giustizia sociale soffocate nel sangue su molte piazze d'Italia. Fu un costo alto che fu pagato in termini di legalità costituzionale e di socialità, anche se non era per nulla implicato logicamente da quel grande disegno politico e non necessario alla sua realizzazione.

Nel 1953 questa strategia entra in una crisi, che via via diventa irreversibile. Il primo chiaro segnale della crisi fu dato dall'esito delle elezioni politiche di quell'anno, elezioni, che furono giuocate, soprattutto, su di un terreno di grande rilievo costituzionale, quello della qualità della rappresentanza politica. La legge elettorale ad effetto maggioritario fu respinta neutralizzando il meccanismo che avrebbe prodotto tale effetto. Ma io non credo che la si propose, la si approvò e la si sostenne, durante un'aspra campagna elettorale, perché si mirava, con essa, ad influire sulla configurazione della forma di governo, apportandole qualche correttivo di quelli auspicati dall'ordine del giorno Perassi in Assemblea costituente. Questo intento, infatti, non fu mai dichiarato. Dichiarato era invece l'obiettivo di salvaguardare la maggioranza centrista, di evitare che fosse minacciata la sua autonomia. Non era quindi l'autonomia di una qualsiasi maggioranza di governo l'esigenza che si voleva assicurare e con essa la 'governabilità', espressione che fu usata successivamente e successivamente ritenuta importante e addirittura fondamentale. Quella che con la legge elettorale del 1953 si voleva garantire era l'autonomia e l'autosufficienza di *quella* maggioranza. E fu questa pretesa, sostanzialmente conservatrice ed immobilista, che fu respinta dal corpo elettorale. Ma la crisi della formula 'centrista', quella che aveva sorretto l'indirizzo politico degasperiano, si manifestò clamorosamente al Congresso di Napoli della Democrazia cristiana che vide la sconfitta di De Gasperi e l'emersione di una nuova maggioranza, sostanzialmente aperta a nuovi processi politici.

E siamo al secondo periodo della storia costituzionale repubblicana. Inizia il

'disgelo' della Costituzione che durante tutto il periodo centrista era stata come 'ibernata', per cui il 'costituito' all'inizio del 1948 era diventato la 'costituzione vivente' della prima fase della storia repubblicana. Inizia il disgelo con la sentenza della Corte costituzionale, finalmente costituita, n. 3 del 1956. Questa sentenza, com'è noto, fa giustizia della teoria e della prassi, giurisprudenziale ed amministrativa, delle norme programmatiche, cioè della non prescrittività degli enunciati costituzionali non tradotti in disposizioni delle leggi ordinarie, ed avvia così il processo che potremmo definire di 'legittimazione costituzionale' dell'ordinamento mediante la declaratoria di illegittimità costituzionale e la conseguente abrogazione delle disposizioni legislative incompatibili con la Costituzione. La seconda fase inizia, quindi, incidendo sui rapporti civili e politici, affermando la piena efficacia delle norme riconoscitive dei diritti contenuti nella prima parte della Costituzione. Questo processo di conformazione dell'ordinamento giuridico alla Costituzione realizzabile, in quanto e per quanto possibile, mediante la giurisprudenza della Corte, coincise con un lento ma deciso processo che, nella società e nel sistema politico, fa maturare le condizioni per la formazione di una coalizione parlamentare e di governo fondata sull'incontro programmatico tra la DC e il PSI, che provocò una svolta molto importante, segnata, appunto, dai governi di centrosinistra. L'indirizzo politico che scaturì da questa svolta fu quello mirato alle grandi riforme economico-sociali ed istituzionali, dalla nazionalizzazione dell'energia elettrica, alla istituzionalizzazione dell'intervento pubblico nell'economia, che colmava le molte carenze di iniziativa, di strategia, di impegno della borghesia italiana, all'avvio di una nuova politica urbanistica, all'istituzione della scuola media unica. Si concluse, questa fase alta degli indirizzi riformatori nei primi anni '70 con le leggi di attuazione dell'ordinamento regionale previsto in Costituzione, con lo Statuto dei lavoratori, con la riforma delle pensioni, con la legge di attuazione del referendum, con la riforma ospedaliera e l'avvio della riforma sanitaria.

Nel 1976 la strategia del centrosinistra e delle riforma possibili in quel quadro politico era del tutto esaurita. Le elezioni politiche di quell'anno segnarono la vittoria di ambedue i partiti maggiori del sistema politico italiano che si erano combattuti per un trentennio, la DC ed il PCI. Non erano stati ininfluenti a determinare quel risultato le proposte di un'altra grande strategia, la terza dell'età repubblicana, sostanzialmente identica anche se diversamente denominata da tre grandi *leaders* dei partiti *framers* della Costituzione, quella che Enrico Berlinguer chiamò del 'compromesso storico', Francesco De Martino degli 'equilibri più avanzati', Aldo Moro della 'terza fase'. Essa si richiamava a quello che possiamo considerare come il 'fiat' della Repubblica e della Costituzione, al suo momento iniziale, alla fonte del sistema politico formatosi dopo ed in ragione della cesura della storia nazionale e statale rappresentata dalla Resistenza e dalla Guerra di Liberazione.

La strategia disegnata da Berlinguer, da De Martino e da Moro, come sappiamo, non passò. Ne fu data un'interpretazione minimalista e mediocre come quella dei governi di unità nazionale che portò rapidamente alla rottura del rapporto di collaborazione tra PCI e DC ed alla ripresa del centro sinistra ma nella versione cosiddetta del CAF (le iniziali dei nomi di Craxi, Andreotti e Forlani). Una versione della coalizione quanto mai singolare, addirittura paradossale: invece che fondarsi sulla colla-

borazione tra i due partiti maggiori, la DC ed il PSI, la si concepì e la si praticò come modo e luogo della competizione nell'acquisizione e nella gestione del potere, non finalizzato, di certo, a realizzare grandi strategie. Da qui la crisi del sistema politico che si ripiega su di una formula di governo esaurita ed incapace di attingere alle ragioni che la avevano imposta e legittimata venti anni prima. Crisi che si trascina da allora. Che investe e logora il tessuto, svuota il contenuto, immiserisce il significato e sta per travolgere il valore giuridico e morale della Costituzione. Perché senza grandi disegni, forti idee, indirizzi lungimiranti e mobilitanti, una Costituzione, come quella italiana, non può che languire, sopravvivendo a se stessa.

È forse per questa ragione di fondo che non condivido alcune opinioni di Elia. Sono convinto che il problema della riforma costituzionale Craxi lo abbia inventato per tutt'altre ragioni rispetto a quelle proclamate e mi riferisco a Craxi perché è con lui che assume rilievo politico la messa in discussione dell'assetto costituzionale in Italia (le critiche precedenti, risalenti addirittura agli ultimi anni '40 e ai primissimi anni '50, e penso alla posizione polemica assunta dai neofascisti nei confronti della Costituzione e del sistema parlamentare, più che spiegabile dal loro punto di vista, a quelle decisamente antipartitiche di Maranini, a quelle di Sturzo, al progetto di Pacciardi, a quello di Sogno, ed anche alla inaspettata presa di posizione di autorevoli costituzionalisti su di una sconosciuta rivista, 'Gli stati', nel 1973, non avevano la possibilità di determinare effetti politici di rilievo).

Ebbene, il disegno di Craxi, con la proposta della cosiddetta 'grande riforma', era quello di usare l'elezione diretta del Presidente della Repubblica per attrarre sul candidato del PSI l'elettorato comunista, stante l'impraticabilità di candidatura comunista vincente, assieme ai voti dei partiti di democrazia laica e competere con la DC per la guida del Paese e risolvere quindi, mediante un congegno istituzionale, il problema dell'egemonia a sinistra e sui partiti di democrazia laica a favore del PSI (*rectius*: del candidato del PSI, il cui nome non era difficile immaginare), in vista anche di un conseguente effetto trascinante permanente degli elettori comunisti sulle posizioni del PSI già immerso nel processo di mutazione genetica che lo avrebbe portato ben lontano dalle ragioni storiche, ideali, e programmatiche per cui era sorto.

Incontrava, questo disegno, ed incrociava una esigenza materiale ben consistente, espressa da una tendenza della politologia nordamericana che esprimeva le tesi della 'Trilaterale' secondo cui il modo di produzione capitalistico non poteva rispondere alle tante domande della democrazia partecipata (e quella italiana lo era quasi emblematicamente) ed era quindi indispensabile una revisione dei sistemi politici tale da consentire che solo le domande compatibili con la risposte che potevano essere offerte dal sistema economico potessero essere percepite.

Era questo il problema che veniva posto all'Italia dalla proposta della 'grande riforma' craxiana. La questione della governabilità era, fondamentalmente, quella della difficoltà di governare una democrazia dispiegata in tutte le sue implicazioni, in tutti i suoi contenuti, stante la pressione del sistema economico capitalistico e la vittoria storica che questo sistema stava per conseguire. Al posto della democrazia pienamente dispiegata veniva proposta la democrazia 'compiuta' e … ridotta all'alternanza tra partiti, o aggregazioni, o coalizioni – non importa la loro configurazione, importa che fossero – equi-

valenti, imperniate sul centro dell'elettorato e sugli ondeggiamenti più o meno razionalmente comprensibili di questi ceti, ferma restando la resezione delle parti del corpo elettorale le cui domande risultassero incompatibili. Si mascherò (e si continua a mascherare la questione di fondo) denunziando i fenomeni della crisi di governo ricorrenti, della scarsa omogeneità dei governi di coalizione, degli scarsi poteri del presidente del consiglio, e via mistificando. La denunzia dello scarso potere del Presidente del Consiglio, lasciatemelo dire, è risibile. Non mi risulta che la abbiano mai avvertita, De Gasperi, Scelba, Fanfani, Moro. La avrà avvertita Goria, ma non Andreotti che afferma, infatti, di non aver mai avuto problemi di direzione della compagine governativa.

Nicolò Zanon

Devo dire che per una persona della mia generazione questa riflessione sull'incidenza della politica sul diritto costituzionale prima del '93 si presenta un po' diversamente rispetto a quello che risulta a quelli che hanno parlato prima di me, perché per me ovviamente è in gran parte il risultato di letture, non di avvenimenti vissuti, e quindi sconta una percezione fortemente diversa.

La domanda ci impone di rinunciare alle grandi questioni teoriche che stanno dietro al rapporto tra politica e diritto, anche se già alcune cose sul punto sono state dette e molto si potrebbe ancora dire. C'è una autonomia del diritto costituzionale, in particolare rispetto alla politica? Io credo di sì, non ho mai pensato e non penso che il diritto costituzionale sia epifenomeno di rapporti politici, e credo che questa sia una convinzione condivisa anche da chi ha organizzato questo incontro. Piuttosto, per dirla in sintesi, credo che non sia solo la politica che influenza il diritto. Come è ben noto, esiste anzi una logica «circolare» nei sistemi istituzionali: l'adozione di determinate regole giuridiche ha una ricaduta molto forte sul funzionamento dei sistemi politici e l'influenza è in qualche modo reciproca e circolare.

Questa situazione può avere delle conseguenze anche sull'atteggiamento dei costituzionalisti che si occupano di politica, ma questo un discorso che riprenderemo più avanti.

Il tipo di domanda ci impone di focalizzare l'attenzione su alcuni eventi particolarmente significativi circa il rapporto politica-diritto costituzionale. Ma prima vorrei fare una considerazione, che mi deriva da quello che ho ascoltato.

Forse, prima del '93, c'era più consapevolezza della complessità del sistema politico, e oggi si tende un poco più alle semplificazioni: non so se sia un difetto dei tempi o delle persone. Sicuramente credo che noi dovremmo anche in questo …

Gianni Ferrara

Scusa, io penso che sia il risultato dell'influenza della politologia.

Può darsi che sia così, però esiste anche una politologia consapevole della complessità delle cose. In ogni caso, credo che anche oggi si debba mantenere una forte attenzione alla complessità delle cose. Questo lo dico come premessa di metodo.

L'idea di fondo che mi sono fatto sulle vicende del rapporto politica-diritto costituzionale precedenti al '93 è quella di un sistema politico-istituzionale caratterizzato dalla presenza di partiti forti, strutturati, con tutto ciò che sta dietro (dotati di visioni del mondo complete e molto vissute, volute e credute), con un sistema elettorale proporzionale, e consuetudini costituzionali che hanno attribuito a quei partiti, a quel tipo di partiti, un ruolo decisivo nel funzionamento della forma di governo.

A me pare innanzitutto interessante, come evento storico di una certa importanza, il fatto che le radici di questa qualità dei rapporti tra la politica di quei partiti e il diritto costituzionale in Italia, vadano cercate anche nelle vicende che sono immediatamente successive alla caduta del fascismo.

Io ricordo una osservazione di Giuliano Amato, che mi ha molto colpito, sull'inizio del periodo costituzionale provvisorio. Si verifica allora un evento che dal punto di vista istituzionale ha un'importanza fondamentale: la fuga del re da Roma, che significa la fuga dello Stato, delle istituzioni rispetto agli eventi.

Questo vuoto improvviso dello Stato che prende le gambe e scappa, questo vuoto di potere, viene coperto dalla presenza dei partiti del Comitato di liberazione nazionale.

E mi pare che nella cd. esarchia dei partiti del CLN sia visibile in nuce la nascita del sistema dei partiti che abbiamo imparato a conoscere nel periodo repubblicano, partiti che pur anche tra fortissimi contrasti si abituano a rapportarsi reciprocamente, a «vivere insieme», oltre che a governare spesso insieme.

Mi pare che questo caratterizzi gran parte dell'esperienza istituzionale successiva. È un'impronta che viene lasciata alla vita della Costituzione e forse marca in modo importante il funzionamento nei grandi momenti del nostro sistema, anche nella prassi.

L'abitudine al governo di coalizione e al sistema elettorale proporzionale si affianca a una lettura delle norme costituzionali relative alla forma di governo che enfatizza il ruolo dei partiti. Ciò scatenerà poi le polemiche contro la partitocrazia: penso a Maranini.

Non so se questo clima complessivo possa dar ragione dell'impressione della non accettabilità che la c.d. legge-truffa del '53, la legge elettorale, suscitò in certe forze politiche. È come se, in quelle letture e per quella mentalità, quella legge fosse un modo inaccettabile per spezzare quel senso di continuità, quell'idea dello «stare insieme» del sistema dei partiti, che sembra essere alle radici della repubblica.

L'altro evento, a mio avviso davvero dissonante rispetto alla qualità del rapporto tra politica e diritto costituzionale che si coglie prima del 1993, è rappresentato dall'introduzione del referendum abrogativo, dall'istituto in sé e dall'uso che ne è stato fatto.

Non è secondario o casuale che il referendum abrogativo del 1993 sulla legge elet-

torale segni proprio la data spartiacque che noi utilizziamo nel nostro dibattito. Io ricordo il referendum del '74, fu la prima vicenda di rilievo politico-costituzionale che mi capitò di seguire e come sappiamo fu una vicenda molto partecipata nel paese. Fu una straordinaria occasione di partecipazione da parte di tutti, e fu una grande novità all'interno del sistema politico dominato dai partiti.

Per gli studiosi italiani credo sia stata la prima occasione, che ha dato poi luogo ad una intensa riflessione, per studiare nella prassi l'impatto di questa forma così straordinaria di democrazia diretta nel sistema costituzionale della democrazia rappresentativa. Al di là di ogni atteggiamento agiografico, l'introduzione di quel tipo di strumento nel complessivo assetto costituzionale ha un impatto di grande forza.

Non è secondario che nella stagione della solidarietà nazionale e nella stagione del rapporto preferenziale tra la cultura cattolica e la cultura comunista, tra le masse cattoliche e le masse comuniste – come allora si diceva – lo strumento referendario viene utilizzato da una piccola forza che sceglie di stare fuori dal Parlamento e di utilizzare al massimo lo strumento referendario: è lo specchio di una volontà di dissenso che trova a sua disposizione uno strumento istituzionale di straordinario rilievo.

È fin troppo ovvio ricordare che proprio lo strumento del referendum è utilizzato dal movimento per le riforme, che vuole aggirare il conservatorismo del sistema dei partiti, come il grimaldello che serve a rompere quella particolare qualità dei rapporti tra politica e diritto costituzionale, di cui si diceva, e che ha caratterizzato la repubblica fin dalle origini.

In quel momento, probabilmente, quegli «spiriti inquietanti» a cui accennava Gianni Ferrara, e che Moro in qualche modo cercava di trattenere secondo la lettura di Elia, sono stati liberati. Io non sono così convinto che fossero proprio spiriti maligni: in ogni caso, è andata probabilmente così, quegli spiriti maligni o benigni vengono liberati e inseriscono un elemento fondamentalmente nuovo nella qualità dei rapporti tra la politica e il diritto costituzionale.

Questo è il senso del 1993, dentro al quale stanno a ben vedere due eventi in uno: il primo è appunto il referendum abrogativo, che elimina il sistema proporzionale, e scardina quindi uno dei pilastri della tradizionale qualità di rapporti tra diritto costituzionale e politica. Ma il secondo è Tangentopoli: va detto che il referendum del '93 ha un impatto così forte così traumatico perché si accompagna a Tangentopoli. In fin dei conti è la sovrapposizione dei due eventi, è il coincidere e il sovrapporsi dei due fenomeni a determinare l'enormità dei mutamenti. Il sistema costituzionale formalmente non cambia, ma deve essere ambientato in un paesaggio che – dopo questi due eventi e rispetto al momento in cui nacque – appare lunare.

Carlo Fusaro

Io in realtà appartengo alla generazione di mezzo: non mi posso schierare tra i giovani perché sono del 1950.

Condivido la ricostruzione che ha fatto Leopoldo Elia, direi che la condivido nei dettagli anche. Ho notato che l'ha condotta, e in questo l'ha seguito anche Gianni

Ferrara, sul piano soprattutto della forma di governo. Naturalmente io mi ero immaginato che forse i nostri amici parlando di diritto costituzionale intendessero riferirsi anche agli aspetti al di là della forma di governo.

Sotto il primo profilo (forma di governo), non c'è dubbio che le cose che ci hanno detto, sia Elia sia Ferrara, confermano la notevole incidenza della politica sul diritto costituzionale. Io cercherò di aggiungere alcune considerazioni relative agli altri aspetti con particolare riferimento al periodo fino al 1993. In ogni caso, se in passato si fosse immaginato che non ci fosse stata una simile incidenza, certamente così non era e non era per ragioni che mi sembra Zanon abbia richiamato bene: essenzialmente, la forte legittimazione del sistema dei partiti, cioè il fatto che la costituzione materiale (intesa proprio in senso mortatiano) della repubblica erano stati i partiti che avevano concorso a rifondare il paese. Essi erano l'unica cosa, che a parte gli alleati, era rimasta dopo la fuga del re e quindi la fuga dello Stato della quale Zanon diceva prima.

È vero però che, successivamente, i partiti nei decenni hanno sviluppato, in positivo e direi anche in negativo, una sorta di reciproca complicità il che li ha portati progressivamente ad allontanarsi dalla società: concorrendo a produrre, poi, il fenomeno della «rottura» di quella costituzione materiale, che poi è parte della seconda domanda che segue.

Sono anche d'accordo sulle cose che Zanon diceva in punto teorico generale. Per il positivista, e lo diceva anche Ferrara, per il positivismo giuridico istituzionalista, il diritto costituzionale è la più alta espressione della politica: in quanto è individuazione dei valori e dei tratti fondamentali dell'ordinamento a tutela e a promozione di questi valori. Sostenere ciò, non significa negare specificità al diritto. Il diritto è volontà politica che si formalizza in certi modi, e così il diritto costituzionale. Dopo di che, trasformata in diritto, questa volontà politica vive di una sua vita propria, separata dalla volontà politica che diritto non è, anche se da questa influenzata; ha le sue regole, ha la sua dogmatica. Ed è ben vero che la forma è la peggior nemica dell'arbitrio: in questo senso il diritto costituzionale è bene mantenga questa autonomia. Però è anche vero che, senza ombra di dubbio, esso non è solo giurisprudenza. Il diritto costituzionale, ne parlerò poi risponedndo alle domande successive, non è solo giurisprudenza: anche altrove dove vi è una tradizione fondata sulla massima attenzione alla giustizia costituzionale (la costituzione è ciò che la Corte suprema dice essere la costituzione), lo si riconosce. C'è per esempio un libro recente di Griffin, pubblicato in Italia dal Mulino, che ne parla a proposito degli Stati Uniti, per dire che accanto alla Corte anche i partiti, il Presidente, il Congresso in questi decenni hanno influenzato il diritto costituzionale … Il diritto costituzionale, insomma, anche da parte della dottrina americana più moderna è considerata frutto della politica …

Ora non c'è dubbio che per le vicende che Elia ha descritto, e che ha ripreso poi Ferrara, ebbene in Italia per tanti anni il diritto costituzionale fu letteralmente «sequestrato» dalla politica.

Vogliamo individuare una data? Poniamola allora verso la metà degli anni Cinquanta, cioè almeno fino al momento in cui comincia ad operare la Corte Costituzio-

nale, per non dire del CSM, che non abbiamo ancora evocato e che arriva nel 1958 (e con quale disciplina). Per cui abbiamo avuto una situazione nel Paese, quella che è stata definita «fase di congelamento costituzionale», fase durante la quale la «politica», le forze politiche che governavano il Paese furono in condizione, attraverso il rallentamento dell'attuazione costituzionale: (A) di sottrarsi al controllo di costituzionalità, almeno sostanzialmente; (B) di poter continuare a influire, attraverso il ministero di grazia e giustizia, sulla magistratura; (C) di non dover fare i conti con il corpo elettorale, come diceva di nuovo Zanon, perché non c'era il referendum, e non c'era nemmeno il referendum costituzionale; (D) di influire in senso limitativo sulla tutela dei diritti del cittadino a garanzia di valori (per esempio taluni della religione cattolica che la Costituzione non solo non prevedeva ma riguardo ai quali ne affermava di diversi se non opposti). Non dimentichiamo che furono anni in cui si ebbe una diminuzione della garanzia dei diritti: penso al pubblico impiego, penso alla censura, penso alle norme sulla religione di Stato, a certe piccole persecuzioni, per esempio dei Testimoni di Geova nel sud. Certo non eravamo a Torquemada, ma qui dobbiamo parlare di principi, mi pare. Insomma il livello di garanzia delle libertà per molti decenni, per diversi decenni, fu ridotto e fu ridotto perché la società italiana non aveva conosciuto quelle aperture, che in parte sono state descritte.

Ciò fu possibile anche per la forte legittimazione di cui si diceva delle forze politiche, rafforzata anche da grandi progetti politici quali l'allargamento della base democratica del paese: ma non era oro tutto quello che oggi sembra rilucere.

Sono convinto, insomma, che ci fu indubbiamente una notevole invadenza della élite, dei gruppi dirigenti politici dell'epoca e dei partiti sulle istituzioni, le quali videro la loro autonomia piuttosto limitata. In proposito, peraltro, io non mi sento un maraniniano; non condivido cioè una sorta di neo-maraninismo di ritorno. Credo che il *governo di partito* sia e sia stato un legittimo, e secondo me a lungo anche apprezzabile modo di governare le democrazie. Il modello era ovviamente quello inglese: esso però da noi ha conosciuto interpretazioni che derivavano da quello che in fondo Amato ha scritto una volta, suscitando grandi polemiche. In Italia il governo di partito da governo di partito unico, è diventato un governo di partito pluripartitico, sempre però con un certo eccesso di invadenza sulle istituzioni. Naturalmente dal partito unico al pluralismo partitico la differenza è assolutamente fondamentale: se non che il governo di partito da noi è stato interpretato in quelle forme di governo multipartitico extraparlamentare che abbiamo conosciuto. Esso si affermò anche grazie all'estensione progressiva della proporzionale negli anni '50 estesa dal Parlamento – dopo il fallimento della legge cosiddetta «truffa» – fino a tutti i comuni sotto 5.000 abitanti esclusi, e si tradusse in tempi medi in ciò che i presenti e i lettori certamente ricordano.

In ciò si inquadra il discorso sulla c.d. *conventio ad excludendum* (del Partito comunista) che io interpreto però in chiave essenzialmente politica, non giuridica. Ma c'era indubbiamente, come dice Ferrara, una dignità, c'erano dei progetti, c'erano dei tentativi politici di interpretare il funzionamento delle istituzioni cercando di rispondere in forme determinate dalla scelta politica della *conventio* e considerate adatte al contesto italiano. Di qui l'idea, appunto, che non si potesse che allargare progressiva-

mente la base democratica del Paese, quale unica forma possibile, immaginabile, di consolidamento del sistema democratico, anche quale risposta (estrema, ma anche efficace e positiva alla sfida terroristica: la quale giustificò la politica detta di solidarietà nazionale). Solo che, una volta esaurita quella, si erano esaurite tutte le ulteriori possibilità. Non c'era che procedere verso una prassi da «democrazia normale», come sarebbe stata chiamata 15 anni dopo: cosa che non si fu però capaci di fare, che non si volle davvero fare anche perché non si era disposti a pagare il prezzo eventuale che l'introduzione dei pur necessari supporti istituzionali avrebbe comportato.

Sotto questo aspetto, vedi Ferrara, io trovo, permettimi di dissentire, veramente una sottovalutazione politicista pensare che il tema delle riforme l'abbia imposto negli anni fra Settanta e Ottanta la tattica craxiana. Non solo posso ricordare, per esempio i convegni della rivista «Gli Stati», l'impegno di molti costituzionalisti autorevoli e primo fra tutti di Costantino Mortati. Cose di vari anni precedenti l'affermazione nel Psi di Bettino Craxi. Sono appunto i primi anni Settanta, per la precisione 1972 e 1973. Craxi viene eletto segretario nel '76; e la c.d. «grande riforma», come idea, nasce ancora dopo (1979). Ora non c'è dubbio che la grande riforma fu anche utilizzata dal Partito Socialista per cercare di allontanare la Dc dal Pci e viceversa, affermando il ruolo centrale del Psi, ma questo, il fatto che vi fosse un interesse di partito alla grande riforma, non esclude affatto che un problema effettivo di modernizzazione delle istituzioni italiane, ci fosse; ma esso fu sottovalutato e non adeguatamente affrontato per quasi un decennio (fino alla fine degli anni Ottanta).

Pensiamo che ancora alla Bicamerale Bozzi (1983-195) il tema del rafforzamento del regionalismo, chiamiamo così il futuro «federalismo» di dieci anni dopo, fu ridotto a poca cosa: nel dicembre dell'84, ad un mese della conclusione della Commissione, la Commissione non ci aveva dedicato ancora un minuto, e si limitò a recepire il contributo propositivo dei presidenti delle Regioni, che mandarono un documento che Bozzi integralmente accolse nella sua Relazione. Si noti che in quel momento già i primi parlamentari leghisti erano in Parlamento: uno era Bossi al Senato, l'altro era un certo Achille Tramarin alla Camera, Achille Tramarin dovrebbe ricordarselo Ferrara. Era un ometto che trascuravano un po' tutti; un segnale del tutto ignorato.

Perché si chiedeva Elia, dalla Bozzi in poi non si fece nulla?

Ecco forse una risposta è che, superata la fase più critica alla lotta al terrorismo, in qualche modo le forze politiche ritennero di poter continuare come prima; non avevano affatto avvertito ciò che cominciava a muoversi nella parte più dinamica della società italiana: e questo dà il senso del distacco dalla società. Non si fu in grado di avvertire ciò che nella società italiana in termini di agitazione, di autonomia, di ceti sociali emergenti, di apertura e di impulso all'Europa stava avvenendo. E quindi si ritenne di non intervenire e certo di non intervenire ritoccando attraverso la legge elettorale le regole della rappresentanza: ricordiamo che il punto di svolta furono probabilmente le quattro fiducie, quattro!, poste su richiesta dei socialisti da Andreotti contro i parlamentari che volevano introdurre l'elezione diretta del sindaco nell'ordinamento delle autonomie locali, a cavallo fra '89 e '90. Da lì nacque, per reazione, la strategia referendaria, perché, lì si dimostrò che il sistema dei partiti nella sua interezza, non avrebbe dato risposte né sul fronte delle riforme istituzionali, né

sul fronte delle riforme elettorali. Di qui il tentativo di by-passare i partiti e il Parlamento che ne era espressione.

Non c'era alcuna reale disponibilità, insomma, a mettersi in gioco da parte dell'élites di partito, per dirla in breve. Del resto non è che poi questa volontà ci sia stata in gran misura nei successori mi pare ...

Gli amici della Rivista ci chiedevano anche in che senso il diritto costituzionale avesse, all'opposto, esercitato invece influenza sulla politica. In questo periodo a mio avviso ciò accadde meno, o poco, in misura comunque inadeguata; però la giurisprudenza della Corte che è stata evocata da Ferrara resta un aspetto fondamentale. Le sentenze del '56, è inutile fare la lista, le conosciamo. D'altra parte è pure vero le forze politiche un'influenza sull'attuazione del diritto costituzionale da parte della Corte la esercitarono sempre, interferendo fra l'altro sulla composizione della Corte, tradizionalmente ben al di là dell'elezione dei cinque da parte del Parlamento in seduta comune. Quelle furono sempre elezioni combattute e faticose, ma non mancarono anche, appunto, le indicazioni con tanto di suddivisioni partitiche o d'area – laico, non laico, comunista, socialista, democristiano – ai fini delle cinque nomine da parte del presidente della Repubblica. Cose note.

Inoltre, la giurisprudenza della Corte tenne conto anche troppo dell'influenza delle forze politiche. Mi viene in mente il caso della legge urbanistica: lì fu la giurisprudenza della Corte a far sì che noi finissimo con non avere una legge urbanistica moderna.

In ultimo un cenno alla materia referendaria, nella quale la giurisprudenza della Corte sollevò le maggiori perplessità: come ebbe a riconoscere, in un secondo momento, proprio l'estensore di famose sentenze del 1978, l'indimenticato Livio Paladin.

Quindi c'è stato questo rilevante feed-back reciproco politica/diritto costituzionale vivente in tutto il periodo dalla Costituente alla transizione degli anni Novanta: con una notevole prevalenza, direi quasi una preponderanza, della politica sul diritto costituzionale, da parte di forze politiche nel complesso solidamente legittimate, e però in fase di progressivo indebolimento a partire dalla metà degli anni Settanta.

Massimo Luciani

La seconda domanda è questa: «Il 1993 ha segnato effettivamente uno spartiacque nelle vicende delle relazioni tra politica e diritto costituzionale? In particolare: dal referendum elettorale teutosi in quell'anno è scaturita un'effettiva emancipazione delle istituzioni dalla politica partitica, che abbia avuto anche un'influenza sul rapporto tra costituzionalisti e sfera pubblica?». È chiaro che, in realtà, questa domanda contiene due quesiti. Alla luce delle premesse già fatte, però, la risposta dovrebbe essere agevole.

Gianni Ferrara

Penso che il referendum del 1993, per essere compreso nel suo significato complessivo, debba essere inquadrato nel contesto storico-politico in cui fu proposto e si svolse. È il contesto di una crisi profonda che fu determinata dalla maturazione del processo che aveva reso i partiti, in misura diversa, tutti sostanzialmente autoreferenziali. Una autoreferenzialità derivata dal rapporto perverso che si era stabilito tra partiti e stato, perverso perché tradendo la loro ragion d'essere di canali di trasmissione delle domande che emergono dalla società, i partiti si erano omologati ai caratteri dell'ente nell'ambito del quale avevano da trasfondere le istanze da elaborare, introitandone proprio l'astrattezza, l'autoritarismo, il burocratismo che sono propri del soggetto-stato. Si aggiunga poi l'impatto sull'opinione pubblica della … scoperta, non proprio sorprendente, della corruzione dei gruppi dirigenti della maggior parte dei partiti, segnatamente di quelli di governo. Mi riferisco ovviamente alla vicenda 'tangentopoli'.

Su cui però avrei da esprimere un'opinione che ritengo non esattamente coincidente con quella corrente. Premetto che ritengo detestabile la campagna scatenata contro quella parte della Magistratura che ha avuto il merito di perseguire i reati di corruzione, concussione, malversazione, peculato, attività che, invece, è da considerare altamente doverosa e meritoria. Devo però far rilevare una coincidenza sulla quale invito a riflettere. Tangentopoli scoppia nell'imminenza della liberalizzazione del commercio in Europa, voluta dall'Atto unico europeo. In esecuzione di tal Trattato, come ricorderete, la Commissione emanò duecentottantasei direttive che assicuravano l'effettiva realizzazione del mercato unico entro il termine del 1° gennaio 1993. La puntuale, rigorosa e uniforme applicazione delle norme sulla libertà di movimento delle merci e sulla concorrenza non era priva di conseguenza per le imprese italiane, qualunque fosse la loro grandezza. Anzi, determinava un effetto sconvolgente del loro modo di porsi all'esterno della produzione perché le immergeva immediatamente e precipitosamente nella competizione più aperta e spietata. Il bisogno di ridurre i costi si poneva quindi come un'esigenza imperiosa, non eludibile perché ne condizionava addirittura la sopravvivenza. Quale fu il costo che il sistema delle imprese ritenne di poter abbattere agevolmente e subito? Quello del sistema dei partiti, innanzitutto ed immediatamente, quello dello stato sociale e della democrazia partecipata in prospettiva.

Il movimento referendario si presentò come il più efficace, anche se inconsapevole alleato del sistema delle imprese nella lotta per abbattere il sistema dei partiti, e poi lo stato sociale. Si trattò, con ogni probabilità, di una convergenza oggettiva, ma effettiva. Attraverso lo smantellamento del sistema dei partiti, si coltivava …

Carlo Fusaro

Erano in crisi, dillo forte sennò resta l'equivoco … Erano in crisi per conto loro i partiti, anzi … il referendum registra la crisi del sistema dei partiti, non lo provoca, registra la crisi del sistema.

GIANNI FERRARA

Ho già fatto qualche riferimento alla crisi dei partiti, ne ho anche indicato le ragioni che a mio giudizio la avevano determinata, ma non posso non rilevare che il referendum del '93 ebbe proprio l'obiettivo di abbattere i partiti e con essi il tipo di democrazia che con i partiti di massa si era instaurata, la democrazia partecipata. Non si può dimenticare il ruolo che svolsero i massmedia, la battaglia che fu condotta contro il sistema dei partiti, come tale, anche al di là della sacrosanta questione morale, dalla grande stampa nazionale, e mi riferisco a 'la Repubblica', al 'Corriere della Sera' agli interventi di Eugenio Scalfari, oggi forse pentito, alle molte interviste di Cesare Romiti che sarebbe interessante raccogliere per far emergere quale fosse la posizione della borghesia imprenditoriale nei confronti del sistema dei partiti, della democrazia partecipata, eccetera. Quanto a 'Tangentopoli', si può anche pensare che si ritenesse, in certi ambienti, che i reati cui si riferiva questo neologismo fossero tutti di concussione e che quello di corruzione … si riferisse solo al corrotto e non anche al corruttore.

CARLO FUSARO

Scusami Gianni, ma spiegami perché il referendum sul finanziamento pubblico viene vinto mentre nel '93 le cose vanno come vanno.

GIANNI FERRARA

Ho già detto della crisi dei partiti e delle ragioni che la avevano provocata. Devo ripetermi?

LEOPOLDO ELIA

L'idea della congiura …

GIANNI FERRARA

Non penso e non ho mai pensato a congiure, a trame, a macchinazioni più o meno diaboliche. Quel che penso e che ritengo di dover far rilevare è il dato oggettivo della coincidenza della crisi dei partiti, dell'esigenza del sistema delle imprese di abbattere i costi per affrontare la competizione nello spazio europeo, della spinta referendaria, antipartitica ed antisistema. Il 1993 fu questo intreccio più il rovesciamento della giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di ammissibilità dello strumento referendario in materia elettorale. Un rovesciamento che una leggenda metropolitana vuole che sia stato quello del Presidente della Corte che a parità di voti fece

prevalere quelli favorevoli all'ammissibilità. Senza tenere conto che la lettura del quesito avrebbe comportato 16 minuti di permanenza in cabina per ciascun elettore, che la normativa residua avrebbe avuto bisogno di un'operazione di cosmesi piuttosto ampia, che l'approvazione del quesito avrebbe comportato il rovesciamento dello spirito oltre che della lettera della legge elettorale e, come se non bastasse, avrebbe inciso sul tipo di rappresentanza, sul rapporto tra Parlamento e Governo, innanzitutto, e sull'intero sistema delle relazioni tra gli organi supremi. Certo, la grande stampa, come notavo, premeva non poco sulla Corte, ma constatarlo serve forse a spiegare la pronunzia della ammissibilità del referendum, non a giustificarla, anzi.

Leopoldo Elia

L'eccezionalità del referendum del '93 è dimostrata perlomeno da due elementi. Il primo, che induce a ripensare alle interpretazioni del passato date da Zanon, è che lo stare insieme dei partiti è stato sopravvalutato. Bisogna andare cauti nel retrodatare il consociativismo. Per un periodo abbastanza lungo, che alcuni di voi non possono ricordare, vi fu un clima di estrema durezza nel rapporto tra maggioranza e opposizione. Nella fase di anticomunismo democratico, impersonato soprattutto da Scelba, l'inventore della politica del *containment*, alla vigilia del 18 aprile, suggerì agli italiani lo scioglimento del Partito Comunista. La tensione, che è difficile ricostruire oggi, fu davvero straordinaria, e solo in seguito venne progressivamente riassorbita attraverso la politica di integrazione avviata con grande difficoltà da Moro e da Nenni. Per cui un referendum con una maggioranza così strepitosa come quello del '93 dimostra l'assorbimento di quella divisione, che risaliva non solo alla guerra fredda ma all'anticomunismo persino viscerale della destra italiana.

Fra l'altro, la pronuncia della Corte per la ammissibilità del referendum sulla legge elettorale del Senato aveva l'appoggio del costituzionalismo moderato, di studiosi che agivano non come entomologi della Costituzione, ma come promotori di politiche costituzionali. In questo senso i costituzionalisti hanno influito. Il caso più classico è quello di Paladin. Se andate a leggere gli articoli di Paladin sul *Messaggero* trovate non solo l'invito alla Corte Costituzionale a pronunciarsi nel senso dell'ammissibilità del quesito referendario, ma anche un appoggio pieno al referendum, quasi per disperazione, visto il fallimento di tutti i tentativi di riforma. Fu uno stato d'animo che anche io provai, pur essendo stato a lungo in un partito di tradizione proporzionalistica.

Il secondo elemento di eccezionalità della pronuncia del '93 consiste nel fatto che, malgrado la potatura della Costituente sulle proposte di Mortati, un referendum abrogativo è bastato a rompere l'assetto preesistente. Si deve prendere atto che si è creato un embrione di bipolarismo, che tuttavia non esclude le difficoltà del rapporto fra coalizioni e fra singoli partiti all'interno delle coalizioni, né il paradosso tipicamente italiano per cui i partiti, pur in crisi, mantengono il monopolio delle candidature e delle ricandidature. Ecco, prima di semplificare, bisogna tener conto che questa crisi dei partiti è in parte bilanciata dalla coalizione e dal leader della coalizione, e in parte da un residuo di forza dei partiti (probabilmente sproporzionata rispetto a

quello che oggi rappresentano) nel proporre i candidati alle elezioni, specie nella quota proporzionale, dove proporre lo stesso candidato in tre collegi regionali significa, almeno in certi partiti, garantirgli l'elezione.

Il nostro bipolarismo non può diventare bipartitismo anche a causa della legislazione di contorno, su cui siamo nettamente indietro rispetto alla Francia, all'Inghilterra e alla Germania. In Italia non si riesce minimamente a controllare la spesa elettorale e si finanziano i partiti nel modo balordo che sappiamo, specialmente con le ultime leggi, per non parlare della disciplina della propaganda elettorale. Non abbiamo controllato il passaggio dal sistema partitico pre-1993 a un sistema più fisiologico, come non abbiamo saputo controllare l'evoluzione dal monopolio statale a un vero pluralismo radiotelevisivo.

La situazione è molto complessa e squilibrata, e rende difficile una collaborazione dei costituzionalisti. Essi nella maggior parte si sono impegnati, però in sede di politica costituzionale, a integrare e a razionalizzare l'embrione di bipolarismo uscito dal '93 e hanno svolto un ruolo come lo avevano svolto anche prima del '93, non solo con le posizioni che ho citato di Paladin, ma anche con la partecipazione specifica di Galeotti alla preparazione del quesito e con tutta una serie di interventi. Naturalmente, su questa integrazione-razionalizzazione del bipolarismo ci sono poi dissensi che toccano processi obiettivi che si sono realizzati, come le modifiche del regolamento della Camera.

Carlo Fusaro

Intanto tenevo a chiarire un punto di dissenso con Ferrara in ordine alla questione del referendum. Sinceramente, Gianni, mi sembra relativamente contraddittorio da parte tua per un verso dire una cosa che io condivido totalmente e cioè che più che i partiti, permetti di dire a me, ma credo tu sia d'accordo, proprio le élites dirigenti di partito, che sono anche un'altra cosa, erano diventati autoreferenziali, per un altro sostenere che la strategia referendaria rispondeva a una volontà di affossamento della democrazia partecipativa e dello stato sociale. Se è vera la prima affermazione, che senso ha la seconda? Tra le altre cose, nella ricostruzione temporale che tu fai, secondo me dimentichi che nel 1992 viene firmato una cosa che è il Trattato di Maastricht con tutto quello che poi esso, già allora lo si sapeva, avrebbe comportato.

Gianni Ferrara

L'ho detto questo.

Carlo Fusaro

E quindi in realtà … le cause del referendum hanno direttamente a che vedere

proprio con le motivazioni di fondo della discussione che gli amici della rivista ci hanno chiamato a fare: perché in qualche modo, preso atto della indisponibilità delle forze politiche, appunto autoreferenziali, ovvero delle élites dei partiti a riformare e a modernizzare l'ordinamento …

GIANNI FERRARA

Per piacere, non usare troppe volte il termine modernizzare perché mi dà fastidio …

CARLO FUSARO

Ti dà fastidio, va bene. Anche perché va spiegato che cosa uno intende no? E allora che cosa si intendeva? Perché questo si collega al discorso che tu facevi nel primo intervento. Dopo tutto, tu dici, in fondo funzionava tutto abbastanza bene, per quel che riguarda la forma di governo. Sì, i governi cambiavano una volta l'anno, si faceva qualche crisetta di tipo velleitario per far vedere che il partito repubblicano, quello liberale, quello socialdemocratico, più spesso quello socialista o più spesso la corrente democristiana erano ancora in vita, anzi erano in vita e contavano, e poi si rifaceva un governo esattamente identico al precedente: la stabilità era relativa, ma c'era. Su questo siamo d'accordo …

GIANNI FERRARA

Non ho detto che era una cosa buona.

CARLO FUSARO

Oh, appunto. Non è che nessuno di noi ha mai ritenuto la stabilità, come dire elemento sufficiente per il buon governo della società. La stabilità è una condizione, una stabilità minima e una continuità di azione di governo, sono necessarie ma non sufficienti. E allora con il referendum che cosa si voleva? Con il referendum si voleva ridimensionare il tasso di mediazione partitica, restituire effettivamente un minimo di autonomia, in particolare alla istituzione di governo, e si voleva anche restituire – v. art. 1 della Costituzione (per esempio nella lettura di Mortati) – un minimo di capacità di indirizzo, attraverso il momento elettorale, al corpo elettorale, cioè ai cittadini. Si trattava altresì di poter far valere in qualche modo il principio della responsabilità politica. Perché poi questo era il vero problema, questo era ciò che non funzionava fino ad una certa data. Non so se funziona bene adesso. Certamente non funzionava fino a quella data. Il principio della responsabilità politica non si poteva applicare effettivamente perché non c'era alternativa di governo …

Quindi queste erano le ragioni del referendum. Naturalmente in un contesto più ampio, che è quello che conosciamo, e che ha fatto sì anche che contestualmente esplodesse Tangentopoli. Io non ho mai pensato che Tangentopoli fosse la causa di tutto quello che è successo: questa anzi, è una ricostruzione che ho sempre contestato e che contesto. La causa è proprio in quello che Leopoldo Elia diceva nel primo intervento, quei dieci anni in cui si fanno riforme e innovazioni anche importanti. Perché le innovazioni del pentapartito, se facciamo l'elenco, fra l'83 e l'88, dai regolamenti parlamentari, alla legge sulla presidenza del Consiglio, al nuovo ordinamento delle autonomie locali, alla prima legge antitrust (la legge Battaglia del 1990): ebbene ci furono molte cose di grande rilievo, ma tutte tardive e tutte – come dire – non incidenti sul cuore del problema, perché anzi il presupposto della loro introduzione era che si rispettasse un certo quadro di fondo, che era poi la causa stessa dei guai.

Ora per dirla in breve, quello che ha prodotto il referendum effettivamente sotto il profilo specifico che interessa la nostra discussione fu che dette il via a una battaglia molto più accanita di quanto non fosse in precedenza (almeno se eccettuiamo quella fase di congelamento e anche di conflittualità pesante che richiamava adesso Elia), una battaglia accanita intorno all'interpretazione del diritto costituzionale e della Costituzione.

Il Paese si è ritrovato di fronte a questa realtà nuova: il Parlamento era composto, e in alcune fasi lo sono stati e lo sono anche i governi, da forze che certamente non si riconoscevano nell'arco costituzionale che era stato elemento comune che aveva unito le forze politiche già dalla Costituente e che, da un certo periodo in là, da quando questa espressione fu inventata alla fine degli anni Sessanta, era stato riconosciuto come tale (come accomunante, cioè). Il Paese si ritrova con una classe parlamentare largamente rinnovata quale in Italia si era avuta solo all'indomani dell'introduzione della proporzionale, con il 70% di parlamentari nuovi. Questo ha avuto anche risvolti positivi, badate bene, ma si è pagato, inevitabilmente, in termini di inesperienza. Interi ceti trovano più completa rappresentanza parlamentare per la prima volta ed altri ne sostituiscono. Io trovo che il ricambio sia sempre positivo, non in se stesso, ma come elemento fisiologico di un sistema democratico. Naturalmente è stato così forte, così impetuso dal portare nelle istituzioni persone del tutto non avvezze ad un certo tipo di pratica politica. Così si è andati incontro alla difficoltà di interpretare il bipolarismo maggioritario, a tendenza maggioritaria, per la prima volta e da parte di personale politico non sperimentato. Anni fa si parlava di torsione maggioritaria del sistema, è un'espressione usata e forse pensata dal prof. Luciani che lasciava trasparire una intima critica. Io che la torsione, la trasformazione maggioritaria, la consideravo uno strumento utile a perseguire quei valori che prima ho detto essere stati quelli referendari, devo però riconoscere che ci si è trovati ad interpretarla, questa trasformazione, in assenza di una cultura politica comune ed adeguata. Si tratta davvero di un problema di cultura politica inadeguata, e inadeguata da parti diverse.

LEOPOLDO ELIA

… trovati ad interpretarla da parti diverse

Carlo Fusaro

… da parti diverse, uomini e donne, si direbbe un pochino retoricamente, che concepiscono la battaglia politica in maniera esageratamente conflittuale, forse anche perché non condividono e non hanno condiviso un certo retroterra comune, tipo l'arco costituzionale di cui dicevo, per intendersi. Una parte di costoro sarebbero anche interessati a ridiscutere alcuni dei valori stessi della parte prima della Costituzione. Tutto ciò ha provocato un corto circuito non da poco. Ricordo un aspetto, secondo me significativo. Alla Bozzi 20 anni fa, nessuno pensò di escludere la *prima parte* della Costituzione dalla revisione cui si lavorava. Rodotà propose un nuovo art. 21 e ce n'era, io li ho contati, una ventina di articoli della *prima parte* che nella Relazione di quella Commissione si ipotizzò di rivedere. Dalla De Mita-Iotti in poi, invece, circa 10 anni dopo, si è sistematicamente escluso quella parte della Costituzione da ogni ipotesi di revisione: e perché? A buon diritto, dico io, ma perché? Cosa sta a significare questo? Significa e simboleggia una profonda sfiducia reciproca. Vogliamo mettere mano a una riforma della Costituzione? Passi per la parte seconda, organizzativa (ancorché ovviamente funzionale al perseguimento dei valori costituzionali). ma, per carità, certe cose non le tocchiamo nel modo più assoluto: perché se ci mettiamo a toccarle, si sa dove si comincia ma non dove finisce: e non lo si sa perché manca un certo patrimonio comune senza di cui è difficile andare a ridefinire valori e principi di fondo del patto collettivo che chiamiamo Costituzione.

Cesare Pinelli

Questo significa che tu affidi il completamento del bipolarismo più alla cultura politica della classe dirigente che a riforme di riassetto istituzionale.

Carlo Fusaro

E quindi può essere utile *ad adiuvandum* un nuovo assetto. Un assetto corretto, per intenderci, può essere utile a spingere nella giusta direzione: siccome gli uomini non sono virtuosi di per sé, occorre dare loro certe regole, anche di rango costituzionale, per incentivare i comportamenti che si reputano virtuosi e disincentivare quelli che si reputano inadeguati.

Penso di poter finire qui. Sotto questo aspetto il fallimento della terza Bicamerale fu grave anche per un'altra ragione. Una delle acquisizioni ormai scontate per i comparatisti, acquisizione preziosa, è, al di là della circolarità contemporanea del diritto, il fatto che i processi costituenti si sono rivelati utili a integrare maggiormente società altrimenti divise. È un aspetto che per esempio la vicenda sudafricana ha mostrato. Cito il Sud Africa perché? Perché forse è il Paese dove il conflitto non è stato solo sociale ma addirittura razziale, e nelle forme che tutti ricordiamo: quindi il massimo livello, il più feroce livello di confliuttualità concepibile fra uomini destina-

ti a vivere gli uni accanto agli altri. E proprio in Sudafrica è stato condotto un coraggioso tentativo, condotto proprio attraverso un processo costituente, di superare, di fuoriuscire da quel tipo di esperienza: ecco perché il costituzionalismo sudafricano è diventato un modello molto seguito nel Terzo Mondo e studiato dappertutto.

Ma al di là del Terzo Mondo, pensiamo all'est Europa: anche qui si vede che il fare la Costituzione, io dico anche il rivedere anche solo in una parte organizzativa la Costituzione, e *farlo insieme* è un elemento fondamentale di integrazione di forze in conflitto. Il non esserci in Italia riusciti, è una ragione di allarme. Il riprovarci sarebbe positivo, aggiungo; se si fallirà di nuovo sarà per me ragione di ulteriore preoccupazione, perché vorrebbe dire, e concludo, rispondendo indirettamente a Pinelli, che non c'è nemmeno unità su alcuni valori di fondo. Forse si tratta in parte di pantomima a scopo elettorale, però è una pantomima a scopo elettorale che ha preso la mano un po' a molti e diventa un pericolo per il funzionamento delle istituzioni. È come si fosse affermata l'idea per la quale il conflitto e la competizione politici si possono interpretare solo insultandosi reciprocamente, buttando alle ortiche ogni straccio di stile: il che trovo assolutamente deleterio, non per ragioni di *bon ton* ma per il messaggio che si finisce con il lanciare alla società.

Massimo Luciani

Volevo fare una rapidissima osservazione. Mi ha molto colpito il fatto che il paradigma della governabilità non sia quasi mai comparso. Mentre invece è stato uno degli elementi fondamentali della giustificazione del movimento riformatore e quindi mi sembra abbastanza strano che sia uscito relativamente poco sia nella parte *construens* che in quella *destruens*.

La seconda questione è che nella seconda parte della seconda domanda c'è un problema di ceto dei costituzionalisti, che in fin dei conti è la quarta domanda ed è proprio il punto al quale volevamo arrivare, la ragione di fondo di questo forum.

Nicolò Zanon

Sì, io infatti avevo notato che in realtà nella seconda domanda c'erano dentro due domande. O forse tre, perché una riguarda il periodo prima del 1993, una seconda domanda fa riferimento all'emancipazione delle istituzioni dalla politica partitica, e anche questo è un tema che potrebbe stare a sé, e poi la terza domanda riguarderebbe il rapporto dei costituzionalisti con la sfera pubblica. Certo, sono cose che si tengono insieme, ma per ragioni didascaliche si dovrebbe cercare di distinguere. Sul rapporto dei costituzionalisti con la sfera pubblica dirò qualcosa nel mio ultimo intervento.

Avevo degli appunti, ma mi sembrano superati dalle cose che avete detto, e cerco perciò di ragionare sulle cose che ho sentito. In particolare su quello che è stato il referendum del '93.

Io ricordo di aver molto seguito il dibattito di allora. Allora mi affacciavo agli studi del diritto costituzionale, quella era la grande questione che stava all'ordine del giorno. E in effetti gli slogan, i temi, che personalmente mi attirarono verso lo schieramento del sì all'abrogazione della legge proporzionale erano da un lato la voglia di inserire il concetto di «responsabilità politica nella politica», quindi di avere la possibilità di costituire un sistema in cui fosse possibile imputare delle responsabilità. Io ho studiato a suo tempo il problema della rappresentanza politica e del libero mandato parlamentare, e mi interessava particolarmente capire come fosse possibile costruire un sistema in cui fosse in qualche modo possibile imputare, non già ai singoli parlamentari, ma a degli schieramenti, la responsabilità politica per determinati comportamenti.

Uno degli slogan, se volete una delle semplificazioni di allora (ma semplificazioni fino ad un certo punto), consisteva nel dire: sarebbe bello avere un sistema che consenta all'opinione pubblica di «eleggere» un governo – questa di fatto era la semplificazione ultima! –, lasciarlo lavorare per una legislatura intera (il desiderio di stabilità!), e poi alla fine giudicarne l'operato. Accanto a questo operarono altri elementi. La personalizzazione della politica allora era considerata positivamente: l'idea di votare non già per delle idee astratte, ma per delle «facce». Ricordo tra l'altro che in questo schieramento di sostenitori del momento referendario c'erano forze molto variegate. Da quello che diceva Gianni Ferrara sembra che tra i sostenitori del «si» ci fossero soltanto gli alfieri dell'efficienza e della modernizzazione selvaggia del Paese. In realtà c'era molto altro. Ricordo un dibattito presso l'Acli milanese, schieratissima per il si. C'era insomma uno schieramento molto complesso, che teneva insieme tante cose.

A distanza di dieci anni, l'impressione che oggi ne abbiamo, o meglio che io mi sono fatto, è che allora la posizione dei sostenitori del sì era indubbiamente facilitata dal presentare un mondo ideale cui si doveva tendere, contrapponendogli le storture, le manchevolezze e poi Tangentopoli, insomma le inefficienze del sistema dei governi di coalizione, aggravati dal proporzionale. Visto *a posteriori*, l'obiettivo sembrava un obiettivo oggettivo sul quale era impossibile non essere d'accordo. Se si potesse applicare la teoria schmittiana delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni, è come se il movimento referendario tendesse finalmente a un obiettivo sul quale non si poteva non essere d'accordo, nel quale ogni tensione negativa e ogni stortura avrebbero dovuto sparire, per lasciare spazio alla competizione ordinata tra schieramenti che si alternano alla guida del paese, in un clima da democrazia avanzata e «normale». Le cose ovviamente non stavano e non stanno così. È evidente che tutto è molto più complesso. Consentitemi un parallelo, questo invece è dedicato all'oggi: il modo in cui allora si viveva la tendenza al maggioritario mi sembra molto simile all'afflato, spesso immotivato e privo di senso critico, che esiste oggi intorno alle tappe dell'integrazione europea. Come se l'integrazione europea finale (ovviamente con la Costituzione come tappa decisiva) sia l'obiettivo obbligato, naturale e oggettivo di un movimento storico inarrestabile, perché in quell'integrazione finale sta il nostro bene, e intorno a questo obiettivo non sia del tutto ammissibile o legittimo il conflitto politico (nel senso che le ragioni di chi si oppone a quell'integrazione finale sono

ai più ignote o incomprensibili, ovvero dovute ad egoismi e ad interessi inconfessabili, laddove i paladini dell'integrazione sarebbero invece disinteressati o dediti alla causa del bene comune). In entrambi i casi, quello del referendum e quello dell'Europa, è come se non si ragionasse – qui sono d'accordo con Ferrara – sul fatto che dietro il movimento di integrazione europea (così come dietro il sostegno al sì nel referendum del 1993) non c'è la necessità o il bene comune, ma c'è una congerie di forze e di interessi importanti che spingono in quella direzione. Con riferimento all'Europa, già sapere quali forze sono all'opera in quella direzione sarebbe molto, perché non sempre è chiaro. E bisognerebbe tener conto che questi interessi e queste forze hanno le loro ragioni ma anche i loro torti, e di queste ragioni e di questi torti si deve poter ragionare criticamente. Invece non se ne parla quasi mai, ovvero lo si fa a senso unico.

Gianni Ferrara

Talvolta a qualcuno «scappa». Oggi sul «Corriere della Sera» per esempio Sabino Cassese ha fatto riferimento agli esperti, ai comitati di esperti e poi tra parentesi fanno parte anche questi delle lobby, come se gli esperti non fossero delle lobby.

Nicolò Zanon

Certo. È comunque evidente che il passare degli anni ci dà modo di vedere le cose più criticamente. Allora, intendo nel 1993, questa consapevolezza non c'era. C'era forse un afflato un po' ingenuo. Ma voglio essere chiaro, restano valide le ragioni di fondo che allora si esponevano: il bisogno di imputare delle responsabilità, la necessità di avere la stabilità degli esecutivi, in sintesi la necessità di fruire di un sistema più efficiente sono esigenze importanti. Ma la lunga transizione italiana dimostra che si deve avere la consapevolezza che la costruzione di un sistema del genere non avviene attraverso miracoli, o con il solo cambiamento del sistema elettorale

Brevissimamente sulla seconda parte della domanda, cioé sull'emancipazione delle istituzioni dalla politica partitica. Forse andrebbe approfondito il senso della domanda, ma non credo affatto che il cambiamento del sistema elettorale abbia portato a questa emancipazione, a questa «oggettivizzazione» delle regole rispetto alla politica partitica. Credo semplicemente che ci sia, in certi casi almeno, un diverso modo di leggere la Costituzione da parte degli interpreti, soprattutto in alcune parti relative alla forma di governo: penso ai poteri presidenziali di scioglimento e di nomina del presidente del Consiglio, la cui configurazione ultima palesemente dipende dall'assetto complessivo del sistema politico, e che quindi ne sono influenzati. In altre parole, credo che la qualità dei rapporti tra politica e regole costituzionali sia fondamentalmente rimasta la stessa e non sia cambiata nella sua natura, semplicemente è cambiato il contesto.

Personalmente, a questa conclusione sono alla fine condotto dalla convinzione

che la politica intesa, con la «P» maiuscola, come categoria dell'agire umano abbia le sue regolarità, le quali probabilmente non mutano nonostante il cambiamento delle regole giuridiche.

Cesare Pinelli

La terza domanda è la seguente: «La scelta dei temi di indagine, come ad esempio la maggiore attenzione per la forma di governo o per la giustizia costituzionale, sottintende una diversa concezione del diritto costituzionale e dei suoi rapporti con la politica?». Intendiamo dire che molte volte c'è una tendenza dei costituzionalisti a concentrarsi esclusivamente sull'uno o sull'altro tema, anche se quello della forma di governo è stato fortemente permeato dai politologi. Cosa pensate di questa differenza, che ci pare molto marcata, tra queste due aree della nostra vita scientifica?

Nicolò Zanon

Sì, sembrano esistere diverse concezioni del diritto costituzionale e dei suoi rapporti con la politica a seconda degli ambiti in cui si concentra l'interesse prevalente. Non è facile spiegare perché. Però è un fatto che se noi consideriamo il panorama della dottrina, esistono delle scuole di diritto costituzionale spesso molto diverse non solo per ambiti di interesse, ma anche proprio per modo di ragionare, per modo di studiare. Dietro queste differenze stanno forse anche diverse concezioni di fondo, non sempre esplicitate o consapevoli. In certi casi, addirittura, possono sussistere difficoltà di comunicazione tra studiosi che fanno parte della medesima disciplina, ma che si occupano di cose molto diverse. Ad esempio, un libro molto approfondito su un tema molto specifico e settoriale del processo costituzionale, che cosa comunica a coloro che, altro esempio, si occupano di sistemi elettorali o di riforme istituzionali? Indubbiamente nell'ambito della stessa disciplina assistiamo a divaricazioni molto forti, che in casi estremi potrebbero mettere a rischio una certa comunanza di sentire. Forse questa grande divisione è sempre esistita...

Gianni Ferrara

È stata una invenzione italiana, recente …

Nicolò Zanon

Mi pare che in tempi più recenti abbia assunto un rilievo notevole e forse nella mia generazione è più evidente. Chi ragiona soprattutto sulla forma di governo ovviamente ha sviluppato una attenzione molto più forte ai fenomeni della politica, anche

di quella partitica, perché deve tenere insieme con rigore la dimensione giuridico-formale, ma anche il contesto istituzionale di sistema in cui queste regole si ambientano. Ai livelli maggiori di consapevolezza, quindi nei maestri della nostra materia, lo studio delle forme di governo e anche delle riforme istituzionali può diventare l'occasione di una sintesi davvero ammirevole di conoscenze giuridiche, storiche, di scienza della politica e così via. Qui l'autonomia del diritto costituzionale non è messa in discussione. In questo tipo di atteggiamento, ai livelli di maggiore consapevolezza, anche l'autonomia del metodo non è messa in discussione. Le altre scienze sociali si integrano con la dimensione giuridica costituzionale, arricchendola, e credo che i grandi maestri della nostra materia, in Italia e in Europa, sono coloro che hanno dato e che danno questo tipo di prestazioni.

Consentitemi di aggiungere però un accenno critico ai casi in cui questa consapevolezza non c'è. Oggi, l'ingegneria costituzionale a mio avviso si è sviluppata a tal punto da diventare un vizio. Chi si occupa di forma di governo sviluppa necessariamente una grande capacità a muoversi con disinvoltura sul terreno del diritto *in fieri*, ma c'è anche chi fa delle riforme, fatte o mancate, un vero e proprio mestiere. Ciò riguarda soprattutto, per vero, i politologi, e non i costituzionalisti. Insomma, le riforme fatte o promesse, da trenta anni in qua, sono diventate per molti una palestra obbligata di confronto. E qui nasce una certa idea della Costituzione e dei suoi rapporti con la politica. Estremizzo, ma non troppo: chi frequenta con convinzione la palestra delle riforme forse ritiene, in fondo, che il costituzionalista non sia che un tecnico disponibile a fornire la propria scienza per trovare soluzioni pratiche ai problemi del sistema politico. Una visione ancillare insomma, un'immagine un po' ingenua e estremista, ma nella versione banalizzata che ne offro secondo me c'è anche la convinzione che il diritto costituzionale sia un insieme di regole in fondo neutrali, una sorta di materiale da costruzione che può essere composto e ricomposto a piacimento, da parte di chi svolge questa professione di ingegnere costituzionale.

In costoro c'è insomma la convinzione che la Costituzione e il diritto costituzionale sia un insieme di materiali che può essere composto e ricomposto a piacimento a seconda delle scelte politiche presupposte.

Invece, forse, in chi dedica maggiore attenzione allo studio della giustizia costituzionale, l'atmosfera e le convinzioni di fondo sono in parte diverse. Intanto, sullo sfondo c'è la presenza rassicurante di un giudice, la Corte Costituzionale: quindi si ha la presenza rassicurante della giurisprudenza, di precedenti, di regole processuali. Insomma questa presenza di una istanza giurisdizionale conforta lo studioso e lo convince di far parte di una vera comunità di giuristi. È come se ci fosse, all'origine, un bisogno di paragonarsi ad altre branche di diritto in cui esiste una giurisprudenza e un giudice. Da una parte, l'incerto *mare magnum* della teoria delle forme di governo; dall'altra parte, il dato oggettivo di riferimento costituito dalla giurisprudenza. La sentenza può essere commentata, osservata, dissezionata nelle sue mille sfaccettature (certo, fino ad arrivare magari agli eccessi della entomologia, in cui si studiano i mille casi di ordinanze di restituzione di atti o di riunione delle cause, poi però non si riesce a collocare complessivamente il ruolo della Corte nel sistema).

Ai livelli di maggiore consapevolezza, negli studiosi di giustizia costituzionale c'è comunque un'idea di Costituzione a mio avviso molto diversa da quella degli ingegneri costituzionali. C'è, al fondo, la grande idea dello stato di diritto, della tutela dei diritti fondamentali, della giustiziabilità dei rapporti politici, della preferenza per le soluzioni basate su regole piuttosto che su rapporti di forza. È una visione «interna» alla Costituzione, alla nostra Costituzione, non già disponibile ad aprirsi a prospettive diverse.

Personalmente mi sento in qualche modo più vicino a questa seconda tradizione, e mi trovo un po' a disagio quando si tratta invece di dover ragionare con le regole costituzionali intese come «materiali da costruzione», in prospettiva riformatrice.

Se dovessi enunciare una prospettiva di fondo che cerca di rispondere alla vostra domanda, direi così: conoscere la giurisprudenza, studiarne gli aspetti processuali finché è possibile, ma non dimenticarsi mai che cosa è la Corte Costituzionale, che cosa significa un giudice che controlla ciò che il legislatore democratico-rappresentativo produce. Quindi, per trarre da ciò qualche esempio di regola operativa, manterrei un atteggiamento di non esaltazione acritica delle sentenze additive, e cioè della creazione di regole in via giurisprudenziale, ma la convinzione che in fin dei conti la Corte si debba ambientare in un sistema democratico: ciò che porta alla consapevolezza dei suoi limiti d'azione all'interno di un panorama più complessivo di principi e di regole che ci interessano.

Carlo Fusaro

Io credo di non avere molto da aggiungere a quello che in questo intervento specifico ha detto Zanon. Anche se a caldo la mia prima risposta sarebbe stata «no». Ma avrei detto «no» perché mi ispiravo, come parametro, appunto, a ciò che i costituzionalisti sanno bene: costruire una vera e propria gerarchia tra la *costituzione dei diritti*, per intenderci, e la *costituzione dei poteri* è un errore. L'una ha bisogno dell'altra, e viceversa. È vero che forse la seconda, quella dei poteri, va intesa come funzionale alla garanzia dei primi, quindi in qualche modo strumentale; però è altrettanto vero che una effettiva, adeguata, garanzia dei diritti non può vivere solo di giustizia, non può vivere solo di giurisprudenza. Ha bisogno anche di una buona, efficiente, democrazia: ragionevolmente efficiente, ragionevolmente stabile, ragionevolmente responsabile, responsiva, per dirla all'inglese, cosa che solo la costituzione dei poteri può garantire. Ciò chiarito, se dedicarsi di più ad approfondire l'una o ad approfondire l'altra, tutto sommato è questione di sensibilità individuale prevalentemente, più che di concezioni del diritto costituzionale e dei suoi rapporti con la politica radicalmente diverse.

Per esempio, personalmente, devo ammettere, che ho dedicato quasi sempre le mie attenzioni alla organizzazione dei poteri. Per quale ragione? Perché nel momento in cui mi sono formato, mi sembrava fosse l'aspetto più debole e insoddisfacente del nostro ordinamento. Sicché a me sembrava naturale unire all'impegno di ricerca e di studio, anche un impegno civile di cittadino. Non c'è dubbio che chi si occupa

di costituzione dei poteri, cioè di forma di governo e di organizzazione, sistema delle decisioni collettive, in Italia negli ultimi venti anni ha finito col dedicarsi moltissimo (non necessariamente, ma quasi tutti l'hanno fatto) al *diritto costituzionale applicato*, in qualche modo al diritto *in fieri*. Ora non è detto, non è necessario, che ciò conduca a una visione ancillare della propria funzione, perché naturalmente uno lo può fare forte di convinzioni sue proprie: non necessariamente deve piegarsi a quelle della politica. Io sono convinto che non è affatto vero che si tratti di materiali neutri, che si possono comporre e scomporre come si vuole a piacimento e penso che per molti colleghi questo è lo spirito col quale si sono dedicati. Per il resto le cose che tu hai detto, Zanon, io non posso che sottoscriverle. D'altra parte fra noi ci sono costituzionalisti formati quali giuristi provenienti per c.d. dalle *law schools* e altri, come per esempio il sottoscritto, formati nell'ambito delle facoltà di scienze politiche: qui ci può essere parte della speigazione del diverso interesse per la giurisprudenza costituzionale e i diritti da un a parte, per l'organizzazione dei poteri e per la forma di governo dall'altra. Ma la spiegazione di fondo è forse proprio in quello che dicevo prima, in un fatto di sensibilità individuale (ciò che ha determinato, del resto, gli uni a studiare nelle facoltà giuridiche gli altri a studiare in quelle di scienze politiche). Concludendo, sono profondamente convinto che il costituzionalista non possa che studiare entrambi gli aspetti, ma poi in base alla propria personale sensibilità, vorrà dedicarsi più all'uno o più all'altro di essi senza che ciò implichi un'opzione, come dire, di ideologia costituzionale. .

Leopoldo Elia

La scelta dei temi di indagine obbedisce naturalmente ad agende che non sempre sono operate dal costituzionalista, anzi in generale sono scelte dai politici, o dalle questioni che vengono sollevate davanti alla Corte. In qualche misura c'è un condizionamento obiettivo sulla attività di chi studia il diritto costituzionale. Solo che da noi non c'era quella così forte distinzione che c'è stata negli Stati Uniti tra *government* e *constitutional law*. L'indistinzione che c'era da noi, che però era sbilanciata più verso l'impostazione giuridica stretta, come si rivela soprattutto nello studio della giurisprudenza costituzionale, può aver provocato un certo appannamento del ruolo dei costituzionalisti quando ci si è avvicinati alla palestra delle riforme. Così è prevalsa, per adoperare una formula un po' drastica, l'ingegneria costituzionale sul costituzionalismo, con danni anche rilevanti. I politologi e gli ingegneri costituzionali hanno infatti più volte idealizzato sistemi stranieri (basti pensare all'innamoramento di Sartori per la Quinta Repubblica), trascurando aspetti che il giurista invece è portato a prendere più in considerazione. I costituzionalisti non sono riusciti a far valere la complessità dei problemi rispetto ad alcune semplificazioni che sono venute dalla politologia. È vero che in alcuni casi anche le osservazioni dei giuristi hanno avuto un peso, come per il rifiuto della proporzionale prima del '93, motivato dal rilievo che una proporzionale così estrema si ritrovava solo nei piccoli paesi d'Europa. Però ad un certo momento questa

influenza è passata in seconda linea anche perché secondo i costituzionalisti l'avvicinarsi troppo al *government* rischiava di screditarli nel loro ceto facendoli ritenere eccessivamente inclini alla politologia e allo studio delle dinamiche della forma di governo anziché delle regole consolidate.

La forma di governo è incomprensibile se non si prendono in considerazione i partiti; lo scioglimento delle Camere, per esempio, non si capisce se non si prende in considerazione la generalizzata intesa che si realizzava tra i maggiori partiti prima del '93 per arrivare allo scioglimento, e che scavalcava tutte le ricostruzioni dei giuristi circa la natura di atto complesso o sostanzialmente presidenziale del decreto di scioglimento. C'è stata forse una *défaillance* nel ceto dei costituzionalisti, quando non hanno afferrato prontamente l'importanza del diritto comparato, in cui pure si sono avuti contributi pregevoli, e forse si è trascurato uno sforzo di comunicazione che precisasse meglio i dati. La collaborazione ai giornali e le spesso smozzicate interviste televisive hanno qualcosa che ripugna a chi è abituato ad uno studio analitico più serio. Però bisogna che i costituzionalisti, senza cedere a strumentalizzazioni, si abituino a questo sforzo di comunicazione, non dando per conosciuto quello che a molti lettori è assolutamente sconosciuto.

Gianni Ferrara

Questa distinzione c'è stata e c'è, tra i costituzionalisti, a seconda che abbiano preferito (e preferiscano) non avvicinarsi troppo al *government* privilegiando la giurisprudenza della Corte costituzionale come oggetto della loro attenzione e passione, o abbiano invece ritenuto che fosse (e sia centrale) per il diritto costituzionale la questione del modo come la forma di governo, complessivamente intesa, veniva (e viene) concretamente a dispiegarsi nella realtà della vicenda ordinamentale. Il primo dei due modi che ho indicato di 'fare diritto costituzionale' credo che derivi da quello che chiamerei iperpositivismo. Che è un atteggiamento, forse addirittura un modo di essere di molti giuristi che si lasciano attrarre dall'enunciato normativo, se ne innamorano, qualunque ne sia il denotato lo accettano, così come si innamorano dell'interpretazione che, in via generale, ne dà la giurisprudenza, e sentendosene anche rasserenati, ne approfondiscono le valenze, le specificazioni, le possibili applicazioni, le deduzioni da trarne per altre fattispecie, collegate, finitime, analoghe, comparabili, eccetera. Si tratta, come dicevo, anche di una propensione psicologica, prima e oltre che culturale. C'è ovviamente l'influenza autorevole, consolidata, massiccia, che esercita sugli studiosi di diritto pubblico la dottrina privatistica, forse al di là delle stessa lezione orlandiana. Non sono pochi, infatti, i costituzionalisti che ne subiscono il fascino al punto da attribuire, talvolta, un maggior grado di scientificità all'elaborazione dottrinale dei privatisti rispetto a quella che possono produrre i pubblicisti. È forse questa la ragione di fondo per cui, fuggendo dalla asperità e dalla complessità del rapporto diretto e immediato con la politica e con lo studio degli istituti, dei temi e dei problemi di diritto costituzionale che ad essa sono intrinseci, ci si dedichi alla riflessione sulla giurisprudenza costituzionale, elevando questa riflessione ad

oggetto primario, se non esclusivo, della nostra scienza. Questa posizione, questa scelta, quest'atteggiamento, meritano sicuro e grande rispetto ma non mi appartengono, com'è noto, e non mi sento di darne un giudizio. Ritengo però che il tipo di costituzionalista che raffigurano è similare a quella del giurista continentale europeo di diritto privato e corrisponda a quello del costituzionalista di *common law*. Di altro tipo credo che sia stato, e sia, il costituzionalista europeo continentale, il che naturalmente non va inteso nel senso che sia impropria o meno alta e nobile il tipo che ho appena cercato di definire. Mi viene di pensare al costituzionalista continentale europeo che attraversa una fase storica non gratificante. Mi ha incuriosito immaginare le ragioni che, negli anni trenta del secolo appena scorso, indussero Carlo Esposito a scegliere come tema della sua opera maggiore la validità delle leggi e non altro argomento. Mi è parso che la congettura più credibile sia quella che abbia scelto quel tema perché, affrontato, come poi fu, col massimo rigore scientifico e con risultati quanto mai importanti per la scienza del diritto costituzionale, avrebbe offerto, pur con tutte le cautele, un contributo significativo per la traduzione in termini istituzionali del suo ideale politico, quello liberale. Ma, a proposito della figura di costituzionalista continentale europeo, vorrei far notare che non mi risulta che siano passati alla storia del costituzionalismo per opere di riflessione e rielaborazione giurisprudenziale giuristi come Gierke, Laband, Bagehot, Jellinek, Carré de Malberg, Schmitt, Heller, Kelsen, Orlando, Santi Romano. È vero che non c'erano tribunali costituzionali ai tempi in cui questi grandi maestri scrivevano, ma sentenze in materia di diritti c'erano, ed anche sulla legittimità di atti normativi. C'è qualche nota a sentenza scritta da qualcuno degli autori che ho ricordato?

Massimo Luciani

Sì, Kelsen, una nota a sentenza sulla proprietà privata.

Gianni Ferrara

Una sola. E, guarda caso, sulla proprietà privata e a difesa? Mi taccio.

Cesare Pinelli

La quarta domanda è se una certa deontologia debba connotare il rapporto specifico che i costituzionalisti, rispetto ad altri giuristi, intrattengono con la politica. Il referendum del '93 potrebbe aver giuocato da spartiacque anche per svuotare di senso la parola 'politica costituzionale'. In un bel libro uscito proprio in questi giorni, Gianmario Demuro ragiona degli effetti della scomparsa del diritto non scritto, che aveva a lungo esercitato una funzione di mediazione fra regole del diritto costituzionale scritto e comportamenti politici. Quanto tutto questo reagisce

sull'approccio dei costituzionalisti alla realtà politico-costituzionale? Quanto il venir meno del tessuto di regole non scritte favorisce quella strumentalità di cui parlava Elia?

Carlo Fusaro

Credo che una risposta, in fondo, era implicita in ciò che si diceva dianzi, mi pare ragionando della seconda domanda: e cioè che non c'è dubbio che il modo come sia è realizzata e viene interpretata la pratica di quel tanto di democrazia maggioritaria che abbiamo pone dei problemi reali. E spiega anche perché il diritto consuetudinario, le convenzioni, rischiano di saltare, sono saltate. Non c'è dubbio che oggi il diritto costituzionale non scritto rischia di avere meno spazio di quanto ne avesse un tempo. È un tema da approfondire: ma andando per intuizione effettivamente si deve concordare sull'affermazione che le convenzioni costituzionali sono messe sotto tensione da una interpretazione estremamente conflittuale del diritto costituzionale che deriva da una prassi esageratamente e direi teatralmente conflittuale della democrazia maggioritaria.

Quanto alla *deontologia professionale* ecco un termine che, forse, quando abbiamo cominciato con questo mestiere, non pensavamo di usare. Tradizionalmente è stato sempre un termine usato per altre professioni, a partire dal giuramento d'Ippocrate (e però, a rileggere i manuali del nostro liceo, il nesso fra ippocratici e origini del pensiero occidentale è preciso).

Io credo che lo studioso di diritto costituzionale non dovrebbe essere vincolato fondamentalmente da doveri professionali diversi da quelli di qualsiasi docente o ricercatore in campo giuridico o non giuridico. Fermo restando, naturalmente, un punto che vale però in genere per tutte le discipline: cioè il rispetto dei presupposti di appartenenza alla disciplina stessa, cioè un patrimonio, o, se vogliamo, un minimo di dogmatica e di metodologia riconosciuti.

Però la natura del diritto costituzionale così vicina alla politica, a mio avviso strutturalmente, per quelle cose che dicevo prima, quella sì consiglia secondo me lo studioso serio a unire a certi doveri elementari, qualcosa di più. Di più, intendo, rispetto a cose come la doverosa esplicitazione del metodo usato, l'uso delle fonti, la possibilità – come insegna l'epistemologo – di falsificare ciò che si dice, tutte cose che conosciamo. Ecco, in più, c'è un dovere secondo me di rispetto verso l'interlocutore scientifico e di umiltà rispetto a tutti gli altri che parte da questa consapevolezza: il diritto in generale, come tutte le scienze sociali, non una scienza esatta, tanto più il diritto costituzionale.

Insomma, la materia che studiamo non si traduce in mera rilevazione di regolarità, di tipo sperimentale, no? Su questo credo siamo tutti d'accordo. Se ragioniamo in termini di interpretazione costituzionale capiamo quello che vogliamo dire, e non mi soffermo su cose che ogni buon manuale spiega. Perché l'interpretazione costituzionale è un tipo di interpretazione che ha caratteristiche sue proprie, sue specifiche.

Faccio però un esempio di quello che cerco di esprimere con questo ragiona-

mento. Prendiamo lo scioglimento delle Camere. Prendiamo lo scioglimento del '94 e le sue diverse interpretazioni. Io credo che, a questo tavolo, abbiamo opinioni diverse. Alcuni la pensano in un modo, alcuni la pensano in un altro. Io ho sostenuto certe tesi (e in particolare quella secondo la quale il presidente della Repubblica dell'epoca bene avrebbe fatto a sicogliere le camere assecondando la trasformazione in direzione maggioritaria della nostra forma di governo, e forse risolvendo questa problematica una volta per tutte). Ciò detto, ero allora e resto profondamente convinto che il nostro diritto costituzionale avrebbe legittimato da parte del presidente della Repubblica dell'epoca *sia* quella che pareva a me la più opportuna delle soluzioni *sia* quella, opposta, che ha adottata. Io non mi sono mai sognato di dire che fosse, il suo, un comportamento illegittimo, e che la tesi opposta fosse l'*unica* costituzionalmente corretta. Che cosa voglio dire? Voglio dire che lo studioso di diritto costituzionale non deve affatto rinunciare a sostenere l'interpretazione che a lui pare più conforme alla propria ricostruzione dell'ordinamento, salva l'avvertenza che non sia stata smentita da concludenti fatti atti contrari (per esempio, giurisprudenza della Corte). Per cui, se io mi mettessi a dire che la sfiducia individuale nel nostro ordinamento non c'è, io commetterei una scorrettezza dal punto di vista scientifico. Una cosa del genere, non sono autorizzato a dirla, dopo la sentenza n. 7 del 1996: chiaro? Anche se ho scritto, e sono sempre stato convintissimo che quell'interpretazione sia un'autentica aberrazione in riferimento a parametri classici del parlamentarismo contemporaneo (non ottocentesco). Però non posso, da giurista costituzionalista, andare a dire che la sfiducia al singolo ministro nel nostro ordinamento non c'è, o non è legittima. Sarà stata una sentenza che non mi convince, però non c'è ombra di dubbio che nel nostro ordinamento, al di là dei regolamenti parlamentari dove la si prevedeva già da qualche anno (a tutela dei ministri di Andreotti a dire la verità, non a tutela della ricostruzione dell'ordinamento), essa esiste. Detto ciò, il giurista, se non deve affatto rinunciare a sostenere le proprie interpretazione, *deve* però rinunciare a spacciarla di volta in volta come la *sola* legittima o corretta; dovrebbe avere l'umiltà di non rivendicare, come, con una certa a volte sorprendente arroganza intellettuale, capita di riscontrare, l'esclusiva validità scientifica delle proprie interpretazioni. Insomma io penso che molto spesso il costituzionalista si trova a fornire *opinioni*. E se di una deontologia vogliamo parlare, questa appunto consiste proprio nel rifuggire, in questi casi, da un certo dogmatismo spicciolo. Casualmente mi è capitata sotto gli occhi una citazione di Kelsen, il quale, per polemizzare contro coloro che lo avevano attaccato, parlava proprio del rapporto fra scelta giuridica e politica, della separazione dell'una all'altra, della necessaria rinuncia – lui sosteneva – alla radicata abitudine di sostenere *in nome della scienza e del diritto* esigenze politiche che possono avere soltanto un carattere soggettivo. E poi continuava. «Una rinuncia, questa, che il giurista spesso fa mal volentieri perché in genere vuol far credere con la sua scienza di possedere la risposta al quesito di come possono essere risolti «giustamente» i conflitti di interesse all'interno dell'ordinamento costituzionale».

Ecco mi pare che questo sia un punto che si farebbe bene a discutere.

Concludo. Tenuto conto della natura specifica del diritto costituzionale, della sua strutturale contiguità con la politica, è particolarmente importante rifuggire da acce-

camenti dogmatici e doveroso cercare di tenere distinto ciò che si afferma perché è effettivamente, perché ragionevolmente può considerarsi sapienza giuridica consolidata, da quanto invece si dice come propria più o meno intelligente ipotesi ricostruttiva. Tra l'altro se si facesse questo, ecco, forse si potrebbe anche concorrere a far sì che lentamente, chissà quando, si possa arrivare ad un contesto in cui il costituzionalista possa essere chiamato a concorrere, non ancillarmente ma proprio professionalmente, alla costruzione di progetti costituzionali. Oggi, invece, la prima cosa che ti chiedono è per chi lo fai, perché lo fai, con chi sei ed è quasi escluso che uno certe cose le possa pensare da solo e senza convenienza alcuna. Ciò in parte è anche colpa dei costituzionalisti. Ritorno ad una cosa che leggevo di Elia. Elia diceva: beati quei paesi che possono rivedere la loro costituzione senza porsi il problema della forma di Stato. Faceva riferimento alla Svezia, in raffronto all'Italia. Io potrei parafrasarlo ricordano la Finlandia e i suoi giuristi, dove nel '99, come voi sapete, si è cambiata la Costituzione: ebbene l'hanno riscritta dei colleghi che io ho conosciuto i quali facevano parte di una Commissione di esperti sostanzialmente governativa. In pratica Parlamento e Governo avevano affidato a studiosi, prevalentemente ai giuristi della Scuola di Helsinki, la stesura del testo base che fu poi sostanzialmente recepito, certo con alcune correzioni. Ecco, un procedimento del genere presuppone un certo tipo di rapporto da un lato fra i protagonisti della lotta politica, dall'altro fra questi e i tecnici del diritto costituzionale, dall'uno e dall'altro: noi siamo, temo, assai lontani. Beati i paesi che hanno un rapporto del genere fra scienza costituzionalistica e politica!

Qualche passo avanti, io credo lo si possa fare, se procediamo in questo sforzo di serietà professionale: benvenuta allora la discussione proposta da questa *Rivista* e grazie a coloro che l'hanno voluta e promossa. Procedere in questa direzione vuol dire anche, tanto per cominciare, non sentire necessariamente e sempre l'urgenza di schierarsi; vuol dire anche, permettetemi quest'ultima battuta, rinunciare alla pretesa di alcuni gruppi di colleghi di presentarsi come categoria o corporazione: una cosa che a me a volte infastidisce, come quando leggo – di colleghi anche illustrissimi che firmano un qualche documento e lo presentano in modo tale che sui giornali, il giorno dopo, si legge: «I costituzionalisti italiani contro A, B, C o a favore di A, B, C». No: non «i costituzionalisti italiani», ma «i cittadini A, B, C, F, G che sono anche costituzionalisti». Solo se stiamo molto attenti a ciò, anche da noi un giorno il rapporto fra giuspubblicisti e politica potrà somigliare a quello di certe democrazie del nord …

Nicolò Zanon

Io devo dire che su questa domanda non avevo scritto nulla, perché l'avevo trovata di una tale difficoltà che avevo rinunciato. Ci penserò sentirò cosa dicono gli altri e poi … E devo dire che sono molto d'accordo con le cose che ha detto Carlo Fusaro. In qualche modo mi sento sollevato sul risultato di presentare le interpretazioni come tali.

Io però ho un'altra cosa che volevo dire e che attiene alla deontologia del costitu-

zionalista nei rapporti non con la politica ma con la costituzione e quella costituzione vigente.

Io non voglio qui davvero scandalizzare nessuno, non voglio fare affermazioni troppo forti, non voglio neanche fare esempi, credo però una cosa che qui la deontologia consista in questo che il dato costituzionale oggettivo scritto deve essere rispettato piaccia o non piaccia al costituzionalista. Quindi non si devono fare forzature interpretative, non si deve cercare di aggirare il dato oggettivo, però è lecito e credo che sia anche deontologicamente corretto mantenere una grande libertà interiore rispetto al dato oggettivo che non piace. Io lo rispetto però dentro di me voglio mantenere una libertà di giudizio totale. Questo lo dico perché mi è capitato di leggere cose anche molto belle, molto sentite, molto partecipate in cui si teorizza l'esatto contrario, in cui si dice che in qualche modo il rapporto del costituzionalista con la costituzione vigente deve essere un rapporto di intenso amore, di condivisione intima degli obiettivi e dei valori che si rinvengono nella Costituzione.

Ora questo forse può essere vero entro certi limiti per alcuni principi di larga massima, senza i quali non saremmo non avremmo scelto questo tipo di materia come oggetto di studio, senza i quali potremmo chiamarci costituzionalisti. Ma sono principi in larga massima che fanno parte della storia del costituzionalismo. Se uno vuole può elencare la separazione dei poteri o dei diritti e così via. Ma nelle cose che invece mi è capitato di leggere, questo intenso amore, questa condivisione dei valori veniva spinta fino alla sostanziale idolatria di disposizioni puntuali della costituzione vigente. Per cui ora si può essere costituzionalisti corretti e reputati solo se si condividono i valori di fondo. Io dico no, io rispetto il dettato perché fa parte della mia deontologia non ribellarmi al dettato, non cercare di forzarlo, ma rivendico la totale libertà interiore rispetto a certe scelte anche di fondo della costituzione italiana. Credo che questo ecco se noi e qui sono nell'ottica molto di Carlo se noi riuscissimo a dire che questo è un atteggiamento condiviso e corretto faremmo forse un passo in avanti verso quelle ipotesi di serenità nei rapporti costituzionali.

Gianni Ferrara

Sarò molto breve. La mia posizione in ordine alla questione posta dal quesito è deducibile nettamente dall'iniziativa che ho assunto, con altri autorevolissimi colleghi e bravissimi giovani studiosi, di offrire alla comunità dei costituzionalisti, e non solo, una rivista – è on line: *www.costituzionalismo.it*. Una rivista di tendenza culturale, tesa a far valere i valori del costituzionalismo, a sostenere, cioè, la concezione normativa della costituzione, a farne non solo apprezzare, ma valere i princìpi, le conquiste, gli obiettivi.

È da questa concezione della costituzione che deriva poi la convinzione che si debba da parte di ogni costituzionalista avere il massimo rispetto per il dato normativo che non può in nessun caso, per nessuna ragione essere forzato neanche in ragione di nobilissimi motivi politici. Non penso, ad esempio, che, partendo da un fatto storico, quello di una proposta di conformare in maniera magari molto più convin-

cente un istituto di diritto costituzionale, non accolta però in sede di normazione, si possa proporre un'interpretazione dell'istituto stesso che corrisponda alla proposta respinta e non alla proposizione normativa come risulta essere stata approvata dal Costituente. Penso che non sia prova di fulgore interpretativo esibirsi in operazioni di questo tipo ma solo di scorrettezza, quanto mai squalificante le ragioni politiche per le quali si assumono posizioni del genere. È del tutto evidente che il rispetto del dato normativo così come formulato non può esimere dalla critica di esso specie se contraddice i valori del costituzionalismo, le implicazioni che ne conseguono, le proiezioni che ne derivano.

Leopoldo Elia

Anch'io avevo presente la citazione del '26 di Kelsen, che effettivamente sul piano deontologico tocca un punto su cui i costituzionalisti sono particolarmente esposti: il non mascherare scelte che sono di opportunità, di saggezza o di politica costituzionale con argomenti che ne vorrebbero dimostrare la inevitabilità in termini di ragionamento giuridico e di rispetto dei principi dell'ordinamento. Su questo occorre essere leali, anche se non è facile difendersi da una tentazione del genere. Perché? Perché siamo in una fase, è inutile nasconderselo, di proposte di mutamento della Costituzione. È molto più facile, evidentemente, distinguere quando le bocce sono ferme. Quando c'è una serie di proposte di modifiche, si prende posizione su un terreno minato, perché bisognerebbe distinguere i limiti di opportunità o di saggezza dai limiti di legittimità alla revisione costituzionale. In una fase un po' convulsa di modifica costituzionale, mantenersi rispettosi della regola deontologica della non strumentalizzazione degli argomenti giuridici certamente è più difficile, anche se rimane doveroso. In una fase di modifiche acquista particolare rilievo la lealtà non solo nei confronti del dettato costituzionale ma dei principi del costituzionalismo. Il richiamo ad essi può aiutarci a rendere meno arbitrarie talune modifiche costituzionali, approfondendo il principio, più che di separazione, di non concentrazione dei poteri, che è fondamentale in una democrazia che voglia ancora essere tale.

IV

I LIBRI

C. PINELLI, *Il momento della scrittura-contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna, 2002.

Recensione di *Marta Cartabia*

Che cosa ci si attende di leggere in un testo intitolato «Il momento della scrittura», esplicitamente diretto a prendere parte al dibattito sulla Costituzione europea?

Di certo il lettore avveduto non si accosta a questo testo alla ricerca di un commento, più o meno sistematico, al «Progetto di trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa», licenziato dalla Convenzione europea presieduta da Giscard d'Estaing nell'estate del 2003. Contributi di questo genere non tarderanno a comparire, e già si possono reperire le prime anticipazioni, anche di grande pregio, quale è quella curata da Bruno DE WITTE, *Ten reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, Firenze, 2003. Il libro di Cesare Pinelli non si colloca in questo filone letterario, anzitutto perché esso anticipa di parecchi mesi la conclusione dei lavori della Convenzione; inoltre, lo stile dell'Autore è tutt'altro che incline al genere dei commentari analitici a nuovi testi normativi. All'opposto: secondo uno stile a cui già ci ha ci ha abituati in altri lavori, anche in questo nuovo libro Cesare Pinelli propone una grande sintesi storica delle trasformazioni culturali, istituzionali e giuridiche degli ultimi due secoli e cerca di cogliere il significato della costituzionalizzazione dell'Unione europea nel contesto di questi macro-avvenimenti.

Il titolo – «Il momento della scrittura», davvero seducente per il lettore che abbia qualche conoscenza del costituzionalismo – evoca i momenti gloriosi delle origini del costituzionalismo contemporaneo, sulla cui architettura sì è strutturata una nuova era della convivenza politica. Da allora la scrittura nel diritto costituzionale ha assunto una valenza di garanzia, una portata fondativa, un carattere di sacralità e ha segnato lo spartiacque rispetto alla tradizione pregressa. La scrittura della costituzione è progettualità di un nuovo ordine politico e sociale, è rigidità e perciò garanzia, è stabilità dei valori, e molto altro ancora. Numerose caratteristiche delle costituzioni contemporanee non sarebbero nemmeno concepibili in assenza della scrittura. Basti in proposito rileggere le pagine di Alessandro Pace, nella presentazione a J. BRYCE, *Costituzioni flessibili e rigide*, trad. it., Milano, 1997.

Che sia questa la portata della scrittura che Cesare Pinelli ravvisa nell'elaborazione della Costituzione europea?

Sì e no: da un lato, egli non nega che il semplice fatto di introdurre nel vocabolario europeo termini come costituzione e convenzione manifesti uno specifico «significato fondativo» di una «convivenza politica diversa da uno Stato, fondata sul valore della persona e rispettosa di differenti tradizioni nazionali» (p. 185). Sicuramente nelle menti di coloro che hanno voluto la Convenzione e la Costituzione europea c'è l'intento di segnare una svolta storica. Nei contenuti però – anche l'Autore velatamente lo riconosce quando afferma che la Costituzione europea è «di portata ricognitiva» (p. 188) – la Costituzione europea non rispecchia quella carica innovativa che la forma, i termini e i simboli utilizzati evocano.

D'altra parte, a differenza dalle prime esperienze di scrittura costituzionale, il nuovo testo è del tutto privo del mordente «rivoluzionario». Nel caso della Costituzione europea non vi è alcuna tradizione da rinnegare, né un *ancient regime* da sovvertire; non vi è nemmeno una madre patria da cui affrancarsi, né si tratta di costruire una nuova *polis* ex novo. Vi è piuttosto una costruzione solidamente edificata, da potenziare e modernizzare. Perciò, il nuovo testo non è diretto a disegnare un nuovo ordine istituzionale e sociale, ma piuttosto a consolidare l'esistente, introducendo alcuni aggiustamenti anche di rilievo, specie nella struttura istituzionale, per rispondere alle esigenze emerse negli anni più recenti, specie in occasione dell'allargamento a est.

La scrittura di una Costituzione per

l'Unione europea non è dunque accostabile alle prime esperienze di scrittura delle costituzioni dell'epoca liberale, almeno dal punto di vista dei contenuti. In analogia con quanto accaduto a suo tempo con la cittadinanza europea, anche in quest'occasione vengono scomodati concetti e istituti dall'alta carica simbolica e retorica, i cui contenuti sono però sproporzionati rispetto alla veste di cui si adornano. Da questo punto di vista, l'idea di «scrittura costituzionale» evoca più di quanto sta accadendo.

Non a caso da parte di molti si è piuttosto discorso di codificazione o di *restatement of law*, accostando l'elaborazione della Costituzione europea ad esperienze di scrittura più «leggere», connesse essenzialmente ad esigenze di certezza e conoscibilità del diritto, di semplificazione dell'ordinamento e di qualità della normativa.

Il lettore potrebbe allora attendersi di trovare in questo volume un saggio che si interroghi sulle implicazioni della *codificazione* di diritti e dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale europeo, precedentemente viventi in forma di principi non scritti di origine giurisprudenziale.

Punto di incontro della tradizione di *common law* – bene interpretata dalla Corte di giustizia – e della tradizione di *civil law*, a cui appartengono la maggior parte degli Stati membri, l'ordinamento dell'Unione europea sembra avvicinarsi progressivamente a quest'ultima, inseguendo i pregi della scrittura, anche a costo di sacrificare le virtù di flessibilità, di dinamismo e gradualità del diritto non scritto, particolarmente pregevoli a livello costituzionale. Questa inclinazione si manifesta da tempo nel sistema comunitario, come testimoniano le ripetute revisioni dei trattati occorse negli ultimi decenni, ed è esplosa con la codificazione dei diritti fondamentali nella carta dei diritti dell'Unione europea, che trascrive i diritti che fino a quel momento costituivano il più ingente patrimonio di principi non scritti posseduto dall'ordinamento costituzionale europeo.

Non manca nel libro di Pinelli una riflessione sulle esigenze che possono aver spinto le istituzioni comunitarie alla scelta per un testo scritto e in questo l'Autore aderisce all'opinione più diffusa, secondo la quale un testo costituzionale scritto per l'Europa sarebbe necessario per rispondere alle esigenze indotte dall'allargamento, al congenito deficit democratico della Comunità europea, al bisogno di una maggiore funzionalità, alla necessità di rafforzare la legittimazione democratica delle istituzioni europee, avvicinandole ai cittadini, alla ricerca di un più soddisfacente punto di equilibrio tra stabilità e mutamento e così via (p. 185 ss.). Ci si potrebbe chiedere se per rispondere a tutte queste esigenze fosse davvero necessario ricorrere alla scrittura di una «Costituzione europea», e davvero non fosse sufficiente agire tramite una seria revisione dei trattati, come da tempo va sostenendo J.H.H. WEILER (da ultimo si veda in lingua italiana, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003).

Ma non vorrei attardarmi oltre su queste problematiche, già ampiamente discusse da altri, perché non è qui il cuore del libro di Cesare Pinelli, a mio giudizio. A ben vedere ne «Il momento della scrittura» la vicenda della Costituzione europea non è nemmeno la protagonista principale della narrazione. Come bene avverte l'Autore sin dalle prime pagine dell'introduzione, la scena è piuttosto dominata dal problema del superamento della distinzione interno/esterno, dagli interrogativi sulla tenuta del *nomos* della terra e degli altri paradigmi dello Stato nazionale e del diritto internazionale classico, consegnati alla tradizione moderna dal trattato di Westfalia in poi.

Infatti, il libro esordisce con una imponente *ouverture*, che introduce il tema della separazione interno/esterno attraverso un viaggio nel pensiero dei maggiori esponenti della giuspubblicistica e della filosofia politica, dall'epoca liberale ai nostri giorni. Si tratta di problematiche che da tempo sono al centro degli interessi dell'Autore, il quale già molto tempo prima che negli studi costituzionalistici italiani trovasse spazio

una seria riflessione sulla globalizzazione – il cui avvio si può far risalire credo al saggio di Massimo Luciani, su l'Antisovrano, comparso su questa Rivista nel 1996 – si occupava di queste problematiche, come testimonia la monografia su *Costituzione e principio di esclusività*, Milano, 1990.

Se bene interpreto il pensiero, ricchissimo di riferimenti culturali, di Cesare Pinelli, il vero leit-motiv della sua riflessione è il *superamento della statualità del fenomeno giuridico*. Il coniugio tra Stato e diritto, che anche gli storici giudicano essere un fenomeno storicamente datato, è sottoposto oggi ad agenti erosivi molto potenti, che accelerano un processo di sgretolamento avviato già da molto tempo, come intuiva la teoria profetica di Santi Romano sulla pluralità degli ordinamenti giuridici. *«Il momento della scrittura»* fotografa, inquadrando con un grand'angolo, i fattori culturali ed economici, politici e internazionali, tecnologici e storici che erodono o aggirano, per usare espressioni dell'Autore, le frontiere del diritto statale.

Per questo – credo – nel libro si trovano accostate tematiche così apparentemente distanti come può essere la vicenda della Costituzione europea, il processo a Pinochet, lo sviluppo dei mercati finanziari, la globalizzazione dell'economia, la crisi dello stato sociale, persino la qualità della regolazione, il principio di indivisibilità dei diritti umani, le organizzazioni non governative, l'intervento in Kosovo e molti altri ancora.

Come si colloca, in questo variegato panorama, la vicenda dell'integrazione europea e, specificamente, il progetto di dotare l'Unione europea di una Costituzione?

Lo sguardo dell'Autore legge nella vicenda dell'integrazione europea una «silenziosa erosione dell'impermeabilità delle frontiere» o «una vicenda di aggiramenti delle frontiere statali» (pp. 80-81), che in modo emblematico ha per certi aspetti anticipato, per altri accompagnato e per altri ancora favorito il mutamento delle istituzioni politiche e giuridiche tradizionali, che si reggeva sulla distinzione esterno/interno. L'integrazione europea è vista come una esperienza peculiare, ma tutto sommato ascrivibile al movimento di erosione delle frontiere.

Dei due possibili percorsi per il superamento della dicotomia interno/esterno che si riscontrano sin dall'epoca liberale – la via politica, di matrice kantiana, e quella economica, di impronta smithiana – l'integrazione europea avrebbe intrapreso la seconda. Secondo l'interpretazione dell'Autore, che rispecchia un sentimento piuttosto diffuso, l'integrazione europea a partire dalla famosissima dichiarazione Schuman del 1950, falliti i tentativi di una diretta unificazione politica intorno alla Comunità europea di difesa, si sarebbe incamminata lungo il secondo paradigma, quello economico. A ben vedere, però, è proprio dalla Dichiarazione Schuman che si intuisce come sin dalle origini l'integrazione europea avesse invece un preciso obiettivo politico, quello di realizzare una pace duratura in Europa, attraverso un processo incrementale, ma progressivo – «*an ever closer union*» – tra i popoli europei, in cui la via economica costituisce il primo gradino per creare una solidarietà di interessi, su cui più facilmente innestare anche una comunità di ideali tra i popoli europei.

L'inclusione dell'integrazione europea nella categoria dei fenomeni di erosione e aggiramento delle frontiere è il punto più delicato, a mio parere, di tutto l'impianto del libro di Cesare Pinelli.

Questa impostazione ha sicuramente un grande pregio: con la forza di una scossa tellurica demolisce alcuni «ingombri della memoria» (p. 81), spianando finalmente la strada a quelle concezioni che rifiutano di identificare Stato e Costituzione, e liberano l'esperienza costituzionale dalla prigionia entro le mura del diritto interno degli Stati-nazione.

In questo modo, il libro di Cesare Pinelli sortisce un duplice risultato. Da un lato, crea le condizioni di pensabilità per

la costituzione di un organizzazione sovrananzionale, che non par destinata a divenire Stato per il solo fatto di dotarsi di un testo fondativo. L'«ingombro» costituito dal nesso Stato-costituzione, viene rimosso, evidenziando una serie di cambiamenti epocali e cogliendo una serie di intrecci tra diritto costituzionale e diritto internazionale che già sono intervenuti ed hanno contaminato la biunivocità del binomio.

D'altro canto, il libro pare seriamente impegnato nel pregevolissimo intento di difendere la possibilità di proporre nelle nuove forme di convivenza politica e giuridica, quale è l'Unione europea, la ricchezza del costituzionalismo, dei suoi principi e dei suoi valori di civiltà. La difesa delle condizioni di pensabilità di una Costituzione europea mira all'obiettivo di contribuire alla propagazione oltre ai confini statali dei diritti e dei principi che gradualmente si sono accumulati nell'esperienza del costituzionalismo. «L'approvazione di una Costituzione europea ci appare come il momento della scrittura di una tradizione costituzionale comune ai popoli europei, comprensiva dei risultati più duraturi dell'esperienza del diritto dell'Unione.[…L]a sfida della Costituzione europea […] consisterebbe […] nel conservare le conquiste democratiche raggiunte nell'ambito degli stati, superando il modello statale» (p. 195).

Un patrimonio culturale accumulato nei secoli verrebbe consegnato al futuro sperimentandone la tenuta in una nuova forma di organizzazione politica. In questa posizione vi è una lungimiranza di giudizio a difesa del costituzionalismo, che deve senz'altro essere condivisa. Ci sono principi e valori che possono e debbono propagarsi in ogni forma di convivenza politica. E se l'epoca contemporanea offre nuovi modelli di aggregazione istituzionale, è bene che anch'essi si edifichino su quelle stesse fondamenta su cui si sono robustamente strutturati gli stati costituzionali contemporanei.

Vi è però, nella posizione di Pinelli, qualche aspetto problematico, su cui sarebbe utile avere un chiarimento dall'autore.

A differenza di molte delle altre vicende raccontate nel libro di Pinelli, la storia dell'integrazione europea non si presenta come un processo di erosione dei confini, ma come una diversa mappatura delle frontiere. Nella vicenda europea la dimensione territoriale della convivenza politica non è superata, ma è ridisegnata. I confini nazionali non sono cancellati, ma assumono le sembianze dei bordi delle tessere di un puzzle, ben visibili, ma funzionali ad un disegno più ampio. A differenza delle vicende dei mercati finanziari, delle attività delle organizzazioni non governative, del processo a Pinochet e così via, nel processo di integrazione europea il *nomos* della terra non pare superato. In Europa i confini non sono cancellati, ma ridisegnati: per certi aspetti sono ampliati, e per altri sono duplicati. Sono ampliati ad esempio nel caso delle regole del mercato interno e delle libertà di circolazione, che non soffrono più gli ostacoli delle frontiere nazionali, ma sono comunque condizionati nella loro validità da nuovi, più ampi, confini, non più nazionali, ma europei. Per altri aspetti, invece, le frontiere nazionali sono ancora pienamente valide, cosicché, ad esempio la disciplina civilistica e ancor più quella penalistica sono tuttora prevalentemente di competenza statale, anche se non mancano importanti interferenze europee. L'integrazione europea non crea un ordinamento senza frontiere, ma un ordinamento in cui talvolta rilevano le frontiere europee e talvolta quelle nazionali.

La Costituzione europea, allora, non si può qualificare come esperienza di costituzionalismo senza confini e senza terra, proponibile come paradigma per l'età della globalizzazione. Piuttosto essa è segno e modello della possibilità che le nuove forme di aggregazione politica, connesse o meno alla globalizzazione possano svilupparsi senza rinnegare o seppellire la tradizione del costituzionalismo.

Replica
dell'*Autore*

Marta Cartabia è riuscita a condensare nello spazio di una recensione il contenuto essenziale del mio libro, così cogliendone il senso e gli obiettivi. Non era facile, lo riconosco, se non altro per la pluralità di piani su cui è costruito.

Questa è solo la prima ragione per cui le sono grato. La seconda è meno privata ma non meno forte, perché la recensione solleva interrogativi che riguardano assai più la vicenda della costituzionalizzazione europea, e dunque tutti noi, che l'approccio prescelto dall'autore. O almeno, così all'autore pare.

Il primo interrogativo è prospettato incidentalmente: posto che la Costituzione europea (o come meglio si dovrebbe dire all'indomani della conclusione dei lavori della Convenzione, il trattato costituzionale europeo) non si propone di edificare un nuovo ordine costituzionale ma solo di codificare princìpi e tradizioni costituzionali e di rafforzare la legittimazione democratica dell'Unione, non conveniva procedere ad una seria revisione dei trattati vigenti?

Dice però Cartabia che «non è qui il cuore del libro di Cesare Pinelli», e passa a richiedere un chiarimento all'autore sul punto, che nel testo le pare cruciale, della formazione dello spazio giuridico-costituzionale europeo. A differenza dei casi di aggiramento delle frontiere esposti nel libro, e riferiti a vicende che si manifestano su scala globale, «la storia dell'integrazione europea non si presenta come un processo di erosione dei confini, ma come una diversa mappatura delle frontiere»: i confini non sono cancellati, ma ridisegnati, sia quando vengono ampliati, come nel caso dei mercati, sia quando i confini nazionali vengono confermati, come nel caso della disciplina civilistica e penalistica sia pure con «importanti interferenze europee». Lungi dal poter costituire un «paradigma per l'età della globalizzazione», la Costituzione europea si presenta come segno e modello di un possibile sviluppo di nuove forme di aggregazione politica che non rinneghino il costituzionalismo.

Per la verità, dal testo risulta che se per un verso l'integrazione economica e giuridica europea ha anticipato il declino dell'impenetrabilità delle frontiere statali che si registra ovunque (e da non confondere con un generico declino dello stato, o della divisione del mondo in stati, che invece è viva e vegeta), per altro verso i segnali più convinti di un'alternativa ai rischi di omologazione e di indulgenza verso i particolarismi indotti da un certo tipo di globalizzazione, cioè dall'affermazione di forme imperiali di convivenza, vengono proprio «dal continente più ricco di storia costituzionale» (pp. 184-185).

La questione consiste piuttosto nel saper individuare (non so se ci sono riuscito, so che ci ho provato) le forme e le modalità giuridiche, pur se spesso rilevabili ancora solo embrionalmente, di un rapporto fra diritto costituzionale e diritto internazionale diverso dalla tradizionale separazione, funzionale al dogma della sovranità statale, ma che pure pretenda di stabilizzare e dare un senso alla convivenza collettiva su un certo territorio, in alternativa, di nuovo, a soluzioni imperiali. Basti pensare alle ben diverse modalità di *Nation-building* di cui si sta discutendo a proposito dell'Iraq.

Questo movimento è esaminato nel Cap. IX, intitolato «Diritto costituzionale e diritto internazionale», che volutamente precede la Parte Quarta, dedicata al dibattito sulla Costituzione europea. Il collegamento è almeno duplice. Intanto, le interazioni fra diritto costituzionale e diritto internazionale sono cresciute man mano che la regola dell'indifferenza del regime politico interno ai fini del riconoscimento e della legittimazione internazionale degli stati ha subìto un ridimensionamento, mentre si è intensificata l'attenzione della comunità internazionale per il rispetto dei diritti umani e la democrazia: e in sede comunitaria si è avuta una vicenda per certi aspetti analoga. In secondo luogo, il fatto

stesso che si parli di «trattato costituzionale» dimostra l'esigenza di nuovi inquadramenti scientifici di due fonti come il trattato e la costituzione, che la tradizione novecentesca aveva rispettivamente ricondotto all'ordinamento internazionale e allo stato quali uniche forme riconosciute di convivenza organizzata.

Qui si ripresenta il primo interrogativo sollevato da Cartabia, e che riguarda specificamente l'Unione. Era proprio necessario scomodare il termine 'Costituzione' per rivedere i trattati? Il fatto è che non si trattava solo, come poi si sarebbe visto alla Convenzione, di semplificare i trattati e di incorporare nel nuovo testo la Carta dei diritti. Si trattava anche di compiere importanti scelte politiche e di principio sui temi dell'assetto istituzionale, del procedimento di revisione del trattato costituzionale, del superamento della regola dell'unanimità, della ripartizione di competenze fra Stati membri e Unione. Ed era semplicemente impensabile affidare temi simili ad una Conferenza intergovernativa, tanto più dopo il fallimento, registrato nel corso dell'ultimo decennio, del sistema di riforma dei trattati tramite le Conferenze. Qualunque cosa se ne pensi, il metodo della Convenzione segna una profonda soluzione di continuità con quel sistema, e rivela una maggiore consapevolezza, da parte degli stessi Stati membri, della portata costituzionale dei temi in questione.

Nutrire soverchio ottimismo sul successo del tentativo sarebbe oggi quantomeno temerario. Ma per un costituzionalista non si tratta di essere ottimisti o pessimisti. Si tratta di vedere, e anche qui Marta Cartabia ha compreso benissimo come la penso, se egli sia disposto a ricercare, nel campo di possibilità che si aprono concretamente, quella che più permetterebbe di promuovere i princìpi del costituzionalismo europeo: anche là dove il nesso un tempo esclusivo fra stato e costituzione torni in discussione.

M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000 e M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2002.

Recensione di *Fiammetta Salmoni*

1. Negli ultimi anni, come è noto, si è avuta una grande quantità di studi che hanno tentato di analizzare il fenomeno della globalizzazione. Questo argomento, in effetti, sembra essere uno dei preferiti dagli studiosi italiani e non, delle discipline più differenti. I volumi di Maria Rosaria Ferrarese si collocano proprio sulla scia di questo filone già ampiamente e copiosamente battuto. Eppure, nel leggerli, pur non concordando sempre con alcune delle conclusioni cui perviene l'Autrice, è difficile non ammettere che si ha a che fare con un qualcosa di diverso, con un approccio diverso, ma anche e soprattutto con una serietà di argomentazioni difficilmente rinvenibile nei lavori a tutt'oggi disponibili sull'argomento.

Soprattutto, si ha la sensazione di essersi imbattuti in due saggi che mettono in atto un vero e proprio tentativo di sistemazione intellettuale, con un taglio che difficilmente può dirsi soltanto sociologico, ma che è più agevolmente qualificabile come un vero e proprio concentrato di argomentazioni, sociologiche sì, ma anche filosofiche e, talvolta, economiche, che tiene altresì conto delle radici storiche – troppo spesso sottovalutate – di quel complesso fenomeno scientifico e culturale che è la globalizzazione. Tanto è vero che nel primo, in ordine cronologico, dei due saggi, *Le istituzioni della globalizzazione*, si propongono argomenti e conclusioni che non rappresentano altro che la indiscutibile premessa per l'analisi del più recente *Il diritto al presente*. Anzi, per essere più precisi, il secondo saggio, pur tenendosi perfettamente da sé, si sviluppa con una diversa incisività solo se letto in combinato con il primo, che ne costituisce la premessa logica oltre che scientifica.

2. Il punto fermo dal quale prende le mosse l'Autrice è la incolmabile divaricazione che esiste fra ordinamenti di tradizione romanistica e ordinamenti di tradizione anglosassone, tra *civil law* e *common law*, insomma, per dirla con le parole della Ferrarese, tra oralità e scrittura del diritto. Perché la globalizzazione, intesa come fenomeno che incide non tanto, o non soltanto, sulla sfera economica, ma in larghissima parte anche su quella politica e istituzionale, trova il suo *humus*, il suo più fertile terreno di sviluppo in quegli ordinamenti in grado di assecondarne il radicamento e l'espansione. Questa affermazione è ovviamente il risultato di un'analisi che si sofferma principalmente sul significato del termine globalizzazione. E, infatti, il quesito iniziale è se sia giusto descrivere il fenomeno globalizzazione come una «semplice» evoluzione del capitalismo (che, quindi, interesserebbe, per ciò solo, essenzialmente la sfera economica), o non sia, forse, un qualcosa di altro, ben più pericoloso e, per ciò solo, assai più devastante per la nostra cultura giuridica.

A tale quesito, la Ferrarese risponde nel secondo senso solo dopo aver esaminato le intense relazioni che da sempre intrecciano la politica con l'economia, la ragion di Stato con la *ratio* economica. Questi due universi, il politico e l'economico, che tra di loro hanno, e hanno sempre avuto, un rapporto per lo più concorrenziale, si differenziano principalmente per due motivi: innanzi tutto, perché agiscono su dimensioni territoriali diverse (concetto, quest'ultimo, ampiamente ripreso in entrambi i saggi), e in secondo luogo perché si richiamano a scenari istituzionali basati l'uno sul diritto pubblico, caratteristico dell'Europa continentale, e l'altro sul diritto privato, appannaggio dei Paesi anglosassoni.

La globalizzazione, anche grazie alla tecnologia che ne è lo strumento più potente, attenua questa distinzione, incidendo profondamente sul potere politico e quindi sul diritto pubblico. Perciò è necessario fare i conti con nuovi modi di normazione dei mercati, che per lo più non coincidono

con la sovranità degli Stati, né hanno necessariamente carattere pubblico. Anzi, è la stessa natura dei mercati che tende a produrre regole giuridiche che invece di essere un prodotto finito tendono a qualificarsi come un continuo *work in progress*, cosicché si ha una spiccata propensione alla privatizzazione dei meccanismi di produzione giuridica proprio perché il potere scivola inesorabilmente dagli Stati verso le forze economiche.

Tale circostanza ha la conseguenza di rendere sempre meno netta la linea di demarcazione tra fonti di produzione normativa pubbliche e private a tutto vantaggio delle seconde e di confondere sempre di più il diritto con gli interessi economici. Le istituzioni della globalizzazione, quindi, non possono più essere quelle tradizionali, ad alto tasso di normatività, ma sono istituzioni «fattuali», più flessibili, aperte alle infinite possibilità che i soggetti possono esprimere e pronte ad essere plasmate dagli eventi.

3. Del resto, la globalizzazione dell'economia non significa, né può significare, la pura e semplice unificazione giuridica dei mercati, ma piuttosto la loro crescente capacità «di comunicare per convergere verso un allargamento degli scambi». Con la conseguenza che i tradizionali rapporti esistenti tra diritto e mercati si rovesciano. Non sono più gli Stati e la loro sovranità nel senso tradizionale del termine a definire l'ordine giuridico del mercato determinando una dipendenza necessaria di quest'ultimo dai primi, ma sono i mercati che si liberano della loro sudditanza nei confronti degli Stati e che definiscono da sé le proprie regole, i propri statuti giuridici.

Tutto ciò, però, comporta necessariamente che queste nuove forme di giuridicità disegnate dalla globalizzazione lascino dei vuoti normativi da colmare. Il diritto della globalizzazione, secondo una metafora di grande effetto, non è più una «terra compatta» come al tempo della incontrastata sovranità statale, ma è paragonabile ad un arcipelago, dove «le varie isole sono collegate da ponti, ma restano separate da un vuoto», che corrisponde ad un'accresciuta presenza di informalità nelle relazioni giuridiche.

Il contrasto tra il prima e il dopo, però, è molto meno appariscente se si volge lo sguardo al diritto americano, dove l'idea di un legislatore unico è stata sempre avversata e, soprattutto, dove l'evoluzione giuridica è venuta principalmente dietro l'impulso degli interessi privati che hanno plasmato il sistema giuridico attraverso il *judge-made law*. La legalità americana ha sempre trovato nelle Corti il proprio canale di scorrimento privilegiato e ha sempre fatto larghissimo ricorso alle risorse dei professionisti privati.

Tra diritto statunitense e diritto della globalizzazione, quindi, vi sono delle affinità che non possono essere sottaciute e che inducono a ritenere che le forme di produzione del diritto adottate oltreoceano siano le più adeguate a contenere la dirompente spinta disgregatrice della globalizzazione stessa.

È chiaro, quindi, quali siano, ad avviso della Ferrarese, i caratteri del diritto globale: intanto, è un diritto aperto, nel senso che la fonte di produzione giuridica non è più unica, ma è potenzialmente aperta a più soluzioni, pubbliche e private. In particolare, sono presenti in maniera sempre più consistente sullo scenario internazionale, oltre a tutta una serie di organizzazioni non chiaramente identificabili sull'asse pubblico-privato, due diversi soggetti privati: le *transnational corporations* e le *non-governmental corporations*. Con la differenza, però, che mentre le prime perseguono un fine di profitto, le seconde, per definizione, no.

Tali soggetti agiscono come vere e proprie istituzioni di fatto, perché sono portatori «a livello globale di mete collettive, valori, modelli, comportamenti», sono cioè i veri soggetti «autoctoni dello spazio transnazionale», in quanto, in essi, manca qualunque riferimento all'ordinamento statale.

4. La conclusione di questo discorso,

per l'Autrice, è che il confine tra ciò che, a livello globale, è giuridico e ciò che non è giuridico tende a farsi sempre più sottile, a tratti impercettibile. Soprattutto perché sempre più difficile sembra essere la qualificazione dell'ordine giuridico globale come diritto nel senso stretto del termine, anche perché alludere al diritto vuol dire alludere ad un qualcosa di preciso, di molto ben definito e dai requisiti formali rigorosamente tratteggiati.

L'idea del diritto continentale evoca concetti che fanno riferimento al monopolio statale del diritto, idea che, oggi, non può più resistere alla forza dirompente delle nuove forme di produzione giuridica globalizzata. Gli attori che calcano il palcoscenico del giuridico sono molteplici e proprio per questo motivo vi è una forte competizione tra di loro: tra soggetti pubblici, tra pubblici e privati e tra privati.

È questa la ragione per la quale, oggi, appare sempre più difficile continuare ad identificare il diritto con le norme scritte e con la *decisione*: il diritto globale non può che collocarsi in una dimensione diversa rispetto alla tradizionale idea del diritto tipica dell'Europa occidentale e continentale, dove la scrittura (la codificazione e la legislazione) e la decisione lasciano il campo all'astrattezza e alla duttilità. C'è bisogno di concedere ampia possibilità di scelta e di azione ai destinatari delle regole del gioco e questa possibilità di scelta può garantirla soltanto un'accresciuta propensione verso l'oralità del diritto.

Non solo. Esistono anche delle ragioni di ordine politico che spingono verso l'adozione di un diverso modello di diritto. C'è un nesso, infatti, tra la crisi della sovranità statale e la crisi della tradizione giuridica continentale, con il suo diritto scritto. Quest'ultimo, come si è detto, era funzionale ad un modello statuale a sovranità forte, che faceva perno sul momento della creazione delle norme. Esso, cioè, si è sempre configurato come un comando che attendeva obbedienza e quindi come un «comando del sovrano» sui cittadini-sudditi.

I Paesi di cultura anglosassone, invece, in particolare gli Stati Uniti, si ispirano ad un modello di diritto prevalentemente non scritto, proprio perché nasce in alternativa ai modelli di sovranità esistenti nell'Europa occidentale, adottando un'organizzazione politica meno verticistica a forte impronta orizzontale che quasi coincideva con quella sociale e rappresentando, alla fin fine, uno strumento che i diversi soggetti possono utilizzare in un'ottica essenzialmente economica.

Ora che il modello continentale va dissolvendosi a causa della diffusione di una cultura politica di tipo liberale che lascia ampio spazio all'azione dei privati, il diritto di tradizione romanistica diventa sempre meno utilizzabile.

Torna, dunque, la premessa sottesa a tutta l'argomentazione sviluppata dalla Ferrarese: il diritto che più si confà al mondo globalizzato è quello di tradizione anglosassone, un non-modello di diritto che mette sì in crisi il modello di diritto europeo continentale, ma che comunque non rinuncia a fare uso delle sue forme per adattarsi a tutte le circostanze e situazioni ipotizzabili. Non solo, ma quella stessa *ratio* economica che predomina nel nuovo diritto della globalizzazione non manca di proporre nuove forme di socialità del diritto che rispondono in maniera adeguata all'esigenza di efficienza tipica del mondo globalizzato.

Predominanza del diritto di tradizione anglosassone che però non vuol dire abbandono di ogni forma di scrittura del diritto, essendo auspicabile, invece, che vi siano sempre più frequenti momenti di contaminazione tra i due diversi modelli giuridici. L'intreccio tra tradizione continentale e tradizione anglosassone, di cui la globalizzazione si avvale per dettare le proprie regole, è un intreccio che, ad avviso dell'Autrice, si rivela vincente. In questo modo, infatti, la globalizzazione può far fronte a tutte le situazioni nelle quali si imbatte quotidianamente, affrontandole ora con i metodi classici della tradizione giuridica romanistica, ora con le forme più flessibili tipiche della tradizione anglosassone.

5. All'analisi in termini spaziali degli effetti della globalizzazione sul diritto e sulle sue istituzioni, poi, deve corrispondere un altrettanto severo esame in termini temporali. Tale indagine, infatti, non è di poco conto se si riflette sul fatto che il diritto potrebbe non essere in grado di rispondere in maniera adeguata ai tempi della globalizzazione, la quale si evolve con una rapidità senza precedenti, a velocità dettate da esigenze tecno-economiche irrinunciabili. Il diritto della globalizzazione, quindi, secondo l'Autrice, deve essere un diritto non più proteso verso il futuro o proiettato verso il passato, ma un diritto «al presente», presente che, in questo modo, si configura come la dimensione temporale propria della globalizzazione.

Tutto ciò renderebbe manifesta una perdita di senso di quelle istituzioni che avrebbero la possibilità di gestire sotto il profilo giuridico il processo di globalizzazione. L'istituzione statuale, ad esempio, cesserebbe di essere la più adeguata perché farebbe perno su di una assolutizzazione della legislazione e della legalità volte a negare la flessibilità e l'imprevedibilità in favore della stabilità del sistema, del controllo e del comando. In questo senso, il diritto statuale si porrebbe essenzialmente come una garanzia per il futuro. Ma la necessità, impellente, di gestire il presente, propria del mondo globalizzato, non può lasciare spazio a istituzioni, come quella statuale, che guardano solo al futuro.

Il diritto, infatti, specie con l'irrompere dell'economia finanziaria sugli scenari internazionali e con la sostituzione della proprietà privata con il mercato, si espone all'incertezza e al rischio. A tale inconveniente si può ovviare solo accedendo, anche in ambito giuridico, ad una logica dell'accordo e della negoziazione garantita dall'istituto centrale delle relazioni economiche: il contratto. In quest'ottica, ancora una volta il modello giuridico più adeguato a gestire la globalizzazione sarebbe quello americano dove lo schema della negoziazione ha pervaso di sé anche il diritto pubblico.

Le istituzioni che sono in condizioni di dominare la globalizzazione sono *solo* quelle che accedono a modelli di flessibilità sempre maggiori a discapito della «forma», mediando, attraverso la funzione comunicativa che è loro propria, tra potere e società. Perdono, quindi di importanza gli istituti classici della cultura giuspositivistica tradizionale, come il primato della legge e il principio di legalità, troppo ancorate ad una «geometria del futuro», per lasciare il posto al diritto prodotto dalle Corti, al diritto spontaneo e al contratto, che diventa predominante anche in ambito pubblicistico. Le istituzioni giuridiche, in altri termini, devono assecondare nuove cronologie economiche e sociali, devono, cioè, rispondere al presente. Tra di esse quelle che ad avviso dell'Autrice meglio soddisfano questo bisogno sono il diritto costituzionale e il diritto giurisprudenziale.

6. Cominciando dal diritto giurisprudenziale, esso si porrebbe in linea con le tendenze della globalizzazione innanzi tutto perché si configura come un potere diffuso (come «un'istituzione policentrica» come anche lo definisce la Ferrarese), in secondo luogo perché appare particolarmente adatto a «esprimere collegamenti sintetici tra dimensioni opposte», infine perché le sentenze rappresentano solo esiti parziali soggetti a continue revisioni, ciò che, in altri termini, sta a significare che il diritto giurisprudenziale, in quanto strettamente connesso con il presente, si può adattare facilmente ad una molteplicità di situazioni producendo contestualmente certezze ancorché relative. Da questo punto di vista, in effetti, è difficile non concordare con l'Autrice. La capacità di adattamento del diritto giurisprudenziale alle diverse situazioni che si presentano sulla scena mondiale è innegabile al punto che diventa ad ogni momento più indispensabile fare affidamento sulle varie Corti legittimate ad operare a livello sovranazionale.

Riguardo alla posizione che l'Autrice fa propria in ordine al diritto costituzionale, invece, nutro maggiori perplessità. Secondo la Ferrarese, infatti, è vero che il diritto costituzionale è nato per «dare fondamenti al

futuro» e tuttavia esso tenderebbe ormai a calarsi nel presente, soprattutto per la sua particolare connessione con il riconoscimento e la tutela dei diritti. Il tema dei diritti, cioè, sarebbe, oggi più che mai, foriero di una «nuova» legittimazione di *vecchi* e *nuovi* testi normativi, una legittimazione che, appunto, passerebbe attraverso il riconoscimento dei diritti fondamentali in quanto diritti universali. In questo contesto, il diritto costituzionale troverebbe una sua nuova collocazione nel mondo globalizzato, ma solo a condizione di sfuggire alla coincidenza con un preciso contenuto costituzionale. Le attuali Costituzioni, per l'Autrice, tenderebbero ad essere il frutto di una continua contrattazione tra diversi soggetti, sia pubblici che privati, al punto che bisognerebbe dimenticare il diritto costituzionale tradizionale, intriso di «intenti paternalistici», per lasciare spazio alla negoziazione costituzionale (che, in questo modo, diventerebbe il metodo) e all'interazione tra testi costituzionali e fonti costituzionali «di fatto». In altri termini, bisognerebbe abbandonare il concetto tradizionale di Costituzione e risolvere le Costituzioni in «processi di costituzionalizzazione».

Questa posizione, a mio avviso, non è condivisibile. È vero che l'Autrice sembra effettuare questa operazione proprio per fare salvo il concetto di Costituzione e con esso il costituzionalismo, entrambi, di recente, fortemente minacciati da più parti; tuttavia tale impresa condotta in questo modo rischia di non dare i risultati sperati.

Secondo la mia opinione, infatti, non è possibile attribuire la qualifica di Costituzione ad ogni documento che si limiti a proclamare l'esistenza dei diritti fondamentali (proclamazione anch'essa, come è ovvio, fondamentale, seppure non concludente), senza che siano altresì apprestati gli strumenti per la loro tutela, né che si siano in qualche modo limitati i poteri dell'autorità nei confronti delle libertà riconosciute ai cittadini. Se così fosse, allora un numero più che consistente di testi normativi che sino a qualche tempo fa non potevano aspirare a questa qualifica oggi assurgerebbero automaticamente al rango di Costituzione, con la conseguenza che il significato del termine si svilirebbe in misura ancora maggiore rispetto a quanto non sia attualmente.

Per Costituzione, invece, si deve intendere *ancora* oggi – né, a mio parere, può essere diversamente – un testo che non solo ha «contenuti costituzionali» (che, quindi, proclami l'esistenza dei diritti fondamentali, appresti gli strumenti per la loro tutela, garantisca la separazione dei poteri e così via), ma che rappresenta il risultato di un processo costituente, un testo cioè che abbia una legittimazione, quella del popolo, titolare della sovranità, che non può dare adito a dubbi, con una forza conformante che è allo stesso tempo dirompente. È vero che in questo modo la cerchia dei testi normativi definibili come Costituzione si restringe e tuttavia tale circostanza non può che essere valutata positivamente.

Certo, così ragionando, si corre il rischio, denunciato dalla stessa Autrice, di rimanere ancorati a posizioni di retroguardia senza effettuare quel «salto nell'inedito» che a suo avviso è necessario facciano anche i costituzionalisti.

Il problema, pertanto, si pone in termini di alternativa perché per dare nuovo vigore alle Costituzioni e al costituzionalismo si possono percorrere due strade: o si abbandonano gli schemi concettuali tradizionali, con la conseguenza, però, di trasmutare (quando non di svuotare completamente di significato) gli stessi concetti che si vogliono fare salvi; oppure, posizione che personalmente prediligo, si rimane ancorati ai medesimi così come tradizionalmente intesi, con il rischio però di non avere la capacità di interpretare e di indirizzare giuridicamente le attuali esigenze di un mondo sempre più orientato al servizio dell'espansione economica. L'adesione all'una o all'altra delle prospettive poste dipende ovviamente dall'approccio che ciascun singolo studioso ha al problema della mondializzazione. Resta comunque il fatto che entrambe possono essere valide se rigorosamente e coerentemente argomentate e questo, va detto, è un grande pregio che la tesi della Ferrarese, a differenza di altre, ha.

Replica

dell'*Autrice*

Vorrei innanzitutto rivolgere un ringraziamento a Fiammetta Salmoni per avere ricostruito con cura ed efficacia i tratti essenziali della mia analisi del processo di globalizzazione giuridica. La ringrazio anche per aver considerato entrambi i miei volumi sul tema, cogliendo i nessi ed il disegno che li accomunano e li pongono in continuità. Poiché il mio primo intento è quello di offrire una piattaforma di analisi attendibile degli eventi in corso, al fine di valutare adeguatamente conseguenze e scelte in campo istituzionale, mi fa piacere che Salmoni ritenga attendibile la mia analisi, pur non concordando con alcune mie conclusioni.

Vorrei partire da una novità «culturale» che viene promossa dalla globalizzazione, che a me pare una necessaria premessa di possibili esiti istituzionali La globalizzazione comporta una fuoriuscita dal guscio statale, che nel passato chiudeva lo sguardo, facendo velo sul resto del mondo. Ovviamente anche nel passato esistevano numerosi collegamenti tra pezzi di mondo che coinvolgevano soggetti pubblici e privati: alleanze politiche tra stati, collegamenti commerciali, esperienze transculturali e viaggi attraverso il mondo; tuttavia le identità restavano prevalentemente inchiodate all'appartenenza statale, confermando l'esistenza, per così dire, di «destini politici» legati ai rispettivi territori, «destini politici» che sono tuttora gravi e dolorosi per tanti popoli nel mondo. Ma ciò che sicuramente sta mutando è lo sguardo, che sta imparando sempre più a collocare le diversità culturali stabilmente nell'orizzonte visivo, non come puri elementi di contorno, ma come aspetti che interagiscono continuamente con la nostra stessa esistenza. Ciò è vero non solo per lo sguardo occidentale, che incontra sulla propria strada le diversità e l'immigrazione; è vero anche per gli altri pezzi di mondo, per tutti coloro che fanno scelte di migrazione, per sfuggire al proprio «destino» politico e territoriale: anche per costoro l'orizzonte visivo si è allargato fino ad includere «l'altro» e, con l'altro, un nuovo orizzonte di possibilità.

Di fronte a questo allargamento dello sguardo di buona parte degli abitanti del globo, è tuttavia inutile aspettarsi un dispiegamento di «magnifiche sorti e progressive». Proprio la voracità del modello occidentale oggi risveglia antagonismi forti e altri «destini» si ribellano all'assorbimento o alla contaminazione. Non a caso il terrorismo globale è il segno più macroscopico di un'avversione violenta al processo di globalizzazione, ma anche di una sua perversa realizzazione.

Ho voluto iniziare da questo aspetto culturale, dalle sue luci e dalle sue ombre, perché su tale sfondo vanno collocati il tema delle istituzioni globali ed i pur sporadici segni di una nuova cultura «costituzionale» dei diritti umani a carattere transnazionale e transculturale, che si intravedono qui e lì. Si pensi alla comunicazione attraverso internet, una modalità così invisibile che, di recente, come era già avvenuto in una precedente occasione, è riuscita a scongiurare la morte per lapidazione di una donna nigeriana condannata per adulterio da un tribunale islamico. Questo avvenimento testimonia due cose: non solo l'enorme capacità di pressione esercitata dalla catena comunicativa elettronica, che si è sommata ai tradizionali canali della comunicazione diplomatica, politica e giornalistica; ma anche il fatto che quel tribunale islamico sia stato indotto ad accogliere le «ragioni» esposte da tutte quelle comunicazioni. Non si è trattato dunque solo di un avvenimento nell'ambito della comunicazione mediatica globale: si è trattato anche di un avvenimento non irrilevante per l'evoluzione della sensibilità costituzionale globale.

Alla luce di tutto ciò, quali esiti dobbiamo e possiamo attenderci in termini di istituzioni? Oggi, per la prima volta nella storia, dopo gli auspici universalistici di Kant, si assiste alla posa di qualche prima pietra anche per istituzioni e costituzioni «universali». La globalizzazione oggi impone che le

tradizionali istituzioni statali vengano affiancate da nuove attrezzature in grado di dare un'impalcatura istituzionale a diversi tipi di relazioni che si sottraggono alla tradizionale dimensione territoriale, e che oggi diventano sempre più numerose ed importanti. Il tema è rilevante soprattutto in materia di diritti umani e fondamentali, fino a spingerci a domandarci se sia possibile parlare, almeno in questa materia, di qualche abbozzo istituzionale che si levi dalla tradizionale dimensione del territorio statale per abbracciare l'intero mondo. Questa è la grande scommessa istituzionale della globalizzazione, destinata a fare da *pendant* alla costituzione di un mercato globale ed alla crescente tendenza alla mercificazione che lo accompagna: se non sia possibile e necessario arginare la tendenza della globalizzazione a porsi come una semplice forma di «essere» e di «divenire», attraverso riferimenti etici e ineludibili scelte di valori: soprattutto in materia di tutela della sicurezza e della dignità degli esseri umani, in qualunque condizioni e su qualunque territorio essi si trovino, ma anche per salvaguardare l'ambiente, o per conferire adeguati requisiti di accettabilità agli stessi mercati ed alle merci che essi fanno circolare. È evidente che altri quesiti di natura costituzionale globale, ad esempio relativi alla trasferibilità in ambito globale di principi in tema di «divisione», «trasparenza» e «responsabilità» dei poteri restano ancora in gran parte senza risposte.

Poiché siamo solo ai primissimi passi in fatto di istituzioni globali, è bene affiancare l'ipotesi di tale progetto con opportune precisazioni, per evitare la facile accusa di navigare in una dimensione utopistica ed irrealistica. Queste impalcature istituzionali che si pongono al di sopra o attraverso gli stati hanno tanta più probabilità di funzionare quanto più sono sostenute da strutture sottostanti radicate a vario livello in una dimensione territoriale e locale, quale che essa sia. Sotto questo profilo, il tentativo istituzionale europeo è un felice esempio di un edificio istituzionale «sovranazionale», e perciò tendenzialmente «globale», ma con adeguati livelli di radicamento; infatti esso, pur elevandosi alla dimensione della sovranazionalità, non rinuncia a tutti gli altri punti di riferimento istituzionali già esistenti: stati, regioni ecc. Si tratta insomma di un ordinamento che promuove sia nuove forme di integrazione, che dinamiche istituzionali inedite, che inevitabilmente strappano qui e là il tradizione tessuto delle relazioni giuridiche ed infliggono colpi alla tradizionale idea di sovranità. Come ad esempio McCormick ha di recente sostenuto, questo processo impedisce di considerare possibile quella coincidenza del diritto con lo Stato, che ipotizzava Kelsen: sempre più visibilmente oggi esiste una sfera di diritto che esorbita gli stati. Non solo un nuovo diritto privato a carattere transnazionale, cosiddetta *lex mercatoria*, ma anche un diritto pubblico «ultrastatale», come lo chiama Sabino Cassese. Il fatto che sia in funzione un laboratorio di diritto pubblico in qualche modo riequilibra la bilancia giuridica del mondo: è come se il patrimonio genetico dell'Europa continentale, per tradizione rivolto prevalentemente verso il diritto pubblico, abbia indotto a reinventare il tradizionale modello, per permettergli di rispondere alle esigenze del mondo globalizzato.

L'esperimento istituzionale che l'Europa ha iniziato *a partire dagli stati*, e che oggi continua, grazie alla sovranazionalità, anche *oltre gli stati*, sembra suggerisce che forse è possibile anche un ulteriore sviluppo: verso almeno qualche abbozzo di un diritto pubblico a carattere globale. Uno dei modi in cui questo sviluppo trova per il momento espressione è in «processi di costituzionalizzazione», che si stanno realizzando anche al di là delle carte costituzionali e degli stati esistenti, percorrendo strade del tutto inedite. Innanzitutto la strada della giurisdizione. La stessa costituzione europea ha visto un ruolo anticipatore svolto dalla Corte Europea nel tracciare una carta dei diritti. Vi sono poi le Corti penali internazionali, che pur potendo intervenire solo *ex post*, cioè quando il torto o la lesione dei diritti si siano già avvera-

ti, possono comunque contribuire a diffondere l'idea di nuovi limiti che incombono anche sull'azione degli stati e di coloro che di volta in volta li rappresentano. Vi è infine il «dialogo di costituzionalismo», che si è acceso tra giurisdizioni diverse e con diverse appartenenze politiche e territoriali, destinato anch'esso a porre qualche pietra nell'edificazione di nuovi riferimenti costituzionali per il globo.

Se, nel caso della giurisdizione, a spingere verso nuovi punti di assetto costituzionale sono i casi in esame davanti alla corte, con un meccanismo che agisce prevalentemente dal basso, nel caso della negozialità propria del diritto internazionale, invece, i processi di costituzionalizzazione spesso funzionano come catene di «incentivazione» dall'alto all'assunzione di impegni di natura costituzionale. Anche laddove non esiste una dimensione di sovranazionalità, questa incentivazione viene correntemente e produttivamente messa in atto nei rapporti internazionali: se il tale paese vuole accedere ad un finanziamento o vuole essere ammesso in un'organizzazione internazionale, deve impegnarsi a rispettare certe condizioni in termini di tutela dei diritti umani o di libertà fondamentali. Si tratta della cosiddetta catena della «condizionalità». La condizionalità si pone come una strategia accettabile e spesso necessaria, a dispetto del fatto che essa rischia talora di raddoppiare le punizioni per i popoli più sfortunati, aggiungendo al danno di avere dei governanti totalitari, corrotti o incapaci, la beffa di mancati aiuti, per questa stessa ragione. Né vanno taciute altre ben più sottili e temibili insidie che possono annidarsi dietro la «condizionalità», con il rischio di trasformarla in una sorta di clava brandita dai paesi più forti contro i più deboli, o in una sottile forma di colonialismo di ritorno, o in uno strumento di induzione ad un liberismo selvaggio, come ha denunciato Stiglitz nel suo volume sullo «scontento» rispetto alla globalizzazione. A dispetto di tutti questi inconvenienti, oggi la catena della condizionalità, se usata con cura e cautela, appare un irrinunciabile strumento per promuovere crescenti livelli di costituzionalizzazione nel mondo.

Certo, questo «nuovo» diritto pubblico appare impuro, incerto e precario specialmente ai costituzionalisti, abituati a considerare la propria come la vera «terraferma giuridica». Inoltre, la centralità che in esso assume la questione dei diritti appare un riflesso del modello americano, che sta in un rapporto ambiguo con la tradizione giuridica degli stati europei.

Via via che si va verso una situazione di «puzzle costituzionale», scritto a più mani, non necessariamente da soggetti statali, e senza neanche il bisogno di vestire i panni solenni dei costituenti, si apre un problema anche più grave: chi si fa garante di regole e diritti? Quali sponde istituzionali globali succedono a quelle tradizionali predisposte dagli stati? Qui effettivamente non si può dar loro torto a coloro che vedono buchi enormi ed incertezze inquietanti. Ma tali buchi ed incertezze non sono un prodotto solo della globalizzazione: in gran parte derivano da un assetto del mondo dove la formazione di nuovi stati non sempre significava crescenti garanzie costituzionali e diritti per gli individui. Oggi, tali buchi ed incertezze acquistano una visibilità che prima non avevano e chiamano a risposte conseguenti, che purtroppo è ancora difficile intravedere, al di là di alcune corti internazionali e transnazionali.

Ma si consideri anche qualche guadagno accanto alle perdite di certezza e di forma. Innanzitutto i processi di costituzionalizzazione mettono in pista un modello «accogliente» di diritto pubblico, in grado non solo di recepire ulteriori richieste e nuovi aderenti (si pensi ai paesi recentemente accolti nell'Unione ed a quelli tutt'oggi candidati), ma anche di indurre nuovi soggetti, pubblici e privati, ad una consapevolezza di carattere costituzione che spesso non avevano. E ciò, come si è detto, può essere indotto dal basso, così come dall'alto. In secondo luogo, le reti di costituzionalità che si vanno costituendo nel mondo sono in gran parte un prodotto addizionale, che si somma ai tradizionali documenti e garanzie

costituzionali. È vero tuttavia che gli stessi tradizionali documenti costituzionali che, beninteso, sono tutt'oggi di grande importanza, soprattutto in materia di organizzazione dei pubblici poteri statali, inserendosi in una struttura giuridica sovranazionale o «a rete», perdono qualcosa del proprio tradizionale status di *Grundnorm*. Nel passato avevamo costituzioni forti in alcuni stati e costituzionalismo debole nel mondo; oggi questo rapporto tende in un certo senso ad invertirsi, producendo un più forte costituzionalismo nel mondo, ma anche una qualche forma di indebolimento delle costituzioni tradizionali.

Molti studiosi, e tra questi la Salmoni, sottolineano che tutto ciò implica processi ben diversi da quelli «costituenti» classici e dubitano che si possa parlare in proposito di «costituzioni». Non si può non essere d'accordo. I processi di costituzionalizzazione esposti al «dialogo», all'apertura, alla modificabilità in corso d'opera, non sono la stessa cosa dei «processi costituenti» tradizionali, che comunque derivavano da élite illuminate più che da popoli «sovrani», così come da élite illuminate è stato concepito e varato l'esperimento europeo. E certamente i tradizionali documenti costituzionali, tendenzialmente dal tessuto fitto, a maglie strette, con una semantica ben definita, chiamate a ricoprire un territorio ben identificato e ad assolvere anche a funzioni politiche, oltre che giuridiche, erano ben diversi dai reticoli di riferimenti costituzionali che si vanno costituendo oggi nel mondo globale. Nella misura in cui la globalizzazione scalfisce e rende porosi i confini statali, occorrono nuovi assetti di regole costituzionali, a tessitura aperta, capaci di dare risposta velocemente soprattutto all'esigenza di protezione dei diritti umani e dei diritti fondamentali. Il problema, al di là dei *nomina rerum* è come considerare questo reticolo di «contenuti» e «messaggi» di natura costituzionale, che si vanno affermando nel mondo. In che rapporto porli col mondo delle costituzioni ufficiali e dei costituzionalisti? Respingerli in una nebbia di invisibilità e di irrilevanza a causa del loro statuto indefinito e «fattuale», o valorizzarli e analizzarli, sia pur criticamente, come primi momenti di possibili futuri assetti cosituzionali del mondo globale?

Finito di stampare nel mese di marzo 2004
nella Stampatre s.r.l. di Torino - via Bologna, 220