Rivista di Diritto Costituzionale

2004

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 88-348-5320-2

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, A. Di Capua, G. Famiglietti, T. Giovannetti, P. Passaglia, N. Pignatelli, G.C. Pinelli, 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.

Ricordo di Louis Favoreu
di *Massimo Luciani* IX

I

I Saggi 1

Corti costituzionali nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo
di *Louis Favoreu* 3

Esperienze che danno vita a comportamenti: costituzionalismo americano ed europeo e controllo di costituzionalità
di *Marian Ahumada Ruiz* 25

Guerra giusta? Tra teologia e diritto
di *Pierluigi Consorti* 69

Forme di Stato e forme di governo: la distinzione è ancora utile?
di *Cesare Pinelli* 101

Legalità (costituzionale) e forma di Stato: aspetti teorici e profili pratici di due concetti apparentemente in crisi
di *Fiammetta Salmoni* 108

Riflessioni su guerra e pace tra diritto internazionale e diritto interno
di *Federico Sorrentino* 153

pag.

II

I Fatti 169

Giustizia sportiva e giustizia statale
di *Andrea Bonomi* 171

Il Trattato costituzionale dalla Convenzione alla Conferenza Intergovernativa: procedure e decisioni
di *Luigi Gianniti* 236

Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come forme di produzione normativa
di *Giuseppe Martinico* 249

Profili costituzionali del giusto processo amministrativo
di *Luciano Sposato* 283

III

Il Forum – Il Forum sul trattato costituzionale europeo *295*
a cura di *Cesare Pinelli*

con interventi di *Luigi Carbone, Stelio Mangiameli, Vito Monetti, Gianluigi Tosato, Nicola Verola*

pag.

IV

I Libri 331

F. Fernandez Segado, *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context* 333

Recensione di *Antonio Ruggeri* 333
Replica dell'*Autore* 340

O. Chessa, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale* 344

Recensione di *Antonio D'Aloia* 344
Replica dell'*Autore* 350

Ricordo di Louis Favoreu

di *Massimo Luciani*

L'ultimo scritto di Louis Favoreu, che pubblichiamo qui appresso grazie all'affettuoso interessamento di André Roux, ritorna su una questione che tanto ha appassionato il Maestro scomparso, soprattutto negli ultimi anni della sua attività scientifica: il rapporto tra giurisdizioni costituzionali nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo.

La riflessione su tale questione si inserisce in un più ampio filone di ricerca, rivolto all'indagine sull'impatto dei più recenti sviluppi del diritto sovranazionale e internazionale sui diritti degli Stati. Favoreu ha sempre visto con diffidenza l'approfondirsi di queste interferenze, in particolare in considerazione della limitata democraticità dei processi decisionali che portano alla formazione del diritto extra statale. Non solo: la difficoltà di rinvenire, al di fuori dello Stato, qualcosa che si possa propriamente chiamare "Costituzione" lo ha sempre indotto ad una particolare prudenza, perché proprio nella Costituzione Egli vedeva il fondamentale presidio dei diritti e la regola inderogabile dell'equilibrio tra i poteri "sovrani".

Il destino ci ha privato della possibilità di sapere cosa avrebbe pensato oggi Louis Favoreu di fronte al nuovo Trattato di Roma e alle interpretazioni che se ne stanno avanzando. E' solo una delle tante occasioni che abbiamo e avremo di rimpiangere l'assenza di uno studioso animato da tanta vivacità intellettuale, rigore di indagine, curiosità di conoscenza. Non è un mistero che Favoreu sia stato un grande innovatore degli studi costituzionalistici francesi. Temi prima quasi inesplorati (la giustizia costituzionale, appunto, per prima) ormai sono, grazie al Suo incessante impegno, al centro dell'attenzione di un'intera generazione di studiosi, cresciuta sotto la Sua guida o almeno alla luce dei Suoi insegnamenti. Grazie a Lui, il metodo del diritto costituzionale si è emancipato da quello che ispirava tradizionalmente lo studio delle *institutions politiques* e ha acquisito una propria autonomia. La stessa manualistica deve oggi fare i conti con la vera e propria rivoluzione che è stata prodotta dal Manuale di diritto costituzionale curato da Favoreu e dalla Sua scuola.

Non solo i costituzionalisti francesi, però, dovranno piangere la perdita di uno studioso di tanto prestigio: chiunque abbia avuto occasione di inoltrarsi lungo le intricate intersezioni tra le esperienze costituzionali dei vari Paesi europei (e non solo) ha incontrato, ad ogni passo, le opere di Favoreu, le Sue iniziative, le Sue sollecitazioni. E avvertirà, ora, un senso di vuoto. Chi, poi, ha avuto la fortuna di conoscerlo e di godere della Sua compagnia rimpiangerà, oltre e più dello studioso, la persona, la Sua carica umana. La Rivista di Diritto Costituzionale, pubblicando il saggio che segue, vuole rendere l'omaggio più sentito e rispettoso ad un grande giurista europeo.

I

I SAGGI

Corti costituzionali nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo [*]

di *Louis Favoreu*

SOMMARIO: I. Gli sviluppi paralleli e concorrenti delle corti costituzionali e della Corte europea. – II. La mancata comprensione, da parte della Corte europea, della natura e della missione della giustizia costituzionale. – III. Un riordinamento necessario.

I due «mozzi di terza classe senza specializzazione» [1] che facevano il loro corso, una quarantina d'anni fa, sulle rive del Golfo di Guascogna, non prevedevano certamente che ci sarebbe stato un giorno dedicato agli «Scritti» offerti ad uno di loro, ed ai quali l'altro sarebbe stato invitato a contribuire. Non è di questa assai breve esperienza marittima comune che si farà questione qui, ma del confronto tra ciò che ha rappresentato per l'uno e per l'altro un oggetto fondamentale di studio: la Corte europea dei diritti dell'uomo, da un lato, e le corti costituzionali, dall'altro.

1. Sebbene le due ricerche siano avanzate in parallelo, ci sono stati punti di incontro, dovuti non soltanto all'amicizia, ma anche all'interesse comune rivolto alla tutela ed alla protezione dei diritti fondamentali. L'opera rimarchevole svolta da Gérard Cohen-Jonathan, alla quale gli specialisti sapranno rendere omaggio meglio di me, ha trovato un primo supporto nel quadro della collezione «*Droit public positif*», nella quale ho avuto il privilegio di pubblicare la prima monografia sulla «Convenzione europea dei diritti dell'uomo», scritta da colui che è onorato oggi. In seguito, abbiamo lavorato assieme in occasione di convegni o di tavole rotonde, a Strasburgo o a Parigi. Infine, il Professor Cohen-Jonathan è responsabile della rubrica «Giustizia costituzionale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo» nella *Revue française de droit constitutionnel*.

---

[*] Traduzione di PAOLO PASSAGLIA.

[1] Salvo errore, si tratta del grado più basso della gerarchia militare.

Eppure i nostri punti di vista non coincidono necessariamente ed abbiamo approcci diversi relativamente ai rapporti tra la Corte europea e le corti costituzionali, tenuto conto degli sviluppi considerevoli che l'una e le altre hanno conosciuto. Sono questi sviluppi paralleli e concorrenti che esporremo in prima battuta (I), prima di far emergere la mancata comprensione, da parte della Corte europea, della natura e della missione della giustizia costituzionale (II) e, infine, di suggerire un riordinamento del sistema di protezione dei diritti fondamentali (III).

I. Gli sviluppi paralleli e concorrenti delle corti costituzionali e della Corte europea

Le tappe

2. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo è stata firmata il 4 novembre 1950, ed è entrata in vigore il 3 settembre 1953. A quella data, soltanto due corti costituzionali sono in attività: l'Alta Corte costituzionale d'Austria, che, creata nel 1920 e posta in quiescenza nel 1936, è stata ristabilita nel 1949, e la Corte costituzionale federale tedesca, che, istituita nel 1949 dalla Legge fondamentale, ha iniziato a funzionare nel 1951. Mezzo secolo dopo, si contano una cinquantina di corti costituzionali in Europa; e 34 dei 45 paesi membri del Consiglio d'Europa sono dotati di una giustizia costituzionale.

È evidente che la situazione non è affatto quella che era all'origine. Nell'Europa dell'immediato dopoguerra, quando i ricordi delle atrocità commesse qualche anno prima erano ancora presenti a tutti, la necessità di proteggere i diritti dell'uomo è apparsa come uno degli obiettivi primordiali: ecco perché, dopo la Dichiarazione universale del 1948, la firma della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali è stata percepita come il fondamento di un nuovo ordine giuridico, quanto meno dal versante dei paesi dell'Europa occidentale.

Ma parallelamente, e nel contempo, la giustizia costituzionale – sino a quel momento praticamente inesistente – si è sviluppata secondo ondate successive: dopo essere stata quasi imposta dagli Alleati (soprattutto dagli Americani) nei testi costituzionali tedesco ed italiano, a partire dalla fine degli anni quaranta essa si instaurerà, per altre ragioni, in Francia (in modo fortuito), in Turchia (1961) ed in Jugoslavia (1963). La fine delle dittature nell'Europa meridionale segna l'inizio di una seconda ondata nel corso degli anni settanta, con la creazione dei tribunali costituzionali portoghese (1976/1982) e spa-

gnolo (1978), e con la restaurazione di un tipo originale di giustizia costituzionale in Grecia (1975). Con motivazioni diverse, questo movimento si prolunga con la *Cour d'arbitrage* in Belgio (1983). L'ultima ondata è giunta, dopo la caduta del muro di Berlino, nei paesi dell'Europa centrale ed orientale: preannunciato dalle esperienze polacca ed ungherese, il fenomeno della giustizia costituzionale si sarebbe assai rapidamente esteso, a partire dal 1989, agli Stati ex-satellite e poi a quelli nati dall'esplosione dell'Unione sovietica, negli anni novanta.

3. La situazione del diritto in Europa è dunque completamente cambiata nel volgere di mezzo secolo, soprattutto quando l'estensione della giustizia costituzionale si è accompagnata all'inserimento, nelle nuove costituzioni, di cataloghi di diritti fondamentali sempre più sviluppati e sempre più completi, ciò che avrebbe cambiato completamente le cose, non solo dal punto di vista costituzionale, ma, più in generale, con riguardo all'ordinamento giuridico ed all'ordinamento politico, diffondendo in questi, oltretutto, la problematica e l'ideologia dei diritti fondamentali. È vero tuttavia che questa influenza sull'ordinamento giuridico da parte della problematica dei diritti fondamentali costituzionali non si è prodotta dovunque con la stessa intensità: così, in Francia, essendo stati i suoi effetti più tardivi e la resistenza delle varie discipline giuridiche nettamente più marcata, la situazione che ne è risultata non può essere che parzialmente comparata alle situazioni tedesca, spagnola, italiana o portoghese. Ma, nell'insieme, la dinamica dei diritti fondamentali costituzionali ha fatto grandemente evolvere il diritto dei vari paesi dotati di una giustizia costituzionale che fosse effettivamente in funzione, e le giurisprudenze costituzionali cumulate – la cui ampiezza è oggi considerevole – hanno indotto l'esistenza di un diritto costituzionale transnazionale delle libertà, che è largamente comparabile – in quantità ed in qualità – a quello che deriva dalla CEDU e dalla giurisprudenza della Corte europea.

4. Il problema è che questo diritto transnazionale[2] delle libertà è assai largamente ignorato e che le soluzioni espresse dalle varie giurisprudenze costituzionali non sono praticamente utilizzate da coloro che ne trarrebbero un grande beneficio. In realtà, poiché gli sviluppi paralleli della giustizia costituzionale e della giustizia europea non sono stati coordinati né dominati, ci troviamo ormai in presenza di una concorrenza del diritto transnazionale e del diritto sovranazionale delle libertà, con il secondo che tenta di imporsi sul

[2] Secondo l'espressione di Mauro CAPPELLETTI.

primo. Ciò non può che accrescere il gran disordine che si preannuncia e che sarà accentuato dall'attivazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, come vedremo in seguito.

Sin da ora, è agevole constatare l'indifferenza del diritto europeo relativamente al diritto costituzionale, a ciò inducendo la maniera assai significativa in cui la Corte europea ha interpretato l'articolo 53 della CEDU, passando successivamente dallo *standard* minimo alla sussidiarietà, e poi al «margine nazionale di valutazione».

Dallo standard *minimo alla sussidiarietà, e poi al margine nazionale di valutazione*

5. È una sorpresa – per un non-specialista – il constatare che la nozione di sussidiarietà o di *standard* minimo non ha il significato che si poteva ritenere già stabilito con chiarezza. In effetti, se si consultano le opere di riferimento, la formulazione del principio è perlomeno ambigua.

Gérard Cohen-Jonathan, apparentemente, si esprime senza ambiguità [3]:

> «[…] se si legge bene l'articolo 53 della CEDU [4], si comprende che il ruolo della Convenzione è diretto a determinare, in materia di diritti fondamentali, uno *standard* minimo, che può essere superato ma che non può essere trasgredito. *In altri termini, se è più protettiva per l'individuo, la norma nazionale deve prevalere sulla norma europea*».

Ma, nel seguito della trattazione, appare nitidamente che il giudice nazionale deve normalmente, e non a titolo sussidiario, applicare le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo:

> «In linea generale, il giudice nazionale deve interpretare e deve applicare il diritto interno alla luce della Convenzione: completarlo, dunque, o piegarlo, o addirittura disapplicarlo» (p. 83).

Del pari, Frédéric Sudre [5], dopo aver citato l'affermazione della Corte contenuta nella sentenza *Handyside*, secondo cui «il meccanismo di salva-

---

[3] *Aspects européens des droits fondamentaux*, III ed., p. 82 (corsivo aggiunto, nell'ultima frase).

[4] Il cui testo è il seguente: «Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata come recante pregiudizio o limitazione ai diritti dell'uomo ed alle libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base a leggi di qualunque Stato contraente o ad altri accordi internazionali di cui tale Stato sia parte».

[5] *Droit européen et international des droits de l'homme*, III ed., Puf, Parigi, 2003, p. 196.

guardia instaurato dalla Convenzione riveste un carattere sussidiario in rapporto ai sistemi nazionali di salvaguardia dei diritti dell'uomo» – il che corrisponde a ciò che abbiamo compreso o che abbiamo creduto di comprendere –, aggiunge una seconda frase:

> «Come sul piano procedurale è illustrato dalla regola classica dell'esaurimento delle vie di ricorso interne […], la CEDU affida in primo luogo alle autorità nazionali […] il compito di garantire il godimento dei diritti e delle libertà *che essa consacra*».

Si comprende, allora, che se il principio di sussidiarietà opera un rinvio ai giudici nazionali, tale rinvio è finalizzato all'applicazione della Convenzione europea (e non è volto all'attuazione delle disposizioni nazionali di protezione dei diritti).

Ma l'autore, nella terza frase (che segue), sembra dar corpo alla prima concezione:

> «La Convenzione ha dunque un carattere secondario in rapporto ai diritti nazionali, in quanto le sue norme sostanziali non mirano affatto a sostituirsi alle norme di diritto interno».

6. In realtà, tutto accade come se esistesse (o si rendesse necessaria) una presunzione (generale) di inferiorità delle norme nazionali, ivi incluse quelle costituzionali, in rapporto alle norme europee. La CEDU, per come interpretata dalla Corte europea, si presume che assicuri in linea generale una migliore protezione dei diritti fondamentali rispetto al diritto nazionale, sebbene quest'ultimo, in cinquant'anni, abbia conosciuto progressi considerevoli in questo settore, grazie allo sviluppo – sopra descritto – della giustizia costituzionale che applica cataloghi costituzionali di diritti fondamentali sempre più estesi e perfezionati. La Corte europea e gli interpreti della sua giurisprudenza consacrano – consapevolmente o meno – una sorta di «presunzione di sottosviluppo» normativo e giurisprudenziale dei vari paesi del Consiglio d'Europa. E la cosa più stupefacente è che, lungi dall'urtarsene, i giuristi ed i giudici di questi paesi applaudono, nella maggior parte dei casi, ogni nuovo «passo avanti» della Corte europea, e, talvolta, prevengono addirittura i «progressi» del diritto europeo. Capisca chi può capire [6]!

---

[6] La spiegazione risiede senza dubbio nella circostanza che le giurisdizioni supreme comuni sembrano temere in somma misura la riprovazione suscitata da una condanna della Corte europea.

7. L'illustrazione più mirabile di questo rovesciamento dei dati di partenza consiste nel famoso «margine nazionale di valutazione» concesso alle autorità nazionali.

Esiste, all'inizio, una presunzione di conformità del diritto nazionale alle esigenze dello *standard* minimo, non dovendo la Corte europea intervenire se non in caso di mancato rispetto di questo. Ma, elevando progressivamente il livello dello *standard* minimo, la Corte europea, e le giurisdizioni che l'hanno seguita, hanno finito per non lasciare alle autorità nazionali che un «*margine* di valutazione».

> «Il principio di sussidiarietà fonda la nozione, tutta "pretoria", di margine di valutazione [...]»[7].

Così, dunque, la libertà d'azione delle autorità nazionali è divenuta solo marginale. Il principio originario è rovesciato: si tratta, ormai, di uno *standard massimo* che non lascia che un «margine», vale a dire la «porzione congrua» alle autorità nazionali. Ed è già molto anche che si lasci loro questa «porzione congrua», dal momento che alcuni si chiedono perché conservare questo «margine di valutazione»[8] e preannunciano finanche, in certi casi, un «riassorbimento del suddetto "margine"»[9].

Aggiungeremo che la valutazione nazionale (marginale) non riguarda che l'applicabilità delle norme convenzionali, e non prende in considerazione – secondo quanto emerge dalla giurisprudenza della Corte e dalla sua interpretazione da parte della dottrina – le norme nazionali, segnatamente le norme costituzionali, capaci di assicurare il livello richiesto di protezione. D'altronde, non sembra che si trovi traccia di riferimenti alle norme nazionali, costituzionali o di altro tipo, nelle sentenze della Corte europea.

Si è quindi condotti ad una constatazione paradossale: le esigenze della Corte europea sono molto aumentate dal momento della sua creazione, riducendo proporzionalmente «il margine nazionale di valutazione», proprio quando, nel corso di questi cinquant'anni, i progressi considerevoli della giustizia costituzionale e lo sviluppo dei cataloghi di diritti fondamentali nelle nuove costituzioni sono sfociati in una protezione di questi diritti assai largamente comparabile a quella assicurata dalla Corte europea; di talché, è nel momento in cui gli Stati ne hanno meno bisogno che le esigenze della Corte europea sono più forti!

---

[7] F. SUDRE, *op. cit.*, p. 211.

[8] Cfr. M. DE SALVIA, *Contrôle européen et principe de subsidiarité*, in *Mélanges R. Ryssdal*, 2000, p. 373.

[9] Cfr. J.-F. FLAUSS, in *Dalloz*, 2003, p. 1639, nota 7.

8. Beninteso, lo *standard massimo* non è imposto a tutti gli Stati. Di fatto, esiste un «doppio *standard* giurisprudenziale», come nota uno specialista della CEDU [10]:

> «In apparenza, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è sforzata di salvaguardare il principio dell'uniformità degli *standards* di protezione garantiti dalla CEDU. Nessuna distinzione è operata formalmente tra gli Stati membri "anziani" e le nuove democrazie europee: non esiste, ufficialmente, alcun doppio *standard* giurisprudenziale. Tuttavia, non possiamo dimenticare che la teoria del margine di valutazione offre alla Corte possibilità di modulazione dell'intensità del suo controllo. In altri termini, la Corte può tener conto della storia specifica dei paesi dell'Europa centrale ed orientale per giustificare maggiormente l'ingerenza delle autorità nazionali sull'esercizio dei diritti garantiti dalla Convenzione. Ciò che, del resto, essa non esita a fare (in questo senso, v., in particolare, la sentenza del 30 maggio 1999, *Rekvenyi c/ Ungheria*, ric. n. 25390/94)».

Per chi è stato membro, per cinque anni, della corte costituzionale di un paese dell'Est – la Bosnia-Erzegovina – ed ha applicato, per ciò stesso, non solo la Costituzione scaturita dagli accordi di Dayton, ma anche la CEDU (come previsto da quella Costituzione), è difficile, se non impossibile, non approvare questa affermazione, la cui esattezza non potrà che confermarsi nel futuro. In effetti, è quasi surrealistico vedere la Corte europea preoccuparsi di sapere se il commissario del governo di fronte alle giurisdizioni amministrative deve assistere alla deliberazione in camera di consiglio, prendendo o meno la parola, mentre con le violazioni dei diritti fondamentali in taluni paesi dell'Europa centrale ed orientale ci si situa in un mondo affatto diverso. Solo per darne un esempio tratto dall'ambito dei diritti processuali, se un privato che appartiene ad una certa comunità si presenta di fronte ad un tribunale che ha sede in una certa città bosniaca, egli sa in anticipo che non ha alcuna possibilità di ottenere giustizia per il fatto che i membri di questo tribunale sono collegati ad un'altra comunità. E sarà la stessa cosa in appello, e poi di fronte alla corte suprema dell'ente [11]. Misuriamo la distanza che separa i due casi ed è difficile vedere la Corte di Strasburgo applicare lo stesso *standard* nelle due ipotesi.

Questa differenziazione non farà che accentuarsi in avvenire, con la straordinaria crescita dei ricorsi provenienti dai paesi dell'Europa centrale ed orientale.

---

[10] Cfr. J.-F. FLAUSS, in *Dalloz*, 2003, p. 1639, nota 2.

[11] È noto che sono presenti, in Bosnia, due «enti», la Repubblica serba e la Federazione croato-musulmana.

Quindi, può lo *standard* massimo essere mantenuto, quando, da un lato, i paesi cui esso è applicato sono quelli che hanno un alto livello di protezione nazionale, e senza che, dall'altro lato, sia disconosciuta l'eguaglianza tra gli Stati?

II. La mancata comprensione, da parte della Corte europea, della natura e della missione della giustizia costituzionale

9. Da una decina d'anni, i rapporti tra le corti costituzionali e la Corte europea sono cambiati: in effetti, come se i suoi compiti non fossero sufficienti, la Corte europea ha progressivamente avviato un'opera di controllo dell'attività delle corti costituzionali. Il che è assolutamente criticabile, non solo perché, già sommerso di ricorsi, il giudice europeo non aveva bisogno di questo lavoro in sovrappiù, ma anche perché ciò ignora profondamente la natura della giustizia costituzionale. Bisogna dire, peraltro, che, a quanto ci consta, questa intrusione della Corte europea nelle corti della giustizia costituzionale si è prodotta senza reali difficoltà e senza sollevare proteste: tutto accade come se ognuno applaudisse senza riserve ad ogni «progresso» della protezione dei diritti fondamentali, con i critici che non osano manifestarsi per paura di essere stigmatizzati come contrari alle libertà o anche come antieuropeisti. Quando ciò ha prodotto, nei fatti, la creazione, in un certo numero di casi, di un quinto grado di giurisdizione, nessuno vuol domandarsi dove si arresterà l'*escalation*. Eppure, è ciò che tenteremo di esaminare alla fine.

Che cos'è il modello europeo di giustizia costituzionale

10. Abbiamo proposto, qualche anno fa, la definizione delle corti costituzionali come giurisdizioni create per conoscere specialmente ed esclusivamente delle cause del contenzioso costituzionale, collocate al di fuori dell'apparato giurisdizionale comune ed indipendenti da questo, come dai poteri pubblici [12]. Aggiungeremo che queste corti costituzionali costituiscono un «potere costituzionale» [13], come quarto potere o come controllo dei tre poteri, la cui legittimazione riposa sulle modalità particolari di nomina dei giudici costituzionali e sul ruolo di deviatore (*aiguilleur*) e non di blocco (*verrou*).

---

[12] L. Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, III ed., *Que sais-je?*, Puf, Parigi, 2003, p. 3.

[13] L. Favoreu, *La notion de cour constitutionnelle*, in *Études en l'honneur de J.-F. Aubert*, Helbing e Lichtenham, Basilea e Francoforte, 1996, pp. 15-27.

I loro caratteri principali, appena richiamati, sono sufficienti a mostrare «il carattere irriducibile delle corti costituzionali e l'inanità dell'assimilazione alle altre giurisdizioni»; esse si collocano al di fuori del sistema giurisdizionale comune, a differenza delle corti supreme di tipo americano, ed al di sopra dei tre poteri (legislativo, esecutivo e giurisdizionale), in ordine ai quali esse sono incaricate di verificare il loro rispetto della Costituzione. Solo il potere di revisione costituzionale può, eventualmente, opporsi alle loro decisioni.

11. Le corti costituzionali non sono incaricate di dirimere le controversie tra parti né, tanto meno, di decidere «o delle contestazioni relative ai loro diritti ed obblighi di carattere civile, o della fondatezza di ogni accusa penale …». Le corti costituzionali non sono un quarto grado di giurisdizione dal punto di vista processuale, anche se, attraverso la questione pregiudiziale di costituzionalità (erroneamente denominata «eccezione d'incostituzionalità») o attraverso il ricorso diretto (di tipo tedesco o spagnolo) possono essere messe in causa decisioni della giurisdizione suprema. In effetti, il contenzioso costituzionale è essenzialmente un *contenzioso obiettivo*: ciò è evidente quando il contenzioso è provocato, in maniera astratta, da una autorità politica o pubblica, in via preventiva (come in Francia o in Portogallo) o in via successiva (come in Germania o in Spagna); ma è parimenti appurato quando c'è il rinvio di una questione pregiudiziale di costituzionalità alla Corte costituzionale da parte dei tribunali, in quanto le parti del processo comune non sono ammesse a far valere le loro argomentazioni di fronte al giudice costituzionale e la dichiarazione di incostituzionalità ha effetti *erga omnes*; lo è, infine, anche nei casi più rari in cui gli individui possono ricorrere direttamente alla Corte costituzionale – come in Germania o in Spagna –, poiché, nella misura in cui dal 97 al 98% dei 5.000 o più ricorsi sono eliminati attraverso filtri, è incontestabile che, come di fronte alla Corte suprema degli Stati Uniti, sono obiettivamente le cause che pongono questioni di principio che sono prese in considerazione (senza che, del resto, ciò implichi necessariamente che i ricorrenti ottengano soddisfazione).

12. Le corti costituzionali sono l'ultimo baluardo della sovranità degli Stati.

Il giudice costituzionale è, in effetti, il custode della Costituzione, la quale deve imporsi nell'ordinamento giuridico e politico interno, salvo l'intervento del potere di revisione costituzionale. Per questo, le corti non possono essere controllate dall'esterno, a meno di porsi nel quadro di uno Stato federale europeo, che, sinora, non è stato instaurato e che sembra lungi dall'esserlo, tenuto conto delle disavventure del progetto di «Costituzione europea».

Ed è impossibile sostenere che nel 1950 gli Stati abbiano accettato la sot-

tomissione delle corti costituzionali al controllo della Corte europea, visto che la quasi totalità di esse non esisteva.

Noteremo, d'altra parte, che, con riguardo alla Germania, uno dei paesi dotati, all'epoca, di una Corte costituzionale, il procuratore generale ha evidenziato espressamente, nel caso *Ruiz-Mateos* (nel 1993: v. *infra*), che «l'articolo non vale per le procedure introdotte di fronte a tali giurisdizioni (le corti costituzionali)» e che «la Repubblica federale tedesca l'avrebbe interpretato in tal modo quando ha ratificato la Convenzione».

Malgrado queste proteste, alle quali si sono associati i governi spagnolo e portoghese, la Corte europea ha compiuto il passo nel 1993, nel caso *Ruiz-Mateos*.

L'impropria assimilazione delle corti costituzionali alle giurisdizioni comuni da parte della Corte europea

13. La trasformazione è stata operata con la sentenza *Ruiz-Mateos* del 23 giugno 1993 (che colui al quale rendiamo omaggio oggi ha egli stesso annotato ed approvato [14], ciò che non sarà fatto nel nostro caso). In effetti, sino a quel momento, la Corte si limitava ad un atteggiamento prudente, che era stato adottato in precedenza dalla Commissione: quest'ultima aveva considerato che l'articolo 6-1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non si applicava ad una corte costituzionale [15], dal momento che essa «si occupa solo dei diritti costituzionali», nella misura in cui «risolve le controversie riguardanti la compatibilità con la Costituzione nazionale di atti o provvedimenti adottati dai poteri pubblici nell'esercizio della potestà pubblica» (13 dicembre 1979). La Corte, dal canto suo, aveva respinto una domanda che metteva in causa la Corte costituzionale della Repubblica federale tedesca, per il fatto che la controversia non concerneva diritti ed obblighi di carattere civile (6 maggio 1981, *Buchholz*) e che non si poteva dunque determinare se la durata fosse stata o meno ragionevole. Del resto, era quest'ultima sentenza che il governo spagnolo invocava per opporsi alla ricevibilità del ricorso dei coniugi *Ruiz-Mateos*, i quali si dolevano del mancato rispetto della «ragionevole durata» e del «principio della parità delle armi» da parte del Tribunale costituzionale di Madrid, investito su rinvio di una questione pregiudiziale di costituzionalità avente ad oggetto una legge di espropriazione.

---

[14] Gérard COHEN-JONATHAN, in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 17, 1994, p. 175.

[15] Cit. da F. SUDRE ed altri, *Les grands arrêts de la Cour européenne*, p. 185.

In seno alla Corte, ha avuto luogo un dibattito in ordine al principio stesso della competenza del giudice europeo a statuire su questioni relative ad una corte costituzionale. Di fatto, per quanto la sentenza della Corte fornisca tutti gli elementi [16], si può rimpiangere che essa non si sia fondata su una più accurata documentazione relativamente alla natura ed alle missioni della giustizia costituzionale. È piuttosto paradossale che sia nell'opinione dissenziente del giudice francese (Petiti), approvata dai giudici spagnoli, che troviamo l'argomentazione più corposa, se non la più completa, sulle corti costituzionali.

14. E piuttosto sorprendente vedere che il principio dell'applicabilità dell'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo alle corti costituzionali non abbia posto problemi alla grande maggioranza dei giudici: l'applicabilità della regola della «ragionevole durata» è stata approvata con 22 voti a favore contro 2 (ossia la quasi-unanimità), e quella della parità delle armi con 18 voti favorevoli contro 6.

Sono stati spazzati via, senza una vera motivazione, gli argomenti relativi alla natura particolare ed alla specificità delle corti costituzionali, nonché all'impossibilità di applicare la regola della parità delle armi al contenzioso obiettivo delle questioni pregiudiziali di costituzionalità che non implica la presenza di parti [17].

15. Di fatto, si resta confusi per un certo quale superamento, da parte della Corte, della «linea gialla» per una posta in gioco tutto sommato molto limitata. La famiglia Ruiz-Mateos, a quanto pare molto fortunata, ha ottenuto otto decisioni giurisdizionali (di cui due del Tribunale costituzionale), che hanno respinto le loro richieste. E se ha fatto ricorso alla Corte europea, è stato soltanto a proposito di questioni processuali, in quanto, sul merito, il giudice europeo non poteva statuire in ordine al problema della violazione del diritto di proprietà, visto che il protocollo n. 1, relativo alla protezione dei beni, non era stato ratificato al momento della proposizione del ricorso. Così, dunque, i coniugi Ruiz-Mateos, dopo aver ottenuto otto decisioni giurisdizionali (tra cui quella del Tribunale costituzionale che ha rifiutato di dichia-

---

[16] Ciò che non è del tutto certo, in quanto la Corte menziona le osservazioni dei governi tedesco e portoghese che non sono però esposte.

[17] A meno di snaturare il sistema, come fa notare, in modo molto condivisibile, il giudice Petiti, nella sua opinione dissenziente: «La decisione della causa *Ruiz-Mateos* potrebbe avere come conseguenza indiretta quella di costringere uno Stato a cambiare il suo ordinamento costituzionale o il suo quadro processuale, ciò che non sarebbe, a mio avviso, conforme alla Convenzione europea».

rare la legge di espropriazione contraria alla Costituzione), arrivano a dolersi del mancato rispetto delle regole della ragionevole durata e della parità delle armi, ed invocano la condanna dello Stato spagnolo, per questa duplice ragione, al pagamento di una indennità di duemila miliardi di *pesetas* (dodici miliardi di euro), che la Corte tuttavia negherà loro!

Pertanto, è proprio ragionevole superare la frontiera tra giustizia costituzionale e giustizia europea in occasione di una causa siffatta? Non sarebbe stato più giustificato considerare che lo *standard* minimo era stato raggiunto dal Regno di Spagna, le cui giurisdizioni, e tra queste la più elevata, sono normalmente capaci di rendere serenamente giustizia? Non si è in presenza di un vero e proprio spreco di energie, di tempo e di denaro, senza contare che soltanto i soggetti agiati possono introdurre più di una decina di istanze in dieci anni [18]?

Avremmo potuto pensare che la giurisprudenza *Ruiz-Mateos* avrebbe avuto una portata limitata, tenuto conto non solo delle circostanze in cui essa era intervenuta, ma anche della necessità di avere un certo riguardo per corti concorrenti. Ma, al contrario, essa ha aperto la porta a ciò che la professoressa Laurence Burgorgue Larsen ha, con tanta grazia, definito come la «razionalizzazione» della giustizia costituzionale; e riprenderemo, per quanto ci riguarda, questa definizione.

La «razionalizzazione» della giustizia costituzionale da parte della Corte europea

16. In una sintesi molto interessante e molto entusiastica, la signora Burgorgue ha riassunto per tutti noi ciò che bisogna sapere su questa «razionalizzazione», vale a dire sull'applicazione della convenzione alle corti costituzionali [19].

---

[18] Più in generale, quanto spreco di energie per poca cosa, in molti casi! A tal riguardo, le riflessioni del vicepresidente della Corte europea, Jean-Paul Costa, sono particolarmente edificanti (*Revue universelle des droits de l'homme*, 2002, p. 320): «accade molto spesso che una persona abbia perso in primo grado, in secondo grado ed in cassazione, e che, finalmente, essa non abbia sofferto pregiudizi. Beninteso, si parla sempre di ansia, di sconforto, di angoscia, etc. Tuttavia, ciò che è paradossale è che in questo caso, a qualcuno che ha sempre perso e che non aveva, del resto, alcuna possibilità di vincere, noi accordiamo risarcimenti non trascurabili a titolo di equo indennizzo, mentre, spesso, per alcuni dei vizi procedurali più gravi, noi diciamo che la constatazione del vizio costituisce un equo indennizzo sufficiente. Si è in presenza di un paradosso. Non voglio sostenere la regressione del processo in tutti gli ambiti, ma sono sicuro che abbiamo creato rendite di posizione per alcuni avvocati, segnatamente per quelli italiani, che hanno scoperto che la Corte di Strasburgo era un "*jackpot*", e ritengo che sarebbe forse il momento di rivedere un po' questa situazione».

[19] È il caso di rinviare il lettore al saggio: *L'«autonomie constitutionnelle» aux prises avec la CEDH*, in *Revue belge de droit constitutionnel*, 2001, pp. 31-64.

È così che apprendiamo che ormai la Corte europea è «giudice delle procedure costituzionali», ciò che implica «il controllo sul processo costituzionale» (parità delle armi e ragionevole durata), alla stessa stregua di quello sulle «competenze costituzionali», vale a dire sulle procedure relative alle questioni pregiudiziali di costituzionalità ed ai ricorsi diretti.

In quest'ultimo caso, la Corte ha addirittura accettato di statuire su una decisione di rigetto proveniente da una commissione di tre giudici ed ha dato diritto alla richiesta! Se teniamo conto che, come noto, circa cinquemila ricorsi sono rigettati ogni anno nel corso della selezione preliminare in Germania ed in Spagna, abbiamo un'idea del vasto campo che la Corte europea si è aperta!

La Corte europea è anche «giudice delle decisioni costituzionali»: L. Burgorgue ci mostra così che la Corte rilascia delle «patenti di convenzionalità del diritto costituzionale», convalidando decisioni di corti costituzionali (p. 60, par. 2), ma può altresì, meno frequentemente, operare «accertamenti di non conformità convenzionale», nei confronti, segnatamente, della Corte costituzionale turca, a proposito dello scioglimento dei partiti politici – seppure previsto dalla Costituzione –, e, a quanto pare, della Corte di Russia, a proposito della affiliazione obbligatoria ad una associazione nazionale.

Infine, la Corte europea si è anche posta come «giudice dell'esecuzione delle decisioni costituzionali», a proposito di un caso concernente la Macedonia. Questo apre un vasto campo alla Corte europea e, a titolo personale, sarei molto interessato a sapere ciò che potrebbe fare a questo riguardo in Bosnia.

17. Si assiste dunque ad una vera e propria deriva del controllo della Corte europea, che, in qualche anno, non solo si è aperta nuovi campi di intervento, ma, inoltre, ha messo in cattiva luce il sistema di giustizia costituzionale, il tutto in modo ingiustificato.

Un modo di procedere criticabile

18. Il modo di procedere della Corte europea, quale è stato appena descritto, presta il fianco a critiche sotto molteplici punti di vista, ed appare ingiustificabile.

Innanzi tutto, dal punto di vista della missione che è propria della Corte, ossia assicurare uno *standard* minimo in materia di protezione dei diritti fondamentali, possiamo considerare che ciò debba condurre a creare un quinto grado di giurisdizione: prima istanza, appello, cassazione, Corte costituzionale, Corte europea? È ciò che possiamo ormai dedurre dall'inserimento delle

corti costituzionali nel processo che conduce alla Corte europea; tanto nel caso in cui esse siano adite su rinvio delle giurisdizioni comuni quanto in quello in cui sia proposto un ricorso diretto [20]. Si pone la questione di sapere se questo è necessario per garantire la protezione dei diritti fondamentali: specie quando, negli Stati Uniti, paese che ha costituito l'esempio in questo settore, i soggetti hanno normalmente due gradi di giurisdizione a loro disposizione, essendo, come noto, l'accesso alla Corte suprema pressoché escluso, nella misura in cui la Corte non prende in considerazione che una sessantina di casi ogni anno, sui 7.000 che le vengono presentati. Dobbiamo arguire, dalla comparazione, che le giurisdizioni comuni e costituzionali europee sono molto meno affidabili dei loro omologhi americani e che bisogna raddoppiare, se non addirittura triplicare, le garanzie da questa parte dell'Atlantico?

Si pone anche un'altra questione: la Corte europea non ha abbastanza lavoro, se cerca nuovi settori da coprire? Infine, non è strano, se non assurdo, che i sistemi di giustizia costituzionale che offrono il più ampio accesso agli individui (per esempio, quello tedesco o quello spagnolo) siano, per ciò stesso, i più soggetti ad essere «razionalizzati», secondo l'espressione della signora Burgorgue, dalla Corte europea, mentre il sistema francese sfugge in larga misura a questo esser messi sotto tutela?

In secondo luogo, la Corte europea è in procinto di instaurare un sistema a due gradi di tipo federale, simile a quello che troviamo nella Repubblica federale tedesca: le corti costituzionali al primo livello, la Corte europea al secondo. Ma niente, nella Convenzione europea, autorizza una tale costruzione.

Inoltre, la Corte europea non ha la legittimazione necessaria per controllare l'attività delle corti costituzionali, che, esse sì, hanno una legittimazione [21], segnatamente per statuire sulle scelte fondamentali della società.

Osserveremo in seguito che l'attivismo della Corte europea rischia di attentare all'autorità delle corti costituzionali, in particolare di quelle che si stanno appena affermando. Fare una paternale alla Corte costituzionale ceca, nel caso *Zvolsky* (12 novembre 2002), o alla Corte macedone, al punto di far loro cambiare il modo di funzionamento, non è, forse, il modo migliore per corroborare l'autorità di queste nuove giurisdizioni costituzionali.

---

[20] È noto, in effetti, che la quasi totalità dei ricorsi diretti, in Germania ed in Spagna, hanno ad oggetto decisioni giurisdizionali (e non atti amministrativi o legislativi), rese il più delle volte in ultima istanza.

[21] Rinviamo al nostro saggio contenuto nei *Mélanges Dubouis*, *Les Cours de Strasbourg et de Luxembourg ne sont pas des cours constitutionnelles*.

III. Un riordinamento necessario

19. In occasione della «XII Conferenza delle corti costituzionali europee», che si è tenuta a Bruxelles nel giugno 2002, il tema dei rapporti tra le corti costituzionali e le giurisdizioni comuni è stato affrontato alla presenza del presidente della Corte europea, Wildhaber, il che ha permesso di estendere il dibattito, dando spazio nella discussione alle giurisdizioni europee. Punti di vista diversi, talvolta convergenti, sono stati esposti; ma c'è stato accordo almeno su un punto: un riordinamento è necessario.

In quella occasione, mi sono permesso di suggerire una nuova ripartizione dei ruoli fra le tre categorie di giurisdizioni, a partire dall'idea, semplice, secondo cui i giudici (corti comuni, costituzionali ed europee) non possono fare tutti la stessa cosa, a pena di andare verso un gran disordine, i cui segni annunciatori sono stati rilevati da lungo tempo [22]. Nel 1981, durante il primo convegno internazionale concernente la protezione dei diritti fondamentali da parte delle corti costituzionali, ma anche da parte della Corte di Lussemburgo, ho attirato l'attenzione, nella relazione introduttiva, sul fatto che, aggiungendo agli interventi delle corti costituzionali e della Corte di giustizia, quelli «delle istanze del Consiglio d'Europa, *possiamo domandarci* se, tra qualche anno, potremo raccapezzarci nel groviglio di competenze in materia di protezione dei diritti fondamentali in Europa» [23]. Sono tornato su questo punto sei anni dopo, in occasione del II Congresso mondiale di diritto costituzionale, a Parigi ed a Aix-en-Provence (31 agosto-5 settembre 1987) [24], uno dei temi del quale era proprio questo. Riconosciamo che la eco ottenuta non è stata grande.

La constatazione: il preannunciarsi di un gran disordine

20. È vero che, sedici anni dopo, le cose sono assai considerevolmente cambiate, non solo per il fatto che le strutture della Corte europea sono state modificate, ma anche per l'assai cospicuo aumento dei ricorsi e, per ciò stesso, della giurisprudenza relativa ai diritti fondamentali.

---

[22] Nell'eccellente relazione di sintesi di Paul Martens, giudice della *Cour d'arbitrage* del Belgio, si rintracceranno i punti essenziali della discussione. Abbiamo pubblicato questa relazione «sul giudice costituzionale» in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 53, 2003, pp. 3-17.

[23] *Revue internationale de droit comparé*, aprile-giugno 1981, n. 2; *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica-Puam, 1982.

[24] *La protection juridictionnelle des droits de l'homme (au niveau interne et international)*, in *Le nouveau droit constitutionnel*, A.I.D.C., II Congresso mondiale – 1987, P.I.F., Friburgo, 1991, pp. 171-195.

Parallelamente, il numero delle corti costituzionali è cresciuto bruscamente dopo il 1989 e le decisioni di queste si sono moltiplicate.

Infine, è intervenuta, nel dicembre 2000, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che deve essere integrata nella «Costituzione europea»: anche se quest'ultima non è stata ancora adottata, ed anche se non sappiamo, allo stato, se le disposizioni della suddetta carta avranno valore di diritto positivo, si è già parlato della sua «felice» influenza su questo e del suo «destino favoloso» [25].

In ogni caso, la Corte di giustizia assicura già una protezione dei diritti fondamentali a titolo di «principi generali del diritto comunitario». Inoltre, è posto con regolarità il problema dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU, e la Corte di Strasburgo non esita già più a «giudicare il diritto comunitario», tanto primario che derivato. Reciprocamente, la Corte di giustizia si fa interprete della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Possiamo facilmente prevedere che ci sarà, un giorno, un sesto grado di giurisdizione: dove si arresterà il progresso?

21. Allo stato attuale del diritto, ecco quello che è il «paesaggio giurisdizionale» cinquant'anni dopo la firma della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Le giurisdizioni comuni – in Francia, i due ordini di giurisdizioni; in Italia ed in Spagna, i due ordini di giurisdizioni, amministrative e ordinaria, sotto l'autorità di una giurisdizione suprema; in Germania, i cinque ordini di giurisdizioni, sotto l'autorità di cinque giurisdizioni supreme; etc. – applicano la Costituzione, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed i principi generali del diritto comunitario, e ben presto, senza dubbio, la Carta di Nizza. Le corti costituzionali applicano la loro Costituzione, che contiene un catalogo di diritti fondamentali e, eccezionalmente, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo; la Corte di Lussemburgo applica la sua Carta giurisprudenziale dei diritti fondamentali (in attesa di attuare la Carta di Nizza) e, eventualmente, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo; la Corte europea applica la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, «imponendo» le sue interpretazioni alle giurisdizioni comuni, e addirittura, in alcuni casi, a qualche corte costituzionale, ma non ha una reale «autorità costituzionale» [26] per farlo, visto che essa non può invalidare gli atti statali [27].

---

[25] L. Burgorgue Larsen, *La «force de l'évocation» ou le fabuleux destin de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *Mélanges Pactet*, Dalloz, Parigi, 2003, p. 78.

[26] Cfr. il nostro saggio nei *Mélanges Dubouis*.

[27] È da sottolineare che i tre cataloghi (costituzionale, convenzionale e comunitario) vedono il loro rispetto garantito dalle quattro categorie di giurisdizioni quasi esclusivamente nei

È possibile, per questo fatto, che ci siano molteplici interpretazioni diverse del contenuto di un diritto fondamentale: così, ad esempio, i limiti alla perquisizione degli uffici dei professionisti sono concepiti in modo diverso dal giudice costituzionale francese, dalla Corte di giustizia di Lussemburgo e dalla Corte europea; e, per complicare il tutto, la nostra Corte di cassazione, anziché attenersi all'interpretazione del nostro testo fondamentale data dal *Conseil constitutionnel*, è andata ad interrogare, su questo tema, la Corte di Lussemburgo! In attesa che anche la Corte europea fornisca il suo parere sullo stato del diritto francese. Tutto ciò, quando la soluzione del *Conseil constitutionnel* è la più protettiva delle tre.

Una Corte europea «completamente sopraffatta»

22. Non solo questo groviglio di competenze è sempre più patente e controproducente, ma, inoltre, l'ingombro della Corte europea raggiunge un livello drammatico e, a breve termine, catastrofico.

È ciò che hanno constatato gli specialisti della Corte europea dei diritti dell'uomo in occasione di un convegno svoltosi a Strasburgo il 21 ed il 22 giugno 2002, sul tema «Quale riforma per la Corte europea dei diritti dell'uomo?». In quel convegno, lo stesso presidente della Corte europea, L. Wildhaber, ha lanciato un segnale di emergenza:

> «Constato che siamo totalmente inondati, che siamo totalmente sopraffatti, che siamo sopraffatti nella misura in cui non bisogna minimizzare e si vede che questa tendenza continua ancora. Bisogna riflettere al fine di sapere come preservare l'efficacia della Corte […]».

Ed ha aggiunto:

> «E molto imbarazzante, per noi, di non essere in grado di emanare sentenze ponderate e ben ponderate entro il termine che noi stessi imponiamo agli Stati membri. *Justice delayed is justice denied*. È una verità essenziale, la cui realtà ci cade addosso sempre di più».

Lo stesso presidente della Corte europea ha coraggiosamente posto il problema, come aveva fatto qualche giorno prima a Bruxelles, durante la XII Conferenza delle corti costituzionali (v. *supra*):

---

riguardi degli atti statali. Gli atti comunitari non assai largamente esentati da un controllo circa il loro rispetto dei diritti fondamentali, in quanto la Corte di giustizia ha negato agli individui il potere di rivolgersi ad essa direttamente, la Corte europea non si riconosce il potere di farlo (23 maggio 2002, caso *Segi ed altri*) e la stessa cosa accade per le giurisdizioni comuni. Soltanto la Corte costituzionale tedesca, nella famosa sentenza *Solange*, si è riservata il potere di farlo.

«[…] la finalità principale della Convenzione è quella di fornire un rimedio all'individuo oppure la missione del sistema è più costituzionale, e cioè quella di risolvere questioni, per motivi di ordine pubblico, nell'interesse generale»? [28].

23. Ciò significa che il presidente Wildhaber propone, saggiamente, di riservare alla Corte la risoluzione delle questioni essenziali, come fanno le corti costituzionali, restando inteso, tuttavia, che – come fa giustamente notare la signora Benoît-Rohmer – non può essere questione di conferirle uno «*status* di giudice costituzionale», che essa non può avere, nella misura in cui «la Convenzione resta un accordo internazionale», nonché per molte altre ragioni, concernenti, segnatamente, le modalità di nomina dei giudici [29].

Questo riferimento alle corti costituzionali, e, al di là, alla Corte suprema americana [30], è molto interessante, perché fa emergere che la Corte europea, per sopravvivere ed essere utile, dovrebbe evolvere verso un modo di funzionamento del tipo di quello delle giurisdizioni costituzionali. In effetti, come rispondere alle aspirazioni di 800 milioni di abitanti, quando «30.000 ricorsi sono stati depositati nel 2002 e la previsione di 50.000 nel 2005 non è inverosimile» [31]? A dire il vero, secondo «statistiche e proiezioni» fornite in occasione del convegno di Strasburgo, se il ritmo dell'aumento dei ricorsi provenienti dai paesi dell'Europa centrale ed orientale «dovesse mantenersi, nel corso dei prossimi anni, al 50% ogni anno, arriveremmo, dunque, nel 2010, alla cifra affatto considerevole di più di 290.000 ricorsi ogni anno, e soltanto per i paesi dell'Europa centro-orientale, là dove, nel 2001, ce ne sono stati 7.554» [32].

Malgrado queste cifre e queste previsioni, la maggior parte di coloro che sono intervenuti al convegno di Strasburgo – soprattutto gli accademici – hanno auspicato il mantenimento dell'apertura dell'aula giudiziaria agli individui. Ne restiamo un po' sbalorditi.

---

[28] Le citazioni sono tratte dalla *Revue universelle des droits de l'homme*, *op. cit*., p. 319. In occasione di questo incontro, il presidente aveva, come riporta Martens, «detto della Corte europea che essa deve oggi fare una scelta: o essa diviene una vera e propria corte costituzionale che rende sentenze di principio su questioni sostanziali, oppure essa accetta di lasciarsi sommergere dalle richieste individuali e rischia di non poter [decidere] in un termine ragionevole» (*Revue française de droit constitutionnel*, 2003, p. 6).

[29] F. Benoît-Rohmer, *Il faut sauver le recours individuel …*, in *Dalloz*, 2003, p. 2587.

[30] Cfr. le nostre osservazioni nei *Mélanges Dubouis*, *op. cit.*

[31] Nel corso del convegno di Strasburgo, sono state esaminate le modalità di selezione e di filtro delle cause da parte delle corti costituzionali tedesca e spagnola e da parte della Corte suprema americana.

[32] C. Husson e N. Riou, in *Revue universelle des droits de l'homme*, 2002, p. 259.

In verità, è urgente uscire da questo gran disordine giurisdizionale e normativo, prima che si compia il processo di attivazione della già famosa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Per una redistribuzione dei ruoli tra giurisdizioni comuni, giurisdizioni costituzionali e giurisdizioni europee

24. Varie soluzioni sono state proposte da parte degli specialisti della CEDU, sia accademici sia pratici. Ma queste soluzioni sono prospettate unicamente nel quadro dell'organizzazione di Strasburgo. Ora, bisogna, secondo noi, uscire da questo quadro per pervenire ad una regolamentazione del problema e ad una redistribuzione dei ruoli tra le diverse categorie di giurisdizioni.

Tre tipi di soluzioni sono proposte, essenzialmente, nel solo quadro della CEDU: assicurare un filtro severo dei ricorsi, imitando la Corte suprema americana o le corti costituzionali tedesca e spagnola (questa è l'opinione del presidente della Corte); istituire un sistema di controllo a due livelli, che comporta una struttura ampia al primo livello, corrispondente di fatto alla composizione dell'attuale Corte, ed una struttura, al secondo livello, ridotta ad undici membri, cui sarebbero rinviate le questioni di principio [33]; creare un meccanismo di rinvio di questioni pregiudiziali da parte dei giudici nazionali alla Corte europea, lasciando sussistere il ricorso individuale come «ricorso estremo» [34].

È significativo constatare che gli autori dei vari progetti si riferiscono tutti alla nozione di «giudice costituzionale», di «giurisdizione costituzionale» o anche di «corte costituzionale», che pare loro dover caratterizzare un'alta giurisdizione che trattasse essenzialmente questioni di principio, dimenticando che questa nozione non esiste se non concorrono molte altre caratteristiche, ciò che non si verifica sempre, neanche nei progetti di riforma [35].

25. In ogni caso, la soluzione non può venire che da una riconsiderazione generale dei ruoli rispettivi dell'insieme degli attori (giudici comuni, giudici costituzionali, giudici di Strasburgo, giudici di Lussemburgo), in un'Europa profondamente trasformata, dove si è passati, in cinquant'anni, da una sotto-

---

[33] Cfr. Gérard COHEN-JONATHAN, in *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2003, pp. 1125-1157; v. anche J.-F. FLAUSS, in *Dalloz*, 2003, p. 1641.

[34] Cfr. F. BENOÎT-ROHMER, *Il faut sauver le recours individuel …*, in *Dalloz*, 2003, p. 2584.

[35] Come abbiamo «dimostrato» nei *Mélanges Dubouis*, *op. cit*.

protezione dei diritti fondamentali ad una sovra-protezione di essi, che si è tradotta in un incredibile groviglio o sovrapposizione dei meccanismi di protezione, e ad un accatastamento ed una ridondanza esorbitante dei vari cataloghi di diritti.

Non possiamo qui che tratteggiare quelle che potrebbero essere le grandi linee di un riordinamento generale: la *Tavola rotonda internazionale di giustizia costituzionale*, che si svolgerà ad Aix-en-Provence il 17 ed il 18 settembre 2004, ha preso in considerazione proprio questo tema per il suo ventesimo anniversario, ed una quindicina di gruppi che fanno parte del nostro Gruppo internazionale di ricerche stanno lavorando su questa questione nel 2003-2004.

Le proposte seguenti potrebbero essere avanzate.

Innanzi tutto, la Corte europea dovrebbe tornare allo *standard* minimo ed alla prassi di una vera e propria sussidiarietà: ogni qual volta la protezione nazionale fosse sufficiente, non vi sarebbe luogo di applicare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e le giurisdizioni nazionali non potrebbero vedersi rimproverare, da parte della Corte europea, questa non applicazione. Dovrebbe porsi fine al sistema del doppio *standard* (v. *supra*), in quanto tutti i paesi dovrebbero essere sottoposti allo *standard* minimo, ciò che condurrebbe a trattare essenzialmente (solo) dei casi provenienti dai nuovi Stati aderenti; ma – tenuto conto delle previsioni statistiche – non sarebbe, comunque, questo il compito che attende la Corte? E non ci sarebbe niente di anormale, in quanto, nel corso dei primi cinquant'anni, sono stati i paesi dell'Europa occidentale quelli che hanno ricevuto principalmente, se non esclusivamente, le lezioni della Alta giurisdizione di Strasburgo: è logico che lo sforzo pedagogico si indirizzi, ora, essenzialmente ai paesi dell'Europa centrale ed orientale, specie nel momento in cui, ormai, la metà dei quarantaquattro giudici è originaria di questi paesi.

Inoltre, la Corte dovrebbe rimettere il più frequentemente possibile alle autorità (normative e giurisdizionali) nazionali le questioni, come fa la Corte suprema americana a beneficio degli Stati membri, segnatamente in materia di aborto, o la Corte costituzionale tedesca, a proposito della questione del velo islamico, la cui soluzione è rimessa ai *Länder*. Trattandosi, in particolar modo, di scelte di società, spetta a ciascun sistema nazionale determinare le proprie opzioni, tenuto conto dei dati storici e sociologici propri del paese considerato: la libertà di religione non è concepita nello stesso modo in Grecia e nei paesi scandinavi, o anche nel Regno Unito ed in Irlanda.

Il nuovo sistema potrebbe funzionare sulla base del rinvio di questioni alla Corte europea da parte delle giurisdizioni supreme degli Stati membri (come la Corte di cassazione, il Tribunale supremo, il Consiglio di Stato), restando inteso che, conformemente alle proposte formulate in taluni progetti di rifor-

ma, si tratterebbe di questioni di principio non ancora risolte o la cui soluzione dovesse essere modificata. Il ricorso individuale potrebbe sussistere, dal momento che lo *standard* minimo (inteso in senso stretto: cfr. *supra*), in alcuni paesi, non sarebbe raggiunto, a livello nazionale, e che sarebbero evitate le questioni ripetitive giudicate già più volte.

Dovrebbe porsi fine alla subordinazione delle corti costituzionali nei confronti della Corte europea; ciò per molteplici ragioni: 1°) l'estensione dell'applicazione dell'articolo 6 della CEDU a queste corti è impropria, in quanto le corti costituzionali non possono essere assimilate alle giurisdizioni comuni; 2°) la creazione di un quinto grado di giurisdizione è incontestabile, avuto riguardo all'ingorgo in cui versa la Corte; 3°) la Corte europea non ha legittimazione per controllare Corti che, esse sì, una legittimazione ce l'hanno [36].

Sarebbe, infine, sensata e benvenuta la creazione di una conferenza [37] che riunisse regolarmente (con cadenza annuale?) la Corte europea, le corti costituzionali, ed anche la Corte di giustizia di Lussemburgo, al fine di armonizzare le soluzioni e di regolare i conflitti di competenza.

26. In compenso, alcune proposte formulate in occasione del convegno di Strasburgo – che suggeriscono di cambiare le attribuzioni e le modalità di funzionamento di questa o di quella corte costituzionale – sono, a nostro avviso, scarsamente giustificate: così è per l'auspicio, espresso da Costa, di veder riprendere il progetto Badinter del 1990 (creazione di una questione pregiudiziale di costituzionalità), quando constatiamo che il paese nel quale questo sistema è più sviluppato (l'Italia) è uno di quelli che inviano il maggior numero di cause alla Corte europea; del pari, l'esistenza di un ricorso costituzionale diretto, che taluno propone di generalizzare, non impedisce alla Spagna di avere un numero di ricorsi [alla Corte europea] per milioni di abitanti più elevato di quello della Francia (20,7 contro 19,3, nel 2001) [38]. Di fatto, più sono le possibilità di ricorso, più ricorsi ci sono.

* * *

Gli sforzi instancabilmente spiegati da colui che è stato il pioniere in questo settore tanto hanno portato i loro frutti che oggi il successo è tale da com-

---

[36] Cfr. il nostro saggio nei *Mélanges Dubouis*.

[37] Si è potuto vedere, a Bruxelles, nel giugno 2002, l'abbozzo di un tale coordinamento (cfr. *supra*). V. anche, in analogo senso, con riguardo all'Unione europea, J. Weiler, citato da M.-C. PONTHOREAU, *Le principe de l'indivisibilité des droits*, in *Revue française de droit administratif*, 2003, p. 935, nota 58.

[38] *Revue universelle des droits de l'homme*, 2002, p. 263.

promettere il proseguimento dell'incomparabile impresa che è la Corte europea dei diritti dell'uomo e la perennità della sua ammirevole opera. Sembra che sia giunto il momento di un *aggiornamento* generale, cui devono essere associati tutti gli attori della protezione dei diritti fondamentali, indipendentemente dalle discipline o dai settori di competenza. Con Gérard Cohen-Jonathan abbiamo già dimostrato che una tale collaborazione era possibile. Sta a noi suscitare una riflessione generale, cui devono essere associate le giovani generazioni.

Esperienze che danno vita a comportamenti: costituzionalismo americano ed europeo e controllo di costituzionalità *

di *Marian Ahumada Ruiz*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Stati Uniti: la democratizzazione del costituzionalismo e la sfida della difficoltà «contromaggioritaria» della *judicial review*. – 3. Europa: la costituzionalizzazione della democrazia. La democrazia di giurisdizione costituzionale (*court-centered democracy*). – 4. Costituzionalismo americano e costituzionalismo europeo. Corti costituzionali e diritto costituzionale transnazionale.

1. Premessa

A quegli studiosi nordamericani, per la verità non molti, realmente interessati al costituzionalismo europeo, risulta sorprendente la radicale conversione europea al costituzionalismo democratico forte ed al controllo di costituzionalità. In un certo senso, pare che si sia verificata un'inversione dei ruoli tradizionali. Si potrebbe quasi affermare che gli osservatori nordamericani adottino, rispetto al caso europeo, una posizione del tutto simile a quella assunta nelle prime decadi del XX secolo dai comparatisti europei che guardavano all'esperienza americana. I nordamericani percepiscono come problema la componente fortemente politica della giurisdizione costituzionale in Europa, che del resto qui non dà neppure lontanamente luogo alla polemica alla quale sono così tanto abituati [1]. Avvertono la «sovralegittimazione» delle corti costituzionali e si rendono anche conto di come essa sia tanto più intensa quanto più recenti siano questi tribunali. Un'estesa sfiducia verso i politici

* Traduzione di GIANLUCA FAMIGLIETTI.

[1] Sull'intera questione, M. ROSENFELD, *Constitutional adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, n. 4, 2004, pp. 633-668.

e verso il processo politico potrebbe valere da plausibile spiegazione ad un simile sconcertante fenomeno [2].

La sfiducia verso la politica è certo un dato da tenere in conto, anche se non può costituire l'unica spiegazione. Effettivamente è sorprendente constatare come la «difficoltà contromaggioritaria» non sembri affatto interessare la legittimità delle corti costituzionali europee allo stesso modo dei tribunali americani quando esercitano la *judicial review*. È tuttavia possibile che questo non sia altro che una conseguenza del peculiare legame stabilitosi in Europa tra democrazia costituzionale e giurisdizione costituzionale, un'alleanza assai poco comprensibile dalla prospettiva americana.

La circostanza per cui, storicamente, gli Stati Uniti siano arrivati alla democrazia costituzionale attraverso un processo di *democratizzazione del costituzionalismo*, mentre le democrazie costituzionali europee, formatesi all'indomani della Seconda Guerra Mondiale, siano il prodotto del tentativo di *costituzionalizzazione della democrazia*, provoca una distinta percezione del rapporto tra democrazia e costituzione, ed anche del significato della democrazia, in un caso e nell'altro.

L'ipotesi di lavoro poggia sull'idea che la differente esperienza storica sia responsabile dello sviluppo di due distinte visioni del costituzionalismo democratico in Europa e negli Stati Uniti, che a loro volta determinano differenza di approcci alla giustizia costituzionale. La diffidenza che negli Stati Uniti suscita il carattere «contromaggioritario» della *judicial review*, contrasta con l'attuale e pacifica accettazione in Europa della soluzione della giurisdizione costituzionale come garanzia della democrazia («democrazia di giurisdizione costituzionale»?), ed ancor di più con il marcato protagonismo

---

[2] «La politica era stata screditata dalla Repubblica di Weimar e dal Terzo Reich, e l'antica idea tedesca secondo cui la politica costituiva fondamentalmente un affare sporco ed il diritto un valore pulito riprese vigore ed ottenne conferma … Tuttavia, la concezione tedesca della purezza del diritto sempre segnò la differenza tra il diritto nel suo stato originale e naturale rispetto a ciò che di esso fanno gli avvocati ed i giudici … La (sporca) politica soffriva un deficit di legittimità, laddove il diritto pulito ed il suo rappresentante, il *Bundesverfassungsgericht*, godeva di un "superavit" di legittimità», B. SCHLINK, *German Constitutional Culture in Transition*, in *Cardozo Law Review*, vol. 14, 1993, p. 725. Il discredito della politica è un fatto reale nei Paesi europei post-comunisti, e la situazione non è necessariamente migliorata con la presenza di una corte costituzionale: «Sovralegittimare la corte [costituzionale] significa indebolire l'assemblea [parlamentare] agli occhi della pubblica opinione e contribuire a screditare la nascente idea di rappresentanza tramite elezioni periodiche», S. HOLMES, *Back to the Drawing Board*, in *East European Constitutional Review*, vol. 2, 1993, pp. 21-25. Lo cita W. SADURSKI, *Postcomunist Constitutional Courts in Search of Political Legitimacy* (paper), pp. 9 e 24. Il saggio di Sadurski offre una buona prospettazione del problema (cause e conseguenze) di «non vedere come problema» la legittimazione delle corti costituzionali in generale e nelle «nuove democrazie» in particolare. Al tema parimenti si riferisce ROSENFELD in *op. cit.* nella nota anteriore.

politico delle nuove Corti costituzionali in taluni Paesi del Centro e dell'Est Europa, consentito ed anche incoraggiato, nell'ottica di quella che alcuni considerano come una versione estrema della «democrazia giudizialmente diretta» (*court-centered democracy* o, volendo, *courtocracy*).

2. Stati Uniti: la democratizzazione del costituzionalismo e la sfida della difficoltà «contromaggioritaria» della *judicial review*

Ciò che rende particolare il caso americano risiede nell'ininterrotta vigenza del testo costituzionale, praticamente inalterato, da più di duecento anni. I motivi di questa straordinaria resistenza continuano a costituire oggetto di dibattito, sebbene si concordi nel riconoscere che la condizione storica di «documento fondativo» degli Stati Uniti per la Costituzione americana le abbia conferito uno speciale significato. La Costituzione non è soltanto un simbolo dell'Unione; sin dal principio ha costituito il segno dell'identità nazionale [3]. Il precoce sviluppo del culto verso la Costituzione in questo Paese si spiega meglio tramite l'identificazione tra la nazione americana e la sua Costituzione, piuttosto che attraverso la supposta perfezione ed unanime accettazione del codice costituzionale; assai spesso, l'esaltazione della Costituzione si è confusa con quella della Nazione [4]. D'altra parte risulterebbe dif-

[3] «Difficile è immaginare qualcosa che abbia unito gli Stati Uniti più delle idee politiche della Dichiarazione di Indipendenza e del testo del 1787», W.F. MURPHY, *Constitutions, Constitutionalism, and Democracy*, in D. GREENBERG *et al.* (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Oxford University Press, 1993, p. 9. «A differenza delle costituzioni statali, che esprimevano l'idea della formazione di comunità politiche una volta uscite dallo stato di natura, la Costituzione originaria degli Stati Uniti non conteneva un *bill of rights*, ma solo un breve preambolo che affermava i principî base e le finalità della nazione … i costituenti redassero un documento che rappresentava il patto associativo [*social compact*] di una comunità coesa, ideologicamente omogenea, piuttosto che una specificazione in termini contrattualistici dei poteri, diritti, doveri e responsabilità che legavano le genti diverse che formavano l'Unione americana … i fondatori posero l'accento sulla protezione dei diritti individuali prima ancora che sulla promozione della virtù ed il consenso della comunità», H. BELZ, voce *Constitutionalism*, in KERMIT L. HALL (ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Oxford University Press, 1992.

[4] «La maggior parte dei commenti trionfalistici circa il successo o la bontà della Costituzione non è realistica. Devono essere intesi più come espressione dell'ideologia nazionalista e di sentimenti patriottici piuttosto che come il prodotto della fredda analisi relativa alle istituzioni politiche americane. Simili proclami non fanno riferimento ad un sistema costituzionale fallibile, ma sono l'espressione della identificazione della Costituzione con la nazione. In tal modo, ci si limita a proclamare che la nazione americana è stata un successo, che il popolo

ficile comprendere l'ininterrotta tradizione di venerazione della Costituzione in un Paese che ha attraversato crisi costituzionali profonde, durante le quali parvero evidenti le mancanze e le lacune del disegno costituzionale iniziale e l'irreprimibile ambiguità del testo costituzionale. Per non dir poi di come una simile tradizione di culto verso la Costituzione, in gran parte responsabile dell'inusitada longevità costituzionale, abbia anche aggiunto un ostacolo di natura «psicologica» al già di per sé straordinariamente difficoltoso procedimento di riforma costituzionale [5].

Forse la miglior prova del fatto che il prestigio della Costituzione americana non sia dipeso dall'attitudine della regolamentazione costituzionale alla risoluzione di conflitti e dalla capacità di assicurare la stabilità di governo, risiede nell'evento storico della Guerra Civile. La crisi dell'Unione – la secessione e la cruenta guerra civile – mise in evidenza come lo spirito della Confederazione sopravvivesse sotto la Costituzione federale e come la soluzione al grave problema della schiavitù, eluso dai costituenti, non potesse essere ulteriormente procrastinata. In termini realistici la guerra civile segnò il più lampante fallimento della Costituzione come strumento «per conseguire un'Unione perfetta» e, difatti, «la nazione non venne unificata dal diritto fondamentale, ma dalla forza militare» [6]. La ratifica dei cosiddetti Emendamenti della Ricostruzione, tra i quali l'importantissimo XIV Emendamento, costituì il prezzo da pagare per gli sconfitti Stati del Sud e pochi sono i dub-

---

americano è stato un successo, che la storia americana è stata un successo», S. GRIFFIN, *Constitutionalism in the United States: From Theory to Politics*, in S. LEVINSON (ed.), *Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton University, 1995, p. 59.

[5] «In quanto simbolo di unità nazionale e di stabilità, la Costituzione suscita forti prese di posizione emozionali del tipo 'non toccarla'», H.P. MONAGHAN, *The Constitution of United States and American Constitutional Law*, in E. SMITH (ed.), *Constitutional Justice under Old Constitutions*, Kluwer Law International, 1995, p. 181. «La *rule of law* ha bisogno del rispetto verso la legge per funzionare in modo adeguato, ma il rispetto facilmente si trasforma in deferenza quando la legge in questione è la legge fondamentale della nazione. Questa legge viene vista come uno *standard* normativo ideale che finisce con l'identificarsi con la nazione stessa. Costituisce allora il fuoco di forti sentimenti patriottici. Tali sentimenti impediscono cambiamenti costituzionali anche quando sono necessari, dal momento che proporre mutamenti implica accettare l'idea che l'ordine politico della nazione ed i suoi valori siano seriamente imperfetti. Posto che gli americani non credono che i valori abbracciati dai fondatori e solennemente riaffermati dalle generazioni successive siano imperfetti, si crea un'enorme barriera per una riforma costituzionale razionale. Il *rule-of-law constitutionalism* richiede che la Costituzione sia modificata tramite emendamenti in risposta a mutamenti sostanziali nei doveri e nelle responsabilità del governo, ma questo tipo di cambiamento si rende impossibile per la riverenza che ispira la *rule of law*», S. GRIFFIN, *Constitutionalism in the United States …*, cit., p. 53.

[6] GRIFFIN, *Constitutionalism in the United States …*, cit., p. 49.

bi circa il fatto che, in altre condizioni, tali Emendamenti non sarebbero stati approvati. Ciò che sorprende di più in questa crisi è che nessun appartenente alle due contrapposte fazioni attaccò la Costituzione ed entrambe pretesero di trovare in essa protezione per le rispettive rivendicazioni [7]. Il conflitto riguardò due visioni della Repubblica, così come era stata immaginata dai fondatori, assai differenti e sicuramente inconciliabili. Tuttavia, se alla radice della crisi dell'Unione stette un conflitto tra interpretazioni della Costituzione (vieppiù esacerbato dalla decisione della Corte Suprema su *Dred Scott*), che rese evidente la debolezza del consenso sul quale poggiava l'ordine federale e l'incertezza intorno al tipo di comunità politica che si era «costituito», è pur vero che la guerra non danneggiò la reputazione della Costituzione, ma anzi, in un certo modo, la consolidò [8]. Da allora il tempo, come aveva previsto Madison, ha giocato in favore del prestigio della Costituzione [9]. Ciononostante, l'idea di Jefferson, secondo cui una Costituzione non può essere perpetua ed ogni generazione detiene il diritto originale di decidere in che modo e nel rispetto di quali principî desidera governare, ha conservato tutto il suo vigore.

Secondo alcuni, la permanente resistenza del testo costituzionale è la prova inconfutabile del successo della Costituzione. Secondo altri, questo dato confermerebbe soltanto che l'intento di sottomettere al Diritto l'esercizio del potere, l'ambizione stessa del *rule-of-law constitutionalism*, è in buona misu-

---

[7] I secessionisti pretesero di agire in difesa delle loro libertà costituzionali, invocando i diritti ed i valori tradizionali di fronte alla minaccia rivoluzionaria posta in marcia dal Nord. A difesa dell'ideale (costituzionale) dell'Unione, e per facilitare la conduzione della guerra, Lincoln stabilì una quasi-dittatura, una manovra di dubbia costituzionalità, forzata dall'assenza di previsioni costituzionali sulle situazioni di eccezione. Sulla portata costituzionale della crisi, KELLY, HARBISON, BELZ, *The American Constitution: Its Origins and Development*, Norton, 1983, VI ed., Capp. 15-18.

[8] «La Guerra Civile fu una profonda crisi costituzionale. L'Unione si ruppe nel 1861; tuttavia la Costituzione sopravvisse. Difatti, l'idea di Costituzione non fu mai realmente posta in discussione … La fine della Guerra Civile dimostrò, non che il governo americano fosse stabile e permanente, ma che crisi e cambiamento avrebbero potuto ben installarsi nel vecchio linguaggio dell'unica Costituzione, di tanto in tanto emendata in qualche punto. Sulla carta la Costituzione nel 1900 non era poi molto diversa da come si presentava nel 1800», L.M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, Simon and Schuster, 1985, II ed., p. 342.

[9] «Il pericolo di alterare la tranquillità generale interessando eccessivamente le passioni pubbliche, costituisce una obiezione ancor più seria avverso la pratica di sottoporre frequentemente le questioni costituzionali alla decisione dell'intera società» … «Dal momento che ogni appello al popolo implicitamente comporterebbe l'ammissione dell'esistenza di una qualche falla in seno al governo, la frequenza di tali consultazioni priverebbe il governo, per larga parte, della venerazione che il tempo accorda a tutte le cose e senza la quale è possibile che anche i governi più saggi e liberi posseggano la stabilità necessaria», *Il Federalista*, (Madison), XLIX.

ra fallito. Il documento costituzionale perdura, ma al costo dell'erosione del dato letterale. Il valore simbolico della Costituzione si è esaltato col tempo, mentre si dissolveva il suo potere «regolatore» [10]. Fondamentalmente, è stata la pratica di governo che ha modellato il significato della Costituzione, e non viceversa, e in questo senso, tocca dirlo, il progetto iniziale di separare il «diritto costituzionale» dalla «politica ordinaria», di collocarlo fuori dalla sua portata, si è rivelato, come da taluni era stato auspicato, irrealizzabile [11].

Se si dovesse riassumere il senso dell'evoluzione del sistema costituzionale negli Stati Uniti, potrebbe dirsi che è consistita nel passaggio da un sistema di governo limitato sotto una Costituzione scritta ad un altro di governo attivista ed interventista (in questo senso, «non-limitato») sotto una Costituzione fondamentalmente non scritta. Si può discutere se questa era un'evoluzione inevitabile, particolarmente per quel che si riferisce alla trasformazione del carattere della Costituzione. La logica, se così si può chiamare, del *living constitutionalism* contraddice il progetto del «costituzionalismo scritto» nei termini in cui venne concepito dai fondatori. In questa evoluzione, la Corte Suprema – e in certa misura il potere giudiziario – ha recitato un ruolo tanto importante quanto generatore di polemiche. Il suo strumento d'intervento è stato la *judicial review*.

Negli Stati Uniti, la difesa della *judicial review*, con l'argomento secondo cui contribuirebbe alla democrazia, migliorandola o rafforzandola, è – abbiamo visto – relativamente recente. Abbiamo fatto accenno alle circostanze in cui si produce il «cambio di giustificazione», che fu preceduto dal riconoscimento per cui la *judicial review* in non poche occasioni aveva funzionato da

---

[10] «La 'Costituzione' tende a convertirsi in un simbolo ed i suoi precetti a loro volta in altrettanti simboli. È questa funzione simbolica delle parole ciò che fa della Costituzione una *forza* politica», C.J. FRIEDRICH, *Constitutional Government and Democracy*, Waltham, 1968, IV ed., p. 169 (i corsivi sono dell'Autore).

[11] Nel pieno del processo costituente, tra il 1787 e il 1788, Noah Webster publicò una lunga serie di articoli – «intellettualmente onesti e penetranti», dice Gordon Wood – nei quali poneva in discussione i presunti vantaggi dell'«artificio» costituzionale. (Da Webster deriva la famosa e inquietante riflessione per cui «il mero intento di dar vita a costituzioni *perpetue*, significa attribuirsi un diritto a controllare le opinioni delle generazioni future ed a legiferare per coloro sui quali così poca autorità abbiamo come su una nazione dell'Asia»). Secondo Webster, il governo «acquisisce la sua forma e struttura dal carattere e dalle abitudini del popolo; e se la forma fissata sulla carta non risponde a tali abitudini, acquisterà una nuova forma, malgrado tutte le sanzioni formali della suprema autorità dello Stato»; «a meno che coloro che difendono costituzioni di governo inalterabili possano impedire tutti i cambiamenti nei desideri, inclinazioni, abitudini e circostanze del popolo, gli risulterà difficile, pur con tutte le dichiarazioni di diritti inalterabili, impedire cambi nel governo. Una dichiarazione di carta è una barriera assai debole contro la forza delle abitudini e delle tendenze nazionali». Le citazioni si trovano in G.S. WOOD, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, W.W. Norton & Company, 1993, rist., pp. 376 e 379.

impedimento a che i pubblici poteri dessero risposta a legittime domande popolari. Esercitando la *judicial review*, i giudici si erano eretti ad ostacolo per il corretto funzionamento della democrazia, tuttavia, realisticamente, non può dirsi che avessero tradito la promessa di difendere la Costituzione, almeno nel senso in cui tale giuramento venne inteso inizialmente.

Effettivamente la *judicial review* nacque vincolata al costituzionalismo che, come è noto, non fu in origine un movimento «per» la democrazia. La lotta contro il governo arbitrario, la limitazione del potere, la riserva di zone di immunità per i governati costituirono i lemmi del costituzionalismo [12]. La democrazia è associata ad un altro tipo di rivendicazioni: partecipazione del popolo – direttamente o attraverso rappresentanti – ai compiti di governo, egualitarismo, affermazione del principio maggioritario.

Per la verità il ricorso alla volontà popolare costituì sempre un argomento del costituzionalismo nordamericano per giustificare l'autorità suprema delle costituzioni. Tuttavia, all'epoca della rivoluzione americana, ed anche dopo, era chiaro che ciò che tutto sommato giustificava la distinzione radicale tra la *paramount law*, il diritto più alto che non poteva essere modificato «con mezzi ordinari», e qualunque altro adottato da un'assemblea legislativa, discendeva dall'idea che la Costituzione incorporava ed era espressione di diritto fondamentale (*fundamental law*). Non era, pertanto, la loro collocazione in Costituzione ciò che convertiva determinate regole o principî in fondamentali: si trovavano in Costituzione perché erano fondamentali. Inoltre, accanto a principî venerati ed indiscutibili che si consideravano «diritto naturale», ne apparivano altri imposti dalla «ragion pratica», dichiarativi di verità di teoria politica o di filosofia politica, o convalidati dall'esperienza [13]. Ciò che faceva

---

[12] «[I]l tratto caratteristico più antico, costante e duraturo del vero costituzionalismo continua ad essere, come lo è stato dal principio, la limitazione del governo da parte del diritto. "I limiti costituzionali", se non la parte più importante del nostro costituzionalismo, senza dubbio ne costituiscono la parte più antica», C.H. MCILWAIN, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, (trad. sp. J.J. Solozábal Echavarría), CEC, Madrid, 1991, p. 37.

[13] McIlwain, sottolineando la dipendenza diretta del costituzionalismo americano dalla tradizione inglese, indica che «si potrebbe dire, senza paura di esagerare, che le nostre prime costituzioni americane si limitavano a codificare istituzioni e principî nella realtà osservati già da lungo tempo», *Contitucionalismo antiguo y moderno*, cit., p. 31. Come molti autori si sono preoccupati di porre in risalto, la «scrittura» della Costituzione ebbe come fine quello di attestare, rendere evidente a tutti – o, come disse Marshall, «impedire che vadano dimenticati» – i principî ispiratori della prassi del governo limitato. La circostanza della "approvazione" della Costituzione, non convertiva tali principî in puro diritto positivo, in "*enacted law*": «contrariamente alla errata percezione tanto comune tra i costituzionalisti di oggi, i fondatori americani non credettero che mettendo per iscritto la Costituzione se ne sarebbe alterato il carattere fondamentale», dice L.D. KRAMER, *We the Court*, in *Harvard Law Review*, vol. 115, 2001, pp. 45 e 46.

sì che fossero plasmati nel testo costituzionale era la convinzione che, una volta riuniti in tal modo ed esplicitati, avrebbero permesso di realizzare l'aspirazione di sottomettere a regole l'esercizio del potere [14]. Nella Costituzione di una repubblica libera si esprimevano le finalità ed i propositi definitori della comunità politica e si stabiliva la struttura istituzionale ed i procedimenti al rispetto dei quali in futuro avrebbe dovuto improntare la sua attività il governo. Tuttavia, nella stessa pretesa di «fissare» il diritto fondamentale, codificarlo, e attribuire un contenuto certo e definito agli *standards* con rispetto ai quali misurare la «moralità» e la legittimità del comportamento dei governanti, risiedeva un'irrisolvibile tensione che caratterizzerà il costituzionalismo americano: come espressione di diritto fondamentale, la Costituzione si pretende permanente, almeno nella stessa misura in cui si considerano permanenti i principî che semplicemente «dichiara» e non crea; come «diritto», tuttavia, i precetti costituzionali ricevono considerazione di norme giuridiche con un contenuto determinato, anche se necessitanti interpretazione e, come diritto applicabile, sono esposte allo stesso processo di «trasformazione» sperimentato da altre norme per l'influsso della mutevole realtà sociale che intendono regolare [15].

L'idea che il potere provenga dal popolo e debba esercitarsi a beneficio di esso fu alla base del movimento costituzionale, ma da essa non derivava un'esigenza di partecipazione popolare [16] e, difatti, nella Costituzione federa-

---

[14] Il difetto della Costituzione inglese consisteva, ad avviso degli americani, nel poter essere invocata dai privati dinanzi al comportamento dei pubblici poteri, ed in particolar modo dinanzi al Parlamento (Coke *nonostante*). La ragione di tale imperfezione derivava soprattutto dalla mancanza di «certezza» circa il contenuto della Costituzione. Scrivendo la Costituzione gli americani intesero facilitare la *esigibilità* delle regole costituzionali: «Ciò che la *Costituzione* di un paese *era* o *si supponeva che fosse*, solo poteva dedursi da ciò che il *il governo aveva fatto nel corso del tempo*; da ciò che era stato *consentito* dal popolo, o dalle altre componenti del governo; o da ciò che era stato *contrastato* da chiunque di loro. Quello che il governo, o uno qualunque dei poteri avesse *fatto qualche volta*, si intendeva che desse luogo al *diritto* a farlo *di nuovo* … Tuttavia, tra noi, la Costituzione non è una "cosa ideale, ma un'esistenza reale; può essere presentata in forma visibile": i suoi principî possono verificarsi a partire dalla viva lettera, non soltanto da ragionamenti oscuri o da deduzioni», Giudice Tucker in *Kamper v. Hawkins* (1793), citato in S. SNOWISS, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press, 1990, p. 26 (i corsivi sono nell'originale).

[15] In generale, sulla nozione di Costituzione come «diritto fondamentale *scritto*» e come «diritto supremo», v. H. BELZ, *Written Constitutionalism as the American Project* e *Constitutionalism and the American Founding*, entrambi in *A Living Constitution or Fundamental Law. American Constitutionalism in Historical Perspective*, Rowman & Littlefield, 1998; S. SNOWISS, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, cit.; T.C. GREY, *Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought*, in *Stanford Law Review*, vol. 30, 1978, pp. 843-893.

[16] «Storicamente, [l'espressione sovranità popolare] venne impiegata per descrivere la *fon-*

le americana non vi è menzione alcuna alla sovranità popolare al di fuori dell'espressione «We the People» nel Preambolo [17]. «L'interpretazione diffusa tra la generazione degli storici progressisti [*Progressive historians*] – quella per cui la Costituzione era in un certo senso un documento aristocratico disegnato per arginare gli eccessi democratici della Rivoluzione – mi pare che tuttora offra la prospettiva più adatta per la comprensione della politica e dell'ideologia sottese alla Costituzione», dice Gordon Wood [18].

Negli Stati Uniti, la Costituzione fu il mezzo per «disciplinare» la giovane democrazia, cioè il governo popolare, e, di conseguenza, la *judicial review* si sviluppò inizialmente come un meccanismo per contrastare i temuti «eccessi» democratici [19]. In una prima fase di democrazia molto rudimentale, la *judicial review* potè presentarsi come una garanzia per i governati di fronte all'arbitrarietà, all'abuso, al tradimento dei governanti [20]. Tuttavia, man mano che

---

te dell'autorità politica, non il modo del suo esercizio … Non esisteva alcuna connessione necessaria tra sovranità popolare – che si riferisce alla fonte dell'autorità politica – e la regola della maggioranza», H.P. MONAGHAN, *We the People[s], Original Understanding, and Constitutional Amendment*, in *Columbia Law Review*, vol. 96, 1996, pp. 165-166. Tratta anche della questione della distinzione tra democrazia e sovranità popolare J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999, pp. 255-257.

[17] «La brillante intuizione di Madison fu quella di appropriarsi di una parola [repubblicanesimo] con inequivoche connotazioni populiste per riferirsi ad una struttura di governo che, anche se in ultima istanza basata sul consenso popolare, implicava una seria diminuzione della partecipazione popolare», così I. KRAMNICK, nella sua edizione di *Il Federalista*, 1987 e lo cita H.P. MONAGHAN *We the People[s] …*, cit., pp. 172-173. Nell'originale redazione della Costituzione al «popolo» non veniva riservato niente di più, quanto a possibilità di partecipazione alla politica, del diritto a votare per costituire uno dei poteri della Federazione ogni due anni. Il suffragio, d'altra parte, fortemente ristretto e la possibilità di essere eletti e di ricoprire cariche pubbliche restavano condizionati al possesso di denaro, in maniera tale che tanto la legislazione come la politica in generale, rimanevano di fatto in mano del settore più potente della comunità. Sono molte le testimonianze dell'interesse dei redattori della Costituzione di tenere lontano il popolo ("*populace*", no "*the people*") dalla gestione della cosa pubblica.

[18] *The Creation of the American Republic …*, cit, p. 626.

[19] «La Costituzione federale del 1787 fu in parte una risposta al populismo [*popular social developments*], con l'intento di mitigarne gli effetti mediante una nuova organizzazione istituzionale. La Costituzione, il nuovo governo federale, e lo sviluppo di un potere giudiziario indipendente e la *judicial review* furono certamente pensati per temperare il maggioritarismo popolare, ma nessuna Costituzione, nessuna organizzazione istituzionale, nessuna proibizione giudiziale avrebbe potuto costringere le forze sociali popolari slegate dalla Rivoluzione». «I padri fondatori erano inquieti ed avevano paura non perché la Rivoluzione americana avesse fallito ma perché aveva trionfato, e lo aveva fatto semplicemente troppo bene», G.S. WOOD, *The Radicalism of the American Revolution*, Vintage Books, 1991, pp. 230 e 368.

[20] Su tale concezione influirono, come chiaramente può apprezzarsi in Hamilton (*Il Federalista*, LXXVIII), da un lato la visione dei tribunali «come un corpo intermedio tra il popolo e le leggi» e dall'altro la caratterizzazione della Costituzione come un «contratto», più concretamente, come il documento in cui si fissano i termini della delegazione o «conferimento

i meccanismi della democrazia andavano perfezionandosi e progressivamente si affermavano le basi dell'idea secondo cui i governanti effettivamente rappresentano gli interessi degli elettori dinanzi ai quali rispondono [*accountability*], tale giustificazione iniziò a perdere fascino [21] a tutto vantaggio di un'altra: la *judicial review* cominciò a considerarsi d'altro modo, come «la difesa del popolo contro se stesso», dando luogo ad una visione paternalistica della funzione dei tribunali, che vigilano sul comportamento dei politici e dei loro elettori, che in un certo senso dura ancora oggi [22]. Dal punto di vista della democrazia, la *judicial review* – come la Costituzione – venne vista come una limitazione della volontà popolare. Nessuna sorpresa. Come già detto, sostenere che la *judicial review* è «non democratica» significa confondere il problema, alla fin fine «la Corte [Suprema] è parte della Costituzione, nella quale all'inizio abbondavano tratti non democratici [*undemocratic*]» [23].

---

della procura». Hamilton, d'accordo con la visione più antica della *judicial review* inglese, considera che le «usurpazioni legislative» siano semplicemente atti *ultra vires* che, come tali, possono essere dichiarati nulli solo dai tribunali.

[21] Un cambiamento sostanziale si verifica negli anni dal 1830 al 1840. Di fatto, insistere sulla «supremazia del popolo sui tribunali» fu uno degli *slogans* della «Jacksonian democracy». L'estensione del suffragio, un enorme incremento nella partecipazione e lo sviluppo della politica dei partiti resero gli organi politici più democratici e ricettivi (*responsive*) di quanto non lo fossero mai stati. Sul periodo, v. ad es., L. KRAMER, *We the Court*, cit., pp. 110-113.

[22] Riguardo a tale questione si veda il saggio molto interessante di W.E. NELSON *Changing Conceptions of Judicial Review: The Evolution of Constitutional Theory in the States, 1790-1860*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol.120, 1972. «Via via che il sistema divenne più democratico, la minaccia del tradimento del legislatore si fece più remota … I tribunali non potevano continuare a concepire il controllo di costituzionalità come il contrasto della legge con un precetto costituzionale immutabile, una comparazione che non avrebbe implicato né esercizio della discrezionalità legislativa né opposizione alla volontà popolare. Così i giudici riconobbero che la maggior parte delle prescrizioni costituzionali era vaga e flessibile e che quando la interpretavano per dichiarare l'incostituzionalità delle leggi, spesso lo facevano per promuovere dottrine politiche, sociali o economiche da essi appoggiate, ma che tuttavia il popolo aveva respinto nel più democratico procedimento legislativo. Ovviamente questo nuovo contesto rese più complicata la giustificazione della *judicial review*, giacché evidenziò le tendenze antidemocratiche della dottrina. Il nuovo panorama spinse molti a proporre l'abbandono della dottrina o ad articolare altre giustificazioni per affermarne il valore malgrado la sua natura antidemocratica» (pp.1180-1181). Nelson rintraccia nella seconda metà del secolo XIX antecedenti di quello che alla fine servirà da principale giustificazione del controllo di costituzionalità in un contesto democratico: la difesa dei diritti degli individui e delle minoranze più deboli.

Le basi della moderna *judicial review* vengono poste con la dottrina del *due process* sostantivo, che consentirà di controllare la costituzionalità di leggi e politiche pubbliche a partire dalla nozione secondo cui la Costituzione stabilisce un canone di «ragionevolezza» e, implicitamente, impone un'esidenza di «giustificazione sufficiente» per qualsivoglia comportamento dei pubblici poteri.

[23] R. POSNER, *Against Constitutional Theory*, in *New York University Law Review*, vol. 73, 1998, p. 6. R. DAHL, in un recente e brillante saggio – *How Democratic is the American Con-*

Lo sviluppo della democrazia negli Stati Uniti fu il risultato di un processo storico che non avvenne dietro l'impulso della Costituzione. Ed anche se non sarebbe corretto affermare che si produsse «contro» la Costituzione, può tuttavia dirsi che a tratti avanzò «malgrado» la stessa e, in buona misura, al margine di essa. Difatti, alla fine sarebbe stata la Costituzione ad essere trascinata dalla sua forza, ogni volta che il processo avesse finito per provocare un forzoso e sostanziale mutamento non solo nell'interpretazione costituzionale, ma anche, e più profondamente, nella concezione della stessa [24].

Semmai la trasformazione ebbe riflessi sul cambiamento del testo costituzionale: pare molto significativo che la maggior parte degli emendamenti alla Costituzione americana originale – pertanto escludendo quelli del *Bill of Rigths* originale che, come già molte volte detto, non costituiscono propriamente emendamenti, bensì formano parte della Costituzione originaria – abbiano avuto ad oggetto il riconoscimento di diritti connessi alla partecipazione ed all'uguaglianza, collegati pertanto alle regole della democrazia [25]. In

---

stitution?, Yale University Press, 2001 – pone l'accento sugli elementi antidemocratici della Costituzione americana originale e sul costoso processo, tuttora in corso, del suo sradicamento.

[24] Il processo, secondo quanto suggerisce Dahl, prende avvio immediatamente: «Se è vero che alcuni dei costituenti erano più orientati verso l'idea di una repubblica aristocratica piuttosto che democratica, prontamente scoprirono che sotto la guida, tra gli altri, di James Madison, gli americani si sarebbero presto imbarcati nella creazione di una repubblica più democratica, e così iniziarono quasi subito a modificare il sistema costituzionale creato dai costituenti», *How Democratic is the American Constitution?*, cit., p. 6.

Il sistema posto in piedi dalla Costituzione federale, ciononostante, non risultò seriamente messo in discussione fintantoché il governo centrale non ebbe ad affrontare grandi impegni e, praticamente, questa fu la situazione alla fine del secolo XIX. Prima di questo periodo e fino a quando non venne costituita un'autentica burocrazia federale, elemento cardine dello Stato interventista [*regulatory State*], la gestione degli affari pubblici era dipesa fondamentalmente dagli Stati. Per molto tempo, il rapporto dei cittadini con l'amministrazione centrale pare essere stato ridotto a poco più del contatto con il postino. Frattanto, erano gli Stati ad esercitare la supervisione, costruivano e sovvenzionavano le infrastrutture dei trasporti, fissavano politiche monetarie e bancarie, stabilivano il limite legale per lo sviluppo e la promozione dell'attività commerciale, tipizzavano e punivano i reati, alleviavano la povertà e determinavano in ogni territorio la portata della libertà di coscienza e di religione. Si veda GRIFFIN, *Constitutionalism in the United States …*, cit., p. 45.

[25] Tale estremo è stato posto bene in evidenza da ELY, che nel suo *Democracy and Distrust,* Harvard University Press, 1980, lo impiega come argomento a sostegno della sua posizione secondo la quale la Costituzione americana effettivamente vigente si occupa, soprattutto, delle regole procedimentali della democrazia, e da tale prospettiva deve essere interpretata (spec. pp. 98-101). È sintomatico come a partire dai cosiddetti «Emendamenti della Ricostruzione», quelli che furono introdotti a conclusione della Guerra Civile, il Congresso federale risulti espressamente incaricato di rendere effettivi i «nuovi diritti» conquistati dai cittadini; una clausola, quella del «*power to enforce*», che anche se successivamente – una volta incorporata negli emendamenti introdotti nel secolo XX – è stata letta in altro modo [in questo senso, si

ogni caso, i mutamenti al testo non danno di per sé soli la misura dell'entità del cambiamento operato; come hanno posto in rilievo Ackerman ed altri, i «momenti» del cambiamento costituzionale nella maggior parte delle occasioni non hanno lasciato segni visibili nel testo della Costituzione [26]. Riguardo al processo afferma Dahl,

> «[Gli] aspetti non democratici che più o meno deliberatamente furono incorporati nella Costituzione, sovrastimarono i pericoli delle maggioranze popolari – maggioranze popolari americane, in ogni caso – e sottovalutarono la forza del crescente compromesso democratico tra gli americani. Come conseguenza, per adattare meglio il disegno originale alle domande dell'emergente repubblica democratica, taluni di questi aspetti della Costituzione originaria furono alterati col passar del tempo, a volte mediante emendamenti, altre tramite nuove istituzioni e nuove prassi» [27].

La constatazione secondo la quale la Costituzione non conservi lo stesso significato nel corso del tempo, implica una seria sfida per la teoria della Costituzione «scritta» – vincolante nei suoi termini [28], immodificabile attra-

---

veda l'interessante pronuncia della Corte Suprema nel caso *City of Boerne v. Flores,* 521 U.S. (1997)], lasciò trasparire in un primo momento la sfiducia nei confronti del potere giudiziario e, concretamente, nei confronti della Corte Suprema come garante di tali diritti «democratici». Secondo A. GRIMES, «ventuno [degli attuali ventisette] emendamenti può dirsi che siano diretti all'affermazione del principio dei diritti democratici o dei processi democratici», *Democracy and the Amendments to the Constitution*, Lexington Books, 1978, p. 166. Secondo Monaghan, l'aspirazione ad una migliore realizzazione dell'«uguaglianza» rappresenta ciò che storicamente ha segnato l'esercizio del potere emendativo, MONAGHAN, *The Constitution of the United States and American Constitutional Law*, cit., p. 180, n. 23. RAWLS, da parte sua, ritiene che gli emendamenti più significativi siano serviti per armonizzare i valori costituzionali basici con le mutevoli circostanze politiche e sociali, così come anche per far entrare in Costituzione una concezione più ampia ed inclusiva di tali valori, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1996, pp. 238-239.

[26] D.A. STRAUSS, *The Irrelevance of Constitutional Amendments*, in *Harvard Law Review*, vol. 114, 2001, pp. 1457-1505 segnala come non è soltanto che la maggior parte dei mutamenti costituzionali non sia stata introdotta attraverso un processo formale emendativo, ma che, in molti casi, gli emendamenti non abbiano fatto altro che riconoscere cambiamenti già prodottisi. Come ha messo in evidenza Ackerman, e sul punto vi è accordo, si individuano come momenti critici del cambiamento costituzionale, il periodo fondativo, la Ricostruzione ed il *New Deal* (altri aggiungono quello della «rivoluzione dei diritti» [*rights revolution*] che ha luogo nella seconda metà del secolo venti). Il punto su cui l'accordo è minore è la caratterizzazione di tali «momenti» come periodi costituenti, non semplici picchi in un'evoluzione più o meno «naturale», ed il corrispondente ruolo della Corte Suprema nella legittimazione del cambiamento, secondo la tesi che ACKERMAN ha esposto in diversi scritti e sviluppato in *We the People: Foundations*, Harvard University Press, 1991 e *We the People: Transformations*, Harvard University Press, 1998.

[27] R. DAHL, *How Democratic is the American Constitution*, cit., p. 39.

[28] «La Costituzione è un documento scritto. Come tale il suo significato non cambia. Ciò

verso strumenti diversi dal procedimento emendativo – che è anche la teoria della Costituzione prescrittiva, della Costituzione come superlegge. Il suo carattere di *living constitution* nulla spiega, dal momento che con tale espressione soltanto si allude al fenomeno, non alle sue cause né alle sue conseguenze. Le molteplici e variegate teorie sperimentate per razionalizzare l'accaduto – e, occasionalmente, per biasimarlo – concordano nel riconoscere che, per lo meno nel caso della Costituzione americana, il dato storico sia una componente dell'analisi normativa della Costituzione. La sfida che queste teorie si pongono di realizzare, cioè essenzialmente di «dimostrare» che nel sistema di governo americano la supremazia della Costituzione è una costante, non è mai stata in dubbio, anche se si può discutere – e difatti questo è il nocciolo della questione – in cosa consista il dovere di fedeltà alla Costituzione [29]. Si tratta, in definitiva, della complicata impresa di (ri)costrui-

---

che significava quando venne adottato, significa tuttora», *Justice Brewer en South Carolina v. United States* [199 U.S. (1905) p. 437 ss.], p. 448.

[29] «*Fidelity in Constitutional Theory*» fu il tema di un convegno organizzato nel 1997 (le relazioni sono nel vol. 65 della *Fordham Law Review*, p. 1335 ss.). Nel dibattito americano attuale, la risposta al problema della «fedeltà alla Costituzione» pare una volta per tutte condizionata da posizioni ideologiche. La posizione conservatrice tende ad identificare la «fedeltà costituzionale» con l'adesione al testo costituzionale, che viene trattato come un codice, con regole più o meno specifiche, ma, in ogni caso, suscettibili di interpretazione «giuridica» oggettiva. In termini molto generali questo è ciò che difende il «testualismo». Il testualismo è una forma peculiare di originalismo, che si distingue dalla corrente dell'«*original intent*» nel non considerare rilevante agli effetti dell'interpretazione «l'intenzione» presunta dei redattori della Costituzione. In questo senso, si è presentato come una sorta di «positivismo costituzionale». Una corrente intermedia è invece quella che, incentrandosi sul testo, considera che il suo significato debba inevitabilmente ricollegarsi a quello che gli attribuirono gli autori e coloro che ratificarono la Costituzione. La posizione liberale, di contro, parte da una nozione di ciò che implica la «fedeltà alla Costituzione» molto diversa. Secondo l'influente opinione di Dworkin, ad esempio, la Costituzione, pur avendo storia, non possiede un significato «storico» (*historical meaning*), bensì ha sempre un significato «attuale» (*current meaning*) e deve essere interpretata a partire dal presente. Ciò non significa disconoscere l'importanza del testo e la struttura della Costituzione e della prassi costituzionale anteriore. Tutti questi elementi giocano un ruolo all'ora di leggere la Costituzione, senza però alterare il suo carattere essenziale di «carta di principî». Essere fedele alla Costituzione vuol dire essere fedele a quei principî morali e politici, necessariamente astratti, ampiamente condivisi, che guidarono i redattori della Costituzione quando la scrissero; tuttavia essere fedele non richiede inevitabilmente di far proprie le loro opinioni relativamente a quale sia la miglior maniera per realizzare le aspettative costituzionali, nè la loro posizione su come dovrebbe applicarsi la Costituzione in circostanze che essi non poterono prevedere.

Per una descrizione ed un'analisi contestuale delle diverse correnti dottrinali contrapposte, si veda BELZ, *The Originalist Challenge to the Living Constitution*, nel suo *A Living Constitution or Fundamental Law?*, cit., pp. 221-272. Secondo Belz, la polemica dottrinale fa trasparire una situazione di crisi nella teoria del diritto costituzionale americano contemporaneo dovuta all'incertezza circa la natura della Costituzione americana, che costringe a ripensare le basi stesse su cui poggia la legittimità del governo attuale.

re una «tradizione costituzionale» coerente, che spieghi in maniera soddisfacente il rapporto tra l'attuale Costituzione e la carta del 1787 [30].

Ho appena indicato come le alterazioni nel significato della Costituzione, irrimediabilmente, pongano in pericolo la concezione della Costituzione come *norma* che sta alla base del *rule-of-law constitutionalism*. Tuttavia, dal punto di vista del principio democratico, è possibile interpretare tali cambiamenti come manifestazione e risultato della pratica di autogoverno che la Costituzione rese possibile sin dall'inizio. L'elemento interessante del caso americano sta nel fatto che anche quando si riconosce che molti di questi cambiamenti suppongono una chiara deviazione dall'originario disegno [*original design*], dalla originale *ratio* [*original understanding*], o dell'intenzione [*original intent*] dei fondatori e che, per la gran parte, non sono stati introdotti seguendo un processo formale di emendamento, ciononostante si ritiene che abbiano snaturato la Costituzione. Anche se molti di essi non potrebbero applicarsi come il prodotto dell'evoluzione «naturale», o della crescita [*growth*] e del graduale adattamento della Costituzione, risultano tuttavia accettabili perché possono essere visti come l'impronta che le generazioni successive a quella costituente hanno lasciato nella Costituzione, facendola così propria, attraverso quello che ha volte si è descritto come un processo di *reauthoring*. Nel folclore costituzionale americano i *founding fathers* sono rappresentati come uomini ispirati divinamente, architetti di un ordine destinato a durare secoli e del quale gli americani di oggi possono sentirsi eredi orgogliosi; contrariamente, in occasione delle celebrazioni per il bicentenario della Costituzione, Thurgood Marshall, il primo giudice di razza nera della Corte Suprema, senza esitazione affermò che la Costituzione pensata dai fondatori «fu imperfetta sin dal principio e furono necessari vari emendamenti, una guerra civile, ed una radicale trasformazione sociale per giungere all'attuale sistema di governo costituzionale» [31].

Per quasi tutti è più facile accettare l'autorità della Costituzione modificata che l'autorità giuridica del testo originario. Evidentemente, questo rende inappropriata la definizione della Costituzione come norma che vincola fintantoché non viene emendata, che deriva la sua legittimità dallo speciale processo di adozione e dall'atto formale di ratifica iniziale [32]. Tra le varie propo-

---

[30] «Quando gli americani di oggi si riferiscono "alla Costituzione" invocano un concetto che è enormemente differente da quello che i fondatori, duecento anni prima, appena cominciavano a costruire», TH. MARSHALL, *Reflections on the Bicentennial of the United States Constitution*, in *Harvard Law Review*, vol. 101, 1987, p. 2.

[31] TH. MARSHALL, *loc. cit.* nella nota precedente.

[32] «Che il popolo abbia un diritto originario a stabilire, per il suo governo futuro, i princìpî che, a suo avviso, meglio lo conducano alla felicità costituisce la base su cui è stata eretta

ste avanzate per una nuova definizione più rispondente alla realtà [33], probabilmente quella che descrive la Costituzione come «pratica istituzionale con un testo come referente» – *a text-based institutional practice* – coglie meglio il carattere misto della Costituzione come norma (aspetto prescrittivo) e come espressione del costituzionalismo (aspetto descrittivo) [34].

---

la fabbrica americana. L'esercizio di questo diritto originale rappresenta un grande evento, che non può, nè deve, essere frequentemente ripetuto. Pertanto, i principî così stabiliti sono considerati fondamentali, e perché l'autorità dalla quale derivano è suprema e raramente può agire, sono destinati ad essere permanenti», *Marbury v. Madison*, Cranch 1, p. 176.

«Fino a quando il popolo non avrà annullato o cambiato la forma stabilita, per mezzo di un atto solenne e legalmente autorizzato, continuerà ad esservi obbligato tanto individualmente che collettivamente; e nessuna supposizione riguardo ai suoi sentimenti, come neanche la prova della loro conoscenza, può autorizzare i suoi rappresentanti a discostarsi da detta forma prima dell'atto che abbiamo indicato», *Il Federalista*, LXXVIII (Hamilton).

[33] Che comunemente partono dalla premessa che «la Costituzione» non si riduce al testo costituzionale, e a partire da qui suggeriscono di distinguere tra la Costituzione «scritta» e quella «non scritta»; la Costituzione «legale» (o giuridica) e quella «politica» (o «civica»); la Costituzione *thin* (i componenti sostantivi, quelli ai quali Lincoln si riferì nella famosa metafora della *apple of gold*) e *thick* (quelli di carattere strutturale – nelle parole di Lincoln, *the picture of silver*); il diritto della Costituzione (*the Law of the Constitution*) e il diritto costituzionale (*Constitutional Law*); il testo della Costituzione, la sua glossa giurisprudenziale (*constitutional common law*) e le prassi o convenzioni politico-costituzionali, etc.

[34] La descrizione venne proposta in un importante articolo di S.R. MUNZER e J.W. NICKEL, *Does the Constitution Mean What Always Meant?*, in *Columbia Law Review*, vol. 77, 1977, pp. 1029-1062. La pretesa degli autori era quella di dar vita ad una definizione che superasse le carenze delle altre teorie sulla nozione di Costituzione e di mutamento costituzionale. In concreto, essi sfidavano tanto la classica «impostazione storica» incentrata sulla Costituzione scritta, come anche la teoria della Costituzione come istituzione – secondo la costruzione che suggerisce Llewellyn, o secondo quella di Miller – o la teoria di Dworkin della Costituzione che basa il suo contenuto sostantivo su determinati «concetti» (*contested concepts*), senza tuttavia esigere l'adesione perpetua ad una precisa «concezione» degli stessi. Intesa la Costituzione, secondo quanto essi propongono, come una prassi con un testo come referente – *a text-based institutional practice* – Munzer e Nickel spiegano attraverso quali processi ed a quali condizioni gli interpreti autorizzati della Costituzione, non soltanto i giudici, possono creare entro certi limiti nuove norme costituzionali. Oltre a fornire una spiegazione convincente del processo di trasformazione effettivamente sperimentato dalla Costituzione americana al margine del procedimento formale emendativo, l'aspetto più interessante della proposta sta nell'intento di fare delle «funzioni» della Costituzione la chiave per determinare quando sia opportuno – e, in questa misura, legittimo – il cambiamento costituzionale e chi possa farsene carico. Anche se la costruzione si presenta come un superamento della teoria pura della Costituzione come istituzione, chiaramente è per larga parte ad essa ispirata. Ciò che gli autori enfatizzano è il modo con cui il testo della Costituzione influisca e condizioni la prassi di governo, e permetta che certi comportamenti siano osteggiati come «incostituzionali». In ogni caso, nuovamente si tratta di un'approssimazione ad un concetto di Costituzione assai simile a quello inglese, come riconosce Griffin, che dà per buona la definizione della Costituzione come *text-based institutional practice*, perché espressiva della peculiare interazione tra diritto e politica, che agisce come motore del cambiamento costituzionale, *Constitutionalism in the United States* …, cit., pp. 38 ss.

Durante il primo secolo di vigenza della Costituzione federale, la *judicial review* non costituì una competenza seriamente posta in discussione. Ciò non significa però che vi fosse pieno accordo circa il suo fondamento, portata e condizioni di esercizio, ma, semplicemente, che si accettava l'idea che i tribunali potessero ignorare «in certi casi» le leggi del Congresso, nel rispetto del loro vincolo più forte verso il diritto più alto della Costituzione. Evidentemente l'esercizio del potere di *judicial review* non fu oggetto di molte polemiche mentre il suo impiego fu eccezionale, così fino a dopo la Guerra Civile. Nel momento in cui comincia a farsene un uso abituale e si rendono evidenti le implicazioni politiche – i tribunali sempre meno timidamente ricorrono alla clausola del *due process* per pronunciarsi su *legislative righteousness* – prende avvio il dibattito dottrinale sulla legittimità della *judicial review*.

Al principio – nelle decadi conclusive del secolo XIX – il dibattito si limita all'autorità dell'interpretazione giudiziale della Costituzione ed alle basi costituzionali su cui riposa la competenza giudiziale a dichiarare nulle le leggi contrarie a Costituzione [35]. Il risultato di questo primo dibattito è interessante e di doppio segno. Se da un lato stimola studi «storici» diretti a dimostrare che nell'intenzione dei fondatori c'era la volontà di attribuire ai giudici la competenza del controllo di costituzionalità – studi che a loro volta propiziano la glorificazione della Corte Marshall e danno avvio alla conversione della *Marbury* nel «gran precedente» – dall'altro lato, è sulla scia di tale dibattito che inizia a porsi in discussione la filosofía costituzionale del «governo limitato», dogma centrale del costituzionalismo classico ed anche sostrato ideologico della *judicial review* [36].

Nel dibattito che segue durante i primi trent'anni del XX secolo, la principale questione di fondo non è più quella dell'azione della Corte Suprema che ostacola l'attività di un governo nazionale sempre più interventista, ma quella se il «governo limitato», così come si era inteso fino ad allora, poteva

---

[35] Di questo periodo è l'eccezionale saggio di J.B. THAYER, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, vol. 7, 1893, pp. 129-156.

[36] «Il 'governo limitato' e, più precisamente, la paura dell'usurpazione del legislatore, costituirono il comune vincolo di unificazione della discussione politica della fine del secolo XVIII intorno al significato di concetti tanto diversi tra loro come quelli di Costituzione scritta, diritto fondamentale, contratto sociale, separazione dei poteri e federalismo», H.P. MONAGHAN, Marbury *and the Administrative State*, in *Columbia Law Review*, vol. 83, 1983, p. 32. La giustificazione della *judicial review* come strumento per rendere effettive le limitazioni costituzionali, per il proposito del «governo limitato», è luogo comune nella giurisprudenza nordamericana a conclusione del secolo XIX.

Nell'articolo citato nella nota anteriore, Thayer concludeva che «il controllo ed il ritaglio del potere legislativo, tramite numerose proibizioni specificate in Costituzione, non possono ottenersi senza che come contropartita il governo venga considerato insignificante ed incompetente. Tale processo è ormai giunto troppo lontano in alcuni nostri Stati», *op. cit.*, p. 156.

continuare ad intendersi un ideale di buon governo per una società chiamata alle sfide dell'industrializzazione, della crescita delle città, dell'intensificarsi dell'immigrazione e continuamente minacciata da imprevedibili crisi economiche. La polemica su «attivismo» e «self-restraint», originariamente, solo di riflesso si riferisce ai limiti della competenza giudiziale di controllo; ciò che era in discussione era se il governo e, più specificatamente, *il governo nazionale*, doveva assumere un atteggiamento attivista o invece essere contenuto entro uno scenario sociale che poco o nulla aveva a che vedere con quello precedente alla guerra, dinanzi a conflitti e problemi radicalmente nuovi [37].

La denuncia della Costituzione come «documento reazionario», un «ostacolo per la democrazia», si generalizza e acquista forza nel corso dei primi decenni del ventesimo secolo, quando l'idea ancora embrionale, ma già con una carica di modernità, della richiesta di un «governo democratico» si afferma [38]. Allora, la distanza tra la vecchia concezione, che ispirò la Costituzione, del governo costituzionale come governo limitato – un regime che rispetta e protegge la libera iniziativa individuale, ma prima ancora la sicurezza e, pertanto, lo *status quo* – e l'ideale democratico con le sue aspirazioni di libertà ma anche di giustizia distributiva ed uguaglianza, che affida al governo il compito di trasformare la società, divenne ormai incolmabile.

Misurato secondo i parametri attuali, il sistema politico americano d'inizio XX secolo si presentava molto distante da quello che oggi consideriamo un regime democratico. Tuttavia significativi apparivano i progressi fatti in que-

---

[37] «La controversia sulla *judicial review* acquista la sua forma moderna durante il periodo nel quale lo stato centrale comincia a farsi carico di nuove responsabilità negli ultimi trent'anni del secolo XIX ed i primi trenta del XX. Se lo stato nazionale doveva essere attivista o meno dinanzi ai nuovi problemi politici fu il tema chiave del periodo, investendo anche la Corte Suprema. La nostra preoccupazione contemporanea relativamente alla *judicial review* attivista o moderata risale, appunto, a questi anni», S.M. GRIFFIN, *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton University Press, 1996, p. 99.

[38] «Il contributo principale del movimento Progressita al pensiero politico americano consisté nella scoperta della natura essenzialmente non-democratica [*undemocratic*] della Costituzione federale», PARRINGTON nella sua *Introduzione* a J. SMITH, *Growth and Decadence of Constitutional Government* (1930). Lo cita H.P. MONAGHAN, *Our Perfect Constitution*, in *New York University Law Review*, vol. 56, 1981, p. 357 e n. 28. In un libro all'epoca molto influente, *The Spirit of American Government* (1907), J. ALLEN SMITH dedicava un capitolo alla «Costituzione Come Documento Reazionario». Il movimento «progressista» ripudiava l'idea della Costituzione «neutrale» e denunciava le ingiustizie dell'ordine sociale esistente; dava l'impulso a riforme sociali, ma, realmente, tra i suoi propositi non c'era l'introduzione di una democrazia nel senso contemporaneo. Il suo obiettivo era la «riforma morale» della società. Non va dimenticato che uno dei suoi «successi» fu l'approvazione dell'Emendamento del «proibizionismo» (XVIII Emendamento, proposto dal Congresso nel 1919, ratificato dagli Stati nel 1920, successivamente derogato dal XXI Emendamento – ratificato nel 1951 – nell'unico caso in cui un Emendamento costituzionale è stato derogato da un altro).

sta direzione e, in questo senso, sembra chiaro che a cavallo del secolo la tendenza si arresti e, incluso per gli *standards* dell'epoca, si verifichi un arretramento democratico [39]. Le decisioni dei tribunali, in special modo della Corte Suprema, contribuirono a questo fenomeno [40]. Invocando la dottrina del governo limitato, la Corte serrò il cammino alle riforme economiche e sociali che considerò paternalistiche (intromissioni ingiustificate nella sfera di libertà dei privati) o usurpanti la competenza di Stati sovrani (preservata dal X Emendamento) e, a partire dalla nozione che vede il cittadino intervenire nella gestione della cosa pubblica limitatamente e solo tramite i suoi rappresentanti, seguì un orientamento restrittivo relativamente alla portata della libertà di espressione e riunione, frenando la crescita dell'associazionismo operaio ed altri movimenti di carattere populista [41]. Questa è l'epoca descritta con grande rigore e criticamente analizzata da Edouard Lambert che, significativamente, intitola il suo libro del 1921 sulla «esperienza americana del controllo giudiziale delle leggi»: *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis* [42].

Nella crisi del *New Deal* c'è qualcosa di più di un contrasto tra interpretazioni della Costituzione. Quando nel 1937 la Corte Suprema, cedendo alla pressione del governo e della pubblica opinione, finisce col «dichiarare» la *costituzionalità* delle misure del *New Deal*, che in precedenza aveva considerato contrarie alla Costituzione, non si annuncia un mero cambio di giurisprudenza. Abbandona così la dottrina costituzionale del governo limitato dalla quale aveva naturalmente tratto il *laissez-faire constitutionalism* (ancorato ai pilastri fondamentali del *due process* sostantivo, libertà contrattuale e

---

[39] «Le aspirazioni politiche degli afroamericani, dei bianchi poveri, dei Populisti, vennero annientate con la forza e l'inganno. I tentativi dei lavoratori di organizzare sindacati furono contrastati mediante una devastante combinazione di decisioni processuali e violenza senza limiti. Gli imprenditori si servirono del meccanismo delle *omnibus labor injunctions* per gettare una rete su tutte le attività politiche delle unioni operaie e fecero ricorso allo Stato per sopprimere le libertà civili», GRIFFIN, *American Constitutionalism* …, cit., p. 102.

[40] Gli studiosi di questo periodo tuttavia concordano nel ricordare come la posizione della Corte Suprema fosse anzitutto poco coerente. Non esiste una definizione giurisprudenziale chiara della portata del «potere di polizia» degli Stati, ed i limiti del potere della Federazione per disciplinare il commercio interstatale o per imporre tasse si ampliano e si riducono senza un criterio preciso. La critica principale che viene mossa all'utilizzo da parte della Corte della clausola del *due process* «sostantivo» consiste nel dire che essa le offrì la giustificazione per decisioni di incostituzionalità basate su meri giudizi di opportunità.

[41] Una buona descrizione di questo complicato periodo si trova in L.M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, cit., spec. Capp. 5, 7 e 9 della Terza Parte.

[42] E. LAMBERT, *Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard, Paris, 1921. Il capitolo VI del libro si intitola, *La lutte des tribunaux contre la législation ouvrière*.

federalismo duale) inaugurando, in pratica, un'epoca di *laissez-faire for legislators* in materia sociale ed economica. D'ora in avanti, i limiti che la Costituzione impone a un governo centrale legittimamente attivista ed interventista sono altri.

In un certo modo, lo schema del mercato libero ma regolato per proteggere la competenza ed il pluralismo di gruppi d'interesse si traslata all'ambito dei diritti e delle libertà civili. Da un lato, si procede ad una «nazionalizzazione» dei diritti, il cui libero esercizio e godimento si garantisce di fronte ad indebite interferenze; dall'altro, una nuova preoccupazione, quella di assicurare che i diritti e le libertà si esercitino in condizioni di «uguaglianza», serve a giustificare nuove forme di intervento nell'ambito delle libertà volte a favorire l'integrazione e la partecipazione di individui e gruppi previamente esclusi, così come a prevenire nuove esclusioni. Un «ordine costituzionale giusto» esige qualcosa di più e di diverso dal «governo limitato». La «rivoluzione del 1937» segna la separazione tra il «vecchio» ed il «nuovo» ordine costituzionale.

Della grande importanza del cambiamento operato e delle sue conseguenze sull'esercizio della *judicial review* dà buon conto il Giudice Jackson nella celebre decisione sul caso *Barnette* del 1943:

> «Il nostro dovere di applicare il *Bill of Rights* di fronte a modi di esercizio dell'autorità da parte dei pubblici poteri non dipende dall'essere in possesso di una speciale competenza nel campo in cui si verifica l'invasione dei diritti. Certo, il compito di tradurre le enormemente vaghe nozioni del *Bill of Rights*, concepito come parte del modello di governo liberale del secolo diciottesimo, in limitazioni specifiche per il potere pubblico che deve affrontare i problemi del XX secolo, implicherebbe un'alterazione della fiducia in esso riposta. Tali principî crebbero su di un sostrato di idee, dalle quali nacque anche la filosofia secondo cui l'individuo era il centro della società e la sua libertà si conseguiva attraverso la semplice assenza di restrizioni imposte dal governo, al quale si riconosceva scarsa capacità di intervento e soltanto una leggerissima capacità di supervisione sulle questioni tra privati. È nostro compito trapiantare questi diritti in un sostrato nel quale il concetto di *laissez-faire* o principio di non interferenza sia decaduto, almeno per ciò che si riferisce all'economia, e dove i progressi sociali siano promossi dalla maggiore integrazione e dal rafforzamento della capacità di intervento del governo. Un simile mutamento delle condizioni spesso toglie affidabilità ai precedenti e ci riduce, più in là di quella che sarebbe la nostra scelta, a dipendere dal nostro stesso giudizio. Tuttavia noi interveniamo in queste materie non per l'autorità della nostra competenza, ma per la forza del nostro senso di responsabilità. Non possiamo, con la scusa della nostra competenza limitata in campi come l'educazione pubblica, rinunciare a prendere decisioni che la storia ha riconosciuto come la funzione di questa Corte ogniqualvolta sia vulnerata la libertà»[43].

[43] *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. (1943), pp. 639-640.

A differenza di quanto accadde dopo la Guerra Civile, non venne apportato in questo periodo alcun emendamento formale alla Costituzione [44]. Le denunce della Costituzione come ostacolo alla democrazia o, semplicemente, la preoccupazione per le imperfezioni o per l'inadeguatezza delle vecchie prescrizioni costituzionali, apparentemente si diluirono. La *living Constitution* pareva offrire copertura ai cambiamenti nella concezione della funzione di governo occorsi nella fase del *New Deal*.

La polemica sulla rilevanza del testo costituzionale che si sviluppa negli anni settanta ha un significato radicalmente diverso: coloro che rivendicano il «ritorno al testo» costituzionale – alcuni aggiungono «alla sua *ratio* originaria» – lo pretendono in difesa della democrazia, della dignità della legislazione. Adesso si afferma l'esigenza di porre un freno all'attivismo giudiziale – questo, da parte sua, incentivato anche da ragioni democratiche – che ha come effetto il recupero, da una nuova prospettiva, del vecchio problema della legittimità della *judicial review* [45].

Da quando Alexander Bickel fissa i nuovi termini della discussione nel suo fondamentale *The Least Dangerous Branch*, la «difficoltà contromaggioritaria» impegna le energie degli studiosi della *judicial review*. Il problema

---

[44] Nel 1944, nel suo discorso presidenziale sullo stato dell'Unione, Roosevelt sollecitò l'adozione di un «Secondo Bill of Rights» che avrebbe dovuto conferire rango costituzionale ai diritti sociali. Tra essi si includevano: il diritto ad un lavoro utile e remunerato in fabbriche, negozi, fattorie o miniere della Nazione; il diritto ad un salario sufficiente per avere cibo, vestiario e svago; il diritto per tutta la famiglia ad una casa dignitosa; il diritto all'assistenza medica adeguata e quello all'opportunità di godere e conservare buona salute; il diritto ad una protezione adeguata per l'indigenza derivante da vecchiaia, malattia, incidenti o disoccupazione; il diritto ad una buona educazione. Come è evidente, la proposta emendativa non prosperò, la qual cosa fino ad un certo punto ha avuto l'effetto controproducente di sottolineare il carattere «negativo» dei diritti protetti dalla Costituzione Federale. Merita forse di essere sottolineato che il Secondo Bill of Rights, venne introdotto come parte della carta dei diritti della Costituzione giapponese del 1947 (di opera americana), e che poi venne neutralizzata dalla Corte Suprema del Paese, che alla prima occasione dichiarò che si trattava di precetti di carattere «programmatico». Sull'intera questione, si veda M.A. GLENDON, *Rights in Twentieth-Century Constitutions*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 59, 1992, spec. pp. 526-532.

[45] Non mi pare «ovvio» che la fedeltà alla lettera della Costituzione sia atteggiamento naturalmente conservatore, nè che l'idea della necessità della sua interpretazione si configuri come naturalmente liberale (il traduttore vuol così rendere la contrapposizione che l'A. delinea tra *originalismo* ed *interpretivismo* [*N. del T.*]), del resto la storia del «*substantive due process*» contraddice questa conclusione. Altra questione è poi quella relativa al fatto che l'opzione per l'originalismo molte volte semplicemente nasconde il rifiuto per una proposta «liberale» dalla quale si discosta. Per un'eccellente *review* dei momenti e dei punti principali dello scontro tra «scuole di interpretazione» e teorie della Costituzione nello scenario accademico nordamericano dagli anni settanta fino alla fine del secolo XX, si veda *The Originalist Challenge to the Living Constitution*, in *A Living Constitution or Fundamental Law?*, cit., pp. 221-262.

non è evitabile: «Quando i giudici, decidendo su questioni sostantive, identificano valori e li isolano completamente dalla volontà della maggioranza, non può eludersi la problematica questione del perché i giudici siano migliori di altri operatori all'ora di identificare e di soppesare l'importanza dei valori fondamentali» [46]. E la risposta stride: «Non passa anno senza che un istruito professore annunci di aver scoperto la soluzione finale alla difficoltà contromaggioritaria, o, in modo sempre più pessimista, che la difficoltà contromaggioritaria sia irrisolvibile» [47].

Autori come Herman Beltz, tuttavia, considerano che la questione principale non sia più, come ai tempi del *New Deal*, quella dell'adeguata portata del controllo conforme alla «dottrina» della *living constitution*. Dal suo punto di vista, il grande problema è rappresentato dall'alternativa, se gli americani abbiano una Costituzione scritta o non scritta, «se il popolo degli Stati Uniti è ancora capace di autogovernarsi sotto un diritto fondamentale che limita la politica ed il governo» [48].

3. Europa: la costituzionalizzazione della democrazia. La democrazia di giurisdizione costituzionale (*court-centered democracy*)

Mentre negli Stati Uniti ferve il particolare dibattito sul carattere della Costituzione americana, le basi su cui poggia l'attuale forma di autogoverno e quale debba essere il compito proprio dei tribunali – in particolare, della Corte Suprema – esercitando la *judicial review*, nelle democrazie costituzionali europee col sindacato di costituzionalità la discussione dottrinale riguardo al controllo segue altre rotte. «Non esiste nulla di paragonabile al dibattito americano sulla *judicial review* e all'interpretazione costituzionale nell'Europa continentale» [49].

---

[46] B. Neuborne, *Judicial Review and Separation of Powers in France and the United States*, in *New York University Law Review*, vol. 57, 1982, p. 368.

[47] B. Ackerman, *Discovering the Constitution*, in *Yale Law Journal*, vol. 93, 1984, p. 1016.

[48] Beltz, *The Originalist Challenge …*, cit., p. 223.

[49] M. Rosenfeld, *Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts*, cit., p. 659. L'autore spiega la sua affermazione con un'opinione di Dieter Grimm, secondo cui «la difficoltà contromaggioritaria, il perenne problema del diritto costituzionale americano, non recita alcun ruolo in Germania» e aggiunge che anche se occasionalmente decisioni costituzionali isolate possano suscitare polemiche, questo non pone in discussione nè la legittimità della corte costituzionale nè tantomeno la sua competenza relativa al controllo di costituzionalità.

Ha sicuramente a che fare con la tendenza ad identificare ciò che è familiare con ciò che è necessario l'attuale propensione europea a valutare la democrazia costituzionale basata su una Costituzione democratica ricca di contenuti materiali, dotata di supremazia normativa e protetta dal controllo di costituzionalità, come la forma di governo democratico all'altezza del nostro tempo, la più elaborata, la più affidabile e, soprattutto, la più rispettosa dei diritti umani. A sostegno di tale sensazione gioca il dato della rapida e crescente diffusione di questa formula, che pare aver definitivamente scalzato la democrazia rappresentativa basata sulla supremazia del legislatore democratico. Senza dubbio, l'ideologia del costituzionalismo democratico si impone come tendenza globale.

Non pare condizionare l'affermazione di questa idea il fatto che la comparazione tra democrazie basate sulla supremazia normativa della Costituzione democratica e protette da tribunali costituzionali con quelle che invece si affidano al processo democratico, lasciando al legislatore l'ultima parola, non porti molto lontano, almeno quando si fanno domande del tipo «quale sistema è più rispettoso dei diritti e delle libertà?» oppure «quale democrazia funziona meglio?». Che il Regno Unito abbia una considerevole democrazia pur senza una Costituzione scritta, che l'Olanda o la Nuova Zelanda funzionino bene pur senza controllo di costituzionalità, così come l'Austalia in assenza di un *bill of rights*, o che in Norvegia e in Svezia la democrazia non sembri rivendicare il frequente ricorso al controllo di costituzionalità sebbene previsto, sono tutte valutazioni con un'abituale coda accademica, l'elegante «no obstante», che spesso si accompagna alla discussione sui «ciò-nondimeno-indubbi» vantaggi della democrazia costituzionale giuridicamente protetta.

Stando così le cose, desidererei richiamare l'attenzione sulla principale causa che, in origine, favorisce e continua a favorire la scelta per la democrazia costituzionale rispetto a quella rappresentativa, che non ha a che vedere con un maggiore impegno verso la democrazia – nonostante quello che possano suggerire espressioni del tipo «democrazia militante» –, bensì, al contrario, con una certa sfiducia verso di essa. Più precisamente, ha a che fare con la sfiducia verso la virtù della democrazia dei cittadini e, di conseguenza, verso la capacità del procedimento democratico a produrre risultati «giusti».

Una simile premessa, poco più che un pregiudizio, in pochi luoghi come in Germania è risultata così evidente. «L'ordine costituzionale di Weimar non era poi così malvagio», disse Theodor Heuss davanti al Consiglio parlamentare che doveva redigere la Legge Fondamentale tedesca: «Oggi è diventato di moda – ci sono echi di questo fenomeno in quest'assemblea – parlare in maniera spregiativa della Costituzione di Weimar … Ciò che è fuor di dubbio è che la Costituzione di Weimar fu vittima di un errore straordinario: l'ecces-

so di fiducia nel «senso del giusto» [*fairness*] del popolo tedesco»[50]. L'ombra del fallimento di Weimar e la vivida immagine degli orrori del regime nazista calarono sulla redazione della Costituzione tedesca e influirono sull'animo dei costituenti più di qualunque teoria e filosofia politica. «Le clausole di intangibilità dell'art. 79.3 della Legge Fondamentale non sono un riflesso della libertà democratica, ma piuttosto una sua limitazione sostantiva, collocandosi al di là delle condizioni costitutive della formazione democratica della volontà … Sono in realtà il segnale di una comunità politica – in questo caso quella del popolo tedesco dopo il 1918 e, specialmente, dopo la perversione raggiunta dall'ordinamento statale tra il 1933 e il 1945 – che ha perso la fiducia in se stessa»[51].

La sfiducia nel «potenziale» del popolo di un Paese per sviluppare da solo le virtù civiche che si suppongono proprie di una società democratica costituisce ragione decisiva per preferire, quanto meno agli inizi, la formula della democrazia costituzionale. La legittimità e l'affidabilità del processo democratico dipendono da una serie di condizioni che non si producono spontaneamente e, fintanto che non si realizzano o non si soddisfano in maniera sufficiente, la legittimità delle decisioni che si adottano tramite esso, cioè decisioni politiche, resterà in dubbio[52]. In una situazione del genere, condizionare la validità delle decisioni politiche alla loro adeguatezza a quanto disposto in Costituzione è certo una soluzione. Evidentemente si richiede che la legalità superiore che la Costituzione esprime non sia posta in discussione, cosa che di per sè presenta particolari problemi ai quali non possiamo riferirci in questa sede. La previsione del controllo di costituzionalità è orientata al raggiungimento di due obiettivi importanti per ogni «nuova» democrazia: rafforzare la «credenza» nella legittimità del sistema (legittimità «soggettiva») e favorirne la stabilità mentre ancora la democrazia è solo un progetto. Una corte costituzionale è, in questa situazione, un potere legittimante e non paia,

---

[50] La citazione si trova in J.E. FINN, *Constitutions in Crisis. Political Violence and the Rule of Law*, Oxford University Press, 1991, p. 182.

[51] E.W. BÖCKENFÖRDE, *La democracia como principio constitucional*, in *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia* (trad. spagnola di R. Agapito), Trotta, Madrid, 2000, p. 81.

[52] Sui «presupposti» della democrazia come forma di Stato e di Governo, può vedersi E.W. BÖCKENFÖRDE, *La democracia como principio constitucional*, cit., pp. 98-118. Böckenförde distingue tra presupposti socioculturali (struttura emancipatrice della società, assenza di forme teocratiche di religione, relativa omogeneità all'interno della società, un sistema educativo sviluppato, informazione e comunicazione all'interno della società), politico-strutturali ed etici (riferiti all'*ethos* democratico). Anche DAHL si riferisce alle condizioni che spiegano il perché la democrazia si sviluppi in alcuni Paesi e non in altri e identifica alcune condizioni di base che, se assenti, consegnano una comunità ad un regime non democratico, *La Democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona,1993, II ed., pp. 292-316.

nella maniera più assoluta, paradossale che i politici che intervengono nella elaborazione della Costituzione siano i primi interessati all'introduzione di un meccanismo che contribuisca al funzionamento scorrevole del sistema politico, soprattutto se si prevedono difficoltà a soddisfare nel breve periodo numerose domande sociali, col conseguente rischio di instabilità [53].

L'aspirazione delle costituzioni democratiche è – detto in poche parole e senza alcuna sfumatura – dar vita ad un sistema democratico identificabile come «democrazia liberale». A tal fine, che vuole anche costituire il tentativo di riunire il meglio di «due mondi» possibili, queste costituzioni combinano tra loro precetti tesi a garantire il carattere democratico del processo di adozione di decisioni collettive, con altri che invece riconoscono e assicurano il vigore e la permanenza dei diritti sostantivi che si è soliti associare alla nozione di democrazia liberale [54]. Da una simile prospettiva, garanzia della Costituzione e garanzia della democrazia sembrano coincidere. Anche se il processo democratico non funziona perfettamente, la Costituzione tutela i diritti che devono esistere in una democrazia che si rispetti.

Le complicazioni nascono quando si pongono in discussione o comunque sorgono dubbi intorno alle premesse di tale semplice impostazione. Se il processo democratico riesce a funzionare in modo razionale, è possibile che la prassi di condizionare la validità delle decisioni ottenute democraticamente alla compatibilità con «risultati» in anticipo fissati in Costituzione possa occasionalmente considerarsi una limitazione non giustificata e frustrante rispetto al diritto di autogoverno. Se il «trincerarsi» [*entrenchment*] di certi

---

[53] «La superiorità epistemologica non è qualcosa che nasce dal processo democratico per il sol fatto di chiamarsi "democratico"; dipende da certe condizioni positive e negative che il processo deve portare a compimento. Forse la nostra intuizione del controllo giudiziale di costituzionalità è associata a situazioni nelle quali simili condizioni non sono soddisfatte e, conseguentemente, il politico – si chiami o meno "democratico" – non è epistemologicamente superiore al processo giudiziale. Inoltre … i giudici possono fissare … condizioni che forniscono al processo democratico un valore epistemologico», C.S. NINO, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 272.

[54] L'intenzione è quella di unire la giustizia dei procedimenti e quella dei risultati. Come avverte Dworkin, la giustizia «sostantiva» o «di risultato» [*justice*] e la giustizia «formale» o «di procedimenti» [*fairness*] non si implicano necessariamente a vicenda: «La giustizia [*justice*] … dipende dal corretto risultato del sistema politico: la corretta distribuzione di beni, opportunità ed altre risorse. La giustizia formale [*fairness*] dipende dalla corretta struttura del sistema, essendo il sistema che influenza le decisioni politiche in modo apprpriato», R. DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, p. 404. Traduco (è una precisazione dell'Autrice, *N. del T.*) *fairness* con giustizia di «procedimento» essenzialmente per porre in risalto il contasto con la nozione di *justice*, dal momento che, com'è noto, *fairness* rimanda anche al concetto di «imparzialità». Ciononostante, la Costituzione democratica tende a privilegiare la giustizia di risultati. Lo esprime assai bene Böckenförde quando indica che il centro di gravità dell'attività statale è orientato «a stabilire una situazione giusta in senso materiale».

diritti sostantivi o la protezione offerta dalla Costituzione a certi interessi non obbediscono a ragioni più alte del riparto delle forze e delle influenze politiche nel momento costituente, o dell'ideologia dominante in quel momeno, sarà difficile giustificarne la persistenza e la forza vincolante davanti all'attuale maggioranza se non con la rigidità pura delle norme costituzionali, soggette ad un processo aggravato di revisione. Rispetto ai diritti propri di una democrazia liberale … la discussione può trasferirsi su un altro piano.

Mi pare opportuno sottolineare la comune intenzione rintracciabile nel progetto costituente americano ed in quello europeo – la pretesa di fissare in una norma i principî permanenti del «buon governo» che ispira entrambi i progetti – e l'enorme distanza tra l'idea di «buon governo» che anima l'uno e l'altro disegno. Se si tiene presente questo, si concorderà sul fatto che anche se il patto delle costituzioni democratiche con «la democrazia» è assolutamente paragonabile col patto originario della Costituzione liberale americana con la «libertà», entrambi gli approcci implicano differenti concezioni sulla funzione del governo. Se il fine di assicurare «la libertà», essenzialmente intesa come autonomia individuale (libertà pre-giuridica), ciò che richiedeva era la fissazione di rigide limitazioni al potere del governo – per tale intendendosi un governo minimo – il quale non avrebbe dovuto interferire con lo sviluppo di progetti di vita personali (la particolare «conquista della felicità»), men che meno imporli; «la democrazia», postulata come fine del progetto costituzionale, non è soltanto una maniera di governare, ma anche una scommessa su di un tipo di società – società democratica – che il governo – democratico – contribuisce a modellare e a preservare. In questo senso, la Costituzione democratica assegna al governo un ruolo importante non già nella creazione e direzione dell'ordine sociale, nell'organizzazione della vita in società, ma nella trasformazione della società, nel caso in cui essa non sia, ma aspiri ad esserlo, democratica[55].

Il costituzionalismo democratico europeo si è senza dubbio ispirato al mutato ordine costituzionale, che è rappresentato dal nordamericano post-*New Deal*. Tuttavia si costruisce anche sulla lunga tradizione continentale dello Stato di Diritto e senza mai del tutto abbandonare una nozione di Stato che conserva il tratto feudale dell'obbligazione di protezione in cambio di

---

[55] Sulla questione se la separazione Stato/Società proposta dallo Stato liberale può conservarsi nel moderno Stato democratico e sociale (e sulle consegenze derivanti dal considerare la contrapposizione superata), E.W. BÖCKENFÖRDE, *The Significance of the Distinction between State and Society in the Democratic Welfare State of Today*, in *State, Society and Liberty*, Berg, New York-Oxford, 1991, pp. 146-174. Inolte, in un senso non esattamente coincidente, K. HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, (trad. spagnola di P. Cruz Villalón), CEC, Madrid, 1992, pp. 12-15.

lealtà. Il turbamento che nell'ideologia costituzionale americana provocò e continua a provocare l'immagine di uno Stato onnipresente, che avviluppa la società in una rete ogni volta di più fitta di diritti, doveri e obbligazioni reciproche, non viene percepito come tale dagli europei. In certo modo, la discussa costruzione della «dimensione oggettiva» dei diritti fondamentali, l'idea che lo Stato si obbliga non soltanto a rispettare i diritti fondamentali ma anche a tutelarli ed a porre in atto le condizioni per la loro realizzazione ed il loro godimento effettivo, è molto europea, poiché si adatta senza troppa difficoltà alla visione più paternalistica dello Stato attecchita nel continente. D'altra parte, si tratta di uno sviluppo quasi inevitabile, che – come ora dirò – deriva *naturalmente* dal progetto costituzionale teso a stabilire una democrazia, quando «la democrazia» si definisce in termini sostantivi.

La «costituzionalizzazione» della democrazia avrebbe potuto fermarsi alla fissazione in Costituzione delle regole, dei procedimenti e delle istituzioni che rendono possibile il funzionamento democratico del governo. Se fosse stato così, avremmo realmente potuto parlare di grandi differenze tra democrazia rappresentativa e costituzionale; nell'una e nell'altra forma, in pratica in tutte le democrazie, il procedimento democratico è fondamentalmente «chiuso», nel senso che non sta permanentemente a disposizione della maggioranza [56]. Aggiungere alla garanzia dei procedimenti una garanzia di «non arbitrarietà», che opera attraverso la garanzia formale dello Stato di diritto (basicamente, *due process* procedimentale) ed una clausola costituzionale di uguaglianza – intesa essenzialmente come una garanzia di non esclusione dal procedimento – sostanzialmente non altererebbe affatto lo schema. Sarebbe un meccanismo di rafforzamento della «giustizia» del procedimento democratico e non propriamente una limitazione della sua portata [57].

---

[56] Nel punto di partenza, l'accettazione della «regola della maggioranza» non è qualcosa che debba dipendere da ciò che pensa la maggioranza. La democrazia presuppone il dissenso che rende impraticabile la regola dell'unanimità – ideale della realizzazione del *government by consent* – per l'adozione di decisioni collettive. In simile contesto, la regola della maggioranza è una regola «giusta» fintanto che è più rispettosa di altre del principio di uguale considerazione di tutte le posizioni in conflitto e di uguale valore di ogni voto espresso. Tuttavia, per essere «giusta», deve anche accettarsi un limite: la maggioranza non può danneggiare l'autorità della futura maggioranza. Secondo le parole di Blackstone: «Gli atti del parlamento derogatori del potere dei successivi parlamenti, non hanno forza cogente». Sulla considerazione della regola della maggioranza come regola di decisione continua in una democrazia e sul conflitto col principio del costituzionalismo, J.C. BAYON, *Derechos, democracia y Constitución*, in J.C. CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 222-227.

[57] Secondo tale configurazione, supremazia del legislatore e costituzionalismo risultano facilmente complementari: «[L]a vera ragione per cui l'Inghilterra, senza dubbio la più costituzionale delle nazioni europee moderne, è anche rimasta l'unica la cui Costituzione non è stata plasmata in un documento formale, non sta nel fatto che non ha una Costituzione, come

La «costituzionalizzazione» della democrazia, tuttavia, non è consistita in una costituzionalizzazione del processo democratico. In un doppio senso: né in Costituzione ritroviamo tutte le regole relative al funzionamento del processo democratico, né la Costituzione consiste solamente in regole strutturali e procedimentali della democrazia. La Costituzione democratica effettivamente limita la portata del procedimento democratico.

Da una parte sottrae determinate materie alla decisione tramite il procedimento democratico regolandole direttamente. Che questo debba essere considerato esercizio legittimo del *higher law-making*, come suggerisce Ackerman, o come una decisione del popolo nella sua qualità di potere costituente, come suppone la più tradizionale teoria della costituzione, è opinabile. Certamente, dal momento in cui si disciplina un procedimento per l'approvazione di norme di rango costituzionale diverso da quello ordinario, si introduce un'eccezione alla regola della maggioranza, che dovrebbe giustificarsi in termini democratici. L'idea per cui il momento costituente è il momento dell'accordo, del consenso e la ragione, al quale seguirà quello del conflitto e la sempre incerta e poco affidabile politica, rappresenta una idealizzazione di questa fase particolare forse confortante ma non necessariamente realistica [58]. In generale, la fissazione di certe materie in Costituzione,

---

spesso piace dire ai francesi, ma perché *la convinzione della necessità di limitazioni verso il governo arbitrario è a tal punto radicata nella tradizione nazionale che nessun tipo di minaccia nei confronti di questa idea è mai stata considerata tanto pericolosa da giustificare l'adozione di un codice formale …* In Inghilterra non si è presentata l'occasione, o meglio non si è avuta la necessità, nella quale ci imbattemmo in America nel 1776, di codificare i suoi principî fondamentali costituzionali. Tuttavia tali principî esistevano, e tuttora esistono, ed in periodi di difficoltà occasionalmente si levano voci di una loro codificazione», C.H. MCILWAIN, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, cit., pp. 31-32 (i corsivi sono aggiunti).

[58] Questa visione idealizzata è presente, per esempio, nella descrizione che propone Gustavo Zagrebelsky del momento costituente: «Nei momenti costituzionali, le volontà politiche dei soggetti politici si coordinano in vista di uno scopo comune: dettare principî al di sopra degli interessi particolari di ognuno per consentire la convivenza di tutti. Per quanto nelle vicende delle assemblee costituenti non manchino naturalmente le accentuazioni partigiane, i principî delle costituzioni pluralistiche, per poter confluire in un patto comune nel quale ciascuna parte possa riconoscersi (e in vista del quale è disposta a rinunciare a qualcosa di suo e a riconoscere qualcosa agli altri) assomigliano, nella loro formulazione universalistica ed astratta, ai principî di diritto naturale. Il riscontro politico della natura di queste norme è nel fatto che, di regola, le costituzioni vengono approvate, se non all'unanimità, almeno a larghissima maggioranza … Non si tratta certamente di un diritto nel senso classico ma certo non è ciò che, nelle democrazie pluralistiche e competitive attuali, si determina attraverso la legge, normale espressione non di un momento cooperativo ma, del tutto fisiologicamente, di "momenti competitivi" tra gruppi politici … la Costituzione non è diritto naturale ma, anzi, la manifestazione più alta di diritto positivo. Tuttavia, poiché il diritto costituzionale si presenta non come volontà di una parte che si impone sull'altra, ma come espressione di un equilibrio obbiettivo … il rapporto tra legge e Costituzione si avvicina al

quando non sono direttamente connesse a problemi relativi al funzionamento della democrazia o ai principî della democrazia, obbedisce all'intento di legare le mani alle future maggioranze (non è una *auto*limitazione) e serve per preservare uno *status quo* che si teme possa essere in futuro minacciato [59]. Normalmente, sono ragioni strategiche quelle che predominano e ciò implica considerazioni molto pragmatiche che in diversi casi rivelano la preoccupazione per il buon funzionamento e la stabilità del sistema [60].

Il problema principale dell'argomento per cui il popolo è sovrano e può in ogni momento decidere cosa vuole mettere nella Costituzione e quali materie sottrarre alla politica ordinaria, è rappresentato dal fatto che soffre delle stesse carenze dell'argomento che obbliga «a ciò che dice la maggioranza», ma in cambio è meno democratico [61]. Visto che, inoltre, continua ad essere un argo-

---

rapporto tra legge e diritto naturale». Zagrebelsky restringe questo idilliaco momento «cooperativo» a quello della elaborazione della Costituzione originaria senza trasporlo alle occasioni di riforma: «A differenza della Costituzione, che è la legge delle concordia, le leggi costituzionali sono essenzialmente le leggi della discordia». Cfr. *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, pp. 156-157.

[59] La «teoria» del processo di costituzionalizzazione come misura orientata alla «preservazione dell'egemonia» propugnata dagli usurpatori del potere politico del momento, attori interessati che attraverso la Costituzione pretendono di limitare o di evitare rischi politici futuri e cercano di «trincerarsi» dietro certi privilegi, una determinata visione del bene comune o del mondo e preferenze politiche, la sviluppa *in extenso* ultimamente R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, 2004.

[60] Sulla possibilità che la Costituzione serva ad escludere dall'agenda politica, senza che vengano decise, quelle questioni che provocano divisioni inconciliabili nella comunità per facilitare il raggiungimento dell'accordo su altre materie, v. S. HOLMES, *Las reglas mordaza o la política de omisión*, in J. ELSTER e R. SLAGSTAD, *Constitucionalismo y Democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pp. 49-88 (Holmes illustra il ruolo di queste regole partendo dalla questione della schiavitù negli Stati Uniti, ma è chiaro che anche da questo punto di vista possono analizzarsi le più delicate questioni di «giustizia transnazionale»: *leyes de punto final* [si preferisce lasciare il *nomen* in castigliano: ad es., in Argentina, *la ley de punto final*, approvata nel dicembre del 1986, ha accolto le richieste avanzate dai vertici delle Forze armate per scongiurare gli effetti delle molteplici citazioni in giudizio che hanno investito non pochi membri dell'apparato militare e di polizia accusati, nell'ambito del noto processo contro il regime militare del generale Videla, di aver partecipato nei campi di concentramento, ai sequestri ed alla tortura di circa trentamila persone nel corso della dittatura militare. Lo scopo di tali provvedimenti legislativi era, in altri termini, quello di garantire l'impunità di circa il 90% dei militari in quel periodo in servizio. *N. del T.*], reversione dei titoli di proprietà, processi di «purificazione», ecc.).

[61] «L'esigenza di maggioranze qualificate per prendere determinate decisioni non significa, per regola generale, nè un rafforzamento nè un plus di democrazia. Serve per proteggere le minoranze e per assicurare con più intensità la resistenza delle corrispondenti materie. Queste si sottraggono al potere decisorio di maggioranze mutevoli e numericamente scarse ed è chiaro, nella misura in cui ciò si verifichi, che si consolidano allo stesso tempo come garanzia

mento positivista, che serve a giustificare la primazia della Costituzione indipendentemente dalla sua finalità o contenuto, risulta insufficiente per fondare la «teoria» della Costituzione *democratica*.

In ogni caso, i precetti costituzionali inclusi per ragioni puramente congiunturali, strategiche o del momento politico, non costituiscono il grosso di una Costituzione democratica. In questo tipo di Costituzione – quella che si pone come obbiettivo centrale di «costruire una democrazia» – i precetti sostantivi sono, fondamentalmente, norme sui diritti. Più precisamente, precetti che riconoscono i diritti che «devono esistere» in una democrazia e si includono come parte della definizione costituzionale della democrazia. È questa la componente sostantiva della democrazia.

A differenza di ciò che si pretende realizzare con la dichiarazione dei diritti di libertà nelle costituzioni liberali, nella Costituzione democratica il riconoscimento di diritti fondamentali non cerca semplicemente di limitare il potere del governo proteggendo o restaurando una libertà preesistente o presupposta. In realtà, anche se molti si presentano come diritti individuali nel senso classico, sono diritti che nell'insieme caratterizzano la «società democratica», la *polity*, non già una comunità di individui autonomi; e neppure sono concepiti come diritti assoluti, bensì, coerentemente, soggetti a condizioni e limiti che esige la stessa democrazia. I diritti non si trovano nella Costituzione per preservare un ambito di immunità di fronte al potere dello Stato [62].

In ciò che segue non pretendo di offrire una visione «naïf» della conce-

---

di uno *statu quo* o di coloro che risultino da esse favoriti», E.W. BÖCKENFÖRDE, *La democracia como principio constitucional*, cit., p. 93. In merito alle importanti questioni di politica costituzionale implicate nella configurazione dei procedimenti di revisione costituzionale (e difendendo formule flessibili per Paesi con scarsa tradizione democratica), è molto interessante S. HOLMES e C. SUNSTEIN, *The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe*, in S. LEVINSON (ed.), *Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton University Press, 1995, pp. 275-306.

[62] Un simile differente approccio alla nozione dei diritti risultante da una diversa «filosofia costituzionale» è quello che determina le più apprezzabili differenze tra il *Bill of Rights* americano e le dichiarazioni dei diritti nelle costituzioni democratiche, che si rileva all'ora della sua interpretazione ed applicazione: «A mio modo di vedere, il *Bill of Rights* e la sua interpretazione attuale sono incentrati sulle libertà civili individuali, mentre la Carta [canadese] ed altri strumenti dei diritti umani del secolo ventesimo sono maggiormante basati sull'equilibrio tra i diritti degli individui e quelli della società, e nel riconoscere l'importanza dell'identità di gruppo ed i valori di gruppo. Più che essere documenti con l'obiettivo primario di proteggere gli individui dalle lesioni della libertà da parte dello Stato, la loro finalità consiste nel proteggere le dignità e l'uguaglianza di tutte le persone e *assicurare che vengano rispettate le attribuzioni delle società democratiche*», C. L'HEREUX-DUBÉ, *The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court*, in *Tulsa Law Journal*, vol.34, 1998, pp. 35-36 (corsivi aggiunti).

zione dei diritti fondamentali come principî obbiettivi dai quali derivano diritti positivi. Mi pare chiaro che dal momento in cui la Costituzione democratica costituzionalizza diritti sostantivi, non soltanto sottomette a condizione i risultati del processo democratico, convertendo in premessa ciò che in una democrazia rappresentativa costituisce la conclusione (quando i diritti discendono dalla legge e la legge è espressione della volontà politica *maggioritaria*). Nella misura in cui la Costituzione parte dall'idea che la democrazia si identifica per l'esistenza ed il godimento di certi diritti sostantivi, in tal modo rafforza la sua posizione: è un compito che il governo deve assolvere. I diritti allora si comportano allo stesso tempo come limite e come fine del governo. Il *self-government* si vede in questo modo doppiamente limitato dalla Costituzione e incontra nelle disposizioni costituzionali sui diritti sostantivi un limite ed un obbligo.

Che le corti costituzionali, investite del compito di garantire la Costituzione, all'ora di tutelare i diritti costituzionali sostantivi inevitabilmente interferiscano nel processo democratico, è cosa evidente. Non solo li antepongono ai desideri della maggioranza, ma anche, presentandosi l'occasione, possono imporre al governo un obbligo di comportamento, compreso suggerire una linea di difesa, protezione o garanzia della loro efficacia.

Le corti costituzionali possono appellarsi alla volontà del popolo per giustificare le conseguenze del loro intervento nel processo democratico? A mio avviso, nella maggior parte dei casi, trattandosi della determinazione della portata dei diritti sostantivi costituzionalizzati (qualcosa che non dovrebbe confondersi con la rigida previsione della loro garanzia), no. La spiegazione secondo cui assolvono ad una funzione di «concretizzazione» di quanto disposto nella Costituzione rappresenta un modo per non parlare direttamente della funzione delle corti quando adottano decisioni di «politica costituzionale» [63]. Certamente continua in alcuni circoli a regnare l'idea tra-

---

[63] Con l'espressione «politica costituzionale» intendo tradurre *constitutional politics*. Accolgo l'impostazione proposta da Alec Stone Sweet che considera la «giustizia costituzionale» come una forma di *constitutional politics*: decidendo controversie a proposito del significato dei diritti costituzionali, «i tribunali costituzionali finiscono per costruire teorie sui diritti costituzionali, sulla giustizia costituzionale, sviluppano gerarchie di norme e valori all'interno della Costituzione. Concepite come teorie politiche, queste si traducono in mandati, più o meno precisi, sul modo con cui devono essere protetti i diritti costituzionali da legislatori, amministrazioni e tribunali ordinari. Sono, pertanto, strumenti di governo [*governance*]». *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, 2000, pp. 29-30.

L'impiego del termine «concretizzazione», non nel senso di estrazione della norma applicabile al caso concreto a partire dalla norma generale, ma come «attribuzione di significato» o «di contenuto» a norme di principio (Böckenförde, seguendo Huber), è da preferire per sottolineare il vincolo al «principio» di un'attività giudiziale di creazione del diritto che va più in

dizionale secondo la quale i giudici costituzionali semplicemente «applicano» il diritto costituzionale, cioè, si risolve il problema negandolo, affermando che la Costituzione è diritto che si impone sulla politica. Il *government of laws and not of men* si realizzerebbe, così, perfettamente e letteralmente, e non sarebbe male se non fosse perché tale diritto che i giudici invocano non sempre si trova già consacrato in Costituzione. È relativamente certo soltanto che il diritto in essa contenuto sia un diritto di origine «popolare» [64].

I diritti costituzionalizzati stanno in Costituzione come risultato di un'opzione (ideologica) per un sistema democratico «qualificato», la correzione del cui funzionamento si fa dipendere dalla sua conformità e dal suo orientamento a certi risultati, che sono anticipati, anche se non totalmente determinati, dalla Costituzione.

Come conseguenza della costituzionalizzazione di una versione sostantiva della democrazia, la Costituzione si converte in «una Costituzione dirigente che favorisce la realizzazione dei principî basici in essa contenuti. A questa visione si richiama l'idea dei diritti fondamentali come norme obbiettive di principio che operano in tutti gli ambiti del Diritto». Si è costituzionalizzata la politica, ma non nel senso di essere soggetta al diritto costituzionale. Per meglio dire, quello che è successo è che compare un doppio livello di adozione di decisioni politiche, quello costituzionale e quello ordinario, ed il primo non è controllato esclusivamente dagli attori del processo politico ordinario. Tutto ciò presenta immediate conseguenze sul processo democratico: «Il processo politico democratico perde così importanza. Fin dove arriva il contenuto dei diritti fondamentali, l'efficacia oggettiva di principio dei diritti fondamentali che si dispiega in tutti gli ambiti del Diritto … ormai non dipende in maniera decisiva dal processo politico democratico, dalle soluzioni che in quello si trovino o si stipulino; tale processo può essere evitato o sostituito. Bisogna tenerne conto quando si

---

là dell'interpretazione. È questo il significato attribuito e criticato da BÖCKENFÖRDE in *Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental*, in *Escritos sobre Derechos Fundamentales* (trad. spagnola di J.L. Requejo e I. Villaverde), Nomos, Baden-Baden, 1993, p. 127, che però rimane del tutto oscuro nella ricostruzione di K. HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, cit., pp. 43-53.

[64] «L'idea del controllo giudiziale necessario per limitare la democrazia e proteggere valori fondamentali di fronte alle maggioranze», dice Michel Troper, «è solo una variante della più generale idea per cui il diritto dovrebbe prendere il posto della politica. In realtà, un'idea del genere è completamente illusoria. Il diritto altro non è che un insieme di norme formulate e, pertanto, richieste dai cittadini. Quando i cittadini in questione sono i giudici, le norme non cessano di essere semplici formulazioni nè il loro contenuto diviene meno politico», *The logic of justification of judicial review*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, 2003, p. 116.

parla dello sviluppo dei diritti fondamentali come norme oggettive di principio, della realizzazione lì sottesa dell'idea dei diritti fondamentali, ecc.» [65].

Il problema centrale è, come suggerisce Böckenförde, «se dal punto di vista della democrazia e dello Stato di Diritto deve corrispondere alla libertà politica e dei cittadini armonizzare l'ordinamento giuridico a ciò che attiene ai loro contenuti sostanziali, allora il cittadino ripone la sua fiducia nel legislatore parlamentare eletto o nella Corte costituzionale?». Perché la definizione costituzionale della democrazia in termini sostantivi, propizia «il transito dello Stato legislativo parlamentare verso lo Stato giurisdizionale di giustizia costituzionale» [66].

È questo il tipo di sistema democratico per il quale hanno optato le democrazie costituzionali europee? È un'accettazione cosciente? Il protagonismo delle corti costituzionali nella costruzione delle decisioni di politica costituzionale pare conseguenza immediata della fiducia nel «governo attraverso i principî» risultante dalla reazione dinanzi al positivismo giuridico [67]. Nelle «nuove democrazie» europee si è fatto un passo ulteriore e, in alcuni casi, non sembra esagerato parlare di «democrazia giudizialmente diretta» (*democracy by judiciary*) [68].

---

[65] E.W. BÖCKENFÖRDE, *Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales …*, cit., pp. 136-137.

[66] BÖCKENFÖRDE, *op. cit.* nella nota anteriore, i testi riportati fanno rispettivamente riferimento alle pp. 138 e 130.

[67] Quello che Dworkin considera «l'ideale americano del governo non solo sotto le leggi ma anche attraverso i principî» sarebbe arrivato in Europa molto più lontano che negli Stati Uniti. Böckenförde indica come la scoperta e lo sviluppo dell'idea dei diritti fondamentali come norme oggettive di principio risalgono alla metà degli Anni '50, in concomitanza con il dibattito sorto in Germania sul fondamento del Diritto, un dibattito resosi obbligatorio all'indomani della disfatta del regime nazista ed il fallimento del positivismo giuridico. Non so se la proposta di Dworkin della «lettura morale» della Costituzione potrebbe porsi in relazione con la costruzione costituzionale giurisprudenziale ispirata in Europa, e soprattutto in Germania, dal principio di «dignità umana». Entrambi i punti di partenza sono stati impiegati per relativizzare il valore del principio maggioritario in una democrazia. Si veda R. DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of American Constitution*, Harvard University Press, 1996, pp. 6 ss.; BÖCKENFÖRDE, *Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales …*, cit., pp. 105 ss.

[68] K. LANE SCHEPPELE, *Democracy by Judiciary. (Or why Courts can sometimes be more democratic than parliaments)*, *Paper* presentato alla conferenza sulle corti costituzionali, Washington University, 1-3 novembre 2001. Scheppele analizza il caso dell'Ungheria e si riferisce al regime politico della prima fase (tra il 1990 ed il 1998), che aveva il suo leader nella Corte costituzionale presieduta dal Giudice Sólyom, come ad un'autentica *courtocracy*: «dai primi Anni '90, la Corte costituzionale stava in tutti i sensi governando il Paese, quasi che la Corte avesse nel sistema ungherese tanto potere come il Presidente in Francia o il Parlamento nel Regno Unito» (p. 16).

Se in talune circostanze la premessa che vuole le corti costituzionali contribuire al consenso sulle questioni relative ai diritti fondamentali si dimostrasse meno salda, allora il risultato potrebbe consistere nella devoluzione del dibattito al processo politico. Tutto questo è precisamente ciò che rivendicano coloro che auspicano un costituzionalismo debole, certe formule di democrazia deliberativa o, più radicalmente, il «positivismo democratico» (a volte chiamato positivismo «etico»). Come indica Walter Murphy: «Se il principale pericolo della democrazia rappresentativa consiste nell'eventualità che i rappresentati eletti finiscano per credersi «il popolo», il pericolo principale della democrazia costituzionale è dato da attori non responsabili dinanzi all'elettorato che finiscono per confondere i loro valori con quelli del sistema politico» [69].

Affinché la democrazia costituzionale sopravviva come democrazia, i giudici costituzionali dovranno accettare limitazioni alla loro stessa autorità e consentire che la maggioranza governi anche quando non ne è capace, limitando il loro intervento ai casi di flagrante violazione di diritti o a quelli di infrazioni che minaccino l'integrità del processo politico. Le minoranze – si suppone, le grandi beneficiarie del modello – dovranno accettare l'idea che forse la maggioranza ha buone ragioni per respingere le loro richieste, senza che questo le renda meno legittime. Come obbietta Waldron, un interesse che la maggioranza non riconosce come diritto non può diventare, malgrado tutto, un diritto solo perché una minoranza – la maggioranza dei giudici costituzionali – lo considera giusto [70]. Deve esserci un'altra buona ragione. Di tale argomento tratteremo nelle pagine seguenti.

---

[69] *Alternative Political Systems*, in S. BARBER e R. GEORGE (eds.), *Constitutional Politics. Essays on Constitution Making, Maintenance and Change*, Princeton University Press, 2001, p. 22.

[70] Waldron insiste molte volte su questo punto e forza l'argomento per arrivare alla conclusione che, considerata la discrepanza, alla fine, decida chi decida, si dovrà far ricorso comunque alla regola della maggioranza. Quando un collegio di giudici deve decidere su una questione controversa a proposito di diritti, la regola per decidere non è che debba prevalere l'«opinione esatta»: i giudici votano e decidono a maggioranza. «I giudici discordano sui diritti come chiunque e risolvono queste differenze per "maggioranza semplice". La prassi stabilita in America vuole che la gente accetti l'autorità della decisione della Corte sui diritti, anche quando essa sia assunta a strettissima maggioranza per un voto di 5-4 tra i giudici … Non possiamo, pertanto, sostenere che i diritti non vengono presi sul serio in un sistema politico basandoci semplicemente sul fatto che il sistema consente il voto a maggioranza per risolvere divergenze su quali siano i diritti», *Law and Disagreement*, cit., p. 306.

4. Costituzionalismo americano e costituzionalismo europeo. Corti costituzionali e diritto costituzionale transnazionale

Anche se da una prospettiva di positivismo democratico radicale, come quello di Waldron, la democrazia non può essere definita in termini sostantivi, ma solo procedimentali, sono comprensibili le resistenze all'idea che «la democrazia definisce la democrazia». Forse nel «grande quadro» e da una prospettiva storica può darsi che sia così, tuttavia quando pensiamo a concrete esperienze di governo, almeno intuitivamente, c'è qualcosa che ci permette di distinguere tra sistemi che anche se chiamati democratici non lo sono e sistemi che invece lo sono, così come è possibile apprezzare che i sistemi che riconosciamo come democratici non lo sono tutti con analoga intensità.

Zackaria conia l'espressione «democrazia illiberale» per riferirsi a democrazie nelle quali i diritti sostantivi basilari non vengono rispettati o non lo sono in modo sufficiente ed equitativo. A suo modo di vedere, se definiamo democrazia «il buon governo», l'espressione perde ogni valore analitico [71]. La democrazia si è sempre posta in relazione con il «governo del popolo» e, in armonia con la definizione attualmente più estesa, si intende come un processo di selezione dei governanti [72]. Senza dubbio, esiste un gruppo di diritti direttamente connesso alla democrazia – diritti di partecipazione, libertà di espressione, associazione, riunione – che tuttavia, pur essendo «costitutivi della democrazia», nulla dicono intorno al contenuto delle decisioni che scaturiscono dall'esercizio del potere democratico. Ciò che la loro assicurazione

---

[71] «Qualificare un Paese come democratico solo se garantisce un ampio catalogo di diritti sociali, politici, economici e religiosi fa della parola democrazia un'insegna onorifica prima ancora che una categoria descrittiva», F. ZACKARIA, *The Rise of Illiberal Democracy*, Foreign Affairs, vol. 76, 1997, p. 25. Su questo punto segue S. HUNTINGTON, *La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX* (trad. spagnola di J. Delgado), Paidós, Barcelona, 1994, pp. 19-25.

[72] «Il metodo democratico», secondo Schumpeter, «è l'accordo istituzionale per arrivare alle decisioni politiche, attraverso il quale gli individui esercitano il potere di decidere per mezzo di una lotta competitiva mediante il voto del popolo». La definizione minima di democrazia richiede «elezioni, apertura, libertà e gioco pulito», queste sono, dice Huntington, le condizioni *sine quae non* e quelle che consentono una definizione di «senso comune». «I governi creati tramite elzioni possono essere inefficienti, corrotti, di scarse vedute, irresponsabili, dominati da interessi concreti ed incapaci di porre in pratica le politiche che esige il bene pubblico. Tali caratteristiche li convertono in governi indesiderabili, ma non in governi non democratici. La democrazia è una virtù pubblica, ma non l'unica, e il rapporto tra la democrazia e le altre virtù ed i vizi pubblici può essere compreso solamente se lo si distingue chiaramente dalle altre caratteristiche dei sistemi politici», HUNTINGTON, *op. cit.*, pp. 20 e 22-23.

preserva è proprio l'«apertura» della democrazia, la sempre aperta possibilità di correggere, rinnovare o mantenere le decisioni previamente adottate. La democrazia non tratta di «fini» o di «obiettivi» verso i quali il governo debba orientarsi in modo più o meno definitivo: «Posto che l'uguaglianza politica dei cittadini opera come principio della sua organizzazione e della sua legittimazione, la democrazia vive continuamente nel presente»[73].

Tuttavia, se la democrazia non contiene alcuna garanzia di «buon governo», dove sta il suo fascino?, come arriva a convertirsi nel paradigma del governo legittimo? Zackaria pone l'accento nell'aggettivo «liberale» della democrazia che, a suo avviso, si collega immediatamente alla tradizione del liberalismo costituzionale[74].

Ho fatto prima riferimento all'evoluzione del sistema costituzionale negli Stati Uniti per raccontare come avvenne che, attraverso un processo di progressiva «democratizzazione», il sistema politico americano sfociò nella democrazia costituzionale. Praticamente, questo suppose la critica all'idea che la Costituzione fissa una volta per tutte i principî della pratica di governo; certo è che il testo della Costituzione cambiò assai poco mentre avvenivano profonde trasformazioni nella pratica di governo, essenzialmente nel senso che si rendeva ogni volta sempre più «inclusivo» e più sensibile alle richieste popolari del momento. Più democratico in entrambi i sensi: più partecipativo e più rappresentativo.

Ciò che ci insegna l'esperienza costituzionale degli Stati Uniti da un lato e la contraddittoria esperienza della democrazia in Europa dall'altro, è che il conflitto tra valori e stili di vita in una comunità composta da cittadini liberi è semplicemente inevitabile; non è un problema da risolvere, è la caratteristica della società pluralistica con la quale bisogna fare i conti. Non è compito dello Stato proporre un ideale di vita per tutti i cittadini, bensì segnare la via, fissare le regole per la soluzione pacifica dei conflitti della vita in comunità. Questo vuol dire che, abbandonata l'utopia dell'anarchia, il governo non può funzionare senza un minimo di coercizione, abbandonando anche l'utopia

---

[73] BÖCKENFÖRDE, *La democracia como principio constitucional*, cit., p. 91. L'A. afferma anche che «quanto ai contenuti, la democrazia è formale ed aperta» (p. 80).

[74] L'argomento di Zackaria è che mentre il liberalismo costituzionale ha potuto condurre alla democrazia – tutti i Paesi che noi oggi consideriamo democrazie liberali sono passati da una fase previa di non-democrazia (autocrazia o semi-democrazia) liberale – la democrazia da sola, invece, non pare portare con sè liberalismo: «La democrazia liberale occidentale apparirebbe non come il destino finale del cammino democratico, ma semplicemente come una delle sue possibili uscite». L'argomento lo espone per la prima volta nel già citato *The Rise of Illiberal Democracy* e lo sviluppa in maniera più estesa nel suo recente *El futuro de la libertad. Las democracias «iliberales» en el mundo* (trad. spagnola di F. Beltrán), Taurus, Madrid, 2003.

del consenso universale. La regola della maggioranza per l'adozione di decisioni collettive entra in azione in assenza del consenso di partenza, senza tuttavia escludere la ricerca dell'accordo e del consenso attraverso la deliberazione e la negoziazione, ma neppure lo forza [75]. È una regola per difetto, il cui vantaggio sta nel legittimare un risultato senza che questo supponga l'esclusione della legittimità di altri o la presunzione della bontà di ciò che si è deciso. La «giustizia» delle decisioni democratiche è qualcosa che il tempo mette alla prova. Ha così senso supporre che, posto che i cittadini tenderanno a conformarsi alle decisioni che meglio soddisferanno le loro domande, la stabilità delle decisioni prova, se non la loro «giustizia», quantomeno se continuano ad essere appoggiate dalla maggioranza.

Sono molti coloro che, negli ultimi tempi, suggeriscono di valutare il grado di legittimità di un sistema democratico considerando la capacità di riflettere e rispondere alle domande (della maggioranza) dei cittadini, fermo restando che queste domande non sono le stesse ovunque, che non rimangono le stesse nel corso del tempo, e che la «maggioranza» non consiste in un gruppo definito che nutre le stesse preferenze su tutte le materie. A tale qualità della democrazia, quella che realmente rende possibile parlare di «governo del popolo» non in termini metaforici, è quella a cui si allude con l'espressione *responsiveness*. L'idea che il governo consista in un lungo processo di apprendimento collettivo, come dice Dahl, un esperimento prolungato nel tempo, nel corso del quale si impara tanto dai successi come dai fallimenti e che necessita di continui correttivi per essere migliorato ed adattato a mutevoli circostanze, non pare tanto una sfida.

Partire dall'idea dell'«apprendimento collettivo» può essere promettente per spiegare lo sviluppo del costituzionalismo democratico come «ideologia» che si impone a livello mondiale. E chissà che non possa essere utile anche per delineare la particolare posizione delle corti costituzionali come garanti dell'accordo di una comunità politica con i principî ampiamente condivisi del costituzionalismo democratico. Dopo tutto, l'opera di «democratizzazione» è animata dall'idea per cui l'esperienza accumulata nelle nazioni democratiche possa tornare utile ad altri popoli, ai quali viene così risparmiata una parte di un lungo percorso ricco di equivoci e di violenza, che ha scandito il passaggio

[75] «Il diritto della maggioranza a prendere decisioni vincolanti non può essere posto in discussione sulla base dell'idea per cui la democrazia deve continuamente basarsi sul consenso e che, soprattutto su temi di importanza politica, deve essere tesa ad ottenere il consenso … In quante di queste decisioni possa auspicarsi il consenso e ricercarlo, in quante di esse si sia disposti a non far uso della propria maggioranza in favore dell'accordo e del compromesso, è cosa che dipende dalla cultura politica democratica e dallo spirito nel quale si sviluppa la democrazia», BÖCKENFÖRDE, *La democracia como principio constitucional*, cit., p. 94.

alla democrazia così come la intendiamo oggi. I vincoli evidenti e spesso espliciti tra le dichiarazioni dei diritti «nazionali» e la dichiarazione universale dei diritti umani ed altre contenute in convenzioni internazionali, costituiscono l'espressione più rilevante di questa idea.

Esiste un importantissimo versante internazionale nelle costituzioni democratiche. Esse non si limitano a rappresentare la norma costitutiva di una data comunità, ma in un certo modo servono anche da vincolo con una comunità più ampia – quella delle nazioni democratiche – unita dal comune denominatore dei principî democratici e, soprattutto, dei diritti umani[76]. Nessuna sopresa, quindi, se i tribunali cui spetta la garanzia della Costituzione democratica volgono lo sguardo all'esterno alla ricerca di esperienze e conoscenza all'ora di interpretare i principî costituzionali.

Il riferimento a casi e soluzioni adottate in altri Paesi democratici risponde ad una ricorrente strategia dei tribunali costituzionali che così trovano una via non solo di fondamento delle decisioni ma anche di legittimazione, soprattutto quando decidono contrariamente «alla opinione della maggioranza»[77]. È un modo per riconoscere che il diritto costituzionale di un Paese democratico non si costruisce esclusivamente sulla pura volontà del «popolo». Avere una costituzione democratica significa anche aderire a certi principî che formano parte di una tradizione che si vuole comune, quella delle nazioni democratiche, principî, dunque, dei quali un popolo, che si dica democratico, non potrà disporre unilateralmente senza così porre in pericolo il vincolo che lo lega alla comunità più ampia delle nazioni democratiche. Fino a un certo momento, i tribunali costituzionali hanno costituito un importante nesso tra queste due comunità, contribuendo in maniera decisiva alla costruzione di un diritto costituzionale transnazionale. È una forma di

---

[76] L'Hereux-Dubè cita una opinione di un giudice del Tribunale Supremo australiano che credo esprima molto bene questa sensazione: «Nella misura in cui il testo lo permette, la Costituzione australiana, in quanto legge fondamentale del governo di questo Paese, si uniforma al diritto internazionale, inglobando perciò la parte di questo diritto che esprime diritti basilari. La ragione di tutto ciò sta nel fatto che la Costituzione non solo parla per il popolo dell'Australia che la creò e la accettò per il suo governo, ma parla anche per la comunità internazionale in quanto diritto fondamentale della nazione australiana mermbro di questa comunità», in *The Importance of Dialogue: Globalization …*, cit., p. 25.

[77] Le Corti costituzionali di Sudafrica e Ungheria dichiararono l'incostituzionalità della pena di morte basandosi non sulla lettera della Costituzione, ma sull'opinione maggiormente accoltà in seno alla comunità internazionale delle nazioni democratiche e dopo aver fatto abbondante riferimento al diritto ed alla giurisprudenza stranieri. I commentatori concordano nel sostenere che la maggior parte della popolazione di entrambi i Paesi non era contraria a mantenere la pena capitale, tutt'altro. Per i riferimenti alle sentenze e ad alcuni commenti dottrinali che vi fecero seguito, v. JACKSON e TUSHNET, *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, 1999, pp. 605-607.

«diritto comune» – non certamente una sorta di «super» diritto positivo [nell'originale, «derecho "suprapositivo"», *N. d. T.*] – basato sull'esperienza, sull'«apprendistato collettivo» e che si arrichisce costantemente grazie a nuove apportazioni e dà vita all'interessante fenomeno della *cross-fertilization* [78].

Tale dimensione internazionale sostanzialmente modifica la nozione tradizionale della democrazia come autogoverno di un popolo sovrano. Curiosamente però, non opera con la stessa forza in tutti i Paesi e, questo è il dato più significativo, si percepisce in maniera radicalmente distinta negli Stati Uniti e in Europa, segnando la differenza più evidente tra il costituzionalismo europeo, di carattere marcatamente internazionalista, e il costituzionalismo americano, di forte impronta nazionalista. Da questa prospettiva si comprende facilmente la trasformazione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in una sorta di Corte costituzionale sopranazionale [79] e, in chiaro contrasto, la resistenza della Corte Suprema degli Stati Uniti a citare e lasciarsi influenzare dalla giurisprudenza di corti straniere. Gli Stati Uniti paiono considerarsi dei «produttori» di diritto costituzionale e non dei «destinatari».

Diversi autori si riferiscono alla deliberata autoesclusione degli Stati Uniti dal dialogo internazionale in corso, sempre più incentrato su temi costituzionali [80].

---

[78] Questa idea è presente in tutti i recenti lavori di diritto costituzionale comparato. È interessante l'elaborazione che di essa propone D. ROBERTSON in *Democratic Transitions and a Common Constitutional Law for Europe*, 2000, consultabile in *www.europaeum.org/events/lectures/robertson.html.* Sul fenomeno della «fertilizzazione incrociata» incentivata dal crescente dialogo tra tribunali, si veda, ad esempio, A.-M. SLAUGHTER, *Judicial Globalization*, in *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 2000, pp. 1116-1120; e più di recente della stessa autrice, *A Global Community of Courts*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 44, 2003, pp. 191-219.

[79] La visione della Corte di Strasburgo come corte costituzionale viene difesa ed alimentata dalla stessa Corte: «[S]econdo l'idea che ho io del suo ruolo, la Corte Europea lavora in collaborazione con le corti costituzionali nazionali e le giurisdizioni nazionali con una competenza equivalente. Che sia o meno una "Corte costituzionale" è un problema che ha a che vedere più che altro con la semantica. Possiamo sempre identificarla come corte quasi costituzionale, *sui generis*. Le questioni sulle quali le si chiede di intervenire sono, senza dubbio, di carattere costituzionale nella misura in cui esse incidono sui diritti fondamentali dei cittadini europei». Sono parole di Luzius Wildhaber, Presidente della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, pronunciate nel Discorso al Tribunal Constitucional a Madrid il 7 giugno del 2002, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para el futuro* (il discorso è stato pubblicato sul sito *web* del Tribunal Constitucional, *www.tribunalconstitucional.es*). La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha dichiarato che la Convenzione europea è «uno strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo nell'ambito dei diritti umani» ed è riuscita a consolidare il suo status di interprete supremo della Convenzione. Da tale posizione esercita una influenza significativa sulla configurazione del sistema dei diritti delle costituzioni nazionali nei Paesi membri del Consiglio d'Europa. Si riferisce anche a questo sviluppo A.-M. SLAUGHTER, *Judicial Globalization*, cit., pp. 1109-1112.

[80] Secondo L'Hereux-Dubé, paradossalmente, la reticenza della Corte Suprema degli Sta-

Taluni giudici americani iniziano a denunciarla come una patente anomalia, frutto di una visione equivocata della democrazia fortemente nazionalista [81].

La situazione potrebbe cambiare. Di recente la Corte Suprema degli Stati Uniti ha inserito, credo per la prima volta in un'*opinion of the Court*, il riferimento diretto ad una sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. È stato in *Lawrence v. Texas*, un caso importante del giugno 2003 che rivede la controversa dottrina confermata in *Bowers v. Hardwick* (1986), che in pratica aveva riconosciuto la validità di quelle leggi che in diversi Stati criminalizzavano relazioni sessuali tra adulti omosessuali consenzienti. Il caso europeo citato come riferimento in appoggio alla decisione è *Dudgeon v. United Kingdom*, deciso nel 1981 [82]. Il riconoscimento del valore «persuasivo» di tale giurisprudenza non è banale e forse potrebbe leggersi come il primo passo verso un cambio di orientamento, il quel senso che Rehnquist, Presidente della Corte, «predisse» nel 1998:

> «Durante quasi un secolo e mezzo, i tribunali degli Stati Uniti, mentre esercitavano il potere di *judicial review* non avevano a disposizione precedenti ai quali guardare per dare maggior forza ai propri, dal momento che soltanto i nostri tribunali possedevano una simile autorità. Quando dopo la seconda guerra mondiale vennero creati diversi nuovi tribunali costituzionali, questi guardarono naturalmente, tra le altre fonti, alle pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti, per sviluppare la propria giurisprudenza. Tuttavia, adesso che il

---

ti Uniti ad «unirsi» al dialogo della comunità giudiziale «globale» starebbe facendo perderle influenza in ambito internazionale, *The Importance of Dialogue: Globalization …*, cit.

[81] Ad esempio, il Giudice Breyer della Corte Suprema in *Knight v. Florida*, 528 U.S. (1999) p. 997: «La decisione di considerare i punti di vista della giurisprudenza straniera in casi analoghi non deve sorprendere in una Nazione che dalla sua nascita ha sempre avuto rispetto per tutte le opinioni». In un'opinione dissenziente spesso citata, il Giudice Calabresi ricordava come gli Stati Uniti avessero perduto il monopolio della tecnica del controllo di costituzionalità e che avrebbero fatto male a continuare ad ignorare le novità e le valide soluzioni provenienti da altre giurisdizioni costituzionali. A suo avviso, un simile atteggiamento non avrebbe comportato un «declassamento»: «wise parents do not hesitate to learn from their children» [*United States v. Then*, 56 F.3d (1995), p. 469].

[82] La conclusione della maggioranza della Corte in *Lawrence v. Texas* si appunta sull'idea che il diritto di libertà protetto dalla clausola del *due process* riconosce il pieno diritto di persone adulte a mantenere una relazione privata – intima e consenziente – senza l'interferenza del governo e che la legge del Texas, che puniva la condotta in questione, non poteva far appello ad alcun tipo di interesse pubblico che potesse giustificare l'intromissione nella vita personale e privata. La sentenza fu accompagnata dalle opinioni dissenzienti di tre giudici (Scalia, Thomas ed il Presidente Rehnquist). Nella misura in cui *Bowers v. Hardwick* (478 U.S., pp. 186 ss.) aveva invocato standards etici e morali accettati nella gran parte della «civiltà occidentale» di tradizione giudaico-cristiana, la Corte nel caso *Lawrence* si riferì alla decisione «europea» per contrastare simile argomentazione. Precisò, inoltre, che le pronunce della Corte di Strasburgo hanno autorità in tutti i Paesi appartenenti al Consiglio d'Europa.

> diritto costituzionale si è saldamente consolidato in tanti Paesi, arriva il momento che i tribunali degli Stati Uniti inizino a guardare alle decisioni di altre corti costituzionali come sostegno nel processo decisionale. In generale, i tribunali degli Stati Uniti ed i professori di diritto del nostro Paese si sono mostrati alquanto restii ad impiegare il diritto comparato e le decisioni giudiziarie di altri Paesi. Tuttavia, prevedo che con così tanti tribunali costituzionali avviati oggi nel mondo … questa tendenza cambierà in un futuro prossimo» [83].

In quello stesso anno, il 1998, una delegazione di giudici americani, che ne comprendeva quattro della Corte Suprema, visitò diverse corti europee con competenze costituzionali, allo scopo di studiare i loro metodi di lavoro. Il risultato fu che alcuni giudici della Corte Suprema, pubblicarono le loro impressioni. Breyer, ad esempio, soffermò la sua attenzione sulla dimensione europea che in Europa aveva raggiunto la giurisdizione costituzionale [84]. Sandra D. O'Connor in diverse occasioni si è riferita alla necessità di prestare la giusta attenzione al diritto ed alla giurisprudenza stranieri [85]. Entrambi i giudici, ai quali deve aggiungersi Ginsburg, sembrano formare una piccola coalizione che, dall'interno della Corte Suprema, spinge per l'impiego ed il ricorso alla giurisprudenza straniera ed al diritto costituzionale comparato come «materiale» giudiziario rilevante [86]. Le resistenze, tuttavia, sono notevoli e provengono dalla Corte stessa. Non è solo una questione di inerzia. Altri giudici della Corte si appellano al rispetto della Costituzione *americana* per giustificare lo scarso peso che, a loro modo di vedere, deriverebbe da soluzioni ed orientamenti «stranieri»: «Non dobbiamo dimenticare che è la Costituzione degli Stati Uniti che stiamo interpretando» [87], «L'analisi comparata non

---

[83] W. REHNQUIST, *Constitutional Courts-Comparative Remarks*, 1989, in P. KIRCHHOF e D. KOMMERS (eds.) *Germany and Its Basic Law: Past, Present and Future*. A German-American Symposium, 1993. Riporto la citazione di JACKSON e TUSHNET, *Comparative Constitutional Law*, cit., p. 167.

[84] J.S. BREYER, *Changing Relationships among European Constitutional Courts*, in *Cardozo Law Review*, vol. 21, 2000, pp. 1045-1061.

[85] S.D. O'CONNOR, *Broadening Our Horizons: Why American Lawyers Must Learn About Foreign Law*, 45-SEP FED. LAW. (1998) p. 20. La citazione è di SLAUGHTER, *A Global Community of Courts*, cit., p. 199.

[86] Secondo Charles Fried, l'accettazione di simile materiale supporrebbe un'autentica rivoluzione nelle prassi dei tribunali americani, cfr. C. FRIED, *Scholars and Judges: Reason and Power*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 23, 2000, spec. pp. 818-821.

[87] *Thompson v. Oklahoma* 487 U.S. (1988) p. 869; riporto per intero la nota che accompagna l'opinione dissenziente del Giudice Scalia, che credo assai significativa del suo punto di vista «nazionalista»: «The plurality's reliance upon Amnesty International's account of what it pronounces to be civilized standards of decency in other countries, ante at 830-831, and n. 34, is totally inappropriate as a means of establishing the fundamental beliefs of this Nation. That

serve all'atto di interpretare una Costituzione, mentre certamente è utile al momento di scriverla» [88], «Sebbene il Congresso, in qualità di legislatore, può decidere di prendere in considerazione le tecniche impiegate in altri Paesi nelle questioni che ritiene opportune, la giurisprudenza di questa Corte … non deve imporre agli americani comportamenti, mode o tendenze provenienti dall'estero» [89]. In *Lawrence,* Scalia considera che il richiamo e la discussione nella sentenza della Corte di «punti di vista stranieri» non solo costituisce semplice *obiter dictum*, ma un *pericoloso dictat* [Dangerous dictat].

Effettivamente, l'orientamento della Corte Suprema avrebbe potuto mutare per avvicinarsi ad un'impostazione più cooperativa nell'elaborazione e nell'accoglimento di criteri e standards comuni in materia costituzionale, soprattutto sul terreno dei diritti. Ciononostante, pare difficile che una simile tendenza possa affermarsi fintanto che il governo degli Stati Uniti si conservi nella sua tradizionale posizione poco propensa al riconoscimento di obblighi derivanti dal diritto internazionale in materia di diritti umani. Sul punto l'atteggiamento della Corte Suprema è semplicemente coerente con quella che nel Paese è una posizione ufficiale, ma, in grande misura, anche culturale ed ideologica [90]. Così torniamo all'ipotesi dalla quale siamo partiti:

40% of our States do not rule out capital punishment for 15-year-old felons is determinative of the question before us here, even if that position contradicts the uniform view of the rest of the world. We must never forget that it is a Constitution for the United States of America that we are expounding. The practices of other nations, particularly other democracies, can be relevant to determining whether a practice uniform among our people is not merely an historical accident, but rather so "implicit in the concept of ordered liberty" that it occupies a place not merely in our mores but, text permitting, in our Constitution as well. See *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 325 (1937) (Cardozo, J.). But where there is not first a settled consensus among our own people, the views of other nations, however enlightened the Justices of this Court may think them to be, cannot be imposed upon Americans through the Constitution. In the present case, therefore, the fact that a majority of foreign nations would not impose capital punishment upon persons under 16 at the time of the crime is of no more relevance than the fact that a majority of them would not impose capital punishment at all, or have standards of due process quite different from our own».

[88] Giudice Scalia in *Printz v. U.S.*, 521 U.S. (1997), p. 921. Questa sentenza suscitò un aspro dibattito sull'uso del diritto comparato tra Scalia e Breyer.

[89] Giudice Thomas, *Foster v. Florida*, 123 S. Ct. (2002), p. 470. Anche Thomas respinge il riferimento a «materiali» stranieri che fa Breyer. La discussione tra i due giudici in questa sentenza sembra la prosecuzione di quella iniziata in *Knight v. Florida* (1999), cit. In quella occasione, Thomas si sbarazzò dei richiami alla giurisprudenza straniera indicando che «se ci fosse un qualche argomento a sostegno [della tesi dell'accusato] nella nostra stessa giurisprudenza, non sarebbe affatto necessario a supporto delle allegazioni basarsi sulla corte europea dei diritti umani o sulla corte suprema dello Zimbabwe o sulla corte suprema indiana o sul *Privy Council*» [*Knight*, p. 990].

[90] Glendon pone in rilievo come gli Stati Uniti abbiano il dubbio privilegio distintivo di

la concezione della democrazia costituzionale determina il modo di intendere il ruolo dei tribunali a garanzia della Costituzione … e della democrazia.

Gli americani hanno sempre considerato che i valori incorporati nella dichiarazione di indipendenza e traslati nella Costituzione siano «universali», senza tuttavia mai incontrare una fonte di legittimazione democratica che vada più in là di quella derivante dalla sovranità nazionale:

> «Detto in modo schematico e oltremodo semplificato, gli americani sono inclini a ritenere che non sussista legittimazione democratica ulteriore rispetto a quella dello Stato-nazione costituzionale e democratico … [G]li europei, di contro, pensano che la legittimazione democratica sia relazionata con la volontà di una comunità ben più ampia dello Stato-nazione individuale … In merito alle due fonti di legittimazione, direi che gli europei sono nel giusto in teoria, ma nella pratica sbagliano … se è vero che l'ordine superiore dei valori liberal democratici può teoricamente esistere, è altresì vero che esso viene in maniera imperfetta incarnato da qualunque istituzione internazionale conosciuta. L'idea stessa che questa legittimazione discenda da un incorporeo e ben formato strato internazionale anziché ascendere dalle legittime platee democratiche concretamente situate nello strato dello Stato-nazione, potenzialmente invita all'abuso da parte di élites, che sono quindi libere di interpretare la volontà della comunità internazionale per uniformarla alle proprie preferenze» [91].

A questo punto potrebbe concludersi la caratterizzazione dei «costituzionalismi» americano ed europeo, una volta posto in rilievo, cioè, il tratto «nazionalista» del primo e quello più marcatamente «universalista» ed «internazionalista» del secondo. Tuttavia, è possibile lavorare su altre ipotesi per ciò che fa riferimento alla evoluzione del ruolo delle corti costituzionali europee.

La posizione di indubbia influenza da esse assunta nei rispettivi sistemi costituzionali potrebbe subire una qualche alterazione se col passare del tem-

---

essere l'unica democrazia liberale a non aver ratificato una serie di importanti strumenti internazionali in materia di diritti umani, segnatamente i due Patti delle Nazioni Unite in tema di diritti civili e politici, e di diritti economici, sociali e culturali. «Simile reticenza, senza dubbio, è in gran parte imputabile al nostro prudente rifiuto di sottometterci alla giurisdizione di organizzazioni internazionali dominate dai critici degli Stati Uniti. In particolare, tuttavia, per quanto attiene ai diritti economici e sociali, il nostro rifiuto va attribuito anche alle nostre idee predominanti su che tipo di bisogni, di beni, di interessi e valori debbano caratterizzarsi come diritti fondamentali. Altra ragione verosimile è quella per cui il sistema giudiziario americano non sarebbe pronto a far fronte alle possibili conseguenze del riconoscimento di un nuovo tipo di interesse come diritto fondamentale», M.A. GLENDON, *Rights in Twentieth-Century Constitutions*, cit., p. 526 (si omettono le note).

[91] F. FUKUYAMA, *Has History Restarted Since September 11?*, testo della conferenza tenuta a Melbourne, l'8 agosto 2002 e pubblicata dal *Center for Independent Studies* di Sydney (consultabile sulla pagina *web* dell'istituto).

po il loro «deficit rappresentativo» cominciasse ad essere letto più come una lacuna che come garanzia di neutralità e imparzialità. La difficoltà contromaggioritaria potrebbe rivelarsi qualcosa di più di una semplice mania della dottrina nordamericana. Georg Nolte suggerisce che l'«era Warren», nella quale paiono trovarsi le corti costituzionali europee, potrebbe passare ed essere seguita da una fase ulteriore meno «liberale». Se questo accadesse, il potere politico di questi tribunali si mostrerebbe in tutta la sua nudità e generalizzerebbe la critica finora riservata ad alcune pronunce isolate [92].

D'altra parte, il consolidamento della posizione di supremazia delle corti europee con giurisdizione sovranazionale nello sviluppo di un diritto comune europeo, che si impone sui diritti costituzionali nazionali, incide in maniera assai complessa sull'autorità dei tribunali costituzionali nazionali.

Si è già detto della necessità di fissare formule di cooperazione tra queste giurisdizioni e si è posto altresì in rilievo il problema dell'apparizione – secondo l'espressione di Breyer – della «*judicial review* dalla porta posteriore», giudici ordinari nazionali, cioè, che controllano il diritto che applicano prestando attenzione alle indicazioni e alla giurisprudenza delle corti europee sovranazionali [93]. A tale proposito, vorrei solo sottolineare che se le corti costituzionali intendono affermare la loro posizione di garanti dei principî base dei sistemi politici costituzionali democratici – porrei l'accento sulla componente «democratica» – forse la loro attività dovrebbe più intensamente concentrarsi sul controllo del «corretto» funzionamento del processo interno di adozione delle decisioni, lasciando in secondo piano il compromesso – non necessariamente più esigente di quello di un qualunque altro tribunale nazionale – con il fine della integrazione degli ordinamenti nazionali europei. Non tradirebbero il ruolo tradizionalmente loro assegnato se orientassero i loro sforzi alla protezione della competenza del legislatore democratico e a convalidare la legittimità delle decisioni della maggioranza che non travalicano il

---

[92] G. Nolte, Conferenza Introduttiva *European and American Constitutionalism: Comparison and Identity*, UniDem Seminar, Göttingen (Germania), 23-24 maggio 2003. Di particolare interesse sono anche le riflessioni di Jutta Limbach, quando fa riferimento alla potenziale perdita di capacità pacificatrice del Tribunale costituzionale tedesco, in *Papel y poder del Tribunal Constitucional*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 4, 1999, pp. 93-126. Limbach, Presidentessa del Tribunale, si riferisce alle critiche scaturite a seguito di una serie di decisioni costituzionali su temi «sensibili», come quelle sul «Crocifisso», sui «Soldati sono assassini», sul *Sitzblockaden*, su «fumare Cannabis», sullo «spionaggio della Repubblica Democratica Tedesca» (pp. 106-107).

[93] Secondo Breyer, chiaramente, il caso significativo è quello dei tribunali francesi e si domanda se in alcun momento, «inizierà a risultare anomalo che i giudici francesi applichino diritto "costituzionale" europeo ma non francese?», *Changing relationships among European Constitutional Courts*, cit., pp. 1059-1060.

limite costituzionale. A mio avviso, la considerazione nei confronti del legislatore democratico non solo esige il *self-restraint* di questi tribunali ogni volta che, decidendo sulla portata dei principî costituzionali, corrono il rischio di invadere l'ambito di libera disposizione del legislatore. Nella misura in cui il processo democratico possa veder compromesso il suo valore dall'introduzione di nuovi obblighi e di nuovi limiti non previsti in precedenza dalla Costituzione, spetta alle corti costituzionali preservare il «diritto» della maggioranza a decidere sull'assunzione di tali nuovi obblighi e limiti e su come renderli effettivi. In definitiva, non esiste alcuna ragione che derivi dalla teoria della Costituzione democratica che imponga ai tribunali costituzionali europei di far proprio l'orientamento di istanze giudiziali sopranazionali, che essi decidano in base a valutazioni «non democratiche», né, men che meno, di limitare il potere di decisione della maggioranza di un Paese a garanzia di un diritto la cui legittimazione poggia su basi e criteri distinti da quelli costituzionali.

Questo è, chiaramente, un altro tema di discussione [94]. Mi limito ad osservare che quando ho trattato del ruolo delle corti costituzionali nella configurazione di un diritto costituzionale transnazionale, non mi stavo riferendo alla particolare costruzione ed alla dinamica del diritto «europeo» che non risulta da una «tradizione costituzional-democratica» condivisa.

---

[94] Esso è ben proposto, ad esempio, in A.M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET e J.H. WEILER (eds.), *The European Courts and National Courts*, Hart Publishing, Oxford e Portland, Oregon, 2003, ristampa; e in J. SCHWARZE (ed.), *The Birth of a European Constitutional Order. The Interaction of National and European Constitutional Law*, Nomos, Baden-Baden, 2001.

Guerra giusta? Tra teologia e diritto

di *Pierluigi Consorti*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le tesi classiche sulla giustificazione della guerra. – 3. L'universalismo cristiano e la giustificazione della guerra *ad intra*. – 4. Esiste una guerra giusta? Fra etica e diritto – 5. Dalla teologia della guerra alla teologia della pace. – 6. La guerra può essere santa? – 7. L'uomo e la guerra; lo stato e la guerra; gli stati e la guerra. – 8. La guerra è sempre ingiusta: *a*) per la teologia; *b*) per il diritto.

Premessa

Il tema della guerra giusta è prepotentemente tornato di attualità all'inizio del terzo millennio. Si tratta di una questione remota che affonda le sue radici all'inizio della storia antica, e che appare oggi attraverso filtri rinnovati e tuttavia presenta domande analoghe a quelle del passato, spesso liquidate in una superficiale accettazione delle tesi che legittimano la guerra, sebbene in presenza di determinate condizioni.

Di quelle tesi antiche – passate di generazione in generazione – siamo ormai portati ad assumere la sintesi delle argomentazioni, molto spesso riducendole a casistiche giuridico-morali attraverso le quali semplificare la sostanza più profonda che le sosteneva. In genere, ci limitiamo a ricordare che la guerra è un male, ma esiste da sempre e perciò va considerata un male necessario, inevitabile. Talvolta addirittura un male utile [1].

Come accennato questo tema è affrontato già nella riflessione filosofica più antica. Filosofi greci e latini hanno discusso attorno alla legittimità della guerra, sostanzialmente osservata come «un fatto naturale, come la nascita e

[1] Di questa linea di pensiero è, fra gli altri, C. JEAN, *L'uso della forza. Se vuoi la pace comprendi la guerra*, Laterza, Bari, 1996.

la morte»[2], magari tragico o catastrofico, ma indipendente dalla volontà umana. Gesù stesso fa riferimento ad un attentato terroristico indicandolo come un evento ineluttabile, davanti al quale Egli presenta la soluzione teologica: che è la conversione a Dio[3]. La questione ha assunto però uno spessore diverso nel primo millennio, quando i cristiani si sono posti il dilemma relativo alla responsabilità personale connessa alla loro partecipazione agli eventi bellici. Si può dire che il tema è stato essenzialmente guardato sotto due principali punti di osservazione: *a)* la guerra nonostante Dio, *b)* la legittimità per il cristiano di partecipare alla guerra. La riflessione teologica e morale (diremmo oggi: di teologia morale) era insomma collegata, da un lato, alla ricerca del motivo per cui la guerra fosse possibile nonostante la redenzione operata dal Cristo – che incarnandosi aveva reso possibile all'uomo vivere una presenza amichevole di Dio –, e, dall'altro lato, alla ricerca di regole che giustificassero la condotta del singolo cristiano che, fra l'obbligo di obbedienza al comando divino "non uccidere" e a quello terreno di partecipare alla guerra, avesse scelto quest'ultimo.

Dopo la *respublica christiana* il tema cambia nuovamente prospettiva, e sarà svolto nel quadro dei rapporti fra le genti.

In questa sede vorrei dimostrare che per secoli la teologia cristiana «sulla guerra e sulla pace» è stata quasi esclusivamente una teologia della guerra; in senso assoluto fino al Settecento (con qualche rara eccezione) ed in senso parzialmente funzionale alla costruzione di un nuovo universalismo dal Settecento in poi. È diventata però teologia della pace (detta più precisamente della «pace positiva») nel Novecento, abbandonando ogni giustificazione teologica della guerra[4]. In particolare, questa svolta si è realizzata dopo la deflagrazione della bomba atomica, quando l'umanità si è posta il

---

[2] A. MOMIGLIANO, *Alcune osservazioni sulle cause di guerra nella storiografia antica*, in *Storia e storiografia antica*, Il Mulino, Bologna, 1987, p. 56 (l'A. si riferisce qui al mondo ellenistico).

[3] Cfr. Lc. 13, 2-5. Questa impostazione della questione ho tentato di chiarirla ed approfondirla in *La rivincita della guerra? Le ragioni di Bush a confronto con quelle di Wojtyla*, Edizioni Plus, Pisa, 2003.

[4] Cfr. a questo riguardo L. LORENZETTI, in ID. (a cura di), *Dizionario di teologia della pace*, EDB, Bologna, 1997, p. 128, che a sua volta precisa che «l'evoluzione del pensiero cattolico nella riflessione teologica [...] porta alla delegittimazione di ogni guerra, sia di offesa sia di difesa [...] Non ci sono aggettivi (giusta, necessaria) che la possano riscattare». In senso conforme, A. CAVAGNA, *Per una prassi di pace*, EDB, Bologna, 1996; J. COMBLIN, *Teologia della pace*, Paoline, Cinisello Balsamo (Mi), 1962 e 1966; B. HARING, *La forza terapeutica della non-violenza: per una teologia pratica della pace*, Paoline, Cinisello Balsamo (Mi), 1987; G. MAZZILLO, *La teologia come prassi di pace*, La Meridiana, Molfetta (Ba), 1988; ulteriori indicazioni bibliografiche *infra*.

problema dell'«ultima guerra», vale a dire quando la minaccia termonucleare aveva reso possibile immaginare una guerra che conducesse alla distruzione totale dell'umanità. Dopo la *Pacem in terris* e dopo il Concilio Vaticano II è diventato impossibile riflettere teologicamente sulla guerra, definitivamente assegnata allo spazio del male e del peccato, sia individuale sia strutturale [5].

Tuttavia in questi ultimissimi anni la riflessione filosofica sembra tornata a dividersi fra una tendenza improntata a dimostrare il valore assoluto della pace ("senza se e senza ma") ed una opposta tendenza che, recuperando temi antichi, torna a parlare di legittimazione della guerra intesa ancora una volta come evento naturale, oppure più modernamente come "continuazione della politica", ovvero come etica del "minor male". Va segnalato però che questa discussione filosofica non trova riscontro nel dibattito teologico, sia cattolico sia protestante, che come accennato ormai non accetta più di accostare Dio alla guerra, e tanto meno di immaginare Dio come autore della guerra. Per la Chiesa cattolica in particolare questa impostazione appare supportata da un magistero costante che a partire da Benedetto XV insiste sulla condanna assoluta della guerra. Dio è il nome stesso della pace, colui che dona la pace vera agli uomini, che trovandosi in condizione di peccato non sanno goderne e lo sperperano causando ingiustizie e guerre.

Cionostante, da un diverso punto di vista, ossia non più teologico ma di politica ecclesiastica, si può considerare che talvolta la posizione della Santa Sede non è apparsa ugualmente solida e forse incline ad assecondare elementi contingenti: ma la questione – molto interessante – supera i limiti di questo studio e verrà dunque presa marginalmente in esame nel quadro degli aspetti giuridici che verranno più volte richiamati [6].

2. Le tesi classiche sulla giustificazione della guerra

Procedendo con ordine possiamo ricordare che storicamente per i cristiani la questione della legittimità della guerra si è posta solo dopo l'emancipa-

---

[5] Sulla continuità della *Pacem in terris* nei successivi documenti pontifici, cfr. L. Tosi, *La cooperazione allo sviluppo dalla* Pacem in terris *alla* Populorum progressio, in A. Giovagnoli (a cura di), *Pacem in terris tra azione diplomatica e guerra globale*, Guerini e associati, Milano, 2003, p. 147 ss.

[6] Affronto l'argomento in modo diretto nel mio *L'avventura senza ritorno. Pace e guerra fra diritto internazionale e magistero pontificio*, Edizioni Plus, Pisa, 2004.

zione. Infatti, nei primi tre secoli successivi alla nascita di Cristo, non solo il rifiuto di partecipare alla guerra, ma anche quello di militare nell'esercito imperiale – circostanza che peraltro non era prevalentemente conseguenza di un obbligo [7] – rappresentava una forma di testimonianza della fede in Cristo alternativa allo *status quo ante*. Sono diversi gli atti di martirio originati proprio dall'obiezione di coscienza al servizio militare, o alla partecipazione alla guerra [8].

Tuttavia dopo Costantino (più precisamente, dopo l'editto di Teodosio) un eventuale rifiuto dei cristiani – ormai diventati una forza sociale inserita a pieno titolo nell'Impero – di partecipare pienamente alle scelte politiche e militari avrebbe significato contestare la legittimità stessa dell'*auctoritas romana*. Da qui la propensione della cattolicità trionfante a guardare con minore radicalità al servizio militare – che in teoria restava comunque un male da condannare – e con più accondiscendenza a certi compromessi personali – basti ricordare il fenomeno dei *lapsi* [9] – e le guerre di difesa dell'ordine costituito [10].

La famosa tesi agostiniana delle due città assolveva pienamente a tale funzione edulcoratrice della radicalità dei macarismi [11]. L'attribuzione della mancata attuazione della promessa divina alla responsabilità dell'uomo – e del popolo romano in particolare [12] – significava che nella città degli uomini la

---

[7] G. Brizzi, *Il guerriero, l'oplita, il legionario. Gli eserciti nel mondo classico*, Il Mulino, Bologna, 2003.

[8] Per tutti, cfr. P.A. Gramaglia, *L'obiezione di coscienza nei primi secoli della chiesa*, in A. Cavagna (a cura di), *I cristiani e l'obiezione di coscienza al servizio militare*, EDB, Bologna, 1992, p. 47 ss. Il riferimento più diretto va in genere ad Origene, che, commentando Mt. 26, 52 affermava «non è lecito sguainare la spada né per fare la guerra né per far valere i nostri diritti né per alcun motivo, perché questo comandamento evangelico non tollera alcuna eccezione». Qualche critica a questa tradizionale linea di riflessione è stata recentemente condotta – sebbene con un apparato documentale di tipo antologico – da F. Pasetto, *Pacifismo profetico e pacifismo politico. Note per una teologia cristiana della pace*, EDB, Bologna, 2002, spec. p. 87 ss.

[9] Com'è noto, i *lapsi* erano i cristiani che non avevano il coraggio di abiurare, e che dopo un primo momento di condanna da parte della comunità, furono successivamente ammessi a riprendere la vita cristiana e partecipare ai sacramenti. Non ci volle troppo tempo perché la pratica si estendesse ai *relapsi*, ed infine si ammise il perdono in modo pieno (cfr. L. Chebalier, *Les lapsi dans l'Eglise d'Afrique au temps de S. Cyprien*, Legendre, Lyon, 1904).

[10] Cfr. M. Toschi, *Pace e guerra nell'età costantiniana*, in *I cristiani e l'obiezione di coscienza*, cit., p. 65 ss.

[11] La tesi costituisce il cuore dell'insegnamento di P. Bellini, che sul tema specifico può essere letto in *Il gladio bellico. L'idea della guerra nella canonistica classica*, Torino, Giappichelli, 1999.

[12] Sul punto, cfr. P. Bellini, *Excidium urbis. Chiesa, Impero, Barbari in un'età di transizio-*

guerra era dovuta al peccato. Tuttavia, siccome nella città degli uomini vigeva il principio assoluto dell'obbedienza all'autorità legittima, il cristiano non poteva disobbedire nemmeno quando gli si chiedeva di trasgredire un comandamento divino. Ne derivano alcuni accomodamenti dei precetti originari. Ad esempio *militare* non era peccato, ma *pugnare* restava illecito; perciò si poteva svolgere il servizio armato e persino partecipare per obbedienza ad una guerra, ma uccidere restava un peccato.

È chiaro che il soldato cristiano che avesse partecipato ad una spedizione bellica avrebbe dovuto combattere e magari uccidere, perciò era prescritto che prima di essere riammesso nella *ecclesia* dovesse espiare una penitenza [13]. Le questioni alte dell'obbedienza *magis deo quam hominibus* appaiono dunque relegate all'etica della città celeste, ove «non v'è né lutto, né lamento, né affanno» [14].

Va peraltro segnalata una propensione della teologia dell'epoca ad identificare le sorti della cristianità con quelle dello stato nel quale essa è inserita [15]. Ad esempio si è soliti dire che sant'Agostino abbia precostituito i termini di riferimento per la giustificazione della guerra, ma «il contesto nel quale si inserisce la sua riflessione è invece piuttosto quello della guerra santa: si tratta dello scontro fra l'Impero romano, assimilato alla Cristianità, ed il mondo barbarico, assimilato al paganesimo e all'eresia [16]. Sono questi i criteri ripresi successivamente in ordine alla ricostruzione dell'Impero romano – questa volta anche *sacro* – con cui si legittimavano i combattimenti necessari per mantenere la stabilità dell'*auctoritas* civile alleata della Chiesa. La lotta contro i Sassoni, costretti al battesimo, è un paradigma della modalità di guerra cristiana condotta dai Franchi in nome di Dio (*gesta Dei per Francos*) [17].

---

ne, S*aeculum christianum. Sui modi di presenza della Chiesa nella vicenda politica degli uomini*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 3 ss.

[13] Cfr. in proposito AGOSTINO, *Contra Faustum manichaeum*, XXII, 75.

[14] Sul punto cfr. M. TOSCHI, *La svolta di Costantino*, in *Mai più la guerra. Per una teologia della pace*, La Meridiana, Molfetta (Ba), 1998, p. 137.

[15] «Il discorso dei papi sulla pace e la violenza è spesso un messaggio che risuona tra popoli appassionati ai loro destini nazionali e indifferenti o contrari a superarli», secondo un'acuta osservazione – pur riferita al Novecento – di A. RICCARDI, *La pace possibile. Il cristianesimo, la guerra e la violenza nel Novecento*, in *Democrazia e cultura religiosa. Studi in onore di Pietro Scoppola*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 139.

[16] Così G. MINOIS, *La Chiesa e la guerra. Dalla Bibbia all'era atomica*, Dedalo, Bari, 2003 (ma originale del 1994), p. 87.

[17] D'obbligo il rinvio all'opera di GUILBERTO DA NOGENT, *Dei gesta per Francos.* Si veda l'edizione critica curata da M.-C. GARAND, *Geste de Dieu par les Francs*, Brepols, Turnhout, 1998, e *Sogni e memorie di un abate medievale. La «Mia Vita» di Guiberto di Nogent*, a cura di F. CARDINI e N. TRUCI CAPPELLETTI, Europia, Novara, 1986.

Finito il pericolo delle invasioni (IX secolo) l'Europa si trovava in realtà ancora divisa al suo interno «tra migliaia di signori, ciascuno dei quali disponeva di una propria base di potere, e doveva fedeltà ad un astratto signore superiore la cui autorità era effettiva solo nella misura in cui poteva imporla»[18]. La guerra continuava perciò a presentarsi come circostanza ordinaria, non solo atta alla soluzione di controversie esterne, ma anche a stabilire i rapporti di forza interni. Si ricorrerà alla guerra lungo tutta la fase monistica della *Respublica christiana*, che doveva difendere se stessa dagli attacchi degli eretici e dei dissidenti. L'identificazione del cristianesimo con la nazione europea costituiva il substrato della unione inscindibile tra *civis* e *fidelis* e che spesso si concretizzava in un dissidio interno al cristianesimo, ancora non riformato, che superava i principali momenti di conflitto attraverso il ricorso alle armi. Così la Chiesa non si faceva scherno di ricorrere alla forza armata per difendere la sua autorità: un esempio macroscopico è dato dalla crociata contro gli albigesi (1209-1229). Solo a Béziers furono uccise 30.000 persone: «Uccideteli tutti, Dio riconoscerà i suoi», avrebbe detto il legato pontificio a chi gli faceva osservare che nella città avrebbero potuto esserci anche cristiani non eretici [19]. Si può affermare con una certa tranquillità che la necessità di giustificare la guerra come evento in sé era assente dall'orizzonte del pensiero cristiano – assolutamente consono a quello dei contemporanei, sia in epoca romano pagana, che romano cristiana prima e feudale poi. La guerra era pur sempre un evento naturale – come del resto la schiavitù o la stratificazione delle classi sociali – e ci si preoccupava piuttosto di proporre regole abbastanza chiare che giustificassero la partecipazione del cristiano alla guerra, ed indirettamente la guerra stessa come struttura naturale. Ecco perché in questa fase si può parlare propriamente di una teologia (e filosofia) della guerra.

3. L'universalismo cristiano e la giustificazione della guerra *ad intra*

In realtà, le «giustificazioni cristiane» delle guerre corrispondono a delle primitive classificazioni delle stesse ed alla volontà della Chiesa di dominarle. Lasciando ora da parte Agostino, che incarna la preoccupazione del cristia-

---

[18] M. Howard, *L'invenzione della pace. Guerre e relazioni internazionali*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 20.

[19] Così P. Crépon, *Le religioni e la guerra*, Il melangolo, Genova, 1992 (ma originale 1981), p. 100.

nesimo lealista del IV secolo e che parla ai cristiani e non all'Imperatore, vediamo che gli interventi successivi tendono piuttosto a fissare i parametri della legittimazione del principe a muovere guerra nonché quelli relativi alla condotta da mantenere durante la guerra. In altri termini in questa fase non è più in causa la legittimità del cristiano di partecipare alla guerra, giacché è assodato che egli debba comunque sottostare all'ordine dell'autorità. Si guarda piuttosto alla condotta che l'autorità deve tenere perché la guerra sia *giustamente* dichiarata. Si cercano cioè le *giustificazioni* della guerra in sé.

Sotto il profilo teorico questo dato costituisce un importante punto di partenza, che, sebbene parzialmente, modifica il tradizionale angolo di osservazione. Infatti, le tesi sulla giustificazione della guerra non sono da intendere come fonti di legittimazione morale della guerra, ma come condizioni procedurali per poterne assumere la sua non assoluta illiceità. Nel caso del *bellum* la *iustitia* non concerne elementi morali, ma limiti procedurali che rendono il *bellum* stesso accettabile nella logica della divisione dell'ordine temporale da quello spirituale.

In quest'ottica Graziano prima e san Tommaso poi precisano che la guerra è giustificata in presenza di condizioni daterminate: *a)*, occorre che l'autorità che la impone sia *legittima*, *b)* che combatta per una *giusta causa* e *c)* che sia animata da una *retta intenzione*. L'adozione di un simile schema nel testo giuridico più importante dell'epoca, ossia il *Decretum* di Graziano – che secondo recenti studi può essere considerato come l'inizio del diritto occidentale in senso proprio poiché appare come un primo tentativo di distinguere gli elementi morali dell'imperativo giuridico da quelli assolutamente coercitivi [20] – si rivela ancora come espressione della subordinazione formale dell'ordinamento positivo a quello divino, e perciò le formule normative contengono richiami formidabili agli elementi teologici e morali più risalenti: non di *causa* si discute, ma di *giusta causa*; non di *intenzione*, ma di *retta intenzione.* Ed è evidente che l'aggettivo fa aggio sul sostantivo [21].

Altri teologi di epoca successiva hanno ragionato in modo analogo. Ad esempio Francisco da Vitoria ha delineato a sua volta tre regole di tipo pro-

---

[20] Cfr. H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Il Mulino, Bologna, 1998.

[21] Il tema è stato molto discusso nella dottrina canonistica della metà del secolo scorso. All'impostazione prevalente (per la quale cfr. P. FEDELE, *Considerazioni* sull'*efficacia dei patti nudi nel diritto canonico*, in *Annali dell'Università di Macerata*, 1937, p. 183 ss.; O. GIACCHI, *Sostanza e forma nel diritto della Chiesa*, in *Jus*, 1940 e in *Il consenso nel matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 1940, p. 17) si è contrapposta la dottrina di P. BELLINI, sistematicamente enunciata in *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico. Con particolare riferimento ai secoli XII e XIII*, Giuffrè, Milano, 1964, e successivamente ripresa in molti altri scritti.

cedurale che legittimano la condotta del sovrano *ad bellum*: che è limitata dalla necessità di non abusare dello strumento bellico, di non spingere le ostilità oltre il necessario per risarcire i propri diritti, di non infierire contro lo sconfitto[22]. Si tratta di elementi abbastanza vaghi, lasciati in definitiva alla valutazione caso per caso dell'autorità ecclesiastica, che difatti fra le cause di delegittimazione della guerra aveva espressamente inserito il divieto di combattere contro chierici e vescovi, ovvero di causare danni alle proprietà ecclesiastiche. Per questa via la Chiesa mantiene un ruolo francamente ambiguo; da un lato affermava a gran voce che «*regulariter bellum iniustum est et damnatum*»[23], perciò si arrogava l'autorità di fissare periodi di tregua (la cosiddetta *Tregua Dei*[24]) e ulteriori condizioni limitative della guerra stessa, ma dall'altro lato – e nel contempo – assumeva il ruolo di arbitro dei conflitti, stabilendo essa quale guerra fosse lecita e quale no, senza esitare talvolta a chiamare i sovrani a combattere in sua difesa o in difesa della cristianità (le crociate, *ça va sans dire*)[25].

Come si vede, il metro della giustizia non risiede più nella naturalità della guerra, ma nella condotta dell'autorità. Ne deriva che in presenza di determinati elementi giustificatori la guerra può essere giusta per tutti i contendenti: che in ipotesi possono legittimamente affrontarsi in nome della giustizia e persino in nome di Dio. Solo la Chiesa può eventualmente interpretare le circostanze concrete ed attribuire la patente di legittimità ad una o all'altra delle parti in lotta. Si noti bene che tali dilemmi riguardano solo la coscienza dei principi e dei vescovi: i sudditi devono limitarsi ad obbedire in ogni caso al loro sovrano.

La questione viene affrontata con una certa attenzione da Ugo Grozio, un teologo di confessione protestante che si cimenta con l'aggiornamento delle tesi giustificatrici della guerra. Grozio considera la nascita degli stati territoriali una novità decisiva per la comprensione di questi temi, che quindi impo-

---

[22] F. DA VITORIA, *Relectio de indis*, testo critico di L. Perena, edizione italiana e traduzione a cura di A. LAMACCHIA, Levante, Bari, 1996.

[23] Il broccardo così enunciato è in ENRICO DA SUSA, *Lectura*, Venetiis, 1581, f. 136, cap. 29 *sicut*, X, *de iureiurando*, 2, 24, n. 1, per cui cfr. P. BELLINI, *Il gladio bellico*, cit., p. 21 ss.

[24] Non risultano lavori monografici di autori italiani su questo istituto tipico della guerra medievale (per cui cfr. P. CONTAMINE, *La guerre au Moyen Age*, Gallimard, Paris, 1980 [trad. it. *La guerra nel Medioevo*, Il Mulino, Bologna, 1998]), il rinvio è quindi ai testi classici di H. HOFFMANN, *Gottesfriede und Tegua Dei*, Hierseman, Stuttgart, 1964 ed W. ROWAN, *The Truce of God,* The Pilgrim Press, New York, 1983.

[25] Approfondisco questo tema in *L'avventura senza ritorno. Pace e guerra fra diritto internazionale e magistero pontificio*, Edizioni Plus, Pisa, 2004, p. 22 ss. Sulla natura interna degli scopi delle crociate, cfr. P. ZERBI, *Papato, impero e «respublica christiana» dal 1187 al 1198*, Vita e pensiero, Milano, 1980.

sta in una logica diversa, che oggi definiremmo delle "relazioni internazionali" [26]. La sua riflessione ha il merito di aggiornare i temi del passato alla situazione contemporanea, estromettendo definitivamente dalla questione argomenti di carattere religioso o morale, che la Chiesa peraltro non aveva più la forza di rendere dirimenti. A suo parere la legittimità della guerra dipende solo dall'osservanza di determinate formalità che regolano i rapporti fra le genti.

Così facendo inaugura una nuova linea di pensiero, che sarà in seguito definita *pacifismo giuridico*, alla quale aderiranno fra gli altri Kant e Fichte, e poi Kelsen e, da ultimo, Bobbio. Una corrente presente però anche in autori meno noti, come ad esempio Castel, Crucé e Witzel. Secondo questa impostazione giuridica le norme *intersoggettive* prevalgono su quelle *intrasoggettive;* il diritto prende dunque il posto della morale [27]. La "guerra giusta" non è più quella moralmente giusta, ma quella "giuridicamente giusta", che più propriamente dovrebbe definirsi "guerra legittima". Insomma la qualificazione «giusta» è accettabile quando si realizzi un'azione al tempo stesso «conforme al diritto vivente» e portatrice di un'affermazione di valore «per cui quel diritto è tale che è *obbligatorio* rispettarlo e farlo rispettare» [28]. Per questa strada i pacifisti giuridici cercano di dimostrare che i conflitti possono essere risolti attraverso le regole del diritto e non con la forza delle armi [29].

Si tratta di un significativo passo in avanti, dato che precisa che *la guerra non è un conflitto, ma uno strumento di definizione del conflitto stesso*. Vale a dire un mezzo per ottenere qualcosa – magari il risarcimento di un diritto leso – posto nella disponibilità dell'uomo e non un accidente della natura o l'espressione della volontà di Dio. Soprattutto, il ricorso al diritto ed alla fissazione di regole procedurali di carattere generale rende secondario il fatto che i contendenti possano credere di essere nel giusto, oppure di combattere animati da retta intenzione e per una giusta causa, ovvero in nome di Dio.

---

[26] Sul valore dell'opera di Grozio cfr. D.J. BEDERMAN, *Grotius and his Followers on Treaty Construction*, in *Journal of the History of International Law*, 2001, 3, p. 18 ss. (con aggiornate indicazioni bibliografiche).

[27] L. BONANATE, *La guerra*, Laterza, Roma-Bari, 1998, p. 101.

[28] G. PONTARA, *Guerre, disobbedienza civile, nonviolenza*, EGA, Torino, 1996, p. 25.

[29] La definizione di «pacifismo giuridico» è stata fatta *a posteriori*, e quindi comprende autori che in realtà hanno proposto tesi diverse fra loro, con mille sfumature che non è possibile esaminare in questa sede (cfr. a questo proposito *Filosofi per la pace*, a cura di D. ARCHIBUGI e F. VOLTAGGIO, Editori Riuniti, Roma, 1991). Sul punto cfr. tuttavia, nel merito, N. BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bologna, 1991, *passim* (ma spec. nel primo saggio) e, con riferimento ad alcuni autori, L. LIPPOLIS, *Rispetto dei diritti e pace giusta*, Giuffré, Milano, 2000.

Queste circostanze appaiono subordinate al rispetto delle regole fissate dal diritto, la cui osservanza consente di evitare che siano le armi a stabilire da quale parte del campo di battaglia si sia collocato il volere di Dio. Sembra necessario a questo punto chiarire che quando nel dibattito teologico si parla di «guerra giusta» si fa riferimento proprio alla guerra giustificata dalle regole proposte dal diritto (quindi meglio sarebbe dire «guerra lecita» o «legittima») perché la condotta violenta è sempre contraria alla legge di Dio. Tornerò sul punto. Per ora è sufficiente segnalare l'intreccio fra argomenti morali o religiosi ed aspetti giuridici presente nelle tesi fin qui ricordate. La relazione fra diritto e morale non costituisce certo un elemento specifico del tema guerra/pace, ma in questo settore si evidenzia in modo originale, continuamente in bilico fra spinte etiche ed aspetti procedurali, fra sentimenti soggettivi ed opportunità oggettive, fra condotte personali e bene comune.

Questa circostanza ha provocato nella cultura occidentale un atteggiamento ambiguo nei confronti della guerra, conteso fra ripulsa di principio ed accettazione pragmatica, che sembra radicato in questa antica impostazione della questione. Da un lato si condanna senza appello la guerra come strumento di soluzione dei conflitti, ma dall'altro lato si ammette l'uso – seppure eccezionale – della forza armata, dimostrando di non essere in grado di liberarsi dalla guerra ntesa come istituzione sociale (declinando così la necessità di trovare strumenti alternativi).

Le argomentazioni appena riferite appartengono però ad un periodo storico vissuto all'insegna del *monismo*, in cui l'unità del popolo cristiano provocava una sorta di identificazione fra ideali civili e religiosi. Gli elementi unificanti della *respublica sub deo*, tipici del basso medio evo, cominciano a perdere vigore quando in Europa si affacciano le prime autonomie politiche. L'Impero resta un ideale, perché di fatto il potere è gestito a livello locale e si affrontano i primi tentativi di costruzione positiva della pace.

Vale a dire che la pace, e non più la guerra, sono talvolta al centro dell'attenzione dei pensatori. Marsilio da Padova è fra i primi a segnalare che la costruzione della pace costituisce un obiettivo dell'autorità pubblica, la quale deve fissare le regole per stabilire cosa sia lecito ed illecito indipendentemente dalla autorità ecclesiastica (si tratta dell'eccezione alla quale facevo riferimento in premessa) [30].

Va peraltro segnalata una propensione della teologia cristiana a mantenere l'identificazione fra le sorti della cristianità con quelle dello "stato" nel quale essa è inserita [31]. Una dimostrazione patente di questa impostazione è

---

[30] MARSILIO DA PADOVA, *Defensor pacis*, Il discorso, capp. II, 3, XIX, 2.

[31] «Il discorso dei papi sulla pace e la violenza è spesso un messaggio che risuona tra popo-

offerto dalla teologia protestante, che ripropone in termini assolutamente identici – forse, con qualche ulteriore rafforzamento – la dottrina agostiniana[32]. Lutero sosteneva ad esempio che i poteri pubblici erano costituiti da Dio e che sussisteva un obbligo assoluto di obbedire all'autorità legittima. Ponendosi la domanda retorica se anche i soldati potessero essere in stato di grazia, rispondeva senza esitazione in senso affermativo, dato che la grazia è svincolata dalle opere.

Inoltre, in obbedienza al principio della supremazia della volontà divina rispetto alle cose terrene, precisava che ogni guerra giusta è necessariamente santa: sicché non solo giustifica, ma espressamente santifica la guerra contro gli eretici, proprio come avrebbe fatto Agostino. L'uso delle armi è dunque ammesso non solo contro i cattolici, ma anche contro gli stessi protestanti "eretici". È nota la posizione assunta contro i seguaci di Thomas Muntzer: i contadini andavano massacrati prima ancora che potessero motivare le loro scelte[33].

Anche Calvino segue questa stessa impostazione di assoluta legittimazione dell'uso della forza per mantenere lo stato indenne da pericoli. Il rogo di Serveto rappresenta la sua risposta al dissenso interno[34]. Queste tendenze belliciste sono peraltro comuni alla corrente dei monarcomachi ed alla loro filosofia della guerra come strumento per affermare la sovranità della volontà popolare (un argomento in radice non molto distante dalla successiva legittimazione marxista della *guerra rivoluzionaria*)[35].

L'unità politico religiosa imposta con la pace di Westphalia condizionò ulteriormente questa rinnovata unità di intenti fra la dimensione religiosa e quella civile: «la centralità teologica di Dio diviene la centralità giuridica dello stato»[36]. Condividere le sorti del potere temporale appare un dovere del cristiano. Solo Erasmo presenta una voce apertamente dissonante: il suo paci-

---

li appassionati ai loro destini nazionali e indifferenti o contrari a superarli», secondo un'acuta osservazione – pur riferita al Novecento – di A. RICCARDI, *La pace possibile. Il cristianesimo, la guerra e la violenza nel Novecento*, in *Democrazia e cultura religiosa. Studi in onore di Pietro Scoppola*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 139.

[32] Sulla posizione della teologia evangelica e riformata, cfr. P. RICCA, *Le chiese evangeliche e la pace*, ECP, San Domenico di Fiesole (Fi), 1989.

[33] Cfr. L. PARINETTO, *La rivolta del diavolo: Lutero, Muntzer e la rivolta dei contadini in Germania ed altri saggi*, Rusconi, Sant'Arcangelo di Romagna, 1999.

[34] Cfr. G. TOURN, *Calvino e la Riforma a Ginevra*, Claudiana, Torino, 1965.

[35] Sul punto cfr. A. RAVA, *Storia delle dottrine politiche. Parte 2. I monarcomachi*, Litotipo, Padova, 1926; G. NICOLETTI, *Il tirannicidio nella pubblicistica medievale e nel pensiero politico dei monarcomachi*, Giuffré, Milano, 1955.

[36] C. GALLI, *La guerra globale*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 27.

fismo è però criticato perché costituisce un richiamo troppo radicale alla fedeltà evangelica ed alla ricerca di una condizione umana redenta [37]. La linea indicata da Lutero prevale dunque in modo assoluto. Le opinioni diverse rimangono confinate nei movimenti protestanti radicali, come i quaccheri, che hanno fatto della nonviolenza un loro sigillo [38].

La nascita degli stati territoriali successiva alla pace di Westphalia confermerà questa linea di tendenza. La responsabilità della guerra – ancora assolutamente presente nella vita degli uomini – viene addossata agli stati e non più ai singoli. Essa è ora percepita come uno strumento razionale, umano, che i principi hanno a disposizione per regolare le faccende temporali. Uno strumento che può tuttavia essere limitato quanto a ferocia (Alberico Gentili) e quanto a legittimità di azione e di comportamento (Grozio, Erasmo).

Queste considerazioni contrapposte – naturalità/umanità; razionalità/disumantità – riferite alla guerra modificano il dibattito dell'epoca su questo tema. L'assenza di un polo di riferimento unitario di valori condivisi sul piano religioso e morale impedisce di ragionare intorno alla giustificazione della guerra secondo i termini alternativi precedenti, ossia fra ripulsa e ammissibilità condizionata.

L'impossibilità di ricorrere a regole morali unitarie impone di cercare altrove le chiavi per la gestione della questione. Ed è anche per questa via che il diritto prende il posto della morale proponendo regole di liceità – giuridica e non morale – sia dello *jus ad bellum*, sia dello *jus in bello*.

4. Esiste una guerra giusta? Fra etica e diritto

Fatte queste precisazioni di carattere storico è possibile domandarsi se esiste *oggi* la possibilità di definire una guerra "giusta". Per tentare una risposta si deve ammettera preliminarmente la mancanza di un riferimento unitario in grado di definire la guerra una volta per tutte. Gli studiosi del tema concordano persino sull'incertezza dell'origine semantica del termine latino *bellum*

---

[37] Su questi temi, cfr. M. Morisi, G. Di Febo, *Cultura ed educazione alla pace in Erasmo da Rotterdam*, in P. Serreri (a cura di), *La coscienza della pace*, Cuen, Napoli, 1994, p. 137 ss.

[38] Una sintesi in P. Ricca, *Le chiese evangeliche e la pace*,Edizioni cultura della pace, San Domenico di Fiesole (Fi), 1989; vedi anche G. Minois, *La Chiesa e la guerra. Dalla Bibbia all'era atomica*, Dedalo, Bari, 2003 (ma originale 1994), p. 313 ss. Sui quaccheri, cfr. G. Viola, *I quaccheri. Eversione e non violenza (1650-1700)*, Claudiana, Torino, 1980.

e del parallelo greco *πόλεμος* [39]. La guerra – secondo la nota metafora di von Clausewitz – si presenta non solo come un camaleonte, ma addirittura come un camaleonte con tre teste [40]: violenza, imprevedibilità e calcolo razionale [41]; dunque un oggetto di studio difficilmente accostabile in termini di ricerca omogenei.

Sotto il profilo storico appare quasi impossibile compiere un esame della guerra in sé. Si deve piuttosto considerare ciascuna guerra in modo originale, per cui vanno prese in considerazione circostanze particolari e dati empirici specifici. Infatti, esistono oggi, e sono esistite nel passato, guerre diverse fra loro: fra stati, popoli, religioni ed etnie; per il territorio, di difesa o di aggressione; lunghe e brevi; assedi e battaglie campali; cruente e chirurgiche; aeree e navali; coloniali; di liberazione dall'oppressore o dall'occupante; per la libertà dei popoli; rivoluzioni liberali e socialiste, e via dicendo.

Ci si può pertanto domandare legittimamente se sia possibile trattare in modo unitario un simile caleidoscopio. Del resto, autorevoli pensatori – anche recentemente – insistono sulla impossibilità di un esame filosofico della guerra. In modo specifico negano l'utilizzabilità di categorie morali (e questo aspetto assume particolare rilievo nell'esame della riflessione teologica). Chiedersi se la guerra è giusta o ingiusta equivarrebbe a domandarsi se un terremoto o un'eruzione vulcanica sono giuste o ingiuste. Si tratta semplicemente di qualcosa che c'è, un dato oggettivo che come tale appare naturale e quindi al di là del bene e del male. In questo senso un oggetto *a*morale [42]. In un certo senso, filosoficamente, prima ancora che teologicamente, indefinibile [43].

Tuttavia si deve ammettere che una guerra può essere considerata giusta anche a partire da un altro punto di vista: ossia quello giuridico. Si deve però sottolineare che si tratta di una diversa prospettiva, che in un certo senso tra-

---

[39] L'etimologia sembrerebbe piuttosto di origine barbara, derivante da *werra*, che nel tedesco antico significava 'mischia', anche se l'attuale termine tedesco *krieg* non supporta pienamente questa tesi. Cfr. *amplius* G. BOUTHOUL, *Le guerre: elementi di polemologia. Metodi, teorie e opinioni sulla guerra, morfologia, elementi tecnici, demografici, economici, psicologici, periodicità delle guerre*, Longanesi, Milano, 1961 (ma originale 1946). Sulla attività di Bouthoul e dell'Institut Français de Polémologie, cfr. M. ALCARO, *Gaston Bouthoul et l'Institut Français de Polémologie*, in *Giano. Ricerche per la pace*, 1989 (2), p. 109 ss. *Ivi* ulteriori riferimenti bibliografici su Bouthoul.

[40] *Della guerra*, I, I, 28, p. 40 (a) un cieco istinto, b) una libera attività dell'anima, c) frutto della pura e semplice ragione).

[41] R. ARON, *Penser la guerre. Clausewitz*, Gallimard, Paris, 1976 (2 vv.), I, p. 32.

[42] Interessanti al riguardo le osservazioni di A. TORNO, *La moralità della violenza. Considerazioni sul male della storia*, Mondadori, Milano, 2003.

[43] G. PONTARA, *op. cit.*, p. 20.

lascia la domanda della giustizia in senso sostanziale per soffermarsi sulla valutazione della giustizia in senso formale, ovvero procedurale.

Da un certo punto di osservazione i piani possono sembrare identici, ma in realtà sono solo sovrapposti. Come abbiamo visto questa sovrapposizione ha teso in passato verso l'unità, perciò, pur procedendo da una visione moral-teologica, si è finito col fornire indicazioni di condotta di carattere pratico-giuridico. Tuttavia, da un lato si deve ammettere che simili indicazioni restano confinate nel campo delle norme di condotta morale, che producono effetti solo nell'ordine spirituale e non anche in quello temporale [44], e da un altro lato si deve considerare che la sovrapposizione del passato è progressivamente venuta meno, ed oggi è inammissibile riproporre tentazioni di unicità dovendosi preferire la separazione degli aspetti morali da quelli giuridici.

Tuttavia, nonostante siano passati molti secoli, il corno del problema relativo alla legittimazione della guerra sembra essere ancora oggi quello di sempre: ossia l'assenza di valori e regole universalmente condivise da utilizzare come parametro univoco di riferimento in relazione alla soluzione di un conflitto. Dal punto di vista giuridico il problema della guerra appare piuttosto un fatto politico; dal punto di vista morale una questione privata, perché la partecipazione alla guerra dipende da scelte individuali, che possono mettere in campo il rapporto tra obbedienze diverse: ogni volta che il dovere di combattere è contrapposto a quello di non uccidere. Se però si intende il diritto in senso "forte", vale a dire come istituzione autonoma in grado di condizionare le scelte di governo, si può tornare ad una depoliticizzazione del tema a vantaggio di una sua progressiva giuridicizzazione [45]. La guerra può dunque presentarsi come una *sanzione* contro una violazione del diritto internazionale o un richiamo verso il rispetto delle regole internazionali, che però vale alla stregua di un imperativo morale sulla base del quale costruire un'etica aggiornata della «guerra giusta» come condizione della stessa giuridicità dell'ordinamento internazionale [46].

Si deve però segnalare l'assenza di un apparato normativo effettivamente in grado di impedire il ricorso alle armi, nonché di un sistema normativo

---

[44] La questione assume speciale rilievo nell'ottica dell'ecclesiasticista: per un approccio attuale rinvio ad A. FERRARI, *Laicità e religione civile: qualche riflessione su un «matrimonio dispari»*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2003, p. 139 ss.

[45] Il riferimento è soprattutto alle teorie di H. KELSEN, *La pace attraverso il diritto*, a cura di L. CIAURRO, Giappichelli, Torino, 1990.

[46] Cfr. D. ZOLO, *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Einaudi, Torino, 2000, p. 112. Sulla necessaria eticizzazione delle relazioni internazionale, cfr. anche R. TOSCANO, *Il volto del nemico. Le sfide dell'etica nelle relazioni internazionali*, Guerini e associati, Milano, 2000.

veramente condiviso sulla base del quale "giustificare" la guerra. A questo scopo non sembra sufficiente richiamare la Carta dell'ONU – la cui debolezza è nota. Del resto, *l'obbligo di rispetto di una norma non equivale a formulare un giudizio morale sul valore della norma stessa*. Perciò nemmeno l'esistenza di un obbligo di obbedienza sarebbe sufficiente non chiarisce la ragione per cui una data norma dovrebbe essere rispettata e fatta rispettare al di fuori di per la definizione di uno schema giuridico che – in definitiva – obbliga al rispetto di se stesso. In parole più semplici: anche quando esistesse una norma giuridica che regolasse la fattispecie dello *jus ad bellum*, questa circostanza non sarebbe sufficiente per imporne l'osservanza senza una preventiva volontà di adesione positiva al rispetto di quella norma da aprte dei soggetti dell'ordinamento internazionale. In quest'ultimo – come in quelli di tipo religioso – non è sufficiente che una norma sia posta perché essa venga obbedita [47]. Infatti, i soggetti di diritto internazionale hanno tuttora sia la possibilità di scegliere se e quando aderire al rispetto di determinate obbligazioni, sia la possibilità di denunciare il rispetto di norme internazionali in forza del compito, che appartiene loro ontologicamente, di promuovere il bene comune dei propri cittadini (i c.d. *interessi nazionali*).

Per questa via si torna a porre il problema della guerra in un aggiornato intreccio fra etica e diritto, oppure ancora in termini giuridici formali (di carattere procedurale). In ogni caso il diritto perde la capacità di giustificare moralmente la guerra; al massimo può offrire indici per mezzo dei quali valutare la legittimità giuridica di un intervento armato o della condotta bellica [48]. Sicché è impossibile parlare di guerre *giuridicamente giuste*; anche la guerra "autorizzata" dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite non sarà una guerra *giusta*, al massimo può essere considerata *legittima* [49].

5. Dalla teologia della guerra alla teologia della pace

Tornando al tema più propriamente teologico non si può mancare di ricordare che alcuni autori hanno osservato come la Chiesa cattolica, e più in generale le religioni, abbiano di fatto sostenuto le ragioni della guerra, talvol-

---

[47] Così G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. II) L'età moderna*, aggiornata a cura di C. Faralli, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 61.

[48] Questa problematica, concettuale e terminologica insieme, è affrontata specificatamente da Bobbio, *Una guerra giusta?*, Marsilio, Venezia, 1991.

[49] R. Barsotti, *Nuove guerre "lecite"?*, in *Islam e Occidente: la storia e il mondo che cambia*, a cura di A. Addobbati, Edizioni Plus, Pisa, 2003.

ta facendone uso. Dal punto di vista storico si tratta di una constatazione inequivocabile. Come si è accennato, la teologia classica ha affrontato la questione sul presupposto che la guerra fosse un evento ineluttabile.

Tuttavia il dibattito, non solo in campo cristiano, ha subìto una fortissima accelerazione nel Novecento per cui si può senza alcun dubbio affermare che oggi la teologia esclude categoricamente qualsiasi attributo di legittimità alla guerra. Si tratta di un cammino parzialmente tortuoso, ma la condanna della guerra appare un dato di fatto incontestabile, che non proviene solo dal dibattito teologico, ma anche dal magistero pontificio.

In questa sede non sembra utile ripercorrerlo complessivamente [50]. È sufficiente rammentare la posizione assunta da Giovanni XXIII che nell'enciclica *Pace in terris* (1963) condanna la guerra non solo sotto il profilo morale o religioso, ma in senso assoluto definendola senza mezzi termini *irrazionale* [51]. La inequivocabile condanna pontificia venne avversata negli stessi ambienti ecclesiastici: tant'è che la traduzione dell'enciclica dal testo latino in quello delle lingue volgari ha talvolta tradito il senso normativo della condanna papale. Il *bellum alienum a ratione* finiva per diventare più semplicemnete "impensabile" (ma ciononostante possibile) [52]. Tanto che il Concilio, pur prendendo coscienza delle «atrocità della guerra», si esprime per la posizione di un blando dovere di mitigarne l'inumanità affermando la liceità del ricorso alle «guerre di legittima difesa» (GS, 79).

Proprio quest'ultima posizione è stata spesso portata ad esempio per affermare che la Chiesa cattolica non condanna la guerra, dato che resta aperto – ed in effetti è così – lo spiraglio della «guerra difensiva». Non si può tuttavia ignorare che questo aspetto legittimista è posto nel testo della Costituzione conciliare al centro di una preoccupazione più larga, che abbraccia porzioni maggiori dello stesso documento. Il Concilio si preoccupa di promuovere una pace vera fondata sulla giustizia, perciò condanna inequivocabilmente la «inumanità delle guerra» (GS, 77) e prende posizione per la sussistenza di un dovere di mitigarla. La condanna dei metodi violenti, dello sterminio, delle violazioni dei diritti umani è esplicita ed assoluta, congiunta all'epressa riprovazione per chi ordina ed esegue simili crimini (GS, 79 *b*) e all'invito rivolto, da un lato, a tutti i cristiani perché sostengano «chi ha il coraggio di opporsi apertamente a quelli che ordinano tali azioni», e, da un altro lato, ai governi

---

[50] Per una trattazione più approfondita mi permetto di rinviare ancora a CONSORTI, *L'avventura senza ritorno*, cit., p. 93 ss.

[51] Sul punto cfr. G. MATTAI, B. MARRA, *Dalla guerra all'ingerenza umanitaria*, Sei, Torino, 1994, p. 63.

[52] Cfr. il mio *Alienum a ratione*, in *Rivista di teologia morale*, 2003, p. 47 ss.

affinché «provvedano con leggi al caso di coloro che, per motivi di coscienza, ricusano l'uso delle armi» (GS, 79 *c*). Allo stesso modo è condannato apertamente l'uso sproporzionato delle armi, il ricorso alla violenza ed al terrorismo (già allora!), la corsa agli armamenti e le ricerche per produrre nuove armi letali.

Questo complesso di cose ha provocato il Concilio a chiedere di «considerare l'argomento della guerra con una mentalità completamente nuova», e la *Gaudium et spes* rinvia in nota proprio al passo appena citato della *Pacem in terris* [53]. Tutto ciò considerato, pare che la legittimazione della guerra di difesa – in parte riprodotta nel Catechismo ufficiale, che però non ha alcun valore normativo [54] – abbia finora trovato troppo spazio sia da parte di chi ha voluto vedervi una continuità sostanzialmente bellicista del magistero [55]; sia da parte di chi ha segnalato una mancanza di coraggio nell'assenza di una espressa condanna della guerra (una specie di peccato di omissione).

A distanza di quaranta anni sembra possibile guardare a questa circostanza utilizzando la categoria teologica descrittiva dei *signa temporum*. Nel 1963 dire la guerra «*alienum a ratione*» significava prendere inequivocabilmente posizione nel contesto internazionale a favore della pace e dell'equilibrio fra i popoli. Significava anche avviare una nuova attenzione sull'argomento rompendo col passato, dato che si rendeva centrale la riflessione sulla pace e sui mezzi per costruirla prima ancora di quella sulla guerra e sui mezzi per mitigarla. Si può dire che appariva scontato che la guerra non potesse che essere condannata sul piano della fede e della morale: occorreva però fondare ancora la sua illogicità sul piano razionale. Si doveva perciò dar corso ad un'operazione logica ed evangelica insieme, tesa a confrontare le scelte della fede sul piano laico della razionalità, comprensibile a tutti gli uomini di buona volontà, i destinatari elettivi dell'Enciclica giovannea. La guerra, che voleva essere proposta come una «struttura razionale» classificabile con strumenti

---

[53] Del resto sussiste una netta linea di condotta comune fra magistero ordinario del Papa e magistero straordinario del Concilio, cfr. P. HEBBLETHWAITE, *Giovanni XXIII il papa del Concilio*, Rusconi, Milano, 1989, p. 667.

[54] Peraltro sulla sretta dipendenza del Catechismo dalla filosofia tomistica, cfr. B. HONINGS, *Il catechismo della Chiesa cattolica. La perennità di San Tommaso d'Aquino*, in *Apollinaris*, 2000, p. 407 ss. (la tesi complessiva si dispiega anche in altri contributi dello stesso Autore e con il medesimo titolo, pubblicati in *Apollinaris*, 1998, p. 577 ss. e in *Lateranum*, 2001, p. 329 ss.).

[55] Contro ogni logica interpretativa, dato che la GS segnala la necessità di tentare accomodamenti disarmati prima di tollerare una risposta armata, che comunque deve essere circoscritta e limitata. Vale a dire che anche la guerra di difesa è un limite verso la guerra e non una sua giustificazione assoluta.

propri e rispondente a modelli catalogabili e ripetibili [56], veniva semplicemente detta ingiusta, immorale, irrazionale [57].

Successivamente, nella *Evangelium vitae* si torna a parlare di una «nuova sensibilità sempre più contraria alla guerra come strumento di soluzione dei conflitti tra i popoli e sempre più orientata alla ricerca di strumenti efficaci ma non violenti per bloccare l'aggressore armato» (n. 27) [58]. E lo stesso Messaggio per la giornata mondiale della pace del 2003 è centrato sulla memoria di quel cambiamento di mentalità che Giovanni XXIII ha avviato – fra l'altro – con la dichiarazione di irragionevolezza della guerra. La pace diventa ora un dovere dell'uomo, chiamato a far ogni cosa per evitare la guerra.

6. La guerra può essere santa?

La considerazione dell'elemento teologico impone di considerare, sebbene nello spazio opportuno alla sede, la questione delle guerre sante. In primo luogo bisogna chiarire che in senso tecnico questa espressione non riguarda le guerre di religione – o fra religioni –, ma guerre comuni ammantate da motivazioni valoriali, non necessariamente religiose. Ad esempio anche la c.d. guerra contro il terrorismo – in specie, il terrorismo islamico – e quella «per la democrazia» o «per i diritti umani» si presentano con preoccupanti accenti da guerra santa [59]. In questo caso la divisione fra pacifisti e interventisti attraversa la società e una critica comune contro i primi proviene proprio dall'idea che costoro, rispolverando vecchie categorie interpretative «apprese in gioventù: le sperequazioni economiche tra Nord e Sud, la globalizzazione, il problema dell'intolleranza religiosa, e via elencando», non capiscono che la posta in gio-

---

[56] Cfr. U. CURI, *Introduzione*, in R. CAILLOIS, *La vertigine della guerra*, Oasi editrice – Città aperta, Troina (En), 2002, p. 48.

[57] Ad esempio anche Einaudi in un discorso pronunciato nell'Assemblea costituente il 29 luglio 1947, (ripreso in parte nell'articolo *Chi vuole la pace?*, in *Corriere della sera*, 4 aprile 1948, entrambi pubblicati in L. EINAUDI, *La guerra e l'unità europea*, Edizioni di comunità, Milano, 1950, p. 176-185) parla della guerra come «frutto puro della irrazionalità» .

[58] Sia ancora consentito il rinvio al mio *Il diritto alla vita come fondamento del diritto alla pace. Profili giuridici alla luce dell'Enciclica* Evangelium vitae, in A. LOPEZ TRUJILLO, I. HERRANZ, A. SGRECCIA (a cura di), "*Evangelium vitae*" *e diritto.* "*Evangelium vitae*" *and law. Acta symposii internationalis in civitate vaticana celebrati 23-25 maii 1996*, Libreria editrice vaticana, Stato Città del Vaticano, 1997, p. 497 ss.

[59] Ad esempio, fra i motivi della reazione, Bush indicava la necessità di rispondere agli islamici «che vogliono cacciar fuori cristiani ed ebrei da vaste regioni dell'Africa e dell'Asia»; cfr. P. PARTNER, *Il Dio degli eserciti. Islam e cristianesimo: le guerre sante*, Einaudi, Torino, 2002, p. 344.

co è di carattere religioso, ossia la caduta dell'Occidente di fronte all'Islam, che «ha messo in pericolo le sorti dell'Europa cristiana per un periodo di circa sette secoli», contro i soli duecento anni di crociate. Il risultato di un simile ragionamento è che non ci si fa scherno di ricordare che l'attacco dell'alleanza mondiale contro l'Afghanistan «dei talebani» è iniziato «domenica 7 ottobre 2001, esattamente 430 anni dopo la domenica di Lepanto» [60].

Sicché la guerra sembra essere santa per tutti coloro che credono di combattere per una giusta causa. Il tema è amplissimo [61]. Sia consentito di scorrerlo velocemente prendendo le mosse da una constatazione forse ovvia, ma utile. Com'è stato detto, «se gli uomini adorano dèi e combattono guerre, si aspettano che i primi dimostrino un interesse per le seconde» [62]. Non deve quindi sembrare strano che tutte le antiche civiltà pagane possedevano una divinità di guerra. Del resto, la stessa detenzione del potere aveva forti legami con gli aspetti religiosi e riguardava fortemente la sfera del sacro. Perdere il potere o vincere la guerra dipendeva anche dal favore che si incontrava presso gli dèi. In sostanza, la guerra costituiva un aspetto sacrale della vita pagana che tuttavia non aveva legami particolari col sentimento religioso come lo intendiamo oggi. Non sarebbe logico immaginarci le guerre dei millenni trascorsi come guerre condotte da eserciti religiosi: sin dal principio le guerre sante erano intrise di motivi politici. Ovviamente, capitava – e ancora accade – che guerre combattute senza speciali propositi religiosi venissero poi trasformate in guerre sante attraverso richiami agli aspetti religiosi che possano maggiorente motivare i combattenti. Succede ancora oggi che si indulga su aspetti commemorativi di tipo religioso che tendono a sacralizzare la guerra. Dall'esperienza del Novecento sappiamo «che il modo in cui i caduti di guerra sono commemorati con sepolcri, monumenti, e cerimonie, tocca profondamente il modo in cui pensiamo alla guerra che li vide morire» [63].

Vale ancora la pena di precisare che nemmeno le guerre bibliche sono guerre sante in senso proprio [64]. Esse rappresentano, spesso in modo fortemente parziale e romanzato, la cronaca degli avvenimenti di un popolo

---

[60] A. Leoni, *La croce e la mezzaluna. Le guerre tra le nazioni cristiane e l'Islam. Una storia militare delle conquiste arabe del* [sic] *VII secolo ai giorni nostri*, Ares, Milano, 2002, p. 5, 7 e 390.

[61] Recentemente è stato studiato con attenzione monografica da A. Demurger, *Chevaliers du Christ*, Seuil, Paris, 2002, trad. it. *I cavalieri di Cristo. Gli ordini religioso-militari del Medioevo. XI-XVI secolo*, Garzanti, Milano, 2004.

[62] Partner, *op. cit.*, p. 3.

[63] Partner, *op. cit.*, p. 5.

[64] Cfr. R. Di Segni, *Pace e guerra nella storia e nel diritto di Israele*, in P. Stefani e G. Menestrina (a cura di), *Pace e guerra nella Bibbia e nel Corano*, Morcelliana, Brescia, 2002, p. 29 ss.

monoteista fra popoli pagani; ma in sostanza narrano la storia concreta di quel popolo che, nell'alternarsi di guerre e pace, viveva proprio come i suoi vicini. Semmai possono essere distinte guerre bibliche storiche da guerre bibliche sante, nelle quali l'intervento divino assume un ruolo preminente e pedagogico. Così avviene ad esempio per l'esodo dall'Egitto, contraddistinto dall'intervento diretto di Dio, che al mar Rosso apre agli israeliti la via di fuga e sommerge gli inseguitori, e che in seguito offre loro la manna con cui nutrirsi nel deserto. Ma non si tratta del Dio dei guerrieri. La presenza divina in questo caso sta proprio a significare che Dio sostiene i deboli: gli schiavi in fuga non avrebbero potuto salvarsi dai soldati egiziani senza l'aiuto di Dio [65].

L'esegesi contemporanea legge ormai quei racconti avvertendo come la componente storica si sia mischiata con quella mitica ed apologetica. Ha addirittura avviato una «smilitarizzazione» di certi passi biblici, fondata su un loro studio più accurato, «che prenda in considerazione la complessità della storia della loro trasmissione» [66].

Alcuni Autori hanno opposto una lettura spirituale, o spiritualizzata, dei passi più controversi che tende a diminuirne il valore storico a vantaggio di un'interpretazione pedagogica, prevalentemente di tipo interiore. Un'operazione che contraddistingue molti tentativi specie in campo islamico, dove si cerca di distinguere il carattere prescrittivo di certi brani da quello profetico-trascendente.

Si deve però ammettere che nei testi sacri si trovano molti più riferimenti alla guerra che non alla pace [67]. Non solo la Bibbia, ma anche il Corano sono intessuti di richiami all'uso della forza. Si deve anche segnalare che il Dio biblico è spesso avvertito come un Dio vendicativo, pronto a giudicare, punire e persino a prendere le armi se necessario [68]. Per questo – al di là di una raffinata lettura delle fonti ed una loro comprensione accurata – dalle crociate al conflitto bosniaco l'invocazione di un Dio che chiede la guerra e impone obbedienza incondizionata si è basata su numerosi testi veterotesta-

---

[65] La tradizione ebraica racconta che gli ebrei giunti in salvo sull'altra sponda cominciano a festeggiare il risultato ottenuto da Dio, che ha sepolto "cavallo e cavaliere". Allora Dio manda i suoi angeli a fermare la festa rimproverandogli ebrei: «Credete forse che Dio gioisca per aver dovuto uccidere tanti suoi figli? Rallegratevi perché siete stati preferiti, ma piangete con lui la morte dei suoi figli!». Si veda J. SOGGIN, *Guerra «santa» o «guerra di JHWH» nella Bibbia ebraica*, in *Pace e guerra nella Bibbia e nel Corano*, cit., p. 41 ss.

[66] T. ROEMER, *I lati oscuri di Dio. Crudeltà e violenza nell'Antico Testamento*, Claudiana, Torino, 2002, p. 70.

[67] P. STEFANI, *Presentazione*, in *Pace e guerra nella Bibbia e nel Corano*, cit., p. 11.

[68] Cfr. N. LOHFINK, *Il Dio violento dell'Antico testamento e la ricerca di una società nonviolenta*, in *Civiltà cattolica*, 1984, p. 30 ss.

mentari in cui il tema del Dio guerriero e sovrano assoluto assume specifica importanza.

Non a caso il libro di Giosuè è servito a giustificare lo sterminio degli indiani d'America o la superiorità dei coloni bianchi nell'Africa del Sud [69].

Simile operazione acquista particolare rilievo nella tradizione islamica, che com'è noto tende a considerare il Corano come testo prescrittivo di carattere giuridico [70], e dunque non solo a sacralizzare, ma addirittura a rendere normative certe condotte militari che hanno contrassegnato la nascita della religione proclamata da Maometto.

Desidero qui limitarmi a precisare che il *jihad*, considerato la guerra santa per eccellenza, affonda le sue radici nella cultura tribale e politeista dei popoli ai quali è stata per primi rivolta la predicazione di Maometto, che fu una guida politica, oltre che religiosa. La progressiva conquista militarizzata di tribù e territori posti sotto l'influenza del Profeta, portò presto alla distinzione fra due regioni, ossia quella in cui era applicata la legge di Dio (detta «zona dell'islam»), dall'altra in cui ancora non si era raggiunta la pacificazione (la «zona della guerra»). «Guerra» è indicata nel Corano col termine arabo *harb* e non *jihad*: «un dettaglio, certo, ma ricco di intuibili implicazioni» [71]. Il *jihad* caratterizza difatti la condotta spirituale di tutti i musulmani, ed è inteso come lo stato di conflittualità costante che contraddistingue il credente nel suo rapporto con Dio. Una condizione che lo spinge verso la completa sottomissione ed obbedienza al volere divino, inteso però come sforzo personale ed interiore che non coinvolge immediatamente lo scontro armato.

Tuttavia l'impegno del credente riguarda anche la battaglia per l'affermazione della verità in cui crede [72]. In questo senso appare legittima una lettura storica del *jihad* inteso come «guerra santa» di tipo militare, che venne intrapresa soprattutto dopo la morte del Profeta, e che stravolse gli equilibri precedenti modificando l'assetto dell'Impero persiano e di quello romano d'Oriente [73].

---

[69] J. CAZEAUX, *Le refus de la guerre sainte: Josué, Juge et Ruth*, Cerf, Paris, 1998.

[70] Cfr. S. FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo ed islam a confronto*, Il Mulino, Bologna, 2002.

[71] G. VERCELLIN, *Jihad. L'islam e la guerra*, Giunti, Firenze, 2001, p. 19.

[72] Cfr. *Monoteismo e conflitto*, a cura di E. FERRI, Cuen, Napoli, 1997; G. FILORAMO, *Il Dio violento. Monoteismo e violenza divina*, in *Pace e guerra nella Bibbia e nel Corano*, cit., p. 22 ss.

[73] Il tema risulta approfondito con riferimento agli avvenimenti recenti in M. RUTHVEN, *A Fury for God: The Islamist Attack on America*, Granta, London, 2002 [ed. it. a cura di G. TURRONI, *Il seme del terrore. L'attacco islamista all'America*, Einuadi, Torino, 2003, spec. p. 52 ss]. Nella prospettiva religiosa cfr. V. FIORANI PIACENTINI, *Il pensiero militare nel mondo islamico*,

Stanti così le cose, non v'è dubbio che possa darsi una certa equivalenza fra guerre sante e guerre giuste. La tradizione cristiana in questo campo appare forse ancora più ricca di suggestioni rispetto a quella islamica. Le guerre di religione combattute in Europa nel XVI secolo ne costituiscono una drammatico esemplificazione. Si badi bene: *non si tratta di guerre tra religioni diverse*, ma tra cattolici e protestanti, o anche fra diverse sette protestanti (come avviene frequentemente anche fra diverse confessioni islamiche, oppure diverse confessioni buddiste). Questa circostanza merita di essere sottolineata, sia perché mette in crisi la fortunata tesi dello scontro fra civiltà, che sembrerebbe piuttosto essere uno scontro all'interno di stesse civiltà, sia perché l'equivalenza fra guerra giusta e guerra santa provoca l'impossibilità di santificare un oggetto inesistente[74].

7. L'uomo e la guerra, lo stato e la guerra, gli stati e la guerra

Dal punto di vista teologico si può ancora svolgere qualche considerazione attuale. Un autorevole studiso del tema della guerra ha porposto di vederlo secondo le tre immagini appena citate, a loro volta affrontate in prospettiva teologica[75]. Da questa angolatura prevale chiaramente lo sforzo ermeneutico sulla prima di queste: vale a dire l'uomo e la guerra. Secondo questa immagine il luogo delle cause prime della guerra si trova nella natura e nel comportamento umano[76]. Le guerre sono principalmente dovute alla malvagità ed alla disobbedienza verso la volontà divina. Le altre cause appaiono come fattori secondari che possono essere considerati alla luce di questa "causa prima".

Innanzitutto la guerra è frutto del peccato, del rifiuto di obbedire a Dio – per restare ai temi della filosofia medievale, mai però dimenticati – o della mancanza di una sufficiente educazione, per usare espressioni più attuali.

Se le cose stanno così, l'eliminazione della guerra dipende essenzialmente

---

Franco Angeli, Milano, 1996; A. JABBAR, *L'islam oggi. Jihad, nonviolenza e modernità*, in C. TUGNOLI (a cura di), *Maestri e scolari di nonviolenza*, Franco Angeli, Milano, 2000, p. 217 ss.

[74] Sia consentito un richiamo "erudito": per la verità siccome "santo" è un aggettivo attribuito a persone, mentre "sacro" è attribuito agli oggetti, si dovrebbe quasi affermare che nessuna guerra è santa ... semmai sacra!

[75] K.N. WALTZ, *L'uomo, lo stato e la guerra. Un'analisi teorica*, Giuffré, Milano, 1998 (ma originale del 1959). Una simile impostazione è peraltro presente anche in N. BOBBIO, *Il problema della guerra*, cit., p. 87.

[76] In senso conforme, P. CRÉPON, *Le religioni e la guerra*, cit., p. 89.

dalla capacità di modificare l'attitudine umana. Una simile impostazione, congeniale all'approccio classico della filosofia cristiana, è stata condivisa da altri autori, soprattutto da coloro che presentano un orientamento religioso (anche non cristiano), ma anche in genere dagli studiosi del comportamento (psicologi, antropologi, eccetera) portati a privilegiare questa prospettiva *ratio materiae*, ossia indipendentemente dall'elemento religioso. Questi ultimi in particolare sono portati a valutare positivamente l'esistenza dei conflitti, interpersonali o tra popoli, come elementi di chiarificazione delle identità individuali o collettive; contestano però il ricorso alla violenza distruttiva e alla guerra come aspetti dell'incapacità dell'uomo di controllare i suoi impulsi primordiali. L'egoismo, l'aggressività, o magari la stupidità sono cause della guerra. Si tratta di un argomento ripreso più volte nel Novecento ed oggi molto seguito in ambito psicologico, dove si ragiona tra l'analisi di fattori fisiologici (il *conflitto*) e patologici (la *violenza*) [77].

Da qui l'idea che l'educazione sia un possibile (unico?) rimedio alla guerra. Ad esempio Sigmund Freud affida la possibilità di vincere la guerra al «processo di incivilimento dell'uomo» [78]; ma da un versante cristiano non possono essere dimenticati autori poco noti al pubblico europeo, ma riferimenti costanti della letteratura anglosassone, in particolare Norman Angell [79], ma anche il più conosciuto Bertrand Russel [80]. In altri termini, la causa della guerra è l'uomo stesso, inteso come *animale bellicoso*, che deve educarsi a reprimere i suoi istinti [81]. Non è casuale che il Messaggio di Giovanni Paolo II

---

[77] D'obbligo il riferimento a F. FORNARI, *Dissacrazione della guerra. Dal pacifismo alla scienza dei conflitti*, Feltrinelli, Milano, 1969 e ID., *Psicanalisi della guerra*, Feltrinelli, Milano, 1970. Più recentemente cfr. G.C. NIVOLI, *Uomini alla guerra. La patologia mentale del guerriero*, Centro scientifico editore, Torino, 2003. Sulla scienza dei conflitti, ancora in Italia scarsamente produttiva, cfr. E. ARIELLI, G. SCOTTO, *I conflitti. Introduzione ad una teoria generale*, B. Mondadori, Milano, 1998.

[78] Nel noto carteggio con Einstein (vedilo in *Anno duemila*, a cura di C. CARDIA, Giuffré, Milano, 1999, p. 181 ss.).

[79] Del quale in italiano si può leggere *La grande illusione: studio sulla potenza militare in rapporto alla prosperità delle nazioni*, Voghera editore, Roma, 1913. Angell, conosciutissimo e seguitissimo nel mondo anglosassone, è raramente citato dagli autori europei, più inclini a soffermarsi sui classici del pensiero "di casa".

[80] B. RUSSEL, *Le idee politiche*, Longanesi, Milano, 1983 (ma l'originale è del 1917. Le sue teorie sulla pace si trovano esposte anche in altri scritti, ma sono compendiate nel vol. cit.).

[81] L'idea dell'uomo «animale bellicoso» l'ho trovata articolata in E. DREWERMANN, *Guerra e cristianesimo. La spirale dell'angoscia*, Raetia, Bolzano, 1999, scoprendo successivamente che essa è stata trattata in precedenza anche da W. JAMES (*The Moral equivalent of War*, in *Memories and Studies*, Longmans, Green & co., New York, 1912, p. 262 ss., 290) e che in buona sostanza corrisponde all'idea pessimista di Hobbes, che vede l'uomo soggetto alle leggi di natura e alle sue passioni, dalle quali può tentare di riscattarsi, ma senza essere certo di riuscirvi.

per la giornata della pace del 2004 abbia per titolo proprio «Educare alla pace» [82].

Da questo punto di vista siamo probabilmente debitori alla teologia protestante fondamentalista, che in questo campo copre un intero settore di pensiero dividendosi fra gli autori che si impegnano nella ricerca di rimedi possibili (c.d. *ottimisti*) e quelli che si dichiarano in proposito assolutamente pessimisti, perciò affidano alla dimensione ultraterrena la definizione della questione.

Si tratta di un'impostazione particolarmente interessante poiché affronta il tema attraverso categorie contemporanee [83], tuttavia radicate nel pensiero cristiano classico. In estrema sintesi, si ritiene che l'uomo sia portato a contrastare la guerra e se tutti ossero buoni, o «perfetti», non ci sarebbe ragione di combattere, ma siccome questa dimensione di perfezione appartiene al Regno di Dio e non a quello degli uomini [84], siamo di fronte ad una speranza vana. Si finisce così per tornare ad ammettere la guerra come espressione della natura irredenta dell'uomo, che è notoriamente redimibile per grazia e non attraverso le opere. Un'impostazione molto chiara ad esempio in Niebuhr, che in anni recenti si fa di nuovo interprete di questa condizione imperfetta dell'uomo, ritenendo la pace impossibile senza una previa conversione, poiché «la radice della guerra si trova nelle sorgenti oscure e inconsce della psiche umana» [85].

In altri termini, questa prima relazione – che come ho accennato si intreccia con quelle successive, ma mantiene una sua autonomia concettuale – insiste sull'importanza della scelta personale per la pace. Un'impostazione aperta ad esiti contrapposti, in quanto consente di ipotizzare una «pace possibile», ma subordina questa possibilità al cambiamento stesso della natura uma-

---

[82] Vedilo in P. CONSORTI, *L'avventura senza ritorno*, cit., p. 191 ss.

[83] I loro scritti sono per lo più in inglese e difficilmente reperibili: vedine una sintesi in K. WALTZ, *L'uomo, lo stato, la guerra. Un'analisi teorica*, Giuffré, Milano, 1998, p. 20 s., 40 ss.

[84] Il passo cui mi riferisco è nella *Città di Dio*, libro XI, cap. XXVII (a p. 590 della traduzione italiana curata da L. ALICI, Rusconi, Milano, 1984).

[85] Così R. NIEBUHR, *Beyond Tragedy*, New York, C. Scribner's Sons, 1937, p. 158. Niebuhr è un importante autore protestante, non molto trattato dalla teologia italiana, del quale sul tema si possono vedere, fra gli altri, *Christian Realism and Political Problems*, C. Scribner's Sons, New York, 1953 (per quanto ci tocca più da vicino, p. 101 ss.) e in italiano *Fede e storia: studio comparato della concezione cristiana e della concezione moderna della storia*, Il Mulino, Bologna, 1966 e *Uomo morale nella società immorale*, Jaca Book, Milano, 1968. È molto interessante la critica mossa da Niebuhr a Gandhi, sulla quale vedi M. JURGENSMEYER, *Come Gandhi. Un metodo per risolvere i conflitti*, Laterza, Roma-Bari, 2004 (ma originale del 1984), p. 142 ss. Su un altro versante, simile l'impostazione di H.J. MORGENTHAU, *Politica fra le nazioni*, a cura di L. BONANATE, Il Mulino, Bologna, 1997 (ma l'originale è del 1948), che a sua volta costituisce un classico del pensiero filosofico politico, significativamente tradotto in italiano a distanza di 50 anni.

na. Così facendo colloca tale aspettativa in una dimensione atemporale (infatti, religiosa) lasciando in definitiva aperta solo una via di speranza affidata all'efficacia delle opzioni etiche individuali [86].

Tuttavia, bisogna avvertire che simili scelte possono provocare anche conseguenze politiche. È questo il cuore della seconda immagine, che privilegia il fattore comunitario rispetto a quello individuale. È evidente che le due immagini si sovrappongono, come avviene quando «diciamo che la pentola bolle quando intendiamo che è l'acqua a bollire dentro la pentola» [87]. In quest'ultima ipotesi, la causa della guerra consisterebbe in una errata organizzazione della forma di stato. Ad esempio, si ritiene che gli stati totalitari provochino guerre, mentre le democrazie sono pacifiche [88]. In altre parole, la guerra è originata da deficienze interne dello stato, alle quali si risponde "esportando" il problema verso l'esterno. Il tema non costituisce un tratto costitutivo della filosofia cristiana, piuttosto impegnata a segnalare la necessità che lo stato risponda alle esigenze dei cittadini, specie quelle religiose, assicurando in cambio una adesione della religione stessa alle esigenze della Patria, cui in definitiva si affidano le sorti della vita terrena [89]. In sostanza, si tende a distinguere stati buoni da stati cattivi, affermando la superiorità dei primi sugli altri. Un procedimento assai carente, se si considera che la decisione in ordine alla "bontà" oppure "cattiveria" dello stato dipende da chi opera la valutazione e non da parametri assoluti.

---

[86] Colgo l'occasione per esprimere un moderato dissenso verso l'ipotesi, in sé affascinante ma non sufficientemente documentata, avanzata da Alberto Conci in relazione alla posizione pacifista e nonviolenta di DIETRICH BONHOEFFER (*Dietrich Bonhoeffer. La responsabilità della pace*, EDB, Bologna, 1995). A me pare che il pensiero di Bonhoeffer verso la nonviolenza sia subordinato alla costruzione di un'etica dell'obbedienza. È piuttosto in questa linea protestante (obbedienza alla volontà di Dio) che può essere letta la sua posizione, che nello specifico appare piuttosto improntata al rispetto del «comando della pace». Osare la pace, in altri termini, significa «osare l'obbedienza innanzitutto a Dio». Non risulta peraltro che egli abbia assunto posizioni in principio contrarie alla guerra, le sue parole (ad esempio quelle cit. a p. 128) riguardano la guerra allora in atto, e non la guerra in sé. Sul punto si veda anche P. Ricca, *op. cit.*, (citata anche nell'apparato bibliografico del lavoro di Conci, senza tuttavia documentazione diretta nel testo).

[87] WALTZ, *op. cit.*, p. 75.

[88] L'idea ha radici kantiane, tant'è che alcuni ritengono che si tratti di un tema affrontabile solo con riferimento al XX secolo (BONANATE, *La guerra*, cit., p. 111); proverò invece a collocarlo in un arco temporale più vasto accedendo ad una definizione impropria di «stato», ma immediatamente comprensibile. Sul tema specifico, cfr. pure A. PANEBIANCO, *Guerrieri democratici, Le democrazie e le forme di potenza*, Il Mulino, Bologna, 1997.

[89] Fiodor Dostoievsky, ad esempio, attribuiva grande fiducia alla capacità della Russia di liberare i «fratelli europei» dalla loro sorte di schiavitù per portarli al Vangelo attraverso una guerra (in E. BOCCA e G.G. SEVERI (a cura di), *Diario di uno scrittore*, Garzanti, Milano, 1943 (originale del 1880), p. 345).

Tuttavia, si deve riconoscere che, in simile contesto, ha assunto uno spazio precipuo la questione della democrazia e della garanzia dei diritti umani, intesi come valori – in ipotesi – degni di essere salvaguardati anche a dispetto della tutela della pace. Da qui le tesi sulla legittimazione degli «interventi umanitari» e delle guerre per la democrazia [90], che appaiono forme lecite di ingerenza in faccende interne agli stati, finora escluse in forza del principio di sovranità e di autodeterminazione dei popoli. Vale la pena osservare la presenza di un conflitto fra la diffusione di un senso di appartenenza universale e la rinascita dei particolarismi, che conduce alla ricerca di un difficile equilibrio fra valori unificanti e salvaguardia delle singole identità (in particolare, sotto la specie delle *diversità*) [91]. La sottolineatura dell'importanza dell'elemento statuale conduce alla terza immagine. Ci si trova ora in un quadro diverso, nel quale lo stato si trova insieme ad altri soggetti, tutti ugualmente sovrani. Il confronto fra sovranità contrapposte conduce facilmente a situazioni di conflitto. L'abitudine ad usare la forza delle armi porta verosimilmente alla guerra, se non altro come strumento per la difesa della propria sovranità. A questo riguardo possono essere tracciate diverse strade con riferimento alle distinte situazioni nazionali, disegnando così una linea di pensiero variamente colorata in dipendenza dei filosofi presi in esame, e delle loro nazionalità [92].

8. La guerra è sempre ingiusta

a) per la teologia

Le osservazioni fin qui svolte non possono essere che la premessa per un approfondimento ulteriore. Un semplice tentativo di "tirare le somme" porterebbe a dire che la pace sarebbe possibile se gli uomini fossero più buoni, gli stati tutti democratici e si accettasse di risolvere pacificamente le controversie devolvendole ad un consesso internazionale in grado di sanzionare le condotte

---

[90] Sia consentito non soffermarsi troppo su questi aspetti, che ho sviluppato in *L'avventura senza ritorno*, cit., e *La rivincita della guerra?*, cit.

[91] Sul punto cfr. F. BOTURRI, *Principi morali e assoluti etici*, in *Gli assoluti morali nell'epoca del pluralismo*, Cinisello Balsamo (Mi), San Paolo, p. 83; utile anche L. BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti*, Donzelli, Roma, 1999; F. MONCERI, *Altre globalizzazioni. Universalismo liberal e valori asiatici*, Rubbettino, Soveria Mannelli (Cz), 2002.

[92] Sia ancora consentito il rinvio a P. CONSORTI, *La riflessione filosofica cristiana sulla pace e sulla guerra*, SEU, Pisa, 2004.

illecite e giustificare quelle conformi al diritto. Un'ipotesi che si ritrova ad esempio in Johann Galtung [93], ma che necessita forse di un'ulteriore problematizzazione.

Si possono tuttavia tracciare alcune conclusioni, fra teologia e diritto.

Dal punto di vista teologico si può affermare senza dubbi che nel Novecento la riflessione cristiana abbia mutato l'indirizzo precedente. Forse anche grazie alla secolarizzazione, sembra essersi inaugurata una stagione in cui la pace, e non la guerra, ha cominciato ad essere al centro della preoccupazione teologica e filosofica. Si è come interrotta la riflessione classica sul *perché della guerra*, prendendo ad interrogarsi sul *come della pace*. Appare ad esempio scontato che "fare la pace" non significa principalmente "interrompere o concludere la guerra", ma assumere elementi di riflessione finalizzati alla costruzione della pace stessa: la *giustizia*, la *solidarietà*, lo *sviluppo dei popoli*, la *corresponsabilità* e l'*interdipendenza*, la *nonviolenza* (eccetera), sono strumenti per costruire la pace, che certamente non è semplice assenza di guerra (Hobbes), ma effettiva presenza di pace [94].

Sotto il profilo teologico la pace è dunque affatto distinta dalla guerra. Non è più necessario ragionare di pace riferendosi alle relazioni internazionali. La pace è qestione personale, frutto della giustizia, della solidarietà e del perdono. L'umanità ha a disposizione gli strumenti per costruire la pace senza armi. La guerra è una scelta deliberata, contraria alla volontà di Dio [95].

D'altro canto la filosofia attuale tende a non riconoscere più la guerra come un elemento intrinseco all'ordine sociale e politico. Essa appare sempre più come un *disvalore* assoluto. Talvolta si imputa alla «pace un mero conservatorismo dello *status quo* e persino d'un ordine ingiusto, mentre il merito di promuovere il dinamismo della storia o la giustizia viene attribuito alla guer-

---

[93] *Pace con mezzi pacifici*, Esperia, Milano, 1996, p. 496 s. Al termine di un corposo lavoro l'A. trova un'alternativa ai possibili conflitti, proponendo «di vivere vicini gli uni agli altri, costruendo l'autonomia sulla base di un parlamento per ogni gruppo nazionale, col monopolio sull'amministrazione dei punti sacri dello spazio e del tempo, sul linguaggio, la religione, l'idioma [...], sulla sicurezza interna e sui tribunali, e su alcuni aspetti dell'economia. [...] La pace è un'idea rivoluzionaria; "la pace con mezzi pacifici" la definisci come una rivoluzione nonviolenta. Questa rivoluzione deve aver luogo costantemente, il nostro lavoro è espanderne l'estensione e il dominio. [...] Ma la pace è anche un esercizio di perseveranza ...».

[94] Alcuni teorizzano a questo riguardo una differenza fra la pace e la «pace giusta», riproponendo in sostanza la necessità di individuare degli indici di giustificazione della pace (sul versante moralteologico cfr. ad esempio J. MILBURN THOMPSON, *Intervento umanitario, pacificazione giusta e le nazioni Unite*, in *Concilium*, 2001, p. 309 ss.; su quello giuridico vedi *infra*). Preferisco considerare invece la possibilità di pensare alla pace *tout court*, ossia indipendente dalla guerra e dall'intervento armato.

[95] J.M. VIGIL, *Il Dio della guerra e il Dio della pace giusta*, in *Concilium*, 2001, p. 323 ss.

ra [...], soprattutto se sia guerra di liberazione o rivoluzionaria» [96], assunta come un fatto che produce effetti chiari e circostanziati, tali da relativizzare il valore stesso della pace [97].

La teologia non può però ammettere una simile relativizzazione, che provocherebbe una conseguente relativizzazione dell'idea stessa di Dio e del suo progetto salvifico. La guerra può essere assunta solo come un peccato. Né appare possibile estromettere dalla questione teologica la prospettiva delle vittime [98]; per queste ragioni al centro della riflessione teologica, sia dommatica sia morale, non c'è più la questione della guerra giusta, ma della pace positiva.

b) per il diritto

Anche sotto il profilo giuridico sembrano utili alcuni cenni conclusivi di carattere generale per tentare la dimostrazione della *ingiustizia della guerra*. Si può muovere dalla semplice constatazione del divieto categorico di uso della forza armata contenuto nell'art. 2 della Carta delle Nazioni Unite, che si estende anche alla minaccia di uso della forza. Una corretta riflessione giuridica sul punto deve partire da questo divieto, e non dalle sue eccezioni. Queste ultime, infatti, hanno ragione di esistere in quanto confermano la preminenza della regola del divieto. Pertanto, l'eccezione posta nel caso della autodifesa (art. 51), che taluni hanno interpretato in senso estensivo fino a ricomprendervi le cosiddette «guerre preventive» [99], non indebolisce «il divieto di carattere assoluto» riconosciuto dalla dottrina prevalente [100].

---

[96] S. COTTA, *Dalla guerra alla pace*, Rusconi, Milano, 1989, p. 22. Nella parentesi quadra avrei dovuto inserire il riferimento alla guerra "non atomica", intesa da questo A., e da molti altri, come un aspetto di novità rilevante nella riflessione sulla guerra e sulla pace, dato che dopo la bomba atomica sono cambiati tutti i tradizionale riferimenti alla guerra, ormai diventata capace di distruggere l'umanità stessa.

[97] Cfr. D. MIETH, *Il ritorno della guerra giusta. L'intervento umanitario è un mezzo contro il genocidio, oppure è il mascheramento sofistico della violenza di sistemi globali di dominio?*, in *Concilium*, 2001, p. 215 ss.

[98] Come osserva giustamente K. HIMES, *La retorica religiosa della guerra giusta*, in *Concilium*, 2001, p. 268 (ma anche ss.).

[99] Cfr. P. MENGOZZI, *Diritto internazionale, diritti della persona e intervento di umanità*, in *Iustitia*, 1994, p. 217.

[100] N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 29; A. RANDELZHOFER, *Art. 2(4)*, in B. SIMMA (a cura di), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 1994, p. 125.

Questa soluzione può sembrare forse meno evidente se si guarda alle norme contenute nel capitolo VII della Carta, che contempla le azioni che si possono intraprendere in caso di minacce alla pace o sue violazioni e in caso di atti di aggressione. In questo caso si suppone una liceità dell'intervento armato, sebbene subordinata alla presenza di determinate condizioni stabilite dalla Carta stessa [101]. In poche parole, questa sezione della Carta suppone che si possa autorizzare l'uso della forza armata quando sia minacciata la pace stessa. Tuttavia, l'autorizzazione dell'attività militare rilasciata sulla base della Carta delle Nazioni Unite non è sufficiente per *giustificare* la guerra, come si è detto, l'uso della forza potrà essere considerato lecito sulla base dei parametri decisi dalla fonte in questione, ma questa valutazione non implica l'attribuzione di una qualifica («giusta») in ogni caso impropria [102]. Tuttavia si deve osservare che in tempi recenti si sono registrati tentativi di legittimare alcuni interventi armati sulla base di considerazioni politiche, per mezzo delle quali forzare il dettato normativo. Non sono mancati Autori che hanno richiamato un reciproco dovere di ingerenza degli stati in funzione di vigilanza verso il rispetto dei diritti umani [103], oppure come promozione della democrazia [104]: in sostanza interpretando la legittimità della guerra sulla base di *nuove categorie morali* [105]. Le quali tuttavia sono malamente poste in propsettiva giuridica, in quanto l'argomento morale «resta fine a se stesso se non costituisce il fondamento di una norma giuridica positiva» [106].

Queste tesi in realtà spostano l'attenzione dallo strumento – la guerra – verso il fine che essa intende perseguire, con la conseguenza di legittimare un mezzo improprio solo perché in potenza idoneo ad ottenere lo scopo desiderato. Un ragionamento utilizzato spesso per giustificare interventi armati, com'è avvenuto ad esempio a Grenada (1983), Panama (1989), nei Balcani (1999), fino ai più recenti ancora in atto (Afghanistan e Iraq). In simili casi la difesa dei diritti umani o della democrazia – assunte sotto la comune egida

---

[101] Si veda B. CONFORTI, *In tema di azioni del Consiglio di Sicurezza a tutela della pace e della sicurezza*, in *La comunità internazionale*, 1993, p. 701 ss.

[102] È d'obbligo rinviare a M. WALZER, *Guerre giuste e ingiuste. Un discorso morale con esemplificazioni storiche*, Liguori, Napoli, 1990, spec. p. 86 ss.

[103] Da ultimo, F. VIOLA, *Pace giusta e guerra giusta. Luci e ombre nel diritto internazionale contemporaneo*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2003, p. 212 ss.; spec. p. 235 ss.

[104] Rispetto a questa problematica, rinvio a J.I. IBEGBU, *Illegitimacy of Use of Armed Intervention to restore the Right to Democracy*, in *Apollinaris*, 2000, p. 459 ss.

[105] Cfr. F.R. TESON, *Humanitarian Intervention. An Inquiry into Law and Democracy*, Columbia University Press, New York, 1997.

[106] N. RONZITTI, *Uso della forza ed intervento di umanità*, in ID. (a cura di), *Nato, conflitto in Kosovo e Costituzione italiana*, Giuffré, Milano, 2000, p. 12.

della lotta contro il terrorismo – hanno assorbito ogni altra considerazione e giustificato la guerra [107]. È però fuori di dubbio che tutti questi interventi armati sono illegittimi sul piano del diritto internazionale; perciò sono anche giuridicamente ingiusti [108].

La loro illegittimità – ed ingiustizia – traspare anche in considerazione delle norme interne. A questo riguardo la dottrina sembra abbastanza compatta nel segnalare l'assenza di giustificazione costituzionale degli interventi armati in questione [109], soprattutto in forza del valore costituzionale del *ripudio* della guerra contenuto nell'art. 11 Cost. [110]. Restano isolate le posizioni di chi attribuisce agli avvenimenti del settembre 2001 il valore di eventi in grado di modificare l'interpretazione costituzionale consolidata, fino al punto di ritenere che «il valore sicurezza coincide oramai col valore 'sopravvivenza' e finisce per prendere un netto sopravvento sul valore pace» per cui «da questo momento non ci sarà più bisogno di limitare la guerra [...] ma sarà possibile e lecito intraprendere una guerra *a tempo indeterminato* contro soggetti che praticano il terrorismo» [111].

Si deve tuttavia tener conto della propensione a considerare ormai inadeguata la Carta fondamentale di fronte alle mutate contingenze storiche [112].

---

[107] Vedi una rassegna ragionata delle posizioni a riguardo svolta da E. CANNIZZARO, *La dottrina della guerra preventiva e la disciplina internazionale sull'uso della forza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, p. 171 ss.

[108] Cfr. D. MALTESE, *La guerra in Iraq viola l'art. 51 della Carta Onu. Un inconcepibile 'peacekeeping' in zona di guerra*, in *Diritto e giustizia*, 2004, 23, p. 9; P. PICONE, *La guerra contro l'Iraq e le degenerazioni dell'unilateralismo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, p. 329 ss.

[109] Vedi, ad esempio, i contributi raccolti in *Diritti umani e uso della forza. Profili di diritto costituzionale interno ed internazionale,* a cura di A. DOGLIANI e M. SICARDI, Giappichelli, Torino, 1999, o prima ancora gli interventi di R. MESSINA, U. ALLEGRETTI, E. BETTINELLI in *Foro italiano*, 1991, V, cc. 375 ss., ed ora P. CARNEVALE, *Guerra e costituzione*, Giappichelli, Torino, 2004.

[110] Cfr. L. CHIEFFI, *Il valore costituzionale della pace*, Liguori, Napoli, 1994.

[111] G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, p. 21 (corsivo nell'originale).

[112] La tesi di DE VERGOTTINI, espressa anche in *Politica estera e interventi del Presidente della Repubblica*, in *Quaderni di diritto costituzionale*, 1984, p. 493 ss.; è stata ripresa in ambienti politici e militari, come appare dall'intervento di G. SEVERINI, *Realtà internazionale e art. 11 della Costituzione italiana*, in *Rassegna parlamentare*, 2004, p. 65 ss.; che a sua volta propone una nuova interpretazione dell'art. 11, tesa a rendere prevalente la seconda parte della norma rispetto alla prima, ma non già sulla base di criteri interpretativi di logica giuridica o di conferma della *ratio* costituzionale della norma stessa, ma più semplicemente perché «limitare oggi il rinvio alla prima ipotesi significa eccedere per il mezzo [ripudio della guerra] e non farsi carico della sua conclamata inidoneità – allora evidentemente non immaginata – rispetto a quei fini superiori [pace e giustizia] e, quelli sì, sempre attuali» (p. 86).

Partendo da questi presupposti di fatto si giunge a sostenere che la limitazione di sovranità disposta nell'art. 11 a vantaggio di un «ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni», sia da intendersi come attenuazione della sovranità interna a vantaggio dei doveri che derivano dal rispetto dell'alleanza nordatlantica. E di seguito tutte le recenti violazioni delle norme costituzionali che regolano la fattispecie 'guerra' siano di fatto accettabili poiché «la determinazione della esistenza della *causa giustificante* il conflitto [si deve intendere 'intervento armato'] è stata già assunta dagli organi della potenza guida» [113].

La critica di inadeguatezza rivolta alla Costituzione vigente, tale da imporre in buona sostanza «un'interpretazione necessitata dell'art. 11» [114] nella direzione della derogabilità del principio del «ripudio della guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e per risolvere controversie internazionali», viene supportata dagli eventi recenti. In particolare dalla 'guerra umanitaria' in Kosovo e dai successivi interventi armati in Afghanistan e Iraq (che, per la prima volta dall'entrata in vigore della Costituzione, hanno provocato la vigenza del Codice penale militare di guerra del 1941 e dunque il suo necessitato adeguamento alla Costituzione vigente) si trae motivo per sostenere la liceità della gerra «preventiva alla diffusione del terrorismo internazionale», e per «dare un'interpretazione estensiva del diritto di autodifesa assicurato dal diritto internazionale consuetudinario» [115].

In dottrina si tratta di tesi minoritarie, che tuttavia sembrano trovare risonanza in ambienti parlamentari e militari: sicché sembra necessario impegnarsi in uno sforzo di sempre maggiore comprensione del principo costituzionale del ripudio della guerra come strumento per risolvere i conflitti. Sul piano ordinamentale si deve poi affrontare la questione della compatibilità costituzionale delle regole sostanziali e delle procedure relative alla fattispecie guerra – a sua volta non sufficientemente chiarita, confusa com'è nella legislazione con la fattispecie della 'crisi internazionale' – che ancora necessitano di ricevere una corretta armonizzazione col principio pacifista [116], sulla

---

[113] DE VERGOTTINI, *op. cit.*, p. 28 (corsivo nell'originale).

[114] Espressione di DE VERGOTTINI, *op. cit.*, p. 34.

[115] T.E. FROSINI, *Così l'assenza di norme costituzionali condiziona le scelte sulla guerra*, in *Guida al diritto*, 2003, 13, p. 11.

[116] Una rassegna dei provvedimenti normativi che si sono succeduti in materia negli ultimissimi anni in R. RIVELLO, *Per le operazioni dei soldati italiani all'estero aumenta il bisogno di una disciplina uniforme*, in *Guida al diritto*, 2003, 16, p. 22 ss.

base del quale ogni guerra – pur legittima sulla base di parametri normativi individuati – è comunque ripudiata dall'Italia.

Questa circostanza giuridica di base provoca il giurista alla ricerca di strumenti di soluzione dei conflitti compatibili con il ripudio dell'uso della forza armata, fosse anche indirizzata ad assicurare pace e giustizia fra le Nazioni [117].

[117] Tratto questi temi in modo più approfondito nei miei lavori citati nelle note precedenti, ai quali mi permetto di rinviare il lettore desideroso di maggiori ragguagli.

Forme di Stato e forme di governo: la distinzione è ancora utile?

di *Cesare Pinelli*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Origini della distinzione nel panorama degli studi costituzionalistici italiani: cenni ricostruttivi. – 3. La crisi degli assetti precedenti e l'ipotesi della resa della politica. – 4. Un approccio diverso. – 5. Le ricadute sul rapporto governo-parlamento. – 6. Un invito.

1. Premessa

È convinzione generalizzata che le recenti trasformazioni della rappresentanza politica e della funzione dei parlamenti abbiano investito il sistema democratico, senza riguardo per i diversi assetti istituzionali dei singoli Stati. Dunque, assai più la forma di Stato che la forma di governo.

In questa prospettiva, lo studio delle forme di governo si baserà su presupposti meno pacifici che in passato; e più che a fini di tipizzazione autosufficiente, potrà servire a indicare come i differenti assetti dei rapporti governo-parlamento interagiscano, resistendovi o incoraggiandoli, con i mutamenti di sistema che possiamo cogliere. Solo per quella via sarà possibile dimostrare se, ed entro quali limiti, la stessa distinzione tra forme di Stato e forme di governo possa mantenere una sua utilità euristica.

Procederò indicando in che senso si può dire che i presupposti dello studio delle forme di governo fossero nel recente passato relativamente pacifici. Passerò quindi a segnalare i mutamenti che li hanno revocati in dubbio, cercando di volta in volta di verificare se essi si presentino come invarianti rispetto ai differenti assetti istituzionali e, in caso contrario, quali tipi di interazioni siano riscontrabili.

2. Origini della distinzione nel panorama degli studi costituzionalistici italiani: cenni ricostruttivi

Nella giuspubblicistica italiana del secondo dopoguerra, la distinzione tra forme di Stato e forme di governo traspare già dalla critica di Massimo Severo Giannini alla tendenza a identificare la democrazia col sistema parlamentare, ancora sostenuta da Georges Burdeau sulla scia della *tradition républicaine*. Dopo aver fatto notare la compresenza di altre forme di governo – la presidenziale, la direttoriale – che a pari titolo potevano presupporre un regime democratico, Giannini aggiunge:

> «i più acuti costituzionalisti apertamente oggi riconoscono … che nella stessa patria del sistema parlamentare, l'Inghilterra, è oggi in vigore non un sistema parlamentare, ma un sistema diverso, che dicono maggioritario. Nel periodo dell'Impero romano quegli edifici detti basiliche servivano a raccogliere persone, per scopi commerciali: gli stessi edifici furono ripresi dai cristiani, per scopi di culto. Strutturalmente erano la stessa cosa, ma funzionalmente ciò che avevano in comune era solo il poter raccogliere entro sé molte persone. Così avviene che i Parlamenti odierni e quelli del 'sistema parlamentare' hanno strutturalmente in comune il fatto di esser composti di rappresentanti popolari; ma funzionalmente l'unico punto che hanno in comune è quello di esplicitare la rappresentanza popolare, perché mentre nei secondi la semistabilità dei 'gruppi' permetteva di estrinsecare la funzione di persuasione reciproca per poi fissare i punti di concrezione, nei primi la rigidità dei partiti non permette che l'esaurimento di alcune funzioni minori, prevalentemente tecnico-consultive» [1].

Venti anni più tardi Leopoldo Elia, pur condividendo la critica di Giannini a Burdeau e l'esigenza di integrare la disamina della conformazione dei sistemi politici nello studio delle forme di governo, contrapporrà all'immagine dei parlamenti come basiliche pagane trasformate in cristiane quella di «cattedrali costruite secondo un certo stile, alterato ma non cancellato dagli architetti di un'altra epoca», contestando che il criterio dell'omogeneità della base sociale fosse «talmente rilevante da precludere l'uso di tipi organizzativi sorti in epoca preindustriale» [2]. Nel contestare Burdeau, Giannini rischiava insomma, per Elia, di rimettere in discussione le possibilità di innesto dei partiti di massa nell'istituzione parlamentare, conseguenza non necessaria dell'eterogenesi dei fini che aveva investito il parlamentarismo rappresentativo con l'avvento della democrazia e dei partiti di massa.

---

[1] M.S. Giannini, *Prefazione* a G. Burdeau, *Il regime parlamentare*, Ed. Comunità, Milano, ora in *Scritti*, III, Giuffrè, Milano, 2003, p. 310.

[2] L. Elia, voce *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 638.

Questa discussione aveva un importante precedente. Già nel saggio sulla democrazia Hans Kelsen aveva notato che nel corso dell'Ottocento il principio di separazione dei poteri, il cui fine era «di dare al monarca, che il movimento democratico aveva quasi escluso dalla funzione legislativa, un'altra possibilità di spiegare il proprio potere nel settore esecutivo», aveva ciononostante «dato in effetti buona prova in senso democratico nel campo dell'organizzazione dello stato, schiudendola all'influenza diretta dei destinatari delle norme e riducendo la funzione del Governo all'esecuzione delle leggi»[3]. Ancora, a suo avviso la «palese finzione» che al momento delle elezioni il popolo si autodetermini politicamente, trasferendo la propria volontà al parlamento, avrebbe in compenso svolto «un ufficio diverso da quello da essa o con essa previsto», impedendo «una tensione eccessiva dell'idea democratica nella realtà politica; una tensione che non sarebbe stata senza pericoli per il progresso sociale, in quanto necessariamente collegata con una irrazionale primitivizzazione della tecnica politica»[4].

Divieto di mandato imperativo, separazione dei poteri, ma anche, si potrebbe aggiungere, prerogative dei parlamentari, controfirma, riserva di legge, scioglimento delle Camere. Di tutti questi istituti, sorti all'epoca, e in funzione, del parlamentarismo rappresentativo, sarebbe agevole dimostrare partitamente la trasmigrazione nella forma di Stato liberaldemocratica e lo svolgimento, in essa, di funzioni molto diverse da quelle originarie. Del resto, la stessa fortuna di un complesso costrutto semantico come «Stato liberaldemocratico» sta e cade con la rilevazione di una problematica continuità anche di quegli istituti al momento del passaggio al suffragio universale e alla formazione in Europa occidentale dei partiti di massa.

Su queste basi, si poteva avviare lo studio delle forme di governo, e delle variabili interazioni fra assetto dei rapporti fra organi di indirizzo e sistema politico.

3. La crisi degli assetti precedenti e l'ipotesi della resa della politica

La crisi di questo assetto è ormai risalente, essendo generalizzata la convinzione che i sistemi di mediazione partitica ereditati dall'Ottocento abbiano conosciuto in Europa occidentale il loro apogeo fra il 1960 e il 1970[5]. Fra

---

[3] H. Kelsen, *Demokratie* (1927), in *Il primato del parlamento*, Milano, 1982, p. 23.

[4] H. Kelsen, *Demokratie*, cit., p. 11.

[5] Y. Mény-Y. Surel, *Populismo e democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 85.

gli elementi che l'hanno determinata e accelerata, mi soffermerò su quelli che più incidono sulla giuntura tra forma di Stato e forma di governo, e che quindi consentono di verificare se le reazioni a tali trasformazioni mutino in ragione delle diverse forme di governo, ed eventualmente di quali reazioni si tratti. Prenderò in esame da una parte la crescita di istituzioni e soggetti decisionali concorrenti rispetto ai tradizionali organi centrali di indirizzo (Parlamento e Governo), e dall'altra parte l'enorme diffusione di canali di comunicazione multimediale, nella misura in cui ha posto le premesse di quella che Giovanni Sartori ha chiamato l'epoca della «videopolitica».

L'affollamento delle arene decisionali è un elemento connotativo delle esperienze costituzionali contemporanee. Se ne possono indicare tre direttrici principali: decentramento e crescita di istituzioni locali, formazione o sviluppo ulteriore di organizzazioni sovranazionali e agenzie transnazionali, istituzione o sviluppo ulteriore, in sede nazionale, di autorità indipendenti dal potere politico.

Nell'ultimo decennio questi processi si sono sviluppati come è noto simultaneamente, il che ha portato a parlare di erosione o di crisi irreversibile della sovranità, della politica, della democrazia. Da cui la diffusa impressione di una resa della politica, prima che degli organi di indirizzo, a processi reputati irreversibili.

4. Un approccio diverso

È invece rimasto assai più in ombra il fatto che questi processi siano stati formalmente deliberati o almeno sanciti dai parlamenti nazionali. Questo fatto non implica che i parlamenti li tengano sotto controllo, poiché è comunemente acquisito come, una volta create, le istituzioni sviluppino funzioni e possano perseguire finalità diverse da quelle originarie. Ma questo fatto dissipa se non altro l'impressione di una resa incondizionata della politica a un destino ineluttabile (in particolare la globalizzazione: perfino la formazione di mercati finanziari globali è frutto di decisioni politiche).

In secondo luogo, e soprattutto, l'ipotesi della crisi irreversibile presuppone che sovranità, politica e democrazia siano pensabili, e fra loro correlabili, solo negli ambiti territoriali (stati nazionali) e secondo le scansioni temporali (ciclo elettorale della legislatura) nelle quali siamo stati abituati per oltre due secoli a pensarle e a correlarle. Solo una volta abbandonato il presupposto del primato o della tradizionale centralità della politica, si può immaginare che una differenziazione e un'effettiva redistribuzione dei poteri e delle responsabilità non implichino una rinuncia della politica ad indicare

obiettivi e strumenti per il futuro, e possano anzi giovare, nelle presenti condizioni, alla sua capacità di prospettarli, in un ambito di operatività dell'indirizzo politico di governo più ristretto ma anche più garantito.

5. Le ricadute sul rapporto governo-parlamento

Dal punto di vista dei rapporti interni governo-parlamento, due considerazioni mi sembrano egualmente rilevanti. La prima è che la capacità degli organi di indirizzo di incidere in un mondo organizzato (o almeno connesso) per reti, pone in primo piano il governo rispetto al parlamento: possono addursi al riguardo tutta la vicenda dell'Unione Europea (almeno finora), come pure i processi di decisione in ordine agli interventi militari. La seconda considerazione è che la capacità di incidenza varia in funzione più della cultura politica delle singole classi politiche che delle forme di governo. Non mi pare che essa differisca a seconda del regime parlamentare, presidenziale o semipresidenziale.

Ben diversamente stanno le cose in riferimento al secondo gruppo di fenomeni che propongo di considerare.

Nel corso di due secoli, la dimensione diacronica implicata dalla scansione elettorale ha sempre funzionato da criterio-spartiacque nell'identificare il ruolo delle istituzioni politiche, tanto rispetto all'elettorato, quanto rispetto agli altri pubblici poteri. L'ipotesi che i cittadini-elettori potessero ottenere risposte dai politici per quel ragionevole arco di futuro racchiuso fra le scansioni elettorali, anche sulla base degli elementi di giudizio che avevano potuto ricavare dalle prestazioni politiche del passato, poteva considerarsi un inganno, una finzione utile, una promessa mancata della democrazia, una scommessa sempre aperta e coessenziale alla democrazia. Nemmeno i critici dell'ipotesi discutevano, però, che le scansioni del tempo della politica garantite dalle elezioni avessero un qualche significato.

La funzione regolativa delle attese ricollegabile al principio di responsabilità politica viene oggi messa a repentaglio per ragioni diverse e più profonde di quanto i critici sospettassero.

Che il dibattito pubblico tenda a «chiudersi in situazioni anziché organizzarsi intorno a princìpi», e che «la successione effimera delle percezioni, così come la mettono in scena i media», sostituisca «la coscienza di un destino comune vissuto nel tempo»[6], fa parte della nostra esperienza prima ancora di

[6] J.-M. GUÉHENNO, *La fine della democrazia*, Milano, 1994, risp. 38 e 35. N. TEZNER, *La*

essere intuizione dello studioso di scienze sociali. Più il dibattito pubblico perde la dimensione della durata, più si svuota il presupposto che il rappresentante conosca meglio del rappresentato gli interessi di lungo periodo, e il fascino delle decisioni immediate e individuali prende il sopravvento.

In democrazia, non vi è una sola tipologia di decisioni immediate e individuali. Si va dalle decisioni direttamente adottate dal corpo elettorale in via di referendum fino a quelle del premier di un governo parlamentare e del Presidente della Repubblica eletto a suffragio universale. Limitandoci *ratione materiae* a questo secondo punto, davvero non riscontriamo differenze apprezzabili tra sistema parlamentare e presidenziale? Pongo la domanda, vorrei precisare, senza per ciò condividere minimamente un approccio apocalittico o cospirativo ai problemi posti dalla «videopolitica», ma anzi nella convinzione che la domanda stessa ha senso proprio se non si è ingombrati da pregiudizi simili.

Ora, studi recentissimi che sono tornati ad esaminare la questione della personalizzazione del potere – questione non nuova se i primi studi francesi (Mabileau) risalgono agli anni Settanta – convergono nel sostenere che i sistemi presidenziali differiscono sul punto in maniera decisiva da quelli parlamentari. Non mi riferisco solo a studi ampiamente noti di Giovanni Sartori e di Domenico Fisichella, ma anche a quelli che partono più direttamente dall'esperienza del regime presidenziale.

Così, secondo Bruce Ackerman, sebbene anche dai sistemi parlamentari emergano leader forti, i sistemi presidenziali fanno qualcosa di più: «regolarmente fabbricano questi leader, creando una piattaforma sulla quale un singolo leader costantemente si agita al di sopra del piano politico abitato dai comuni mortali». Il presupposto di Ackerman è che mentre la durata in carica del Primo Ministro dipende in ultima analisi dal sostegno del suo partito in Parlamento, ancor più se la maggioranza è pluripartitica, nulla di tutto questo accade al Presidente eletto, il cui mandato è fisso [7].

A conclusioni non diverse perviene Olivier Duhamel, il quale aggiunge esplicitamente che la politica-spettacolo è assai accentuata negli Stati Uniti e in Francia, perché vi può rispecchiare sistemi politici la cui essenza è più monarchica di quanto lo sia quella dei regimi parlamentari [8]. E ricordando Pierre Mendès-France, tenace avversario della V Repubblica perché animato dallo sforzo di combinare l'etica della convinzione con l'etica della responsa-

---

société dépolitisée, Paris, 1990, p. 238, avverte su queste basi che la questione politica essenziale consiste nel «*rétablissement d'une véritable délibération*».

[7] B. ACKERMAN, *La nuova separazione dei poteri. Presidenzialismo e sistemi democratici*, Carocci, Roma, 2002, p. 34 ss.

[8] O. DUHAMEL, *Vive la VI République!*, Seuil, Paris, 2002, p. 39.

bilità, scrive con accento autocritico: «*Ce n'est pas lui qui a trop concédé. C'est nous qui ne l'avons pas assez suivi*» [9].

In tutto questo, non vedo ostracismo verso la comunicazione multimediale, comunque ineliminabile nel paesaggio delle democrazie contemporanee. Vedo piuttosto, particolarmente per noi italiani, un avvertimento a non cumulare i suoi effetti perversi con altri, a non segare il già fragilissimo ramo sul quale siamo seduti.

6. Un invito

Ho affrontato solo qualche profilo di una questione ben più ampia e intricata. Ma, indipendentemente dalle opinioni esposte, spero che ciò basti a cominciare a discutere delle conseguenze delle trasformazioni in corso della forma di Stato su una parte consistente del diritto costituzionale che abbiamo conosciuto e che continuiamo, per la verità sempre più perplessi, ad insegnare.

[9] O. DUHAMEL, *Vive la VI République!*, cit., p. 72.

Legalità (costituzionale) e forma di Stato: aspetti teorici e profili pratici di due concetti apparentemente in crisi

di *Fiammetta Salmoni*

SOMMARIO: 1. Il principio di legalità ordinaria. – 2. Il principio di legalità costituzionale. – 3. Il problema dell'esistenza o meno di uno Stato al quale attribuire una «forma». – 4. La crisi dello Stato in Santi Romano. – 5. La perpetuità della teorica della crisi dello Stato. – 6. Cenni sul concetto di Stato. – 7. La persistente validità del concetto di Stato in assenza di nozioni significanti alternative. – 8. Le diverse accezioni della locuzione «forma di Stato» e «le» forme assunte dall'ordinamento statuale italiano. – 9. Legalità costituzionale e Stato sociale. – 10. Il patto di stabilità e crescita, il patto di stabilità interno e la legalità costituzionale. – 11. Legalità costituzionale e Stato regionale. – 12. Legalità costituzionale e Stato democratico-rappresentativo. – 13. Legalità costituzionale e Stato costituzionale di diritto. – 14. Legalità costituzionale e ruolo del capo dello Stato. – 15. Legalità costituzionale e ruolo della Corte costituzionale: lo scorporo del ricorso «uno nella forma e plurimo nel contenuto». – 16. Segue. La novità delle sentenze frazionate e la manipolazione del *thema decidendum*.

1. Il principio di legalità ordinaria

Affrontare il tema del rapporto tra legalità e forma di Stato richiede, preliminarmente, che siano precisati entrambi i concetti o, meglio, che si chiarisca a quale delle tante definizioni elaborate dalla dottrina – sia di legalità che di forma di Stato – si intende, in questa sede, aderire. Questo, ovviamente, con la consapevolezza delle inevitabili difficoltà che comporta qualunque tentativo di elaborazione univoca dei medesimi, ambedue estremamente complessi, e con l'ulteriore complicazione derivante dal fatto che entrambe le nozioni hanno origini antichissime.

Tanto premesso, l'accezione tradizionale del principio di legalità – fatte salve le precisazioni che effettueremo più avanti – fa riferimento a ciò che nessun atto del potere esecutivo-amministrativo è valido se non vi è una previa legge che provveda a limitarne la discrezionalità, evitando che il potere

stesso degeneri in arbitrio [1]. Tale principio, com'è noto, si è affermato, nella sua pienezza, parallelamente all'affermarsi della teoria dello Stato di diritto e risulta essere, quindi, consustanziale a quei principi che ne costituiscono il sostrato politico, ideologico e giuridico: il principio della sovranità popolare, quello della separazione dei poteri, il principio della rappresentanza politica, quello di democraticità e così via [2]. Sostenere, però, che prima del XVIII secolo il principio di legalità non esisteva neanche nella sua elaborazione meno compiuta è chiaramente una mistificazione. Esso, ovviamente, non aveva così marcati i tratti che lo caratterizzeranno negli anni più recenti come un tipico istituto di garanzia. Ciononostante l'idea che la legge fosse la fonte ideale per assicurare l'eguaglianza giuridica o la certezza del diritto è antica quanto il concetto stesso di diritto.

Sono, ad esempio, notissime le belle pagine scritte da Platone nel *Critone*, dove Socrate, ormai condannato alla pena capitale, rifiuta di mettersi in salvo fuggendo da Atene perché così facendo violerebbe le Leggi della città alle quali, invece, era impegnato ad obbedire. Socrate va incontro al suo destino di morte pur di non violare le Leggi perché «la virtù, la giustizia e l'osservanza delle Leggi sono, per gli uomini, quanto di più sacro vi sia», mentre chi le viola è potenzialmente capace di qualunque crimine [3].

Il concetto di legalità, quindi, sin dalle sue origini, si associa intimamente a quello di giustizia e di equità tanto che Cicerone, nel *De legibus*, può far dire a Marco, che parla con Attico e Quinto, che la legge «corrisponde alla retta norma del comandare e del vietare. Colui che la ignora, è ingiusto, *sia essa quella scritta in qualche testo oppure no*» [4] e che «come le

---

[1] Sul principio di legalità la letteratura è sterminata. Si vedano, comunque, almeno S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1973, p. 659 ss.; L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, p. 1 ss., *ad vocem*; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1994, p. 84 ss.; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 247 ss.; F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2001, *passim*; P.P. PORTINARO, *Legalità (principio di)*, in *Enc. sc. soc.*, Roma, 1996, p. 216 ss.

[2] Così anche L. CARLASSARE, *Legalità*, cit., p. 2, che afferma «Il principio di legalità rivive e si afferma nell'Europa continentale a seguito delle ideologie connesse alla rivoluzione e trova infine elaborazione completa (…) nella teoria dello Stato di diritto di cui non è semplice parte, ma nucleo qualificante ed essenziale».

[3] Le Leggi si personificano, dialogano con Socrate e gli ricordano che colui che sceglie di rimanere si impegna all'obbedienza di ciò che le Leggi comandano, altrimenti «commette tre volte ingiustizia, prima perché non obbedisce a noi che gli abbiamo dato la vita, poi perché lo abbiamo allevato e infine perché, dopo essersi impegnato all'obbedienza, né ci persuade dei nostri torti eventuali, né ci obbedisce e mentre noi comandiamo con mitezza e lasciamo a lui la scelta tra le due soluzioni, o di persuaderci, cioè, o di obbedirci, egli non fa né l'una né l'altra cosa».

[4] M.T. CICERONE, *De Legibus*, trad. it. a cura di F. CANCELLI, Roma, 2003, I, pp. 42-45.

leggi stanno al di sopra dei magistrati, così i magistrati stanno al di sopra del popolo» [5].

Certamente la legge giusta alla quale si riferisce Cicerone è prima di tutto quella di natura, ma, come emerge dal passo dianzi riportato, non solo. Così, quando Egli afferma che alle leggi «*omnes servi sumus ut liberi esse possimus*» [6], si ha la netta percezione che già nel diritto romano i cittadini avessero la possibilità di vedere garantiti i propri diritti contro gli arbitri dei pubblici poteri, sebbene, come giustamente sottolineato in dottrina, l'ideale del governo della legge nel mondo classico greco e latino «sembra implicare un giudizio antidemocratico fin dalla sua origine» [7]. L'esistenza di una legge a fondamento degli atti dei pubblici poteri, infatti, rappresenta una garanzia solo se si accompagna all'affermazione del principio democratico: solo se la legge è espressione della volontà popolare essa può garantire i cittadini dagli arbitri del tiranno. Quando, invece, la legge è esclusiva espressione della volontà di chi comanda, allora essa cessa di essere una garanzia per il fatto stesso di poter essere continuamente derogata da leggi successive [8].

È solo con l'affermazione del principio democratico, quindi, che il concetto di legalità trova il suo più alto momento di sviluppo. Durante il XVIII secolo, con l'affermazione dei principi posti dalla rivoluzione francese e le classiche pagine di Montesquieu e di Rousseau, la legge si afferma come l'espressione più alta della volontà popolare, come il frutto della mediazione tra gli interessi della maggioranza e quelli dell'opposizione, come l'elaborazione più compiuta della rappresentanza anche se, quest'ultima, è ancora una rappresentanza incompleta, di borghesia e non di popolo [9]. Proprio per questo motivo, non siamo ancora di fronte alla affermazione più piena della lega-

---

[5] M.T. CICERONE, *De Legibus*, cit., III, pp. 1-3.

[6] M.T. CICERONE, *Pro Cluentio*, trad. it. a cura di M. FUCECCHI, Milano, 2004, pp. 53, 146.

[7] Così L. BACCELLI, *Machiavelli, la tradizione repubblicana e lo Stato di diritto*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, p. 427.

[8] Sul punto, cfr. L. CARLASSARE, *Legalità*, cit., p. 1.

[9] Per Rousseau la volontà sovrana del popolo, che si incarna nel potere legislativo, deve prevalere su tutti gli altri poteri dello Stato, perché solo nel popolo si incarna «la volontà generale e sovrana sempre dominante e regola di tutte le altre». È per questo motivo che l'atto tipico del potere legislativo, la legge, viene assunta quale espressione della volontà generale, in quanto tale in posizione dominante su tutti gli atti promananti dagli altri poteri dello Stato che, nella concezione del filosofo francese, non sono altro che un'emanazione del legislativo. Così, J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, libro II, cap. 2, dove si legge «il principio della vita politica è nell'autorità sovrana. Il potere legislativo è il cuore dello Stato, il potere esecutivo ne è il cervello … il cervello può essere colpito da paralisi e l'individuo vivere ancora».

lità. Essa si avrà soltanto con l'avvento dello Stato costituzionale moderno. La nascita delle Costituzioni infatti rappresenterà il culmine del pensiero giuridico garantista.

2. Il principio di legalità costituzionale

In questa sede prenderemo in considerazione esclusivamente la c.d. legalità costituzionale, una legalità che si configura come una evoluzione, ma anche come una trasformazione, del classico principio di legalità che, come abbiamo visto, si richiamava esclusivamente al primato della legge del parlamento su tutti gli atti dei pubblici poteri e al quale si ispirava l'ottocentesco Stato di diritto [10]. Il concetto di legalità costituzionale al quale d'ora in avanti faremo riferimento, invece, comincia ad affermarsi solo in un momento successivo come conseguenza della nascita delle Costituzioni contemporanee e ha come premessa necessaria la trasformazione dello Stato legale di diritto in Stato costituzionale di diritto [11].

In questo contesto, diventa sempre più pressante l'esigenza di limitare anche il legislatore ordinario: esso deve essere ispirato, guidato e limitato dalla Costituzione o, meglio, dai vincoli da essa posti. Alla sovranità della legge, quindi, si sostituisce «la sovranità della Costituzione, intesa come cornice di regole, come norma superiore e fondante – sulla quale misurare la legge medesima –» [12], ma non solo. La legge, un tempo fonte per eccellenza, un tempo, come è stato egregiamente sintetizzato, «misura esclusiva di tutte le cose nel campo del diritto, cede così il passo alla Costituzione e diventa essa stessa oggetto di misurazione» [13].

È questo il concetto fondamentale al quale si ispireranno i teorici del diritto costituzionale dal XIX secolo in poi: la Costituzione, inizialmente concepita come documento che si limita a *descrivere* una struttura organizzativa, assume un contenuto *prescrittivo*, che si sostanzia nel riconoscimento dei diritti fondamentali dei cittadini e nell'instaurazione di un sistema di limiti al-

---

[10] Lo Stato di diritto, per i profili che in questa sede interessano, si caratterizza per la «partecipazione di due organi alla formazione delle leggi: il monarca e il Parlamento». In quanto tale, il modello si articola in due diversi sottomodelli: la monarchia costituzionale e la monarchia parlamentare. Cfr. sul punto, G. BONGIOVANNI, G. GOZZI, *Democrazia*, in A. BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, 2003, p. 231.

[11] Per questa distinzione, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 20 ss.

[12] Così C. RUPERTO, *La legalità costituzionale*, sul sito Internet *www.giurcost.org*.

[13] Così, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 48.

l'esercizio del potere, di tutti i poteri dello Stato. In questo modo, la Costituzione diventa il documento legittimante il potere ed il suo esercizio. Il concetto di legalità costituzionale, quindi, va di pari passo con il radicamento delle moderne teorie dello Stato costituzionale di diritto e si afferma con sempre maggiore vigore proprio a partire dal momento in cui il concetto di legge entra in crisi [14].

Gli enormi cambiamenti che hanno interessato gli Stati contemporanei, indotti dall'aspirazione delle compagini economiche dominanti ad ampliare i confini dei mercati di riferimento e ad affermarsi a livello mondiale [15], sommandosi alla trasformazione dello Stato di diritto in Stato costituzionale, diventano causa ed effetto della trasformazione della legge e della conseguente crisi del concetto di legalità ordinaria. Una crisi, quindi, che se affonda le proprie origini nell'affermazione delle Costituzioni rigide e garantiste degli Stati contemporanei, si acuisce a seguito dell'ingresso sulla scena di nuove forze politiche e sociali, dell'inevitabile innalzamento del tasso di conflittualità fra le stesse, della eterogeneità delle istanze sociali, riflesso di una più profonda eterogeneità degli interessi; della frammentazione del sostrato culturale e ideologico di riferimento.

In una società sempre più caratterizzata dalla necessità di assecondare le esigenze individuali, sempre più orientata al soddisfacimento del singolo, con sempre meno attenzione per le domande sociali, la legge perde i propri caratteri tipici, la generalità e l'astrattezza, per rispondere ad esigenze di efficienza tipiche di quegli ordinamenti dove le istanze concorrenziali e competitive si sostituiscono a quelle sociali, solidaristiche ed egualitarie [16].

Il principio di legalità costituzionale trova, in questa grave alterazione del sistema giuridico contemporaneo, un terreno fertile per la propria affermazione. La Costituzione si pone, in questo contesto, non soltanto come fonte gerarchicamente sovraordinata, alle cui norme tutti pubblici poteri si devono conformare, ma altresì come superiore istanza fondativa che assicura la legalità e la legittimità dell'ordinamento statuale [17], tentando di ricondurre ad una

---

[14] Sul punto, da ultimo, per tutti, il bel saggio di M. RUOTOLO, *Crisi della legalità e forma di governo*, in questa *Rivista*, 2003, p. 140 ss., cui si rinvia anche per le ampie indicazioni bibliografiche.

[15] Aiutate in ciò dai vertiginosi progressi delle moderne tecnologie. Sul punto, sia consentito rinviare a F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, *passim*.

[16] Cfr. M. RUOTOLO, *Crisi della legalità e forma di governo*, cit., p. 148, secondo il quale anche la legalità costituzionale, come quella ordinaria, sembra essere oggi in crisi «se si afferma la crisi del diritto non solo come *nomos*, ma anche come *ethos*».

[17] Cfr. G. AZZARITI, *Alla ricerca della legalità*, in *Pol. dir.*, 1994, p. 429 ss. Si veda, altresì, sul punto, F. MODUGNO, *La giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1978, p. 1252, secon-

sostanziale unità le molteplici frammentazioni del sistema [18]. Volta, quindi, non solo a rendere «tutti i poteri funzionali alla garanzia dei diritti fondamentali», non solo a fungere da parametro di riferimento per l'azione dei pubblici poteri, ma anche, soprattutto, a ricondurre ad unità gli interessi contrapposti, a garantire «un minimo comune denominatore di omogeneità politica» [19].

Un concetto di legalità, in altri termini, che, come già detto, non si configura soltanto come uno sviluppo, ad un livello più alto, del principio di legalità ordinaria, ma che, facendo perno sul concetto di Costituzione «intesa come il patto fondamentale che lega (consensualmente) i consociati, al quale questi continuamente si rifanno e che continuamente – giorno per giorno – si rinnova» [20], implica una riduzione ad unità della tradizionale dicotomia legalità-legittimità, in quanto, come giustamente osservato, «rispettare la legalità costituzionale, nel contesto della Costituzione condivisa, è di per sé una pratica sociale legittimante» [21].

3. Il problema dell'esistenza o meno di uno Stato al quale attribuire una «forma»

Passiamo ora al secondo concetto oggetto della nostra analisi: la forma di Stato. In relazione ad esso, il problema definitorio si presenta in maniera ancora più accentuata, considerando, oltre tutto, che sino ad epoche a noi recenti, gli Autori che si sono occupati di questo tema non conoscevano la distinzione tra forme di Stato e forme di governo [22]. Basti pensare, solo per

---

do il quale «è il principio di legittimità costituzionale, inteso come esigenza di sempre maggiore conformità del sistema normativo (e anzi di tutte le manifestazioni di potere) ai valori costituzionali (…) che è alla base della c.d. giurisdizione costituzionale, di tutte le attribuzioni della Corte e non soltanto del sindacato di costituzionalità delle leggi».

[18] Frammentazioni che ben potrebbero ritorcersi contro lo stesso sistema. Così, A. STERPA, *Il populismo e la Costituzione indifesa*, in C. DE FIORES (a cura di), *Lo stato della democrazia*, Milano, 2003, p. 39 ss.

[19] Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La Corte in-politica*, sul sito Internet *www.cortecostituzionale.it.*

[20] Così, M. LUCIANI, *Legalità e legittimità nel processo di integrazione europea*, in G. BONSACCHI (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, Bologna, 2001, p. 72.

[21] Così, M. LUCIANI, *op. loc. cit.*

[22] Così, giustamente G.U. RESCIGNO, *Forme di Stato e forme di governo*, in *Enc. giur.*, p. 5 ss., *ad vocem*. Questa affermazione è tanto vera che N. BOBBIO, *Stato, governo, società*, Torino, 1985, p. 68 ss., si riferisce alla tradizionale distinzione aristotelica come ad una classificazione delle forme di potere.

fare un esempio, alle diverse definizioni che furono date nell'antichità a questo concetto che da Erodoto [23], da Platone o da Aristotele, che si incentravano, essenzialmente, sul numero dei soggetti esercitanti il potere ed erano quindi strettamente collegate all'elemento personale [24].

Una cosa, però, è certa: il tentativo di definire cosa si debba intendere per forma di Stato presuppone che uno Stato al quale «dare una forma» vi sia. Affermazione quest'ultima sulla quale è necessario fermare, sia pure brevemente, la nostra attenzione perché vi sono una quantità di fattori che, specie a far data dalla fine del secolo appena conclusosi, stanno profondamente compromettendo il concetto stesso di Stato e mettendone in discussione finanche l'esistenza.

4. La crisi dello Stato in Santi Romano

Quello della crisi dello Stato, in effetti, è un tema ricorrente nella dottrina giuspubblicistica italiana, al quale, anche in passato, sono stati dedicati numerosi scritti che hanno segnato la storia del pensiero giuridico contem-

---

[23] Nel famoso dialogo tra Otane, Megabizo e Dario, Otane afferma «a me sembra opportuno che nessuno divenga più nostro monarca, perché non è cosa né piacevole né buona. Voi sapete infatti a qual punto è giunta la *hybris* di Cambise, e avete provata anche la *hybris* del Mago. Come dunque potrebbe essere una cosa ben ordinata la monarchia, cui è lecito far ciò che vuole senza doverne rendere conto? Perché il potere monarchico allontanerebbe dal suo solito modo di pensare anche il migliore degli uomini, una volta giunto a tale autorità. Dai beni presenti gli viene infatti la *hybris*, mentre sin dalle origini è innata nell'uomo l'invidia. E quando ha questi due vizi ha ogni malvagità, perché molte scelleratezze le compie perché pieno di *hybris*, altre per invidia. Eppure un *tyrannos* dovrebbe essere privo di invidia, dal momento che possiede tutti i beni. Invece egli si comporta verso i cittadini in modo ben differente, è invidioso che i migliori siano in vita, si compiace dei cittadini peggiori ed è prontissimo ad accogliere le calunnie. Ma la cosa più sconveniente di tutte è questa: se qualcuno lo onora moderatamente, si sdegna di non esser onorato abbastanza; se invece uno lo onora molto si sdegna ritenendolo un adulatore. Dirò ora la cosa più grave: egli sovverte le patrie usanze e violenta donne e manda a morte senza giudizio. Il governo della massa invece anzi tutto ha il nome più bello di tutti, isonomia, in secondo luogo non fa niente di quanto fa il monarca, perché esercita a sorte le magistrature ed ha un potere soggetto a controllo e conduce tutte le deliberazioni in pubblico. Io dunque propongo di abbandonare la monarchia e di esaltare la massa, perché tutto è possibile per la maggioranza». Cfr. ERODOTO, III.80-84.

[24] ARISTOTELE, *Politica*, III, c. 5-7, in *Opere*, Bari, 1973, vol. IX, pp. 6-7. Rientra nel materiale per la costruzione dello stato in primo luogo la massa degli uomini, quanti devono essere e di quale carattere, e ugualmente rispetto al territorio, quanto dev'essere e di che qualità. I più pensano che lo stato felice conviene sia grande: se questo è vero, ignorano quale stato è grande, qual è piccolo, perché giudicano grande lo Stato dal numero elevato degli abitanti, mentre si dovrebbe badare non tanto al numero, quanto, e più, alla capacità.

poraneo. Sono a tutti note, ad esempio, le riflessioni di Santi Romano nelle due prolusioni [25] del 1909-1910 e 1917-1918, tenute, rispettivamente, nella Regia Università di Pisa e nel Regio Istituto di Scienze Sociali «Cesare Alfieri» di Firenze, intitolati, in maniera oltremodo evocativa, il primo *Lo Stato moderno e la sua crisi* [26] ed il secondo *Oltre lo Stato* [27].

In questi saggi, passati alla storia per l'attualità dei contenuti – oltre che per la consueta lucidità espositiva ed argomentativa –, il giurista siciliano sottolinea i pericoli e le insidie che circondano il concetto, e quindi l'esistenza stessa, dello Stato, sin dai suoi tempi. Lo Stato, questa «stupenda creazione del diritto (…) da qualche tempo in qua», denuncia il Romano, sembra subire «un'eclissi, che di giorno in giorno diviene più intensa, in modo che potrebbe essere non del tutto superstizioso il trarne non lieti presagi» [28].

Prodotto, da una parte, di un rinnovato sentimento imperialistico e, dall'altra, dell'accentuarsi dei contrasti sociali, vi è, ad avviso del Romano, all'interno dell'ordinamento statuale «tutto un movimento, che mira a scalzare non la formula scientifica che definisce lo Stato moderno, *ma le basi stesse su cui poggia il suo principio sostanziale*» [29] e la sua struttura costituzionale. Un movimento che tende a «raggruppare gli individui col criterio della loro professione o, meglio, del loro *interesse economico*» [30], incuneandosi tra le inevitabili lacune del diritto pubblico moderno e tentando di riempirne gli interstizi. Il risorgere di tendenze corporative e la concomitante «deficienza dei mezzi giuridici e istituzionali che la società medesima possiede per fare rispecchiare e valere la sua struttura in seno a quella dello Stato» [31] sono, dunque, i fattori che minano dal suo interno la struttura dello Stato moderno determinandone la crisi [32].

Problema, quest'ultimo, oggetto di un'accurata disamina anche in *Oltre lo Stato*, dove il giurista siciliano riprende il tema, solo accennato ne *Lo Stato*

---

[25] Sulle quali, si veda anche R. RUFFILLI, *Santi Romano e la crisi dello Stato agli inizi dell'età contemporanea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, p. 311 ss.

[26] Cfr. S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969, p. 5 ss.

[27] Cfr. S. ROMANO, *Oltre lo Stato*, in *Prolusioni e discorsi accademici*, Modena, 1931, p. 93.

[28] Cfr. S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 9.

[29] Cfr. S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 10. Il corsivo, nel testo, è di chi scrive.

[30] Cfr. S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 12.

[31] Cfr. S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 23.

[32] Sul punto, si vedano le analoghe riflessioni di G. MOSCA, *Il pericolo dello Stato moderno*, in A. LOMBARDO (a cura di), *Il tramonto dello Stato liberale*, Catania, 1971, p. 210 ss.

moderno e la sua crisi, del pericolo di dissoluzione dello Stato moderno insito, non soltanto in «quel movimento (…) che, nell'interno di molti Stati, tende a minarne la compagine a favore delle organizzazioni economiche» [33], ma anche – e, forse, soprattutto – nelle teorie imperialistiche sviluppatesi in maniera particolarmente feconda sin dall'inizio del XX secolo [34].

Si avverte, scrive Romano, «l'impulso divenuto più evidente e più forte durante l'ultima generazione, di far sorgere, al posto delle cosiddette grandi potenze, alcuni *imperi economici mondiali*, ciascuno dei quali mirerebbe a dar vita ad un'entità indipendente e chiusa in se medesima. Sarebbero questi enti, nei quali si raggrupperebbero *popoli diversi ed esorbitanti dai propri confini nazionali*, che nell'avvenire dirigerebbero i destini dell'umanità e sopra tutto, si dividerebbero i frutti del lavoro umano» [35].

Di conseguenza «la figura adesso comune dello Stato indipendente sarebbe destinata a sparire o quasi, poiché soltanto in un piccolo numero di centri si radunerebbe ogni effettiva sovranità» [36]. A fronte di siffatto scenario, sorge in Romano il dubbio, fondato, che «la teoria degli *imperi economici mondiali*, così ben architettata» non sia altro che «un espediente per nascondere delle mire che solo da qualcuno più franco e meno prudente sono apertamente affermate» [37]. La penetrazione economica, egli osserva, «potrà avere ed ha senza dubbio un valore per se stessa, ma è pure destinata (…) a servire come mezzo potentissimo per effettuare un vasto piano imperialistico» [38]. L'insidia che si cela dietro questa teoria è dunque evidente: la dissoluzione degli Stati e la loro confluenza in queste strutture superstatali.

Tale esito non è affatto scontato o, meglio, «che (…) questa tendenza debba ritenersi generale e di tal forza che nessuno Stato potrà in seguito ad essa sottrarsi, in modo che sia necessario che presto o tardi venga attratto nell'orbita di una di queste organizzazioni maggiori, non pare che sia per nulla provato» [39]. Certo, il rischio concreto che ciò accada c'è. Spetta però esclusiva-

---

[33] Cfr. S. ROMANO, *Oltre lo Stato*, cit., p. 97.

[34] Erano, quelli, gli anni del trionfo dell'idea della Mitteleuropa, propugnata dal politologo tedesco Friederich Naumann (un *leader* intellettuale del liberalismo di sinistra nella Germania imperiale) in un volume dal medesimo titolo, pubblicato nel 1915, dove si sosteneva la tesi della necessità di dare vita ad uno spazio economico e politico integrato tra il mondo germanico, quello slavo e quello ungherese.

[35] Cfr. S. ROMANO, *Oltre lo Stato*, cit., p. 93.

[36] Cfr. S. ROMANO, *Oltre lo Stato*, cit., p. 93.

[37] Cfr. S. ROMANO, *Oltre lo Stato*, cit., p. 95.

[38] Cfr. S. ROMANO, *Oltre lo Stato*, cit., p. 96.

[39] Cfr. S. ROMANO, *Oltre lo Stato*, cit., p. 98, il quale aggiunge «che tutto il mondo debba ridursi ad essere il campo di tre o quattro colossali sistemi politici, potrà essere il sogno di chi

mente allo Stato «ogni giorno, infaticabilmente, senza requie, non solo [di] meritare, ma direi quasi conquistare *ex novo* il proprio posto»[40] nel mondo, mirando non già semplicemente a conservarsi – perché sarebbe destinato immancabilmente a «deperire e a perire»[41] –, ma soprattutto a svilupparsi e a superarsi, perché ogni Stato «per mantenersi deve espandere la propria vita oltre se stesso»[42].

5. La perpetuità della teorica della crisi dello Stato

Ovviamente Santi Romano non fu l'unico ad affrontare il tema della crisi dello Stato, a vagheggiarne le implicazioni, a combatterne gli esiti. Certo, come opportunamente ci rammenta Bobbio, una cosa è discorrere della crisi dello Stato, altro della sua fine[43].

In quest'ultimo caso, infatti, la fine è vagheggiata, per lo più, in virtù di un giudizio di valore radicalmente negativo che si dà all'istituzione statale da parte di coloro che ne preconizzano la scomparsa. Così, ad esempio, Engels e i filosofi engelsiani che, dell'estinzione dello Stato fecero un vero e proprio dogma[44]; così ancora gli anarchici, da Proudhon a Bakunin, da Stirner a Malatesta, i quali, in aperta polemica con i marxisti, affermavano l'inutilità del passaggio attraverso la dittatura del proletariato perché «nessuna dittatura potrà avere altro fine che quello della propria perpetuazione[45]» ed aspiravano ad una società senza Stato e senza leggi.

Della crisi dello Stato, invece, si ragiona anche senza dover necessariamente esprimere un giudizio negativo sul concetto di Stato. La denuncia della crisi dello Stato, infatti, può essere effettuata con rammarico o con soddisfazione, ma con essa ci si limita a fotografare un momento della storia dello Stato, un momento che descrive essenzialmente la crisi di una determinata

---

simpatizza con sfrenate idee imperialistiche, ma non la visione di un prudente osservatore della storia, che non sia corrivo a formulare una legge generale sulla base di fatti, che, sebbene non unici, restano sempre isolati».

[40] Cfr. S. Romano, *Oltre lo Stato*, cit., p. 99.

[41] Cfr. S. Romano, *ibidem*.

[42] Cfr. S. Romano, *Oltre lo Stato*, cit., p. 100.

[43] Cfr. N. Bobbio, *Stato, governo*, cit., p. 117 ss.

[44] Sul punto, cfr. D. Zolo, *La teoria comunista dell'estinzione dello Stato*, Bari, 1974, *passim* e N. Bobbio, *Marx e lo Stato*, in Id., *Né con Marx né contro Marx*, Roma, 1997, p. 98 ss.

[45] Così M. Bakunin, *Stato e anarchia*, in *Là dove c'è lo Stato non c'è libertà*, Bussolengo, 1996, p. 298.

forma di Stato ed il suo passaggio ad una nuova, ma non la fine dello Stato in sé. In altri termini, la fine dello Stato è auspicata, la sua crisi è rilevata.

E molti sono stati e sono coloro che hanno discettato della crisi dello Stato. Da Léon Duguit, che affermava «lo Stato è morto: o, piuttosto, è in procinto di morire la forma romana, regalistica, giacobina, napoleonica, collettivistica, che sotto questi diversi aspetti non è che una sola forma dello Stato» [46], a Carl Schmitt, secondo il quale «lo Stato come modello dell'unità politica, lo Stato come titolare del più straordinario di tutti i monopoli, cioè del monopolio della decisione politica, questa fulgida creazione del formalismo europeo e del razionalismo occidentale, sta per essere detronizzato» [47], la storia del pensiero politico, filosofico e giuridico occidentale è percorsa da una costante tensione che fa del problema della crisi dello Stato alternativamente il suo punto di partenza o di approdo [48].

6. Cenni sul concetto di Stato

È probabile che tale atteggiamento di profonda sfiducia da parte della dottrina sia stato ingenerato anche (ma non solo) da ciò che il termine Stato racchiude in sé uno spettro talmente ampio di significati che è possibile, in relazione ad esso, realizzare le affermazioni più contrastanti. Verificare se lo Stato sia in crisi oppure no, se abbia effettivamente iniziato la sua parabola discendente o meno, se esista ancora oggi una forma di organizzazione politica alla quale attribuire questo nome, dipende, infatti, in larghissima misura, dalla definizione di Stato alla quale si intende aderire.

L'insegnamento di Norberto Bobbio, in questo senso, è (ancora una volta) illuminante, anche se volto a chiarire i termini di un altro tema, che ha da sempre affascinato e diviso gli studiosi «la questione se sia sempre esistito lo Stato oppure se si possa parlare di Stato soltanto a cominciare da una certa

---

[46] Così, L. DUGUIT, *Il diritto sociale, il diritto individuale e le trasformazioni dello Stato*, in ID., *Le trasformazioni dello Stato*, Torino, 2003, p. 114.

[47] Cfr. C. SCHMITT, *Il concetto di politico*, in ID., *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, p. 90.

[48] Si veda P.P. PORTINARO, *Lo Stato*, Bologna, 1999, p. 12 ss.; nonché, M. FIORAVANTI, *Stato (storia)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, p. 710, che afferma «la complicazione degli assetti politico-amministrativi ha ormai vinto oggi sulla linearità dei modelli elaborati all'inizio di questo secolo, soprattutto sulla loro attitudine a misurare, a discernere, a prescrivere» anche se «è ancora forte, e per certi versi addirittura rinnovata, la tendenza a giudicare le nostre istituzioni in perenne condizione di «crisi» perché in oggettiva situazione di non corrispondenza a quei modelli».

epoca» [49], quella moderna. Interrogativo, quest'ultimo, che, a ben vedere, differisce assai poco da quello di fronte al quale ci troviamo oggi: se lo Stato esista ancora o non si sia trasformato in qualcosa d'altro ovvero se non sia stato sostituito da un'altra forma di organizzazione politica con caratteristiche diverse, da chiamare con un *nomen* diverso. Così come ci chiediamo se lo Stato sia sempre esistito oppure se sia un fenomeno storico apparso in un certo momento dell'evoluzione dell'umanità, dobbiamo chiederci se lo Stato non abbia, oggi, terminato di esistere per lasciare il passo ad un'altra *cosa*, ad un'altra forma di organizzazione politica alla quale, in quanto *cosa nuova*, attribuire un altro nome, un *nome nuovo*, diverso, con attributi e caratteristiche diverse da quelle originariamente attribuite all'organizzazione politica statuale.

Ebbene, oggi come allora, è necessario, come già detto, *scegliere* una definizione di Stato dalla quale prendere le mosse, da assumere come punto di vista privilegiato dal quale osservare i fenomeni politici che ci circondano e a partire da questa definizione, necessariamente parziale, rispondere all'interrogativo che ci siamo posti poc'anzi: lo Stato, oggi come oggi, esiste ancora oppure è afflitto da una crisi inarrestabile che ne sta compromettendo definitivamente l'esistenza? Ho fatto riferimento al termine *scegliere* non a caso, perché le definizioni, è lapalissiano, sono attribuite per lo più in base a «criteri di opportunità e non di verità» [50], cosicché il discrimine tra ciò che è Stato e ciò che non lo è dipende esclusivamente dalla convenienza ad attribuire al concetto di Stato alcune caratteristiche piuttosto che altre. È evidente, infatti, che quanti più attributi sono necessari a definire il concetto di Stato, tanto minore è il numero degli Stati riconoscibili come tali perché «quanto più numerose sono le connotazioni di un concetto tanto più si restringe il campo da esso denotato, cioè la sua estensione» [51] e viceversa.

Partendo da questo assunto, va precisato che in dottrina vi è una tendenziale dicotomia tra gli autori che hanno visto nello Stato una realtà nuova sorta sulle ceneri della società medievale [52] e quelli che, invece, hanno teorizzato la continuità tra gli ordinamenti dell'età antica e di mezzo e quelli dell'età moderna. Così, per alcuni [53] la definizione del concetto di Stato deve restrin-

---

[49] Cfr. N. Bobbio, *Stato, governo*, cit., p. 59.

[50] Cfr. N. Bobbio, *Stato, governo*, cit., p. 59.

[51] Cfr. N. Bobbio, *ibidem*.

[52] Così, tra i molti, F. Lanchester, *Stato (forme di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, p. 800; N. Bobbio, *Stato, governo*, cit., p. 43 ss.; P. Schiera, *Stato moderno*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1990, p. 1128 ss.

[53] Per E. Bussi, *Evoluzione storica dei tipi di Stato*, Cagliari, s.d., p. 111, ad esempio, «per-

gersi a quei particolari ordinamenti giuridici la cui origine teorica risiede nel Principe di Machiavelli, mentre quella storica viene fatta coincidere con la firma del trattato di Westfalia del 1648 e per altri, invece, deve essere talmente ampia e sfumata da abbracciare anche gli ordinamenti antichi e medievali [54]. L'ente «che oggi si designa comunemente con la *parola* «Stato» ha avuto e talvolta ha anche adesso altre denominazioni», scriveva Santi Romano nel suo *Corso di diritto costituzionale* del 1932 [55].

E, in effetti, è solo un problema «di parole» perché «o si conviene di designare con il nome di Stati anche gli ordinamenti che hanno preceduto nel tempo il pieno affermarsi del fenomeno così come modernamente ci si presenta, accontentandosi di riscontrare in essi un minimo di presenza degli elementi che caratterizzano quest'ultimo (…) ed allora la risposta agli interrogativi sopra formulati (se cioè possano chiamarsi Stati anche gli ordinamenti antichi e medievali) sarà, per la maggior parte dei casi, positiva» oppure «si conviene di riservare il nome Stato al fenomeno statale, pienamente sviluppatosi nei suoi elementi essenziali, quale s'incontra nell'era moderna, ed allora lo Stato (così restrittivamente inteso) dovrà farsi rientrare in un genere più ampio, comprensivo anche dei gruppi prestatali» [56].

Insomma, delle due l'una: o lo Stato è il *genus* e le altre forme di organizzazione del potere sono le *species*, ovvero queste ultime, insieme con lo Stato, sono *species* di un più ampio e generico concetto di ordinamento politico che tutte quante le contiene.

Va anche sottolineato, però, come la medesima questione – della esistenza o meno di uno Stato nelle differenti epoche storiche – possa anche essere intesa in maniera tutt'affatto diversa. L'analisi della dottrina, in effetti, mostra come essa, alle volte, pur partendo da una definizione univoca del concetto di

---

ché l'antichità non conosceva la parola Stato o qualcosa che ne fosse l'equipollente; perché di conseguenza non poteva avere il concetto di Stato; perché comunque non riconosceva l'importanza dell'elemento territoriale, ben si potrebbe concludere che non si dovrebbe neanche parlare di Stato antico, e che ogni accenno allo stesso fosse vano ed antistorico».

[54] Così, ad esempio, per V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1970, p. 53, secondo il quale la dottrina che ha sostenuto che «laddove mancava l'espressione, ivi faceva altresì difetto il concetto e mancando il concetto nemmeno sarebbe esistito un fenomeno inquadrabile nel tipo dello Stato» è di «discutibile correttezza logica». Con la conseguenza che, «a parte la questione del nome, sembra (…) incontestabile che, così nella polis greca come nella civitas romana, si presentano riuniti tutti e tre gli elementi essenziali del fenomeno statale», così come pare «difficile negare, per quel poco che ne sappiamo, che formazioni politiche territoriali risalenti ad epoche più remote, come, circa 3000 anni prima di Cristo, l'Impero egiziano e quello di Babilonia, ad esempio, presentino caratteri qualificabili statali» (*ivi*, pp. 56 e 57).

[55] Così, S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1932, p. 41.

[56] Così, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, cit., pp. 55-56.

Stato, l'abbia poi utilizzata come termine di raffronto, dilatando o restringendo le analogie e le differenze tra i vari ordinamenti giuridici a seconda che abbia ricostruito la storia delle istituzioni politiche in termini di continuità o di discontinuità. In sostanza, la definizione del concetto di Stato può anche essere una e una sola e diventare paradigma, termine di paragone, parametro sulla base del quale raffrontare le diverse esperienze di organizzazione politica che si sono succedute nella storia. In questo contesto, è dunque lo Stato, e ciò che in tale termine si racchiude di significante, che funge da punto di riferimento nella ricostruzione della storia delle istituzioni politiche e del loro susseguirsi e modificarsi. In altri termini, data una definizione di Stato, gli ordinamenti che lo precedono o lo seguono saranno anch'essi definibili come Stati solo in quanto le loro caratteristiche si sposino o meno con le peculiarità proprie dello Stato così per come definito.

7. La persistente validità del concetto di Stato in assenza di nozioni significanti alternative

Il punto è che potrebbe ben essere che lo Stato sia una forma di organizzazione politica ormai superata, tuttavia, quand'anche lo fosse, oggi come oggi è difficile a dirsi. O, meglio, ciò che è malagevole è trovare un *nomen* adatto per questa ipotetica nuova forma di organizzazione politica, perché, come argutamente asserito da Thierry nel 1835, «gli interessi che nascono sono obbligati a esprimersi nell'idioma di quelli che sono scomparsi e si fanno mal comprendere; i rapporti presenti si sfigurano sotto l'espressione dei rapporti distrutti e ingannano la vista o si sottraggono ad essa» [57].

Cosicché, seppure accedessimo alla tesi di quella parte della dottrina che ha cantato l'elogio funebre dello Stato, non potremmo esimerci, come d'altronde anche quella dottrina fa, dall'utilizzare il bagaglio terminologico e concettuale ad esso afferente. In assenza di un termine idoneo a descrivere il concetto, insomma, non possiamo far altro che riferirci a questa ipotetica nuova entità, ancora una volta, come ad una realtà statuale. Forse in crisi, forse al tramonto, forse, ormai, nella sua parabola discendente, e tuttavia sempre Stato [58].

---

[57] Così A. THIERRY, *Dix ans d'études historiques*, Bruxelles, 1835, p. 32.

[58] Sul punto, si vedano le considerazioni di M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in questa *Rivista*, 1996, p. 124 ss. secondo il quale il termine crisi «esprime il senso di un «passaggio non ancora compiuto» e che peraltro potrebbe non avere mai a compiersi, poiché i suoi esiti possibili sono tanto la fine dello stato, dell'oggetto o della condizione originari, quanto l'adattamento di questi (…) alla realtà "critica" delle cose» (*ivi*, p. 130).

Ciò, non tanto perché, come qualcuno insinua, vi sia in chi scrive e in quella parte della dottrina che similmente ragiona, un attaccamento morboso al concetto di Stato o una insana passione per il Leviatano, quanto perché, a mio modo di vedere, le difficoltà nel trovare il giusto termine denotano una confusione concettuale di fondo che rende arduo il compito di racchiudere in un'unica parola l'idea che si vuole rappresentare. In altri termini, questa nuova forma di organizzazione politica non è descrivibile univocamente, perché non è affatto chiaro quali ne siano i connotati giuridici, il che, soprattutto, sta a significare che la confusione è totale, che la dottrina procede, oggi, per tentativi, ora evocando la sempre attuale teoria della pluralità degli ordinamenti, ora utilizzando delle circonlocuzioni, delle perifrasi, dei giri di parole, pur di designare questo *non-Stato* in una qualche maniera.

8. Le diverse accezioni della locuzione «forma di Stato» e «le» forme assunte dall'ordinamento statuale italiano

Il ritenere che l'ente pubblico Stato non si sia estinto, ma sia semmai *solo* afflitto da una profonda crisi, fornisce un utile punto di partenza per le ulteriori analisi che intendiamo qui sviluppare.

Posto che lo Stato esiste, sia concretamente, sia concettualmente, è possibile tentare di stabilire quale ne sia, oggi, la forma. Al riguardo, occorre anzitutto sottolineare, come peraltro già accennato, che la dottrina, nell'identificare e classificare le diverse forme di Stato, ha via via adottato differenti definizioni, indicando, con tale locuzione, il modo di disporsi tra di loro degli elementi costitutivi dello Stato in relazione ai fini da esso perseguiti [59], oppure i modi di estrinsecazione della potestà sovrana, considerando, in particolare i rapporti tra governanti e governati [60] ovvero, ancora, come tra i primi affermava Ranelletti, le diverse forme che può assumere la struttura statuale [61], ecc. [62].

---

[59] Così C. MORTATI, *Le forme di governo*, Padova, 1973, p. 3.

[60] Così, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 1990, p. 2; di rapporti fra organizzazione politica e società parla N. BOBBIO, *Stato, governo,* cit., p. 105.

[61] Cfr. O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, III ed., Padova, 1932, p. 107, che ivi perentoriamente affermava «la forma dello Stato è data dalla sua struttura».

[62] Sulle diverse classificazioni della forma di Stato, si veda F. CUOCOLO, *Forme di Stato e di governo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1991, p. 494 ss.; G.U. RESCIGNO, *Forme di Stato e forme di governo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, p. 1 ss., *ad vocem*; F. LANCHESTER, *Stato (forme di)*, cit., p. 796 ss.

Ora, è ovvio che, in relazione a ciascuna delle predette definizioni, lo Stato può configurarsi come Stato sociale, Stato democratico-rappresentativo, Stato federale, Stato di diritto e così via, fermo restando che quelle qui citate sono solo alcune tra le molteplici forme che esso può assumere. Tuttavia, fare riferimento alle differenti forme di Stato come a definizioni utilizzabili solo in termini alternativi (nel senso, cioè, di limitarsi ad accogliere un'unica definizione escludendo le altre), non rende conto della complessità delle questioni che si celano dietro codesti problemi solo apparentemente teorici. Affermare, ad esempio, che un determinato ordinamento statuale è qualificabile come Stato sociale non solo non comporta l'esclusione di altre, diverse, definizioni del medesimo, ma non rende sufficientemente conto della reale collocazione dell'istituzione statuale nella realtà.

È necessario, quindi, assumere come dato di partenza che lo stesso Stato a seconda che si acceda a una classificazione piuttosto che ad un'altra può essere definito in molti modi. Cosicché, nello stesso momento storico, il medesimo ordinamento statuale potrà assumere forme diverse a seconda del punto di osservazione che si privilegerà per riguardare la realtà nella quale esso si afferma e sviluppa. L'ordinamento statuale italiano, ad esempio, che è ovviamente quello che qui interessa, si caratterizza per avere una determinata fisionomia complessa, tanto che oggi si può dire che la nostra Costituzione ha disegnato uno Stato che è, insieme, sociale, regionale [63], democratico-rappresentativo e costituzionale di diritto a seconda che si privilegi l'una o l'altra delle classificazioni cui si è fatto poc'anzi sommariamente cenno.

9. Legalità costituzionale e Stato sociale

É necessario, pertanto, a rischio di banalizzare non poco la complessità della questione, verificare per sommi capi se la superiore legalità costituzionale [64], così come definita qualche riga sopra, sia in crisi in relazione ad ogni e

---

[63] Per la distinzione tra Stato regionale e Stato federale, G. AMBROSINI, *L'ordinamento regionale. La riforma regionale nella Costituzione italiana*, Bologna, 1957, p. 3 ss. Lo Stato regionale, secondo costante dottrina, deve pur sempre ricomprendersi tra le forme di Stato unitarie. Così, F. CUOCOLO, *op. cit.*, p. 501. Cfr. altresì sul punto G. DE VERGOTTINI, *Stato federale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, p. 859, secondo il quale la differenza tra lo Stato federale e quello regionale «non è qualitativa, bensì soltanto quantitativa». Sullo Stato regionale come categoria che comprenderebbe sia gli Stati federali sia quelli regionali propriamente detti, si veda G. LUCATELLO, *Lo Stato regionale quale nuova forma di Stato*, in *Scritti giuridici*, Padova, 1990, p. 111 ss. in part. 150.

[64] Il concetto di superiore legalità costituzionale (e la sua differenza con quello di legalità

ciascuna forma che l'ordinamento statuale assume ovvero ad una soltanto di esse oppure ad alcune sì ed altre no. Perciò, dando per assodato che il nostro ordinamento – tra le altre cose – si configura, come già anticipato, come uno Stato sociale, regionale, democratico-rappresentativo e costituzionale di diritto, dovremo tentare di appurare se il concetto di legalità costituzionale resiste o meno all'usura del tempo in relazione ad ognuna delle predette definizioni.

Si pensi, per cominciare, al rapporto tra legalità costituzionale e Stato sociale. Con riferimento al concetto racchiuso in quest'ultima locuzione è stato detto che «è letteralmente impensabile venire a capo della matassa di questioni teoriche e pratiche che si raccoglie nella nozione sintetica di «Stato sociale» se si continua a restare prigionieri di vecchie contrapposizioni e di modelli preconfezionati» [65]. Tale affermazione, evidentemente, tende a mettere in discussione l'attualità delle diverse definizioni – e, quindi, delle sottostanti concezioni – che della suddetta nozione sono state fornite negli anni addietro dalla dottrina costituzionalistica italiana.

Eppure, nonostante le indubbie e condivisibili difficoltà descrittive, l'approccio al concetto di Stato sociale non può prescindere dall'accoglimento di una qualsivoglia definizione che, per quanto datata e «preconfezionata», valga a caratterizzarne e specificarne il senso e la portata. Così, non vi è dubbio che quando ci si riferisce allo Stato sociale si ha in mente una particolare forma di organizzazione dello Stato che ai caratteri tipici dello Stato costituzionale di diritto ne affianca altri che devono consentire «allo Stato di conseguire fini sostanziali di maggiore solidarietà fra i vari gruppi che compongono la società» [66].

Lo Stato sociale, in altri termini, è quella particolare forma di Stato che tra i fini fondamentali verso i quali tende pone anche «quello di intervenire nei rapporti sociali per modificarne gli effetti a favore di determinati gruppi e classi (ed in particolare a favore dei gruppi e delle classi economicamente più deboli)» [67]. Esso, dunque, non è altro che «la risposta politico-costituzionale

---

ordinaria) è stato elaborato per la prima volta da G. AZZARITI, in *Forme e soggetti della democrazia pluralista*, Torino, 2000, p. 245. Si veda anche, dello stesso Autore, l'editoriale *La* superiore *legalità costituzionale è in crisi?*, sulla rivista telematica *www.costituzionalismo.it.*

[65] Cfr. G. MARRAMAO, *Dopo il Leviatano*, Torino, 2000, p. 339 ss., in part. p. 350.

[66] Cfr. C. MORTATI, *Le forme di governo*, cit., p. 62.

[67] Cfr. C. MORTATI, *Le forme di governo*, cit., p. 62. Lo Stato sociale a fianco e in aggiunta al principio dell'uguaglianza formale ha significato l'affermazione del principio dell'uguaglianza in senso sostanziale. Sul punto, si vedano, tra i moltissimi, almeno C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 Cost.*, in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954; L. PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, 1965; B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3, secondo comma della Costituzione*, Padova, 1984; A. CERRI, *Uguaglianza*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994.

alla crescente e obiettiva insicurezza sociale, che costituisce il sottoprodotto, a quanto sembra difficilmente eludibile, sia degli squilibri di potere comportati dal libero gioco delle forze sociali e dell'incertezza insita nei meccanismi spontanei del mercato (…), sia dell'instabilità dei valori insita nelle accelerate dinamiche culturali (…) proprie di società, come quelle rette da regimi politici democratici e da sistemi economici capitalistici, che sono caratterizzate da una crescente apertura reciproca (…) e da ritmi di sviluppo delle condizioni di vita straordinariamente veloci (…)» [68].

È evidente, pertanto, che il riferimento allo Stato sociale non si riduce ad una mera enunciazione di principi, né ad una semplice modalità di organizzazione dello Stato ovvero di distribuzione del potere fra i suoi organi, bensì ad un qualcosa di diverso, che rimanda al classico rapporto fra autorità e libertà ed alle modalità giuridicamente predeterminate di garanzia dei diritti tipici di questa forma di Stato: i diritti sociali. In altri termini, l'espressione Stato sociale non sta affatto ad indicare «un'intollerabile confusione» tra i due ambiti del «sociale» e del «politico», del «potere di fatto» e del «potere legittimo»», ma va assunta in tutt'altra accezione, come indicativa di una peculiare forma di organizzazione dei pubblici poteri volta a garantire e tutelare alcuni particolari diritti soggettivi spettanti, in quanto tali, a tutti gli individui. L'aspetto più propriamente giuridico di questa forma di Stato, dunque, consistente nella necessaria garanzia dei diritti sociali, deve prevalere anche in ambito meramente definitorio e sgomberare il campo da raffigurazioni tanto fallaci quanto equivoche.

Così, laddove non siano previsti, né garantiti, i diritti sociali, lì non esiste Stato sociale alcuno. In tal caso, ciò che sussiste è, molto più semplicemente, uno Stato – o una qualsiasi organizzazione di pubblici poteri – caratterizzato da una qualche forma, più o meno accentuata, di interventismo in vari ambiti. Lo Stato sociale, però, non è, né può essere, solo questo. Non è solo interventismo economico, cioè, ma è anche, come si è detto, riconoscimento e garanzia, a livello costituzionale, di alcuni, determinati, diritti che, per la loro importanza finiscono per determinare la sussistenza o meno di una forma di Stato definibile come sociale.

Che poi il soddisfacimento di questi diritti sia demandato per la gran parte allo Stato coincidendo, quindi, con forme più o meno penetranti di interventismo, questo è un aspetto soltanto secondario della questione. La previsione o meno dei diritti sociali nelle Costituzioni contemporanee, in sostanza, fonda e caratterizza lo Stato sociale esattamente come la costituzionalizzazione dei più classici diritti civili e politici fondò e caratterizzò lo Stato liberale

---

[68] Così A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, ora in *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 129.

di diritto ottocentesco. Con l'aggettivo «sociale», predicato di questo *tipo* di Stato, non ci si riferisce, dunque, all'oggetto di studio di una scienza *non* giuridica: non quindi le discipline sociologiche o politologiche. Si rinvia, invece, molto più sensatamente, all'analisi di un determinato tipo di diritti, denominati sociali, in quanto sono diritti che devono essere riconosciuti all'essere umano in quanto vive in società.

Ciò premesso, è noto che nel nostro ordinamento il fondamento costituzionale dello Stato sociale è rinvenibile essenzialmente nel principio di eguaglianza sostanziale previsto dal secondo comma dell'art. 3 Cost., ma anche in tutta una serie di altre disposizioni costituzionali che dovrebbero indirizzare le attività dei pubblici poteri vincolando, quindi, il legislatore ordinario ad un obbligo di risultato [69]: dall'art. 4 sull'effettività del diritto al lavoro, all'art. 32, sulla tutela della salute e l'obbligo di prestare cure gratuite agli indigenti, all'art. 38 che dispone a carico dello Stato una serie di obblighi di fondamentale importanza tra cui: l'obbligo di garantire il mantenimento e l'assistenza sociale ad ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere, l'obbligo di previdenza e assistenza a tutti i lavoratori in caso di infortunio, malattia, invalidità, vecchiaia e disoccupazione involontaria, l'obbligo di garantire l'educazione e l'avviamento per gli inabili e i minorati, e così via [70].

Non solo, ma anche le disposizioni che disciplinano i c.d. diritti economici, nel farlo, prevedono che il pieno godimento dei medesimi non può prescindere dal fatto che essi non possono svolgersi «in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» [71] aggiungendo che spetta alla legge disciplinarne «i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale» [72]. Tutte queste prescrizioni, poi, si completano con quanto disposto dall'art. 53 Cost., ai sensi del quale non solo «tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva», ma, soprattutto, «il sistema tributario è informato a criteri di progressività». *Tutti*, quindi, devono *concorrere alla realizzazione dello Stato sociale*, tutti, cioè, devono partecipare, in ragione delle proprie possibilità, alla realizzazione dell'eguaglianza sostanziale. Lo Stato sociale, quindi, non può che essere anche Stato democratico.

Il raggiungimento degli obblighi di risultato posti dalla Costituzione, in

---

[69] Sul punto, G. AZZARITI, *Ipotesi sui diritti sociali*, in *Forme e soggetti*, cit., p. 161 ss.

[70] Per un elenco delle disposizioni costituzionali sulle quali trova il proprio fondamento lo Stato sociale, cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit.

[71] Per tutti, M. LUCIANI, *La produzione economica provata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, *passim*.

[72] Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990, *passim*.

sostanza, dipende in larghissima misura dalla disponibilità di risorse finanziarie che ciascuno Stato ha. Da questo punto di vista, però, specie a causa dei vincoli che derivano al nostro ordinamento da quello comunitario (ma non solo) [73], lo Stato non è più in grado di reperire le risorse finanziarie delle quali ha bisogno per fare fronte alle necessità dello Stato sociale. E non è più in grado essenzialmente per due ragioni tra loro correlate, benché differenti: innanzi tutto, perché i fini verso i quali tende l'Unione europea sono agli antipodi rispetto a quelli dei moderni Stati sociali.

Basti guardare agli artt. I-2 e I-3 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, approvato a Roma il 29 ottobre 2004, i quali dispongono, rispettivamente, che «l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a una minoranza. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini» (art. I-2) e che «l'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne e *un mercato interno nel quale la concorrenza è libera e non è falsata*» [74].

È evidente che gli obiettivi comunitari non coincidono con quelli disposti dalla nostra Costituzione, in particolare con l'obiettivo dell'eguaglianza sostanziale, con la conseguenza che invece di essere l'ordinamento comunitario a conformarsi ai principi proclamati nella nostra Costituzione come fon-

---

[73] La crisi dello Stato sociale, come noto, ebbe inizio sin dalla fine degli anni settanta, originata da una serie di gravissime crisi che si verificarono a livello internazionale.

[74] Cfr. CIG 87/1/04 REV 1. Non è questa la sede per affrontare in maniera sistematica il problema dell'esistenza o meno di obiettivi sociali europei, per la cui analisi, sia consentito rinviare al mio *Diritti sociali e Unione europea. Dall'ordinamento comunitario allo Stato sociale europeo*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, in corso di pubblicazione. In questo contesto, pertanto, ci limitiamo a sottolineare che il par. 3 dell'art. I-3, prosegue affermando che «l'Unione *si adopera* per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'*economia sociale di mercato* fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico. L'Unione *combatte* l'esclusione sociale e le discriminazioni e *promuove* la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore. Essa promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri. Essa rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo». È evidente, quindi, la differenza tra il par. 2, riportato nel testo, dove si afferma che l'Unione *offre ai cittadini europei un mercato interno nel quale la concorrenza è libera e non è falsata*, e il par. 3, dove invece l'Unione si limita ad *adoperarsi* per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, *combattendo* le discriminazioni, ma *non* impegnandosi a rimuovere gli ostacoli che impediscono il raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale dei cittadini.

damentali, è l'ordinamento costituzionale italiano a modellarsi su quello comunitario cominciando a ragionare essenzialmente in termini di eguaglianza formale e di diritto di non discriminazione.

Ciò emerge con particolare limpidezza guardando, ad esempio, alla legge 14 febbraio 2003, n. 30 e al correlato d. lgv. 10 settembre 2003, n. 276, guardando cioè al c.d. pacchetto Biagi sulla riforma del mercato del lavoro, mediante il quale si produce uno strappo lacerante a tutta quella parte della Costituzione che disegna un impianto lavoristico rispettoso della dignità della persona umana, strappo che va dall'affermazione della obsolescenza dell'aspettativa del singolo al posto di lavoro, all'affermazione del primato del mercato sul rapporto di lavoro e che si concretizza nella violazione di tutta una serie di disposizioni costituzionali: l'art. 1, in forza del quale la Repubblica si fonda sul lavoro, l'art. 2, che prevede il principio solidaristico; l'art. 3, che dichiara come imprescindibile «l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»; l'art. 4, in forza del quale la Repubblica, oltre a riconoscere a tutti i cittadini il diritto al lavoro, ha il compito di promuovere le condizioni che rendano effettivo questo diritto; l'art. 36, ai sensi del quale la retribuzione deve assicurare a tutti i lavoratori una esistenza libera e dignitosa, per finire con il fondamentale disposto dell'art. 41 Cost., in base al quale l'iniziativa economica privata non può svolgersi in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

D'altro canto, non si può certo dire che la Corte costituzionale abbia contribuito a contrastare tale pericolosa deriva. Si pensi, ad esempio, alla sent. n. 14 del 2004, nella quale la Consulta ha affermato che «dal punto di vista del diritto interno, la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario, che comprende interventi regolativi, la disciplina *antitrust* e misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza» [75]. Cosicché, fermo restando che «i principî comunitari del mercato e della concorrenza non sono svincolati da un'idea di sviluppo economico-sociale» e che «sarebbe errato affermare che siano estranei alle istituzioni pubbliche compiti di intervento sul mercato», va tuttavia precisato che tale intervento è ritenuto ammissibile solo se funzionale «alla promozione di un mercato competitivo» [76].

---

[75] Cfr. sent. n. 14 del 2004.

[76] Punto 3 del considerato in diritto. Si vedano sul punto le condivisibili osservazioni di F. PIZZETTI, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma?*, in *Le Regioni*, 2004, e sul sito Internet *www.forumcostituzionale.it*, secondo il quale «la Corte, basandosi essenzialmente su un argomento puramente sistematico-testuale tratto dalla collocazione delle diverse norme nel Trattato CEE, attrae nell'ambito della tutela della concorrenza la tematica degli aiuti di Stato che, nella normativa CEE costituiscono, con tutta evidenza, la disciplina non della tutela della con-

La Corte, quindi, si orienta – in questa fase – per una lettura del testo costituzionale in senso decisamente liberistico (cosa che, peraltro, aveva già fatto, *a Costituzione invariata*, ritenendo che la clausola dell'utilità sociale contenuta nell'art. 41 Cost., prevista come *limite* allo svolgimento dell'iniziativa economica, coincidesse con le regole economiche della concorrenza) [77], riconducendo persino gli eventuali interventi statali, che potrebbero essere necessari per indirizzare socialmente la libertà d'impresa, nell'ambito dello sviluppo del mercato.

10. Il patto di stabilità e crescita, il patto di stabilità interno e la legalità costituzionale

Il secondo dei motivi per i quali lo Stato non è più in grado di fare fronte alle necessità dello Stato sociale, risiede in ciò che, al fine di raggiungere gli obiettivi comunitari – tra i quali, lo ripeto, spicca per importanza il *mercato interno* nel quale la concorrenza deve essere *libera e non falsata* – l'Unione dispone che, *conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza*, l'azione degli Stati membri e dell'Unione si deve orientare alla «definizione e conduzione di una politica monetaria e di una politica del cambio uniche, che abbiano l'obiettivo principale di mantenere la stabilità dei prezzi e, fatto salvo questo obiettivo, di sostenere le politiche economiche generali nell'Unione» (art. III-177, Trattato che adotta una Cost. eu.).

A tale scopo, l'azione degli Stati membri e dell'Unione deve rispettare i seguenti principi direttivi: prezzi stabili, finanze pubbliche e condizioni monetarie sane, bilancia dei pagamenti sostenibile. Gli Stati membri, dunque, sono vincolati al rispetto dei principi comunitari che impognono loro di *evitare disavanzi pubblici eccessivi* (par. 1, art. III-184, Trattato che adotta una Cost. eu.). In questo contesto, si inseriscono i vincoli imposti agli ordinamenti degli Stati membri, compreso il nostro, dal Patto di stabilità e crescita, che, proposto nel 1995 dall'allora ministro delle finanze tedesco Theo Weigel, è stato adottato, durante il vertice di Amsterdam del 16 giugno 1997, con il fine di prevenire un disavanzo di bilancio eccessivo nella zona dell'euro [78].

---

correnza ma delle deroghe che ai principi che regolano la concorrenza sono o possono essere ammesse in ambito comunitario».

[77] Si veda l'*obiter dictum* della sent. n. 362 del 1998, sulla quale, se si vuole, F. SALMONI, *Quando la concorrenza diventa il limite della libertà d'impresa. La Corte si pronuncia ed il mercato entra nella Costituzione*, in *Foro it*., 2000, I, c. 412.

[78] Come è noto, il patto di stabilità e crescita sta vivendo, dal 25 novembre 2003, un

A similitudine di quanto previsto a livello comunitario, poi, a partire dalla manovra di bilancio per il 1999 (art. 28, legge 23 dicembre 1998, n. 448) è stata disposta l'adozione di un *patto di stabilità interno* da approvare unitamente alla legge finanziaria, mediante il quale si prevede che «le regioni, le province autonome, le province, i comuni e le comunità montane concorrono alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica che il paese ha adottato con l'adesione al patto di stabilità e crescita, impegnandosi a ridurre progressivamente il finanziamento in disavanzo delle proprie spese e a ridurre il rapporto tra il proprio ammontare di debito e il prodotto interno lordo». Ora, i vincoli posti dall'Unione europea alle politiche di bilancio degli Stati membri e da questi ultimi alle regioni e agli enti locali, ottengono, come è evidente, il risultato di ridurre notevolmente il potere di spesa di tutti questi soggetti, con la conseguenza di incidere in maniera sostanziale sugli obiettivi che lo Stato sociale si pone.

A fronte di tale situazione, l'atteggiamento assunto dalla Corte costituzionale è stato piuttosto significativo. Essa, infatti, che ben avrebbe potuto decidere tutelando la legalità costituzionale in ossequio ai principi fondanti lo Stato sociale, ha invece assunto un atteggiamento di adesione agli obiettivi comunitari di contenimento *a tutti i costi* della spesa pubblica, che mal si concilia con tutta quella parte della Costituzione che indirizza le attività statali a fini redistributivi e di garanzia di diritti sociali fondamentali.

Nella sent. n. 242 del 1999, ad esempio, a fronte della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Pretore di Torino che chiedeva se fosse conforme a Costituzione la possibilità di retribuire il lavoro straordinario in misura inferiore a quello ordinario, ha dichiarato la questione infondata sulla base del fatto che «meccanismi di «blocco» al dichiarato fine di contenere la dinamica salariale e prevenire effetti inflazionistici o, come accadde nel 1992, per contenere una spesa pubblica dai livelli esorbitanti, e tale da porre a rischio l'equilibrio di bilancio», che, normalmente, «sarebbero in contrasto con l'art. 36 della Costituzione» sono, nel caso di specie, costituzionali se interpretati «nel senso che la norma ha riguardo unicamente ai meccanismi automatici di indicizzazione e soltanto su questi ultimi ha prodotto effetti di «blocco»».

Allo stesso modo, dopo aver affermato, nella sent. n. 507 del 2000, che «stabilire obiettivi globali di contenimento del fabbisogno finanziario gene-

---

momento di profonda crisi, dovuta al contrasto tra Ecofin e Commissione in ordine alla sospensione unilaterale disposta dall'Ecofin dell'applicazione della procedura per *deficit* eccessivi a Francia e Germania. A seguito di tale decisione, la Commissione europea ha fatto ricorso alla Corte di Giustizia impugnando la decisione dei Ministri delle Finanze del 25 novembre 2003, ricorso accolto dalla CGCE.

rato dalla spesa regionale, nell'ambito e ai fini degli obiettivi generali di finanza pubblica fissati dagli strumenti della programmazione finanziaria nazionale, rientra nell'ambito dei compiti di coordinamento della finanza pubblica che l'art. 119 della Costituzione attribuisce alla legge della Repubblica», ha sostenuto, più di recente, che è incontestabile «il potere del legislatore statale di imporre agli enti autonomi, per ragioni di coordinamento finanziario connesse ad obiettivi nazionali, condizionati anche dagli obblighi comunitari, vincoli alle politiche di bilancio» è incontestabile «anche se questi si traducono, inevitabilmente, in limitazioni indirette all'autonomia di spesa degli enti» [79].

Di conseguenza, pur essendo vero che «stabilito il vincolo alla entità del disavanzo di parte corrente, potrebbe apparire superfluo un ulteriore vincolo alla crescita della spesa corrente, potendo il primo obiettivo conseguirsi sia riducendo le spese, sia accrescendo le entrate», tuttavia «il contenimento del tasso di crescita della spesa corrente rispetto agli anni precedenti costituisce pur sempre uno degli strumenti principali per la realizzazione degli obiettivi di riequilibrio finanziario, ed infatti esso è indicato fin dall'inizio fra le azioni attraverso le quali deve perseguirsi la riduzione del disavanzo annuo [80]». Cosicché, ben può, il legislatore statale, «nell'esercizio non irragionevole della sua discrezionalità, introdurre per un anno anche un limite alla crescita della spesa corrente degli enti autonomi, tenendo conto che si tratta di un limite complessivo, che lascia agli enti stessi ampia libertà di allocazione delle risorse fra i diversi ambiti e obiettivi di spesa» [81].

11. Legalità costituzionale e Stato regionale

Tali sentenze sono significative anche per verificare se vi sia stata una violazione o meno della legalità costituzionale rispetto alla forma di Stato regionale, così come disciplinata dalla nostra Costituzione dal combinato disposto del suo art. 5 e del suo Titolo V [82]. Tale questione non è di poco conto, specie

---

[79] Cfr. sent. sent. n. 36 del 2004.

[80] Cfr. sent. sent. n. 36 del 2004.

[81] Così, sent. n. 36 del 2004, nonché, in termini, sentt. nn. 4 e 260 del 2004, 274 e 334 del 2003.

[82] La sent. n. 14 del 2004, citata *supra* al par. 9, ad esempio, ha reintrodotto, sotto diverse spoglie, il limite delle grandi riforme economico-sociali, in quanto ha affermato che spetta allo Stato la competenza ad adottare provvedimenti idonei «ad incidere sull'equilibrio economico generale», mentre appartengono «alla competenza legislativa concorrente o residuale delle

se si tiene a mente che le regioni e gli enti locali a seguito della riforma costituzionale del Titolo V, del 2001, hanno visto aumentare, o, in alcuni casi, ridisegnare, l'ampiezza e le modalità di esercizio delle loro competenze.

Non è certamente questa la sede per commentare la riforma del Titolo V, già oggetto di una copiosissima produzione dottrinale, alla quale, pertanto, si rinvia. Ciò che, invece, qui importa rilevare è la riconduzione di tutta una serie di istanze centripete portate avanti dalle regioni, nell'alveo del principio fondamentale dell'unità della Repubblica, nel rispetto del (e in armonia con) l'altrettanto fondamentale principio dell'autonomia [83].

Questa tendenza emerge chiaramente dalla giurisprudenza della Corte costituzionale che, a partire dal 2002, ha dovuto affrontare un'enorme quantità di questioni attinenti al riparto di competenze Stato-regioni. Attraverso l'opera instancabile della Consulta, infatti, il Titolo V Cost. è stato interpretato conciliandone gli aspetti più contrastati con l'assetto fondamentalmente unitario del nostro ordinamento. In quest'ottica, vanno lette tutte quelle sentenze mediante le quali sono state specificate e delimitate le materie *trasversali* di competenza esclusiva statale previste dall'art. 117, secondo comma, Cost., che, com'è ovvio, garantiscono un'ampia sfera di intervento dello Stato, ma che proprio per questo, ad avviso della Corte, sono in armonia con i principi fondamentali stabiliti dall'art. 5 Cost.

Si pensi, solo per fare un esempio, alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, che la Corte ha ritenuto trattarsi non già di «una materia in senso stretto, ma di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve

---

Regioni gli interventi sintonizzati sulla realtà produttiva regionale tali comunque da non creare ostacolo alla libera circolazione delle persone e delle cose fra le Regioni e da non limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale».

[83] Si vedano, ad esempio, tutte le sentenze con le quali la Corte ha riaffermato la necessità di attenersi al principio di leale collaborazione, come quelle che hanno riguardato i poteri sostitutivi previsti dall'art. 120 Cost., dove la Corte ha chiarito che *a*) le ipotesi di esercizio di poteri sostitutivi debbono essere previste e disciplinate dalla legge, la quale deve definirne i presupposti sostanziali e procedurali; *b*) la sostituzione può essere prevista esclusivamente per il compimento di atti o attività «prive di discrezionalità nell'*an* (anche se non necessariamente nel *quid* o nel *quomodo*)», la cui obbligatorietà sia il riflesso degli interessi unitari alla cui salvaguardia provvede l'intervento sostitutivo; *c*) l'esercizio del potere sostitutivo deve essere affidato a un organo di governo della Regione o deve comunque svolgersi sulla base di una decisione di questo, stante l'attitudine dell'intervento a incidere sull'autonomia costituzionale dell'ente sostituito; infine, *d*) devono sussistere, in conformità al principio di leale cooperazione, congrue garanzie procedurali per l'esercizio del potere sostitutivo, prevedendosi, in particolare, un procedimento in cui l'ente sostituito sia messo in grado di interloquire con gli organi deputati alla sostituzione e di evitare la sostituzione stessa attraverso un autonomo adempimento. Così, sentt. n. 313 del 2003 e nn. 43, 69, 70, 71, 72, 73, 112, 172, 173, 227 del 2004.

poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che il legislatore regionale possa limitarle o condizionarle» [84]. O, anche, alle specificazioni effettuate riguardo alla tutela dell'ambiente, anch'essa indefinibile come «materia» in senso tecnico, dal momento che «investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze» e che, anzi, deve essere configurato «come «valore» costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia «trasversale», in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale» [85].

La Corte, in sostanza, ha tenuto a sottolineare che in alcuni settori la Costituzione ha riservato la competenza a livello statale perché necessario a realizzare esigenze di unità e di eguaglianza sostanziale fondamentali al punto da caratterizzare la forma di Stato, con la conseguenza che le discipline regionali non possono contrastare con le scelte legislative statali uniformi e che, viceversa, le discipline statali non possono comprimere le diverse, specifiche, discipline regionali se non violando il fondamentale principio autonomistico [86].

Che poi l'elaborazione di questa giurisprudenza costituzionale abbia, alle volte, trasceso il ruolo che la Norma fondamentale assegna al giudice delle leggi è cosa certa, che si spiega soltanto alla luce della inerzia dei soggetti istituzionali ai quali spettava di dare pronta attuazione al dettato costituzionale risultante dalla riforma del 2001. Ciò che, tuttavia, non è sufficiente a giustificare la riscrittura di intere parti della Costituzione effettuata, tra le maglie delle proprie decisioni, dalla Consulta, con un atteggiamento che, se da una parte ha avuto il meritorio obiettivo di tutelare la legalità costituzionale, in discussione a causa della colpevole inadempienza delle istituzioni, dall'altra ha provocato una latente violazione della Costituzione proprio da parte dell'organo investito della sua garanzia [87]. Una contraddizione, questa, che,

---

[84] Sent. n. 282 del 2002.

[85] Cfr. sent. n. 407 del 2002.

[86] Pare importante sottolineare, dunque, che le «materie» di competenza esclusiva «trasversale» certo garantiscono un'ampia sfera di intervento dello Stato, ma questo viene limitato all'individuazione di *standard*, di «livelli essenziali», ma non dovrebbe tradursi in un'integrale espropriazione delle competenze legislative regionali.

[87] Si vedano, solo a titolo esemplificativo, le sentt. nn. 304 del 2002, 196 del 2003 e 2 del 2004, nelle quali la Corte, tra le altre cose, ha affermato che «gli Statuti regionali non solo, come tutte le norme giuridiche del nostro ordinamento, devono rispettare puntualmente «ogni disposizione della Costituzione», ma devono anche rispettarne lo spirito, in nome della

come vedremo più avanti, è quasi un *leit motiv* dei nostri tempi e che emerge sempre più insistentemente dall'osservazione dell'operato di entrambi gli organi di garanzia, Corte costituzionale e Presidente della Repubblica, a dimostrazione del fatto che il mantenimento della legalità costituzionale poggia essenzialmente sul raggiungimento di difficili punti di equilibrio inarrivabili quando i rapporti tra gli organi costituzionali raggiungono, irresponsabilmente, gli attuali livelli di conflittualità.

12. Legalità costituzionale e Stato democratico-rappresentativo

Quanto sin qui detto, emerge con particolare chiarezza anche con riguardo al rapporto tra legalità costituzionale e Stato democratico-rappresentativo, tra legalità costituzionale, cioè, e quella particolare evoluzione storica dell'istituzione statale, sorta «dalla crisi dello Stato liberale» e sviluppatasi sino ai nostri giorni «soprattutto in seguito all'ingresso delle masse nella vita politica» [88]. Una forma di Stato che sorge quando il suffragio elettorale diventa universale e che caratterizza lo Stato per l'essere, insieme, *pluralista* e *pluriclasse*, nella accezione gianniniana del termine, di Stato nel quale tutte le classi sociali partecipano al potere politico, con una struttura sociale fortemente eterogenea e frammentata.

Ebbene, rispetto a questa forma di Stato, il rapporto con la legalità costituzionale si configura in maniera assai meno problematica di quanto non possa sembrare a prima vista. Non già perché, in questo caso, non si ravvisino insidie e pericoli gravissimi per la legalità costituzionale, ma perché, tutt'al contrario, dal punto di vista dello Stato democratico-rappresentativo, essa sembra essere più che seriamente minacciata [89].

Il ruolo degli organi della rappresentanza, infatti, sta diventando sempre più evanescente, soppiantato da soggetti in grado di decidere e di rispondere più velocemente e più efficacemente alle istanze che provengono dalla società

---

pure costituzionalmente necessaria «armonia con la Costituzione»», cioè, a dire, che essi «dovranno essere in armonia con i precetti ed i principi tutti ricavabili dalla Costituzione».

[88] Così L. ELIA, G. BUSIA, *Stato democratico*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1999, p. 58.

[89] Ciò, nonostante i tentativi di preservarla posti in essere dagli organi costituzionalmente preposti alla tutela di questa speciale legalità. Si veda, ad esempio, il limite delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, invocato dalla Corte costituzionale come ostacolo alla richiesta di referendum abrogativo in quanto lesivo della legalità costituzionale. Così, per tutti, M. LUCIANI, *Commento all'art. 75 Cost.*, in *Commentario Branca*, Bologna-Roma, in corso di pubblicazione.

civile. Mi riferisco, evidentemente, a tutti quegli organismi fortemente caratterizzati, dal punto di vista della loro struttura, da componenti altamente specialistiche, da tecnici ed esperti presuntamene neutrali, che decidono al posto dei soggetti politici, che dispongono indipendentemente dal fatto che, politicamente, non rispondono ad alcuno, tanto meno agli organi della rappresentanza [90].

Non dico nulla di nuovo, ovviamente. Di analisi che evidenziano questa involuzione delle istituzioni democratiche denunciandone la decadenza, ne sono state fatte molte, anzi, moltissime, al punto da risultare ormai stucchevoli, e ciononostante, necessarie [91]. Necessarie perché è imperativo continuare a combattere, con le armi del dialogo e della dissuasione, questi fenomeni, evitare di *abituarsi* ad essi, esortare quegli studiosi, quei politici e quella parte della società civile ancora sensibili a questi temi a non «abbassare la guardia» e a non considerarli come una realtà ormai irreversibile del mondo contemporaneo.

Che le autorità indipendenti si sostituiscano ai centri decisionali politicamente responsabili è, infatti, noto [92]; che gli organismi tecnici producano norme autoapplicative creando zone di immunità dalla giurisdizione è un fatto [93]; che la legge stia diventando fonte sempre più frammentata, «manifestazione e strumento di competizione e confronti sociali» [94] è un altro fatto; che i parlamenti cedano poteri e prerogative in favore degli esecutivi [95] ed il sistema delle fonti sia di conseguenza stravolto [96], anche questo è un fatto; che i partiti politici attraversino una profonda crisi di identità al punto da non riusci-

---

[90] Cfr. G. FERRARA, *Lo «Stato pluriclasse»: un protagonista del «secolo breve»*, in S. CASSESE, G. GUARINO (a cura di), *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano, 2000, p. 99.

[91] Per alcuni, però, questa situazione non costituisce un problema. Sul punto, le considerazioni di F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, *passim*.

[92] Cfr., per tutti, M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994.

[93] Sul punto, sia consentito rinviare a F. SALMONI, *Le norme tecniche*, cit., *passim*.

[94] Così G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 45.

[95] Si pensi all'uso indiscriminato della delega legislativa, al rinnovato vigore nell'adozione dei decreti legge, alle imponenti delegificazioni in atto, attuate applicando le procedure contenute esclusivamente nell'art. 17 della legge n. 400 del 1988, senza alcun ancoraggio costituzionale. Su questi temi, cfr. il *Rapporto 2001 sullo stato della legislazione*, a cura dell'Osservatorio sulla legislazione della Camera dei deputati, Roma 2002, p. 40 ss., nonché, in dottrina, C. DE FIORES, *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, Padova, 2001, *passim*; E. MALFATTI, *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazioni*, Torino, 1999, *passim*.

[96] Sul punto, da ultimo, P. CARNEVALE, *Osservazioni sparse in tema di norme sulla normazione e su talune caratteristiche del loro regime giuridico*, sul sito Internet *www.costituzionalismo.it*.

re più a produrre programmi che li differenzino l'un l'altro; che questa crisi si rifletta sulla partecipazione dei cittadini alla gestione della cosa pubblica, impedendo loro di concorrere con metodo democratico alla determinazione della politica nazionale; che la libertà di informazione sia fortemente compromessa da una sorta di monopolio radiotelevisivo che coinvolge, ai più alti livelli, le istituzioni [97], tutti questi sono fatti.

E poiché la violazione della legalità costituzionale non è conclamata, ma latente, questi fenomeni rischiano di non essere compresi nella loro reale portata. La prevalenza delle ragioni dell'economico su quelle del politico, la superiorità delle regole dell'efficienza rispetto a quelle della democrazia, la sostituzione della *democrazia degli interessi* alla *democrazia dei valori*, tutte conseguenze di una continua, pervicace, strisciante violazione della legalità costituzionale. Eppure, tutto ciò, paradossalmente, non è che una goccia in un oceano. Ciò che, a mio avviso, dovrebbe destare più allarme di quanto, oggi come oggi, non faccia, è l'ininterrotto, costante tentativo di sostituire il diritto pubblico con il diritto privato, ciò che produce un grave pregiudizio per la legalità costituzionale, specie in relazione alla forma di Stato democratico-rappresentativo che ora stiamo esaminando.

Operazione, quest'ultima, portata avanti da soggetti che agiscono come vere e proprie istituzioni di fatto, i quali mirano a frenare e limitare l'attività dei pubblici poteri, a sostituirli nella conduzione della cosa pubblica e a trasformarla in *cosa privata*. È l'eterna questione del rapporto tra il diritto pubblico e il diritto privato: ora che il modello giuridico continentale va dissolvendosi a causa della diffusione a livello mondiale di una cultura politica di tipo liberale che lascia ampio spazio all'azione dei privati, il diritto di tradizione romanistica viene considerato sempre più inadeguato da settori via via in aumento della dottrina giuridica [98]. L'uso del contratto in quanto diritto avente la capacità di regolare il tutto, tende a predominare anche in ambito pubblicistico, con la differenza che, rispetto al diritto pubblico, di non essere un diritto *erga omnes*, di valere solo tra le parti, di essere un diritto privo di quelle caratteristiche della generalità e dell'astrattezza che più di altre garantiscono la sopravvivenza dello Stato costituzionale di diritto.

Un fenomeno, questo, che quando non mina alle fondamenta l'esistenza stessa dell'istituzione politica statuale in quanto tale, contribuisce, senza ombra di dubbio, a pervertire il senso e la portata della democrazia violando

---

[97] Attraverso la legge 3 maggio 2004, n. 112.

[98] Sul punto, si vedano i lavori di M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000 e *Il diritto al presente. Come la globalizzazione cambia il tempo del diritto*, Bologna, 2002, nonché, se si vuole la mia *Recensione* a entrambi i volumi, su questa *Rivista*, 2003, p. 357 ss.

gravemente, ancorché celatamente, la legalità costituzionale. Al punto che da qualcuno arriva l'esortazione ad abbandonare al proprio destino il diritto costituzionale tradizionale, intriso di «intenti paternalistici» [99], 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» [100]. Posizione, quest'ultima, a mio avviso, inaccettabile, specie ove si accolga una concezione della democrazia che deve essere non solo formale o procedurale, ma anche, quando non soprattutto, sostanziale.

13. Legalità costituzionale e Stato costituzionale di diritto

Strettamente connesse con questi temi, sono, poi, le questioni che vengono in rilievo in ordine al rapporto tra legalità costituzionale e Stato costituzionale di diritto. Anzi, in questo caso, la crisi della legalità costituzionale permea di sé e compromette la stessa definizione della forma di Stato costituzionale, giacché con questa locuzione si intende uno Stato in cui oltre al dogma della separazione dei poteri, è solennemente proclamata la soggezione dei pubblici poteri, di tutti i pubblici poteri, al diritto, nella specie, al diritto della Costituzione, che fissa «analiticamente i valori fondamentali, all'un tempo oggetto e sostanza del patto sociale, provvedendo direttamente ad ordinarli» [101]. La crisi della legalità costituzionale, dunque, diventa crisi dello Stato costituzionale.

E, purtroppo, anche in questo caso, è difficile non ammettere che la legalità costituzionale stia attraversando un momento di grande difficoltà. Si pensi alle vicende che hanno portato alla seconda guerra del Golfo, che l'Italia ha condotto insieme agli Stati Uniti e ad altri, in palese violazione (nonostante alcune ricostruzioni legittimanti, operate anche da parte di autorevole dottrina) [102], di quanto disposto dall'art. 11 Cost., che ammette soltanto la c.d. guerra difensiva [103].

---

[99] Così, M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, cit., p. 97 ss.

[100] Così M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, cit., p. 107.

[101] Così M. Luciani, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in *Pol. dir.*, 1998, p. 371.

[102] Cfr. G. De Vergottini, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004.

[103] Per un'articolata e convincente esposizione delle ragioni dell'illegittimità dell'interven-

Si pensi alla c.d. legge Cirami, n. 248, del 7 novembre 2002, recante la «*Modifica degli articoli 45, 47, 48 e 49 del codice di procedura penale*», che, sospettata di essere stata approvata dal Parlamento al fine di evitare che il Tribunale di Milano potesse giudicare il Presidente del Consiglio e ad altre importanti personalità della maggioranza di Governo nei processi Imi-Sir/Mondadori e Sme/Ariosto, ha reintrodotto nel nostro ordinamento *il principio del legittimo sospetto*. In questo caso, grazie alla defatigante opera di persuasione esercitata dal capo dello Stato in via informale, sulla quale torneremo più avanti [104], nel passaggio del disegno di legge dal Senato alla Camera dei deputati, il testo definitivo della legge fu depurato di quegli evidenti profili di incostituzionalità dai quali era afflitta nel testo provvisorio [105].

Ciò non toglie, tuttavia, che la legge sia stata di recente impugnata in via incidentale dinanzi alla Corte costituzionale, perché ritenuta in contrasto con gli artt. 3 e 25, primo comma, Cost., con gli artt. 3, 111, secondo comma, 97 e 112 Cost. e con l'art. 25 Cost. [106]. La Consulta, a similitudine di quanto già deciso in ordine all'istituto della ricusazione [107], ha però dichiarato la questione manifestamente inammissibile in parte per difetto di rilevanza, in par-

---

to italiano nel Golfo (e non solo), si veda, per tutti C. De Fiores, *L'Italia ripudia la guerra*, Roma, 2002.

[104] V., *infra*, par. 14.

[105] In sostanza, l'azione del capo dello Stato portò ad un testo in cui, innanzi tutto, la possibilità di rimessione di un processo da un Tribunale all'altro non fu più disciplinata come fattispecie generica, come originariamente previsto, ma come motivo specifico, azionabile solo in caso di «gravi situazioni locali, tali da turbare lo svolgimento del processo, e non altrimenti eliminabili». In secondo luogo, si abbandonò l'ipotesi di automatica sospensione del processo dietro istanza di rimessione ed il potere di deliberare in merito fu affidato alla Corte di Cassazione; in terzo luogo, la sospensione dei termini della prescrizione che ora rimangono sospesi «fino al giorno in cui il processo dinanzi al nuovo giudice designato perviene al medesimo stato in cui si trovava al momento della sospensione», prima andava dalla presentazione della richiesta di rimessione alla decisione della Corte di Cassazione; in quarto luogo, si decise che gli atti compiuti nel primo processo rimangono validi se non sono ripetibili, mentre nella versione approvata dal Senato in caso di accoglimento dell'istanza detti atti erano invalidi; infine, in caso di richieste di rimessione già presentate al momento di approvazione della legge, nel testo originario provocavano l'immediata sospensione del processo, mentre nella versione definitiva devono passare anch'esse al vaglio della Cassazione.

[106] Si rammenta che, nelle more dell'approvazione della legge Cirami, su istanza di parte le Sezioni unite della Corte di Cassazione sollevarono questione di legittimità costituzionale dell'art. 45 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevedeva, tra le cause di remissione il «legittimo sospetto», per violazione dell'art. 76 della Costituzione, in riferimento all'art. 2, n. 17, della legge 16 febbraio 1987, n. 81, con la quale era stata conferita al Governo la delega per il nuovo codice di procedura penale, nonché per violazione dell'art. 111 della Costituzione. In quel caso, la Consulta dichiarò la questione manifestamente inammissibile per carente motivazione sulla rilevanza. Cfr. ord. n. 465 del 2002.

[107] Cfr. ordd. nn. 147 del 2003 e 204 del 1999.

te per difetto di motivazione e in parte sulla base del fatto che «solo la Corte di cassazione, in quanto competente a giudicare sulla richiesta di rimessione, risulta pertanto abilitata a sollevare questione di legittimità costituzionale sugli aspetti sia sostanziali che processuali dell'istituto, mentre il giudice di merito non deve fare applicazione delle norme censurate (…) ed è quindi privo di legittimazione a sollevare questioni in tema di rimessione» [108].

Si pensi, ancora, 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*». In questo caso, a differenza che in quello precedente, la Corte costituzionale è tempestivamente intervenuta sul ricorso sollevato in via incidentale dal Tribunale di Milano, che ha denunciato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, secondo comma, in relazione al primo comma, della legge 20 giugno 2003, n. 140.

La Consulta, con la sent. n. 24 del 2004, ha opportunamente provveduto a ripristinare la legalità costituzionale pesantemente violata dalle previsioni della suddetta legge, affermando che, nonostante sia giusto garantire un «sereno svolgimento» delle funzioni delle più alte cariche dello Stato, è necessario provvedere «in armonia con i principi fondamentali dello Stato di diritto, rispetto al cui migliore assetto la protezione è strumentale», anche perché, afferma la Corte, alle origini della formazione dello Stato di diritto starebbe proprio «il principio della parità di trattamento rispetto alla giurisdizione, il cui esercizio, nel nostro ordinamento, sotto più profili è regolato da precetti costituzionali».

Di conseguenza, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge n. 140 del 2003 che disponeva la sospensione, dall'entrata in vigore della legge stessa, dei processi penali in corso nei confronti delle cinque più alte cariche dello Stato «in ogni fase, stato o grado, per qualsiasi reato, anche riguardante fatti antecedenti l'assunzione della carica o della funzione, fino alla cessazione delle medesime», in quanto detta norma creando un regime differenziato riguardo all'esercizio della giurisdizione, in particolare di quella penale, risulta essere incompatibile con i fondamentali principi dello Stato di diritto [109].

---

[108] Cfr. ord. n. 268 del 2004.

[109] Cfr. sul punto, M. Ruotolo, *Corte, giustizia e politica*, Relazione al Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Otranto 4-5 giugno 2004, in corso di pubblicazione negli *Atti* del Convegno.

14. Legalità costituzionale e ruolo del capo dello Stato

È chiaro, infine, che, in relazione a tutte le forme di Stato alle quali si è fatto sin qui riferimento, la garanzia della legalità costituzionale passa essenzialmente attraverso l'operato di due organi: il Presidente della Repubblica e la Corte costituzionale, il primo *garante ex ante* e *in senso lato* di quella superiore legalità [110], la seconda, organo supremo di garanzia giuridica *ex post*. Il comportamento di questi soggetti, come vedremo di qui a breve, se, da una parte, ha prodotto l'effetto di contenere le spinte – palesemente o meno – *anticostituzionali* in atto nel nostro ordinamento, dall'altra, ha contribuito a mettere in discussione quella stessa legalità costituzionale alla cui garanzia dovrebbero essere preposti entrambi.

Così, ad esempio, quando il capo dello Stato Carlo Azeglio Ciampi ha rinviato, con messaggio motivato alle Camere, la legge di conversione del D.L. 25 gennaio 2002, n. 4, recante «*Disposizioni urgenti finalizzate a superare lo stato di crisi per il settore zootecnico, per la pesca e per l'agricoltura*» [111], mentre, da una parte, ha mirato a tutelare la legalità costituzionale [112], dall'altra, ha provocato una distorsione del dettato costituzionale che lo vuole titolare esclusivamente di un potere di veto sospensivo, ma non di una vera e propria *sanzione presidenziale* [113].

---

[110] Definisce l'attività del capo dello Stato come di garanzia costituzionale in senso lato, sebbene «rischiando quale equivoco concettuale» M. LUCIANI, *Corte costituzionale e Presidente della Repubblica*, in *Foro it*., 2000, p. 26 ss. dell'estratto.

[111] È, questo, il secondo rinvio della presidenza Ciampi. Il primo aveva avuto ad oggetto quella che poi è diventata la legge 29 dicembre 2000, n. 401 contenente «*Norme sull'organizzazione e sul personale del settore sanitario*».

[112] Nel messaggio alle Camere che motivava il rinvio, infatti, il capo dello Stato censurava in primo luogo, il fatto che l'art. 2 della legge di conversione con una «evidente illogicità giuridica» prorogava «un termine già scaduto per l'esercizio di una delega legislativa (…) tanto più inspiegabile se si pensa che un disegno di legge *ad hoc*, presentato dal Governo alla Camera dei deputati il 27 febbraio 2002, prevede correttamente il conferimento di una nuova delega» e, in secondo luogo, il mancato rispetto, dei «requisiti di necessità ed urgenza richiesti dall'art. 77 della Costituzione» e del requisito dell'omogeneità contenuto nella legge n. 400 del 1988, legge «che, pur essendo una legge ordinaria, ha valore ordinamentale in quanto è preposta all'ordinato impiego della decretazione d'urgenza e deve quindi essere, del pari, rigorosamente osservata». Il capo dello Stato, in sostanza, denunciava «la necessità che il Governo, non soltanto segua criteri rigorosi nella predisposizione del decreto-legge, ma vigili, successivamente, nella fase dell'esame parlamentare, allo scopo di evitare che il testo originario venga trasformato fino a diventare non più rispondente ai presupposti costituzionali e ordinamentali sopra richiamati».

[113] Su questi temi, si veda il bel saggio di C. DE FIORES, *Il rinvio delle leggi tra principio maggioritario e unità nazionale*, in questa *Rivista*, 2002, p. 171 ss., che effettua un'interessante

In quella occasione, infatti, il Presidente Ciampi rinviò alle Camere la legge di conversione del precitato decreto legge lo stesso giorno in cui scadeva il termine per la sua conversione in legge, con la conseguenza che il medesimo non poté essere convertito. Di fatto, quindi, l'esercizio della prerogativa presidenziale produsse alcune conseguenze difficilmente compatibili con quella stessa legalità costituzionale che egli avrebbe dovuto garantire in quanto, innanzi tutto, operò una vera e propria trasformazione del potere di veto, da sospensivo in definitivo; in secondo luogo, sancì la partecipazione attiva, sia pure *in limine*, del capo dello Stato alla funzione legislativa; infine, produsse la perdita di efficacia retroattiva degli effetti giuridici prodotti dal decreto legge durante la sua provvisoria vigenza.

Ed è piuttosto singolare che il Presidente della Repubblica si sia risolto per una soluzione così forte, rilevando, tra l'altro, l'assenza dei presupposti costituzionali della necessità e dell'urgenza, specie laddove si pensi che il decreto legge *de quo*, diversamente da quanto accaduto in altre occasioni [114], era stato da lui stesso emanato e che egli aveva altresì autorizzato anche la presentazione del disegno di legge di conversione alle Camere. Non solo, ma in altre, ben più significative, occasioni – ad esempio, la legge 5 ottobre 2001, n. 367, sulle rogatorie internazionali, la legge delega 3 ottobre 2001, n. 366, recante la riforma del diritto societario, la legge 7 novembre 2002, n. 248, sul legittimo sospetto (c.d. legge Cirami), e così via –, egli aveva rinunciato ad esercitare la propria prerogativa nonostante ne fosse stato da più parti invocato l'intervento, proprio a garanzia della legalità costituzionale.

Un atteggiamento, quest'ultimo, che si spiega solo guardando alle delucidazioni che lo stesso capo dello Stato ha fornito in occasione della inaugurazione della nuova sede dell'ambasciata italiana a Berlino nel giugno del 2003, quando ha affermato che il rinvio presidenziale può essere effettuato solo su testi di legge *manifestamente incostituzionali* [115]. Ciò che, tuttavia, in altre

---

ricostruzione del ruolo del Presidente della Repubblica che fa perno sul suo essere rappresentante dell'unità nazionale. In quest'ottica, il capo dello Stato deve svolgere un'azione «di (ri)composizione *unitaria* del tessuto costituzionale», che trova il proprio fondamento «su un preciso presupposto *materiale*: essa deve svolgersi nel rispetto di quei principi politici e civili intorno ai quali le forze costituenti trovarono l'unità e che oggi costituiscono il fondamento (esclusivo) dell'unità nazionale» (*ivi*, 195). Il che equivale a dire, come si sta qui tentando di fare, che la garanzia della legalità costituzionale passa attraverso l'identificazione di quest'ultima con il momento del consenso, con il momento, cioè, della legittimità costituzionale.

[114] Si veda, ad esempio, la *negata emanazione con rinvio* del D.Lgs. 23 luglio 1999, n. 296, recante *Istituzione dell'Istituto Nazionale di Astrofisica – I.N.A.F. – e norme relative all'Osservatorio vesuviano*; nonché, del d.lgs. 23 luglio 1999, n. 242, recante il *Riordino del Comitato Olimpico Nazionale Italiano – C.O.N.I. – a norma dell'art. 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59*.

[115] Sul punto, cfr. C. CHIMENTI, *Quirinale e rinvio delle leggi alle Camere* e la risposta di C.

occasioni, non gli ha impedito di intervenire ripetutamente e incisivamente *in una fase precedente all'approvazione del testo legislativo* [116], inviando messaggi informali ora ad uno ora ad altro organo e sollecitando il ripensamento delle camere circa vari aspetti dei disegni di legge sottoposti alla loro approvazione. Una prassi, quest'ultima, prontamente rilevata in dottrina [117], che lascia spazio a più d'una perplessità, giacché l'intervento *a priori* del capo dello Stato se, da una parte, impedisce l'acutizzarsi dei conflitti con il Parlamento e con il Governo, inevitabili nel caso di un esercizio del rinvio presidenziale troppo frequente, dall'altra, getta nell'agone politico un organo che, per la sua connotazione costituzionale, dovrebbe rimanerne rigorosamente ai margini.

Quanto alla legalità costituzionale, poi, non vi è dubbio che così facendo il capo dello Stato abbia sortito alcuni risultati positivi, sebbene, come si diceva all'inizio, tale comportamento istituzionale risulti difficilmente compatibile con il ruolo assegnatogli dalla stessa Costituzione, a meno di non ammettere che, così facendo, il Presidente della Repubblica abbia inteso «manifestare un suo progetto o «indirizzo» di politica costituzionale» [118], anch'esso, ad ogni buon conto, incompatibile con il dettato costituzionale e con la nostra forma di governo.

A prescindere, però, da queste considerazioni vi sono stati dei casi nei quali indubitabilmente *l'intervento preventivo* del Presidente della Repubblica, nonostante la dubbia aderenza dello stesso alla lettera e allo spirito della Costituzione, si è rivelato particolarmente opportuno.

FUSARO, *Sempre più difficile … fare il presidente (della Repubblica)*, entrambe sul sito Internet *www.forumcostituzionale.it*.

[116] Si veda, ad esempio, la lettera inviata dal Capo dello Stato al Presidente del Consiglio, a ridosso della promulgazione della legge di conversione del D.L. n. 63 del 2002, resa nota attraverso un comunicato del Quirinale (in *www.quirinale.it*). Lettera che è da vedere non tanto (o non solo) in sé, per ciò che in essa appunto si dice, ma anche (e soprattutto) per il sottile ma resistente legame che la tiene unita al precedente sopra richiamato.

[117] Si veda A. RUGGERI, *Verso una prassi di leggi promulgate con «motivazione» … contraria*?, sul sito Internet *www.forumcostituzionale.it*.

[118] Così, A. RUGGERI, *Verso una prassi*, cit. È noto che una parte della dottrina riconosce in capo al Presidente della Repubblica un potere di indirizzo politico costituzionale attraverso il quale dovrebbe dare attuazione ai fini costituzionali e limitare «l'azione delle forze di maggioranza» in quanto garante degli «indirizzi fondamentali, unitari e permanenti della comunità statale». Così V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in *Studi per E. Crosa*, Milano, 1960, I, p. 652 ss.; similmente anche A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE, *Il Presidente della Repubblica fra unità maggioritaria e unità nazionale*, in *Quad. cost.*, 1985, p. 7 ss. Sull'indirizzo politico costituzionale del capo dello Stato, sia pure con innegabili varianti, G. MOTZO, *Il potere di esternazione e di messaggio (Appunti)*, in *Arch. giur. Serafini*, 1957, CLII, p. 22 ss.; P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, pp. 308-309; E. CHELI, *Il Presidente della Repubblica. Art. 89*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1983, II, p. 145 ss.

Dove, ad esempio, il capo dello Stato è intervenuto incisivamente a garanzia della legalità costituzionale è stato nei confronti della legge 3 maggio 2004, n. 112, recante «*Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della Rai Radiotelevisione Italiana Spa, nonché delega al Governo per l'emanazione del testo unico della radiotelevisione*», approvata dal Parlamento nonostante i ripetuti richiami informali [119] e nonostante il messaggio alle Camere del 23 luglio 2002, sul pluralismo e l'imparzialità dell'informazione, nel quale, *ben prima dell'approvazione della legge*, il Presidente della Repubblica affermava che il principio fondamentale del pluralismo «costituisce strumento essenziale per la realizzazione di una democrazia compiuta» e rappresenta «una necessità avvertita dalle forze politiche, dal mondo della cultura, dalla società civile» [120].

Il richiamo all'organo della rappresentanza popolare in esso contenuto ad approvare «una legge di sistema» intesa, cioè, «a regolare l'intera materia delle comunicazioni, delle radiotelediffusioni, dell'editoria di giornali e periodici e dei rapporti tra questi mezzi», faceva perno su alcuni principi fondamentali. Per il capo dello Stato, infatti, il Parlamento avrebbe dovuto redigere una legge nella quale, doveva considerare che «il pluralismo e l'imparzialità dell'informazione, così come lo spazio da riservare nei mezzi di comunicazione alla dialettica delle opinioni, sono fattori indispensabili di bilanciamento dei diritti della maggioranza e dell'opposizione», per cui i concetti di pluralismo e di imparzialità «diretti alla formazione di una opinione pubblica critica e consapevole, in grado di esercitare responsabilmente i diritti della cittadinanza democratica» avrebbero dovuto rappresentare i parametri sulla base dei quali effettuare la riforma [121].

Un messaggio, quindi, a garanzia della legalità costituzionale dello Stato democratico rappresentativo e del pluralismo in quanto principio fondamentale proprio di quella forma di Stato, cui aveva fatto seguito la sentenza n. 446 del 2002, nella quale la Corte costituzionale aveva dichiarato, tra le altre cose,

---

[119] Cfr., sul punto, A. PACE, *Legge Gasparri e Corte costituzionale*, sul sito Internet *www.costituzionalismo.it*.

[120] Il messaggio del Presidente della Repubblica è disponibile sul sito *www.quirinale.it*.

[121] Riforma che avrebbe dovuto effettuarsi tenendo presenti alcuni obiettivi essenziali: «specificazione normativa – tenendo conto delle variazioni introdotte dalle innovazioni tecnologiche in continua evoluzione – dei principi contenuti nella legislazione vigente e nella giurisprudenza della Corte costituzionale; attuazione delle Direttive comunitarie che l'Italia dovrà recepire entro il luglio del 2003; definizione di un quadro normativo per l'attivazione della competenza concorrente delle Regioni nel settore delle comunicazioni, secondo quanto previsto dall'art. 117 del nuovo Titolo V della Costituzione; perseguimento dello scopo fondamentale di meglio garantire, attraverso il pluralismo e l'imparzialità dell'informazione, i diritti fondamentali dell'opposizione e delle minoranze».

che la situazione di fatto esistente nel nostro ordinamento non era in grado di garantire «l'attuazione del principio del pluralismo informativo esterno, che rappresenta uno degli imperativi ineludibili emergenti dalla giurisprudenza costituzionale in materia».

Tuttavia, nonostante gli interventi di entrambi gli organi di garanzia della legalità costituzionale, il Parlamento il 2 dicembre 2003 deliberò l'approvazione del d.d.l. Gasparri. Con la conseguenza che il successivo 5 dicembre 2003, il Presidente della Repubblica si risolse per il rinvio della suddetta legge alle Camere, richiamando «l'attenzione del Parlamento su altre parti della legge che – per quanto attiene al rispetto del pluralismo dell'informazione – appaiono non in linea con la giurisprudenza della Corte Costituzionale». La circostanza che in sede di riapprovazione del d.d.l. il Parlamento abbia approvato modifiche solo modeste al testo fatto oggetto di rinvio presidenziale, non toglie che l'azione del capo dello Stato sia stata, in questa occasione, orientata, senza ombra di dubbio, a preservare la legalità costituzionale, nei modi e con le forme previste dalla Costituzione.

Modi e forme che il Presidente della Repubblica ha rispettato anche nel caso degli altri rinvii presidenziali da esso posti in essere sino a questo momento [122], ma che però, affiancandosi, come si diceva, ad una notevole serie di interventi informali preventivi volti ad influire sui *deliberata* del Parlamento durante la fase della formazione della sua volontà, non riescono ad eludere le critiche di quella parte della dottrina, tra cui si annovera chi scrive, che vorrebbe nel capo dello Stato un organo al quale spetta esclusivamente di «difendere i valori costituzionali attraverso un'opera di stabilizzazione istituzionale e di unificazione nazionale» [123].

Un organo, cioè, chiamato dalla Costituzione «non a *decidere* ma a *far decidere* (…), a richiamare le ragioni dell'unità nei confronti della dialettica politica, a salvaguardare l'indipendenza degli apparati di garanzia in senso ampio (…) rispetto agli interessi e alle vedute di parte che legittimamente si esprimono nel continuo Parlamento-Governo» [124]. Ad un capo dello Stato così delineato, quindi, spetta l'arduo compito di contribuire a difendere l'integrità

---

[122] Che, lo rammentiamo, oltre al rinvio della c.d. legge Gasparri, al momento sono stati: il 2 dicembre 2000, la legge recante «*Norme in materia di organizzazione e di personale sanitario*»; il 29 marzo 2002, la legge di conversione del D.L. 25 gennaio 2002, n. 4, recante disposizioni finalizzate a superare lo stato di crisi per il settore zootecnico; il 5 novembre 2002, la legge recante «*Disposizioni in materia di incompatibilità dei consiglieri regionali*»; il 10 aprile 2003, la legge recante «*Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione -Legge di semplificazione 2001*».

[123] Così, M. LUCIANI, *Corte costituzionale e Presidente della Repubblica*, cit., p. 26.

[124] Cfr., V. ONIDA, *L'ultimo Cossiga: recenti novità nella prassi della presidenza della Repubblica*, in *Quad. cost*., 1992, p. 168.

del valore normativo della Costituzione [125], di contribuire, cioè a tutelare la conservazione, l'osservanza e l'attuazione della Costituzione da parte degli organi costituzionali, a condizione, però, che egli sia, primo fra gli altri, il più rigoroso osservante di quella legalità costituzionale al cui presidio il suo operato è rivolto.

15. Legalità costituzionale e ruolo della Corte costituzionale: lo scorporo del ricorso «uno nella forma e plurimo nel contenuto»

Organo di garanzia costituzionale *strictu sensu* è, invece, la Corte costituzionale; un giudice, quindi, al quale la Costituzione stessa ha attribuito il potere di controllare che gli atti dei pubblici poteri non si pongano in contrasto con essa sia dal punto di vista formale, che sostanziale, il potere, cioè, di garantire le «condizioni di insieme minime della vita collettiva» [126]. Il compito assegnato alla Consulta, da questo punto di vista, è stato ed è cruciale. Essa è stata, senza dubbio, fondamentale per la tenuta complessiva del sistema, e tuttavia, come sempre accade in momenti particolarmente delicati – come l'attuale –, momenti, cioè, di profondo ripensamento delle istituzioni democratiche e rappresentative, si è trovata a giuocare un ruolo sempre più arbitrale, supplendo alle carenze dei circuiti naturali dell'indirizzo politico, scendendo sul terreno delle scelte politiche, colmando i vuoti lasciati aperti dalle forze in campo e sostituendosi ad esse.

Quali siano state e quali saranno le conseguenze di tale atteggiamento è difficile a dirsi. Anche in questo caso, però, come nel caso dell'azione del

---

[125] Per questa opinione, vedasi: M. GALIZIA, *Studi sui rapporti tra Parlamento e Governo*, Milano, 1972, p. 291; L. SALVI, *Premessa ad uno studio sui controlli giuridici*, Milano, 1957, p. 64 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, II, p. 1223 ss.; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1986, p. 473 ss. Quest'ultimo A., però, distingue tra garanzie costituzionali (poste, o comunque ricavate, dalla Costituzione e pertanto offerte dalla Costituzione stessa all'individuo sia di fronte allo Stato, sia di fronte ad altri soggetti) e garanzie della Costituzione (riguardanti i vari meccanismi di sicurezza che l'ordinamento costituzionale contiene per garantire se stesso) (*ivi*, pp. 474-475). In senso non dissimile, S. GALEOTTI, *La garanzia costituzionale (presupposti e concetti)*, Milano, 1950 nonché ID., *Garanzia costituzionale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1969, p. 491, il quale osserva che «nel primo uso dell'espressione la Costituzione è essa stessa ciò che fornisce la sicurezza, la garanzia; la Costituzione diviene logicamente il soggetto dell'azione del garantire; (…) Nell'altra e più ristretta accezione di «garanzia costituzionale», la Costituzione viene assunta non come ciò che garantisce ma, al contrario, come ciò che abbisogna d'essere garantito; la Costituzione diventa qui l'oggetto della garanzia.

[126] Così G. ZAGREBELSKY, *La Corte in-politica*, cit., p. 3.

capo dello Stato, sorge il dubbio che la Consulta, nel sommamente meritorio tentativo di preservare il sistema, rischi di sortire l'involontario effetto di contribuire a comprometterlo. La legalità costituzionale, infatti, è come una coperta troppo corta: da qualunque parte la si tiri ci sarà sempre una parte che si riesce a coprire ed un'altra che, inevitabilmente, si scoprirà. Il punto critico, quindi, sta in ciò che gli organi preposti alla garanzia della superiore legalità costituzionale sono chiamati, inevitabilmente, giorno dopo giorno, ad una scelta lacerante: ricondurre all'essenza del *pactum societatis* l'attività dei pubblici poteri a costo di travalicare i confini che la stessa Costituzione assegna loro, oppure rimanere rigidamente entro quegli stessi confini, ma allora la conseguenza sarà una difficile, quando non impossibile, ricomposizione in unità delle istanze di disaggregazione in atto nell'ordinamento costituzionale.

È evidente, in effetti, quanto, in questo momento, la Consulta stia disperatamente tentando di mediare fra i conflitti di interesse che, in maniera sempre più acuta, si collegano ai contenuti propri della normazione, eppure, proprio per questo, sta sempre più assumendo un ruolo con un'accentuata valenza politica, il che, com'è ovvio, può andar bene a condizione che si tratti di una supplenza provvisoria e che non sia poi «attratta dalla tentazione di operare come un soggetto attivo del processo politico» [127]. A dimostrazione di quanto si sta dicendo, valga, per tutti, un esempio, che si pone essenzialmente sul piano processuale, ma che ha, più di altri, ripercussioni anche dal punto di vista sostanziale.

Sino a qualche tempo fa, la Corte era solita dichiarare l'inammissibilità [128] o la manifesta inammissibilità [129] delle questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto interi atti normativi in quanto, secondo costante giurisprudenza, «il rimettente – salvo il caso in cui specificamente argomenti che il *vulnus* derivi da un intero corpo normativo – è tenuto ad individuare, a pena appunto di inammissibilità, la norma, o la parte di essa, la cui presenza nell'ordinamento determinerebbe la lamentata lesione della Costituzione» [130]. Ciò perché, in casi del genere, l'eterogeneità di contenuti normativi impedirebbe «l'inequivoca determinazione dell'oggetto del giudizio» e l'esatta defi-

---

[127] Cfr. E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996, p. 40.

[128] Cfr., *ex plurimis*, sentt. nn. 517 del 1987; 1111 del 1988; 85 del 1990; 261 del 1995; 156 e 103 del 2001; 94 e 213 del 2003, su cui si veda A. PERTICI, *La Corte mantiene il rigore: questione inammissibile per erroneità delle censure e incerta individuazione dell'oggetto*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 1621 ss.

[129] Cfr. ordd. nn. 185 del 1996; 208, 182 e 97 del 2000; 286 del 2001; 103 del 2002.

[130] Così, *ex multis*, sent. n. 156 del 2001.

nizione del *petitum* [131], rendendo di conseguenza impossibile il sindacato della Corte.

Al contrario, quando viene impugnato un intero testo normativo che, pur contenendo «più disposizioni di contenuto diverso (…) nel suo complesso, disciplina unitariamente» una determinata materia [132], oppure quando, in considerazione delle caratteristiche dell'atto normativo impugnato, è possibile individuare con chiarezza le disposizioni sulle quali si appuntano le censure [133], ovvero, ancora, quando è possibile rinvenire una unitarietà logica tra le diverse disposizioni impugnate [134], la Corte respinge l'eccezione di inammissibilità in quanto la questione, così prospettata, non è né generica, né incomprensibile, né suscettibile di fraintendimenti. In tal caso, cioè, l'eterogeneità dei contenuti normativi non impedisce alla Corte di giudicare nel merito, in quanto il ricorso, nonostante tutto, verte su di un atto normativo che ha «un contenuto specifico ed omogeneo» [135].

Per la Corte, quindi, l'oggetto della questione deve avere, pena la sua inammissibilità, il requisito della *chiarezza* ed *univocità*, mutuato, come giustamente sottolineato in dottrina, «dalla propria consolidata giurisprudenza in tema di ammissibilità delle richieste di referendum abrogativo» [136]. Tanto è vero che, anche quando l'oggetto verte, non già su un unico testo normativo, bensì, più semplicemente, su di una «pluralità di riferimenti normativi», la Corte dichiara l'ammissibilità della questione solo se essa si configura in maniera «sostanzialmente unitaria» [137]. Quando, invece, «le disposizioni del testo impugnato hanno oggetti eterogenei, fra i quali non è dato ravvisare quella *reciproca, intima connessione* che consente (…) di introdurre validamente un giudizio di legittimità costituzionale quando questo ha ad oggetto un intero testo legislativo», la questione deve essere dichiarata inammissibile [138] o manifestamente inammissibile [139]. Ciò, anche quando «attraverso

---

[131] Cfr. sent. n. 103 del 2001, sulla quale A. PERTICI, *La Corte sceglie il rigore: questione inammissibile per insufficiente definizione dell'oggetto e genericità della relativa motivazione*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 660 ss.

[132] Così sent. n. 438 del 2002.

[133] Sent. n. 74 del 2004.

[134] Cfr. sent. n. 507 del 2000.

[135] Sent. n. 359 del 2003.

[136] Così, R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996-1998)*, Torino, 1999, p. 101.

[137] Così sent. n. 1 del 1987.

[138] Così sentt. nn. 1 del 1987; 263 del 1994.

[139] Così ordd. nn. 81 del 2001; 364 del 2002.

l'enunciazione di un *quesito formalmente unitario*» il ricorrente attinga cumulativamente «un quadro normativo assai variegato» e dalla struttura eterogenea [140].

In sostanza, sia nel caso di impugnativa di interi testi normativi, sia nel caso di questioni di costituzionalità di disposizioni puntualmente individuate, l'impossibilità di ricostruire in maniera unitaria l'oggetto del giudizio è stata sufficiente, per la Corte, per dichiarare inammissibile la questione [141].

Tale consolidata giurisprudenza, però, è stata oggetto di un significativo ripensamento a far data dalla sent. 201 del 2003, con la quale la Corte, modificando il proprio orientamento, ha inaugurato una nuova stagione, che potremmo definire delle *sentenze frazionate*, più sentenze, cioè, che decidono, separatamente, *questioni plurime*, scorporate in tante decisioni quanti sono i *petita*. Si tratta, in altri termini, di un *esercizio frazionato della funzione di garanzia costituzionale* posto in essere dalla Corte costituzionale, mediante il quale il giudice delle leggi ha tentato di razionalizzare le singole questioni sottoposte al suo vaglio.

In questa pionieristica sentenza, la Corte, dopo aver affermato che le norme «sottoposte al giudizio di legittimità costituzionale riguardano materie completamente diverse, senza alcun collegamento tra loro» tanto che «il ricorso, *uno nella forma, è plurimo nel contenuto*», ha provveduto, per «esigenze di *omogeneità e univocità della decisione*», ad un *ritaglio delle materie* ed alla decisione separata di ciascuna questione o gruppo di questioni così individuate [142].

---

[140] Così ord. n. 378 del 1998.

[141] Senza parlare di tutte quelle questioni contenenti quesiti plurimi, il cui esame è sempre stato declinato dalla Corte perché sollevate in modo contraddittorio (ordd. nn. 50, 94, 188 e 189 del 2004; 61 e 119 del 2002) o perplesso (ordd. nn. 54, 146, 265, 279, 378, 397 del 1998; 286 del 1999; 9 del 2002; sent. n. 75 del 2004) ovvero sono state prospettate in termini di alternatività (*ex plurimis*, ordd. nn. 192 del 2004; 128 e 299 del 2003; 88, 366 e 297 del 2002; 227, 327 e 420 del 2001; 78 e 418 del 2000; 39, 146, 373, 425, 449, 458 del 1998). La Corte, invece, «per evidenti ragioni di economia processuale», ha giudicato nel merito quando le medesime questioni sono prospettate con un collegamento di subordinazione logica. Cfr. sent. n. 7 del 1993, dove si afferma che «l'esame di questioni plurime, prospettate in ordine successivo non è stato (…) mai declinato, conducendo, nelle varie fattispecie, a seconda dell'accoglimento o del rigetto della prima impugnativa, a pronunzia ora di assorbimento (sentt. nn. 107 del 1974; 31 del 1987; 469 del 1988) ora di inammissibilità (sent. n. 208 del 1992) ovvero alla separata delibazione della questione o delle questioni successive (sentt. nn. 189 del 1981; 343 del 1983; 311 del 1988)». Si veda anche, in termini, la sent. n. 188 del 1995, nonché l'ord. n. 107 del 2001.

[142] Cfr. sent. 11 giugno 2003, n. 201, sulla quale si vedano i commenti di P. PASSAGLIA, *Il funzionamento (e la funzionalità) del giudizio in via principale dopo la riforma del titolo V: osservazioni a margine della prima sentenza parziale «con riserva»*, in *Foro it*., 2003, I, c. 2227 ss.; A. RUGGERI, *La Corte e il drafting processuale*, sul sito Internet *www.forumcostituzionale.it.* Le

La Corte, cioè, pur riconoscendo che le disposizioni impugnate dal ricorrente avevano oggetti eterogenei, tali da impedire «l'inequivoca determinazione dell'oggetto del giudizio» e l'esatta definizione del *petitum* e pur non ravvisando «quella *reciproca, intima connessione*» da sempre ritenuta necessaria, come si è visto, per introdurre validamente un giudizio di legittimità costituzionale avente ad oggetto norme eterogenee, ha dichiarato la questione ammissibile, da una parte, individuando da sé l'oggetto omogeneo di quel singolo, specifico, giudizio, accorpando le questioni indipendentemente dal soggetto ricorrente e disarticolando i ricorsi in base all'oggetto e, dall'altra, riservando a separata pronuncia ogni decisione sulle altre questioni di legittimità costituzionale.

Il punto è che l'utilizzo di questa tecnica decisoria è stato via via sempre più significativo: dalle undici sentenze del 2003, siamo passati, ad oggi (ottobre 2004) a ben ventotto *sentenze frazionate*. Non solo, ma mentre in alcuni casi si sono avute al massimo quattro sentenze frazionate [143], in altri la Corte ha già adottato, sino a questo momento, ben ventidue decisioni. È il caso delle sentenze pronunciate su diverse questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto alcune disposizioni della legge 28 dicembre 2001, n. 488, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2002)*, promosse con ricorso dalle regioni Marche (r.r. n. 10 del 2002), Toscana (r.r. n. 12 del 2002), Emilia-Romagna (r.r. n. 23 del 2002), Umbria (r.r. n. 24 del 2002), Basilicata (r.r. n. 20 del 2002), Campania (r.r. nn. 21 e 22 del 2002) [144].

In questo, come negli altri casi [145], la Corte, in sostanza, ha effettuato alcune operazioni che difficilmente possono dirsi meramente processuali. Essa, infatti, ha innanzi tutto provveduto, autonomamente ed unilateralmente, a

---

altre decisioni della «catena» sono le sentt. nn. 313 e 331 del 2003, tutte sulla legge della regione Lombardia 12 gennaio 2002, n. 2, recante «*Istituzione del Corpo Forestale regionale*».

[143] Si vedano le sentt. nn. 236, 238, 239, 280 del 2004, su diversi articoli della legge 5 giugno 2003, n. 131, *Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*.

[144] Si tratta, in ordine cronologico, delle sentt. nn. 300, 361, 362, 363, 370, 376, 377, 378 del 2003; 1, 3, 4, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 26, 36, 37, 49 del 2004.

[145] Le altre decisioni nelle quali la Consulta ha utilizzato questa tecnica decisoria sono le sentt. nn. 260, 261, 307 e 320 del 2004, sulla legge 27 dicembre 2002, n. 289, recante «*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge finanziaria 2003*»; le sentt. nn. 307 e 308 sulla legge 24 dicembre 2003, n. 350, recante «*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge finanziaria 2004*»; le sentt. nn. 196, 286 e 287 del 2004, sul D.L. 30 settembre 2003, n. 269, recante «*Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici*», convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 2003, n. 326.

selezionare – e quindi ad integrare e modificare –, un singolo oggetto all'interno di un unico ricorso che, invece, verteva su più oggetti. Poi ha accorpato in un'unica decisione gli oggetti omogenei, ancorché contenuti in ricorsi diversi. Infine, ha rinviato ad altra pronuncia la decisione su tutte le altre questioni. In questo modo, ogni singola decisione viene individuata in base all'oggetto e non al numero del ricorso, che, infatti, può essere lo stesso per un'intera serie di sentenze.

A parziale giustificazione di questa novità, la stessa Consulta, nella sentenza che ha definito l'ultima delle questioni sollevate dal ricorso oggetto della sent. 201 del 2003 (cui aveva già fatto seguito la sent. 313 del 2003), ha affermato che, in quella occasione, il governo aveva sollevato questione di legittimità costituzionale su di «una legge priva di unitarietà, che interviene sulle più disparate materie» e che quindi, proprio «per ragioni di *chiarezza e omogeneità di decisione*» era necessario trattare separatamente le diverse questioni di legittimità costituzionale oggetto del ricorso statale [146]. Le analogie con la propria consolidata giurisprudenza sul quesito referendario, sono, a questo punto, palesi: la questione è ammissibile solo se la decisione della Corte può essere, attraverso una fine opera di scomposizione e parcellizzazione degli oggetti, *chiara* ed *omogenea*.

16. *Segue*. La novità delle sentenze frazionate e la manipolazione del *thema decidendum*

Tale tecnica decisoria, come si diceva, lungi dal configurarsi come una novità meramente processuale, come invece l'ha definita il Presidente della Corte costituzionale Gustavo Zagrebelsky nella conferenza stampa tenutasi il 2 aprile 2004 su *La giustizia costituzionale nel 2003*, sembra caricarsi di significati ben più pregnanti.

Innanzi tutto, infatti, il frazionamento delle questioni viene disposto con una serie di sentenze successive che, tecnicamente, non sono affatto pronunce meramente processuali, ma vere e proprie pronunce di merito, che però, singolarmente, contengono anche una decisione di tipo procedurale. Si tratta, in sostanza, di *decisioni miste*, parzialmente procedurali e parzialmente di merito, mediante le quali la Corte decide *contemporaneamente* sia il rinvio ad altra decisione, sia il merito di quella singola questione. Un tipo di decisioni, questo, già adoperato in caso di esercizio dei propri poteri istruttori, dove la

[146] Sent. n. 331 del 2003.

Corte, com'è noto, dispone, con ordinanza, l'acquisizione di informazioni e documenti e, contestualmente, riserva ad altra pronuncia ogni decisione sulle questioni di legittimità costituzionale [147].

Con la differenza che mentre le c.d. ordinanze istruttorie trovano il proprio fondamento nell'art. 13 della legge n. 87 del 1953 e negli artt. 12 e 14 delle N. I., nel caso delle *sentenze frazionate* non sembra rintracciabile alcun fondamento normativo. Anzi, per la verità, con questo tipo di sentenze la Consulta modifica autonomamente ed unilateralmente il *thema decidendum* – nella specie, l'oggetto della questione, stralciato in più oggetti –, eludendo, di conseguenza, il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato disciplinato dall'art. 27 della legge n. 87 del 1953. Atteggiamento, questo, difficilmente compatibile con quella stessa legalità costituzionale a presidio della cui integrità dovrebbe stare proprio l'operato della Consulta [148].

Vero è che, come prudentemente sottolineato in dottrina, l'utilizzo di tale tecnica parrebbe quasi finalizzato a sollecitare dal legislatore l'adozione di testi normativi più omogenei ed organici [149]. Vero è anche che, a causa dell'elevato numero di ricorsi, da un certo momento in poi la Corte non ha potuto fare a meno di cercare soluzioni processuali adatte allo scopo [150]. Ciononostante, la tecnica decisoria adottata sembra non solo inadeguata, ma anche eccessivamente manipolativa. La scelta di procedere al sindacato di una o altra questione tra quelle selezionate nel ricorso, infatti, viene effettuata in via esclusiva dalla Corte, stralciando i ricorsi e riaccorpandoli indipendentemente dalle iscrizioni a ruolo dei medesimi, indipendentemente dalla *ratio* sottesa a ciascun ricorso, indipendentemente dall'interesse a ricorrere di ogni ricorrente, e così via.

Cosicché, ciascuno di essi può trovarsi con una parte del ricorso decisa ed altra parte in attesa di giudizio, in una parcellizzazione del giudicato costituzionale che, fino a quando non interviene la sentenza che conclude *la catena*, può protrarsi irragionevolmente anche per un lungo periodo di tempo. Senza parlare del fatto che la Corte non ha mai motivato a sufficienza la decisio-

---

[147] Su cui si veda E. Rossi, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, Torino, 2002, p. 140 ss.

[148] Specie se si considera che sino a qualche tempo fa la Corte era ferma nell'affermare che il proprio intervento era circoscritto dal *thema decidendum* per come delimitato dal soggetto ricorrente, al quale, quindi, una volta sollevata la questione di legittimità costituzionale era preclusa qualunque possibilità di modifica.

[149] Così A. Ruggeri, *La Corte e il drafting processuale*, sul sito Internet *www.forumcostituzionale.it*.

[150] Cfr. P. Passaglia, *Il funzionamento*, cit., p. 2229.

ne di scorporare i ricorsi, anzi, fatto salvo l'inciso «per ragioni di chiarezza e omogeneità della decisione» che ha inserito, peraltro, soltanto nelle prime sentenze adottate con questa tecnica, la Consulta è stata inspiegabilmente e inescusabilmente assai parca di spiegazioni [151].

A ciò si aggiunga che in una, fortunatamente, unica, occasione la Corte ha deciso con una coppia di decisioni anche su un ricorso promosso in via incidentale dal Tribunale di Milano, che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, secondo comma, in relazione al primo comma, della legge 20 giugno 2003, n. 140, recante «*Disposizioni per l'attuazione dell'art. 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato*» e dell'art. 110, quinto comma, del R.D. 30 gennaio 1941, n. 12 (*Ordinamento giudiziario*). Con la differenza, rispetto alle sentenze frazionate rese sui ricorsi in via principale, che le due questioni nelle quali è stato stralciato il singolo ricorso incidentale sono state decise, la prima con ordinanza e la seconda con sentenza, nella medesima giornata [152]. Cosicché anche l'opinione manifestata da una accorta dottrina secondo la quale questo tipo di operazioni non dovrebbe essere mai consentita «nei giudizi in via incidentale, proprio per la ferita mortale che ne verrebbe inferta all'incidentalità» [153] è stata, purtroppo, disattesa.

---

[151] Lo rileva anche M. COSULICH, *La natura giuridica delle fondazioni di origine bancaria nel quadro del nuovo Titolo V della Costituzione (note a margine delle sentenze n. 300 e 301 del 2003)*, sul sito Internet *www.amministrazioneincammino.luiss.it.* Sul punto, cfr. altresì A. RUGGERI, *La Corte e il drafting processuale*, cit.

[152] Si tratta dell'ord. n. 23 e della sent. n. 24 del 2004.

[153] Così, A. RUGGERI, *La Corte e il drafting processuale*, cit.

Riflessioni su guerra e pace tra diritto internazionale e diritto interno

di *Federico Sorrentino*

SOMMARIO: 1. Norme internazionali e norme costituzionali interne su guerra e pace. – 2. Incertezze ed ambiguità della configurazione e nella qualificazione della guerra nel diritto internazionale. – 3. La disciplina costituzionale della guerra. – 4. La guerra legittima secondo la Costituzione. – 5. La guerra non consentita dalla Costituzione. – 6. La c.d. guerra giusta. – 7. Conclusione.

1. Norme internazionali e norme costituzionali interne su guerra e pace

La riflessione giuridica su fenomeni come la guerra e la pace si trova, come poche altre, intersecata tra il piano del diritto internazionale, cui essi, in quanto concernenti le relazioni tra gli Stati, sembrano appartenere, e quello del diritto costituzionale, che, nel suo versante di diritto pubblico esterno, si preoccupa di tracciare limiti, non solo procedurali, ma anche sostanziali al coinvolgimento dello Stato in operazioni militari e di definire le conseguenze che nel diritto interno quel coinvolgimento è suscettibile di determinare.

Insomma, pur ammettendo che la guerra e la pace trovano nell'ordinamento internazionale la loro naturale disciplina, le norme costituzionali interne non rinunciano a darne una loro qualificazione, per un verso, allo scopo di delimitare i poteri degli organi preposti alla conduzione delle relazioni internazionali, per altro verso, allo scopo di disciplinare le situazioni soggettive e le connesse garanzie di quanti sono coinvolti dall'esercizio di quei poteri e dalle sue conseguenze.

Non soltanto, infatti, nel diritto internazionale, ma anche in quello interno lo stato di guerra determina conseguenze normative di notevole rilievo con l'introduzione e l'applicazione di norme derogatorie al diritto comune, che rendono leciti atti e comportamenti altrimenti vietati [1].

[1] *Infra* par. 3.

La rilevanza politica, economica, sociale ed umana, ma soprattutto morale, dei due fenomeni impedisce, dunque, nella considerazione che essi ricevono dalle odierne carte costituzionali, che la loro disciplina sia totalmente rimessa ad un ordinamento che, non ostante la sua tendenza a porsi come ordine mondiale astrattamente superiore agli Stati, è ancor oggi, come dimostrano i recenti eventi, espressione di un assetto determinato dalle potenze più forti ed è quindi incapace di assicurare l'eguaglianza tra gli Stati, tra gli individui che ne fanno parte e di garantire efficacemente il primato del diritto.

L'aspirazione dei popoli alla pace, interna ed esterna, deve, dunque, trovare la relativa garanzia e la propria realizzazione, non soltanto nelle norme internazionali che vietano o limitano la violenza tra e negli Stati, ma soprattutto nelle corrispondenti ed omologhe norme interne alle quali è affidato il compito di limitare e circoscrivere le decisioni prese dai governanti in ordine alla pace e alla guerra.

Nella Costituzione italiana quest'aspirazione, come è ben noto, è consacrata nell'art. 11, che esprime il principio del *ripudio della guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali*, in ciò riprendendo principi introdotti nell'ordinamento internazionale dalla Carta delle Nazioni unite (art. 2, n. 4). In questo quadro la guerra rappresenta un disvalore [2] costituzionale, oltre che internazionale, e sicuramente un illecito, laddove essa costituisca offesa alla libertà degli altri popoli o strumento di risoluzione di controversie internazionali, mentre la pace costituisce un valore fondamentale [3], che deve essere perseguito, sempre secondo l'art. 11, attraverso *limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni* e *la promozione di organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo*.

Come affermò la Corte costituzionale, sebbene ad altro proposito, l'art. 11 «segna un chiaro e preciso indirizzo politico» [4], volto ad aprire l'Italia alle più intense forme di cooperazione internazionale in vista dell'adesione alle Nazioni unite, nella trasparente prospettiva di individuare negli strumenti del negoziato e della cooperazione la via alternativa alla guerra per la risoluzione delle controversie internazionali.

Il collegamento storico tra il ripudio della guerra e l'adesione italiana alle Nazioni unite e la stessa corrispondenza testuale tra la costituzione italiana e l'art. 2, n. 4 della Carta non implica, però, è bene sottolinearlo, che la formu-

---

[2] Sul punto v. specificamente M. DOGLIANI, *Il valore costituzionale della pace e il divieto della guerra*, in P. CARNEVALE (a cura di), *Guerra e costituzione*, Torino, 2004, p. 37 ss.

[3] L. CHIEFFI, *Il valore costituzionale della pace*, Napoli, 1991.

[4] Sent. n. 183 del 1973, relativa, peraltro, all'integrazione comunitaria.

la costituzionale non possa vivere di vita propria [5], quasi rappresentasse un rinvio non recettizio all'ordinamento internazionale, e non comporta, quindi, di per sé, che l'interpretazione di quella formula debba seguire le vicende che, sul piano internazionale, possa aver subìto il corrispondente principio contenuto nella Carta. Al contrario, consegue all'idea della pluralità degli ordinamenti giuridici ed all'impostazione dualista dei rapporti tra ordinamento internazionale e ordinamento interno, che ne è uno dei corollari, che le disposizioni normative di un ordinamento non risentono normalmente delle vicende interpretative che si svolgono in un diverso ordinamento, relativamente a disposizioni di analoga o identica formulazione. Sicché la constatazione, che oggi viene continuamente ripetuta, di un mutato atteggiamento dell'ordinamento internazionale nei confronti del divieto della guerra [6], ammesso che corrisponda alla realtà, in tanto potrà incidere sul ripudio della guerra, vigente nell'ordinamento interno, in quanto sia dimostrato che la formula costituzionale debba essere riempita dei contenuti risultanti da quella internazionale.

La circostanza che le guerre odierne si presentino in forme del tutto differenti da quelle cui aveva riguardo la Carta ONU [7] e con essa la Costituzione italiana e che la loro stessa liceità internazionale possa assumere confini diversi pone indubbiamente un problema di coordinamento tra il piano interno e quello internazionale, ma non consente una trasposizione senza riserve sul terreno costituzionale delle conclusioni raggiunte in sede internazionale.

---

[5] *Contra* G. De Vergottini, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004, secondo cui «le clausole dell'art. 11 hanno alle spalle una congenita limitazione di sovranità e non certo libere scelte degli organi costituzionali come vorrebbe lasciare intendere il testo della costituzione» (10) e «la lettura delle disposizioni costituzionali relative alla guerra va effettuata avendo coscienza di quale sia la realtà dei conflitti internazionali, e in particolare della guerra, che le clausole in bianco della costituzione presuppongono, *operando un adeguamento alla realtà fattuale che si è affermata*» (corsivo mio).

[6] Al riguardo può leggersi in P. Picone, *La guerra contro l'Iraq e le degenerazioni dell'unilateralismo*, in *Riv. dir. int*., 2003, p. 329 ss. (ma già in precedenza dello stesso A. , *La «guerra del Kosovo» e il diritto internazionale generale*, *ibidem*, 2000, p. 309 ss.), la tesi secondo cui, a partire dagli anni '70 del secolo passato, si sarebbe formata nel diritto internazionale generale una categoria di norme produttive di obblighi *erga omnes* degli Stati, cioè di «obblighi incombenti sugli Stati nei confronti della stessa comunità internazionale unitariamente intesa ed esigibili collettivamente dagli stessi (soprattutto quando la loro violazione dia luogo ad un crimine internazionale) in quanto gestori *uti universi* degli interessi della Comunità medesima» (p. 333). Di qui il diritto-dovere del singolo Stato di ricorrere alla forza per la violazione di quegli obblighi, che, essendo estraneo al sistema ONU, non trova alcun limite nell'art. 2 n. 4 della Carta, ma nelle norme internazionali generali.

[7] Cfr., tra gli altri, G. De Vergottini, *Guerra e costituzione*, cit., *passim*. Più in generale cfr. N. Ronzitti, *Guerra*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1993, p. 16 ss.

2. Incertezze ed ambiguità della configurazione e nella qualificazione della guerra nel diritto internazionale

L'instabilità internazionale seguita alla «caduta del muro di Berlino», cioè al venir meno della divisione del mondo in due «blocchi» contrapposti, ha visto il sorgere e lo svilupparsi di numerose crisi locali, che hanno a più riprese richiamato la responsabilità della Comunità internazionale e dei suoi membri, sollecitando interventi militari di vario genere, volti al mantenimento della pace, sia attraverso misure di interposizione tra i contendenti, sia attraverso vere e proprie azioni belliche, condotte, a seconda dei casi, con o senza mandato dal Consiglio di Sicurezza dell'ONU, da parte di vari Stati tra loro coalizzati [8].

Siffatti interventi hanno ricevuto, nell'ottica internazionale, diverse qualificazioni: talvolta sono stati considerati del tutto illeciti, in quanto contrastanti con la Carta delle Nazioni Unite, altre volte sono stati ritenuti esercizio di autotutela individuale o collettiva, spesso sono stati qualificati come operazioni di polizia internazionale e, da ultimo, come forme di legittima difesa preventiva [9].

In questo quadro si è posto altresì il problema della legittimità di interventi «umanitari» contro gravi violazioni dei diritti umani (al limite del genocidio) perpetrate all'interno di alcuni Stati, giustificando l'ingerenza nei loro affari interni con la rilevanza che nell'attuale sviluppo dell'ordinamento internazionale ha assunto la difesa dei diritti umani [10].

Infine, dopo l'11 settembre, una nuova forma di guerra sembra essersi delineata, quella al terrorismo, condotta bensì, almeno formalmente, tra Sta-

---

[8] Indicazioni in G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione*, cit., pp. 17 ss. e 71 ss.; A. GIARDINA, *Diritto internazionale e uso della forza*, in P. CARNEVALE (a cura di), *Guerra e costituzione*, cit., pp. 13 ss., 21 ss.; G. BATTAGLINI, *Usi della forza e diritti umani nel sistema delle Nazioni unite*, in M. DOGLIANI e S. SICARDI, *Diritti umani e uso della forza. Profili di diritto costituzionale interno e internazionale*, Torino, 1999, p. 1 ss.

[9] Per le differenti posizioni si rinvia ai volumi collettanei già citati (*Diritti umani e uso della forza* e *Guerra e costituzione*) e al volume a cura di N. RONZITTI, *Nato, conflitto in Kosovo e costituzione italiana*, Milano, 2000, nonché allo scritto di G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione*, cit.

[10] G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione*, cit., p. 135 ss.; analogamente T. GROPPI, *La crisi del Kosovo e il diritto costituzionale: tre spunti per una riflessione*, in *Gazz. giur. Italia oggi*, 1999, n. 21, p. 5 ss.; M. CAVINO, *Lo scopo umanitario come causa di giustificazione della forza*, in M. DOGLIANI e S. SICARDI, *Diritti umani*, cit., p. 31 ss. *Contra*, C. PINELLI, *Argomenti e posizioni nel dibattiti dei costituzionalisti sulla guerra in Kosovo*, in N. RONZITTI (a cura di), *Nato, conflitto in Kosovo*, cit., p. 193 ss.; ID., *Sul fondamento degli interventi armati a fini umanitari*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 61 ss.

ti e contro gli Stati, ma nella sostanza contro organizzazioni terroristiche a questi trasversali e della cui protezione si ascriveva agli Stati la responsabilità. Sicché, in alcuni casi (v. il trattamento dei prigionieri di Guantanamo) alle guerre combattute contro il *terrorismo*, o meglio contro uno Stato ritenuto responsabile di ospitare i vertici di organizzazioni terroristiche, non ha fatto seguito un trattamento dei prigionieri conforme alle Convenzioni internazionali, in quanto non considerati prigionieri di guerra [11].

I ricordati avvenimenti sono stati, come già accennato, oggetto di diverse qualificazioni sul terreno del diritto internazionale. All'opposizione tra guerra e misure di polizia internazionale ovvero tra guerra e interventi umanitari si è sovrapposta quella tra guerra legittima e guerra illegittima e, infine, quella più risalente tra guerra giusta e guerra ingiusta.

Di volta in volta tali interventi sono stati, più o meno liberamente, ricondotti all'ordinamento delle N.U., magari assumendosi da parte degli Stati intervenienti una sorta di diritto di supplenza nei confronti di una (paventata) inerzia del Consiglio di sicurezza (inerzia che, in un sistema che considera vietata la guerra salve le ipotesi specificamente autorizzate, avrebbe semmai il significato di un diniego); in altri casi si è fatto riferimento all'ordinamento internazionale generale, essendo venuto meno o essendosi ridotto l'ambito di applicazione del divieto della guerra sancito dalla Carta ONU [12].

Su questi temi non intendo prendere qui posizione. Li ho richiamati perché il dibattito in corso tra gli studiosi del diritto internazionale manifesta l'esistenza di una «crisi» della nozione di guerra e degli stessi valori verso i quali sino a pochi anni or sono la Comunità internazionale sembrava tendere [13].

Sicché nel momento in cui si devono tracciare le coordinate costituzionali interne del fenomeno in discussione, non potrà non tenersi conto dell'ambiguità e dell'opinabilità che lo stesso riceve nell'ordinamento internazionale.

---

[11] Sul trattamento dei prigionieri di Guantanamo v. H. SCHWARTZ, *Il trattamento giuridico dei terroristi internazionali da parte degli Stati Uniti*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.

[12] Tesi, questa sostenuta in particolare da P. PICONE nei due scritti sopra richiamati (*La guerra contro l'Iraq* e *La «guerra del Kosovo»*).

[13] Mentre, infatti, sino alla metà degli anni '70 del secolo passato (cfr. A. CASSESE, *Commento all'art. 11*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, I, Bologna, 1975, pp. 565 ss., 575 ss.) sembrava essersi affermata una consuetudine generale conforme alla Carta dell'ONU, volta ad eliminare lo *ius ad bellum*, oggi la tendenza degli studiosi del diritto internazionale a legittimare il fatto, in quanto produttivo di consuetudine internazionale, ha finito col porre in luce aree fuori del sistema delle N.U. nelle quali opererebbe ancora quel primigenio e naturale diritto degli Stati (cfr. P. PICONE, *op. ult. cit.*).

3. La disciplina costituzionale della guerra

Prima di approfondire ulteriormente il tema è bene porre in evidenza il quadro normativo, delineato a proposito della guerra dalla costituzione italiana, anche allo scopo di indagare se esso sia del tutto autosufficiente ovvero debba essere integrato con il rinvio a nozioni o ad elementi tratti dal diritto internazionale. Indagine, questa, resa necessaria dalla pretesa, non del tutto peregrina, della costituzione italiana di dettare norme sulla pace e sulla guerra e di stabilire il parametro alla stregua del quale valutare gli atti e i comportamenti dei soggetti investiti di potere politico, anche in questo settore.

Dell'art. 11 si è già detto: esso, ripudiando la guerra di aggressione e quella utilizzata per risolvere controversie internazionali, sembra consentire la sola guerra difensiva [14]. Il ripudio non è quindi assoluto, tanto è vero che l'art. 78 prevede che lo *stato di guerra* sia deliberato dalle Camere, e che il successivo art. 87, nono comma, assegna al Presidente della Repubblica il compito di *dichiarare lo stato di guerra deliberato dalle Camere.* Allo stato di guerra, poi, la stessa costituzione ricollega il conferimento al Governo dei «poteri necessari», la possibilità della proroga delle Camere (art. 60, secondo comma), la particolare giurisdizione dei tribunali militari (artt. 103, terzo comma e 111, settimo comma) e la possibilità delle leggi militari di guerra di prevedere la pena di morte [15].

La guerra è, dunque, un fenomeno che la costituzione non ignora [16], anche se non si preoccupa di definirlo, limitandosi a tracciarne le coordinate essenziali: solo la guerra che non sia aggressiva e non sia strumento di risoluzione di controversie può essere combattuta, ma essa deve necessariamente essere *dichiarata* dal Capo dello Stato, previa *deliberazione* delle Camere.

La necessità della deliberazione, prima, e della dichiarazione, poi, dello

---

[14] V., per tutti, G. FERRARI, *Guerra (stato di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, pp. 816 ss., 831 s.; nonché, più diffusamente, A. CASSESE, *Commento all'art. 11*, cit., p. 565 ss.; più recentemente M. CECCHETTI, *Il ripudio della guerra contenuto nella Carta costituzionale alla luce del diritto e della prassi internazionali*, in *La Comunità internazionale*, 1993, p. 278 ss.

[15] Cfr. A. GIARDINA, *Commento all'art. 78*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1979, pp. 94 ss., 99 ss.

[16] Di guerra come fatto parla G. FERRARI, nella voce *Guerra* già citata, per sottolineare che «mentre negli artt. 78 e 87 si parla esattamente (…) di 'stato di guerra', in questo art.11, viceversa, è adoperata, altrettanto esattamente, l'espressione 'guerra'. Il riferimento alla guerra-fatto, che va ben oltre la guerra-diritto, ci dice che il ripudio, da parte del popolo italiano della guerra non ha confini, perché è il ripudio, non già di una concezione, di uno schema, di un istituto, di una definizione, ma di una realtà, di un 'fatto', in tutte le sue manifestazioni, dirette ed indirette, formali ed informali, nominate ed innominate, scoperte e coperte» (831). Analogamente A. GIARDINA, *Commento all'art. 78*, cit., p. 100.

stato di guerra costituisce, nel disegno costituzionale, la premessa indispensabile per l'applicazione, rispettivamente, sul piano internazionale e su quello interno, del c.d. diritto di guerra [17].

Ne discende allora, per un verso, che il diritto di guerra non potrà ricevere applicazione, per lo meno nell'ordinamento interno, in difetto di deliberazione parlamentare e, per altro verso, che non potrà qualificarsi guerra o per lo meno guerra legittima alla stregua delle predette norme costituzionali un intervento militare, dentro o fuori dei confini nazionali, che non sia stato preceduto da quegli adempimenti [18].

In altre parole, solo ove sia stato (legittimamente) deliberato e dichiarato lo stato di guerra, potrà darsi luogo all'applicazione di norme che la costituzione, in deroga al diritto comune, detta per tale ipotesi. Non va, infatti, dimenticato che l'applicazione del diritto di guerra, conseguente alla relativa deliberazione, permette di considerare leciti atti, compiuti dalle forze armate, che, altrimenti, costituirebbero violazione del diritto penale.

Così appare gravemente illegittimo e fonte di responsabilità per il Governo e l'amministrazione militare, l'impegno del nostro Paese in operazioni militari, come determinatosi in numerose occasioni negli ultimi anni, non preceduto da apposita deliberazione parlamentare *ex* art. 78.

Di qui l'esigenza di chiarire, sul piano sostanziale, *quando* la guerra potrà

---

[17] Cioè del complesso di norme, costituzionali (vedi gli artt. citati nel testo) e non, dettate per il caso di guerra. Poiché si tratta di norme derogatorie del diritto comune, di grado costituzionale o legislativo, in tanto esse potranno essere richiamate, in quanto si sia in presenza di una deliberazione parlamentare sullo stato di guerra. Ciò vale, non soltanto per le norme costituzionali, ma anche per quelle legislative, dovendosi la deroga che esse pongono al diritto comune (ad es., al diritto penale) essere ragionevolmente giustificata in base alle norme costituzionali sulla guerra ed ai valori che esse esprimono.

[18] All'obiezione che potrebbe formularsi, secondo cui, in caso di aggressione dell'Italia, che non consentisse al Parlamento di deliberare lo stato di guerra, il nostro Paese non sarebbe (giuridicamente) in grado di difendersi è agevole rispondere che in tali casi la necessità di far fronte ad un attacco improvviso e non dichiarato, da un lato, scriminerebbe il comportamento degli organi deputati alla difesa nazionale e, dall'altro, che tale necessità ben potrebbe giustificare l'adozione da parte del Governo di un decreto-legge *extra ordinem* di deliberazione dello stato di guerra, la cui conversione parlamentare consentirebbe, sia pure *a posteriori*, di rispettare l'art. 78. Ad un'analoga conclusione perviene A. CASSESE, *Commento all'art. 11*, cit., p. 574. Ciò che a me pare incompatibile con il quadro costituzionale, senza che la contraria prassi internazionale possa eliminare il contrasto, è che, in occasione di interventi armati dell'Italia, il ruolo del Parlamento sia stato limitato all'approvazione delle leggi di finanziamento ovvero di conversione di decreti-legge di finanziamento delle missioni all'estero, quando la missione era stata già decisa e, magari, le truppe erano già partite. Su questi temi v. diffusamente F. VARI, *La «vecchia» costituzione e la «nuova» guerra: breve analisi della «crisi del Kosovo»*, in M. DOGLIANI e S. SICARDI, *Diritti umani e uso della forza*, cit., pp. 116 ss., 128 ss.

essere dichiarata, anche alla stregua del ripudio di essa, solennemente proclamato dall'art. 11.

Ora, quanto alla natura del fenomeno, la Costituzione, fuori dei richiami sino qui visti, non si preoccupa di definirlo, rimettendone così, implicitamente la definizione, secondo la tecnica della presupposizione [19], all'ordinamento internazionale. Ciò che, d'altra parte, è naturale, trattandosi, come già accennato, di un istituto relativo ai rapporti esterni tra gli Stati, che determina, a sua volta, conseguenze normative nelle loro relazioni.

Ma, posta questa premessa (appartenere cioè la nozione di guerra al diritto internazionale), il costituzionalista non può abdicare al suo ruolo di verifica se un fenomeno, che l'ordinamento internazionale qualifica come guerra, possa ritenersi consentito alla stregua delle norme costituzionali del suo Paese, se, cioè, sia consentito agli organi preposti alle relazioni internazionali deliberare la partecipazione dell'Italia ad una determinata operazione militare.

In particolare va detto che la qualificazione internazionale di un determinato fenomeno come guerra pone senz'altro il problema della sua liceità sostanziale alla stregua dell'art. 11 e della conformità procedurale della sua adesione da parte dell'Italia alla prescrizione dell'art. 78. Ma non per tale ragione, come cercherò di chiarire, una diversa qualificazione dell'intervento armato (ad es., in termini di polizia internazionale) esclude qualunque profilo di legittimità costituzionale, ben potendo lo stesso art. 11 opporsi a tale intervento.

Infatti, per un verso, occorre interrogarsi se una determinata operazione militare, condotta o da condursi contro un altro Stato, abbia le caratteristiche internazionali della guerra, ma, per altro verso, non si può rinunciare, alla stregua della costituzione italiana, ad interrogarsi se tale operazione sia comunque vietata dall'art. 11, indipendentemente dalla qualificazione in termini di liceità o illiceità che essa riceva nell'ordinamento internazionale.

In secondo luogo, anche una qualificazione diversa da parte dell'ordinamento internazionale non potrà sfuggire, secondo una diffusa interpretazione dell'art. 11, alla considerazione negativa di strumento di offesa alla libertà degli altri popoli o di mezzo per risolvere controversie internazionali [20].

---

[19] Per la quale l'ordinamento rinviante si limita ad utilizzare, per la formulazione di una fattispecie normativa, nozioni giuridiche tratte da altri ordinamenti, senza perciò abdicare alla propria funzione normativa.

[20] Si richiama, ancora una volta, la tesi di G. FERRARI, *Guerra*, cit., che, oltre a considerare il ripudio della guerra come fatto, sottolinea che l'offesa alla libertà degli altri popoli può provenire, non soltanto da operazioni belliche, ma anche in altri modi, diretti e indiretti, non determinabili *a priori*, che testimoniano una maggiore ampiezza del ripudio della guerra rispetto alla guerra strettamente intesa (p. 832).

4. La guerra legittima secondo la Costituzione

Allo scopo di delimitare l'ambito di applicazione del ripudio della guerra proclamato dall'art. 11 può essere utile identificare preliminarmente, *a contrario*, quali sono le guerre che la Costituzione ammette.

Innanzitutto – com'è pacifico in dottrina – la guerra «difensiva», nella quale viene senz'altro inclusa quella che costituisce legittima difesa dall'aggressione altrui. L'aggressione da parte del «nemico» può invero riguardare sia il territorio nazionale, del quale sia tentata l'occupazione, sia rilevanti beni e interessi italiani localizzati in Italia, all'estero ovvero in acque internazionali o nello spazio aereo [21].

Poiché un'azione per la legittima difesa di rilevanti interessi nazionali aggrediti dalla controparte possa considerarsi difensiva è naturalmente necessario che vi sia un rapporto di proporzionalità tra l'offesa e la reazione: è evidente, infatti, che ove quest'ultima fosse sproporzionata (e quindi pretestuosa), non si tratterebbe più di guerra difensiva, ma si rientrerebbe senz'altro nell'ipotesi della guerra di aggressione.

A questo proposito si deve richiamare l'art. 51 dello Statuto dell'ONU, che fa salvo «il diritto naturale di autotutela individuale o collettiva, qualora abbia luogo un attacco armato contro un Membro delle Nazioni unite, fintantoché il Consiglio di Sicurezza non abbia preso le misure necessarie per mantenere la pace e la sicurezza internazionale». Questa disposizione, nell'interpretazione della dottrina [22] e della giurisprudenza della Corte di giustizia internazionale [23], restringe la legittima difesa alla sola ipotesi dell'aggressione armata, prescrivendo che la reazione sia necessaria, proporzionale ed immediata e, soprattutto che il Consiglio di sicurezza ne sia investito immediatamente in modo che la controversia sia portata nella sua sede competente.

Occorre però osservare che, se si tiene conto dell'*indirizzo politico* tracciato dall'art. 11, anche la guerra difensiva è sottoposta a limiti sostanziali: il ripudio della guerra come mezzo per risolvere controversie internazionali non può, infatti, non incidere anche sulla qualificazione della guerra difensi-

---

[21] V. L. CHIEFFI, *Il valore costituzionale della pace*, cit., p. 133 ss.

[22] A. GIARDINA, *Diritto internazionale e uso della forza*, cit., p. 19. U. VILLANI, *Riflessioni sul ruolo dell'ONU per il mantenimento della pace e la lotta al terrorismo nella crisi afgana*, in *Volontari e terzo mondo*, 2001, n. 4, pp. 3 ss., 13, che in particolare sottolinea che la legittima difesa debba essere distinta dalla rappresaglia per un'aggressione compiuta, ma ormai esaurita e che la c.d. legittima difesa preventiva è fuori dallo schema normativo dell'art. 51 della Carta, «non essendovi attacco armato in atto».

[23] Sent. 27 giugno 1986, *Nicaragua* c. *Stati Uniti*.

va, essendo l'Italia impegnata a rimuovere con il negoziato e con ogni altra forma di conciliazione internazionale le ragioni del dissenso dalla controparte [24]. Sicché, se è vero che è doverosa, anche in base all'art. 52 della Costituzione, la difesa della Patria e dei suoi interessi, è altrettanto doveroso per il Governo – pure indipendentemente dagli impegni contratti in sede ONU – porre in essere ogni possibile azione diplomatica atta ad evitare che la mancata soluzione della controversia offra alla controparte l'occasione per muovere guerra.

L'*indirizzo politico* ora richiamato consente di risolvere un altro problema interpretativo, quello riguardante il carattere difensivo o meno della guerra deliberata contro l'aggressione ad un Paese alleato.

Invero l'adesione dell'Italia ad organizzazioni internazionali di sicurezza collettiva (Trattato NATO [25]) ovvero la conclusione di un accordo con il quale essa si impegna a difendere un altro Paese o a garantirne la neutralità [26] rientrano tra gli strumenti diretti ad evitare che la guerra venga impiegata come mezzo di risoluzione di controversie internazionali ed a costruire una rete di alleanze difensive volta a proteggere e a consentire di proteggere interessi nazionali.

Sicché, nella misura in cui l'alleanza abbia esclusivamente carattere difensivo, può dirsi che gli interessi vitali del nostro Paese si proiettino al di là dei confini nazionali e contemplino anche la difesa dell'alleato, così come gli interessi di quest'ultimo finiscono con l'includere anche la difesa dell'Italia.

Sotto questo profilo deve condividersi la diffusa opinione che vede nella guerra volta alla difesa del *partner* in un sistema di difesa collettiva una misura non vietata dall'art. 11 [27].

Diversa soluzione deve invece darsi al problema della c.d. legittima difesa preventiva [28], nella quale s'interviene, non per reagire ad un'aggressione in

---

[24] Questa riflessione consente di pervenire in modo, a mio parere, costituzionalmente più corretto alla stessa conclusione raggiunta da A. CASSESE, *Commento all'art. 11*, cit., p. 576, in ordine al carattere più restrittivo che la legittima difesa avrebbe nella Carta dell'ONU rispetto alla costituzione italiana: non c'è, infatti, bisogno di fare appello a consuetudini internazionali generali, come si è visto sempre mutevoli, essendo sufficiente valorizzare l'indirizzo pacifista dell'art. 11 per escludere il contrasto tra le due norme.

[25] Il cui art. 5, peraltro, prevede la possibilità di legittima difesa, individuale e collettiva, in conformità dell'art. 51 dello Statuto dell'ONU. Cfr., al riguardo, A. GIARDINA, *Diritto internazionale e uso della forza*, cit., p. 20.

[26] Questo sarebbe il caso dell'accordo con Malta, cui fa riferimento G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione*, cit., p. 57.

[27] Cfr. L. CHIEFFI, *Il valore costituzionale della pace*, cit., p. 136.

[28] Non consentita, come si è detto sopra alla nota 22, dall'art. 51 della Carta ONU (cfr. U. VILLANI, *Riflessioni sul ruolo dell'ONU*, *op. loc. ult. cit.*). Sulla dottrina, ora espressa dal *Patriot*

atto, ma per prevenirne una, più o meno fondatamente, temuta: quale che sia il grado di probabilità che l'aggressione si realizzi e quali che possano essere gli elementi di prova da cui desumere la preparazione da parte dello Stato avversario dell'aggressione, è certo che l'intervento preventivo costituirebbe un mezzo di risoluzione di una controversia, come tale vietato dall'art. 11 [29].

Problema diverso è quello della partecipazione dell'Italia a spedizioni militari organizzate od autorizzate dalle Nazioni unite [30].

La qualificazione di tali iniziative non può naturalmente prescindere dalle ragioni per le quali il nostro Paese ha aderito a tale organizzazione, ragioni che lo stesso art. 11 rende trasparenti: l'abbandono dell'autotutela individuale come mezzo per sanzionare il presunto illecito dell'avversario e la creazione di un sistema di monopolizzazione della forza in capo all'ONU con connessa proceduralizzazione del suo uso [31].

Qui si intrecciano, veramente, le norme costituzionali e quelle della Carta ONU sul divieto della guerra: per le une e per le altre il divieto della guerra è basato sulla creazione di un'istituzione superiore che possa decidere, conformemente alle norme del suo Statuto, da tutti accettate, della guerra e della pace; che possa cioè infliggere sanzioni, economiche, politiche ed anche militari, agli Stati responsabili di aver violato l'ordine internazionale, e quindi sulla delegazione ad essa del potere di decisione; ma, mentre per le norme dell'ONU, oltre alla legittima difesa, l'unica guerra ammessa è quella volta alla restaurazione dell'ordine violato, per quelle della Costituzione italiana nemmeno in questo caso sarebbe possibile al nostro Paese muovere guerra: la ragione di questa limitazione sta evidentemente nel rilievo che il ripudio della guerra si coniuga con l'attribuzione all'istanza internazionale del potere di prevenire e reprimere le violazioni dell'ordine giuridico, di modo che lo Stato italiano rinunzia ad esercitare *uti singulus* poteri di autotutela internazionale diversi dalla legittima difesa.

In questo quadro l'applicazione delle norme della Carta ONU, che prevedono l'obbligo per i Paesi membri di prestare le loro truppe per azioni difensive degli Stati membri da aggressioni ovvero per iniziative di interposizione tra gruppi belligeranti, in tutti i casi in cui lo strumento diplomatico abbia fal-

---

Act, dell'intervento preventivo e sulla sua proiezione a disegnare un nuovo ordine internazionale v. ora C. PINELLI, *Grozio e la dottrina dell'intervento preventivo*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it.*

[29] Analogamente A. GIARDINA, *Commento all'art. 78*, cit., p. 103.

[30] Sulle quali v. A. CURTI GIALDINO, *Guerra (diritto internazionale)*, in *Enc. dir.*, 1970, pp. 849 ss., 886 ss.; U. VILLANI, *L'ONU e la crisi del Golfo*, Bari, 1995, p. 101 ss.; A. GIARDINA, *Diritto internazionale ed uso della forza*, cit., p. 23 s.

[31] M. DOGLIANI, *Il valore costituzionale della pace*, cit., p. 49.

lito, non potranno ritenersi in violazione dell'art. 11 della Costituzione: da un lato per il carattere non aggressivo dell'intervento, dall'altro perché esso, sebbene miri a risolvere una controversia internazionale, si svolge nell'ambito di un sistema di sicurezza collettiva al quale i membri dell'ONU prestano il loro braccio armato.

Insomma, in questi casi il ripudio della guerra si coniuga con le limitazioni di sovranità (nei confronti dell'ONU) in ragione delle quali il nostro Paese ripudia, appunto, la guerra (proceduralizzandola e attribuendone la decisione alla stessa ONU).

Ciò non vuol dire, naturalmente, che qualunque decisione del Consiglio di Sicurezza in materia debba essere assistita da una sorta di presunzione assoluta di conformità all'art. 11, ma è certamente questa l'unica strada possibile per interventi militari di ripristino della pace e di risoluzione di controversie internazionali, altrimenti vietati dalla norma costituzionale.

La qualificazione di siffatti interventi in termini di polizia internazionale [32] sembra allora più appropriata di quella di guerra, sia perché si tratta di uno scontro tra un'organizzazione internazionale e uno Stato, sia perché essi non sono, a differenza della guerra, diretti all'annientamento o alla *debellatio* dell'avversario, ma tendono a restaurare lo *status quo* e, con questo, l'ordine violato.

5. La guerra non consentita dalla Costituzione

Le considerazioni che precedono mirano dunque ad evidenziare che, fuori da azioni di polizia internazionale dirette dall'ONU e sotto la sua responsabilità, la Costituzione italiana non consente le cosiddette forme nuove di guerra condotte senza un mandato ONU, né in nome del diritto internazionale generale né tanto meno di un presunto diritto naturale all'autodifesa preventiva. Dimostrano altresì come sia inconfigurabile, fuori dai compiti dell'Organizzazione, un'azione di polizia internazionale condotta dagli Stati in supplenza dell'ONU [33].

---

[32] Sulle azioni dirette dall'ONU di *peace keeping*, di *peace enforcing* e di *peace building* v. A. GIARDINA, *Diritto internazionale e uso della forza*, cit., p. 21 s.

[33] Invero, a parte il divieto costituzionale, si è visto (*supra* par. 4 testo e nt. 22) come nemmeno l'art. 51 della Carta ONU consenta, fuori del ristretto campo della legittima difesa un'azione individuale di polizia internazionale e come l'intervento del Consiglio di sicurezza debba essere sollecitato dallo Stato che ha agito o presume di avere agito a titolo di legittima difesa. Ne consegue, a mio avviso, che la mancata sottoposizione del caso al Consiglio di sicu-

Del resto la formula costituzionale è così ampia nel ripudiare la guerra e nell'attribuire ad essa un radicale disvalore che devono ritenersi vietate tutte le iniziative di supporto o comunque strumentali a guerre condotte da altri, come ad esempio l'offerta di basi logistiche, di spazio aereo, ecc., per le imprese belliche altrui [34]. Tali iniziative, infatti, nella misura in cui concretano una collaborazione ad una guerra che la costituzione ripudia, determinerebbero un coinvolgimento dell'Italia in quelle imprese tale da estendere al nostro Paese la responsabilità internazionale e costituzionale di una guerra illecita.

A questa conclusione si perviene agevolmente utilizzando il suggerimento di G. Ferrari, secondo il quale la guerra che l'art. 11 ripudia avrebbe un significato autonomo rispetto all'espressione «stato di guerra» utilizzata dagli artt. 78 e 87: la prima avrebbe, infatti, riferimento alla guerra come fatto, comprensivo di ogni forma di violenza e di offesa alla libertà degli altri popoli, con un perimetro, dunque, assai più ampio dello stato di guerra, inteso come situazione giuridica oggetto di deliberazione parlamentare e della dichiarazione del Presidente della Repubblica [35].

6. La c.d. guerra giusta

Nell'ambito del dibattito dottrinale sul valore impeditivo della guerra nell'art. 11 della Costituzione ne è stata di recente tentata un'interpretazione 'sistematica', per la quale quel valore finirebbe con l'essere attenuato, se non addirittura sterilizzato, dal nuovo diritto internazionale generale (e quindi dalle nuove forme di guerra) in forza del richiamo nello stesso art. 11 delle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le nazioni e, nell'art. 10, primo comma, alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute [36].

---

rezza, perché se ne teme una mancata approvazione o un suo mancato intervento a causa del probabile o preannunciato esercizio del diritto di veto da parte di uno o più Membri permanenti, impedisce che quell'azione possa essere sussunta nella fattispecie dell'art. 51 e ne comporta inevitabilmente l'illiceità.

[34] Cfr, al riguardo, oltre all'opinione di G. Ferrari, *Guerra*, cit., ricordata *supra* alla nt. 16, G.U. Rescigno, *Riflessioni di un giurista sulla guerra e sulla pace*, in *Quad. cost.*, 1999, p. 376 ss.

[35] G. Ferrari, *Guerra (stato di)*, cit., p. 831. Cfr. *supra* nt. 16.

[36] Questa interpretazione è da ascrivere a G. De Vergottini in numerosi interventi sul tema, ora ripresi nel volume *Guerra e costituzione*, cit., p. 52 ss.

Altri prima di me hanno validamente confutato questa interpretazione, sulla base della mancata formazione di una consuetudine internazionale abrogativa o limitativa del divieto di guerra sancito dalla Carta ONU e quindi della tuttora permanente corrispondenza con l'art. 11 di quel divieto [37]. La stessa idea – sperimentata nel Kosovo – di guerra per fini umanitari mostra una sua sinistra contraddittorietà [38]. Come pure sinistramente contraddittoria è l'idea che l'adesione ad organizzazioni internazionali volte al perseguimento della pace e della giustizia possa rappresentare il cavallo di Troia per introdurre, nell'art. 11, un principio e un valore del tutto opposti al ripudio della guerra.

Ma è sul piano metodologico che quell'interpretazione è errata.

Infatti essa trascura, da un lato, che le limitazioni di sovranità che l'art. 11 autorizza sono soltanto quelle strumentali alle finalità racchiuse nella prima frase dell'art. 11 o che ne rappresentano attuazione e specificazione. Sicché non si vede come la stessa tutela dei diritti umani, frequentemente invocata per gli interventi umanitari, possa avvenire in forme e con strumenti che l'art. 11 ripudia.

Da un altro lato, quanto ai rapporti con l'art. 10, viene obliterato che questa è una norma sulla produzione, che consente l'ingresso nel nostro ordinamento di norme internazionali generalmente riconosciute, mentre l'art. 11 è norma sostantiva che non tollera in nessuna forma (probabilmente nemmeno con il procedimento di revisione) l'ingresso di norme con essa contrastanti [39]. In questa prospettiva, è appena il caso di aggiungere, nessun rilievo può avere il novellato art. 117, primo comma, Cost. [40], per il quale la potestà legislativa statale e regionale è ora vincolata al rispetto degli obblighi internazionali, essendo evidente che tali obblighi, in tanto potranno limitare il legislatore, in quanto siano conformi alle norme costituzionali [41].

---

[37] V. specificamente G. FERRARA, *Ripudio della guerra*, *rapporti internazionali dell'Italia e responsabilità del Presidente della Repubblica*, in *www.costituzionalismo.it*; M. DOGLIANI, *Il valore costituzionale della pace*, cit., p. 42 ss.; A. GIARDINA, *Diritto internazionale e uso della forza*, cit., p. 27 ss. ed ivi ulteriori riferimenti alla dottrina internazionalistica.

[38] All'intervento della NATO in Kosovo è dedicato il volume già cit. *Diritti umani e uso della forza*, a cura di M. DOGLIANI e S. SICARDI, che raccoglie gli atti di un seminario organizzato 'a caldo' dall'Associazione italiana dei costituzionalisti; ad esso possono aggiungersi gli scritti sul tema di P. PICONE e U. VILLANI, sopra citati.

[39] V. ONIDA, *Guerra*, *diritto*, *costituzione*, in *Il Mulino*, 1999, p. 958 ss.

[40] Pure richiamato da G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione*, cit., p. 57 s.

[41] Sul punto cfr. F. SORRENTINO, *I vincoli dell'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali*, Relazione al 50° Convegno di studi amministrativi di Varenna, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

Queste riflessioni aprono, conclusivamente, la strada al discorso continuamente riemergente, della guerra *giusta* [42].

È appena il caso di osservare che la qualificazione di giusta ad una guerra si pone – come ben ha sottolineato Dogliani [43] – su un piano diverso, se non alternativo, alla guerra legittima e mira a screditare, in nome di una «superiore» giustizia, le norme limitatrici della guerra.

Il giurista, però, ed in particolare il costituzionalista non deve scendere su questo terreno, non solo perché la storia insegna che la guerra giusta è quella della parte che consegue la vittoria, sì che abbracciare quella logica significa aderire alla legge del più forte, ma soprattutto perché l'adesione alla teoria della guerra giusta finirebbe con lo screditare le norme internazionali e costituzionali che, limitando la guerra, vogliono affermare il primato del diritto e l'eguaglianza dei soggetti, sottolineando e ribadendo che l'unica guerra giusta è quella *secundum ius* [44].

7. Conclusione

Nella difficile congiuntura nella quale versano oggi le relazioni internazionali, che vede il prepotente riemergere di uno *ius ad bellum*, che si riteneva definitivamente sepolto dalla Carta dell'ONU (e dalle corrispondenti norme costituzionali interne), il giurista è posto nell'alternativa tra un approccio iperrealistico, tendente a valorizzare il fatto come fonte di un nuovo assetto della Comunità internazionale, ed uno ipernormativistico, volto a denunciare come illecito tutto ciò che viola norme giuridiche.

L'autore di questo scritto ha seguito la seconda strada, non perché ignori o trascuri la forza normativa del fatto, ma perché reputa che, di fronte a fenomeni la cui carica eversiva delle norme internazionali sulla guerra e sulla pace non può essere trascurata, il giurista non debba rinunziare al suo compito più nobile: quello di denunciare l'illegalità e di riaffermare il primato del diritto sul fatto, degli uomini sulla violenza, dell'eguaglianza sul privilegio del più forte.

---

[42] Ripreso ora da G. De Vergottini, *op. ult. cit.*, p. 119 ss.

[43] *Il valore costituzionale della pace*, cit., p. 46 ss.

[44] Analogamente M. Dogliani, *op. ult. cit.*, p. 47, dove afferma, richiamando H. Kelsen, che «l'unico criterio non soggettivo è quello che identifica la giustizia con la legalità; o meglio: quello che rifiuta di contrapporre alla validità delle norme vigenti la ritenuta superiore validità di determinati criteri di giustizia».

La costituzione italiana, con il ripudio della guerra, con la previsione dell'intervento parlamentare per la sua autorizzazione nell'unico caso in cui essa è consentita, rappresenta un modello al quale non si può e non si deve rinunziare, per i valori morali e politici che quelle norme racchiudono, anche a rischio di apparire giuristi ingenui ed utopisti, incapaci di leggere, negli avvenimenti di cui si è spettatori, il reale fluire del corso della storia.

II

I FATTI

Giustizia sportiva e giustizia statale

Qualche riflessione sulla legittimità costituzionale della legge 17 ottobre 2003, n. 280

di *Andrea Bonomi*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La legge n. 280 del 2003: aspetti formali. – 3. I profili di costituzionalità: la violazione dell'art. 24 e dei diritti fondamentali della Costituzione. – 4. *Segue*: la «terzietà» dei collegi arbitrali. – 5. *Segue*: il rapporto con l'art. 103, primo comma e l'art. 3 della Costituzione. – 6. *Segue*: il carattere retroattivo della legge. – 7. Il possibile intervento del Giudice costituzionale? L'ammissibilità di un conflitto fra poteri.

1. Premessa

Se per sport si intende la pratica di «attività nelle quali individui competono sul piano fisico con altri individui in pubbliche gare, sulla base di regolamenti e procedimenti stabiliti, con lo scopo immediato di ottenere il primato in tali gare in base ai criteri che ne determinano la vittoria» [1], allora il fenomeno sportivo è nato nell'antica Grecia [2]. Già nel mondo greco [3], infatti, è

[1] M.B. POLIAKOFF, *Combat Sports in the Ancient World*, New Haven-London, 1987, p. 7.

[2] Sul punto si veda per tutti D. SANSONE, *Greek Athletics and the Genesis of Sport*, Berkeley, 1988. Basti pensare, del resto, alla prima opera della letteratura greca a noi conservata, l'*Iliade*, nel cui ventitreesimo libro Omero, da vero e proprio cronista sportivo, ci racconta dettagliatamente i giochi organizzati da Achille per onorare la morte di Patroclo, avvenuta per mano di Ettore in combattimento individuale sotto le porte di Troia.

[3] Le civiltà anteriori ai Greci – basti pensare ai Sumeri in Mesopotamia o agli Ittiti in quella zona geografica che è l'odierna Turchia – conobbero il fenomeno sportivo, ma in molti casi le manifestazioni atletiche, quali, per esempio, quelle che si svolgevano presso gli Egizi, avevano come esito prestabilito la vittoria del re, mentre, d'altro canto, neanche le *Schützenfeste* e i *Ritterturniere* medievali assursero mai a manifestazioni sportive di massa. Sul punto comunque J. EBERT (a cura di), *Olympia von den Anfängen bis zu Coubertin*, Leipzig, 1980, pp. 131-132.

possibile riscontrare la presenza di quegli elementi fondamentali che danno vita ad un ordinamento giuridico: un elevato numero di individui che, partecipando a competizioni agonistiche, si sentiva legato dall'osservanza di un nucleo di regole, cui attribuiva efficacia vincolante; un corpo di norme ferree e minuziose, appunto, che regolava lo svolgimento dei singoli giochi e a cui gli atleti erano sottoposti; un'organizzazione certamente ancora primitiva, ma già sufficientemente istituzionalizzata, in modo da esercitare sugli atleti stessi «un potere (autorità), che limita, in nome dell'interesse comune del gruppo, le libertà di ciascun soggetto»[4]. Certo, nel mondo ellenico i Giochi erano una festa religiosa e, poiché l'antichità non conobbe la concezione moderna di separazione della sfera religiosa da quella statale, essi consistevano in attività pubbliche ufficiali, come tali controllate e organizzate direttamente dal governo dello Stato[5]. L'ordinamento sportivo in epoca post-coubertiana, invece, ha rivendicato con forza la propria autonomia, intesa come libertà di governare il proprio settore, di stabilire le regole che devono presiedere allo svolgimento delle varie pratiche sportive e di risolvere al suo interno le con-

---

[4] Così si esprimeva, prendendo spunto dalla teoria «istituzionistica» del diritto fatta propria già da Santi Romano, M.S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. dir. sport.*, 1949, I, p. 13, ma poi anche ID., *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Atti del XIV convegno internazionale di sociologia*, Roma, 1950. Cfr. I. MARANI TORO e A. MARANI TORO, *Gli ordinamenti sportivi*, Milano, 1977, p. 446 ss., ma già W. CESARINI SFORZA, *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, in *Foro it.*, 1933, I, c. 1384 ss., A. BARBARITO MARANI TORO, *Lineamenti del sistema dei giochi sportivi e degli ordinamenti sportivi*, in *Riv. dir. sport.*, 1969, spec. pp. 93-95. SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1937, III ed., p. 25 ss. sosteneva che ogni ordinamento giuridico è istituzione e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico: «istituzione» sarebbe dovuta essere intesa ogni ente o corpo sociale permanente e per sé stante, giuridicamente organizzato. Dunque il diritto, proseguiva Santi Romano, nasce nel momento nel quale il gruppo sociale diviene gruppo organizzato, cioè si istituzionalizza creando una organizzazione e attraverso questa diventa un ordinamento giuridico. Non troppo diverso è poi lo sbocco cui perviene la teoria «normativistica» e in particolare quella *kelseniana*, che nel definire l'ordinamento giuridico pone l'accento sulla norma, sulla regola giuridica, perché non può, in realtà, esistere un sistema normativo indipendentemente da una istituzione, cioè da un insieme organizzato di soggetti che pone le norme. In questo senso, allora, si può concludere che un ordinamento giuridico, per esistere, necessita della compresenza perlomeno dei seguenti elementi: una pluralità di soggetti, una normazione e infine un'organizzazione. Sul punto cfr. N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in *Amministr.*, 1975, p. 447 ss.

[5] Cfr. M.I. FINLEY e H.W. PLEKET, *I Giochi Olimpici*, Roma, 1980, pp. 26 ss. e 64 ss. Che le Olimpiadi antiche fossero cerimonie religiose in senso stretto è dimostrato non solo dal fatto che una buona parte dei cinque giorni in cui esse si svolgevano era dedicata al culto degli Dei, al sacrificio di cento buoi sul grande altare di Zeus, alle offerte di ringraziamento, alle preghiere dei singoli atleti, ma anche dalla circostanza non casuale che, allorquando l'Impero divenne cristiano, gli Imperatori trovarono intollerabili i Giochi e li soppressero (si pensi all'editto di Teodosio con cui nel 392 d.C. furono proibite le manifestazioni legate all'antico paganesimo).

troversie che possono nascere fra gli affiliati o fra affiliati e Federazioni a seguito della loro applicazione. Gli ordinamenti giuridici statali, poi, partendo dal presupposto che «solo nell'equilibrio delle autonomie è la forza di uno Stato che funziona» [6], hanno applicato nei confronti del fenomeno «sport» il principio di sussidiarietà [7], riconoscendo così l'autonomia dell'ordinamento sportivo [8].

È opinione comune, tuttavia, che quest'ultimo, come ha dimostrato la famosa sentenza *Bosman* della Corte di Lussemburgo del 1995 [9], non possa essere considerato come una sorta di *hortus conclusus* immune da qualsiasi ingerenza esterna. Il punto cruciale è stabilire sotto quali profili e con quale incisività gli apparati statali, e più in particolare i giudici, possano interferire nell'ambito sportivo e dunque operare un controllo sulle decisioni adottate dagli organi di «giustizia sportiva» al fine di tutelare il singolo tesserato o la società sportiva. Negli ultimi decenni questo problema si è manifestato nella sua urgenza pressoché in tutti gli Stati europei [10], tanto che, nel caso specifi-

---

[6] A. MANZELLA, *La giustizia sportiva nel pluralismo delle autonomie*, in *Riv. dir. sport.*, 1993, p. 5.

[7] Sul principio di sussidiarietà applicato al «tessuto pluralistico della società» cfr. da ultimo A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Padova, 2003, p. 28 ss., mentre per la dottrina straniera rimando a P. HÄBERLE, *Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre*, in G. BATLINER e A. RIKLIN, *Subsidiarität. Ein interdisziplinäres Symposium*, Baden Baden, 1994, p. 267 ss.

[8] Anche quando gli Stati, mutando quell'atteggiamento iniziale di totale disinteresse nei confronti dello sport, ne hanno preso coscienza e hanno istituito enti pubblici, come il CONI in Italia, che organizzassero e potenziassero lo sport nazionale, non hanno mai disconosciuto quell'autonomia. A giudizio di A. QUARANTA, *Rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. sport.*, 1979, p. 29 ss., trattasi della seconda fase dei rapporti fra stato e sport, collocabile intorno alla prima metà del XX secolo.

[9] Corte giust., sent. 15 dicembre 1995, in causa C-415-93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL c. Bosman*, in *Riv. dir. sport.*, 1996, p. 541 ss. In tale decisione sono entrati in conflitto l'art. 48 del Trattato CE sulla libertà di circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità e alcune norme emanate dalle Federazioni sportive che stabilivano, ad esempio, che le società calcistiche avrebbero potuto schierare un certo numero soltanto di calciatori professionisti cittadini di altri Stati membri.

[10] Basti pensare alle sentenze emesse in Spagna dal Tribunale di prima istanza di Barcellona il 18 novembre 1991 nonché dalla Corte d'Appello provinciale di Barcellona il 23 marzo 1992 con riferimento al caso *Smith c. Asociación de Clubs de Baloncesto* – reperibili in *Riv. dir. sport.*, 1992, p. 392 ss. –, in cui i giudici spagnoli hanno chiarito che le disposizioni emanate dalle leghe o dalle associazioni sportive, pur avendo carattere privatistico, non possono restare fuori dall'ambito di applicazione delle norme costituzionali o ordinarie, cosicché la preventiva conoscenza e la volontaria sottomissione alle norme dell'ordinamento sportivo, derivanti dall'affiliazione ad una società sportiva, non implicano che gli atleti debbano subire un affievolimento o limitazioni dei propri diritti fondamentali, quale è certamente quello derivante dal principio di uguaglianza.

co dell'ordinamento italiano, la giurisprudenza è stata più volte chiamata ad intervenire per dirimere conflitti di varia natura sorti all'interno dell'ordinamento sportivo. Recentemente, poi, la situazione si è complicata nel momento in cui gli organi federali, in relazione alla vicenda che ha visto coinvolte la società sportiva Catania Calcio e la Federazione Italiana Gioco Calcio [11], si sono rifiutati di ottemperare a quanto disposto dal TAR periferico di Catania prima e in seguito dal Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, il che ha dato modo al Governo nazionale di intervenire.

2. La legge n. 280 del 2003: aspetti formali

Il Governo, dunque, dando seguito alle richieste e alle pressioni provenienti anche da larghi strati dell'opinione pubblica, ha deciso di intervenire per porre fine alla situazione di estrema incertezza in cui nella fattispecie concreta era venuto a trovarsi il mondo del calcio e ha approvato un decreto-legge recante «disposizioni urgenti in materia di giustizia sportiva» – cosiddetto «decreto salvacalcio» [12] –, sulla cui legittimità costituzionale, tuttavia, fin da subito e in più punti si è dubitato.

Procedendo comunque con ordine, gli aspetti più rilevanti e al contempo più problematici della disciplina legislativa sono i seguenti: viene posta innan-

---

[11] La società Catania calcio, militante nel campionato nazionale di calcio (Serie B), contestò dinanzi agli organi di giustizia sportiva della F.I.G.C. la regolarità della partita di calcio Siena – Catania disputata il 12 aprile 2003, in quanto il Siena – a suo dire – aveva schierato un giocatore all'epoca squalificato e che dunque non avrebbe potuto giocare. La Commissione di appello federale (Caf) accolse il ricorso presentato dalla squadra siciliana – ricorso respinto invece dal giudice sportivo di primo grado – e, comminando la sanzione della perdita «a tavolino» della gara al Siena, di fatto sancì il diritto del Catania a non retrocedere in serie C/1, poiché il riconoscimento di tre punti in più nella classifica del campionato di calcio di serie B 2002/2003 in cui aveva militato comportava una differente collocazione del Catania stesso nella classifica finale. La decisione della Caf venne impugnata da alcune società militanti nello stesso campionato di serie B, le quali si vedevano pregiudicate dall'attribuzione di quei tre punti al Catania, dinanzi alla Corte federale, pur non avendo quest'ultima, in base alle previsioni statutarie, il potere di cassare le decisioni degli organi di giustizia sportiva. Di fronte all'accoglimento della Corte federale di tale ricorso e al conseguente annullamento di fatto della precedente decisione della Caf, il Catania propose dunque ricorso al TAR periferico di Catania che le diede ragione e dunque sospese interinalmente la suddetta decisione della Corte federale con l'ord. 6 giugno 2003, n. 958, ordinanza poi confermata anche in appello dal Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana con l'ord. 26 giugno 2003, n. 300.

[12] Si tratta del D.L. 19 agosto 2003, n. 220, rep. in *Guida al dir.* 6 settembre 2003, n. 34, p. 132 ss.

zitutto una vera e propria riserva di giurisdizione sportiva [13] in tutta una serie di materie che comprende il «corretto svolgimento delle attività sportive ed agonistiche», «i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive», «l'ammissione e l'affiliazione alle federazioni di società, di associazioni sportive e di singoli tesserati» e infine «l'organizzazione e lo svolgimento delle attività agonistiche non programmate ed a programma illimitato e l'ammissione alle stesse delle squadre ed atleti» [14]. Quanto ai rapporti fra giurisdizione sportiva e giurisdizione statale nelle materie non riservate dal decreto alla giurisdizione esclusiva sportiva, viene stabilito che soltanto dopo che siano stati esauriti tutti i gradi della giustizia sportiva le questioni potranno essere sollevate dinanzi al giudice ordinario, se si tratta di rapporti patrimoniali fra società, associazioni ed atleti, o al Tribunale amministrativo regionale con sede in Roma [15], se si tratta, invece, di qualsiasi altra controversia che abbia ad oggetto atti del CONI o delle Federazioni sportive. La giurisdizione statale può tuttavia essere esclusa, nelle materie non riservate alla tutela degli organi di giustizia sportiva, in presenza di specifiche previsioni contenute nelle clausole compromissorie previste dagli statuti e dai regolamenti del CONI e delle Federazioni nonché dai contratti stipulati dagli sportivi professionisti; la forza di dette clausole viene pertanto sancita a livello legislativo. Assai rilevante è poi la disposizione secondo cui la nuova disciplina si applica anche ai processi in corso e l'efficacia delle misure cautelari emanate da tribunali diversi dal TAR con sede in Roma è sospesa fino alla loro conferma, modifica o revoca da parte di quest'ultimo [16].

Il disegno di legge (n. 4268) di conversione in legge del D.L. n. 220 del 2003, presentato alla Camera dei Deputati il 20 agosto 2003, è stato discusso ed approvato con alcune significative modifiche ed aggiunte introdotte dal Parlamento.

In effetti, la legge 17 ottobre 2003, n. 280 – al di là di alcune correzioni di minore rilievo [17] – ha innanzitutto provveduto a restringere l'area delle mate-

---

[13] L'espressione utilizzata dal legislatore è quella secondo cui le società, le associazioni, gli affiliati e i tesserati «hanno l'onere di adire … gli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo» (art. 2, secondo comma).

[14] Trattasi rispettivamente delle lettere *a*), *b*), *c*) e *d*) dell'art. 2, primo comma.

[15] Competente in via esclusiva in primo grado e chiamato ad operare sulla base di modalità accelerate di definizione del giudizio.

[16] … a seguito di ricorso o istanza che le parti interessate possono riproporre entro il termine di quindici giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto-legge.

[17] Tra le correzioni – che si rendevano necessarie posto che il decreto-legge in esame presentava alcuni profili problematici soprattutto in riferimento alla chiarezza e alla proprietà

rie riservate agli organi di giustizia sportiva, così sottraendo alla loro esclusiva competenza settori estremamente delicati [18]. A questo proposito, deve essere ricordato che l'espressione «giustizia sportiva» indica – sulla base di quanto stabilito dalle previsioni contenute nelle Carte federali – il sistema di tutela predisposto dalle disposizioni emanate dalle Federazioni al fine di dirimere i contrasti di varia natura che possono insorgere fra gli affiliati o tra affiliati e Federazioni stesse. Ora, il fondamento di tale sistema è costituito dal cosiddetto «vincolo di giustizia sportiva» [19], che impone alle società e ai tesserati di accettare e di rispettare le norme e i provvedimenti federali e, quel che più conta, di adire esclusivamente gli organi preposti dalla federazione per risolvere le controversie nascenti dall'attività sportiva e di ricorrere unicamente alle procedure previste nel sistema federale, con esclusione, dunque, salvo specifica autorizzazione [20], del ricorso all'autorità giudiziaria statale [21].

---

nella formulazione del testo – giova ricordare quelle riguardanti l'art. 1, secondo comma, laddove il Governo si era «dimenticato» di indicare l'ordinamento statale a fianco di quello sportivo e dunque le parole «tra gli ordinamenti di cui al primo comma» sono state sostituite dalle parole «tra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento della Repubblica» e inoltre si elimina la parola «effettiva» che avrebbe potuto ingenerare qualche dubbio; l'art. 3, quarto comma, laddove il riferimento al tribunale amministrativo regionale del Lazio si mostrava eccessivamente generico perché quest'ultimo comprende una sede in Roma ed una sezione distaccata a Latina e dunque sono state inserite le parole «con sede in Roma»; l'art. 3, quinto comma – secondo cui, al fine di assicurare il regolare inizio dei campionati di calcio, il CONI può adottare, su proposta della Federazione competente, i necessari provvedimenti di carattere straordinario transitori, anche in deroga alle vigenti disposizioni dell'ordinamento sportivo – viene infine soppresso durante l'esame in Commissione, ritenendo che si trattasse di una disposizione che aveva ormai dispiegato i propri effetti, anche se l'art. 1, secondo comma del disegno di legge di conversione specifica, con una disposizione di sanatoria, che restano comunque salvi gli effetti già prodottisi fino alla data di entrata in vigore della legge di conversione.

[18] In altri termini, la legge ha soppresso le lettere c) e d) del decreto legge; viene poi anche riformulata la lettera a), il cui contenuto è ora «l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive».

[19] Premettendo che tale vincolo si atteggia anche diversamente nelle varie Carte Federali, si può far riferimento, per esempio, all'art. 27 dello Statuto della FIGC (Federazione italiana gioco calcio), all'art. 60 dello Statuto della FIT (Federazione italiana tennis), all'art. 29 dello Statuto della Federazione italiana nuoto, all'art. 40 dello Statuto della FIP (Federazione italiana pallacanestro).

[20] … fatte salve «motivate deroghe concesse dal Consiglio Federale per gravi ragioni di opportunità …»: così si esprime l'art. 27, secondo comma dello Statuto FIGC, ma anche, per esempio, l'art. 40, ottavo comma dello Statuto FIP.

[21] L'eventuale ricorso alla giustizia statale in spregio del vincolo determina, per usare le parole dell'art. 27, secondo comma dello Statuto FIGC, «sanzioni disciplinari sino alla revoca dell'affiliazione, per le società e le associazioni, e della radiazione per le persone fisiche». L'inserimento del «vincolo di giustizia sportiva» negli statuti delle singole federazioni nazionali viene peraltro imposto dallo stesso Statuto della FIFA (*Fédération Internationale de Foot-*

Ad essere rigorosi, si dovrebbe distinguere dal vincolo di giustizia la cosiddetta «clausola compromissoria», con cui gli affiliati si impegnano a deferire ad appositi collegi arbitrali i dissensi sorti fra di loro o con la Federazione, anche se, come è stato precisato [22], la clausola compromissoria «può "coprire" sia materie interessate dal vincolo di giustizia sia controversie relative a materie ad esso sottratte. Nel primo caso la clausola compromissoria rappresenta uno strumento di individuazione di una forma attraverso la quale la giustizia federale si esercita; nel secondo caso [essa] costituisce un mezzo di deferimento ad arbitrato di specifiche controversie, integrando la competenza degli organi di giustizia sportiva e sottraendo alla cognizione dei giudici ordinari l'area da essa delimitata».

Ritornando alla legge n. 280 del 2003, non c'è dubbio che, in conseguenza del dibattito che si è svolto nelle Commissioni Cultura e Giustizia, la nuova formulazione dell'art. 2 sia stata mossa dalla finalità di limitare le materie di competenza esclusiva della giustizia sportiva soltanto a quelle di «rigoroso interesse tecnico-sportivo» [23], ossia sostanzialmente al corretto svolgimento delle gare e alle sanzioni disciplinari; l'intento è stato quello di impedire che atti degli organi federali che costituiscono esplicazione di potestà pubbliche di controllo, come nel caso dell'ammissione alle Federazioni e alle attività agonistiche da esse organizzate, potessero risultare sottratti alla giustizia statale.

Inoltre, all'art. 2 è stata apportata una aggiunta non irrilevante con l'introduzione del nuovo comma 2-*bis*, il quale, in materia di scommesse e di concorsi pronostici relativi al calcio, esclude dalle scommesse e dal totocalcio le

---

ball Association), il cui art. 61, terzo comma stabilisce appunto che «*… the Associations shall insert a clause in their statutes stipulating that their clubs and members are prohibited from taking a dispute to ordinary courts of law …*». Come è noto, ai principi posti in seno all'ordinamento sportivo internazionale le «articolazioni nazionali» sportive devono conformarsi, pena l'esclusione dalle competizioni mondiali, tanto che in dottrina si è potuto parlare di una vera e propria *hierarchy* o *pyramid of authority* esistente fra federazioni internazionali e federazioni nazionali (così si è espresso J. NAFZIGER, *International Sports law: A Replay of Characteristics and Trends*, in *American Journ. of Int. Law* 1992, pp. 492-493). Sul punto cfr. anche l'art. 2, primo comma e l'art. 15, primo comma del D.Lgs. 23 luglio 1999, n. 242 sul «Riordino del Comitato olimpico nazionale italiano - CONI».

[22] L. FUMAGALLI, *La risoluzione delle controversie sportive: metodi giurisdizionali, arbitrali ed alternativi di composizione*, in *Riv. dir. sport.*, 1999, n. 2-3, p. 250. Sul punto cfr. anche C. PERSICHELLI, *Le materie arbitrabili all'interno delle competenze della giurisdizione sportiva*, in *Riv. dir. sport.*, 1996, p. 705 ss. e, da ultimo, M. SANINO, *Diritto sportivo*, Padova, 2002, pp. 463-464.

[23] Così nel suo intervento alla Camera – rep. in *www.camera.it* – il sottosegretario di Stato per i beni e le attività culturali Mario Pescante, il quale afferma che il raggio di applicazione dell'art. 2 è stato ridotto per evitare che potesse sembrare una sorta di «paniere dove vi erano diritti soggettivi, interessi legittimi e così via».

società calcistiche che siano di proprietà di una persona fisica o giuridica «che detenga una partecipazione di controllo in altra società calcistica» [24]. L'emendamento è stato inserito al fine di evitare che, in una situazione, quale quella attuale, in cui è sempre più frequente che il proprietario di una società sportiva ne acquisti un'altra, si determinino «nuove e gravissime circostanze di contenzioso, come succederebbe qualora il risultato di una partita cui partecipano queste squadre in potenziale conflitto di interessi fosse contestato ed eventualmente invalidato» [25].

Ora, è noto che la posizione della dottrina di gran lunga maggioritaria è nel senso di ammettere l'emendabilità dei decreti-legge, cioè la possibilità che in sede di conversione siano apportate aggiunte o modifiche anche sostanziali finalizzate alla correzione e/o al perfezionamento del contenuto del provvedimento governativo. Tuttavia, atteso il collegamento funzionale-strutturale fra la disciplina adottata dal governo e la legge di conversione [26], quest'ultima non può costituire l'occasione per «far salire sul treno rapido dei decreti-legge … tanti piccoli vagoni con la più svariata mercanzia» [27], ossia per inserire norme del tutto nuove ed estranee per materia al testo normativo o che

---

[24] Il comma 2-*bis* è stato introdotto con un emendamento presentato dal gruppo parlamentare della Lega Nord (em. Giorgetti) nel corso dell'esame presso le Commissioni riunite Giustizia e Cultura – si veda in tal senso l'intervento del deputato Bianchi Clerici, rep. in *www.camera.it* – e recita così: «Ai fini di cui al primo comma, lett. *a*), e allo scopo di evitare l'insorgere di contenzioso sull'ordinato e regolare andamento delle competizioni sportive, sono escluse dalle scommesse e dai concorsi pronostici connessi al campionato italiano di calcio le società calcistiche, di cui all'art. 10 della legge 23 marzo 1981, n. 91, che siano controllate, anche per interposta persona, da una persona fisica o giuridica che detenga una partecipazione di controllo in altra società calcistica. Ai fini di cui al presente comma, il controllo sussiste nei casi previsti dall'art. 2359, primo e secondo comma, del codice civile».

[25] Così nel dibattito alla Camera l'intervento del relatore per la Commissione Cultura Paolo Santulli, rep. in *www.camera.it*.

[26] Sul punto A. Ruggeri, *Fonti*, *norme*, *criteri ordinatori*, Torino, 2001, p. 164 ss., V. Angiolini, *Attività legislativa del governo e giustizia costituzionale*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, p. 237 ss. Cfr. anche G. Silvestri, *Sulla conversione in legge dei decreti iterati e reiterati*, in *I decreti-legge non convertiti – Atti del Seminario svoltosi in Roma*, *Palazzo della Consulta*, *nel giorno 11 novembre 1994*, Milano, 1996, il quale parla del contenuto normativo come del ««midollo» unificatore delle due fasi fondamentali del procedimento che dall'atto provvisorio e urgente porta alla disciplina legislativa stabile» (p. 162). Più in generale sul rapporto fra decreto-legge e legge di conversione cfr. da ultimo A. Simoncini, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sent. n. 360 del 1996 della Corte costituzionale*, Milano, 2003, p. 54 ss.

[27] La nota espressione è dovuta a A. Manzella, *Il Parlamento*, Bologna, 1991, p. 272. Sul decreto-legge da convertire come «pretesto per riprendere in esame sia la materia che quel provvedimento ha regolato sia le materie connesse o comunque circostanti» già L. Paladin, *sub art. 77*, in *Comm. della Cost.*, a cura di Branca, Roma-Bari, 1979, p. 77.

presentino «un'attinenza soltanto indiretta alle disposizioni dell'atto originario» [28]. Non a caso, se da un lato l'art. 15, terzo comma della legge n. 400 del 1988 dispone che il contenuto del decreto-legge «deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo», dall'altro lato l'art. 96-*bis*, settimo comma del Regolamento della Camera attribuisce al Presidente d'Assemblea il potere di dichiarare «inammissibili gli emendamenti e gli articoli aggiuntivi che non siano strettamente attinenti alla materia del decreto legge» [29]. È stato, anzi, sostenuto che tale disposizione regolamentare costituisce una diretta esplicitazione del dettato costituzionale e che non sarebbe da escludere un intervento della Corte costituzionale volto a verificare il rispetto del limite dell'omogeneità degli emendamenti aggiunti in sede parlamentare [30]. D'al-

---

[28] Così il testo del messaggio alle Camere da parte del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi del 29 marzo 2002, con cui veniva disposto il rinvio della legge di conversione del D.L. 25 gennaio 2002, n. 4, recante «Disposizioni urgenti finalizzate a superare lo stato di crisi per il settore zootecnico, per la pesca e per l'agricoltura», rep. in *Rass. parl.*, 2002, pp. 809-810. Nel caso in esame, il Capo dello Stato sembra propendere per una configurazione della legge di conversione fortemente legata al decreto-legge, dovendo gli emendamenti essere non solo omogenei per contenuto al decreto stesso, ma anche sorretti dai requisiti di straordinaria necessità ed urgenza di cui all'art. 77 Cost. Su quest'ultimo profilo si veda in senso critico A. SIMONCINI, *Una nuova stagione per i controlli sulla decretazione d'urgenza?*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 614; A. CELOTTO, *Un rinvio rigoroso ma … laconico. Linee-guida per una riflessione*, in *Rass. parl.*, 2002, p. 817 ss.

[29] Quanto al Regolamento del Senato, si veda il divieto, sia pure più generale, predisposto dall'art. 97, primo comma. Ora, anche a ritenere che l'espressione «stretta attinenza alla materia» non debba essere intesa come «identità di rapporti ed istituti» disciplinati dalla normativa di fonte governativa e da quella di provenienza parlamentare, non c'è dubbio che la fonte parlamentare si rifaccia comunque al concetto di omogeneità in senso oggettivo. Sulla funzione dell'art. 96-*bis*, settimo comma del Reg. della Camera, cfr. V. LIPPOLIS, *Il procedimento legislativo*, in T. MARTINES, C. DE CARO, V. LIPPOLIS e R. MORETTI, *Diritto parlamentare*, Rimini, 1992, p. 400 ss.; R. PAGANO, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Milano, 2001, p. 107. Sull'«omogeneità materiale dell'atto» e sul conseguente «divieto di norme intruse» si veda anche l'art. 49 del Manuale intitolato «Regole e suggerimenti per la redazione dei testi legislativi», predisposto dall'Osservatorio legislativo interregionale, rep. in C. BIAGIOLI, P. MERCATALI e G. SARTOR, *Elementi di legimatica*, Padova, 1993, p. 75 ss.

[30] Su questa linea si pone sia il messaggio che accompagna il citato rinvio del Capo dello Stato Ciampi, laddove viene affermato che l'aggiunta in sede di conversione di disposizioni con attinenza solo indiretta al decreto originario determina «uno stravolgimento dell'istituto del decreto-legge non conforme al principio consacrato nel ricordato art. 77 Cost.», sia la Corte costituzionale nella sent. n. 376 del 2001, in *Giur. cost.*, 2001, p. 3735 ss., sentenza che sembra porsi, tuttavia, in controtendenza rispetto alla precedente giurisprudenza – cfr., per esempio, la sent. n. 391 del 1995, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3824 ss. –. In dottrina si esprimono in tal senso A. CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, Milano, 2000, p. 120 ss.; G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto legge*, Padova, 1989, p. 195: questi autori ammettono comunque che è difficilmente configurabile sul piano pratico un sindacato da parte della Consulta, attesa la difficoltà di individuare criteri sicuri di delimitazione dell'oggetto del decreto.

tronde, anche a ritenere, come pare preferibile, che si debba dubitare dell'illegittimità costituzionale delle modifiche aggiuntive estranee in considerazione dell'inidoneità parametrica delle norme dei regolamenti parlamentari nei giudizi di legittimità costituzionale [31], non c'è dubbio che dapprima il Presidente della Camera, nell'esercizio del potere di «filtro» sull'ammissibilità degli emendamenti, quindi il Capo dello Stato, in sede di promulgazione, debbano porsi come garanti della predetta omogeneità.

Ciò detto, proprio sotto il profilo del rispetto del *drafting* formale [32], rimangono profondi interrogativi in ordine alla attinenza del comma 2-*bis* – il quale esclude, come si è detto, dalle scommesse e dal totocalcio le squadre controllate da un medesimo proprietario – con il contenuto del testo normativo – il quale reca, invece, «disposizioni urgenti in materia di giustizia sportiva» – [33].

Non solo, ma la disposizione è poco chiara anche sotto un altro profilo, in quanto non specifica affatto se l'esclusione riguardi solo le società di calcio che militano nello stesso campionato – nel qual caso si tratterebbe di attribuire «forza di legge» ad un principio che comunque è già posto nelle Carte federali [34] – oppure se si estenda anche alle squadre che partecipano a cam-

---

[31] Così P. CARNEVALE, *Mancata promulgazione di legge di conversione e rinvio alle Camere: il caso del messaggio presidenziale del 29 marzo 2002*, in *Rass. parl.*, 2003/2, p. 415 ss. Cfr. A. CELOTTO, *L'"abuso" del decreto-legge*, Padova, 1997, p. 464. Sul punto distingue i casi in cui i decreti-legge sono adottati in assenza dei presupposti costituzionali e le ipotesi nelle quali tali presupposti esistono G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003, pp. 379-380, nota 124.

[32] Con riferimento al *drafting* formale V. DI CIOLO, *La progettazione legislativa in Italia*, Milano, 2002, p. 117 ss., ma anche C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, spec. pp. 533 ss., 654 ss. e 673 ss.; A. PIZZORUSSO, *Qualità della legislazione e sistema delle fonti*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, p. 40 ss.; T.E. FROSINI, *Il drafting legislativo in Italia ed altrove*, in *Studi parlam. e di pol. cost.*, 2000, p. 7 ss., e con specifico riferimento all'attenzione dedicata dalla Corte costituzionale alle modalità di redazione del testo legislativo e in particolare alle sentenze n. 312 del 1996 e n. 53 del 1997 cfr. G.M. SALERNO, *La tecnica legislativa e la chiarezza normativa nella giurisprudenza costituzionale più recente*, in *Rass. parl.*, 1997-4, p. 1034 ss.

[33] Né tali interrogativi perderebbero forza se anche l'omogeneità venisse intesa in senso teleologico, cioè fondata sul vincolo finalistico che lega gli emendamenti – pur afferenti ad ambiti oggettivamente differenti – alla disciplina contenuta nel testo originario del decreto. Sull'omogeneità intesa come «coerenza di fini» cfr. il parere reso il 19 marzo 2002 dal Comitato per la legislazione, secondo cui gli emendamenti apportati al D.L. n. 4 del 2002 sarebbero dovuti essere assolti in quanto finalizzati «a superare lo stato di crisi di diversi comparti del settore agricolo», rep. in *www.camera.it*. Sul parere reso dal Comitato N. MACCABIANI, *La mancata conversione di un decreto-legge per effetto del rinvio presidenziale*, rep. nel *Forum di Quad. cost*.

[34] Ad esempio, l'art. 16-*bis*, primo comma delle «Norme organizzative interne della

pionati diversi – ma tale interpretazione non appare preferibile se non altro perché è difficile prefigurare, se non in casi del tutto eccezionali, conflitti di interesse fra compagini che non disputano lo stesso campionato –.

Alcune scelte terminologiche operate dal legislatore, poi, non possono non essere sottoposte al vaglio della critica, con particolare riferimento all'*incipit* dell'art. 1 – secondo cui «la Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale …» –, il quale non pare voler tenere in nessuna considerazione le modifiche operate al Titolo V della Costituzione dalla legge costituzionale n. 3 del 2001. Il nuovo art. 114, primo comma, Cost., infatti, statuendo che la Repubblica è costituita da una serie di enti, dei quali solo lo Stato e le Regioni sono titolari di potestà legislativa, sembra far propria la teoria tedesca del «triplo livello» [35] e dunque prospettare «una configurazione dello Stato e delle regioni come altrettanti "ordinamenti parziali" rispetto all'"ordinamento generale" della repubblica» [36]. In questo senso, in un sistema in cui sia la potestà legislativa statale sia quella regionale sono sottoposte *ex* art. 117, primo comma, Cost. agli stessi limiti e che dunque non è più dominato dal principio di supremazia dello Stato, appare poco comprensibile come il legislatore statale possa «identificarsi» con la Repub-

---

FIGC» prevede che «… È tassativamente vietato detenere partecipazioni a nome proprio od anche per interposte persone fisiche e/o giuridiche, in più di una società di capitali esercente attività calcistica a livello professionistico che militi nello stesso campionato».

[35] La teoria del «triplo livello», cioè stati membri, stato centrale (*Gesamtstaat*) e stato superiore (*Oberstaat*), fu teorizzata più di un secolo addietro da A. HAENEL, *Studien zum Deutschen Staatsrecht*, I, Leipzig, 1873, p. 63 ss. e poi ripresa anche da H. KELSEN, *L'esecuzione federale. Contributo alla teoria e alla prassi dello Stato federale, con particolare riguardo alla Costituzione del Reich tedesco*, in ID., *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, secondo cui «sulla base di una *costituzione totale* (*Gesamtverfassung*) che assegna le competenze … vigono due specie di *ordinamenti parziali* (*Teilordnungen*): un ordinamento parziale con validità parziale per tutto il territorio … e più ordinamenti parziali con validità spaziale limitata a parte del territorio» (p. 79).

[36] C. PINELLI, *I limiti alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 194. Cfr. sempre dello stesso autore *L'ordinamento repubblicano nel nuovo impianto del Titolo V*, rep. in *www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni*, G. ROLLA, *Il principio unitario nei sistemi costituzionali a più livelli*, in *Le Regioni*, 2003-5, p. 710, nonché S. MOFFA, *Un Senato delle autonomie per l'Italia federale*, in *Regioni e Comunità locali*, 2003, 1-2, secondo cui enti locali e regioni «non sono più elencat[i] quali ripartizioni territoriali dello Stato, ma assurgono … a rango di ordinamenti giuridici autonomi, tutti paritariamente coordinati in modo armonico dalla Costituzione, insieme con l'ordinamento statale. Non v'è più rapporto gerarchico tra Stato ed autonomie locali» (p. 31). Per una diversa ricostruzione si veda M. OLIVETTI, *Lo Stato policentrico delle autonomie (art. 114, primo comma)*, in T. GROPPI e M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, 2001, pp. 40-42.

blica e addirittura proclamare un «nuovo» principio, come se si trattasse di una fonte costituzionale [37-38].

3. I profili di costituzionalità: la violazione dell'art. 24 e dei diritti fondamentali della Costituzione

Fin dai primi commenti al decreto-legge e successivamente nel corso dell'*iter* parlamentare di conversione in legge soprattutto da parte della Commissione Affari Costituzionali è stata sollevata una serie di dubbi riguardante la legittimità costituzionale di alcune specifiche previsioni del testo normativo.

Innanzitutto è stato posto il problema della violazione del principio sancito dall'art. 24 Cost. a fronte della previsione secondo la quale le controversie che coinvolgono i soggetti affiliati alle federazioni e che riguardano le materie di cui all'art. 2 della legge costituiscono, per così dire, una «zona … di autosospensione della giustizia civile» [39], con la conseguenza che la loro risoluzione non può passare attraverso il vaglio della giustizia statale, ma deve avvenire esclusivamente per opera degli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo.

Per meglio inquadrare i termini della questione, è necessario ricordare che in passato, cioè prima che intervenisse il provvedimento legislativo in esame, sia la dottrina maggioritaria [40] che la giurisprudenza pressoché unani-

---

[37] Nel suo intervento in Aula – rep. in *www.camera.it* – l'on. Filippo Mancuso ha mosso feroci critiche all'uso del termine Repubblica da parte dell'art. 1, primo comma della legge, che, a suo dire, si auto-attribuirebbe «qualcosa di tolemaico, di fondamentale», tanto che lo stesso, spinto dal desiderio di proferire una «dichiarazione d'amore per la legge», può concludere il suo intervento ventilando l'ipotesi che il legislatore utilizzi «la lingua dei bar».

[38] In sede parlamentare è stata anche sottolineata l'infelice scelta di ricorrere nell'art. 2, secondo comma al termine «onere» anziché a quello di «obbligo», in quanto in termini giuridici «l'onere non è l'obbligo, non è il dovere, non è la condizione, non è la validità o l'invalidità di un atto o di una attività … [ma] è concepito come il diritto potestativo per eccellenza collegato ad un duplice effetto: se si attiva, si consegue il risultato dell'onere processuale o sostanziale; se non si attiva, tale risultato non si consegue» (così nel già ricordato intervento in Aula l'on. Mancuso). Sulla distinzione fra onere e obbligo v. comunque N. IRTI, *La perfezione degli atti giuridici e il concetto di onere*, in *Norme e fatti*, Milano, 1984, p. 107 ss.

[39] A. MANZELLA, *La giustizia sportiva nel pluralismo delle autonomie*, cit., p. 7.

[40] Cfr. F.P. LUISO, *La giustizia sportiva*, Milano, 1975, spec. pp. 258 ss. e 425; R. FRASCAROLI, *Sport (dir. pubbl. e priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, p. 529 ss.; V. FRATTAROLO, *L'ordinamento sportivo nella giurisprudenza*, Milano, 1995, p. 181 ss. e, con specifico riferimento al problema dello *Sportgerichtsbarkeit* nell'ordinamento tedesco, U. HASS, *L'autonomia delle*

me [41] erano concordi nel ritenere il vincolo di giustizia sportiva previsto in tutte le Carte federali come del tutto inidoneo ad inibire in quanto tale il sindacato giurisdizionale statale sugli atti federali; un «sistema», dunque, il quale, per quanto autonomo potesse essere, tentasse di sottrarre alla giustizia statale la tutela delle situazioni soggettive rilevanti anche nell'ambito statale era perlopiù considerato improponibile [42]. Più specificamente, quanto alla giustizia tecnica si riteneva che la stessa non assumesse rilevanza alcuna per l'ordinamento giuridico dello Stato, riguardando atti dal contenuto meramente tecnico-organizzativo (gare, competizioni, classifiche, punteggi), tali da non poter configurare in capo agli interessati alcuna situazione giuridica sostanziale protetta [43]. Sebbene queste conclusioni in ordine alla giustizia tecnica presentassero risvolti problematici e, secondo alcuni [44], perfino inaccet-

---

federazioni e la giustizia sportiva nella Repubblica Federale di Germania, in *Riv. dir. sport.*, 2001, n. 1-2, p. 33 ss. In senso contrario, invece, M. BASILE, *Gli "enti di fatto"*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, II, Torino, 1982, p. 303 ss.

[41] Basti pensare a T.A.R. Lazio, sez. III, 20 agosto 1987, n. 1449, in *Giur. it.*, 1988, III, 1, c. 40 ss., T.A.R. Lazio, sez III, 26 agosto 1987, n. 1486, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 2155 ss., T.A.R. Lazio, sez. III, 24 settembre 1998, n. 2394, in *TAR*, 1998, I, p. 3597 ss. e per l'ordinamento tedesco la sent. 28 novembre 1994 del *Bundesgerichtshof*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, p. 583 ss.

[42] D'altra parte, anche ad ammettere – come pare preferibile – che, costituendo il diritto di agire in giudizio uno strumento predisposto a favore dei singoli, lo stesso sia in certa misura disponibile e dunque anche rinunciabile da parte di costoro, «una cosa è la rinuncia all'esercizio dell'azione una volta che si sia verificata la lesione … Altra cosa è, invece, la rinuncia al potere d'agire in giudizio operata in via preventiva»: quest'ultima «pare inammissibile … perché in tal modo la disponibilità del diritto verrebbe a configurarsi non a seguito di una comparazione di interessi (e perciò come rinuncia "cosciente") quanto come rinuncia una volta per tutte, con il rischio di veder compromessa anche la tutela dei diritti irrinunciabili e con un pratico svuotamento del diritto in questione in tutte le formazioni in cui sia prevista una clausola di rinuncia» (così E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989, pp. 215-216). Cfr. anche A. PACE, *sub art. 18*, in G. BRANCA (a cura di), *Comm. della Cost.*, Bologna-Roma, 1975, p. 227 ss.

[43] Perché «manca … la possibilità di identificare nelle regole tecniche in questione e nella disciplina del riscontro dell'osservanza di esse da parte degli organi federali l'esistenza di «norme di relazione» tale da dar luogo alla configurabilità di diritti soggettivi e di contrapposti obblighi fra i vari soggetti che sono coinvolti nell'esercizio dell'attività sportiva …»: così la nota sentenza della Cass. civ., sez. un., 26 ottobre 1989, n. 4399, in *Riv. dir. sport.*, 1990, p. 57 ss. e in seguito conformemente Cons. St., 30 settembre 1995, n. 1050, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 581 ss.; Trib. Roma, 20 settembre 1996, in *Riv. dir. sport.*, 1997, p. 546 ss.

[44] Fra questi si veda già M. RAMAT, *Ordinamento sportivo e processo*, in *Riv. dir. sport.*, 1957, secondo cui «dal punto di vista concettuale, non esiste alcuna impossibilità a che il giudice ordinario prenda in esame … la domanda avanzata dai giocatori di una squadra di calcio che non hanno potuto vincere il premio di partita in forza di una decisione sportiva da loro ritenuta irregolare. Anche questa è materia giurisdizionale» (p. 155). Cfr. più recentemente R. CAPRIOLI, *L'autonomia normativa delle federazioni sportive nazionali nel diritto privato*, Napo-

tabili in virtù della rilevanza giuridica degli interessi coinvolti e delle stesse regole tecniche, si riteneva, di conseguenza, che dovesse essere esclusa la possibilità di ricorrere al giudice statale per le controversie di natura prettamente tecnica, poiché le stesse non danno origine né a diritti soggettivi né ad interessi legittimi. Con riguardo alla giustizia economica, quella che riguarda le controversie aventi natura patrimoniale insorte fra gli associati e le associazioni, la cui risoluzione a norma di molti statuti è rimessa a collegi arbitrali, essa veniva valutata come attività arbitrale fondata sul patto compromissorio. In questo caso, la maggior parte dei commentatori riteneva, non senza qualche dissenso [45], di poter qualificare come volontario l'arbitrato previsto nelle clausole dell'ordinamento sportivo, in quanto fondato sullo statuto cui il privato spontaneamente aderisce, accettandone e perfezionandone con la propria partecipazione tutti i contenuti [46]. Così, si riteneva che l'arbitrato in questione [47], avendo come oggetto questioni di carattere economico, dunque, diritti disponibili, non contrastasse con l'art. 24 Cost., bensì integrasse – alla stregua di quanto avviene per le clausole compromissorie previste dal nostro codice di procedura civile – una legittima deroga alla competenza del giudice statale e che quest'ultimo potesse intervenire solo per le ipotesi di invalidità del *dictum* arbitrale attinenti, ad esempio, alla violazione delle

---

li, 1997, p. 146 ss.; G. VIDIRI, *Il "caso Maradona": i difficili rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo*, in *Foro it.*, 1994, III, c. 511 ss., nonché per la dottrina tedesca gli interessanti contributi di P. MARBURGER, *Die Regeln der Technik im Rechte*, Köln, 1979, p. 111 ss. e B. HEß e W. DRESSLER, *Aktuelle Rechtsfragen des Sport*, Heidelberg, 1999, p. 21 ss.

[45] Si veda, ad esempio, M. BUONCRISTIANO, *Validità e limiti della clausola compromissoria e per gli sportivi non istituzionalizzati*, in *Atti del Convegno su "La giustizia nello sport. Rapporti tra ordinamento sportivo e giurisdizione dello Stato"*, a cura del CENTRO STUDI DI DIRITTO SPORTIVO, Roma, 1986, il quale sostiene la natura «necessaria» dell'arbitrato sportivo in quanto imposto dalle federazioni e come tale, dunque, volto a imporre agli aderenti una rinuncia preventiva e non volontaria alla giurisdizione statale.

[46] Sul punto C. PUNZI, *Le clausole compromissorie nell'ordinamento sportivo*, in *Riv. dir. sport.*, 1987, il quale ricorda come, nel momento in cui un soggetto aderisce volontariamente al «patto sociale» costituito dallo Statuto, lo stesso accetti un corpo di norme preesistenti, tra le quali è compresa la clausola compromissoria, e «vale la pena di ricordare che una situazione assolutamente analoga si verifica in tutti i casi di contratti associativi aperti, che si perfezionano con l'adesione di nuovi associati all'ente collettivo, nel cui Statuto è inserita una clausola compromissoria» (p. 243). In senso contrario si può vedere M. RAMAT, *Arbitrati e giurisdizione sportiva*, in *Foro pad.*, 1954, p. 108 ss., secondo cui i rapporti fra «corpi sociali» e «affiliati» andrebbero visti come rapporti di supremazia e non quali «equivoci contrattuali».

[47] Trattasi di arbitrato libero (o irrituale) a detta sia della dottrina – si veda, ad esempio, M. SANINO, *L'arbitrato sportivo in Italia*, in *Riv. dir. sport.*, 1993, p. 352 ss. –, sia dello stesso CONI nella delibera del 23 luglio 1987, n. 439, Parte II («Principi della Giustizia Federale»), lett. *d*), sia infine della giurisprudenza – cfr., ad es., Cass., sez. lav., 6 aprile 1990, n. 2889, in *Arch. civ.*, 1990, p. 911 –.

regole di carattere procedurale [48]. Per quanto concerne, poi, la giustizia disciplinare, relativa ai comportamenti illeciti degli affiliati, si è sempre ritenuto che le eventuali sanzioni irrogate dagli organi interni della giustizia sportiva, che avessero inciso sullo *status* di soggetti dell'organizzazione, potessero essere impugnate dinanzi al giudice statale; comunque, dall'esame complessivo delle sentenze in materia si può giungere alla conclusione che le questioni relative all'ingresso e alla permanenza nel mondo dello sport organizzato sono sempre state fatte rientrare nella cognizione della giustizia statale [49].

Ora, la situazione muta radicalmente nel momento in cui la devoluzione della competenza a risolvere le controversie sportive in capo agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo non si realizza più per effetto di una previsione in tal senso da parte delle regole sportive, ma è il frutto di una disposizione normativa che impone il ricorso agli organi di giustizia sportiva, relativamente alle materie indicate dalle lettere *a*) e *b*) dell'art. 2 della legge in commento. Ciò comporta che non è più possibile discutere in sede dottrinale, in giurisprudenza e all'interno dell'ordinamento sportivo stesso, se le norme sportive che si presumono violate assumano o meno rilevanza nell'ordinamento statale, cioè se, nella fattispecie concreta in cui si verifichi una violazione delle stesse, si configuri o meno l'esistenza di situazioni giuridiche soggettive da garantire. Ora è il legislatore statale a tracciare la linea di demarcazione, il confine fra le «situazioni» che l'ordinamento ritiene per sé irrilevanti, dunque tali da non poter dar vita a situazioni giuridiche soggettive tutelabili dinanzi agli organi giurisdizionali dello Stato, e le «situazioni» che, invece, giuridicamente hanno rilevanza e nei confronti delle quali non può essere escluso il ricorso alla giustizia statale. Non a caso, la stessa Relazione governativa al D.L. n. 220 del 2003 poteva precisare che «spetta all'ordinamento

---

[48] Sul punto F. MODUGNO, *Giustizia e sport: problemi generali*, in *Riv. dir. sport.*, 1993, p. 344.

[49] Si veda a titolo esemplificativo la decisione del T.A.R. Lazio, sez. III, 25 maggio 1989, n. 1979, in *TAR*, 1989, I, p. 2216 ss., Cons. giust. amm. Sicilia, ord. 9 ottobre 1993, n. 536, in *Foro it.*, 1994, III, c. 511 ss., con nota di G. VIDIRI, *Il "caso Catania": i difficili rapporti tra ordinamento statale e ordinamenti sportivi*, T.A.R. Emilia Romagna, sez. I, 4 maggio 1998, n. 178, in *TAR*, 1998, I, p. 2519 ss. e per la dottrina già A. QUARANTA, *Rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento giuridico*, cit., secondo cui lo stesso «provvedimento disciplinare di espulsione, adottato da organi di giustizia sportiva nei confronti dell'atleta che sia ricorso ad organi della giustizia statale, è pur esso illecito» (p. 41), illiceità che può essere fatta valere dinanzi al giudice statale, il quale valuterà *ex* art. 24 c.c. la possibilità perfino di annullare la massima sanzione disciplinare inflitta. Cfr. L. COLANTUONI e M. VALCADA, *La giustizia sportiva e l'arbitrato sportivo*, in G. ALPA, *L'arbitrato. Profili sostanziali*, Torino, 1999, p. 1120 ss., AA.VV., *Diritto sportivo*, Torino, 1998, p. 191 ss. Sul punto la decisione della Caf-F.I.G.C. n. 2/c, 15, 16 e 17 luglio 1981, in *Riv. dir. sport.*, 1981, p. 340.

giuridico determinare ciò che sia o non sia rilevante per lo stesso»; in altri termini, come è stato detto in dottrina, spetta al legislatore, «sulla base di un positivo giudizio di valore avente ad oggetto gli interessi-presupposti», «ricollegare alla situazione di fatto una determinata situazione (conseguenza), predisposta dalla legge in funzione di realizzazione di tal[i] interess[i]» [50].

Per questo motivo, risulta problematico sostenere che attraverso la previsione *ope legis* di ricorrere agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo si sia arrivati a dar vita ad un vero e proprio giudice speciale [51], né pare sostenibile la posizione di chi prospetta il dubbio che, «qualora si volesse privilegiare la natura di arbitrato irrituale delle decisioni degli organi di giustizia sportiva, … con il riconoscimento con norma di legge del dovere di adire tali organi arbitrali si [sia] dato luogo a una sorta di arbitrato obbligatorio in violazione degli articoli 24 e 102 della Costituzione, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale» [52].

Com'è noto, infatti, il massimo organo di giustizia costituzionale, a partire dalla famosa sent. 14 luglio 1977, n. 127 [53], ha giudicato costituzionalmente

---

[50] Così L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI e U. NATOLI, *Diritto civile. I - Norme Soggetti e Rapporto giuridico*, Torino, 1987, p. 271. Cfr. anche P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II ed., Napoli, 1991, secondo cui «profilo essenziale alle situazioni soggettive è quello normativo o regolamentare; è esso ad attribuire rilevanza alla situazione, la quale, per essere giuridica, deve avere una rilevanza normativa» (p. 250) e più recentemente L.P. COMOGLIO, *Valori etici e ideologie del "Giusto processo" (modelli a confronto)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, al cui dire «… la priorità del «diritto riconosciuto» rispetto al «diritto tutelato» è propria delle codificazioni e della pandettistica occidentale, cui inerisce (in forza del principio *ubi jus ibi remedium*) la funzione prevalentemente «dichiarativa» del giudice» (p. 893).

[51] Nel senso che le disposizioni delle Carte Federali «non importano alcuna deroga alle norme statuali sulla giurisdizione del giudice ordinario … sotto il profilo dell'istituzione di una giurisdizione speciale» cfr., per es., Cass., sent. 1° marzo 1983, n. 1531, in *Mass. Foro it.*, 1983 e per la dottrina già G. BUONGIORNO, *Giustizia comune e giustizia sportiva*, in *Riv. dir. sport.*, 1964, p. 24, nota 1.

[52] Così si è espresso G. MANZI, *Un limite alla possibilità di adire la magistratura non sembra in linea con le regole costituzionali*, in *Guida al dir.*, 6 settembre 2003, n. 34, p. 142.

[53] In *Foro it.*, 1977, I, c. 1849 ss. Questo importante *arrêt* della Corte – che è stato anticipato dalla sent. n. 2 del 1963, in *Giur. cost.*, 1963, con nota di P. BARILE, *L'arbitrato e la Costituzione*, *ivi*, p. 24 ss., in cui la Corte stessa, tuttavia, «salvò» dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale la figura dell'arbitrato obbligatorio – ha trovato poi conferma in molte altre sentenze (ad es., sentt. n. 54 del 1996, in *Giur. cost.*, 1996, p. 379 ss., n. 152 del 1996, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1452 ss., n. 381 del 1997, in *Giur. cost.*, 1997, p. 3670 ss., n. 325 del 1998, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2363 ss.). Recentemente, poi, la Consulta ha avuto modo di specificare che l'illegittimità dell'arbitrato obbligatorio «si incentra non sulla previsione legislativa di un arbitrato per la risoluzione di certe controversie, ma nel suo carattere obbligatorio imposto *ex lege* e risultante inequivocabilmente dalla norma» (sent. n. 115 del 2000, in *Giur. cost.*, 2000, p. 1030 ss., su cui v. F. AULETTA, *Tra illegittimità costituzionale e non fondatezza della questione:*

illegittimo l'istituto dell'arbitrato obbligatorio, ossia quel procedimento arbitrale al quale, in forza di una norma cogente, le parti di un rapporto non possono sottrarsi se vogliono far valere pretese nascenti da quel rapporto stesso. La Corte ha argomentato dalla premessa secondo cui, poiché esiste il diritto, costituzionalmente garantito, di ogni soggetto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi – diritto che, al di fuori dei casi eccezionali contemplati dall'art. 103 Cost., deve potersi esercitare dinanzi agli organi della giurisdizione ordinaria –, la libera scelta delle parti, e soltanto essa, può orientarsi nel senso di deferire una o più controversie al giudizio di un arbitro o di un collegio arbitrale; solo tale scelta, «intesa come uno dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto di cui all'art. 24, primo comma, Cost., può derogare al precetto contenuto nell'art. 102, comma 1 Cost.»[54].

Per converso, con riferimento all'art. 2 della legge n. 280 del 2003 innanzitutto non è configurabile – né, a dir la verità, lo era anche prima dell'intervento legislativo *de quo* – una violazione del principio del monopolio statale della giurisdizione sancito dall'art. 102, primo comma, Cost. perché tale monopolio «assorbe … solo la funzione del giudicare nei casi, nei modi e con gli effetti stabiliti dal diritto statale. E la giurisdizione, secondo il tradizionale insegnamento, non è tale, se non nel suo pregno senso di giustizia munita della bilancia e della spada. Se il giudice non ha i caratteri dell'imparzialità e la sentenza quelli dell'esecutività, non si ha né giudizio né sentenza nel senso del diritto pubblico»[55]. Quel che più conta, neanche il diritto di difesa, secondo cui «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi», tutelato non solo dall'art. 24 della nostra

---

una terza via per le leggi di arbitrato "obbligatorio"?, in *Riv. dell'Arbitrato*, 2000, p. 277 ss.). Per la dottrina v. anche G. RECCHIA, *L'arbitrato in materia di opere pubbliche e norme costituzionali*, in *Riv. dell'Arbitrato*, 1996, p. 504 ss., A. Pieralli, *Arbitrato obbligatorio e iniziativa spontanea dell'"obbligato"*, in *Riv. dell'Arbitrato*, 1999, p. 485 ss.

[54] Così la sent. n. 127 del 1977, cit.. Si potrebbe dire che, se è dunque imprescindibile la volontarietà della rinuncia ad adire il giudice statale, l'arbitrato obbligatorio è costituzionalmente illegittimo perché metterebbe gli interessati «nelle condizioni dell'anonimo personaggio che, nel racconto di Kafka *Davanti alla legge*, muore nella vana speranza di poter varcare la porta che lo separa dalla Legge, impedito sino alla stremo da un nerboruto e ottuso guardiano, senza che questo eserciti alcuna forma di violenza fisica vera e propria. Semplicemente, gli impedisce di superare l'uscio che, si scopre nelle ultime righe, era stato predisposto proprio per il malcapitato» (così C. SALAZAR, *La magistratura*, Roma-Bari, 2002, p. 21). Si esprime, invece, in senso critico sulle motivazioni addotte dalla Corte nella sent. n. 127 del 1977 e nelle successive G. ALPA, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie in diritto civile*, in *Pol. dir.*, 1997, pp. 429-431.

[55] M. RUOTOLO, *Giustizia sportiva e Costituzione*, in *Riv. dir. sport.*, 1998, n. 3-4, pp. 421-422.

Costituzione, ma anche in ambito comunitario [56] ed internazionale [57], sembra subire, in realtà, un *vulnus*. Il legislatore, infatti, come già detto, non può creare situazioni giuridiche sostanziali e poi negare loro la tutela giurisdizionale, ma è libero, all'interno, beninteso, della «cornice costituzionale» di riferimento [58], di elevare o meno al rango di situazioni giuridiche soggettive qualificate le situazioni di fatto; a queste ultime non viene garantito il diritto di difesa *ex* art. 24 Cost. [59]. Il problema, caso mai, è quello appunto di stabilire se sia costituzionalmente legittimo da parte del legislatore ordi-

---

[56] Basti pensare all'art. 13 della CEDU, che parla del «diritto di presentare un ricorso avanti ad una magistratura nazionale» spettante a «ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti dalla presente Convenzione siano stati violati», cui si rifà, peraltro, l'art. 47, primo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cosiddetta «Carta di Nizza»), secondo cui «ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice». Mentre per quanto riguarda la CEDU e più in generale i trattati si veda *infra*, quanto alla «Carta di Nizza» come «potente fattore di trasformazione del diritto costituzionale sostanziale europeo» mi limito in questa sede a rimandare all'approfondito contributo di G.F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001 (la citazione è tratta da G.F. FERRARI, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, *ivi*, p. 43).

[57] Si veda, ad esempio, l'art. 8 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo (1948), secondo cui «ogni individuo ha diritto ad un'effettiva possibilità di ricorso a competenti tribunali nazionali contro atti che violino i diritti fondamentali a lui riconosciuti dalla Costituzione o dalla legge» e, dello stesso tenore, l'art. 2, terzo comma, del Patto internazionale sui Diritti Civili e Politici (1966).

[58] I diritti soggettivi previsti dalla fonte costituzionale non potrebbero essere disconosciuti o ignorati dal legislatore ordinario (e neppure da quello costituzionale, se trattasi di diritti inviolabili). Cfr., con riferimento all'ordinamento tedesco, la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 19 ottobre 1993, in *Neue Juristische Wochenschrift* 1994, p. 36 ss., in particolare laddove si afferma che «*Die Privatautonomie ist notwendigerweise begrenzt und bedarf der rechtlichen Ausgestaltung. Privatrechtsordnungen bestehen deshalb aus einem differentierten System aufeinander abgestimmter Regelungen und Gestaltungsmittel, die sich in die verfassungsmäßige Ordnung einfügen müssen. … ist der Gesetzgeber bei der gebotenen Ausgestaltung an die objektiv-rechtlichen Vorgaben der Grundrechte gebunden*» (p. 38). In relazione all'ordinamento spagnolo si veda la sentenza del *Tribunal Constitucional* del 23 marzo 1988, secondo cui «*el Poder constituyente … ha manifestado su criterio en que el deporte … debe empaparse de los principios sustanciales de la Constitución, lo qual ha tenido una importante repercusión dentro del ordenamiento jurídico-deportivo*» (decisione citata da J. BERMEJO VERA, *Regimen jurídico del deporte en España*, in M.R. WILL (a cura di), *Auf dem Wege zu einem europäischen Sportrecht?*, Saarbrücken, 1989, p. 48).

[59] … al di là della singolare e poco comprensibile decisione del legislatore di specificare in una disposizione legislativa ciò che non è rilevante per l'ordinamento giuridico: in realtà, è quanto meno discutibile che il legislatore si occupi dell'irrilevante giuridico in una norma. Sul punto cfr. già, più in generale, B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, p. 115 ss.

nario operare la completa esclusione delle materie indicate dall'art. 2, primo comma, lett. *a*) e *b*) da qualsiasi forma di tutela giurisdizionale statale, cioè negare alle stesse la qualifica, per usare la terminologia tedesca, di *Rechtslagen* e, lasciarle, invece, confinate in una dimensione «giuridicamente irrilevante». In altri termini, occorre chiedersi se non sia incompatibile con la Carta Fondamentale una disposizione legislativa che non reputi degne di tutela giuridica le questioni concernenti, per esempio, «l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale … al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive». Si pensi alla «situazione giuridica di cui è titolare una società per azioni esercitante il calcio professionistico e quotata in borsa e si rifletta sui danni che potrebbe subire la stessa dalla erronea o falsa applicazione di norme tecniche attinenti alla verifica della regolarità di una gara …» [60]. Anche ammettendo che esista un limite, rappresentato dalla discrezionalità tecnica del provvedimento, di fronte al quale il giudice statale dovrebbe arrestarsi, l'abdicazione della sovranità statale con riferimento al rispetto delle «norme tecniche» potrebbe equivalere «a negare che lo Stato sia in grado di garantire gli accordi esistenti tra i membri del gruppo o, ciò che è lo stesso, ad affermare che, dal punto di vista dell'ordinamento statale, non esiste un obbligo giuridico di osservare le regole del gioco, che potrebbero essere tranquillamente violate ad arbitrio del più forte» [61]. Quanto, poi, all'esclusione del ricorso alla giurisdizione statale con riguardo alle questioni inerenti i «comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive», basti soltanto pensare al caso di un atleta professionista che sia colpito da un provvedimento di squalifica che gli impedisca di svolgere l'attività sportiva professionistica e dunque di «trarre da tale pratica il proprio sostentamento

---

[60] L. Di Nella, *Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1999, p. 108.

[61] R. Caprioli, *L'autonomia normativa delle federazioni sportive nazionali nel diritto privato*, cit., p. 105. Sul punto cfr. G. Canale, *L'interesse dello sponsor per l'attività agonistica (contratto di sponsorizzazione e apparizione di una nuova figura soggettiva nella federazione sportiva)*, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, p. 1282 ss., ma spec. pp. 1293-1294, nonché G. Liotta, *La responsabilità civile dell'organizzatore sportivo: ordinamento statale e regole tecniche internazionali*, in *Europa e diritto privato*, 1999, II, p. 1137 ss., secondo il quale «giacché lo Stato attribuisce, sia pur in presenza di rigide condizioni e qualificati presupposti, all'ordinamento giuridico sportivo la realizzazione di fondamentali funzioni in materia di sport ne deriva che la mancata realizzazione di tali funzioni tocca direttamente … il cuore stesso dell'ordinamento giuridico statale. Quest'ultimo, pertanto, è portatore di uno specifico e qualificato interesse al rispetto delle regole tecniche federali» (pp. 1147-1148). Non mancano, d'altronde, decisioni – sia pure rare – che prospettano la legittimità di un controllo del giudice statale sulla corretta applicazione della normativa tecnica federale: cfr. ad esempio Pretore di Brindisi, ord. 30 luglio 1985, in *Riv. dir. sport.*, 1986, p. 328 ss.

scambiando prestazioni agonistiche contro retribuzione» [62]: in questo caso si potrebbe ritenere concretata perlomeno la violazione dell'art. 4 e dell'art. 35 Cost., il quale ultimo dispone la tutela del lavoro «in tutte le sue forme ed applicazioni» [63].

Il problema, a mio avviso, è di ordine più generale e riguarda la *vexata quaestio* della protezione dei diritti del singolo all'interno della formazione sociale in cui sia inserito: non c'è dubbio che la libertà organizzativa delle associazioni private in genere non si può estendere fino al punto tale da rendere del tutto immuni da controlli esterni gli atti che incidano sulle prerogative dei singoli, abbandonando così questi ultimi alle vessazioni dei poteri privati [64]. Non è pensabile, insomma, che l'autonomia dell'ordinamento sportivo si spinga fino ad un punto tale da imporre il sacrificio totale degli interessi di coloro che pure decidono volontariamente di sottoporsi alle regole dallo stesso predisposte, quasi che si potesse ridare vigore alla teoria tedesca dei *besondere Gewaltverhältnisse*, secondo cui chi entra a far parte degli ordinamenti «speciali» rinuncia parzialmente ai propri diritti di libertà [65]. Tuttavia, la nostra Costituzione all'art. 2 non garantisce tutti gli interessi dell'uomo all'interno delle associazioni, ma fa riferimento soltanto ai «diritti inviolabili», il che «certo vale a circoscrivere l'ambito dell'impegno, e comunque autorizza una differenza di trattamento giuridico fra i diritti di quel tipo e i diritti diversi» [66]. In altri termini, la «necessità di salvaguardare il patrimonio indi-

---

[62] L. Di Nella, *Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 153. Si pensi alla squalifica del calciatore Kallon, confermata, sia pure in misura ridotta (da otto a sei mesi), dalla Caf il 9 febbraio 2004.

[63] Sul punto cfr. già comunque G. Bonadonna, *Aspetti costituzionali dell'ordinamento sportivo*, in *Riv. dir. sport.*, 1965, p. 193 ss.

[64] Con riferimento all'*Abwehrrechte* del singolo nei confronti dell'istituzione in cui si trovi inserito cfr. A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 47 ss.

[65] Su tale teoria, che risale al IXX secolo, si veda per tutti H.J. Koch e R. Rubel, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, II Ausgabe, Berlin, 1992, p. 93 ss. e per la dottrina italiana sul concetto di «supremazia speciale» cfr. M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, p. 12 ss., e *ivi* ampi riferimenti dottrinali. Un'applicazione pratica della teoria in esame potrebbe essere rinvenuta nelle motivazioni addotte in *Hudson v. McMillian*, 503 U.S. 1 (1992), in *Helling v. McKinney*, 509 U.S. 25 (1993) e in *Farmer v. Brennan*, 511 U.S. 825 (1994) – nei primi due casi si tratta di *dissenting opinions*, cui aderisce anche il giudice Scalia, mentre nell'altro trattasi di una *concurring opinion* – dal giudice della *Supreme Court* statunitense Thomas per giustificare la sua concezione in merito ai *prisoners' rigths*, secondo cui le percosse inflitte ad un detenuto ad opera delle guardie carcerarie non ricadono nella previsione della *Cruel and Unusual Punishments Clause* di cui all'VIII Emendamento.

[66] Così già M. Basile, *L'intervento dei giudici nelle associazioni*, Milano, 1975, p. 286, ma sul punto anche E. Rossi, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, cit., pp. 217-218. Già C. Schmitt, tuttavia, *Verfassungslehre*, München und Leipzig, 1928, trad. it. *Dottrina del-*

sponibile dei diritti inviolabili che il singolo reca con sé nel momento in cui liberamente (o meno) entra a far parte di un ordinamento particolare» comporta necessariamente l'esclusione di «"zone franche", all'interno dell'ordinamento repubblicano, ove venga ignorato il rispetto dei diritti inviolabili … quanto meno nel senso che non è possibile che ai diritti fondamentali sia tolta ogni possibile tutela, al di là di un ragionevole bilanciamento tra principio personalista e principio pluralista (da verificarsi caso per caso)» [67]. Di conseguenza, la realizzazione degli interessi di un gruppo sociale può ben esigere il sacrificio delle aspettative meramente individuali – senza che questo comporti dal punto di vista della gerarchia dei valori la posposizione dell'interesse della persona a quello dell'ente cui la stessa aderisce –, purché non vengano lesi perlomeno i diritti fondamentali dei singoli e più in generale quei «principi-valori» [68] il cui contenuto essenziale non può essere sovvertito o modificato neppure dalla fonte costituzionale [69]. Si pensi soltanto all'inflizione di un provvedimento sanzionatorio da parte dell'organo di giustizia sportiva in assenza di gravi motivi o di gravi inadempienze da parte del destinata-

---

la Costituzione, Milano, 1984, aveva potuto sostenere che «i diritti fondamentali devono essere distinti dagli altri costituzionalmente protetti e garantiti. Nelle Costituzioni dello Stato di diritto … non ogni difesa dalla modifica con legge ordinaria significa per ciò stesso un diritto fondamentale» (p. 219).

[67] M. SALAZAR, *Giustizia sportiva e principi costituzionali*, in *Iure praesentia* 1994, I, pp. 245-246.

[68] Trattasi di quelle «*verfassungswidrige Verfassungsnormen*» (così O. BACHOF, *Wege zum Rechtstaat. Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht*, Regensburg 1979, p. 1 ss.), che si pongono come «*materiale Schranken-Schranke*» nei confronti dello stesso legislatore di revisione costituzionale. Cfr. H. DREIER, *sub art. 19*, *primo comma GG*, in H. DREIER (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, Tübingen, 1998, p. 1072 ss., e per la dottrina spagnola A.L. MARTINEZ PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, 1997.

[69] Sui «principi-valori», intesi non come «norme superiori ad altre, a tutte le altre, ma … [come] entità diverse, irriducibili al normativo» (così F. MODUGNO, *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di costituzionalità*, in F. MODUGNO e A.S. AGRÒ (a cura di), *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 1991, p. 253), cfr. E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973, p. 203 ss.; F. RIMOLI, *Costituzione rigida*, *potere di revisione e interpretazione per valori*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 3768 ss.; E. ROSSI, *Brevi considerazioni in ordine al rapporto tra principio pluralistico e stato laico*, in G. DALLA TORRE (a cura di), *Ripensare la laicità. Il problema della laicità nell'esperienza giuridica contemporanea*, Torino, 1993, p. 170 ss.; F.P. CASAVOLA, *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1995, V, c. 156 ss.; F. MODUGNO, *Chiosa a chiusa. Un modello di bilanciamento di valori*, in *Giur. it.*, 1995, I, p. 643 ss.; N. ZANON, *Premesse ad uno studio sui "principi supremi" di organizzazione come limiti alla revisione costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1904 ss.; M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000, p. 124 ss.; nonché ID., *Giustizia sportiva e Costituzione*, cit., pp. 423-424.

rio, o privo *in toto* di motivazione, o motivato in modo tale da risultare lesivo dell'onore e della reputazione dello stesso destinatario, o infine adottato in mancanza del contraddittorio fra le parti, o comunque in contrasto con quanto stabilito dalle stesse norme regolamentari e statutarie che disciplinano l'ordinamento sportivo. Sotto quest'ultimo profilo, è interessante ricordare la vicenda che ha visto coinvolte la società sportiva «Catania calcio» e la FIGC e che poi ha costituito l'*occasio legis*: ebbene, la decisione, favorevole alla compagine etnea, emanata dalla Commissione di appello federale, che, pure, in base all'art. 31, primo comma, dello Statuto della FIGC «è competente a giudicare, in ultima istanza, sulle impugnazioni avverso le decisioni adottate dagli organi giudicanti», è stata annullata dalla Corte federale, che, in base a quanto previsto dallo stesso Statuto, non è titolare di alcun potere di cassazione delle decisioni degli organi di giustizia sportiva, dunque non può incidere su decisioni definitive [70]. In un caso del genere, che, in base all'art. 2, primo comma, costituirebbe materia riservata alla giustizia sportiva, negare al singolo il ricorso alla giustizia statale significherebbe ledere il suo diritto fondamentale a che le decisioni assunte dagli organi di giustizia sportiva che sono in grado di ledere i suoi interessi siano adottate sulla base del giusto processo, più in particolare nel rispetto delle regole statutarie dell'ordinamento sportivo [71]. Si può altresì sostenere che nel caso *de quo* l'interesse dell'ordinamento sportivo verrebbe anteposto a quello dei singoli, i cui interessi sarebbero sacrificati fino al punto da eliminare la loro stessa ragion d'essere [72],

---

[70] … ma può soltanto, *ex* art. 32, sesto comma, dello Statuto, interpretare autenticamente le norme statutarie e giudicare «sulla legittimità delle altre norme federali, annullando quelle adottate in violazione dello Statuto»: ciò può avvenire o sulla base di una richiesta di interpretazione al di fuori di un «processo» in corso, nel qual caso la regola, nuova o riaffermata che sia, vale per tutti ma solo *pro futuro*, oppure sulla base di una richiesta di interpretazione in un «processo» in corso, ma allora quest'ultimo deve essere sospeso – si potrebbe parlare di un accesso in via incidentale alla Corte Federale – con la conseguenza che la decisione esplicherà effetti per quel processo e per il futuro. Insomma, «i principi dell'intangibilità del giudicato sportivo e dell'insindacabilità delle decisioni della Commissione d'Appello non possono essere elusi dalla Corte Federale con l'esercizio di poteri ad essa riconosciuti dallo Statuto per finalità e fattispecie diverse …» (così *TAR* periferico di Catania, ord. n. 958 del 2003, cit.); d'altronde, è vero che l'art. 32, quinto comma prevede che la Corte Federale possa essere chiamata in causa allorquando si tratti di tutelare «diritti fondamentali personali o associativi che non trovino altri strumenti di garanzia nell'ordinamento federale», ma è anche vero che la fattispecie in esame ha formato oggetto di decisione ad opera dei competenti organi di giustizia sportiva di primo e di secondo grado.

[71] Per dirla con la costante giurisprudenza tedesca – ad iniziare per lo meno dalla decisione del 20 aprile del 1967 del *Bundesgerichtshof* –, si potrebbe affermare che in casi del genere nessun legislatore potrebbe impedire al singolo di denunciare la «*offenbare Unbilligkeit*» del provvedimento dell'organo interno davanti ad un giudice.

[72] Cfr. F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p.

determinando così «un rovesciamento dei ruoli in base al quale la "formazione sociale" non è più lo strumento di realizzazione delle situazioni esistenziali della persona, bensì quest'ultima diviene mezzo per il conseguimento esclusivo dei fini della prima»[73].

In conclusione, nonostante nel corso dell'*iter* parlamentare di conversione in legge da parte delle Camere sia stata opportunamente modificata la scelta del Governo di confinare nel giuridicamente irrilevante le questioni concernenti l'ammissione e l'affiliazione alle federazioni[74] – le quali ora rientrano, pertanto, nel novero di quelle materie su cui il sindacato giurisdizionale rimane pieno –, non c'è dubbio che escludere in alcune materie la possibilità di ricorrere alla giustizia statale, senza sottrarre da tale esclusione quanto meno le situazioni in cui vengano in gioco i principi fondamentali della nostra Carta Fondamentale, significa esporre al dubbio d'incostituzionalità la previsione normativa[75].

Quanto poi alla legittimità costituzionale della giurisdizione condizionata, prevista dal legislatore nel momento in cui lo stesso subordina il ricorso giudiziale al preventivo esaurimento dei rimedi interni alla giustizia sportiva,

---

101 ss. Più specificamente cfr. D. DE CAROLIS, *Il caso Catania tra giustizia nell'amministrazione e giustizia nel pallone (ovvero la crisi nei rapporti tra ordinamenti)*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, secondo cui «l'obbligo assunto dagli associati di adire gli organi della giustizia sportiva non può riguardare in nessun caso i diritti inviolabili dell'uomo, che devono essere direttamente tutelati dall'ordinamento statale anche all'interno delle formazioni sociali».

[73] L. DI NELLA, *La teoria della pluralità degli ordinamenti e il fenomeno sportivo*, in *Riv. dir. sport.*, 1998, n. 1-2, p. 34.

[74] Del resto, già la giurisprudenza in precedenza si era espressa in tal senso: cfr. Cons. St., sez. VI, 7 maggio 1996, n. 654, in *Foro amm.*, 1996, p. 1573; Cons. St., sez. VI, 16 settembre 1998, n. 1257, in *Cons. Stato*, 1998, p. 1343 e Cons. giust., amm. Sic., ord. 15 ottobre 1999, n. 938, in *Foro it.*, 1999, III, c. 582, secondo cui «gli interessi sostanziali connessi all'iscrizione e alla legittima permanenza delle società sportive in un campionato ed in una lega assurgono alla consistenza di interessi tutelati dalla giurisdizione statale».

[75] Ed è proprio, a mio avviso, in casi come questi – in considerazione del fatto che dipende comunque ed esclusivamente dalla maggiore o minore sensibilità ai valori costituzionali di quelli che Pietro VIRGA, *Diritto costituzionale*, Milano, 1975, p. 601 definiva gli «introduttori necessari» alla Corte, cioè dei giudici statali, la possibilità che le questioni di costituzionalità giungano o meno all'esame della Corte stessa, senza contare che il giudice sportivo non è comunque soggettivamente legittimato a sollevare la *quaestio*, né lo sono i collegi arbitrali previsti dalle clausole compromissorie, dal momento che la Consulta ha riconosciuto tale possibilità soltanto con riferimento agli arbitri rituali (sent. n. 376 del 2001, cit.) – che «si potrebbe … pensare ad un ricorso del singolo … esercitabile nelle ipotesi in cui non sia possibile giungere alla Corte attraverso la via giurisdizionale» e «con cui far valere davanti all'autorità giudiziaria competente le supposte violazioni di diritti fondamentali» (R. ROMBOLI, *Ampliamento dell'accesso alla Corte costituzionale e introduzione di un ricorso diretto a tutela dei diritti fondamentali*, in A. ANZON, P. CARETTI e S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, 2000, p. 642).

vale la pena di ricordare che, secondo il costante insegnamento della Corte costituzionale [76], le disposizioni legislative che condizionano l'esperimento dell'azione giudiziaria all'adempimento di determinate prestazioni sono costituzionalmente illegittime solo se tali prestazioni siano imposte al fine di soddisfare «interessi del tutto estranei alle finalità processuali». Se, invece, come nel caso in esame, lo scopo, per usare le parole di Calamandrei [77], non è «puramente finanziario» [78], ma è «processuale», cioè è quello «di assicurare al processo uno svolgimento meglio conforme alla sua funzione ed alle sue esigenze» [79], allora non può essere riscontrata l'esistenza di una preclusione o di un ostacolo all'esperimento della tutela giurisdizionale e dunque non può sussistere la violazione dell'art. 24 Cost.. Deve essere precisato, come ha avuto modo di sottolineare la Consulta nelle fattispecie concrete sottoposte al vaglio di costituzionalità, che, per quanto la tutela giurisdizionale garantita dalla Costituzione non imponga una sua relazione di immediatezza con il sorgere del diritto, l'assoggettamento dell'azione giudiziaria all'onere del previo esperimento di rimedi amministrativi è costituzionalmente legittimo, e più in particolare rispettoso degli artt. 24 e 113 Cost., soltanto se comunque il legislatore contenga «l'onere nella misura meno gravosa possibile» [80], cioè se non renda impossibile o difficile per il soggetto l'esercizio della tutela giurisdizionale [81], e – si potrebbe aggiungere in relazione all'art. 111 Cost. – non realiz-

---

[76] Cfr. le sentt. n. 82 del 1992, in *Giur. cost.*, 1992, p. 835 ss., n. 360 del 1994, in *Giur. it.*, 1995, 1, II, p. 475 ss., n. 56 del 1995, in *Giur. cost.*, 1995, p. 476 ss., n. 233 del 1996, in *Giur. cost.*, 1996, p. 2117 ss., n. 132 del 1998, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1032 ss.

[77] P. CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, III, Padova, 1934, p. 97.

[78] Cioè, proprio dell'amministrazione pubblica che non è parte del processo ma se ne serve all'esclusivo fine di far emergere situazioni di inadempienza fiscale delle parti.

[79] Entrambe le citazioni sono tratte dalla sent. n. 333 del 2001, reperibile in *Giur. cost.*, 2001, p. 2829 ss.

[80] Così la Corte costituzionale nella sent. n. 233 del 1996, cit., ma già nella sent. n. 360 del 1994, cit., su cui rimando a A. MAGLIARO, *La giurisdizione tributaria avanti all'A.G.O. condizionata dal filtro amministrativo: in quale misura è costituzionale? (La Consulta si pronuncia in tema di tributi sugli spettacoli e di bollo)*, in *Giur. it.*, 1995, 1, II, c. 676 ss. L'indirizzo giurisprudenziale, fatto proprio dalla Corte dalla fine degli anni ottanta, è stato poi ribadito, per esempio, nella sent. n. 62 del 1998, in *Giur. cost.*, 1998, p. 663 ss. Sulle disposizioni legislative che prevedono, per usare la terminologia americana, l'*exhaustion rule* cfr. M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, I, Milano, 1982, p. 65; G. SCARSELLI, *Limiti al diritto di azione e interventi della Corte costituzionale nel processo civile*, in *Foro it.*, 1987, I, cc. 706-708; L. DEL FEDERICO, *Rimborso della così detta «tassa sulle società» e declino della giurisdizione condizionata*, in *Riv. di dir. tributario*, 1995, II, p. 1065 ss.; R. DAMONTE, *Brevi note sulla cd. "pregiudiziale amministrativa": annotazioni alla sentenza della Corte costituzionale 4 luglio 1996, n. 233*, in *Dir. e prat. tributaria*, 1997, II, p. 856 ss.

[81] Ritiene che questo orientamento della Corte testimoni il radicale cambiamento nel rap-

zi di fatto un ostacolo alla ragionevole durata dei processi [82]. Tutto ciò con una precisazione: la conformità alla Costituzione della disposizione che prevede l'obbligatorietà del previo ricorso agli organi di giustizia sportiva «non si può e non si deve misurare in astratto, e cioè sulla base di quello che dovrebbe accadere secondo le intenzioni del legislatore», ma in concreto, cioè sulla base della «realtà fattuale su cui la norma indice, e quindi degli effetti concreti che essa produce» [83].

4. *Segue:* la «terzietà» dei collegi arbitrali

I dubbi di costituzionalità appaiono ancor più consistenti con riferimento alla previsione di cui all'art. 3, primo comma, secondo periodo della legge in commento, secondo cui la giurisdizione statale, che – come si è visto – decide in via definitiva nelle materie non riservate alla tutela degli organi di giustizia sportiva, può comunque essere esclusa in quelle stesse materie in forza di clausole compromissorie contenute sia negli statuti e nei regolamenti del CONI e delle Federazioni, sia nei contratti individuali di lavoro sportivo *ex* art. 4 della legge n. 91 del 1981. La Relazione governativa al decreto-legge aveva chiarito che l'espressione «in ogni caso è fatto salvo quanto eventualmente stabilito dalle clausole compromissorie» sarebbe dovuta essere intesa come volta esclusivamente a sancire la perdurante liceità di introdurre clausole compromissorie «eventualmente alternative rispetto alla tutela giurisdizionale». In altri termini, par di capire che rimane ferma, anzi gode di prote-

---

porto fra cittadino e pubblica amministrazione – rapporto che a partire dagli anni novanta, soprattutto con la legge n. 241 del 1990, ha visto sempre meno la pubblica amministrazione in posizione di supremazia rispetto al cittadino stesso – M. LAURIENZO, *Giurisdizione condizionata e garanzia costituzionale dell'azione*, in *Riv. amministr. della Repubblica*, 1995, II, p. 1046 ss., secondo cui, appunto, «mutato il rapporto fra pubblica amministrazione e cittadino, il concetto di fondo sembra essere sempre più quello che non siano giustificati ostacoli arbitrari o irrazionali alla tutela giurisdizionale» (p. 1051).

[82] Se la disposizione che subordina il ricorso alla giustizia statale alla previa condizione che sia stata adita quella sportiva si tradurrà di fatto in un ulteriore appesantimento dei procedimenti, allora sarà difficile impedire quanto meno il ricorso alla Corte di Strasburgo a chiunque riterrà di essere stato leso nel diritto soggettivo e immediatamente azionabile riconosciuto dall'art. 6, par. 1 della CEDU («… a che la… causa sia esaminata … entro un termine ragionevole»). L'orientamento della Corte in materia, poi, è ben noto: cfr. sent. 27 aprile 1987, *Erkner e Hofauer c. Autriche*, in *Yearbook*, 1987, p. 127 e sent. 27 settembre 1997, *Gary Fallou Aebe c. Grecia*, in *Yearbook*, I-1997, p. 341.

[83] Entrambe le citazioni sono tratte da F.P. LUISO, *Il diritto costituzionale ed il diritto processuale civile*, in *Riv. dir. cost.*, 1999, pp. 154-155.

zione legislativa, la possibilità per le Carte federali di prevedere che la risoluzione di determinate *res litigiosae* nate in ambito sportivo sia demandata ad appositi collegi arbitrali, purché naturalmente si tratti di diritti soggettivi disponibili, cioè purché – come in parte è stato detto in sede di Commissione Affari Costituzionali – non si tratti di conferire una copertura legislativa alla potenziale esclusione dalla giurisdizione statale di ulteriori (rispetto a quelle indicate dall'art. 2) materie, cui si possano ricondurre anche diritti soggettivi indisponibili e interessi legittimi [84].

Le *Alternative Dispute Resolutions*, cioè quelle forme di composizione delle controversie alternative ai tradizionali metodi di risoluzione delle stesse, tra cui è compreso anche l'arbitrato, hanno la funzione di far decidere la controversia in modo duttile e sollecito da soggetti tecnicamente e professionalmente preparati nello specifico settore, alleggerendo così il carico di lavoro cui i giudici statali sono sottoposti [85]; non c'è dubbio, pertanto, che debbano essere viste con favore tutte quelle clausole, previste nelle varie Carte Federali, che sono volte a caratterizzare in senso arbitrale i procedimenti di soluzione delle controversie sportive, o perlomeno di alcune fra esse. Basti pensare alla previsione di cui all'art. 27, terzo comma e quarto comma dello statuto della F.I.G.C., secondo cui, con riferimento alle controversie insorte fra le società, le associazioni e tutti coloro che nell'ambito della Federazione svolgono attività a carattere agonistico, tecnico, organizzativo ed affine da una parte e la Federazione stessa dall'altra, una volta «esauriti i gradi interni di giustizia federale, su istanza del soggetto interessato o della Federazione, è obbligatorio sottoporsi al tentativo di conciliazione davanti alla Camera di conciliazione ed arbitrato per lo sport istituita presso il CONI», fallendo il quale «la Federazione ed i soggetti … accettano di risolvere la controversia in via definitiva mediante arbitrato, promosso su istanza di una delle parti davanti alla Camera di conciliazione ed arbitrato per lo sport …».

Tuttavia, per poter essere qualificato arbitro, un organo giudicante deve

---

[84] Sono indisponibili quei diritti soggettivi che sono finalizzati a soddisfare un interesse che trascende quello del titolare, e dunque inalienabili, intrasmissibili, impignorabili, irrinunciabili, mentre, quanto agli interessi legittimi, stante il loro collegamento con un interesse pubblico e stante il disposto dell'art. 113 Cost., la giurisprudenza ha sempre sostenuto che gli stessi non possono formare oggetto di una rinuncia alla tutela giurisdizionale. Cfr. Cons. giust. amm. reg. siciliana, ord. 9 ottobre 1993, n. 536, cit., nonché più recentemente Cass. civ., sez. un., 24 aprile 2002, n. 6034, in *Foro it.*, 2002, c. 2290.

[85] Basti pensare alle rilevanti funzioni sia conciliative sia arbitrali svolte nel nostro ordinamento dalle Camere di Commercio anche in importanti settori – cfr. la legge n. 135 del 2001 di riforma della legislazione nazionale del turismo –. Sul punto si veda per tutti P. Bilancia e F. Pizzetti, *Chambers of Commerce in Italy and in some European Union Countries. A study of functional autonomies*, Roma, 2000.

essere necessariamente terzo rispetto alle parti, le quali, non potendo vantare alcun privilegio nella formazione del collegio giudicante, devono risultare equidistanti dallo stesso [86]. D'altronde, se è vero che il processo è il luogo in cui viene dispensata la giustizia, nel quale sono definiti i torti e le ragioni sulla base del preventivo accertamento dei diritti e degli obblighi [87], allora non c'è dubbio che l'arbitrato, anche quello irrituale [88], «è processo o non è», proprio perché «ha per oggetto una controversia *giuridica*, che consiste cioè nel contrasto fra posizioni e pretese giuridiche. E sfocia nel giudizio (inteso come decisione della controversia), emesso dall'arbitro, terzo rispetto alle posizioni *de quibus*» [89]. Da ciò consegue che le decisioni arbitrali devono essere conformi ai principi costituzionali sull'esercizio di attività giustiziali e dunque devono scaturire da un contesto procedimentale caratterizzato da un insieme di regole dato a garanzia del litigante [90]. In conclusione, per «terzietà» non si

---

[86] Trattasi di un principio universalmente riconosciuto, peraltro, perché è sancito non solo dall'ordinamento italiano (art. 810 c.p.c.), ma anche da altri ordinamenti europei, così come emerge, per esempio, dalle previsioni del *Zivilproceßordnung* tedesco (art. 1055) o dal *Code judiciaire* belga (art. 1678). Per l'ordinamento tedesco cfr. L. ROSEMBERG e K.H. SCHWAB, *Zivilprozeßrecht*, München, 1993, p. 1088 ss. e per la Gran Bretagna V. VIGORITI, *L'arbitrato sportivo in materia economica*, in *Riv. dell'Arbitrato*, 2000, p. 16 ss. V'è di più, perché la stessa Commissione europea sia con la raccomandazione 98/257/CE del 30 marzo 1998 sia con la successiva raccomandazione 2001/310/CE del 4 aprile 2001 ha individuato nell'imparzialità, nella trasparenza e nel contraddittorio i principi che dovranno rispettare tutti gli organi terzi, esistenti e futuri, responsabili di quelle procedure che portano alla composizione di una controversia mediante l'intervento attivo di terzi che propongono o impongono una soluzione.

[87] Così già F. CARNELUTTI, *Studi di diritto processuale*, Padova, 1939, IV, p. 259 ss.

[88] «… quando si discorra di arbitrato sotto il profilo della funzione commessa al decidente, la funzione dell'arbitrato rituale e quella del cosiddetto arbitrato libero appaiono identiche»: così F. CRISCUOLO, *Modello arbitrale e strumenti alternativi di giustizia*, in *Riv. dell'Arbitrato*, 2000, p. 34. Per la giurisprudenza Cass. civ. 1 febbraio 1999, n. 833, in *Riv. dell'Arbitrato*, 1999, con nota di E. FAZZALARI, *La distinzione fra arbitrato rituale e irrituale: qualcosa si muove?*, *ivi*, p. 253 ss. e recentemente sulla *reductio ad unum* del fenomeno arbitrale – sempre in merito al profilo di cui ci occupiamo – cfr. il lodo del Collegio arbitrale del 13 febbraio 2002, in *Riv. dell'Arbitrato*, 2003/1, p. 115 ss., con nota di F. CRISCUOLO, *Arbitrato rituale ed arbitrato libero: tra funzione giustiziale ed autonomia privata*, *ivi*, p. 118 ss. Per un approfondito contributo in ordine alle posizioni dottrinali e giurisprudenziali quanto alla dicotomia arbitrato rituale – arbitrato libero cfr. C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, p. 63 ss.

[89] Così un autore dall'*auctoritas* indiscussa in materia quale E. FAZZALARI, *La cultura dell'arbitrato*, in *Riv. dell'Arbitrato*, 1991, p. 4, ma v. anche ID., *Processo di arbitrato libero*, in *Riv. dell'Arbitrato*, 1993, p. 52, e più recentemente ID., *Ancora sulla imparzialità dell'arbitro*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti. II. Diritto pubblico*, Milano, 1999, p. 861 ss. Sul punto cfr. C. GUARNIERI, *Magistratura e politica in Italia*, Bologna, 1992, p. 13 ss.; A. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, Torino, 1999, p. 22 ss.

[90] … elemento, quest'ultimo, che, invece, è avvertito con minore rigore nel caso delle *non-*

intende il grado di indipendenza personale degli arbitri, la loro capacità di essere neutrali ed obiettivi di fronte ad una lite [91], ma si fa riferimento al procedimento di designazione dei componenti il collegio arbitrale [92]. Ciò premesso, ai consociati non può essere chiesto di rinunciare alla tutela dei propri diritti da parte di un giudice statale terzo in favore dell'intervento di un arbitro che non sia altrettanto terzo. In caso contrario, sarebbe inevitabile la violazione non solo del giusto processo, principio «iscritto nel codice genetico del costituzionalismo» [93] e costituzionalizzato dall'art. 111 Cost. [94], ma anche

---

adjudicative A.D.R., quali la conciliazione e la mediazione, in cui, posto che le parti, indipendentemente dal modo di composizione della lite, sono interessate unicamente a trasfondere una proposta di accordo in un atto negoziale da loro stesse proveniente al fine di eliminare il conflitto, il conciliatore o il mediatore «non assume in nessun caso la veste di giudicante» (così P. BERNARDINI, *La conciliazione - Modelli ed esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, Milano, 2001, p. 12). Cfr. anche M. TARUFFO, *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, p. 780 ss. e per la dottrina straniera B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, 1998, pp. 54-64.

[91] Non si tratta, insomma, di chiedere agli arbitri, come avveniva nell'antica Grecia, di proclamare sotto giuramento la propria incorruttibilità, l'equità del verdetto e la segretezza del voto o di sceglierli fra i cittadini appartenenti alle famiglie aristocratiche, dunque le più potenti, al fine di evitare la loro eventuale corruzione o infine di chiedere loro il prestigio e l'autorevolezza attraverso uno stile di vita trasparente ed irreprensibile. E, d'altronde, ai giudici ellenici, ancorché gli stessi non godessero della prerogativa di incidere sulla fondamentale struttura dei Giochi o sulle regole dei singoli concorsi o di apportare modifiche sostanziali, era conferito un potere quasi illimitato: era di loro competenza l'arbitraggio delle gare, la gestione della fase antecedente l'inizio vero e proprio delle competizioni, il compito di infliggere le sanzioni per far rispettare il regolamento; per di più, le loro decisioni erano appellabili soltanto presentando ricorso ad un altro corpo ufficiale, la *Boulé*, cioè il Consiglio olimpico. Sulla questione degli arbitraggi nell'antichità e in particolare nell'antica Grecia rimando comunque alle bellissime pagine di M. PESCANTE e P. MEI, *Le antiche Olimpiadi. Il grande sport nel mondo classico*, Milano, 2003, spec. p. 249 ss.

[92] Ed è proprio questo, come è stato ben scritto, l'elemento veramente distintivo del procedimento arbitrale rispetto ai procedimenti «quasi-giurisdizionali» o «para-giurisdizionali» che sono previsti e si svolgono in ambito sportivo, nei quali «tale aspetto di terzietà funzionale … manca, e l'ente competente a dirimere la controversia appare essere "organo" di una delle parti» (così L. FUMAGALLI, *La risoluzione delle controversie sportive: metodi giurisdizionali, arbitrali ed alternativi di composizione*, cit., p. 251). Si potrebbe anche dire che «*the choice of arbitrator is as important a component of the agreement to arbitrate as is the choice of what is to be submitted to him*» (così il *Chief Justice* della *Supreme Court* americana Rehnquist nel recente caso *Green Tree Financial Corp. V. Bazzle*, 351 S.C. 244 (2003)).

[93] Mi sia permesso di prendere a prestito le parole di G. FERRARA, *Garanzie processuali dei diritti costituzionali e "giusto processo"*, in *Rass. parl.*, 1999, p. 541.

[94] Nel senso che il principio della «terzietà» di cui all'art. 111, secondo comma, Cost. debba essere riferito al «profilo istituzionale o, se si vuole, ordinamentale della funzione giurisdizionale, che deve rendere il giudice effettivamente equidistante dalle posizioni e dalle istanze delle parti del processo» si esprime M. CECCHETTI, *Giusto processo a)Diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, *Agg.*, Milano, 2001, p. 610. Nel senso invece che l'utilizzo dei termini terzo e impar-

e soprattutto del principio espresso dall'art. 6, par. 1 della Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo (CEDU), secondo cui «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata … da un tribunale indipendente e imparziale …» e in base al quale [95], come emerge dal consolidato orientamento della Commissione e della Corte di Strasburgo, è possibile deferire alla cognizione di arbitri privati liberamente scelti dalle parti le controversie riguardanti «diritti e obbligazioni civili», purché il metodo di designazione degli organi ai quali è affidato il compito di decidere in merito alle stesse controversie sia tale da renderli imparziali ed indipendenti in special modo nei confronti di entrambe le parti [96]. Ebbene, alla fonte di adattamento della CEDU nel nostro ordinamento la Corte costituzionale – prendendo spunto dalla tesi a suo tempo esposta da Rolando Quadri [97] – ha riconosciuto, sia pure a titolo di *obiter dictum*, una forza di legge particolare, in quanto «norma derivante da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tale, insuscettibile di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinarie» (sent. n. 10 del 1993) [98]. Non solo, ma il nuovo art. 117, primo comma,

---

ziale costituisca una «endiadi maliziosa» v. P. FERRUA, *Il "giusto processo" in Costituzione. Rischio contraddizione sul neo-contraddittorio. Troppi dettagli nel "111"*, in *Dir. e giust.*, 2000, n. 1, p. 78.

[95] … nonostante lo stesso art. 6, par. 1 formalmente non utilizzi l'espressione «terzo».

[96] Si vedano per tutte, ad esempio, le sentenze *De Cubber c. Belgio* del 26 ottobre 1984, serie A, n. 86, *Piersack c. Belgio* del 1° ottobre 1982, serie A, n. 53 e *Campbell e Fell c. Regno Unito* del 28 giugno 1984, serie A, n. 80, 39, par.78, ma anche *Holm c. Svezia* del 25 novembre 1993, par.30, *Findlay c. Regno Unito* del 25 febbraio 1997, par.73 ss. Sul punto cfr. più in generale comunque M. CHIAVARIO, *sub art. 6*, *Diritto ad un processo equo*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI e G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 153 ss.

[97] La tesi – autorevole ma rimasta da sempre isolata nel panorama dottrinale – sostenuta da R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968, p. 64 ss. partiva dalla premessa in base alla quale, dovendo ritenersi compresa fra le norme di diritto internazionale generale quella secondo cui *pacta sunt servanda*, l'inadempimento dell'obbligo internazionale che si fosse manifestato attraverso l'abrogazione, la modifica o la deroga rispetto ad una legge di adattamento si sarebbe risolto, di conseguenza, in una violazione costituzionale, più specificamente dell'art. 10, primo comma, Cost.. Ancor più in particolare, si potrebbe dire che la Corte sembra accogliere la teoria sostenuta da P. BARILE, *Rapporti fra norme primarie comunitarie e norme costituzionali e primarie italiane*, in *La comun. internaz.*, 1966, p. 14 ss., ma spec. pp. 16-17, il quale, nel tentativo di mitigare le conclusioni cui era pervenuto il Quadri, affermò che le norme di esecuzione dei trattati, per quanto non assimilabili a quelle costituzionali, avrebbero comunque goduto di un trattamento privilegiato rispetto alle norme dell'ordinamento aventi il medesimo grado nella gerarchia delle fonti.

[98] Sulla sent. n. 10 del 1993, in *Giur. cost.*, 1993, p. 53 ss., si veda E. CANNIZZARO, *Gerarchia e competenza nei rapporti fra trattati e leggi interne*, in *Riv. dir. internaz.*, 1993-2, p. 353 ss. Tende invece a sminuire la portata delle affermazioni pronunciate, sia pure *ad abundantiam*, nella sentenza S. AMADEO, *I trattati internazionali dinanzi alla Corte costituzionale*, Milano,

Cost., statuendo che «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto … dei vincoli derivanti … dagli obblighi internazionali» [99], a detta di parte autorevole della dottrina [100], riconosce più in generale alle norme di origine pattizia un'autorità superiore rispetto alle leggi ordina-

1999, secondo cui comunque la possibilità di colpire con una pronuncia d'illegittimità costituzionale la legge interna successiva ritenuta in contrasto con le norme di adattamento al diritto pattizio «non appare allo stato attuale praticabile … [anche] perché la Corte non indica un parametro costituzionale di riferimento» (p. 54). Ed effettivamente la decisione n. 10 del 1993, il cui contenuto è stato in seguito ripreso dalla Corte di Cassazione nella pronuncia n. 6672 del 1998, in *Riv. internaz. dei diritti dell'uomo*, 1998, p. 970, ha comunque costituito un *unicum* nella giurisprudenza costituzionale, così come, d'altronde, anche le sentenze in cui la Corte costituzionale sembra farsi carico dell'esigenza di garantire una copertura costituzionale alle Carte internazionali sui diritti umani, come nel caso, per esempio, della sent. n. 399 del 1998, in *Giur. cost.*, 1998, p. 3454 ss., non hanno trovato adeguate conferme nella successiva giurisprudenza. Anzi, la Consulta ha costantemente ribadito il proprio orientamento secondo cui «le norme di diritto internazionale pattizio prive di un particolare fondamento costituzionale assumono … nell'ordinamento nazionale il valore conferito loro dalla forza dell'atto che ne dà esecuzione» (così la sent. n. 73 del 2001, in *Giur. cost.*, 2001, p. 428 ss., ma già la sent. n. 15 del 1996, in *Giur. cost.*, 1996, p. 148 ss. con riguardo all'art. 27 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966). Sul punto anche M. RUOTOLO, *La "funzione ermeneutica" delle convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in *Dir. e soc.*, 2000, p. 291 ss., secondo cui in ogni caso la negazione del valore costituzionale o sovra-legislativo delle disposizioni pattizie non equivale a disconoscere «la capacità di "orientamento" delle norme internazionali convenzionali nell'interpretazione dei disposti costituzionali» (pp. 297-298).

[99] L'art. 1 della legge n. 131 del 2003 («Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3») ha avuto poi modo di specificare – ben diversamente, peraltro, da quanto predisposto dal testo originario del disegno di legge n. 1545, il quale limitava il «vincolo» degli obblighi internazionali ai soli «trattati internazionali ratificati a seguito di legge di autorizzazione» in base all'art. 80 Cost. – che «costituiscono vincoli alla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni … quelli derivanti dalle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, di cui all'art. 10 della Costituzione, da accordi di reciproca limitazione della sovranità, di cui all'art. 11 della Costituzione, dall'ordinamento comunitario e dai trattati internazionali».

[100] In tal senso cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2002, p. 320 ss., ma anche ID., *Sulle recenti modifiche della Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 230 ss.; F. SORRENTINO, *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni*; B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V - Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione Europea*, Torino, 2002, p. 116 ss.; G. GERBASI, *I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali nel nuovo Titolo V Cost.: difficoltà interpretative tra continuità e discontinuità rispetto al precedente assetto*, in S. Gambino (a cura di), *Il «nuovo» ordinamento regionale - competenze e diritti*, Milano, 2003, p. 293 ss. ma spec. p. 302 ss. Su posizioni diverse o addirittura opposte cfr. E. CANNIZZARO, *La riforma "federalista" della Costituzione e gli obblighi internazionali*, in *Riv. dir. internaz.*, 2001, p. 921 ss., ma spec. p. 931; R. GRANATA, *Il nuovo disegno costituzionale delle autonomie: riflessioni sui percorsi legislativi di attuazione*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 87 ss.

rie, cioè sottrae gli obblighi internazionali introdotti con legge a successivi interventi legislativi statali contrari, insomma, pare garantire «un certo *quantum* di copertura costituzionale agli atti interni di esecuzione» [101] dei trattati internazionali [102]. Di conseguenza, una legge ordinaria che fosse in contrasto con i vincoli derivanti da un trattato stipulato dall'Italia, quale è la CEDU, si porrebbe «per ciò stesso, in contrasto con la Costituzione (secondo il collaudato modello della norma interposta)» [103] e potrebbe essere annullata dalla Corte costituzionale per violazione indiretta della Carta Fondamentale.

Non è un caso, del resto, se nella famosa sent. 15 marzo 1993 sul *Tribunal Arbitral du sport* (*TAS*) il Tribunale federale svizzero, preso atto che sulla nomina dei suoi membri e sulla sua organizzazione esercitava un'influenza determinante la *longa manus* del Comitato Olimpico Internazionale (CIO), poteva giungere alla conclusione secondo cui al *TAS* stesso non sarebbe potuta essere riconosciuta dignità di organo arbitrale e conseguentemente agli interessati non sarebbe potuto essere negato il ricorso ai giudici statali [104].

Si pensi, invece, alla sopracitata Camera di conciliazione e arbitrato per lo sport – cosiddetta «Camera» –, istituita dall'art. 12 del Nuovo Statuto del CONI (2000) e alla quale, per espressa previsione di molte Carte federali,

---

[101] G. Gerbasi e D. Loprieno, *L'apertura del diritto costituzionale al diritto internazionale dei diritti umani negli ordinamenti dell'Europa continentale*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2002, p. 1111.

[102] È stato autorevolmente sostenuto, comunque, che questo non vuol dire i trattati internazionali siano posti allo stesso livello gerarchico della Costituzione, a ciò necessitando, in una Costituzione rigida quale è la nostra, un'esplicita equiparazione effettuata dalla stessa Carta Fondamentale, ma implica, invece, che «gli accordi internazionali sono vincolanti solo se conformi a Costituzione» (così A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 2003, p. 30).

[103] A. D'Atena, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione europea*, rep. in *www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni*.

[104] E proprio sulla base di questa decisione, *BGE 119 II 271*, venne promossa la riforma del *TAS* che vide poi la luce nel 1994 con il *Code de l'Arbitrage en matière de Sport*, il quale prevede l'istituzione del *Conseil International de l'Arbitrage en matière de Sport* (*CIAS*), cui è affidata proprio la specifica funzione di garantire l'indipendenza e l'imparzialità dei membri del *TAS*. Sul punto M. Coccia, *Fenomenologia della controversia sportiva e dei suoi modi di risoluzione*, in *Riv. dir. sport.*, 1997, p. 605 ss.; M. De Cristoforo, *Al crepuscolo la pretesa di "immunità" giurisdizionale delle federazioni sportive?*, in *Riv. dir. sport.*, 1996, p. 864 ss., a commento della famosa sentenza *Krabbe c. Federazione tedesca di Atletica leggera e I.A.A.F.* del Tribunale di Monaco di Baviera, VII sez. comm., 17 maggio 1995, *ivi*, p. 833 ss. Sempre sotto il profilo considerato, un'attenzione particolare suscita, poi, il complicato caso *Reynolds c. International Amateure Athletic Federation* (*I.A.A.F.*), deciso dalla Corte distrettuale degli Stati Uniti – distretto meridionale dell'Ohio con sent. 3 dicembre 1992, in *Riv. dir. sport.*, 1995, p. 171 ss. (con nota di U. Izzo, *Cento milioni a metro: il caso Reynolds*), caso che ha visto addirittura il coinvolgimento del giudice della *Supreme Court* Stevens.

deve o può [105] essere rimessa la risoluzione delle controversie insorte fra associati e Federazioni, sia pure con l'esclusione di alcuni rilevanti settori [106]. Il Regolamento della «Camera», in attuazione dell'art. 12, ottavo comma del Nuovo Statuto del CONI, ha previsto all'art. 2 che i componenti siano nominati dal Consiglio Nazionale del CONI su proposta della Giunta Nazionale, ossia proprio dai vertici di quelle Federazioni contro cui viene proposto il ricorso. A prescindere dalla competenza giuridica dei componenti e degli esperti che fanno parte di questo organismo, è evidente che le parti non concorrono con pari dignità alla formazione del collegio e che dunque quest'ultimo è tutt'al più un giudice interno, «endo-associativo», ma non può essere qualificato «arbitro». Il rischio, pertanto, è che l'art. 3, primo comma, ultimo periodo possa conferire una copertura legislativa alla risoluzione di rilevanti controversie sportive da parte di organi «para-giurisdizionali» o «quasi-giurisdizionali» che nulla hanno a che vedere con l'istituto arbitrale.

In conclusione, il legislatore avrebbe potuto quanto meno ribadire che il conferimento della copertura legislativa alle clausole compromissorie, previste negli statuti e nelle altre fonti di cui all'art. 3, deve essere subordinato alla condizione che queste prevedano un meccanismo di designazione in grado di rendere i collegi arbitrali effettivamente terzi rispetto alle parti, anche se tale principio, come ha avuto modo di ribadire recentemente il Consiglio di Stato, dovrebbe risultare comunque implicitamente imposto dal Titolo IV della Parte seconda della Costituzione, che richiede il requisito della «terzietà» «per tutti i giudici e per tutti i giudizi» [107].

---

[105] L'art. 12, terzo comma del Nuovo Statuto del CONI, infatti, precisa che devono considerarsi comunque escluse dalla competenza della «Camera» «tutte le controversie tra soggetti affiliati, tesserati o licenziati per le quali siano istituiti procedimenti arbitrali nell'ambito delle Federazioni Sportive Nazionali, ovvero delle Discipline sportive associate, ovvero degli Enti di promozione sportiva».

[106] Rimangono solitamente escluse le controversie di natura tecnico-disciplinare che abbiano comportato l'irrogazione di sanzioni inferiori a centoventi giorni (si veda, ad esempio, l'art. 27, terzo comma, ultimo periodo Statuto FIGC o l'art. 62, primo comma, ultimo periodo Statuto FIT).

[107] Così Cons. St., 17 ottobre 2003, n. 6335, rep. in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui è illegittimo e deve essere conseguentemente annullato l'art. 150, terzo comma del regolamento di attuazione di cui al D.P.R. n. 554 del 1999 che, nel rimettere alla camera arbitrale per i lavori pubblici la nomina del terzo arbitro, con funzioni di presidente del collegio, introduceva una rilevante novità, consistente nella sottrazione alle parti della possibilità di nominare direttamente, d'accordo fra di loro, il terzo arbitro o di individuare, per detta nomina, un meccanismo diverso ma pur sempre fondato sulla loro volontà. La camera arbitrale, infatti, è «un organo che, pur operando in piena autonomia ed indipendenza, è pur sempre amministrativo, facente parte della pubblica amministrazione, che nella maggioranza dei casi è parte in causa nei giudizi arbitrali».

5. *Segue*: il rapporto con l'art. 103, primo comma e l'art. 3 della Costituzione

Deve essere, inoltre, segnalata l'esistenza di un ulteriore profilo di dubbia costituzionalità che riguarda la previsione di cui all'art. 3, secondo comma, della legge, secondo cui, come già detto, la competenza di primo grado a dirimere ogni controversia avente ad oggetto atti del CONI o delle Federazioni sportive che non riguardi materie riservate alla giurisdizione esclusiva sportiva e che non concerna i rapporti patrimoniali fra società, associazioni ed atleti spetta, sia pure dopo che siano stati esauriti i gradi della giustizia sportiva, «in via esclusiva, anche per l'emanazione di misure cautelari, al tribunale amministrativo del Lazio». Non c'è dubbio che in un ordinamento giuridico statale, quale il nostro, in cui la ripartizione fra «centro» e «periferia» del potere giudiziario si conforma ad un «modello monista "quasi puro"» [108] – nel quale cioè, al di là di alcuni casi limitati e marginali [109], è conferito ad un solo soggetto politico-istituzionale, più in particolare a quello centrale, il potere di decidere circa la competenza e il funzionamento del sistema giudiziario – lo Stato sia legittimato a disciplinare (anche) le competenze dei TAR e le regole inerenti il procedimento che si svolge dinanzi agli stessi. D'altronde, per quanto concerne la funzione giurisdizionale e l'articolazione del potere giudiziario fra Stato e Regioni, ben poco è cambiato con l'approvazione della riforma del Titolo V, la cui versione definitiva, contrariamente a quanto previsto dal testo unificato presentato dalla Commissione Affari Costituzionali della Camera [110], non ha introdotto nessuna forma di potenziale raccordo fra «segmenti» [111] dell'organizzazione giudiziaria e Regione [112], ma si

---

[108] F.G. Pizzetti, *Il giudice nell'ordinamento complesso*, Milano, 2003, p. 93.

[109] Si pensi più in particolare al Consiglio di giustizia amministrativa della Regione Siciliana, la cui istituzione è stata prevista da una disposizione di attuazione dello Statuto Speciale, anziché dalla legge nazionale n. 186 del 1982 che disciplina lo *status* dei magistrati amministrativi, e la cui competenza è stata stabilita non dalla legge statale, bensì dall'art. 5 del D.Lgs. n. 654 del 1948 di attuazione dello Statuto siciliano. Cfr. A.M. Poggi, *Revisione della "forma di Stato" e funzione giurisdizionale: una diversa ripartizione di competenze tra Stato e Regioni?*, in *Le Regioni*, 1996, I, p. 65 ss.

[110] L'art. 128 Cost., nella versione di siffatto testo, prevedeva, sia pure sulla base di legge statale, l'istituzione in ogni regione del Consiglio regionale di Giustizia, al quale conferire, sia pure, ancora, in base alle norme dell'ordinamento giudiziario e dunque di una legge statale, le nomine, le revoche, le assegnazioni, i provvedimenti disciplinari e gli altri provvedimenti concernenti lo stato dei Giudici di Pace.

[111] F.G. Pizzetti, *Il giudice nell'ordinamento complesso*, cit., p. 158.

[112] Se si eccettua, con riferimento al regionalismo differenziato, la previsione dell'art. 116,

è limitata a ribadire all'art. 117, secondo comma, lett. *l*) che la materia «giurisdizione e norme processuali» e «giustizia amministrativa» compete alla potestà legislativa «esclusiva» dello Stato [113]. In altri termini, il legislatore statale ben può attribuire al TAR del Lazio il potere di giudicare in ordine a determinate controversie, a nulla ostando, come noto, la circostanza che i Tribunali Amministrativi siano qualificati «regionali», poiché tale qualifica si limita ad esprimere la vocazione prettamente «regionale» della loro competenza territoriale [114].

Del resto e più in generale, la scelta legislativa di devolvere alla giurisdizione esclusiva del Tribunale amministrativo regionale la risoluzione di una quota consistente delle controversie sportive, identificata sulla base del criterio residuale, non sorprende, se solo si pensa che la tendenza più recente del legislatore ordinario, manifestata, ad esempio, nel D.Lgs. n. 80 del 1998 e nella legge n. 205 del 2000 [115], pare improntata, nella ripartizione della giurisdizione, ad uti-

---

terzo comma, Cost., secondo cui nelle materie *ex* art. 117, secondo comma, lett. *l*), «limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace» possono essere conferite alle Regioni «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia», sia pure soltanto sulla base di tutta una serie di condizioni e presupposti. A giudizio di F.G. PIZZETTI, *Il giudice nell'ordinamento complesso*, cit., p. 93, nota 42, tale previsione, se sviluppata al «massimo grado», potrebbe portare il nostro ordinamento verso «un modello monista integrato».

[113] Cfr. anche S. VENEZIANO, *I Tribunali amministrativi Regionali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *La Funzione Amministrativa e il suo Giudice alla luce delle recenti modifiche della Costituzione*, Torino, 2003, p. 232, nonché G. FALCON, *La riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione e i suoi riflessi sulla giurisdizione amministrativa*, *ivi*, p. 98 ss. Ciò che invece pertiene alla potestà legislativa concorrente fra Stato e Regioni è, in base all'art. 117, terzo comma, Cost. – che opera per la prima volta, sulle orme di altre Carte Costituzionali europee (v. ad es. l'art. 16, nono comma, Cost. greca e l'art. 79 Cost. portoghese), un esplicito riferimento al fenomeno sportivo nella nostra Carta Fondamentale –, la materia «ordinamento sportivo»: sotto questo profilo, tuttavia, non pare che la legge n. 280 del 2003 possa essere sindacata, poiché la stessa adotta disposizioni non di dettaglio, bensì soltanto di principio e dunque non invade gli ambiti attribuiti alla competenza ripartita delle Regioni. Sulla distinzione fra «principi fondamentali» e «dettaglio» rimando comunque, da ultimo, al contributo di A. GERMANÒ, *La "materia" agricoltura nel sistema definito dall'art. 117 Cost.*, in *Le Regioni*, 2003/1, p. 129 ss.

[114] Da sempre è rimasta isolata ed è stata poi respinta anche dalla Consulta – cfr. già la sent. n. 49 del 1968, in *Giur. cost.*, 1968, p. 764 ss. – l'opinione dottrinale secondo cui sarebbe stata costituzionalmente legittima, dunque praticabile la strada di un decentramento a livello regionale di competenze giurisdizionali, attesa la collocazione dell'art. 125 Cost. nel Titolo dedicato alle Regioni, come tale espressiva di un valore «emergente» rispetto al semplice criterio di competenza territoriale: su tale teoria cfr. A. ALBINI, *Intervento alla discussione su I Tribunali Amministrativi Regionali*, in *Gli Statuti regionali – I Tribunali Amministrativi Regionali*, *Atti del VIII convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione*, Milano, 1972, p. 467 ss.; G. MORBIDELLI, *Cronaca parlamentare della legge istitutiva dei Tribunali Amministrativi regionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 2092 ss.

[115] Si pensi soltanto, più in particolare, agli artt. 33, 34, primo e secondo comma e 35, pri-

lizzare criteri basati non sulla natura giuridica della situazione soggettiva tutelata, quanto piuttosto sulla materia disciplinata nel provvedimento legislativo. A questo proposito, tuttavia, deve essere precisato che, stante il disposto di cui all'art. 103, primo comma, Cost., tutti i casi in cui il legislatore sub-costituzionale tende a superare e a capovolgere il criterio di riparto delle giurisdizioni basato sulla tradizionale distinzione fra interessi legittimi e diritti soggettivi non possono che destare forti perplessità sotto il profilo della stessa legittimità costituzionale [116]. D'altronde, è ben vero che la succitata disposizione costituzionale ammette la possibilità che sia attribuita al giudice amministrativo la cognizione su diritti soggettivi, ma ciò solo «in particolari materie indicate dalla legge». Non ci si può esimere dall'osservare che, se la giurisdizione esclusiva può riguardare soltanto ambiti caratterizzati da «note molto specifiche» [117] proprio perché, qualunque sia la parte in causa, il «giudice naturale» [118] dei diritti è il

---

mo, terzo e quarto comma del D.Lgs. n. 80 del 1998, i quali affidano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo determinate controversie, concernenti anche veri e propri diritti soggettivi, insorte fra privati e pubbliche amministrazioni, nonché alla legge n. 205 del 2000 che non solo ha di fatto reintrodotto l'art. 33 del D.Lgs. n. 80 del 1998, già dichiarato incostituzionale dalla Consulta sotto il profilo dell'eccesso di delega nella sent. n. 292 del 2000, ma ha anche ulteriormente esteso la giurisdizione amministrativa, sottraendo al giudice ordinario tutte le vertenze sul risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi (art. 7).

[116] Non manca peraltro la posizione di chi saluta con favore la circostanza che «ad un criterio ordinatore, fondato su una dogmaticamente scorretta alternatività tra diritti ed interessi legittimi» si vada «aggiungendo e sovrapponendo un tanto vasto numero di deroghe», al punto tale da concludere nel senso che «fondare sull'inversione tra regole ed eccezione una censura di costituzionalità può apparire quasi fuori dai tempi» (così F. ELEFANTE, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività procedimentale*, Padova, 2002, p. 321). Su posizioni simili anche B. Sassani, *La giurisdizione esclusiva*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale. V. Il processo amministrativo*, Milano, 2003, p. 4673.

[117] Deve trattarsi di materie limitate per rilevanza ed ampiezza, quali «la presenza, nel rapporto col privato, della pubblica amministrazione, e l'esercizio da parte sua di pubblici poteri attribuitile dalla legge in vista della gestione funzionale della materia stessa» (così F. BILE, *Qualche dubbio sul nuovo riparto di giurisdizione*, in *Corriere giuridico*, 1998, n. 12, p. 1477). Nel senso, invece, della legittimità, ai fini del riparto delle giurisdizioni, del criterio concorrente delle «materie», in aggiunta a quello fondato sulle posizioni soggettive, pare esprimersi N. DI MODUGNO, *La nuova giurisdizione esclusiva e la prova nel processo amministrativo: prime riflessioni sulla recente riforma*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, spec. p. 19 ss. nonché C. CALABRÒ, *Pronti a sfidare la sfida della qualità*, in *Guida al dir.*, 2000, n. 30, secondo cui l'art. 7 della legge n. 205 del 2000 è «norma fondamentale» anche perché «evita al cittadino di dover adire due diverse giurisdizioni, con duplicazione della vertenza e con prolungamento della stessa fuor di misura (e la giustizia è misura)», senza dimenticare, poi, prosegue l'autore, che il «concetto di interesse legittimo … [è] ormai sfuggente [nello stesso] ordinamento comunitario» (p. 30).

[118] Contesta in dottrina l'utilizzo di tale formula, cioè «il richiamo alla «naturalità»», giudicato «non … del tutto chiaro né calzante», V. PARISIO, *Carta Costituzionale, giurisdizione esclusiva e pubblici servizi*, in *Dir. e soc.*, 2003, pp. 92-93.

giudice ordinario [119], allora possono essere nutriti seri dubbi sulla pretesa piena discrezionalità del legislatore nell'assegnazione di materie al giudice amministrativo, cioè sull'indiscriminata estensione, sia pure disposta con legge, del «perimetro» [120] della giurisdizione amministrativa a qualunque vertenza potenzialmente inerente anche diritti soggettivi [121]. E non a caso nella

[119] Va dato conto, tuttavia, dell'esistenza in dottrina della teoria della «pariordinazione», secondo cui nel campo degli interessi legittimi il giudice amministrativo si configurerebbe quale «giudice ordinario e generale senza possibilità di eccezioni, alla pari del giudice ordinario che è tale nel campo dei diritti soggettivi, ma con possibilità di eccezioni a favore del primo», con la logica conseguenza che il sistema costituzionale consentirebbe l'espansione della giurisdizione esclusiva, con particolare riferimento alle cosiddette materie complesse, involgenti cioè la cognizione su diritti soggettivi ed interessi legittimi (la citazione è dovuta ad uno dei maggiori esponenti di tale teoria, G. ROEHRSSEN, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1988, p. 164). A tale ricostruzione è stato obiettato che «a fronte di una norma (l'art. 103, primo comma) che attribuisce in linea generale al giudice amministrativo la sola tutela di interessi legittimi (poiché l'attribuzione di giurisdizione esclusiva deve avvenire tassativamente), … non esiste nella Costituzione una norma che limiti la cognizione del giudice ordinario ai soli diritti soggettivi. Al contrario, il primo comma dell'art. 102 attribuisce ai magistrati ordinari "la funzione giurisdizionale"», e del resto «la coincidenza nella figura del giudice ordinario sia dell'indeterminatezza della sfera giurisdizionale (e, dunque, della "generalità" delle sue attribuzioni), sia dell'attribuzione della competenza sui diritti soggettivi, non è probabilmente senza significato»: così A.M. POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra "attuazione" e "adeguamento" della Costituzione*, Napoli, 1995, p. 136. Sul punto cfr. anche E. GALLO, *Il principio di "unicità della giurisdizione" e le direttive della Commissione parlamentare per la riforma costituzionale*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, 1994, 1-2, p. 93 ss.

[120] F. FRACCHIA, *Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e specialità del diritto amministrativo*, in *Foro it.*, 2000, III, c. 369.

[121] Cfr. in dottrina A. TRAVI, *Giurisdizione esclusiva e legittimità costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2401 ss.; S. MURGIA, *Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e garanzie dei diritti del cittadino*, in *Foro amm.*, 2000, p. 1560 ss., ma spec. p. 1571 ss.; N. PAOLANTONIO, *Giurisdizione esclusiva e tutela giudiziaria*, in *Foro amm.*, 2000, p. 2445 ss.; V. PARISIO, *Giudice amministrativo, giurisdizione esclusiva e pubblici servizi: spunti di riflessione su alcune questioni problematiche*, in V. PARISIO e A. PERINI (a cura di), *Le nuove frontiere della giurisdizione esclusiva - Una riflessione a più voci*, Milano, 2002, spec. p. 90 ss.; per la dottrina anglosassone sul punto v. J.W.E. ALLISON, *A Continental Distinction in the Common Law*, Oxford U.P., 1996, p. 18 ss. Quanto alla giurisprudenza, si è espressa in tal senso, per esempio, Cass., sez. un., 30 marzo 2000, n. 72, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2210, nonché più recentemente Trib. Roma, ord. 31 luglio 2002, n. 448, con cui è stata rimessa alla Consulta la questione di legittimità costituzionale del D.Lgs. n. 80 del 1998, così come modificato dalla legge n. 205 del 2000, nella parte in cui ha devoluto la giudice amministrativo, nella materia dei servizi pubblici, la giurisdizione sui diritti soggettivi per supposta violazione degli artt. 3, 24, 25, 100, 102, 103, 111 e 113 Cost. (su cui v. le note successive). In senso contrario, invece, P. DE LISE, *La nuova giurisprudenza del giudice amministrativo*, rep. in *www.giustizia-amministrativa.it*, nonché Cons. St., Ad. Plen., 30 marzo 2000, n. 1, in *Foro it.*, 2000, III, c. 365 ss., su cui in senso critico A. TRAVI, *Tre pronunce a confronto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, I, p. 576 ss.

recente sent. 6 luglio 2004, n. 204 [122] la Consulta, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale degli art. 33, primo e secondo comma, e 34, primo comma del D.Lgs. n. 80 del 1998, così come riformulati dall'art. 7, primo comma, lett. *a*) e *b*) della legge n. 205 del 2000, ha potuto affermare – operando «per la prima volta un inquadramento generale della giustizia amministrativa» [123] – che «il vigente art. 103, primo comma, Cost. non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare "particolari materie" nelle quali "la tutela nei confronti della pubblica amministrazione" investe "anche" diritti soggettivi: un potere, quindi, del quale … in positivo … va detto che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi sul dato, oggettivo, delle materie» [124].

Non solo, v'è di più, perché l'art. 3, secondo comma della legge, nel momento in cui procede all'assegnazione di siffatta competenza esclusivamente al TAR del Lazio, stabilisce una deroga alla regola generale posta dall'art. 3 della legge n. 1034 del 1971, secondo cui «per gli atti emessi da organi centrali dello Stato o di enti pubblici a carattere ultraregionale, la cui efficacia è limitata territorialmente alla circoscrizione del tribunale amministrativo regionale … la competenza è del tribunale amministrativo regionale medesimo», mentre «negli altri casi, la competenza, per gli atti statali, è del tribunale amministrativo regionale con sede a Roma; per gli atti degli enti pubblici a carattere ultraregionale è del tribunale amministrativo nella cui circoscrizione ha sede l'ente». Sulla base della regola posta dalla legge sui TAR, dunque, non v'è dubbio che, nell'ipotesi di un provvedimento emanato dal CONI o

---

[122] In *Dir. proc. amm.*, 2004/9, p. 799 ss.

[123] Così M. CLARICH, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004/9, p. 970, il quale fa notare come non fosse affatto scontato che le previsioni legislative *de quibus* avrebbero superato «indenn[i] il test di costituzionalità», dal momento che in alcune precedenti decisioni, quali l'ord. n. 439 del 2002 o l'ord. n. 140 del 2001, la stessa Corte era sembrata «lasciar mano sostanzialmente libera al legislatore ordinario nel ripartire tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo le più varie tipologie di controversie».

[124] … con la conseguenza che la Corte rifiuta il criterio di riparto per «blocchi di materie» e sostiene invece la tesi della «rigida divisione dei vari ordini di giudici in *sistemi diversi*, in sistemi *autonomi* «ognuno dei quali fa parte a sé». Insomma l'*apartheid* delle giurisdizioni»: così si esprime C. CONSOLO, *Il «waltzer delle giurisdizioni» rigira e ritorna a fine ottocento*, in *Il Corriere giuridico*, 2004/9, p. 1132. Per un approfondimento della sentenza *de qua* mi limito in questa sede a rimandare comunque, anche per le annotazioni critiche rivolte alla stessa, ai contributi di A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004/9, p. 974 ss.; B.G. MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, *ivi*, p. 979 ss.; R. VILLATA, *Leggendo la sent. n. 204 della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2004/9, p. 832 ss.

da una Federazione sportiva [125] che esaurisse i suoi effetti nell'ambito di competenza di un determinato TAR (ad esempio, il TAR Sicilia), quest'ultimo sarebbe titolare della competenza a giudicare [126]. Ora, se è vero, come emerge dalla giurisprudenza costituzionale e non solo [127], che il principio dell'eguaglianza formale risulta violato ogni qual volta il legislatore tratti in modo irragionevolmente diverso situazioni che risultino fra di loro assimilabili [128], si tratta di vedere – ma è legittimo nutrire grandi perplessità in proposito [129] – se sia giustificato che le controversie che hanno ad oggetto atti del-

[125] Non si dimentichi che le federazioni sportive, *ex* art. 15, primo comma, D.Lgs. n. 242 del 1999, sono sì associazioni di diritto privato, ma gli atti posti in essere dalle stesse in qualità di organi del CONI sono esplicazione di una funzione pubblica e costituiscono esercizio di poteri discrezionali di natura pubblicistica e con un'indubbia rilevanza esterna. Sul punto T.A.R. Puglia, sez. I, 11 settembre 2001, n. 3477, in *www.lexitalia.it* e T.A.R. Lazio, sez. III-*ter*, 4 novembre 2003, n. 9429, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In tal senso in dottrina S.N. CALZONE, *Osservazioni sul CONI, le Federazioni sportive nazionali e le società sportive alla luce del D.Lgs. n. 242 del 1999*, in *Riv. dir. sport.*, 2000, p. 588; G. NAPOLITANO, *La nuova disciplina dell'organizzazione sportiva italiana: prime considerazioni sul decreto legislativo 23 luglio 1999, n. 242*, in *Riv. dir. sport.*, 1999, secondo cui «al fine di evitare continui conflitti giurisprudenziali, sarebbe particolarmente opportuno che lo Statuto del CONI introducesse un elenco delle attività di rilevanza pubblica» (p. 622).

[126] … e non invece il T.A.R. del Lazio come prescrive bensì la legge n. 280 del 2003. Sull'art. 3 della legge n. 1034 del 1971 cfr. Cons. St., sez. IV, 15 dicembre 2000, n. 6629, in *www.giustizia-amministrativa.it*, nonché Cons. St., sez. VI, 13 febbraio 2001, n. 714, in *Cons. Stato*, 2001, II-2, p. 291.

[127] Il riferimento è al rinvio operato dal Presidente della Repubblica Ciampi nel dicembre 2000, in occasione del quale il Presidente ha chiesto alle Camere di rivedere un comma dell'art. 6 del testo della delibera che reintroduceva il carattere pubblicistico della contrattazione collettiva nel comparto della sanità, sulla base della motivazione secondo cui lo stesso realizzava una chiara «disparità di trattamento rispetto ai dipendenti pubblici degli altri comparti … soggetti alla disciplina di diritto privato». Ebbene, nel caso in esame il Capo dello Stato non ha esitato ad utilizzare lo schema «triadico» proprio del giudizio di ragionevolezza, individuando previamente un *tertium comparationis*, e più in particolare il D.Lgs. n. 28 del 1993, al quale ha poi rapportato la norma censurata. Sul punto si veda C. DE FIORES, *Il rinvio delle leggi tra principio maggioritario e unità nazionale*, in *Riv. dir. cost.*, 2002, p. 206 ss.

[128] Il principio, accolto dalla Consulta fin dalla pronuncia n. 53 del 1958, dell'eguaglianza «a doppio volto», quale obbligo di trattare l'eguale in modo eguale e il diverso diversamente, viene bene indicato dalla dottrina tedesca con l'espressione *Gleiches gleich, Ungleiches ungleich*. Cfr. E. KAUFMANN, *Gesammelte Schriften*, III, *Rechtsidee und Recht*, Göttingen, 1960, p. 246 ss. Sul ruolo acquisito dal «principio di eguaglianza-ragionevolezza» nella giurisprudenza costituzionale si veda, per esempio, il contributo di A. MOSCARINI, *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, in R. NANIA e P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Torino, 2001, spec. p. 169 ss., e *ivi* riferimenti dottrinali. Sul punto rimane però imprescindibile il riferimento a L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, nonché ID., *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in *Giur. cost.*, 1984, p. 219 ss.

[129] Ancorché sia doveroso precisare che al T.A.R. del Lazio nel corso degli anni è stata

l'ente pubblico CONI o delle Federazioni sportive siano assoggettate ad un criterio di competenza diverso rispetto a quelle concernenti atti di un qualsiasi altro ente pubblico. Del resto, quanto a ragionevolezza intrinseca, a coerenza teleologica, ad adeguatezza della disposizione *de qua* in ordine al raggiungimento della *ratio legis* [130], i motivi di critica non possono che crescere: se, come può evincersi anche dagli Atti parlamentari [131], il legislatore, partendo dal presupposto che i Tribunali amministrativi regionali locali non possono essere ritenuti esenti dall'influenza di interessi «campanilistici», si è prefissato lo scopo di impedire che le decisioni in merito alle controversie sportive siano adottate dai TAR periferici, mi pare che la scelta di trasferire siffatta competenza al TAR del Lazio sia del tutto inadeguata a realizzare il fine che lo stesso legislatore si proponeva: che dire, infatti, delle controversie che dovessero vedere coinvolte, ad esempio, le società capitoline [132]? In questo

---

attribuita la competenza su molte altre materie, tanto che è stato affermato che suddetto T.A.R. «può essere considerato il giudice *propositivo* dei principi afferenti agli atti normativi e generali» (così G. MORBIDELLI, *Il T.A.R. del Lazio e gli atti amministrativi generali*, in S. AMOROSINO, G. MORBIDELLI e M. MORISI (a cura di), *Istituzioni Mercato e Democrazia. Liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, Torino, 2002, p. 406).

[130] La giurisprudenza costituzionale, in particolare quella degli ultimi anni (cfr. per esempio la sent. n. 296 del 1996, in *Giur. cost.*, 1996, p. 2465 ss.), mostra come la Consulta abbia ancorato il sindacato di ragionevolezza, intesa quest'ultima come «razionalità, logica, coerenza, congruità», alla *ratio legis*, «il che le consente di esplicare il suo giudizio mantenendosi nei limiti fissati dall'ordinamento, senza sovrapporre le proprie scelte a quelle del legislatore» (così R. ROMBOLI e E. ROSSI, *Giudizio di legittimità costituzionale*, in *Enc. dir.*, *Agg.*, Milano, 2001, p. 531, nota 120). Sul punto già A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 1975, p. 574 ss., ma più recentemente anche E. ROSSI, *Le trasformazioni costituzionali secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale*, in A. SPADARO (a cura di), *Le "trasformazioni" costituzionali nell'età della transizione – Incontro di studio*, *Catanzaro 19 febbraio 1999*, Torino, 2000, pp. 128-129; E. CHELI, *Eguaglianza*, *ragionevolezza e bilanciamento negli sviluppi della giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, I, Padova, 1998, p. 584 ss. e diffusamente M. SCUDIERO e S. STAIANO (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Napoli, 1999; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, spec. pp. 178 ss., 185 ss.

[131] Sul ruolo assunto dai lavori parlamentari nella giurisprudenza della Corte cfr. L. PEGORARO, *Lavori preparatori della legge e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1988, p. 1441 ss.

[132] «Ogni legge … passa per un preventivo giudizio di razionalità, in quanto, se non appare mezzo capace di raggiungere il suo scopo, non può legittimamente derogare all'eguaglianza formale né legittimamente comprimere gli interessi dei privati»: così R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza. Atti del convegno in ricordo di Livio Paladin*, Padova, 2002, p. 175. E d'altronde, «è evidente che la Corte non deve sovrapporre le proprie scelte a quelle del legislatore, ma è anche chiaro che non può sfuggire a controllo quel *minimum* di razionalità necessaria a dare fondamento a tali scelte, mancando la quale esse appaiono vere e proprie discriminazioni» (L. ELIA, *Conferenza stampa del presidente della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1983, V, c. 80). Sul punto, più in generale,

senso, mi pare vi siano sufficienti elementi atti a far sì che la Corte possa controllare la congruità logica della norma rispetto alla sua premessa e dunque verificare se «l'opzione normativa contrasti in modo manifesto con il canone della ragionevolezza, vale a dire si appalesi, in concreto, come espressione di un uso distorto della discrezionalità che raggiunga una soglia di evidenza tale da atteggiarsi alla stregua di una figura per così dire sintomatica di "eccesso di potere" e, dunque, di sviamento rispetto alle attribuzioni che l'ordinamento assegna alla funzione legislativa» [133].

6. *Segue:* il carattere retroattivo della legge

Quanto, poi, alla previsione retroattiva di cui all'art. 3, quarto comma, secondo cui le nuove norme si applicano anche ai processi in corso e l'efficacia delle misure cautelari emanate da un TAR diverso da quello del Lazio è sospesa fino alla loro eventuale conferma, modifica o revoca da parte di quest'ultimo, è stato osservato che «la violazione di norme costituzionali appare chiara, e sullo sfondo emerge altresì un oscuramento del principio della separazione dei poteri» [134].

Ora, non c'è dubbio che il fondamento del principio di irretroattività risieda nell'esigenza di tutelare determinati valori: la certezza del diritto, dunque l'affidamento del cittadino nella stabilità dei propri diritti; la fiducia del consociato nello Stato, che risulta minata nel momento in cui l'ordinamento giu-

---

cfr. S. BARTOLE, *L'elaborazione del parametro e del protocollo delle argomentazioni*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza. Atti del convegno in ricordo di Livio Paladin*, cit., p. 45 ss. e da ultimo G.P. DOLSO, *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Milano, 2003, p. 223 ss.

[133] Così la Corte nella sent. n. 313 del 1995, in *Giur. cost.*, 1995, p. 2439 ss., in cui la stessa Corte, che pure in altre circostanze è stata assai riottosa ad utilizzare l'espressione eccesso di potere legislativo (sul punto si veda *infra*), è arrivata comunque a sanzionare gli eccessi del legislatore percorrendo altre strade, più in particolare arrivando alla sostanziale identità fra sindacato di ragionevolezza ed eccesso di potere legislativo. Sul punto cfr. A. CELOTTO, *Corte costituzionale ed "eccesso di potere legislativo"*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3724 ss., mentre una posizione difforme sembra assumere G. MIGNEMI, *Sull'inesistenza dell'eccesso di potere legislativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, spec. pp. 184-186. E d'altronde – è stato anche sostenuto – è fuori di dubbio che la Corte possa verificare la «sussistenza di quella dose minima di adeguatezza, congruenza, proporzionalità rispetto al fatto (in una parola, di ragionevolezza) che la scelta politica deve incorporare per essere considerata come legittimo esercizio della funzione legislativa» (G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della «ragionevolezza» nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, p. 387).

[134] Così T.E. FROSINI, *Perplessità sull'applicazione ai processi in corso*, in *Guida al dir.*, 6 settembre 2003, n. 34, p. 145.

ridico sia modificato unilateralmente «a cose fatte»; il principio generale di uguaglianza, che è suscettibile di lesione allorquando le leggi retroattive assumano un carattere eccezionale o derogatorio; infine, la stessa dignità del singolo, che, comunque, pare degradato da «*soggetto* cosciente e idoneo ad autoregolarsi secondo il diritto … [ad] *oggetto* di misure concrete che escludono tale possibilità autoregolativa» [135]. Pur costituendo, dunque, un principio di civiltà giuridica, nel nostro ordinamento il principio di irretroattività, tuttavia, ha ottenuto in sede costituzionale garanzia specifica soltanto con riferimento alla materia penale (art. 25, secondo comma, Cost.) [136]. In base al dettato della Carta Fondamentale si potrebbe concludere nel senso che «lo Stato sociale moderno sacrifica sull'altare di un fittizio pluralismo e giustizia sostanziale la garanzia della certezza del diritto» [137] e che dunque il legislatore in linea di massima è libero di derogare al principio di irretroattività delle leggi [138].

---

[135] La citazione (con corsivo mio) è tratta da G. ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1992, p. 44. Più in generale sul punto cfr. A. CERRI, *Leggi retroattive e Costituzione. Spunti critici e ricostruttivi*, in *Giur. cost.*, 1975, p. 522 ss.; G.U. RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica e leggi retroattive non penali incostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1964, p. 786 ss.; G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali dell'irretroattività delle leggi*, Milano, 1970, p. 84 ss.; J.J. MORESO e P.E. NAVARRO, *Applicabilità ed efficacia delle norme giuridiche*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI, *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, 1996, p. 15 ss.; S. BERNARDINI, *Ius superveniens e irretroattività della legge*, in *P.Q.M.* 2001, p. 122 ss.

[136] Sul punto già C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, p. 54, nota 80. Nel senso, invece, che l'art. 11 disp. prel. c.c., secondo cui «la legge non stabilisce che per l'avvenire: non ha effetto retroattivo», costituisca una sorta di *Überrecht*, di *lex supra leges* si esprime R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale – Commento all'art. 11 Preleggi al c.c.*, in *Commentario al cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1974, p. 156 ss.: l'autore sostiene che il Costituente non ha posto una sanzione generale espressa del principio della irretroattività soltanto perché ciò «avrebbe implicato non solo chiarezza di idee in merito all'estraneità a tale principio del rispetto dei diritti acquisiti nonché al limite naturale costituito dalle leggi favorevoli, ma rispetto a tutta una problematica che va dalla retroattività sussidiaria all'ordine pubblico intertemporale, dalle leggi interpretative alle *causae finitae*, ai rapporti esauriti, pendenti … Sarebbe stato chiedere troppo al Costituente dare una soluzione espressa a tutta questa problematica» (pp. 173-174). Più recentemente in tal senso sembra esprimersi anche G. MARINI, *Note in tema di interpretazione autentica e di retroattività (a proposito di una recente sentenza della Corte costituzionale)*, in *Riv. dir. tributario*, 2001, II, p. 232.

[137] M. FIORILLO, *Il legislatore retroattivo*, in *Rass. parl.*, 1997, p. 766.

[138] «… per quanto incivili, le leggi retroattive sono, *in qualche misura*, ineliminabili» (così G. ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., p. 44). D'altronde, anche in Germania, laddove pure la *Corte di Karlsruhe* fin dalla sent. 31 marzo 1965, n. 49, in *Entscheidungen des BverfG's* 1965, p. 429 ss. ha sostenuto che «*Grundsätzlich ist eine verschlechternde Rückwirkung unvereinbar mit dem Gebot der Rechtsstaatlichkeit …*» (p. 439), la retroattività delle leggi è stata comunque ammessa in tutta una serie di ipotesi che è riconducibile fondamentalmente alla tutela di interessi generali. Sul punto cfr. J. ILIOPOULOS-STRANGAS, *Rückwirkung und Sofortwirkung von Gesetzen*, Baden-Baden, 1986, spec. p. 39 ss.

Tuttavia, il massimo organo di giustizia costituzionale – costantemente a partire dagli anni novanta [139] – ha avuto modo di chiarire che «la sovrana volontà del legislatore nell'emanare leggi retroattive» incontra i limiti «che attengono alla salvaguardia, oltre che dei principi costituzionali, di altri fondamentali valori di civiltà giuridica posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento, tra i quali vanno ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza che ridonda nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento; la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto; la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico» (sent. n. 397 del 1994 [140]). Con particolare riferimento al principio dell'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, la Corte ha avuto poi modo di precisare che lo stesso «non può essere leso da norme con effetti retroattivi che incidano irragionevolmente su situazioni regolate da leggi precedenti» (sent. n. 525 del 2000 [141]). Non solo, ma la Consulta sembra aver voluto porre un freno anche alla tendenza del legislatore ad

---

[139] In precedenza, invece, la Corte si era espressa nel senso che non esiste alcuna preclusione assoluta nei riguardi delle disposizioni influenti sui rapporti pregressi e tutt'al più l'efficacia delle norme legislative nel tempo era rimessa alla «prudente valutazione del legislatore». Una prima forte inversione di tendenza di questo orientamento – che è stato ribadito, pur non senza parziali ripensamenti, fino appunto alla soglia degli anni novanta (cfr. ord. n. 91 del 1988) – si realizza con la sent. n. 155 del 1990, in *Giur. cost.*, 1990, p. 952 ss., in cui la Corte preciserà che il principio di irretroattività, pur se non costituzionalizzato in linea generale, «rappresenta pur sempre una regola essenziale del sistema a cui, salva un'effettiva causa giustificatrice, il legislatore deve ragionevolmente attenersi, in quanto la certezza dei rapporti preteriti costituisce un indubbio cardine della civile convivenza e della tranquillità dei cittadini» (non a caso, a commento della sentenza, M. MANETTI, *Retroattività e interpretazione autentica: un brusco risveglio per il legislatore*, *ivi*, p. 964 ss., parla di una vera e propria «sentenza rivoluzionaria», ma sul punto cfr. anche M. GELMETTI, *Osservazioni sulla recente giurisprudenza costituzionale in tema di interpretazione autentica e retroattività delle leggi*, in *Giur. it.*, 1994, IV, p. 76).

[140] In *Giur. cost.*, 1994, p. 3259 ss., anche se in tale occasione la Corte dichiarerà poi inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'articolo unico della legge regionale della Toscana 26 novembre 1990, n. 67, non trattandosi, a giudizio della Consulta, di legge innovativa con effetti retroattivi. Comunque l'orientamento manifestato dalla Corte sui limiti che incontrano le leggi retroattive è stato poi costantemente ribadito: cfr., per es., le sentenze n. 311 del 1995, in *Giur. cost.*, 1995, p. 2419 ss., n. 229 del 1999, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2071 ss., n. 416 del 1999, in *Giur. cost.*, 1999, p. 3625 ss.

[141] In *Giur. cost.*, 2000, p. 4107 ss. Cfr. sent. n. 374 del 2002, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2769 ss. Anche in altri ordinamenti, del resto, la giurisprudenza costituzionale è pervenuta a conclusioni pressoché analoghe: si pensi, per esempio, all'*Acórdão* del 18 agosto 1992, n. 95 del *Tribunal Constitucional* portoghese, secondo cui le leggi retroattive possono essere dichiarate incostituzionali non solo quando violino i precetti di cui all'art. 29, primo, terzo e quarto comma e all'art. 18, terzo comma, Cost., ma anche quando diano luogo a «*situações de violação de expectativas legítimas e de arbitrio*». Cfr. R. ORRÙ, *Il Tribunal constitucional portoghese e la sua giurisprudenza nel biennio 1991-1992*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 4238 ss.

approvare provvedimenti normativi tali da incidere sui provvedimenti giurisdizionali e perfino sulle «ferree colonne d'Ercole costituite dalla pregressa formazione della cosa giudicata» [142]. Infatti, fra i limiti cui il legislatore deve in via preferenziale attenersi nell'emanare leggi con effetto retroattivo deve essere annoverato il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario: più in particolare, prosegue la Corte, il legislatore vulnera le funzioni giurisdizionali non solo quando intervenga per annullare gli effetti del giudicato, ma anche «quando la legge sia intenzionalmente diretta ad incidere su concrete fattispecie sub iudice» (sent. n. 397 del 1994) [143].

Nel caso in esame si può osservare come l'art. 3, quarto comma si esponga al dubbio d'incostituzionalità relativamente alla ragionevolezza della formula della sospensione dell'efficacia dei provvedimenti cautelari assunti, a sostegno della quale non pare possa essere invocata alcuna plausibile ragione giustificativa [144], e alla sua conseguente compatibilità con i principi costitu-

---

[142] Così C. LA FARINA, *Il giudicato: atto di sovranità o "chiffon de papier"?*, in *Foro it.*, 1990, V, c. 36.

[143] In questo senso, del resto, si era autorevolmente espresso a suo tempo già F. PIERANDREI, *Ancora sul conflitto fra il Governo-legislatore provvisorio e il potere giudiziario*, in *Giur. it.*, 1947, I, 1, secondo cui «il potere legislativo, che attenti di porre nel nulla le conseguenze delle dichiarazioni di volontà del potere giudiziario, quando questo si sia indirizzato chiaramente in un determinato senso, quello fatto palese dalle diverse pronunce conformi dai suoi organi, ne lede l'autonomia istituzionale» (p. 346). Tuttavia, fino appunto alla soglia degli anni novanta la Corte non aveva accolto questo orientamento, ma anzi aveva potuto affermare che «… non è … contestabile che il legislatore ordinario abbia il potere di dettare norme dall'applicazione delle quali possono derivare effetti nei confronti dei procedimenti … in corso od anche già definiti» (sent. n. 77 del 1964, in *Giur. cost.*, 1964, p. 756 ss.). Sembra dunque che la Consulta sia giunta ad una soluzione in parte dissimile rispetto a quella cui è approdato – sia pure non senza ripensamenti – fin dagli anni sessanta il *BverfGE*, secondo cui è costituzionalmente legittimo l'intervento del legislatore il quale intervenga *pro futuro* su rapporti *noch nicht abgeschlossene* (cosiddetta retroattività «impropria» o «non autentica»), fra cui sono stati compresi anche i processi ancora in corso, nel caso di intervento di una legge processuale. Per la dottrina tedesca rimane imprescindibile sul punto il contributo di B. PIEROTH, *Rückwirkung und Übergangsrecht*, Berlin, 1981, p. 31 ss., ma cfr. anche K. VOGEL, *Rechtssicherheit und Rückwirkung zwischen Vernunftrecht und Verfassungsrecht*, in *Juristenzeitung* 1988, (p. 833 ss.), mentre per la letteratura italiana rimando a R. CAPONI, *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1347 ss.

[144] Il legislatore non ha provveduto a spiegare in alcun modo le ragioni che hanno reso necessaria la previsione retroattiva che, anzi, appare perfino inutile, per esempio, nel cosiddetto «caso Catania», dal momento che, se anche fosse stato adito da una delle parti ai sensi dell'art. 3, quarto comma della legge n. 280 del 2003 – il che non è peraltro avvenuto –, il T.A.R. del Lazio avrebbe comunque dovuto dichiarare il difetto assoluto di giurisdizione, attesa l'irrilevanza per l'ordinamento giuridico statale della materia inerente «l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale …» (art. 2, primo comma, lett. *a*)). Sulla ragionevolezza delle previsioni retroattive

zionali della tutela del legittimo affidamento e della certezza delle situazioni giuridiche. Inoltre, quel che più conta, non appare contestabile che una previsione legislativa che sospende gli effetti di provvedimenti giudiziali finisca proprio per colpire l'esercizio della funzione giurisdizionale, dunque per intaccare l'autonomia del potere giudiziario nonché per violare il principio della divisione dei poteri, principio che non si trova formulato espressamente nella Costituzione [145], ma che «indubbiamente ne ispira le norme» [146].

Nel caso *de quo*, non è in discussione il potere del legislatore di approvare una nuova normativa sostanziale che apporti con forza retroattiva un'innovazione nell'ordinamento giuridico e che come tale abbia l'effetto di travolgere i giudizi in corso [147]. Se così fosse, sarebbe forse difficile sfuggire all'obiezione secondo cui la norma di diritto sostanziale che regola una situazione anche pregressa non modifica il contenuto di una sentenza, non contesta l'operato del giudice, ma costituisce la previsione normativa alla quale lo stesso è soggetto e quindi non gli sottrae una controversia, ma gli «fornisce» il diritto che deve applicare [148]. In altri termini, poiché «la funzione legislativa e quella giu-

---

cfr. F. LEARDINI, *I limiti alla retroattività della legge: osservazioni sullo spunto del danno da accessione invertita nella legge n. 549 del 1995*, in *Giur. it.*, 1997, IV, p. 4 ss.

[145] «La nostra Costituzione non sembra contenere, se non per qualche reminiscenza sporadica e soprattutto avulsa dal contesto e dalle implicazioni della teoria tradizionale, il principio organizzativo della divisione dei poteri», mentre tutt'al più potrebbe ravvisarvisi l'esistenza di «un principio nuovo … che potrebbe significativamente essere denominato "principio di competenza"»: così F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1966, p. 489. Cfr. G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 1996, p. 229 ss. e in parte sembra concordare anche E. DE MARCO, *Valore attuale del principio della divisione dei poteri*, in *Riv. amm. della Rep. it.*, 1996, p. 1247 ss.

[146] Così già G. AZZARITI, *Il principio della irretroattività della legge e i suoi riflessi di carattere costituzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, p. 630. Cfr. C. CERETI, *Separazione ed integrazione dei poteri dello stato*, in *Studi per il Ventesimo Anniversario dell'Assemblea Costituente. 4. Aspetti del sistema costituzionale*, Firenze, 1969, p. 120. E d'altronde, lo stesso *Conseil Constitutionnel* nella storica decisione n. 80-119 DC del 22 giugno 1980 ha potuto affermare che l'art. 64 della Costituzione francese, pressochè corrispondente all'art. 104, primo comma, Cost. italiana, protegge l'indipendenza dell'autorità giudiziaria, così come il carattere specifico delle sue funzioni, con la conseguenza che non appartiene né al legislatore né al governo il potere di «*censurer*» le decisioni delle giurisdizioni, di «*adresser à celles-ci des injonctions*» e di «*se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence*».

[147] Anche se dottrina autorevole ha da sempre sostenuto che la legge finalizzata a porre una nuova normativa di carattere generale produce nei confronti dei giudizi in corso o dei giudicati il medesimo effetto che produrrebbe la legge provvedimento volta unicamente ad influenzarli. Cfr. C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, p. 118 ss.

[148] In questi termini si è espressa la Consulta nella nota sent. n. 70 del 1983, in *Giur. cost.*, 1983, p. 290 ss. Sul punto più recentemente v. anche la sent. n. 211 del 1998, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1633 ss., che «assolve» una legge di sanatoria la quale modificava le «regole del gio-

risdizionale si svolgono … su piani nettamente distinti», la circostanza che «una norma retroattiva possa incidere anche sui giudicati è il naturale corollario del carattere generale di una previsione rivolta indistintamente a tutti gli accadimenti passati e non l'espressione di un'invasione da parte del legislatore di poteri spettanti ad altri organi dello Stato… [perché] scopo del principio della separazione dei poteri non è la tutela dei giudicati, bensì che il legislatore agisca sempre sul terreno normativo in via generale» [149]. Qui si tratta, invece, di una disposizione normativa che, nel porre una nuova disciplina normativa, dichiara al contempo sospesi gli effetti di provvedimenti giudiziali, per di più senza riconoscere l'esistenza dei diritti reclamati in giudizio e

---

co» quando già alcuni giudici avevano pronunciato verdetti sulla base delle regole esistenti al momento della pronuncia. Interessante è poi la decisione del Cons. St., Ad. Plen., n. 2 del 1998, in *Guida al dir.*, 1998, n. 22, p. 108 ss. – con nota di S. MEZZACAPO, *La nuova legge condiziona solo le situazioni destinate a permanere dopo la sentenza*, *ivi*, p. 111 ss. –, secondo cui la «fissazione della normativa giudiziale non elide l'attitudine dei fatti posti a fondamento della domanda ad essere costituiti in fattispecie di nuovi effetti giuridici», distinguendo poi le situazioni giuridiche istantanee da quelle durevoli. Sul punto cfr. anche l'opinione della *Supreme Court* statunitense in *Robertson v. Seattle Audubon Society*, 503 U.S. 429 (1992), secondo cui il Congresso non viola l'Articolo III della Costituzione e dunque il principio della separazione dei poteri nel momento in cui modifica la legge sostanziale applicabile ad una serie identificabile di casi pendenti dinanzi alle Corti federali.

[149] O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis e G.P. Voena, Milano, 1999, pp. 245-246. «E, del resto, nessuno ha mai dubitato che se una legge abolisce un istituto giuridico (il sistema delle concessioni esattoriali, solo per fare un esempio) non sarà consentito resistere alla sua radicale retroattività neppure in forza di un giudicato adottato sulla base della normativa previgente»: così A. CERRI, *Spunti in tema di retroattività della legge*, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1773, il quale conclude nel senso che l'unico limite per le leggi retroattive può essere rinvenuto nel principio di eguaglianza che «(*rouesseauvianamente*, direi) esclude possano gli effetti retroattivi di una norma essere svincolati dalla sua *ratio* intrinseca e, dunque, divenire norma *in personam*» (c. 1774). Ancora, si potrebbe aggiungere, l'inviolabilità del giudicato non è l'intangibilità del diritto dichiarato dalla sentenza definitiva, nel senso che «la sentenza, appunto perché dichiara soltanto il diritto delle parti, e non lo attribuisce, non può dare maggiore sicurezza al diritto medesimo di fronte a leggi posteriori, di quello che esso già avesse nel giorno in cui venne acquistato prima che sorgesse la contestazione» (così già F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, IV, Pisa 1874, p. 464). Cfr. G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 387 ss., ma spec. p. 399. È in questo senso, mi pare, che si può ancora parlare di un potere giudiziario posto «in un rapporto di naturale dipendenza non solo nei confronti del potere legislativo ma anche di quello esecutivo perché ed in quanto differenziato dai c.d. «poteri attivi»», a dimostrazione della «indubbia diversa qualità (e in sostanza [del]la «gradazione») del potere giudiziario rispetto agli altri due poteri»: così G. GROTTANELLI DE' SANTI, *L'equilibrio tra i poteri: modelli costituzionali e loro trasformazioni*, in L. LUATTI (a cura di), *L'equilibrio tra i poteri nei moderni ordinamenti costituzionali*, Torino, 1994, p. 38, il quale, prendendo spunto da MacKenna, fa riferimento all'immagine dei giudici «sotto il trono», «come i leoni che ogni tanto danno un morsetto alle gambe, di chi regna, ma stanno pur sempre ai suoi piedi, appunto, *sotto* il trono».

dunque fare obiettivamente cessare la materia del contendere [150]. In questo senso si può parlare del divieto esistente nei confronti del legislatore di «operare direttamente e immediatamente sulla sentenza, revocandola o modificandola o dichiarandola illegittima e disapplicandola», dunque dell'esistenza di una «vera e propria riserva di sentenza» [151], intesa come quel limite al di là del quale «la legge non può andare senza compromettere quelle garanzie che la Costituzione ha eretto contro l'esercizio arbitrario del potere» [152]. A conferma del fatto che negli ordinamenti ispirati ai principi del costituzionalismo moderno il rapporto fra i poteri costituzionali non è di tipo gerarchico né di subordinazione [153], è

---

[150] Così anche M. MANETTI, *Trattamento economico dei magistrati e legge interpretativa*, in *Giur. cost.*, 1987, p. 880 ss., secondo cui soltanto sulla base di questi presupposti potrebbe essere giustificata l'estinzione dei giudizi pendenti o la perdita di efficacia di sentenze non ancora passate in giudicato.

[151] Entrambe le citazioni sono dovute a M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, Milano, 1967, p. 258, il quale proseguiva sostenendo che «la sentenza "fa stato", e cioè è in grado di instaurare imperativamente situazioni giuridiche in contrasto (eventualmente anche illegittimo) con la legge, con provvedimenti amministrativi, con provvedimenti di giurisdizione volontaria, con atti negoziali, senza che ad alcuno degli atti di tal genere sia dato di operare, a propria volta, immediatamente su di essa per ripristinare l'ordine legale alterato – non importa se non *rite et recte* – a opera del giudice. Soltanto un'altra sentenza può rimuovere o modificare una sentenza». Cfr. anche più recentemente G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, p. 51; N. ZANON, *La legge di sanatoria non è onnipotente: un'ammissione importante in nome del "giusto procedimento" e degli artt. 24 e 113 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1998, secondo cui l'indispensabile «intermediazione giudiziaria tra una decisione legislativa e la sua applicazione alle fattispecie concrete … sembra costituire il *proprium* insopprimibile della funzione giurisdizionale» (p. 1652). Per la dottrina straniera sulla «riserva giurisdizionale» cfr. già A. ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig und Wien 1929, p. 423 ss., ma soprattutto e più recentemente S. MUÑOZ MACHADO, *La reserva de jurisdicción*, Madrid, 1989, p. 73 ss.

[152] R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano, 1990, p. 406. Trattasi, come dire, del «rovescio della medaglia» del principio secondo cui la «teoria della divisione dei poteri, applicata alla teoria di Rousseau, implica che nessun organo dello stato, e particolarmente i giudici, possano mettere le mani su ciò che il legislatore ha fatto» (così C. LAVAGNA, *Le Costituzioni rigide (lezioni tenute nell'anno accademico 1963-1964)*, Roma, 1964, p. 225). Cfr. G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, p. 703; G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Note introduttive di diritto costituzionale*, Torino, 1988, il quale si esprime chiaramente nel senso che «il giudice è soggetto alla legge (e non al legislatore) e non può fare la legge mentre il Parlamento non può farsi, in maniera generale e salvo eccezioni, giudice …» (p. 79).

[153] «… né in nome della "rappresentanza" (che argomenta il primato del legislativo); né in nome della giustizia sociale (che argomenta il primato del potere esecutivo); né in nome della tutela della moralità pubblica (che argomenta il primato del potere giudiziario)»: così G. REBUFFA, *La Costituzione impossibile*, Bologna, 1995, p. 87. Cfr. nello stesso senso A. GARDINO CARLI, *Il legislatore interprete. Problemi attuali in tema di interpretazione autentica delle leggi*, Milano, 1997, pp. 98-99.

stato affermato che la formula utilizzata dall'art. 101, secondo comma, Cost. deve essere intesa nel senso che i giudici non sono soggetti alla legge, bensì di fronte alla stessa [154], ad indicare della disposizione costituzionale «una lettura *in negativo* (come indicazione cioè di quello che la magistratura non può fare) e non *in positivo* (quale fondamento della pretesa del legislatore di disporre come crede della funzione giurisdizionale)» [155].

D'altronde, la disposizione in esame non desta meraviglia, anzi si può ben dire che sia «in sintonia con i tempi» [156]: basti pensare all'art. 10, primo comma della legge n. 425 del 1984, che dichiarava privi di effetti alcuni provvedimenti giudiziali, e del quale poi la Corte ha pronunciato l'illegittimità costituzionale [157]; o ancora all'art. 41, quinto comma, della legge n. 449 del 1997, che vietava di attribuire un trattamento economico riconosciuto con sentenza passata in giudicato, anch'esso sanzionato dalla Consulta in sede di giudizio di costituzionalità [158]; o infine, pur trattandosi di un caso diverso ma sem-

---

[154] Sul punto diffusamente M. CAPURSO, *I Giudici della Repubblica. Giudici soggetti alla legge o giudici di fronte alla legge?*, Milano, 1977, p. 87 ss.

[155] A. Pugiotto, *Leggi interpretative e funzioni giurisdizionali*, in A. ANZON (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore. Atti del seminario di Roma del 5 ottobre 2000*, Torino, 2001, p. 73. E proprio al fine di evitare che il legislatore possa modificare le «regole del gioco» quando delle stesse si sia fatto garante il giudice, parte della dottrina ha ventilato la soluzione di immunizzare i giudizi pendenti da un contrario ripensamento del legislatore. Cfr. F. SORRENTINO, *Garanzia giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi e leggi-provvedimento*, in *Giur. cost.*, 1991, pp. 2780-2781, secondo cui, del resto, la situazione in cui si trova colui che ha già azionato il suo diritto e *a fortiori* ha ottenuto una sentenza non sarebbe assimilabile a quella in cui si trova chi non ha assunto alcuna iniziativa. Sul punto in senso conforme cfr. M. RUOTOLO, *Il tempo e le funzioni dello Stato (Prime riflessioni sul tempo nell'attività normativa, amministrativa, giurisdizionale e nell'interpretazione giuridica)*, in *Dir. e soc.*, 2000, pp. 630-631, mentre in senso contrario v. A. CERRI, *Brevi note su leggi autoapplicative, valore di legge regionale e principio di divisione dei poteri*, in *Le Regioni*, 1992, II, p. 1039 ss., spec. p. 1045.

[156] Anche se già nel più lontano passato possono essere rinvenuti esempi emblematici, quale il D.Lgs. 22 giugno 1946, n. 44, attraverso cui venivano convalidati e ratificati a tutti gli effetti i decreti «Gullo» che erano stati, tuttavia, dichiarati illegittimi da molti tribunali.

[157] L'art. 10, primo comma, legge n. 425 del 1984 – secondo cui «I giudizi pendenti in qualsiasi stato e grado alla data di entrata in vigore della presente legge, originati o conseguenti a domanda fondata sull'applicazione delle disposizioni richiamate negli art. 8 e 9 della legge stessa, sono dichiarati estinti d'ufficio con compensazione delle spese fra le parti. I provvedimenti giudiziali non ancora passati in giudicato restano privi di effetti» – è stato, tuttavia, dichiarato incostituzionale dalla Consulta nella sent. 10 aprile 1987, n. 123, in *Giur. cost.*, 1987, p. 866 ss., non perché violasse la sfera di attribuzione costituzionalmente riconosciuta al potere giudiziario, bensì in quanto lesione dell'art. 24 Cost., cioè del «valore costituzionale del diritto di agire, … implicante il diritto del cittadino ad ottenere una decisione di merito …».

[158] L'art. 41, quinto comma, terzo periodo legge n. 449 del 1997 recitava così: «Per il personale cui non si applicano le disposizioni di cui al quarto comma, al quale, a seguito di sen-

pre a conferma della crescente tendenza ad intervenire in modo inadeguato nel settore giudiziario, al recente caso del ricorso alla decretazione d'urgenza al fine di disporre la soppressione di un organo giurisdizionale e la sospensione di tutti i procedimenti dinanzi allo stesso pendenti [159]. L'art. 3, quarto comma della legge n. 280 del 2003, in cui pare realizzarsi il fenomeno che parte della dottrina ha definito con la formula, mutuata dal diritto amministrativo, «eccesso» di potere legislativo [160], analogamente agli esempi poc'anzi citati, ci riporta al periodo rivoluzionario immediatamente anteriore alla pro-

---

tenza passata in giudicato, sia stato attribuito il trattamento economico di cui al citato articolo 4-*bis* del D.L. n. 356 del 1987, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 436 del 1987, non si fa luogo alla corresponsione del relativo trattamento …». Nel caso in esame la Corte finalmente fa riferimento ad un'invasione del legislativo nella sfera di attribuzione costituzionalmente attribuita al giudiziario e afferma che «il legislatore … prende … in considerazione … le sentenze passate in giudicato … precludendo … la esecuzione delle sentenze stesse», ciò rivelando «in modo incontestabile il preliminare intento legislativo di interferire … su questioni coperte da giudicato» (sent. n. 374 del 2000, in *Giur. cost.*, 2000, p. 2656 ss.).

[159] Il riferimento è al D.L. 11 novembre 2002, n. 251, recante «Misure urgenti per l'amministrazione della giustizia», il cui art. 1 sopprimeva appunto il Tribunale regionale delle Acque pubbliche e il Tribunale superiore delle Acque pubbliche e il cui art. 4 dichiarava la sospensione di diritto di tutti i procedimenti pendenti dinanzi ai suddetti Tribunali. È chiaro che qui non è in discussione il merito, cioè l'opportunità della soppressione di siffatti Tribunali di lunga tradizione, che, secondo alcuni, non avrebbero più ragione di esistere, ma la legittimità della soppressione operata attraverso un decreto, il quale, comunque, non è stato poi convertito in legge nella parte in cui disponeva tale soppressione dalla legge 10 gennaio 2003, n. 1 – anche se a tal fine è già stato presentato al Senato il disegno di legge n. 1727 –.

[160] … le cui manifestazioni clamorose ed «aberranti» «fanno della nostra Repubblica … un basso impero» (così A. LENER, nota a sent. 7 ottobre 1981, in *Foro it.*, 1981, I, c. 3005). Sul punto già L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, p. 993 ss.; ma anche ID., *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, p. 304 ss. ma spec. p. 314 ss.; C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, 1970, I, V, c. 153 ss.; A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale. Atti del Convegno di Trieste del 26-28 maggio 1986*, Milano, 1988, p. 71 ss.; A. PREDIERI, *Interpretazione autentica e collisione con i diritti costituzionali alla difesa e al giudice naturale e precostituito nelle leggi sulle concentrazioni editoriali*, Quaderni di Nomos, n. 1, 1989, p. 143 ss. Più in particolare, V. CARBONE, *Un'occasione perduta: il mancato riconoscimento del cd. eccesso di potere legislativo*, in *Corriere giuridico*, 1987/5, p. 499 ss. e P. CARNEVALE, *Legge di interpretazione autentica, tutela dell'affidamento e vincolo rispetto alla giurisdizione, ovvero del "tributo" pagato dal legislatore-interprete "in materia tributaria" al principio di salvaguardia dell'interpretazione "plausibile"*, in *Giur. it.*, 2001, c. 2415 ss., stigmatizzano la ritrosia mostrata dalla Corte – se si escludono alcuni rari casi, come la sent. n. 187 del 1981, in *Giur. cost.*, 1981, p. 1869 ss. – ad utilizzare la formula «eccesso» o «sviamento» di potere, mentre a giudizio di S.M. CICCONETTI, *Lezioni di giustizia costituzionale*, Torino, 1999, «le perplessità ad utilizzare questo vizio nel sindacato sugli atti normativi nascono soprattutto dal timore che, per tale via, si finisca con l'effettuare un controllo sulle scelte proprie del legislatore, travalicandosi i limiti posti dal già ricordato art. 28 della legge n. 87 del 1953» (p. 19).

clamazione della Costituzione americana [161], allorquando le assemblee legislative di molti Stati avevano assunto un peso predominante rispetto agli altri poteri costituiti, al punto da arrivare in molte circostanze attraverso atti legislativi ad annullare le sentenze, a disporre nuovi dibattimenti o nuovi appelli, a porsi come «*courts of equity of last resort*» [162]. Certo, non si può dimenticare l'originaria attribuzione di funzioni giudiziarie ai Parlamenti, più in particolare, che gli stessi *Articles of Confederation* avevano conferito al Congresso «un certo potere giudiziario» [163], e soprattutto che in quel periodo storico

---

[161] Ma questo sistema di «*intermingled legislative and judicial powers*» era presente già nel corso del 1600 e 1700, e cioè molto prima del periodo rivoluzionario. Cfr. M. CLARKE, *Parliamentary Privilege in the American Colonies*, New Haven, 1943, pp. 49-51; G. WOOD, *The Creation of the American Republic*, Harvard, 1967, pp. 154-155, F.D. SHIMOMURA, *The History of Claims Against the United States: The Evolution from a Legislative Towards a Judicial Model of Payment*, in *La. Law Rev.*, 1985, p. 653 ss. Non si dimentichi, poi, quanto all'Europa continentale, che, come è stato recentemente ricordato da A. PIZZORUSSO, *Giustizia e giudici*, relazione al convegno su *Lo stato della Costituzione italiana e l'avvio della Costituzione europea – 14-15 luglio 2003*, rep. in *www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni*, «nonostante l'enunciazione del principio della separazione dei poteri come condizione necessaria del «costituzionalismo» espressa nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789 …, il potere giudiziario, per contro, era ovunque subordinato alla «legge» e, talora, anche alle direttive dell'esecutivo ed il controllo di costituzionalità delle leggi era generalmente escluso».

[162] Basti pensare a quanto fu appurato a tal proposito dal Consiglio dei Censori della Pennsylvania, come ci racconta Madison nel *The Federalist*, n. 48. Per altri casi si veda, citato sempre da Madison, gli «Appunti sullo stato di Virginia» di Jefferson, e il «Discorso del Consiglio dei Censori all'uomo libero dello Stato del Vermont» del Consiglio dei Censori del Vermont del 1784. Sul punto rimane comunque imprescindibile il contributo di E.S. CORWIN, *The Progress of Constitutional Theory between the Declaration of Indipendence and the Meeting of the Philadelphia Convention*, in *American Historical Rev.* 1925, il quale, riferendosi allo Stato del New Hampshire, ricorda che negli anni fra il 1784 e il 1792 «*the state legislature freely vacated judicial proceedings*, *suspended judicial actions*, *annulled or modified judgments*, *cancelled executions*, *reopened controversies*, *authorized appeals*, *granted exemptions from the standing law*, *expounded the law for pending cases*, *and even determined the merits of disputes*» (p. 514). Cfr., con riferimento allo Stato del Connecticut, E.A. PETERS, *Getting away from the Federal Paradigm: Separation of Powers in State Courts*, in *Minnesota Law Rev.*, 1997, p. 1550.

[163] Così L.M. FRIEDMAN, *History of American Law*, New York, 1985, trad. *Storia del diritto americano*, a cura di G. ALPA, M. MARCHESIELLO e G. REBUFFA, Milano, 1995, p. 112, il quale ricorda appunto che l'art. 9 degli *Articles of Confederation* stabiliva che il Congresso sarebbe dovuto essere «l'ultima istanza in appello per ogni controversia e conflitto … tra due o più Stati riguardante la giurisdizione di confine o qualsiasi altra questione», e avrebbe dovuto avere anche potere su questioni di «*admiralty law*» con «l'unico ed esclusivo diritto» di porre le norme «per decidere, in ogni caso, quale bottino di terra o mare sarà legale» e come potessero essere «divise o destinate le prede». Sul punto v. anche B. BAILYN e G.S. WOOD, *Le origini degli Stati Uniti*, Bologna, 1987, i quali ricordano che anche in base alle Costituzioni statali del 1776 alle Assemblee legislative furono conferiti poteri in precedenza attribuiti ai magi-

ciò che noi oggi consideriamo un'anomalia, e cioè l'attribuzione alle Assemblee legislative del potere di interpretare le leggi e di decidere le cause, era parte di «*a coherent whole*» [164]. In ogni caso, tuttavia, fu anche per impedire che chi possiede «*the whole power of one department*» potesse assommare in sé anche «*the whole power of another department*» [165] e dunque più in particolare che il potere legislativo potesse usurpare quello giudiziario, che i *Framers* previdero all'Articolo III, Sez. I della Costituzione che «il potere giudiziario degli Stati Uniti sarà conferito a una Corte Suprema e a quelle Corti di grado inferiore che il Congresso potrà di quando in quando istituire e organizzare» [166]. Del resto, il principio della separazione dei poteri, più in particolare del legislativo dal giudiziario, per quanto possa essere inteso come un «*principle of shared, rather than completely separated powers … a system of separateness with interdipendence, autonomy with reciprocity*» [167], come ci insegna Hamilton nel *The Federalist* [168], deve essere riassunto nella formula secondo cui una deliberazione degli organi legislativi non può comunque mai, senza esorbitare dalla sfera ad essi riservata, mutare radicalmente o rifor-

---

strati, come, ad esempio, quello di concedere le grazie (p. 301). Sulla questione *de qua* cfr. comunque, più in generale, C.A. CANNATA e A. GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea. II. Dal Medioevo all'epoca contemporanea*, Torino, 1989, spec. p. 36 ss.; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. I. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1982, spec. p. 482.

[164] C.A. DESAN, *The Constitutional Commitment to Legislative Adjudication in the Early American Tradition*, in *Harvard Law Rev.* 1998, p. 1383. L'autrice ricorda che, nonostante «*legislative adjudication as a concept or coherent regime is alien*, *even antithetical*, *to the modern constitutional order*», ovunque i «*colonists … [conceived and] created regimes of legislative adjudication*», perché «*their regime confounded categories we now assume: it produced political representation that included the power to adjudicate the cases of constituents and rights that could not be enforced in courts*» (p. 1384).

[165] Così Madison nel *The Federalist*, n. 47. Sul punto cfr. P.B. KURLAND, *The Rise and Fall of the «Doctrine» of Separation of Powers*, in *Michigan Law Rev.*, 1986, p. 593 ss.

[166] Con riferimento alle «*adjudicative functions*» assunte nel periodo antecedente alla Rivoluzione dalle assemblee legislative, l'Articolo III della Costituzione U.S.A. «*… was meant to put an end to such legislative overreaching*» (L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, 2000, p. 285). Cfr. più in generale R. PULVERS, *Separation of Powers under the Oregon Constitution: a User's Guide*, in *Oregon Law Rev.*, 1996, p. 458 ss.

[167] Così, riferendosi alla separazione dei poteri nello Stato del Wisconsin, S.S. ABRAHAMSON, *Remarks before the American Bar Association Commission on Separation of Powers and Judicial Independence (Dec. 13, 1996)*, in *ST. John's Journal Legal Comment.*, 1996, p. 71. Di una struttura costituzionale improntata ad uno schema non di rigida separazione fra i poteri, ma di «*divided and overlapping powers*» parla anche P.M. BATOR, *Constitution as Architecture: Legislative and Administrative Courts Under Article III*, in *Indiana Law Journ.*, 1990, p. 233.

[168] Il riferimento è al *The Federalist*, n. 81. Cfr. anche il n. 78.

mare o sospendere gli effetti di un provvedimento giudiziale emesso in un determinato caso [169]; come ha potuto affermare in un caso assai rilevante la *Supreme Court*, infatti, «*when retroactive legislation requires its own application in a case already … adjudicated, it does no more and no less than reverse a determination once made, in a particular case*» [170].

---

[169] Con questo non si vuole sostenere che il principio politico della separazione dei poteri equivalga all'«isolamento» dei poteri dello Stato, cioè a quell'autonomia assoluta degli stessi poteri da cui HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, trad. it. *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma-Bari, 1974, pp. 267-268, faceva derivare come conseguenza «*die Zertrümmerung des Staats*» (§ 272), perché si può sostenere che neanche nella Costituzione americana «un principio rigido della separazione dei poteri [sia stato] mai voluto né [sia mai] esistito» (così G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Milano, 1984, p. 10); anzi, nello stesso *The Federalist* Madison parla di tale principio come di una «*blending of powers*» (n. 47) e Hamilton chiarisce che una «*partial intermixture is even*, *in some cases*, *not only proper but necessary to the mutual defense of the federal members of the government against each other*» (n. 66). Cfr. L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., p. 138 ss. La negazione di una separazione «ermetica» non può, tuttavia, consentire, per usare le parole del giudice Blackmun della *Supreme Court* in *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361 (1989), un «*encroachment or aggrandizement [by] one branch against the others*» (sul punto si esprime invece nel senso che il Congresso può legiferare per modificare sentenze non gradite W.F. MURPHY, *Elements of Judicial Strategy*, Chicago, 1964, pp. 19-31). La *Supreme Court* sul punto ha per molti anni oscillato fra una visione *formalist*, cioè di separazione tendenzialmente rigida, ed una *functionalist*, ossia orientata verso una commistione di funzioni, del principio costituzionale della separazione dei poteri, tanto che R.L. BROWN, *Separated Powers and Ordered Liberty*, in *University of Pennsylvania Law Rev.*, 1991, p. 1513 ss., ha definito un «*incoherent muddle*» la trattazione dei nove giudici supremi di siffatto principio. Cfr. P.L. STRAUSS, *Formal and Functional Approaches to Separation-of-Powers-Questions – A foolish Inconsistency?*, in *Cornell Law Rev.*, 1987, p. 488 ss.

[170] Così il giudice Scalia in *Plaut v. Spendthrift Farm*, *Inc.*, 514 U.S. 211 (1995), in cui la *Supreme Court* afferma che la *section* 27 A del *Securities Exchange Act* (1934), approvata dal Congresso il 9 dicembre del 1991, con cui veniva disposta la riapertura di alcuni giudizi, peraltro conclusi e passati in giudicato, che avevano visto coinvolti alcuni azionisti, violava il principio della separazione dei poteri – da segnalare la *dissenting opinion* manifestata dal giudice Stevens (cui aderisce anche il giudice Ginsburg), secondo cui la *section* 27A non deciderebbe «*the merits of any issue in any litigation*», ma più semplicemente rimuoverebbe «*an impediment to judicial decision on the merits*» –. Il giudice Scalia afferma che, affinché non si debba rivivere il periodo precedente la approvazione della Costituzione «*which produced factional strife and partisan oppression*», il principio della separazione dei poteri è posto a protezione delle «*suits depending or adjudged*» (citando la *concurring opinion* del giudice Iredell, espressa in *Calder v. Bull*, 3 U.S. 386 (1798)). Tale dibattito non è nuovo nella giurisprudenza della Corte Suprema, tanto che fin dai primi casi posti al suo esame – cfr. *Hayburn's Case* (1792), *Merril v. Sherburne* (1818), *Bates v. Kimball* (1824), *United States v. Klein* (1872) – la stessa ha avuto modo di affermare con forza il principio secondo cui «*… the act of congress cannot have the effect … to annul the judgment of the court already rendered*» (così *Pennsylvania v. Wheeling & Belmont Bridge Co.*, 59 U.S. 421 (1856)), anche se un passo indietro potrebbe essere rinvenuto nel recente *Miller v. French*, 120 S. Ct. 2246 (2000), nel quale comunque risultano interessanti le osservazioni compiute dal giudice O'Connor al fine di distinguere tale caso dal precedente *Plaut v. Spendthrift Farm*, *Inc.*

La disposizione di cui all'art. 3, quarto comma, infine, potrebbe essere censurata sotto un ulteriore profilo costituzionale, quello derivante dall'art. 25, primo comma, Cost. Il principio di precostituzione del giudice sancisce il divieto di modificare *ex post facto* le regole in base alle quali viene individuato il giudice competente [171], anche perché, come è stato osservato [172], che a giudicare sia un giudice anziché un altro costituisce un fattore non privo di significative differenze, se è vero che è proprio «la "diversità" dei giudici al momento della decisione che costituisce … il presupposto operativo del principio della precostituzione del giudice, il quale tende così a realizzare ed a garantire la permanenza di un effettivo pluralismo all'interno della magistratura, impedendo manovre ed interventi non consentiti e *post factum* sulla individuazione del giudice competente a decidere un determinato caso». Sulla base di una giurisprudenza, peraltro assai criticata [173], che si è imposta a

---

[171] Sul principio del giudice naturale precostituito per legge rimangono imprescindibili i contributi di M. PISANI, *La garanzia del «giudice naturale» nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, p. 420 ss.; V. GUELI, *Il "foro dello stato" tra la ragion di stato e lo " stato di diritto"*, in *Giur. cost.*, 1964, p. 1191 ss.; E. MARX, *Der gesetzliche Richter im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz*, Berlin, 1969, pp. 57 ss. e 127 ss.; A. PIZZORUSSO, *La competenza del giudice come materia coperta da riserva di legge*, in *Giur. it.*, 1963, I, p. 1314 ss.; R. ROMBOLI, *Giudice naturale*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1982, p. 972 ss.; ID., *Il giudice naturale. Studio sul significato e la portata del principio nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1981, spec. p. 211 ss.; ID., *Teoria e prassi del principio di precostituzione del giudice*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 3244 ss. Cfr. sul punto più recentemente L. GIULIANI, *Rimessione del processo e valori costituzionali*, Torino, 2002, p. 89 ss.

[172] R. ROMBOLI, *Attività tabellare del Consiglio superiore della magistratura e indipendenza interna del giudice*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, Csm e principi costituzionali*, Roma-Bari, 1994, p. 108. In altri termini, è vero che il diritto è uguale per tutti e che ogni giudice è soggetto al diritto, ma è anche vero che, pur dovendo applicare la stessa legge ad analoghi od anche identici casi concreti, un giudice può giungere a soluzioni ben diverse rispetto a quelle cui è approdato un altro.

[173] La critica parte dalla premessa secondo cui l'art. 25, primo comma, Cost. non autorizza a distinguere fra leggi generali e leggi eccezionali o particolari, senza dimenticare che, nel momento in cui la garanzia della precostituzione viene intesa come semplice divieto di adottare deroghe alla competenza in vista di una o di determinate controversie, risulta poi difficile attribuire all'art. 25, primo comma, Cost. un significato che sia autonomo rispetto al divieto già posto dall'art. 102, secondo comma, Cost. di istituire giudici straordinari chiamati *ex post* a giudicare su specifici fatti. Sul punto comunque v. R. ROMBOLI, *Teoria e prassi del principio di precostituzione del giudice*, cit., p. 3254 ss., e con particolare riferimento a Corte di Cassazione sez. un., ord. 27 gennaio 2003, n. 627 e dunque alla legge 7 novembre 2002, n. 248 (legge «Cirami»), O. MAZZA, *L'intenzione del legislatore e le contraddizioni delle Sezioni unite (a proposito dell'immediata applicabilità della nuova disciplina in tema di rimessione)*, in *Cass. pen.*, 2003/7-8, p. 627 ss.; ID., *Non si applica retroattivamente la regola di determinazione del giudice - il testo normativo non consente tale interpretazione*, in *Dir. e giust.*, 2002, n. 40, p. 17 ss.; F. CAPRIOLI, *La legge sul legittimo sospetto e la palinodia delle Sezioni Unite. Interpretazione restrittiva dopo i dubbi sull'art. 45 cpp*, in *Dir. e giust.*, 2003, n. 15, p. 9 ss.; V. GREVI, *La*

partire dalla fine degli anni sessanta [174], la Corte costituzionale ha chiarito che il principio di cui all'art. 25, primo comma, Cost. non risulta violato se il legislatore modifica in generale, sia pure con effetto anche sui processi in corso, i presupposti e i criteri che stabiliscono la regola di determinazione del giudice competente, perché in tal caso lo spostamento di competenza non avviene come conseguenza di una deroga alla disciplina generale, adottata in vista di singole e determinate controversie, ma per effetto di un nuovo ordinamento, dunque «della designazione di un nuovo giudice «naturale» che il legislatore, nell'esercizio del suo insindacabile potere di merito, sostituisce a quello vigente» [175]; il principio, invece, risulta violato qualora il giudice venga designato a posteriori dal legislatore in relazione ad una o ad alcune determinate controversie, in via di eccezione singolare alle regole generali.

Nel caso in esame, la «maliziosità» [176] dell'operazione compiuta dal legislatore, il quale interviene soltanto con riferimento alle controversie inerenti le materie regolate dalla legge n. 280 del 2003, di fatto avendo dunque di mira singoli casi specifici [177], non può che far sorgere il fondato sospetto che la

---

rimessione per ragioni troppo vaghe non assicura la precostituzione del giudice, in *Guida al dir.*, 2002, n. 32, p. 15 ss.

[174] Il riferimento è alla sent. n. 56 del 1967, in *Giur. cost.*, 1967, p. 666 ss., che ribaltava per la prima volta l'indirizzo interpretativo fatto proprio dalla Consulta nelle prime decisioni assunte sul tema, allorquando la stessa aveva accolto un'interpretazione ortodossa dell'art. 25, primo comma, Cost., cioè quella secondo cui il legislatore non è libero di disciplinare in modo discrezionale la successione nel tempo delle norme concernenti l'individuazione dell'organo giurisdizionale, perché comunque lo *ius superveniens* non potrebbe incidere su processi riguardanti fatti commessi prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina, in quanto «il principio della precostituzione del giudice tutela nel cittadino il diritto a una previa non dubbia conoscenza del giudice competente a decidere, o, ancor più nettamente, il diritto alla certezza che a giudicare non sarà un giudice creato a posteriori in relazione a un fatto già verificatosi» (sent. n. 88 del 1962, in *Giur. cost.*, 1962, p. 959 ss.). Il *revirement* giurisprudenziale della fine degli anni sessanta, di cui s'è già detto, è stato poi costantemente ribadito nelle sentenze successive, anzi la Corte ha potuto aggiungere che la garanzia del giudice naturale non risulta comunque violata se la legge si collega ad una «insopprimibile esigenza di giustizia, che l'attuale ordinamento giuridico stenta a soddisfare, quella, cioè, della rapidità dei giudizi» (sent. n. 72 del 1976, in *Giur. cost.*, 1976, p. 452 ss.). Cfr. sent. n. 185 del 1981, in *Giur. cost.*, 1981, p. 1860 ss., sent. n. 207 del 1987, in *Giur. cost.*, 1987, p. 1560 ss.

[175] Così la sent. n. 56 del 1967, cit. Cfr. la più recente sent. n. 272 del 1992, in *Giur. cost.*, 1992, p. 2096 ss., secondo cui il principio *ex* art. 25, primo comma, Cost. è leso quando «il giudice venga designato *a posteriori* in relazione ad una determinata controversia o direttamente dal legislatore in via di eccezione singolare alle regole generali …».

[176] L'espressione è di R. ROMBOLI, *Giudice naturale*, in *Enc. dir.*, *Agg.*, Milano, 1998, p. 372.

[177] Anche se il legislatore non è stato così «sprovveduto o fornito di tale 'arroganza del potere' da permettersi lo scoperto uso dello strumento legislativo per regolare *nominatim* una o più singole situazioni individuali» (G. GALLI, *La competenza del tribunale per i delitti di rapi-*

competenza retroattiva sia stata stabilita proprio per favorire per alcuni procedimenti certe soluzioni, cioè per garantire determinate definizioni dei giudizi.

A queste argomentazioni si potrebbe obiettare che, sulla base dell'art. 3 della legge sui TAR, in tutte le ipotesi nei confronti delle quali la legge si applica retroattivamente e in particolare nel caso, per esempio, che ha visto coinvolte la società Catania Calcio e la FIGC, la competenza a giudicare sarebbe spettata al TAR del Lazio [178], con la conseguenza che il legislatore non avrebbe distolto le parti dal giudice naturale precostituito per legge. Ed effettivamente, nel caso *de quo*, viene in considerazione non uno spostamento di competenza, bensì la creazione di una competenza del tutto nuova con riferimento ad alcune controversie, dopo che le stesse sono insorte e per di più dopo l'emanazione di provvedimenti giurisdizionali, competenza che viene attribuita non al Consiglio di Stato o al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la regione siciliana, ma ad un organo di pari grado rispetto a quelli che hanno emesso tali provvedimenti. Il fatto che nella fattispecie concreta venga in considerazione non un trasferimento di competenza ma la determinazione di una nuova competenza costituisce comunque una violazione del principio del giudice naturale precostituito per legge, il quale tutela proprio il diritto fondamentale «ad avere un giudice indipendente ed imparziale, il quale, nel conflitto tra opposte pretese sottoposte al suo giudizio e tra le parti che ne sono portatrici nel processo, non possa dare adito di essere stato

---

na aggravata, *estorsione aggravata*, *sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione*, *secondo l'art. 1 della legge 14 ottobre 1974*, *n. 497: una scontata – e discutibile – sentenza della Corte costituzionale in tema di giudice naturale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, p. 1488).

[178] Poiché la controversia riguardava «il risultato di una gara sportiva del Campionato nazionale di calcio di serie B, avente effetti ai fini della classifica unica di tutte le squadre partecipanti a detto Campionato, valevole per tutto il territorio nazionale»: così il Cons. St., sent. n. 5930 del 2003, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In questo senso si potrebbe dire che il principio espresso dall'art. 25, primo comma, Cost. è stato comunque vulnerato, perché, a detta di autorevole dottrina, i valori dallo stesso protetti sono anche quelli della tutela del giudice a non vedersi sottratta la «sua» causa: sul punto già M. NOBILI, *sub art. 25*, *primo comma*, in *Comm. della Cost.*, a cura di BRANCA, Bologna-Roma, 1981, pp. 152-153. Peraltro, i tribunali amministrativi periferici cui le parti si sono rivolte hanno ritenuto di potersi comunque esprimere sulla base dell'assunto, pressoché unanimemente accolto in giurisprudenza, secondo cui la proposizione dell'istanza di regolamento di competenza – che non può avvenire comunque mai *ex officio* – non preclude l'esame della domanda nel merito da parte del giudice adito, nel caso di istanze cautelari (cfr. sul punto sia Cons. St., sent. n. 5930 del 2003, cit., sia T.A.R. Catania, ord. n. 958 del 2003, cit.) e, del resto, anche lo stesso art. 3, secondo comma della legge in commento, nel momento in cui attribuisce «anche per l'emanazione di misure cautelari» la competenza al T.A.R. con sede in Roma, sembra quasi voler avallare, con una sorta di interpretazione autentica dell'art. 30, terzo comma, legge n. 1034 del 1971, tale indirizzo giurisprudenziale.

appositamente istituito per quella controversia e per quelle parti, con una scelta idonea ad essere orientata in vista di un determinato giudizio» [179]. Si potrebbe, di conseguenza, sostenere che «le norme processuali (o meglio, qualsiasi mutamento delle norme che governano il processo) [dovrebbero essere] refrattarie ad effetti «retroattivi», che incidono sui processi in corso» e che dunque «il legislatore dovrebbe essere cauto nella disciplina processuale retroattiva», perché «in materia processuale, alla fine, pur se non scritto, vige un principio di irretroattività altrettanto rigido quanto quello dell'art. 25, secondo comma, Cost. in materia penale sostanziale. Un principio che riguarda tutte le norme processuali, e non solo quelle relative alla precostituzione del giudice …» [180].

7. Il possibile intervento del Giudice costituzionale? L'ammissibilità di un conflitto fra poteri

Non possono essere sottaciute, infine, alcune considerazioni sulla disposizione della legge n. 280 del 2003 che pare realizzare la «ferita» [181] più grave alla Costituzione. Se la sospensione dei provvedimenti giudiziali operata dall'art. 3, quarto comma viola il fondamentale principio per cui le assemblee legislative devono restare «fedeli ai giudizi della giustizia» [182], proprio perché «nelle

---

[179] Così Corte cost., sent. n. 460 del 1994, in *Giur. cost.*, 1994, p. 3967 ss. Ed è proprio tale predeterminazione, intesa come «non-manipolabilità *a posteriori* della competenza» (G. ZAGREBELSKY, *Connessione e giudice naturale*, in AA.VV., *Connessione di procedimenti e conflitti di competenza*, Milano, 1976, p. 66), a consentire «il fisiologico radicarsi della competenza a giudicare a favore dei diversi giudici previsti dall'ordinamento, senza che possa essere sollevato alcun sospetto di parzialità, nel senso di assegnazioni di cause «mirate» in funzione dell'esito che a quelle controversie si voglia dare»: così N. ZANON e F. BIONDI, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario - Status e funzioni dei magistrati alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionali*, Milano, 2002, p. 120, ma sul punto anche P. ALVAZZI DEL FRATE, *Il giudice naturale. Prassi e dottrina in Francia dall'Ancien Régime alla Restaurazione*, Roma, 1999, p. 228; A. GARDINO CARLI, *Precostituzione "tabellare" del giudice anche nelle sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei Conti?*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2787 ss. Cfr. sent. n. 130 del 1995, in *Giur. cost.*, 1995, p. 1042 ss. e sent. n. 419 del 1998, in *Giur. cost.*, 1998, p. 3599 ss.

[180] N. ZANON, *Le leggi processuali*, relazione tenuta al convegno *Esperienze e prospettive della giustizia italiana - 14-16 novembre 2002 Roma*, rep. in *www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali*. Sul punto però cfr. già A. PIZZORUSSO, *Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975, p. 3.

[181] Per riprendere la terminologia utilizzata nel titolo di un'opera di A. Pizzorusso, e cioè *La Costituzione ferita*, Roma, 1999.

[182] Così Socrate nel *Critone* di Platone, XII. Del resto, può dire lo stesso Socrate dialogan-

prerogative di sovranità del popolo rientra la pretesa a veder applicate le leggi senza possibilità artificiose di elusione, che avvantaggerebbero pochi e lederebbero le basi essenziali dello Stato di diritto» [183], si pone il problema di stabilire se e con quale strumento tale disposizione normativa possa essere sanzionata dall'organo di giustizia costituzionale. È noto che le questioni di legittimità costituzionale possono essere sollevate soltanto nel corso di un giudizio da parte di un giudice, il quale deve verificare non solo che il dubbio proposto in ordine a quella data disposizione legislativa non sia manifestamente infondato, ma anche che la sua applicazione sia indispensabile per la risoluzione del caso, cioè che il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla soluzione della *quaestio* [184]. Ora, nel caso in cui in futuro, sulla base della legge n. 280 del 2003, un giudice statale – si tratti, a seconda della competenza, del giudice ordinario o del TAR del Lazio – sia adito in merito ad una controversia inerente una delle materie di cui all'art. 3, primo comma della suddetta legge, risulta difficile, per non dire impossibile, immaginare che la disposizione di cui all'art. 3, quarto comma con cui sono stati sospesi alcuni provvedimenti giudiziali [185] possa risultare rilevante per la conclusione del giudizio in corso [186]. Tale decisivo motivo induce a ritenere che l'unico strumento median-

---

do con Critone, «… t'illudi che sappia sopravvivere dopo, e non finire sottosopra, quel paese dove i giudizi celebrati nulla valgono … ?» (XI).

[183] G. SILVESTRI, *Sovranità popolare e magistratura*, relazione al Convegno di studio *Esposito*, *Crisafulli*, *Paladin. Tre costituzionalisti nella cattedra padovana. La sovranità popolare*, *Padova*, *il 19-20-21 giugno 2003*, rep. in *www.costituzionalismo.it/articoli*. L'autore conclude sostenendo che lo Stato di diritto «non è un possibile modo di organizzazione dei pubblici poteri, ma l'espressione più pregnante della democrazia liberale su cui poggia la visione espositiana e crisafulliana della sovranità popolare».

[184] Senza dimenticare che la Corte ha poi richiesto quasi sistematicamente una terza condizione, e cioè che il giudice *a quo* abbia esperito ogni tentativo al fine di configurare un'interpretazione «adeguatrice», cioè conforme alla Costituzione.

[185] … relativi a fattispecie diverse e per di più passati in giudicato, dal momento che non risulta che alcuna delle parti interessate, ai sensi dell'art. 3, quarto comma della legge, abbia riproposto il ricorso e l'istanza cautelare al T.A.R. del Lazio, nel giudizio di fronte al quale, caso mai, si sarebbe potuta valutare la «rilevanza» *ex* art. 23, legge n. 87 del 1953 della disposizione che sospende gli effetti dei provvedimenti giudiziali, che sarebbero, appunto, dovuti essere confermati, modificati o revocati dal suddetto T.A.R. del Lazio.

[186] E d'altronde è ben noto come sia oramai da tempo assodata nella giurisprudenza costituzionale la possibilità da parte della Corte di pronunciare la manifesta inammissibilità della questione nel caso in cui riscontrasse che le questioni proposte sono meramente accademiche, dunque non rilevanti – si tratti poi di un difetto «assoluto» o «relativo» di rilevanza –, dal momento che sono rimaste inascoltate le pur autorevoli opinioni espresse in dottrina sul finire degli anni sessanta, secondo cui il processo sarebbe dovuto essere, per usare una terminologia di F. CALAMANDREI, *Aspetti problematici del processo al legislatore*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 5, solo l'«esca», cioè «la mera occasione … del processo di legittimità costituzionale, il quale svolgendosi sul piano della tutela di interessi generali, come è provato dalla efficacia *erga omnes* che si è voluta attri-

te il quale poter «giustiziare» la disposizione in questione debba essere rinvenuto nel conflitto di attribuzione fra i poteri dello Stato. La via del conflitto «interorganico», del resto, da un lato permetterebbe di evitare di passare attraverso, per rifarsi ad una nota definizione dottrinale, «le strettoie derivanti dall'incidentalità costituzionale» [187], dall'altro consentirebbe alla Corte non solo di dichiarare quale sia l'ente al quale «spettano le attribuzioni in contestazione», ma anche di procedere, senza sostanziali differenze rispetto alla dichiarazione d'illegittimità delle leggi *ex* art. 136, primo comma, Cost. [188], all'annullamento della disposizione legislativa. Tutto ciò, peraltro, comporterebbe una serie di vantaggi rispetto al giudizio incidentale, ad iniziare dal fatto che, mentre nel giudizio di legittimità il giudice non può costituirsi davanti alla Corte né presentare deduzioni o memorie o atti di altro genere, dovendosi limitare ad esprimere nell'ordinanza di rimessione i dubbi di incostituzionalità [189], la

buire alle pronunce di incostituzionalità, solo indirettamente ed eventualmente, anche se normalmente, ha effetti nel processo *a quo*» (così G. ZAGREBELSKY, *La rilevanza, un carattere eventuale ma non necessario della questione incidentale di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1969, p. 1009). Su tale dottrina cfr. anche F. PIZZETTI e G. ZAGREBELSKY, *«Non manifesta infondatezza» e «rilevanza» nell'instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi*, Milano, 1974, p. 122 ss.; F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sull'autonomia del giudizio costituzionale*, in *Rass. di dir. pubbl.*, 1966, p. 358 ss. Per la posizione assunta sul punto dalla Corte cfr. sent. n. 89 del 1995, in *Giur. cost.*, 1995, p. 779 ss.; ord. n. 38 del 1998, in *Giur. cost.*, 1998, p. 226 ss.; ord. n. 225 del 1998, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1763 ss.; ord. n. 414 del 1998, in *Giur. cost.*, 1998, p. 3569 ss.

[187] G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 225.

[188] Le difficoltà cui andrebbe incontro il coordinamento tra il sistema delle misure previste per gli atti invasivi dall'art. 37, legge n. 87 del 1953 (misura dell'annullamento ai sensi dell'art. 38 e se applicabile misura della sospensione ai sensi dell'art. 40) e quello sancito per le leggi dichiarate costituzionalmente illegittime dagli art. 136, primo comma, Cost. e 30, terzo comma, legge n. 87 del 1953 hanno costituito uno dei tre argomenti addotti dalla Consulta nella sent. n. 406 del 1989, in *Giur. cost.*, 1989, p. 1831 ss. al fine di affermare che «in linea di principio, il conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato non può ritenersi dato contro una legge o un atto equiparato». In realtà, la dottrina appare ormai concorde nel ritenere che non sia riscontrabile alcuna differenza fra annullamento e cessazione di efficacia della legge come conseguenza della dichiarazione d'illegittimità costituzionale. Cfr. A. PIZZORUSSO, *Commento alla sent. n. 161 del 1995*, in *Il Corriere giuridico*, 1995, p. 824, ma già S.M. CICCONETTI, *L'esclusione della legge dal giudizio sui conflitti tra poteri dello Stato in una discutibile sentenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1989, p. 1869 ss., secondo cui, anche ammettendo che una legge non possa essere eliminata da una sentenza in base all'art. 38, legge n. 87 del 1953, ciò non sarebbe comunque «argomento sufficiente per escludere le leggi dal giudizio sui conflitti tra poteri bensì, semmai, per ritenere la incostituzionalità della suddetta disposizione ove applicata alla fattispecie del conflitto tra poteri …» (p. 1872).

[189] Anche se, certo, sulla base del dato normativo e della successiva interpretazione che ne ha dato la Consulta, non c'è dubbio che il processo costituzionale risulterà vincolato a quanto prospettato e richiesto nell'ordinanza di rinvio, tanto che è stato sostenuto che «il giudice, indipendentemente dal riconoscergli o meno la qualifica di parte o la titolarità di uno specifico interesse alla risoluzione della questione, de[ve] essere, comunque, considerato uno dei

struttura del giudizio costituzionale per conflitti, invece, «garantirebbe la partecipazione diretta nel giudizio del giudice e dunque la difesa concreta ed in contraddittorio della sfera di attribuzioni» [190]. Nel caso in esame, del resto, neanche sotto il profilo oggettivo potrebbero essere riscontrati ostacoli all'esperibilità del conflitto; la stessa Corte costituzionale, infatti, mutando il proprio orientamento in materia [191], ha avuto modo di affermare l'ammissibilità di conflitti concernenti atti legislativi, sulla base della considerazione secondo cui «il conflitto costituzionale è preordinato alla garanzia dell'integrità "della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali" (art. 37, primo comma …), senza che, né dalla disciplina costituzionale né da quella legislativa, si dia alcun rilievo alla natura degli atti da cui possa derivare la lesione all'anzidetta "sfera di attribuzioni"» [192]. Certo, la Con-

---

soggetti del processo costituzionale incidentale»: così R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985, p. 64, ma sul punto si veda anche E. CATELANI, *La determinazione della «questione di legittimità costituzionale» nel giudizio incidentale*, Milano, 1993, p. 123. Qualcuno si è spinto addirittura oltre, sostenendo che «la fissazione del *thema decidendum* del processo costituzionale incidentale da parte del giudice *a quo* consegue lo stesso effetto pratico di una sua costituzione nel giudizio dinanzi alla Corte: il giudice tiene "avvinta" la Corte ai confini della questione da lui stesso fissati e può sostanzialmente considerarsi un soggetto del processo costituzionale, indipendentemente dalla necessità di riconoscergli la qualifica formale di parte o la titolarità di uno specifico interesse alla risoluzione della questione» (così N. ZANON, *L'impossibile costituzione del Pubblico Ministero nel giudizio in via incidentale*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 2514).

[190] G. SERGES, *La sindacabilità degli atti legislativi in sede di conflitto nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in F. MODUGNO (a cura di), *Par condicio e Costituzione*, Milano, 1997, pp. 225-226, il quale prosegue sostenendo che la previsione di cui all'art. 28 della legge n. 87 del 1953 non è applicabile in sede di conflitto e che di conseguenza alla Corte sarebbe consentito «un più ampio spettro di valutazioni circa la reale volontà del legislatore di colpire il potere giudiziario e, dunque, di cogliere, specie di fronte a leggi provvedimento dove più frequentemente si annida tale vizio, l'intenzione di arrecare menomazioni al potere giudiziario» (p. 226). Su quest'ultimo punto si veda però in senso contrario A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2001, secondo i quali, nonostante l'art. 28 si riferisca espressamente al giudizio su «legge o atto avente forza di legge», «non avrebbe alcun senso» escludere il limite *de quo* nel conflitto fra poteri o fra enti – nonché nel giudizio di ammissibilità del referendum –, attesa «la fondamentale unitarietà della giurisdizione costituzionale», con la conseguenza che «la disposizione in questione va intesa come prescrivente una norma generale: valida cioè in ogni sede di giudizio per la Corte» (pp. 141-142).

[191] Manifestato nella sent. n. 406 del 1989, cit.

[192] Così la sent. n. 457 del 1999, in *Giur. cost.*, 1999, p. 3906 ss. Cfr. anche l'ord. n. 23 del 2000, in *Giur. cost.*, 2000, p. 168 ss. La sent. n. 457 del 1999 era stata in qualche modo anticipata dalla sent. n. 161 del 1995, in *Giur. cost.*, 1995, p. 1348 ss., in cui la Corte aveva dichiarato ammissibile e deciso nel merito un conflitto avente per oggetto un decreto legge, nei cui confronti – specificava la Corte – il sindacato incidentale «si presenta di fatto non praticabile in relazione ai tempi ordinari del giudizio incidentale ed alla limitata vigenza temporale dello stesso decreto», il che, sul piano degli equilibri fra i poteri fondamentali, avrebbe potuto inge-

sulta, mossa evidentemente dall'intento di porre dei «paletti» [193] all'attivazione del conflitto avente ad oggetto fonti primarie, ha potuto chiarire che l'esperibilità dello stesso deve essere esclusa «tutte le volte che la legge, dalla quale, in ipotesi, deriva la lesione delle competenze, sia denunciabile dal soggetto interessato nel giudizio incidentale» [194], mentre ancora più di recente è arrivata con chiarezza ad affermare che «le censure sollevate … per violazione di norme diverse da quelle che definiscono l'ambito delle attribuzioni … non possono avere ingresso in un giudizio … finalizzato non al controllo di costituzionalità delle leggi e degli atti con forza di legge ma alla tutela dell'integrità degli ambiti di competenza assegnati dalla Costituzione ai diversi poteri dello Stato» [195]. Ora, posto che i profili costituzionali di cui si lamenta la lesione in relazione all'art. 3, quarto comma della legge n. 280 del 2003, come s'è già detto, di fatto non potrebbero essere fatti valere attraverso la proposizione della *quaestio* di legittimità e che i parametri di cui si suppone la violazione afferiscono agli ambiti di competenza costituzionalmente riservati al potere giudiziario, si può constatare come in tal caso lo strumento del conflitto riesca ad evitare di tramutarsi in uno strumento di chiusura del sistema di giustizia costituzionale, tendendo, invece, ad assumere proprio quel carattere di residualità su cui la dottrina più autorevole insiste da tempo [196].

---

nerare rischi ancor più gravi «nelle ipotesi in cui l'impiego del decreto-legge possa condurre a comprimere diritti fondamentali …, a incidere sulla materia costituzionale, a determinare … situazioni non più reversibili né sanabili anche a seguito della perdita di efficacia della norma». Su tale sentenza rimando alle pregnanti osservazioni di A. RUGGERI, *La Corte e le mutazioni genetiche dei decreti-legge*, in *Riv. dir. cost.*, 1996/1, pp. 277-278.

[193] E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, Torino, 2002, p. 205.

[194] Così sempre la sent. n. 457 del 1999, cit.. In questo modo la Corte ha raggiunto «un punto di equilibrio tra esigenze contrapposte, quali da un lato il superamento di "zone d'ombra" nella giurisprudenza costituzionale – sia nelle ipotesi di "strettoie" derivanti dall'incidentalità della questione costituzionale, sia nel caso di "poteri dello Stato" che non possano far valere l'incostituzionalità di una legge che ne menomi le competenze costituzionalmente attribuite – , e, dall'altro, la necessità di non allargare oltre misura il campo d'azione del conflitto fra poteri, fino – al limite – a far divenire residuale il giudizio in via incidentale» (così R. ROMBOLI e E. ROSSI, *Giudizio di legittimità costituzionale*, cit., p. 570).

[195] Così la sent. n. 139 del 2001, in *Giur. cost.*, 2001, p. 1116 ss. Sotto il profilo parametrico la sentenza è stata salutata con favore in dottrina, come cioè «utile ed opportuna precisazione in senso restrittivo delle affermazioni contenute nella sent. n. 457 del 1999 … compensandosi così parzialmente l'apertura generalizzata agli atti legislativi quali atti idonei a dar vita ai conflitti» (E. MALFATTI, *La Corte dei conti in conflitto con il Governo: nasce un "superpotere"?*, in *Giur. cost.*, 2001, pp. 1144-1145), mentre in senso più critico pare esprimersi F. BERTOLINI, *L'eccesso di delega nel conflitto su atto legislativo: estensione del modello o figura tipica?*, in *Giur. cost.*, 2001, pp. 1138-1139.

[196] «Il conflitto di attribuzione manca … di definizioni stringenti quanto ai requisiti sog-

Rimane da individuare quale sia il giudice legittimato a sollevare dinanzi alla Corte il conflitto contro il Parlamento. A tal proposito, proprio in un caso in cui sono messi in gioco i principi relativi a tutto l'ordine giudiziario, si potrebbe essere tentati di rinvenire il soggetto legittimato ad agire nel conflitto nell'organo garante dell'autonomia generale del potere in questione, cioè nel Consiglio Superiore della Magistratura, ma la soluzione non pare praticabile, dal momento che tale organo, come è noto, è titolare soltanto di funzioni strumentali rispetto a quelle dell'ordine giudiziario [197]. Ora, dato il carattere «diffuso» del potere giudiziario e che dunque ogni giudice è sostanzialmente e processualmente legittimato ad essere considerato potere dello Stato [198] e partendo dalla premessa secondo cui non è riscontrabile «l'interesse ad agire del giudice, quando si cessi di ravvisarlo nel dovere che questi ha di garantire una pronuncia secondo diritto», è stato sostenuto che un giudice potrà sollevare conflitto soltanto nel caso in cui quest'ultimo «ovunque originato, finisca, direttamente o indirettamente, per arrestare l'attività giurisdizionale concretamente in corso, imponendo al giudice, come *unica* ed estre-

---

gettivi e oggettivi. La polverizzazione dei soggetti e la diffusione dei conflitti per interferenza … impediscono di tracciare qualsiasi limite *a priori* all'esperibilità del conflitto. Per questo motivo, a mio modo di vedere, diviene cruciale uno *strict scrutiny* sulla residualità, cioè una verifica attenta che impedisca di veicolare attraverso il conflitto reazioni a comportamenti altrui che andrebbero invece condotte con altri strumenti processuali …»: così R. BIN, *Un nuovo "ricorso diretto" contro le leggi?*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 3922. Cfr. già F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, pp. 936-937, ma poi anche R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996, p. 152; E. MALFATTI, *Un conflitto interorganico dai risvolti problematici*, in *Foro it.*, 2001, I, c. 454.

[197] Sul punto già M. MAZZIOTTI, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, Milano, 1972, p. 195 ss. Nessun dubbio sussiste più, invece, nonostante l'incertezza manifestata dalla dottrina più risalente – cfr., per esempio, P. VIRGA, *I conflitti di attribuzione*, in *Foro pad.*, 1949, IV, p. 11 – sulla possibilità che il Csm, che è titolare di attribuzioni proprie, possa sollevare conflitto nel caso in cui, appunto, le attribuzioni costituzionalmente riservate ad esso fossero menomate dall'atto invasivo di un altro potere. Ritiene auspicabile la soluzione di conferire la rappresentanza del potere giudiziario al Csm A. PIZZORUSSO, *La magistratura come parte dei conflitti di attribuzioni*, in P. BARILE, E. CHELI e S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, per il quale sarebbe opportuno prevedere a livello legislativo che «quando un magistrato, nell'esercizio delle sue funzioni, ravvisi una lesione delle prerogative del potere giudiziario in un atto … di un soggetto appartenente ad un altro potere, ne riferisce immediatamente al Consiglio superiore affinché questo valuti l'opportunità di promuovere il conflitto. Se il Consiglio ritiene la lesione sussistente, delibera in tal senso, designando un proprio componente quale rappresentante del potere giudiziario nel giudizio avanti la Corte costituzionale. …» (p. 210, nota 23). Sulle funzioni del Csm come istituzione di garanzia dell'imparzialità dei magistrati e sul suo inquadramento nell'organizzazione statale cfr. più in generale comunque A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. Dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della Bicamerale*, Milano, 1999, p. 283 ss.

[198] Cfr., per esempio, fra le ultime, ord. n. 86 del 2003, in *www.giurcost.org*.

ma soluzione, di rivolgersi alla Corte» [199]. Di conseguenza, quando «una ferita all'ordine giudiziario [sia stata] inflitta a processo concluso, [cioè] quando il giudice si è spogliato della causa e non ha più modo di reagire» e, più in particolare, quando vengano in considerazione «atti di pubblici poteri, intesi a porre nel nulla … la statuizione dell'autorità giudiziaria», non si deve pensare ad «un ricorso esperibile dalla medesima autorità che ha emanato la pronuncia … [perché] "l'ombra" del potere giudiziario affianca continuamente la fattispecie contestata, e non manca di concretizzarsi, su istanza della parte interessata, quando si oppongano indebite resistenze all'attuazione delle sue statuizioni: questo è il giudice al quale sarà necessario rivolgersi, nel caso sopra ipotizzato, affinché eserciti in primo luogo il proprio sindacato giurisdizionale sugli atti incriminati, e quando ciò non sia possibile, chieda l'intervento della Corte» [200]. Tale soluzione, però, sembra stridere con la giurisprudenza della Corte costituzionale, che, da un lato, ha escluso per i giudici la possibilità di sollevare conflitto di attribuzioni nei confronti di un atto legislativo in via incidentale nel caso in cui gli stessi, a tutela della loro competenza, possano sollevare la *quaestio* di legittimità [201]; dall'altro, ha escluso

---

[199] Così M. BIGNAMI, *Note intorno alla legittimazione attiva della magistratura nel conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 611. L'autore muove dalla considerazione secondo cui, mentre per gli altri poteri dello Stato il conflitto è nella libera disponibilità delle parti e dunque alla Corte saranno riservate soltanto quelle controversie costituzionali che le parti stesse non sono riuscite a ricomporre, come dire, contrattualmente, magari rinunciando ciascuna di esse ad una «quota» di attribuzioni a favore dell'altra, la funzione giurisdizionale è indisponibile, perché il giudice è obbligato a «portarla a compimento secondo diritto»; dunque, poiché «il giudice non ha alcunché da guadagnare o da perdere sul terreno delle attribuzioni costituzionali [in quanto] la funzione che esercita è il fattore, quantitativamente costante, dell'ordine costituzionale» (p. 608), nessuna forma di contrattazione è ammessa, pena il mutamento della forma di Stato democratica. Ciò premesso, l'unico strumento per sottrarre al giudice la disponibilità del conflitto è quello di collocare «il ricorso *all'interno* del procedimento giurisdizionale, quale passaggio obbligato per arrivare alla definizione di esso» (cosiddetta tesi dell'incidentalità). Su tale tesi cfr. anche N. ZANON, *Giudici, legislatore e «volontà parlamentare» di fronte alla Corte costituzionale (in tema di conflitti di attribuzione tra poteri in via incidentale)*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 3292 ss.; A. CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, cit., p. 183, nota 91.

[200] Così M. BIGNAMI, *Note intorno alla legittimazione attiva della magistratura nel conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato*, cit., p. 612, il quale si richiama alla «celebre definizione chiovendiana di giurisdizione», sposando la quale «ci si accorgerà che non manca mai un giudice incaricato non solo di "affermare l'esistenza di una volontà di legge", ma anche di "mandarla ulteriormente ad effetto"».

[201] Così, per esempio, l'ord. n. 278 del 1997, in *Giur. cost.*, 1997, p. 2546 ss., in cui la Consulta afferma che il comma 183 dell'art. 1 della legge n. 662 del 1996 – che dichiarava i giudizi pendenti alla data di entrata in vigore della legge stessa, aventi a oggetto le questioni di cui ai commi 181 e 182, estinti d'ufficio con compensazione delle spese fra le parti e le sen-

anche che, ai fini dell'ammissibilità dei conflitti di attribuzione, fra questione principale dedotta in giudizio e oggetto del conflitto debba sussistere «una sorta di rapporto di pregiudizialità (o, genericamente, di preliminarietà o «connessione»)» [202], perché «quel che è richiesto è l'interesse ad agire, la cui sussistenza è necessaria e sufficiente a conferire al conflitto gli indispensabili caratteri della concretezza e dell'attualità, non potendo la Corte essere adita a scopo meramente consultivo, per pronunciarsi, cioè, su astratte formulazioni di ipotesi», con la conseguenza che non occorre «attendere il concreto esercizio delle medesime [attribuzioni costituzionali] in relazione ad un caso specifico (quasi a voler applicare anche nei giudizi sui conflitti il requisito della "rilevanza" tipico dei giudizi incidentali), condizione non richiesta dall'ordinamento per l'insorgere di un conflitto di attribuzione» [203]. Queste

---

tenze non ancora passate in giudicato prive di effetti – «contiene norme, disciplinanti direttamente l'esercizio della giurisdizione, di cui il giudice è chiamato a fare applicazione per definire giudizi innanzi a sé pendenti; che, quindi, per l'eventualità che il giudice stesso dubiti della legittimità costituzionale delle norme medesime (anche sotto il profilo della possibile lesione della propria sfera di attribuzioni), l'ordinamento appresta un rimedio diverso dal conflitto, vale a dire la questione incidentale di legittimità costituzionale, eventualmente sollevata dal giudice d'ufficio …». Su tale orientamento della Corte cfr. E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996-1998)*, Torino, 1999, pp. 399-400 e anche, ma in senso critico, E. FRONTONI, *Un'occasione mancata: la Corte decide, ma non risolve la difficile questione dei conflitti di attribuzione su atti legislativi*, in *Giur. it.*, 2000, c. 2006. Dall'indirizzo fatto proprio dalla Corte si ricava comunque che la citata «tesi dell'incidentalità» non ha alcuna possibilità di applicazione: infatti, se la *quaestio* è rilevante nel giudizio, deve essere sollevata la questione di legittimità, mentre, se le norme impugnate non sono rilevanti in giudizio, il conflitto sarà teoricamente sollevabile, ma allora la succitata teoria cade in contraddizione, perché «come potrebbero quelle stesse norme "arrestare" il giudizio, ovvero stare in un "rapporto di pregiudizialità", sia pur flessibile, con il suo oggetto, se, appunto, ininfluenti o inapplicabili allo stesso?» (così P. VERONESI, *Conflitto o quaestio? I giudici e la legge che viola la loro competenza*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 2554). Va detto, a onor del vero, che gli autori che sostengono la tesi dell'incidentalità del conflitto partono dalla premessa secondo cui nell'incidente conflittuale, differentemente dal giudizio di rilevanza – nel quale «il giudice non è privo degli strumenti di cui necessita ai fini della decisione, ché, anzi, la norma oggetto gli si offre come base giuridica della pronuncia» –, «ciò che viene a mancare è proprio la possibilità materiale di pronunciarsi secondo diritto; vi è, cioè, una concretezza fattuale che ben giustifica il ricorso al conflitto di attribuzione, quale mezzo di controllo in concreto del comportamento degli organi costituzionali» (M. BIGNAMI, *Note intorno alla legittimazione attiva della magistratura nel conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato*, cit., pp. 611-612). Ma la Corte non sembra accogliere, perlomeno nei casi simili a quello al nostro esame, tale distinzione.

[202] Così N. ZANON, *A proposito di un'ipotesi particolare di connessione fra giudici e legislatore*, in A. ANZON, B. CARAVITA e M. LUCIANI (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino, 1993, p. 306.

[203] Sent. n. 420 del 1995, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3196 ss.

argomentazioni [204] portano a ritenere che, nel caso in esame – in cui, peraltro, la disposizione di cui all'art. 3, quarto comma della legge «non incide direttamente sui processi e solo indirettamente – ed eventualmente – sulla autonomia della funzione giudicante», ma viola proprio «astrattamente» [205] le prerogative costituzionali dell'ordine giudiziario – a sollevare il conflitto debbano essere proprio i tribunali amministrativi che hanno emanato le pronunce i cui effetti sono stati poi sospesi dal legislatore [206], a nulla ostando la circostanza che la controversia non sia più in corso dinanzi ad essi [207]. Peraltro, la conclusione secondo cui solo i giudici le cui decisioni hanno subito una concreta lesione da parte del legislatore possono sollevare il conflitto consentirebbe di reagire in modo più immediato all'atto che si ritiene illegittimo, anche perché,

---

[204] … unitamente al dato di fatto non secondario che la Corte ha già avuto modo di negare la possibilità di sollevare conflitto in via incidentale in una sia pur lontana pronuncia, e cioè nell'ord. n. 39 del 1968, in *Giur. cost.*, 1968, p. 516 ss., a commento della quale G.U. Rescigno, *Sulla inammissibilità del conflitto incidentale tra i poteri dello Stato e su altre regole in tema di conflitti secondo l'ord. n. 39 del 1968 della Corte costituzionale*, poteva notare che, a giudizio della Corte, «il conflitto può essere sollevato solo dai soggetti implicati e che quindi il conflitto incidentale, proprio perché sollevato da soggetti che non sono parti del conflitto, è inammissibile» (p. 520).

[205] Entrambe le citazioni sono dovute a A. Pisaneschi, *Ancora a proposito del rapporto tra giudizio incidentale e conflitto di attribuzioni*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1751.

[206] Questo consentirebbe anche di superare l'argomento che milita a favore della teoria incidentale e secondo cui il conflitto sollevato dal «giudice qualunque» – ma tali appunto non possono essere considerati i tribunali che hanno emanato i provvedimenti i cui effetti sono poi stati sospesi – dovrebbe considerarsi inammissibile, in quanto «conflitto virtuale o ipotetico, poiché il «giudice qualunque» difficilmente potrebbe argomentare la *concreta* lesione – ad opera di una legge generale ed astratta – del suo ambito di attribuzioni, lesione sulla cui base si deve pur sempre misurare l'esistenza dell'interesse ad agire del ricorrente»: così si è espresso N. Zanon, *A proposito di un'ipotesi particolare di conflitto fra giudici e legislatore*, in A. Anzon, B. Caravita e M. Luciani (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, cit., p. 315, il quale poteva proseguire affermando che «se il conflitto ha ad oggetto una legge e parte attiva ne è un giudice qualunque, il quale non sta sperimentando gli effetti lesivi derivanti dalla concreta applicazione di essa nel corso del processo, è come se il giudice qualunque forzasse ed impegnasse tutti gli altri giudici, quale loro «rappresentante», a stare in conflitto col legislatore, negandosi in tal modo il carattere diffuso [del potere giudiziario]».

[207] E d'altronde, se è vero che ai fini dell'ammissibilità del giudizio dinanzi alla Consulta rileva l'interesse a ricorrere dell'organo, è anche vero che tale interesse «non necessariamente appare commisurato ad una questione sostanziale *in corso di decisione*, ma … al contrario può concernere il pregiudizio che deriva all'organo … in quanto titolare della attribuzione costituzionale, da un comportamento di un altro potere»: così già A. Pisaneschi, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. Presupposti e processo*, Milano, 1992, p. 216, il quale arriva ad affermare non solo che «non è affatto necessario che vi sia un giudizio pendente perché un organo giudiziario possa ricorrere – o resistere – in un conflitto tra poteri», ma anche che «il giudice [può] essere parte di un conflitto per la tutela delle sue attribuzioni staticamente intese (e purché ovviamente vi sia interesse ad agire)» (pp. 216-217).

come è stato detto, «l'esigenza di "unire all'immediatezza l'efficacia" appare … un dato praticamente coessenziale alla specificità dei conflitti promossi contro atti legislativi e normativi in genere» [208]. E questa potrebbe essere davvero la via maestra per dimostrare che «la "politica", quale prende corpo, nella sua forma emblematica e più genuina, nell'attività svolta in seno alle Camere, ha sul suo capo, perennemente pendente, una spada di Damocle che può, in ogni tempo, portare all'affermazione su di essa di un "diritto costituzionale" offeso» [209].

In conclusione, è evidente che, se l'intento di questo provvedimento legislativo è quello di porre fine agli attriti che possono sorgere fra giustizia statale e giustizia sportiva, non ci si può ritenere completamente soddisfatti, poiché restano ancora molti i punti degni di ulteriore riflessione.

De iure condendo, la composizione dei conflitti fra l'ordinamento sportivo e quello statale non può certo avvenire attraverso la riduzione o addirittura la soppressione dell'autonomia di cui gode l'ordinamento sportivo, che in tal modo verrebbe sottoposto ad uno stringente controllo da parte dello Stato; in questo caso, infatti, la violazione di alcuni principi posti a presidio del nostro sistema costituzionale, quale quello espresso dall'art. 2 Cost., sarebbe inevitabile. E neppure è realisticamente immaginabile riconoscere l'autonomia del fenomeno sportivo e al contempo porre come *condicio sine qua non* che lo stesso torni ad essere «*une forme de générosité princière*» [210] e dunque si sottragga agli interessi economici di più varia natura che ormai da tempo lo caratterizzano; ciò, del resto, non avveniva forse neanche nel mondo classico, se è vero, come diceva Cicerone, che un generale romano per i suoi trionfi riceveva meno onori e compensi di un olimpionico [211].

---

[208] P. Veronesi, *I poteri davanti alla Corte – «Cattivo uso» del potere e sindacato costituzionale*, Milano, 1999, p. 158.

[209] A. Ruggeri, *Corte costituzionale e Parlamento tra aperture del "modello" e fluidità dell'esperienza*, in A. Ruggeri e G. Silvestri (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000, p. 12. È chiaro comunque che questo non deve portare ad «una anomala istanza di contestazione attivabile da tutte le figure soggettive legittimate al giudizio» tale da «incidere sulla forma di governo o comunque … in modo sensibile sui rapporti tra organi di rilevanza costituzionale (e comunque tra le entità legittimate al giudizio) e legislatore», perché, in caso contrario, «questa capacità di agire in giudizio si trasformerebbe in una posizione abilitante per «contrattare» con il Parlamento (e comunque con il titolare del potere legislativo) il contenuto dei provvedimenti normativi» (così D. Florenzano, *L'oggetto del giudizio sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, Trento, 1994, pp. 306-307).

[210] L. Gernet, *Jeux et droit*, in Id., *Droit et société dans la Grèce Ancienne*, Paris, 1955, p. 13.

[211] Cfr. M. Pescante e P. Mei, *Le antiche olimpiadi. Il grande sport nel mondo classico*, cit., pp. 263-264.

In realtà, sarebbe opportuno provvedere a disincentivare il ricorso alla giustizia statale da parte degli affiliati alle Federazioni, cosa che non dovrebbe prescindere dal rispetto di una serie di presupposti fondamentali: una preparazione più rigorosa e più specializzata degli organi di giustizia sportiva [212]; il massimo rispetto dei principi e delle garanzie procedurali – con particolare riferimento al contraddittorio fra le parti e al diritto di essere ascoltati [213] – nell'applicazione delle sanzioni sportive; la certezza dell'effettiva «terzietà» di fronte alle parti dei collegi arbitrali istituiti in seno alle Federazioni stesse con lo scopo di risolvere determinate controversie.

In questa direzione si può ragionevolmente prevedere che il traguardo verso una vera e propria *coinonia* tra ordinamento sportivo e ordinamento statale non sia poi così lontano.

---

[212] Del resto, se è vero che già nel mondo greco le contestazioni nei confronti dei «giudici sportivi» furono un fenomeno più unico che raro – tanto che, a quanto consta, una sola volta l'organo di appello, il Gran Consiglio Olimpico, ebbe modo di annullare la decisione dei giudici stessi e conseguentemente di multarli –, questo avveniva soprattutto perché la preparazione dei giudici era molto severa, come dimostra il fatto che ben «dieci mesi prima dell'inizio dei Giochi gli ellanodici erano convocati a Olimpia per uno stage di apprendimento e di controllo delle loro conoscenze» e «i guardiani delle leggi, i *nomofylakes*, li sottoponevano a un insegnamento intensivo delle norme olimpiche e della loro interpretazione» (così M. PESCANTE e P. MEI, *Le antiche Olimpiadi. Il grande sport nel mondo classico*, cit., p. 255). D'altra parte (v. nota 91), le funzioni attribuite ai giudici erano molto rilevanti, se soltanto si pensa, per esempio, che, poiché gli atleti dovevano presentarsi un mese prima dell'inizio dei giochi, in quel mese i giudici avevano il compito di identificare gli atleti stessi come idonei alla partecipazione alle gare, di verificarne l'età nonché di supervisionarne scrupolosamente l'allenamento. Non basta, perché – in base alle regole, dapprima tramandate di generazione in generazione e poi trascritte e conservate nel padiglione aggiunto del *leonidaion* all'interno del *bouleuterion*, la sede del Senato di Olimpia – i giudici disponevano, altresì, del potere di infliggere punizioni anche molto pesanti, quali le multe, a volte assai cospicue – col denaro ricavato dalle quali venivano erette statue a *Zeus* –, l'espulsione dai giochi – nel caso in cui, ad esempio, un trasgressore si fosse rifiutato di pagare una multa comminatagli – e, infine, la fustigazione, in ipotesi di violazione delle regole dell'allenamento, di falli o di corruzione. Sul punto cfr. comunque M. DI DONATO e A. TEJA, *Agonistica e ginnastica nella Grecia antica*, Roma, 1989.

[213] Per utilizzare la terminologia di cui all'art. 103, primo comma del *Grundgesetz*, il quale parla testualmente di *Anspruch auf rechtliches Gehör*.

Il Trattato costituzionale dalla Convenzione alla Conferenza Intergovernativa: procedure e decisioni

di *Luigi Gianniti*

1. La vicenda della Convenzione europea ha segnato una tappa decisiva del lungo processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un processo che sembrò trovare un aperto sbocco nel trattato sulla CED, nei primi anni Cinquanta, che dopo il fallimento della CED parve scomparire, ma che in realtà andò sotto traccia, nascosta dal metodo funzionalista di sviluppo della Comunità. In seguito, mentre le acquisizioni mature di questo metodo (il mercato unico e l'Euro) svelavano il carattere profondamente costituzionale dell'integrazione europea, il motore principale dello sviluppo – il meccanismo di revisione dei trattati – finiva per rivelarsi sempre più inadeguato. Così nasce il metodo della Convenzione, inventato dal Consiglio europeo di Colonia del 1999 per affrontare una materia costituzionale – quella dei diritti – rispetto alla quale palesemente inidonea appariva, agli stessi governi che ne sono gli attori esclusivi, il metodo della conferenza intergovernativa.

Nelle due Convenzioni i rappresentanti dei Governi (uno per ciascuno Stato) sono stati affiancati da 16 parlamentari europei e 2 parlamentari nazionali per ciascuno Stato membro, nonché da 2 rappresentanti della Commissione europea. Sia la Commissione europea, sia il Parlamento europeo partecipano, seppur a differente titolo, ma non con un ruolo decisionale alle conferenze intergovernative. La novità sta dunque nella partecipazione dei parlamentari nazionali che hanno costituito in entrambi i casi la componente numericamente più significativa dell'organismo.

Non stupisce così che, al di là dei differenti mandati, i due organismi abbiano seguito un metodo naturalmente parlamentare nell'esame delle materie loro affidato. E come il mandato puramente ricognitivo affidato alla prima Convenzione ha portato a proporre una compiuta tavola dei diritti e dei valori del popolo europeo, così il mandato di elaborare raccomandazioni affidato alla seconda Convenzione ha portato a un organico testo di trattato che ambisce a fondare una costituzione per l'Europa.

Tra le richieste contenute nel mandato affidato alla Convenzione europea

dal Consiglio di Laeken vi era anche quello di riflettere sulla questione se l'opera di semplificazione e di riordino della materia contenuta nei trattati che reggono l'Unione europea non dovesse portare «a termine all'adozione nell'Unione di un testo costituzionale». Troppo frettolosamente dai primi commentatori fu giudicata una questione come le molte altre contenute nella Dichiarazione di Laeken. Essa era l'ultima delle questioni e perciò anche sistematicamente «la questione» che il Consiglio europeo pose alla Convenzione nella consapevolezza dei limiti strutturali del metodo puramente intergovernativo, ma anche della opportunità di far emergere in un unico testo le acquisizioni del processo di integrazione europea. Di fronte a questa sfida la Convenzione non ha avuto esitazioni. Il presidente Giscard dalla prima riunione, svoltasi nel febbraio del 2002, chiarì che questo era l'obiettivo della Convenzione medesima: elaborare non una congerie di proposte, ma un organico testo che potesse sostituire tutti i trattati vigenti.

2. L'alto livello di ambizione è emerso progressivamente sin dalla prima fase dei lavori della Convenzione, da febbraio a luglio del 2002, articolata in una serie di dibattiti su questioni generali poste dal *Praesidium* della Convenzione ai membri della stessa che si iniziarono tra loro da subito a chiamare convenzionali: «cosa attendete voi dall'Europa» (25 marzo); «quali missioni per l'Unione europea» (15 e 16 aprile); «l'esercizio delle competenze dell'Unione europea» (23 e 24 maggio); «lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e il ruolo dei Parlamenti nazionali» (6 e 7 giugno); «la politica estera e di difesa dell'Unione» (11 e 12 luglio).

Da questi dibattiti sono emerse come ampiamente condivise alcuni principi che connotano il prodotto finale della Convenzione: che non si debba mettere in questione le acquisizioni del processo di integrazione comunitario, che l'Unione debba dispiegare un'azione più efficace nei settori della libertà, della sicurezza e della giustizia e in materia di politica estera e di difesa, oggi rinchiuse rispettivamente nel terzo e nel secondo pilastro.

Sotto la pressione della componente parlamentare la Convenzione ha quindi lavorato articolandosi in gruppi di lavoro tutti presieduti da membri del *Praesidium*, il che ha contribuito non poco a rafforzare l'influenza politica di questo organismo. Nel libero confronto tra i componenti i gruppi hanno elaborato dei rapporti, non degli articolati normativi, che sono stati sottoposti all'esame della Convenzione tra ottobre e dicembre del 2002.

Sempre sotto pressione della componente parlamentare il *Praesidium* ha presentato il 28 ottobre del 2002 un progetto preliminare di trattato costituzionale.

Il presidente Giscard nell'illustrarlo lo qualificò come frutto della scelta, compiuta da un apposito gruppo di lavoro e condivisa dalla Convenzione, di

dare all'Unione un'unica personalità giuridica. Questa scelta presentata inizialmente come puramente tecnica e volta a rendere più comprensibile l'azione dell'Unione sulla scena internazionale è stata da subito caricata di un profondo significato politico e istituzionale. Da una serie di trattati ciascuno regolante competenze settoriali, ad un solo testo che disciplina le attribuzioni dell'Unione che assommando questa serie di competenze finisce per proporsi come un soggetto a competenze generali. Da quel momento sembra acquisita nei lavori della Convenzione la consapevolezza di star producendo a un testo costituzionale. Anche in Inghilterra – paese che non ha una tradizione di Costituzione scritta – il ministro degli esteri Straw parlò in quei giorni (*The Economist*, 10 ottobre 2002) della necessità di dare all'Europa una Costituzione.

Come quella di attribuire all'Unione un'unica personalità giuridica le altre scelte che più connotano l'evoluzione in senso costituzionale del prodotto della Convenzione, sono state istruite, secondo un metodo parlamentare, da gruppi di lavori nei quali il confronto si è svolto con la costruttiva libertà della sede referente, risultandone agevolata la ricerca del consenso su soluzioni anche non inizialmente prevedibili. Nei gruppi di lavoro sono maturati il superamento della struttura a pilastri, come si è detto, la definizione di una chiara e costituzionale gerarchia delle fonti, articolata in leggi, leggi quadro e regolamenti, la semplificazione delle procedure e la tendenziale riconduzione ad un'unica seppur complessa procedura (la codecisione) del variegato sistema che oggi regola la produzione del diritto comunitario primario. Questa procedura, secondo un modello propriamente costituzionale, vede operare il Parlamento (che rappresenta nel testo della Convenzione non più i cittadini dei singoli Stati, ma i cittadini dell'Unione, dunque il *demos* europeo) e il Consiglio dei ministri, Camera degli Stati, su un piano di bicamerale parità. Si tratta di obiettivi pur proposti nelle Conferenze intergovernative, ma che queste non erano riuscite a conseguire. Sono risultati, del resto, strutturalmente estranei alla logica di una conferenza diplomatica, che piuttosto discute della distribuzione del potere e ha difficoltà (e forse non interesse) a produrre un'organizzazione sistematica dei meccanismi decisionali.

Perfettamente coerente alla logica intergovernativa è la divisione in pilastri e la pluralità di atti e fonti che oggi connota il sistema comunitario che registrano, ciascuna nel suo ambito, lo stato del livello di integrazione prescelto. Non appare sorprendente invece che un organo come la Convenzione, procedendo secondo una logica parlamentare, abbia potuto dipanare questo groviglio e riorganizzarlo secondo una logica che garantisca una maggiore chiarezza del sistema delle fonti comunitario. È prevalsa sull'esigenza dei Governi di distribuire con la bilancia, questione per questione, il potere, l'esigenza di rendere leggibile ai cittadini lo strumentario normativo di cui l'Unione dispone.

3. Il momento più fecondo, secondo questa prospettiva, dell'attività della Convenzione è stato l'autunno del 2002. L'ingresso in Convenzione, quali rappresentanti dei rispettivi Paesi, dei Ministri degli esteri di molti Stati, ha elevato il tono politico del dibattito senza però modificarne la natura. È significativo in questo senso come i primi contributi presentati a firma congiunta dai Ministri degli esteri francese e tedesco [1] in rappresentanza dei rispettivi Governi abbiano agito a sostegno delle tesi più avanzate emerse nei gruppi di lavoro, rafforzandone le conclusioni e condizionando, nel senso di una maggiore integrazione, i successivi dibattiti nella plenaria della Convenzione.

La stagione elettorale attraversata dalla Francia e dalla Germania aveva condizionato nella prima parte del 2002 l'azione di questi Stati all'interno della Convenzione.

Il ruolo politicamente più attivo in quella fase era stato svolto dal rappresentante del Regno Unito (Peter Hain, ministro del Gabinetto Blair) e dai due rappresentanti della Commissione europea. Nell'autunno con l'ingresso di Fischer e de Villepin e con l'esito positivo del secondo referendum irlandese sul trattato di Nizza (19 ottobre 2002), il ruolo della Commissione inizia ad appannarsi entrando in un cono d'ombra dopo (e sostanzialmente a causa) della presentazione del progetto chiamato Penelope reso pubblico il 4 dicembre 2002. Questo, pur presentato sotto le vesti di un semplice progetto di fattibilità, era nella sostanza una coerente e ambiziosa proposta di Trattato costituzionale. Non è questa la sede per soffermarsi sui contenuti di questo documento, ma il suo carattere compiuto fu vissuto dai membri della Convenzione, anche quelli non pregiudizialmente ostili alle idee della Commissione Prodi, come una provocazione. La Convenzione era ancora in una fase di studio e di approfondimento dei temi e si veniva a trovare di fronte a un articolato chiuso e perfettamente coerente.

Un'analoga iniziativa era stata assunta dai gruppi politici, segnatamente quello popolare, e da alcuni convenzionali (ad esempio Duff e Bandinter), ma per il suo livello di compiutezza e di ambizione il progetto Penelope si poneva oggettivamente come un contributo organico, quasi da prendere o lasciare. E la Convenzione scelse la via di «lasciare», con l'effetto di ridurre il ruolo della Commissione da principale soggetto elaboratore di idee e di proposte a quello di semplice attore in Convenzione fra gli altri. Fino ad allora la Commissione aveva prodotto contributi che avevano spesso aperto e comunque condizionato il dibattito della plenaria e dei Gruppi di lavoro [2]. A parti-

---

[1] Proposte nel settore della politica estera e di difesa (Conv. n. 422 del 2002), della giustizia e degli affari interni (Conv. n. 435 del 2002) entrambe del novembre 2002.

[2] «Comunicazione della Commissione alla Convenzione del 22 maggio 2002: un progetto

re dalla fine del 2002 non vi furono più contributi presentati dalla Commissione se non su questioni marginali [3].

Riferimento nei lavori della Convenzione iniziano a divenire invece i contributi dei rappresentanti dei Governi e di gruppi di convenzionali. Fioriscono infatti su molti temi contributi e documenti che riescono a raccogliere un gran numero di firme e che perciò finiscono per condizionare le scelte della Convenzione. Si pensi, tra gli altri, al contributo che chiedeva l'incorporazione della Carta dei diritti nel Trattato optando così per la scelta più avanzata fra quelle proposte nel primo schema del progetto elaborato dal *Praesidium* [4].

Il documento che chiude il dibattito del 2002, lanciando un ponte su quello che sarà il tema decisivo del confronto nel 2003 è il contributo dei rappresentanti del Benelux (dei governi di Belgio, Lussemburgo e Olanda) sulle Istituzioni.

Il tema delle Istituzioni, di quale forma di governo meglio convenga all'Europa, rappresentava un tema che, come un convitato di pietra, era al contempo presente e assente dai lavori della Convenzione. Assente formalmente poiché fu subito chiara l'intenzione del Presidente e del *Praesidium* di non farne oggetto di esame da parte di un Gruppo di lavoro per la sua eccessiva politicità rispetto alla quale lo strumento del Gruppo, in cui non appariva possibile garantire una equilibrata e compiuta rappresentanza di tutte le istanze della Convenzione (così almeno ha sempre asserito il Presidente), appariva inadeguato. Presente tuttavia in ogni conversazione tra Convenzionali e nel dibattito pubblico che attorno alla Convenzione si andava sviluppando.

La proposta, mai formalizzata, presente sullo sfondo era quella soprannominata ABC (Aznar, Blair, Chirac) di superare il criterio della rotazione semestrale, a livello di Consiglio europeo, attribuendo la Presidenza di quest'ultimo a un Presidente eletto dai componenti del Consiglio. A questo modello la Commissione contrapponeva una proposta sostanzialmente conservatrice, che manteneva la rotazione semestrale rafforzando piuttosto la figura e il ruolo del Presidente della Commissione da eleggere da parte del Parlamento europeo a maggioranza di due terzi dei suoi componenti.

---

per l'Unione europea» (Conv. n. 229 del 2002); «Diritto d'iniziativa della Commissione» (Conv. n. 230 del 2002); «Metodo comunitario» (Conv. n. 231 del 2002); «Verso un miglior coordinamento delle politiche economiche» (Conv. n. 391 del 2002); «Per l'Unione europea pace, libertà e solidarietà – Comunicazione della Commissione in tema di architettura istituzionale» (Conv. n. 448 del 2002).

[3] «Servizio comune per l''azione esterna» (Conv. n. 839 del 2003).

[4] «Iniziativa per l'integrazione della Carta dei diritti fondamentali nella Costituzione europea» (Conv. n. 607 del 2003).

La prima proposta alternativa, ma che allo stesso tempo si faceva carico dell'esigenza di superare la rotazione semestrale per garantire la funzionalità delle istituzioni consiliari, fu appunto quella del Benelux che pur mantenendo la rotazione prevedeva che il Consiglio affari generali, fulcro e motore della filiera consiliare, fosse presieduto dal Presidente della Commissione. Nell'ombra rimanevano altre proposte, fra queste quella di alcuni convenzionali rappresentanti dei Parlamenti nazionali (Lequiller e Dini) di unificare le due figure di Presidente del Consiglio europeo e Presidente della Commissione, così da garantire la continuità dei lavori del Consiglio europeo senza creare una diarchia di cui si intravedevano i pericoli per la funzionalità del sistema. Una proposta quest'ultima che si sapeva condivisa, anche se mai ufficialmente, dal ministro degli esteri tedesco Fischer.

4. Il 2002 si chiudeva con l'impegno del *Praesidium* di presentare, sin dalla riapertura dei lavori progetti di articoli. Alcuni convenzionali avrebbero voluto che l'intero articolato, quanto meno della prima parte, fosse sottoposto ad un esame complessivo; ma il *Praesidium* presentò invece gruppi di articoli che furono discussi tra gennaio ed aprile, sessione per sessione. Prima di Pasqua l'intera prima parte era stata depositata e discussa salvo gli articoli relativi alle istituzioni.

In ogni sessione, a partire dalla prima del 20 gennaio 2003, il *Praesidium* sottopose alla Convenzione i testi di articoli che venivano poi discussi la sessione successiva. Tra l'una e l'altra sessione veniva fissato un termine per la presentazione di emendamenti che erano quindi oggetto di discussione insieme al testo degli articoli cui si riferivano. Questo discutere pezzi dell'articolato, in assenza di un quadro complessivo, al di là di quanto previsto nello scheletro presentato ad ottobre, ha prodotto alcune incoerenze. Così i primi articoli del Trattato recano una serie di disposizioni che in parte riproducono o riprendono alcune, solo alcune, delle previsioni contenute nella Carta dei diritti. Ancora incerta era a gennaio la collocazione della Carta nel futuro Trattato: se la si dovesse incorporare nella prima o nella seconda parte, se la si dovesse modificare o se la si dovesse riprodurre in un protocollo allegato. Quando si scelse di incorporare la Carta nel Trattato come sua seconda parte, a metà di aprile del 2003, già erano stati esaminati e discussi i primi articoli sugli obiettivi e i valori dell'Unione.

Nell'articolato presentato il *Praesidium* travasava scelte e orientamenti emersi nel corso dei lavori dei Gruppi.

Ma a fianco a questo processo di progressivo avvicinamento, secondo ritmi parlamentari, al testo finale, vi era un'altra dinamica, che ha segnato la successiva sorte del testo elaborato dalla Convenzione prefigurando i binari su cui si è poi mossa la Conferenza intergovernativa (la seconda fase del pro-

cesso di costituzionalizzazione dei Trattati, la sola peraltro, formalmente prevista dai Trattati vigenti).

Una dinamica che ha del voluto, ma anche dell'accidentale.

Voluta è stata, da parte essenzialmente del Presidente Giscard, la scelta dei tempi e delle modalità di esame delle questioni istituzionali. Queste fanno ingresso in Convenzione nella prima sessione di gennaio 2003 (la stessa in cui venivano presentati i primi articoli). Si doveva trattare secondo le intenzioni annunciate a dicembre, di un dibattito generale, di uno scambio aperto di opinioni tra i convenzionali su una questione che mai era stata affrontata né istruita. Nei fatti, fu un dibattito tutto centrato sul contributo presentato, pochi giorni prima e con solennità, dai governi francese e tedesco in occasione del quarantennale del Trattato dell'Eliseo [5]. Si materializzava così in Convenzione l'asse franco-tedesco, lo stesso che stava giocando in quei giorni una partita decisiva alle Nazioni Unite sulla crisi irachena. Questo è l'evento «casuale» che però colora e condizionerà il seguito del confronto, che diviene tra grandi Stati e piccoli ma anche, e al contempo, tra alleati di Francia e Germania e paesi più vicini agli Stati Uniti. Di quei giorni, il 30 gennaio, è la lettera firmata dai *leader* di otto paesi europei (Spagna, Regno Unito, Italia, Polonia, Ungheria, Repubblica ceca, Danimarca e Portogallo) [6] che chiedeva un'unità di intenti con gli Stati Uniti sulla vicenda irachena, lettera firmata senza contattare Parigi e Berlino che a loro volta, pochi giorni prima – il 22 gennaio – avevano pubblicamente criticato le affermazioni su vecchia e nuova Europa del Segretario alla difesa statunitense Rumsfeld, senza consultare i *partner* europei. Una divisione quest'ultima sulla crisi irachena che continua a percorrere i lavori della Convenzione, mettendo anche in crisi l'unità di azione del Benelux.

La ricucitura di queste divisioni sarà uno degli scogli della Conferenza intergovernativa che dovrà però, proprio per superarlo, pagare dazi che hanno inciso sull'ambizione del prodotto finale.

5. Di fronte a queste tensioni che tanto hanno condizionato il risultato finale il metodo della Convenzione ha mostrato una volta di più la sua utilità ed efficacia. I risultati dei Gruppi di lavoro sulla politica estera e di difesa comune, che avevano prodotto dei pregevoli rapporti nell'autunno-inverno 2002, non riuscirono ad essere messi in discussione nelle loro strutture portanti. Nel nuovo Trattato centrale è la figura del Ministro degli esteri, vi è

---

[5] «Contributo franco-tedesco alla Convenzione sull'architettura istituzionale dell'Unione» (Conv. n. 489 del 2003) del 15 gennaio 2003.

[6] Apparsa sul *Wall Street Journal*.

anche l'Agenzia degli armamenti e la clausola di mutua assistenza che pongono le basi della costruzione di un apparato militare comune. I dibattiti in plenaria e, la Conferenza intergovernativa poi, hanno in parte ridimensionato le ambizioni iniziali presenti nei testi dei Gruppi di lavoro, ma non sono riusciti a rovesciarne le acquisizioni fondamentali.

Tutt'altra storia per quanto riguarda la definizione della forma di governo dell'Unione. La sua vera immagine la si è potuta vedere solo alla fine del processo di revisione dei Trattati leggendo il testo uscito dal Consiglio europeo del 18 giugno 2004.

Il documento franco-tedesco proponeva un modello dualista, esemplato sull'esperienza della Quinta Repubblica: al Consiglio europeo e al suo Presidente eletto e a tempo pieno la definizione della politica estera, alla Commissione, il cui Presidente avrebbe dovuto essere eletto dal Parlamento europeo, espressione quindi di una maggioranza politica, la gestione delle altre politiche. Eliminata la rotazione semestrale il Consiglio affari generali avrebbe dovuto essere presieduto dal Segretario generale del Consiglio, il Consiglio affari esteri dal Ministro degli esteri e le altre formazioni dei Consigli da Presidenti eletti. Il criterio della rotazione dunque non veniva sostituito da un altro criterio per coordinare l'attività delle varie formazioni del Consiglio.

Questo documento originò una vera e propria rivolta nella plenaria del 21 gennaio. Ne seguì l'inabissamento carsico del dibattito sulle istituzioni che continuò seguendo la via dei contatti bilaterali, di una diplomazia parallela che coinvolgeva essenzialmente i rappresentati dei Governi, diretta personalmente dal Presidente della Convenzione. Le questioni emerse nel corso del dibattito di gennaio, scomparse dall'ordine del giorno della Convenzione furono poste da Giscard direttamente al Consiglio europeo di primavera, che si tenne ad Atene il 16 aprile 2003.

Rispetto ai nodi problematici, relativi alle istituzioni, sottoposti ai capi di Stato e di Governo, (le modalità per assicurare continuità ai lavori del Consiglio, la composizione della futura Commissione, i criteri per l'elezione del suo Presidente ...), la sola questione su cui ebbe una risposta precisa fu quella sull'opportunità di istituire la figura del Ministro degli esteri, in cui fondere le attribuzioni dell'Alto rappresentante e del Commissario delegato alle relazioni esterne. Una scelta elaborata da un Gruppo di lavoro su cui già il dibattito di gennaio aveva evidenziato una larga convergenza, nonostante le riserve di importanti Governi come quelli del Regno Unito e della Spagna. Sul resto il Consiglio europeo non diede indicazioni salvo fissare una scadenza, il Consiglio europeo di Salonicco del 20 giugno, come termine ultimo dei lavori della Convenzione.

Nel riassumere lo stato dei lavori della Convenzione al Consiglio europeo,

Giscard affermò che le quattro questioni poste dalla Dichiarazione di Nizza del 2000 erano state risolte. La Convenzione aveva raggiunto un consenso sulla chiarificazione delle competenze, attribuendo un preciso ruolo ai Parlamenti nazionali con riferimento al rispetto del principio di sussidiarietà e grazie a una radicale semplificazione degli strumenti normativi e non dell'Unione. La Convenzione aveva poi raggiunto, secondo Giscard, un solido consenso su altre fondamentali acquisizioni: l'attribuzione all'Unione di una personalità giuridica unica, la conseguente scomparsa della struttura a pilastri, l'unificazione in un solo testo del corpus normativo disperso nei Trattati e la comunitarizzazione sostanziale dello spazio di libertà, giustizia e sicurezza.

Si tratta della sostanza innovativa e vitale del testo convenzionale che non sarà messa in discussione lungo il seguito dei lavori che, nell'affrontare invece le questioni istituzionali, saranno connotati sempre più dalla presenza di un negoziato intergovernativo che affianca e a volte si materializza nei luoghi di lavoro della Convenzione. Le riunioni dei rappresentanti dei Governi, fino allora poco significative, divengono un luogo di scontri e di confronto politico vivace. Per converso, quasi per una vitalità indotta da quelle, anche le riunioni delle altre componenti – dei rappresentanti dei Parlamenti nazionali e dei parlamentari europei – da eventi formali di poco peso, iniziano a divenire luoghi di vero dibattito e di formazione di posizioni comuni che saranno decisive, nella fase terminale dei lavori della Convenzione, per frenare le spinte alla diluizione del contenuto innovativo del testo convenzionale proveniente dai Governi.

6. Dalla fine di aprile, dopo il Consiglio europeo di Atene, la Convenzione procederà con un andamento più serrato: aumenta il ritmo delle sessioni plenarie e Giscard, subito dopo la pausa di Pasqua, il 22 aprile, investe il *Praesidium* della questione istituzionale.

Lo fa rendendo pubblico, prima della riunione del *Praesidium*, un suo articolato che, ben oltre il documento franco-tedesco, propone un sistema il cui baricentro viene spostato a netto favore del Consiglio europeo e del suo Presidente assistito da un *bureau* che riunisce i Presidenti delle più importanti formazioni consiliari il cui numero viene fissato, concentrando in un'unica formazione – il Consiglio affari legislativi – le competenze legislative del Consiglio, secondo quanto auspicato dal Gruppo di lavoro sulla semplificazione delle procedure. Assecondando un'antica aspirazione britannica (che era stata resa esplicita in un documento anglo-spagnolo del 28 febbraio [7]) il Consiglio diviene quindi il vero organo motore dell'attività del-

[7] Conv. n. 591 del 2003.

l'Unione. A ciò Giscard aggiunge la riduzione del numero dei parlamentari europei, da ripartire proporzionalmente tra gli Stati e della Commissione, ridotta a sua volta a 13 membri nonché la modificazione del sistema di voto in Consiglio secondo il criterio della doppia maggioranza (non quella pura, metà degli Stati e metà della popolazione, ma corretta per garantire il potere di veto ai paesi più popolosi) in sostituzione della complessa ponderazione di Nizza.

Questo testo, forse anche volutamente provocatorio, attirò, come un parafulmine, le polemiche da tempo sopite. E così il testo presentato dal *Praesidium* alla Convenzione due giorni dopo il 24 aprile apparve un testo moderato e di compromesso, benché riproponesse la controversa idea del superamento della rotazione semestrale, l'elezione di un Presidente del Consiglio europeo a tempo pieno (carica questa incompatibile con quella di membro di un'altra istituzione europea o di capo di un Governo nazionale) non più però assistito necessariamente da un *bureau* di Presidenza.

Da allora il dibattito sulle istituzioni si concentrò sulla progressiva spoliazione delle attribuzioni di questo Presidente e, in particolare da parte dei piccoli paesi, nella ricerca della rotazione semestrale perduta (riottenuta per la Presidenza del Consiglio dei ministri con il testo varato dal Consiglio europeo del 18 giugno 2004), di una struttura della Commissione più ampia e rappresentativa di una composizione del Parlamento meno proporzionale rispetto alla popolazione europea e più rappresentativo degli Stati, e di un sistema di voto in Consiglio che si distaccasse il meno possibile dall'equilibrio, tutto politico, fissato nella ponderazione dei voti prevista dal Trattato di Nizza.

Si manifestò insomma da subito, sin dal dibattito che si svolse il 15 maggio, una tensione verso il ritorno all'assetto istituzionale definito a Nizza, posto radicalmente in discussione dalle proposte contenute nel testo di Giscard, sostanzialmente ribadite in quello del *Praesidium*. Questa tensione sembrò in alcuni momenti rompere il carattere consensuale che sino ad allora aveva contraddistinto i lavori della Convenzione. Si iniziò a parlare, da parte di alcuni rappresentanti di Governi, della possibilità di ricomprendere nel testo soluzioni alternative sui punti di maggiore dissenso. Sei rappresentanti di Governi (Spagna, Irlanda, Danimarca, Polonia, Austria, Lituania, Cipro, Svezia e Regno Unito) depositarono un documento il 30 maggio [8] con cui suggerivano, per evitare tale eventualità, di non toccare il compromesso istituzionale di Nizza: distribuzione dei seggi del Parlamento europeo, composizione della Commissione e sistema di voto in Consiglio. Sorprese in particolare l'adesione a questa posizione del rappresentante del Governo inglese,

[8] Conv. n. 766 del 2003.

Peter Hain. L'Inghilterra, infatti, era all'origine della proposta istituzionale che si era mostrata più dirompente – quella dell'elezione del Presidente del Consiglio europeo – e, sino a quel momento, era anche riuscita a non vedere messe in discussione le sue principali linee di resistenza al cambiamento.

Fu quella forse la fase più difficile dei lavori della Convenzione. Le polemiche nate sulle questioni istituzionali sembrarono tali da porre in questione l'esito stesso dei lavori della Convenzione.

Il 26 maggio il *Praesidium* aveva presentato l'intero progetto di Trattato costituzionale, i testi cioè di tutte e quattro le parti. Della prima parte venne fornita una versione rivista alla luce degli emendamenti presentati nel corso dei primi cinque mesi dell'anno, ad eccezione degli articoli relativi alle istituzioni per il momento accantonati. Il testo della terza parte mostrava avanzamenti, per certi versi al di là delle aspettative, derivanti dalla scelta di fare della codecisione la regola tendenzialmente generale per l'adozione delle leggi dell'Unione.

Messa di fronte a questi testi e al contempo al rischio di un fallimento la grande maggioranza dei convenzionali, in particolare la componente parlamentare, sostenne la Presidenza che abilmente la guidò utilizzandola per contenere le pressioni dei rappresentanti dei Governi. Ci si può chiedere se tutta questa energia, alla fine dispiegata, avrebbe potuto produrre risultati ancor più avanzati, nel livello di comunitarizzazione delle politiche dell'Unione e di razionalizzazione delle sue attività, se fossero state messe da parte almeno alcune delle questioni istituzionali poste sul tappeto, senza un'adeguata istruttoria, dalla Presidenza e dal *Praesidium*. I prezzi, infatti, pagati per raggiungere il consenso finale sono stati notevoli se si guarda alla sorte di molti dei prodotti che la Convenzione aveva autonomamente elaborato. Si pensi al ridimensionamento e la scomparsa poi del Consiglio affari legislativi – prodotto coerente del lavoro del Gruppo sulla semplificazione delle procedure – e alla riduzione, rispetto ai progetti più ambiziosi, del numero delle materie da decidere a maggioranza.

7. Nella ultimissima fase dei suoi lavori all'immediato ridosso del Consiglio europeo di Salonicco, i due metodi che parallelamente avevano segnato la vita della Convenzione – quello intergovernativo e quello parlamentare – vengono a intrecciarsi e quasi a fondersi. Il confronto tra i Governi diviene duro e pubblico (clamorosa fu la lettera inviata dal rappresentante del governo greco titolare della Presidenza di turno, al presidente Giscard sull'esito dell'incontro dei rappresentanti dei Governi del 4 giugno), ma finisce per perdere quel ruolo privilegiato che aveva svolto sino a quel momento nella definizione delle materie più delicate. Deve infatti tenere conto – e la Presidenza e il *Praesidium* lo fanno sempre più – delle istanze della maggioranza parlamentare della Convenzione.

Emblematico lo scontro avvenuto tra i Governi (primo tra tutti il rappresentate del Governo tedesco, il ministro Fischer) e i parlamentari, guidati in questo caso dal tedesco Brock, capogruppo dei convenzionali popolari e presidente della Commissione affari esteri del Parlamento europeo, sulla natura dell'ufficio che avrebbe dovuto assistere il Ministro degli esteri. I primi erano riusciti ad ottenere dal *Praesidium* un testo che metteva sostanzialmente nelle mani del Consiglio l'organizzazione di questo ufficio. I parlamentari riuscirono ad ottenere una definizione della struttura amministrativa più coerente alla doppia natura istituzionale del Ministro, al contempo mandatario del Consiglio e vicepresidente della Commissione europea.

Riflesso di questo intrecciarsi di metodi fu il finale consenso accertato dal Presidente che si realizzò nelle sedute del 13 giugno e del 10 luglio 2003 (nella prima si definirono la prima e la seconda parte del Trattato, nella seconda la terza e la quarta). Un consenso verificato, da un lato con l'apposizione delle firme al progetto, secondo una procedura che mimava quelle internazionalistiche, e dall'altro, accertato dal tenore dei discorsi, vere e proprie dichiarazioni di voto finale, espresse da tutte le componenti della Convenzione (Gruppi politici, rappresentanti di gran parte dei Governi, dei parlamentari nazionali e dei parlamentari europei dei paesi membri aderenti e candidati). Quelle dichiarazioni definivano l'ambito del consenso consolidato, ma anche quello del consenso incompiuto. La rappresentante del governo spagnolo, il ministro degli esteri Ana Palacio, espressamente manifestò le sue riserve sul meccanismo di voto in Consiglio e, a nome di un gran numero dei paesi di medie e minori dimensioni, l'austriaco Farnleitner chiarì che la questione istituzionale sarebbe stata riaperta nel corso dei lavori della Conferenza intergovernativa.

Il consenso maturato in seno alla Convenzione già conteneva quindi i principali temi del confronto che si sarebbe sviluppato nel corso della Conferenza intergovernativa.

In primo luogo, le istituzioni: la composizione della Commissione, del Parlamento europeo e le modalità di voto in Consiglio. Tutte materie ove il testo della Convenzione non aveva mai raggiunto una solida base consensuale. La Conferenza intergovernativa ha anche definito le modalità di attribuzione delle presidenze delle varie formazione dei consigli; una pagina questa lasciata sostanzialmente in bianco dalla Convenzione. Non ha toccato invece il contestato istituto della presidenza elettiva del Consiglio europeo. Ma questa, che pure non era una idea maturata nell'ambito dei gruppi di lavoro, era comunque una delle proposte presenti, anche se non formalmente, sin dall'inizio, come si è detto, dei lavori della Convenzione e fortemente sostenuta da una schiera coesa di grandi stati. La Convenzione ne ha solo ridimensionato, senza essere in ciò smentita dalla Conferenza intergovernativa, la carica

innovativa, aprendo anche la via ad un possibile sviluppo istituzionale – quello della confluenza della medesima persona delle cariche di Presidente del Consiglio europeo e di Presidente della Commissione – che potrebbe eliminare alla radice quel dualismo istituzionale che è all'origine della diffidenza che circonda questa figura.

La Conferenza intergovernativa ha ridefinito profondamente l'estensione del voto a maggioranza qualificata; con ciò tuttavia incidendo su quella parte terza del Trattato costituzionale che la Convenzione ha discusso solo nella fase finale dei suoi lavori, senza una vera istruttoria. Ha poi privato di efficacia le cosiddette calusole "passerella", il cui uso può essere bloccato dall'intervento anche di un solo parlamento nazionale. La Convenzione, aveva introdotto questo istituto al termine dei suoi lavori per poter garantire, con una votazione unanime del Consiglio europeo, l'estensione del numero delle materie oggetto di voto a maggioranza, senza ricorrere alla revisione costituzionale. Un istituto che voleva essere la promessa di quella generalizzazione che non si era riusciti a ottenere con il progetto di trattato, e che perciò stesso nasceva fragile senza esser riuscito a divenire un elemento qualificante della struttura del trattato.

Insomma per molti versi la Conferenza intergovernativa è stato lo specchio in cui si sono riflesse le incompiutezze del lavoro della Convenzione.

Incompiutezze forse inevitabili per l'intrinseca debolezza del metodo della convenzione nell'affrontare questioni che attengono alla distribuzione del potere all'interno della costruzione comunitaria, questioni che sono invece naturale oggetto del metodo della negoziazione intergovernativa. Rispetto a queste materie la Convenzione ha svolto una funzione di foro aperto di dialogo di un confronto però che, nel suo fondo, è rimasto governato da procedure negoziali.

Rispetto invece alle questioni strutturali la Convenzione ha potuto dare un apporto veramente nuovo, divenendo il luogo di elaborazione di soluzioni non precostituite e innovative rispetto alla situazione vigente.

Una maggiore consapevolezza delle virtù del metodo convenzionale avrebbe forse permesso di raggiungere risultati più ambiziosi evitando quei nodi problematici che, seppur abilmente aggirati dalla perizia politica della Presidenza della Convenzione, si sono inevitabilmente riproposti nel corso della Conferenza intergovernativa, trovando solo in essa una soluzione stabile. Se il Trattato tuttavia ha una struttura costituzionale lo si deve essenzialmente alle scelte ed al lavoro della Convenzione.

Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come forme di produzione normativa

di *Giuseppe Martinico*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il problema dell'efficacia delle sentenze interpretative. – 3. Il 234 T.C.E. a confronto con il 230 T.C.E. – 4. La giurisprudenza sul punto. – 5. L'efficacia *erga omnes* delle sentenze interpretative. – 6. Le sentenze interpretative fuori dal procedimento pregiudiziale. – 7. Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come precedente. – 8. Conclusioni.

1. Premessa

La finalità di questo scritto non è quella di affrontare la tradizionale questione della giurisprudenza come fonte del diritto negli ordinamenti diversi da quelli di *common law*, né di riportare tutto ciò che in Italia è stato scritto a riguardo nel differente e complesso contesto europeo. Tuttavia, è partendo dall'acquisizione più importante che quel dibattito ha conosciuto – la distinzione fra efficacia di precedente ed efficacia di giudicato come spiegata da Pizzorusso – che ci si prefigge l'obiettivo di analizzare l'incidenza delle sentenze interpretative della Corte di giustizia nell'ordinamento comunitario.

Sulla scia degli scritti di Cross [1] è stato infatti precisato [2] che, mentre il precedente riguarda la *ratio decidendi* della sentenza (il ragionamento del giudice in punto di diritto che ha spinto il giudice ad emanare una certa pronuncia), l'efficacia di giudicato attiene al *decisum* (la statuizione che essa contiene). Da ciò discende la necessità di distinguere gli effetti della decisione dal

---

[1] R. CROSS e J. HARRIS, *Precedent in English Law*, Clarendon, Oxford, 1961, pp. 101-103.

[2] A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia: la magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Einaudi, Torino, 1990, pp. 157-158 e, in riferimento specifico all'ordinamento comunitario, P. HAY, *European Community - Res iudicata and precedent in the Court of justice of the common market*, in *American journal of comparative law*, 1963, pp. 404-408.

punto di vista di una successiva lite (*ratio decidendi*) che interessa parti diverse, e l'effetto rispetto alle parti della controversia medesima (*res iudicata*). È solo l'accertamento in punto di fatto ed in punto di diritto, contenuto nella sentenza, a passare in giudicato e a fare stato fra le parti, i loro eredi o i loro aventi causa mentre la forza normativa del precedente consiste nel vincolo che grava su un giudice circa l'applicazione al nuovo caso dello stesso principio di diritto che fu applicato allora. Il problema che ci si deve porre, quindi, non riguarda la possibilità di parlare di precedenti (nel senso inglese) a livello comunitario, ma di capire se e quale forza normativa abbiano tali pronunce alla luce di un dibattito che non solo riguarda i punti di intersezione di diverse famiglie giuridiche, ma che coinvolge anche studiosi appartenenti a tali famiglie, in un dialogo nuovo per metodo e ampiezza. Questo è l'oggetto dello studio alla luce delle caratteristiche di un sistema in cui la Corte di giustizia ha giocato un ruolo politicamente fondamentale.

2. Il problema dell'efficacia delle sentenze interpretative

Il principio di relatività delle fonti [3] impone di scrutare fra le caratteristiche di un ordinamento per poter individuare le fonti di questo peculiari, dato il carattere interno, relativo e per forza di cose politico di queste ultime. L'ordinamento comunitario, però, in virtù della sua natura complessa, del suo essere incrocio fra diverse tradizioni giuridiche [4], rende necessariamente più difficoltosa l'individuazione delle caratteristiche dell'ordinamento e, di conseguenza, l'individuazione delle sue fonti. Si ritiene allora di dover adottare una nozione di fonte del diritto che si presenti tanto ampia da tollerare le declinazioni che del concetto sono state fatte anche in quegli ordinamenti dove non necessariamente la legge è fonte principe. La nozione in questione guarda agli effetti dell'atto da qualificare espressamente come fonte ed ancora tale qualifica alla presenza o meno di effetti *erga omnes* [5]. Il problema del-

[3] Sul principio di relatività delle fonti si veda L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, pp. 20-25; V. CRISAFULLI, voce *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968, p. 925 ss. Si veda anche A. PIZZORUSSO, *Problemi metodologici in tema di studio delle fonti del diritto*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, di prossima pubblicazione.

[4] T. KOOPMANS, *The birth of European Law at the Crossroads of Legal Traditions*, in *American Journal of comparative law*, 1991, pp. 493-507.

[5] Fra i tanti uno dei più recenti A. PIZZORUSSO, *Le decisioni di accoglimento della Corte*

l'efficacia delle sentenze interpretative rese *ex* 234 del T.C.E. è stato affrontato in dottrina da tutti i grandi cultori del diritto (sostanziale e processuale) comunitario. Se ne parla e se ne scrive dagli anni sessanta e la produzione, soprattutto in lingua francese, è copiosa.

A dimostrazione di ciò Vandersanden e Barav [6] individuano schematicamente almeno tre posizioni sul punto.

Un primo gruppo di Autori si fa portavoce della efficacia *erga omnes* di tali sentenze [7], seppure con argomentazioni e premesse diverse.

La grande maggioranza degli studiosi [8] nega che esse possano avere efficacia *erga omnes*, sottolineando all'unanimità il vincolo che le stesse comunque hanno sul giudice *a quo* che ha sollevato la questione. Fra questi ultimi spicca in Italia Ferrari Bravo che nei suoi scritti distingue fra l'*autorità della sentenza* e i suoi *effetti giuridici* [9], riconoscendo però alle pronunce della Corte una forza misteriosa che agisce oltre il giudizio *a quo*. Una terza «corrente», invece, riconosce alle sentenze pregiudiziali interpretative un'autorità superiore a quella relativa esclusivamente alla causa in cui è stata sollevata la questione senza, però, arrivare a riconoscere un'efficacia *erga omnes* [10]. Ciò anticipa una riflessione: è da sottolineare come molti Autori (magari appartenen-

---

costituzionale, in A. PIZZORUSSO, *La manutenzione del libro delle leggi ed altri studi sulla legislazione*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 122-130, 129.

[6] G. VANDERSANDEN e A. BARAV, *Contentieux communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1977, pp. 312-315.

[7] A. TRABUCCHI, *L'effet erga omnes des décision préjudicielles rendues par la Cour de justice des Communautés européennes*, in *RTDE*, 1974, pp. 56-87 e G. FLORIDIA, *Forma giurisdizionale e risultato normativo del procedimento pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1978, p. 1-41.

[8] P. PESCATORE, *Il rinvio pregiudiziale di cui al 177 del Trattato C.E.E. e la cooperazione fra Corte di giustizia e giudici nazionali*, in *Foro it*., IV, pt. 5, 1986, cc. 26-47, c. 41; F. POCAR, *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 356; A. BRIGUGLIO, voce *Pregiudiziale comunitaria*, in *Enc. giur.Treccani*, XXIII, Roma, 1997, pp. 1-19, 13.

[9] «*Qui vengono in considerazione i caratteri generali del procedimento ex 177 e l'esigenza, dalla quale, procede tutto il meccanismo in esame, di assicurare l'uniforme interpretazione e, di conseguenza, la corretta applicazione del diritto comunitario. Proprio perché la pronuncia della Corte attiene solo al primo aspetto, mentre l'applicazione del diritto è compito del giudice interno, essa, pur avendo degli effetti giuridici limitati, si solleva, naturalmente, al di là della specie decisa. E proprio per questa ragione essa ha un'autorità (ma non degli effetti giuridici) più vasta, investendo tutte le possibili ipotesi in cui la medesima questione si ripresenti davanti ad un giudice interno*», in L. FERRARI BRAVO, *op. cit*, p. 1332.

[10] G. VANDERSANDEN e A. BARAV, *Contentieux communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1977, pp. 312-315; G. VANDERSANDEN, *De l'autorité de la chose jugée des arrêts préjudiciels d'interprétations rendues des Communautés européennes*, in *Revue critique de jurisprudence belge*, 1972, pp. 508-523.

ti a scuole diverse) ammettano che, *de facto* [11], la sentenza produca effetti oltre il giudizio. Nonostante ciò sono veramente in pochi coloro che, adducendo argomentazioni diverse, riconoscono anche *formalmente* tale efficacia. Ancora Ferrari Bravo, nel negare l'efficacia *erga omnes* delle sentenze interpretative in questione, si appella alla distinzione fra *interpretazione* e *applicazione del diritto comunitario* e ad una lettura particolare del 234 T.C.E. Per l'Autore, la presenza di una precedente decisione interpretativa sul punto indurrebbe il giudice a ritenere inesistente la questione stessa, persuadendolo dell'assenza del dubbio, condizione prima perché scatti il meccanismo del 234 (anzi pre-condizione logica del procedimento). In questo caso, quindi, la sentenza interverrebbe di fatto come un elemento escludente il dubbio [12]. L'argomentazione parte già da una premessa discutibile: la presenza di un nettissimo campo di «distanza» fra interpretazione ed applicazione e di conseguenza fra i compiti della Corte e quelli del giudice comunitario.

Ciò non tanto perché in ogni applicazione c'è interpretazione (Crisafulli sottolineava che ogni sentenza è di per sé interpretativa [13]) quanto perché, ad esempio, nelle stesse sentenze pregiudiziali di invalidità, ricorda Bebr [14], la Corte applica oltre ad interpretare [15]. La seconda argomentazione di Ferrari Bravo è quella per cui la sentenza non è che un *fatto esterno* incapace di derogare all'assetto del 234, non facendo lo stesso alcun riferimento ad altro tipo di fonte derogante. Alcune considerazioni. La prima: l'articolo 234 va letto in sistema con altre norme, sia del Trattato che non; l'affermazione per cui il 234 domini incontrastato il procedimento pregiudiziale, infatti, deve essere mes-

---

[11] G. Gaja, *op. cit.*, pp. 58-68; G. Tesauro, *op. cit.*, pp. 250-191.

[12] «*Occorre sottolineare come l'esclusione dell'obbligo posto dal terzo comma dell'art. 177 non derivi dalla precedente pronuncia della Corte, ma dal fatto che, alla luce di quella pronuncia, il senso della norma da interpretare non consenta più alcun dubbio. Se così non fosse, bisognerebbe ritenere che la sentenza ex 177 può modificare il senso dello stesso art. 177; il che è inammissibile. La portata delle situazioni giuridiche create dall'articolo 177 è determinata dall'art. 177 medesimo, né la norma in parola fa in alcun punto riferimento a fonti di grado subordinato, capaci di darle un diverso contenuto. La sentenza della Corte non è che un elemento di fatto che viene in rilievo per la precisazione in ordine al caso concreto del valore dell'obbligo ex art. 177*», in L. Ferrari Bravo, *op. cit.*, p. 1332.

[13] V. Crisafulli, *Le sentenze «interpretative» della Corte costituzionale*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, V, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 2870-2896, p. 2871.

[14] G. Bebr, *Preliminary rulings of the court of justice: their authority and temporal effect*, in *Common Market Law review*, 1981, pp. 475-507, 480 ss.

[15] D'altronde se noi spingessimo sull'acceleratore della distinzione potremmo anche affermare l'esatto contrario, ovvero: proprio perché la Corte di giustizia interpreta e i giudici nazionali applicano è giusto affermare che l'interpretazione resa dalla prima si imponga *tout court* ai secondi e punto. Il che, ovviamente, è insostenibile ma rende l'idea.

sa in discussione. Esso è la *Grundnorm* del procedimento pregiudiziale ma non esaurisce la sua disciplina. Fonda – è vero – le parti dello Statuto della Corte e del Regolamento di procedura della Corte relative a questo particolare tipo di procedimento ma, allo stesso tempo, in virtù della circolarità del diritto, ne viene completato.

L'articolo in questione deve anche essere letto in rapporto con una disposizione equiordinata gerarchicamente, l'articolo 220, che determina i compiti istituzionali della Corte di giustizia. Non solo la sentenza e il fatto si riconoscono come geneticamente legati ma la sentenza interpretativa della Corte di giustizia è un fatto, un *fatto normativo* che va letto insieme all'articolo 104 del Regolamento di procedura della Corte, come sarà specificato in seguito. La faccenda è molto complessa e che vi sia una mutazione della situazione giuridica (di quella situazione giuridica che è spia dell'esistenza di un dubbio ovvero della pre-condizione logica del procedimento) del giudice di ultima istanza lo ha detto anche la Corte nella sentenza *Cilfit* [16]. A dimostrazione che non si tratta (o non si tratta solo) del caso preso in considerazione dall'Autore (venire meno del dubbio e quindi in radice di una condizione del procedimento) ma di un fenomeno di vera e propria variazione di situazione giuridica (da obbligo a facoltà) per il giudice di ultima istanza [17].

Diversa è la posizione di Vandersanden che, pur senza riconoscere un'efficacia *erga omnes* alle sentenze interpretative in questione, non si limita al riconoscimento di una mera efficacia *de facto* oltre il processo. Vandersanden ricorda come la Corte operi nella parvenza di creatore di diritto non tirannico ma sensibile [18] alla dottrina ed alla giurisprudenza nazionale, in quel «circolo cooperativo» che caratterizza il procedimento pregiudiziale. L'Autore analizza le argomentazioni di coloro che sono fautori di un autorità assoluta: la necessità di mantenere l'unità di cosa giudicata, la dialettica fra giudici ricordata prima e il superamento dell'interesse delle parti del giudizio nazionale. Contro queste osservazioni ricorda che se la sentenza interpretativa avesse autorità assoluta, la Corte dovrebbe dichiarare irricevibile una nuova domanda di interpretazione in relazione a casi identici ad altri risolti. In tali occasioni, invece, la Corte si limita a rinviare alla decisione precedente.

---

[16] *SRL Cilfit e Lanificio di Gavardo SPA contro Ministero della Sanità*, C-283/81, in *Racc.*, 1982, p. 3415.

[17] Del resto le conseguenze prodotte dall'esistenza di una precedente pronuncia della Corte potrebbero configurarsi, più che in termini di deroga silenziosa al 234, come segno d'attuazione del disegno voluto dal legislatore comunitario e del 220 del T.C.E. che attribuisce alla Corte di giustizia quella posizione di *prestigio ermeneutico* di cui si scriverà successivamente.

[18] G. VANDERSANDEN, *op. cit.*, p. 512.

Nemmeno la posizione di chi attribuisce un'autorità relativa è – per l'Autore – soddisfacente, perché non tiene conto del carattere di ordine pubblico che ha il procedimento, perché limita la forza extraprocessuale della decisione ad una mera forza morale e persuasiva a fronte della necessità di uniformità giuridica che anima l'ordinamento comunitario. Tale visione, oltretutto, dimentica come il giudicato voglia le parti (almeno secondo la maggior parte degli Autori) e come il giudicato, nel suo tentativo di dare certezza e sicurezza, rischi di «incatenare» un diritto plastico ed economico come quello comunitario.

Vandersanden poi si confronta con una quarta posizione, quella degli studiosi che riconducono le sentenze pregiudiziali alla figura del precedente inglese e al principio dello *stare decisis*. Il pericolo della regola del precedente è quella di sommergere le leggi interpretate sotto una massa di decisioni particolari che sono servite a risolvere un punto particolare, con il rischio di smarrire lo spirito generale della legge interpretata, la visione di insieme [19]. La procedura pregiudiziale deve assicurare il rispetto della decisione e l'evoluzione del diritto comunitario. La Corte «*dice per diritto*» e consegna una interpretazione astratta e generale tendente alla eliminazione dei dubbi interpretativi. La posizione di Vandersanden è molto simile a quella di Jeantet [20] e, per quanto riguarda la teoria dell'incorporazione, anche a quella di Pepy [21]. Le conclusioni coincidenti cui giungono i primi due Autori permettono di accomunarli nello stesso indirizzo dottrinale. L'interpretazione della disposizione fa corpo con la disposizione stessa, come una nuova regola di diritto sgombra di ambiguità. Essa è simile a quella delle leggi interpretative ed assume la stessa forza delle disposizioni interpretate [22]. Nulla toglie che l'interpretazione della Corte possa cambiare.

La sentenza interpretativa deve essere rispettata dal giudice a pena – scrive Vandersanden – di ricorso alla Cassazione per violazione di una regola di diritto oppure di un ricorso per violazione degli obblighi del Trattato da parte dello Stato membro di cui è organo il giudice [23].

---

[19] G. Vandersanden, *op. cit.*, p. 518.

[20] F.C. Jeantet, *Originalité d'interprétation du traité de Rome*, in *Semaine juridique*, 1966, p. I-1987.

[21] A. Pepy, *Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'application de l'article 177 du Traité de Rome*, in *Cahiers de droit européen*, 1966, pp. 484-487.

[22] G. Vandersanden, *op. cit.*, p. 521.

[23] Le conseguenze sulla dialettica Corte di giustizia-giudici vengono poi riassunte: la sentenza interpretativa è obbligatoria per il giudice del rinvio. Questo ultimo può ritenere la disposizione, come interpretata, non funzionale alla decisione della controversia e quindi scartarla. Il giudice può anche sollevare una nuova questione qualora ritenga che l'interpretazione

Fra gli Autori dell'ultima corrente dottrinale analizziamo Trabucchi e Floridia. Trabucchi ricorda le peculiarità del 234 T.C.E. e la necessità di uniformità in materia di invalidità e di interpretazione degli atti. L'Autore ricorda come l'attività espletata dalla Corte sia attività giudiziaria e non legislativa, dichiarativa di diritto esistente, non creatrice di nuovo.

La decisione è astratta e tende a formare un tutt'uno con la disposizione interpretata.

Il ragionamento di Trabucchi si sofferma sull'efficacia delle sentenze interpretative rese da procedimento pregiudiziale, sottolineando come, in seguito alla pronuncia della Corte, si produca un effetto oltre il singolo giudizio teatro della questione: la riduzione del già limitato spazio interpretativo di cui gode il giudice nazionale. Con ciò però non si vuole affermare l'immutabilità della pronuncia e della interpretazione data.

Il giudice, infatti, se lo riterrà opportuno, potrà sollecitare un nuovo intervento della Corte spingendola eventualmente ad una nuova soluzione ermeneutica. Trabucchi, in questo modo distingue fra autorità ed immutabilità [24]. Per l'Autore, le sentenze rese dalla Corte non creano diritto ma chiariscono il significato della disposizione; proprio per questo sono retroattive con il limite, però, dei diritti acquisiti e delle situazioni già stabilite. Altre argomentazioni rese a sostegno dell'efficacia *erga omnes* sono: la mancanza di parti al procedimento e la natura imperativa e non razionale dell'obbligo (e la distinzione dal precedente inglese quindi).

La Corte ha un potere normativo e le sue sentenze hanno efficacia *erga omnes*.

L'Autore contesta fortemente la visione per cui l'ordinamento comunita-

---

data sia oscura o insufficiente. La stessa sentenza elimina l'obbligo di cui al 234 dei giudici delle giurisdizioni superiori. Queste, quando sono chiamate ad applicare la stessa disposizione interpretata dalla Corte, devono applicare in maniera conforme alla pronuncia pregiudiziale non potendo, in alcun caso, applicare la disposizione in senso difforme dall'interpretazione della Corte. Uguale divieto si ha anche per le «corti inferiori». La Corte d'appello e la Corte di Cassazione, poi, nel caso in cui si trovino di fronte un caso in relazione al quale era stata sollevata una questione pregiudiziale dal giudice di primo grado, devono applicare la disposizione nel senso chiarito dalla Corte di giustizia. In alternativa possono chiedere nuovi lumi alla Corte di giustizia. Le autorità nazionali, infine, incaricate di applicare il diritto comunitario e le Istituzioni della Comunità devono rispettare la pronuncia della Corte e non possono applicare le disposizioni interpretate in un senso differente da quello dato nella pronuncia della Corte (in G. VANDERSANDEN e A. BARAV, *op. cit.*, pp. 313-314).

[24] «*Autorité de la décision signifie la cessation officielle de l'incertude et, par là même, dispararaît également l'intérêt et parfois l'obligation de saisir la Cour. L'immutabilité signifierait la création d'une fixité contraire à la notion d'intérêt public qui existe également pour exiger une interprétation exacte, efficace et par conséquent adéquate de tout acte communautaire*» in A. TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 71.

rio e quello italiano sono relazionabili in termini di competenza ed il corollario per cui anche i rapporti fra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia, da un lato, e quelli fra la Corte di Cassazione e la Corte di giustizia, dall'altro, sono ispirati alla divisione di funzioni e competenze. Dalla lettera del Trattato una precisa delimitazione degli ambiti delineati non emerge – scrive Floridia – né la distinzione fra interpretazione ed applicazione del diritto comunitario vale a fondare il rapporto fra la Corte di giustizia e i giudici nazionali.

I due ordinamenti sono integrati e coordinati e la norma che fornisce il meccanismo istituzionale di coordinamento è l'art. 177 (oggi 234) del T.C.E. Il meccanismo del 234 dà alla Corte il potere di «*determinare l'ampiezza del diritto comunitario e quello conseguente di circoscrivere l'ampiezza del diritto comunitario*» [25].

La Corte riveste un doppio ruolo: colma le lacune dell'ordinamento comunitario e, integrando quest'ultimo, delimita la sfera di applicazione dell'ordinamento nazionale. Il 234 opera come norma (impropriamente) interpretativa nell'ordinamento comunitario e come norma di adattamento in quelli interni. La posizione di Floridia fa del procedimento pregiudiziale la chiave di lettura della relazione fra gli ordinamenti, legge con il dettaglio l'insieme. Resta da risolvere un aspetto solo sfiorato dall'Autore: il problema di come vincolare i giudici comunitari. Altro elemento, in realtà comune a tutti gli Autori esaminati, consiste nella parzialità dell'analisi. Nessuno, infatti, si è interrogato o ha provato ad estendere le proprie conclusioni al di fuori del procedimento disciplinato dal 234 del T.C.E. [26].

3. Il 234 T.C.E. a confronto con il 230 T.C.E.

Resta difficile credere che il T.C.E. neghi in maniera assoluta la natura di fonti delle sentenze interpretative e per dimostrare questo ci si accinge a criticare le principali posizioni che, facendo perno su un'interpretazione letterale delle disposizioni, giungono a conclusioni opposte.

---

[25] G. FLORIDIA, *op. cit.*, p. 34.

[26] Fra gli Autori analizzati solo Trabucchi ha cercato di bilanciare il principio di separazione dei poteri con le funzioni normative rivestite dalla Corte. Vandersanden, invece, dimostra di non curarsene più di tanto. L'Autore, infatti, ricorda come in ambito comunitario il principio in questione non abbia la forza riconosciutagli negli ambiti nazionali (posizione accettata anche da noi). La posizione della Corte in merito è stata spesso vista come *prudentemente atta a negare ciò* ma, leggendo gli stessi dati da cui poi si ricavano quelli conclusioni, ci si rende conto che probabilmente così prudente in fondo non lo è mai stata.

Un primo sostegno alla visione scettica viene ricercato nella lettera dell'art. 249 T.C.E. La disposizione in questione avrebbe il merito di enumerare una volta per tutte le fonti del diritto comunitario.

Da ciò deriverebbero due considerazioni: le fonti costituiscono un *numerus clausus* e, coerentemente, ciò che non viene indicato nell'enumerazione effettuata non è fonte. Sarebbero esclusi infatti i principi del diritto comunitario relativi ai diritti fondamentali come individuati dall'art. 6 del T.U.E.

Si potrebbe rispondere che anche l'art. 6 è una norma «*politica*» e ciò confermerebbe l'insidia formalistica sottesa all'argomento: quella per cui sono fonti del diritto solo quelle che vengono riconosciute dall'ordinamento come tali con una scelta politica e formalmente esplicitata.

Ma, ancora una volta, ci si dimenticherebbe di fonti come le direttive *self executing*, non riconosciute come fonte da nessuna disposizione comunitaria. Anche nel caso in cui si ammettesse la tesi per cui le direttive *self executing* devono la loro legittimità ad una consuetudine comunitaria, l'argomento non cambierebbe non essendo prevista nemmeno tale fonte dal Trattato.

Si potrebbe cercare di ricondurre la consuetudine in questione alle *tradizioni costituzionali* degli Stati membri, ma sarebbe tentativo grossolano essendo la consuetudine in questione (qualora esistente) originariamente di diritto comunitario e non derivata dal diritto interno.

Dopo aver superato l'argomento formalistico, si può proseguire affermando che l'ordinamento comunitario riconosce, in realtà, la natura di fonte alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Così è nel Preambolo della Carta di Nizza (dove la giurisprudenza viene enumerata insieme alle convenzioni internazionali ed alle altre fonti rilevanti in materia) e così all'art. 6 T.U.E. che fa riferimento ai principi di diritto comunitario relativi ai diritti fondamentali, derivando questi dall'attività ermeneutica della Corte.

A parere di chi scrive, i Trattati non escludono ciò che si vuole dimostrare, anzi: non mancano disposizioni che ci offrono interessanti spunti per una conclusione in un senso positivo del problema.

Si può iniziare il ragionamento dalla funzione che tale procedimento riveste ovvero quella di garantire l'uniformità dell'interpretazione del diritto comunitario tenendo anche conto dei particolari canoni ermeneutici utilizzati. Oltre a questo, garantisce anche la sua applicazione offrendo, al giudice che lo deve applicare, la possibilità di superare quei dubbi che l'interpretazione potrebbe presentare. È stato già analizzato, in maniera approfondita, il rapporto fra questo tipo di controllo e quello previsto dal Trattato all'art. 230 T.C.E., soprattutto in relazione agli effetti, eventualmente comuni, che questi due tipi di controllo possono avere.

Nella celebre sentenza *Roquette* [27] si evidenziava la possibilità, data dal Trattato alla Corte, di precisare le conseguenze di un atto dichiarato invalido, fino al punto da disporre che i suoi atti di esecuzione non possano essere messi in discussione dal giudice nazionale ricorrendo, per analogia a quanto previsto per il ricorso di annullamento di cui al 230 del Trattato, al secondo comma dell'art. 231 dello stesso T.C.E. Già in passato, del resto, la Corte aveva ammesso l'estensione di quanto previsto dall'art. 233 T.C.E. per il ricorso di cui al 230 [28] T.C.E. al procedimento pregiudiziale. Tale accostamento aveva sollevato tantissime polemiche mancando in quel caso, secondo alcuni Autori [29], l'*eadem ratio*. L'annullamento di cui al 230 produce indubbiamente efficacia *erga omnes* e le sentenze emesse alla fine di tale procedimento hanno un carattere normativo come lo hanno anche le sentenze di incostituzionalità di cui al 136 della Costituzione italiana, sancendo la «*pena capitale*» per una norma non conforme all'ordinamento. Secondo alcuni Autori, la sentenza resa in via pregiudiziale avrebbe soltanto aspetti simili a quella di annullamento, di conseguenza vi sarebbe l'impossibilità di applicare in via analogica il secondo comma del 231 visto il carattere costitutivo della decisione di cui al 230 ed il carattere meramente dichiarativo di quelle di cui al 234.

L'estensione operata dalla Corte aveva alla base l'esigenza di riempire un vuoto rispondendo alla voce della mitica *certezza del diritto.* È interessante, a proposito del rapporto fra il ricorso *ex* 234 e il ricorso *ex* 230 del Trattato, la possibilità, per il singolo, di indurre il giudice comune ad interrogare la Corte circa la validità di un atto che non ha impugnato quando avrebbe potuto secondo 230 T.C.E. [30].

---

[27] *Roquette*, C-145/79, in *Racc.*, 1980, p. 2917, cit. da G.M. Ubertazzi, *Gli effetti ratione temporis delle sentenze pregiudiziali in materia di validità degli atti comunitar*i, in *Dir. comunitario e degli scambi internaz.*, 1985, p. 75.

[28] *Roquette*, C-145/79, in *Racc.*, 1980, p. 2917, cit da G.M. Ubertazzi, *op. cit.,*, 1985, p. 75.

[29] G.M. Ubertazzi, *op. cit.*, 1985, pp. 75-82.

[30] La *TWD Textilwerke* (*TWD Textilwerke Deggendorf*, C-188/92, in *Racc.*, 1993, p. I-833) aveva stabilito che permettere, salvo certi presupposti (conoscenza dell'atto comunitario e certezza della legittimità ad agire *ex* 230 del Trattato), ad un singolo che fosse stato nella condizione di agire in annullamento contro una decisione comunitaria e che non lo avesse fatto entro i termini stabiliti dall'art. 230, quinto comma, di contestare, in un giudizio avente ad oggetto un provvedimento nazionale, l'atto in questione, per mezzo di un rinvio pregiudiziale (*TWD/Bundesrepublik Deutschland*, C-188/92, in *Racc.*, 1994, p. I-833), sarebbe stato contrario alla certezza del diritto. Ciò anche per evitare l'elusione del termine previsto come categorico per il ricorso. Tale sentenza, peraltro, lasciava, dato l'oggetto materiale del ricorso, un dubbio: non era chiaro se si fosse stabilita una regola generale o solo un regola speciale relativa l'ambito degli aiuti di Stato. La risposta è giunta con le sentenze *Accrington* (*The Queen/Intervention Board for Agricultural Produce, ex parte Accrington Beef*, C-241/95, in

A parte le questioni sull'applicazione in analogia del 231, comma 2, al procedimento pregiudiziale, è ovvio che i controlli di cui al 230 e al 234 costituiscono le due facce del sindacato di legittimità voluto dal Trattato, rispondendo entrambi all'esigenza di *pulire l'ordinamento delle impurità normative*. Sembra assurdo allora negare l'efficacia *erga omnes* alle sentenze di invalidità rese ai sensi del 234 Trattato; è legittimo invece affermare che, pur essendo diversa la struttura dei due meccanismi di controllo, *quoad effectum* essi siano analoghi. Ad avviso di chi scrive, si può parlare non solo di una efficacia *erga omnes de facto* (o sostanziale) ma anche di una efficacia *erga omnes de iure* (formale), partendo da una lettura della disposizione di cui al 234 alla luce dei principi del diritto comunitario. Il primo che viene in gioco è quello di certezza del diritto: che senso ha dire che una norma dichiarata invalida successivamente possa continuare a vivere nell'ordinamento al di là del singolo caso del giudice *a quo*? Se fosse così il Trattato parlerebbe di sindacato di *efficacia* della norma, non di sindacato di *validità*, intendendo in questo senso o la non esistenza della norma o comunque la non conformità della stessa ai principi base dell'ordinamento al fine di una sua espulsione.

Altro principio chiamato in causa è quello di uguaglianza nella sua accezione di *non discriminazione*. Si ponga il caso che cambi il contesto normativo in cui la disposizione opera o che comunque cambi il Trattato stesso, permettendo alla norma dichiarata invalida di «guarire» o meglio di «risuscitare». Ora, quanto è giustificabile, anzi *ragionevole,* che in un caso la disposizione non sia stata applicata dal giudice, perché dichiarata espressamente invalida dalla Corte, e nell'altro (magari quasi identico), magicamente, essa venga applicata o addirittura riabilitata dalla stessa Corte.

Il terzo principio è quello dell'effetto utile: che senso avrebbe una disposizione del genere se poi si permettesse alla norma di *circolare liberamente per i tribunali d'Europa?*

Non si rischia forse in questo modo di frustrare il fine della disposizione comunitaria? Peraltro la Corte ha comunque permesso di interpellarla di nuovo qualora vi siano motivi nuovi, tali da smentire il primo giudizio, nella sent. 11 giugno 1987, C-14/86, *Pretore di Salò/X* [31].

Racc., 1996, I, p. 6699 ss.), *Eurotunnel* (*Eurotunnel and others/SeaFrance*, C-408/95, in *Racc.*, 97, p. I-6315) e *Wiljio NV* (*Wiljo/Belgische Staat*, *C*-178/95, *Racc.* 1997, I, p. 585 ss.) in cui la Corte sanciva il carattere generale della regola della precedente sentenza, con il sacrificio, secondo alcuni Autori, dell'autonomia dei due rimedi, su questo D. SIMON, *Commento alla TWD Textiwelrke*, in *Journ. dr. Intern.*, 1995, p. 438 ss.

[31] «*Si deve altresì rilevare che, secondo la costante giurisprudenza della Corte, l'efficacia vincolante che le sentenze pregiudiziali hanno nei confronti dei giudici nazionali non osta a che il giudice nazionale destinatario di siffatta sentenza si rivolga nuovamente alla Corte qualora lo ritenga necessario per la decisione della causa principale. Il nuovo rinvio può essere giustificato*

Questo passaggio va letto insieme ad uno altrettanto celebre della sentenza *S.P.A. International Chemical Corporation* nella parte in cui si specifica che:

> «*spetta a tali giudici stabilire se vi sia interesse a sollevare nuovamente una questione già risolta dalla Corte nel caso in cui questa abbia constatato in precedenza l'invalidità di un atto di un'Istituzione della Comunità. Tale interesse potrebbe esistere, in particolare, qualora sussistessero questioni relative ai motivi, alla portata ed eventualmente alle conseguenze dell'invalidità precedentemente accertata*»[32].

La Corte permette di risollevare la questione anche dopo aver accertato l'invalidità dell'atto. Il testo sembra negare ogni possibilità di un dispiegamento reale di effetti della sentenza pregiudiziale in materia di invalidità dell'atto al di là del giudizio in cui è stata resa. Essa sembra mettere in forte dubbio anche la premessa da cui vorremmo far derivare l'efficacia *erga omnes* delle sentenze interpretative.

Come spiegare il passaggio che apre lo spiraglio ad un ripensamento della Corte su un atto prima riconosciuto invalido? È indubbiamente arduo dal punto di vista teorico pensare che la Corte possa smentirsi in tal modo. Il punto è cruciale perché basta un solo vizio per rendere invalido l'atto a dispetto di altri quindici non invocati. Nell'*International Chemical Corporation* il Tribunale di Roma aveva chiesto in maniera precisa se la dichiarazione di invalidità avesse effetti *erga omnes* o se fosse vincolante solo per il giudice. La Corte non ha parlato esplicitamente di efficacia *erga omnes* ma ha tirato fuori dal cilindro il «*motivo sufficiente*». Il rinvio, ancora possibile, per il giudice non è libero (vengono infatti posti alcuni limiti). Le finalità della cooperazione tra giudici e Corte dovrebbero consentire un nuovo rinvio soltanto per qualcosa di diverso e complementare rispetto alla dichiarazione di invalidità che è stata e rimane «*accertata*». In quell'occasione, infatti, il giudice *a quo* aveva posto un quesito legato ad una conseguenza dell'invalidità accertata: aveva chiesto lumi sul se e in quali limiti dovessero essere rimborsate le cauzioni perdute dalla *International Chemical Corporation*[33] in seguito a dichiarazione di invalidità e del regolamento che le aveva previste. L'invalidità accertata è il punto di partenza per un nuovo discorso nel fisiologico dia-

---

qualora il giudice nazionale si trovi di fronte a difficoltà di comprensione o di applicazione della sentenza, qualora egli sottoponga nuovi elementi di valutazione che possano indurla a risolvere diversamente una questione già sollevata», in *Pretore di Salò/X*, C-14/86, in *Racc.*, 1987, p. 2545.

[32] *International Chemical Corporation contro Amministrazione delle Finanze dello Stato*, C-66/80, in *Racc.*, 1981, p. 1191.

[33] *International Chemical Corporation / Amministrazione delle finanze dello Stato*, C-66/80, in *Racc.*, 1981, p. 1191.

logo fra giudici nazionali e giudice comunitario. La Corte non torna indietro, non potrebbe farlo, del resto, per quanto affermato in precedenza. L'invalidità dichiarata porta con sé delle conseguenze e solo su questo si potrà di nuovo interrogare il giudice che ha in precedenza spazzato, senza possibilità di ripensamento, l'atto invalido. L'equiparazione fra i due tipi di controlli predisposti dal Trattato (*ex* 230 e 234 T.C.E.) è la premessa da cui partiamo ed è onesto ammettere come il punto risulti, in realtà, controverso in dottrina [34]. All'invalidità accertata dell'atto si ricollega l'obbligo, per le Istituzioni che hanno emanato l'atto, di far cessare gli effetti dello stesso. Braguglia, per altro, pone in dubbio questo obbligo, non scorgendone il fondamento normativo nel Trattato [35]. Bebr sottolinea come sia un errore vedere nel giudizio d'invalidità un tipo particolare del giudizio di annullamento e come i due giudizi presentino caratteristiche diverse. Ciononostante, entrambi gli Autori finiscono per riconoscere anche alle sentenze di invalidità un'efficacia *erga omnes de facto.* Proprio prendendo le mosse da queste conclusioni, Ubertazzi [36], in uno scritto relativo all'efficacia temporale delle sentenze di invalidità da procedimento pregiudiziale, prova a rintracciare nel Trattato il fondamento normativo dell'obbligo di intervento delle Istituzioni in seguito alla pro-

---

[34] In dottrina Ferrari Bravo (L. FERRARI BRAVO, *op. cit.*, p. 1317) denuncia con chiarezza la distinzione fra il ricorso del 230 e quello del 234. Una differenza funzionale e storica sulla scia dell'esempio del diritto amministrativo. Diversi sarebbero gli effetti: l'annullamento e l'inapplicabilità dell'atto nel processo nazionale. Il giudice nazionale, nel caso di pronuncia di invalidità dell'atto, non terrà conto dell'atto e le parti non osserveranno il suo contenuto precettivo senza che ciò costituisca, per entrambi, violazione del diritto comunitario. Problema diverso è quello di stabilire se vi sia obbligo o meno per le Istituzioni che hanno emanato l'atto di revocarlo. Anche in questo caso, comunque, l'atto rimarrebbe in vigore fino al momento dell'intervento. Capotorti riconosce senza difficoltà efficacia *erga omnes* alle sentenze *ex* 230 T.C.E. mentre ammette come la faccenda sia più complessa per quanto riguarda le sentenze del procedimento pregiudiziale (F. CAPOTORTI, *op. cit.*, pp. 854-855). Vandersanden e Barav riconoscono, invece, efficacia generale alle sentenze di invalidità *ex* 234 T.C.E. (G. Vandersanden-G. Barav, *op. cit.*, p. 315). Il procedimento pregiudiziale di controllo di validità viene ricondotto al controllo della legalità comunitaria. La nozione di atto ai sensi dell'art. 234 T.C.E. risulta, per Vandersanden, identica a quella dell'art. 230 T.C.E. (G. VANDERSADEN e G. BARAV, *op. cit.*, p. 304). L'Autore sottolinea come, in caso di dichiarata invalidità dell'atto, le corti perdano il potere di sollevare. Da ricordare anche la posizione assunta dal governo tedesco nel caso C-73-74/63 (*Internationale Crediet en Handelssvereniging Rotterdam and others/ Minister van Landbouv en Visserij Racc.*, 1964, X, p. 130), secondo cui la validità riguardava solo l'aspetto formale della legalità.

[35] I. BRAGUGLIA, *Effetti della dichiarazione d'invalidità degli atti comunitari nell'ambito dell'art. 177 del Trattato CEE*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1978, pp. 667-681.

[36] G.M. UBERTAZZI, *Effetti della pronuncia di invalidità di un atto comunitario ex art. 177. In particolare revoca e adattamento dell'atto invalido da parte dell'istituzione che lo ha emanato*, in *Dir. comunitario e degli scambi internazionali*, 1979, pp. 71-79.

nuncia di invalidità. Ubertazzi, infatti, giudica sospetta questa unanimità sugli effetti pratici dell'accertamento di invalidità. I dubbi di Bebr – ricorda l'Autore – sono legati soprattutto al fatto che il Trattato non prevede alcun articolo che disciplini il problema dell'efficacia. Allo scopo di risolverli, Ubertazzi ricorda i passaggi delle sentenze *Moulins Pont à Mousson* e *Ruckdeschel*[37] della Corte in cui si sottolineava il dovere in capo alle Istituzioni di prendere i provvedimenti necessari per ovviare alla situazione derivante dalla riconosciuta invalidità della normativa. L'Autore sottolinea come l'atteggiamento della Corte non potesse essere ricondotto ad una mera esortazione, data anche la centralità del passaggio nella sentenza.

L'invito perentorio, qualora senza fondamento normativo, avrebbe rappresentato solo un'ingerenza impropria da parte del giudice comunitario. Nella formula utilizzata, inoltre, il giudice scriveva di un dovere delle Istituzioni, esprimendo un concetto che aveva la forza della necessità.

Lo stesso Avvocato Mayras, nella causa *Dabayser*[38], sottolineava come, in seguito alla sentenza di annullamento e a quella di invalidità, alle Istituzioni spettasse trarre le dovute conseguenze e fare il necessario per ovviare alla situazione. Per Ubertazzi la base normativa di tale obbligo è da ricercare nel principio generale della neutralizzazione degli effetti e nell'art. 233 T.C.E., pur essendo questo previsto in relazione al procedimento di cui al 230, a riprova del fine comune dei due procedimenti. A dimostrazione della possibilità di tale procedimento analogico si cita la sentenza relativa alla causa 112/83[39] sugli effetti temporali delle sentenze di invalidità[40].

---

[37] *Racc.*, 1977, pp. 1771 e 1813 cit. da G.M. Ubertazzi, *op. cit.*, p. 76.

[38] Citata da G.M. Ubertazzi, *op. cit.*, p. 77.

[39] *Société des produits de maïs S.A. c. Administration des douanes et droits indirects* C-112/83, in *Racc.*, 1985, p. 719.

[40] «*La possibilità che la Corte limiti nel tempo gli effetti della dichiarazione di invalidità di un regolamento, in occasione del ricorso pregiudiziale contemplato dall'art. 177, primo comma, lett. b), trova fondamento nell'interpretazione dell'art. 174 del Trattato alla luce della necessaria coerenza fra il rinvio pregiudiziale e il ricorso d'annullamento, i quali costituiscono due aspetti del sindacato di legittimità voluto dal Trattato. La facoltà di limitare nel tempo gli effetti dell'invalidità di un regolamento comunitario, nell'ambito sia dell'art. 173, sia dell'art. 177, è un potere attribuito alla Corte dal Trattato, nell'interesse dell'uniforme applicazione del diritto comunitario nell'intera comunità. Qualora improrogabili esigenze lo impongano, l'art. 174, secondo comma, attribuisce alla Corte un potere discrezionale per determinare in concreto, di volta in volta, quali effetti di un regolamento annullato debbano essere tenuti fermi. Spetta quindi alla Corte, qualora si valga della possibilità di limitare l'efficacia in passato di un accertamento d'invalidità nell'ambito dell'art. 177, di determinare se una deroga a tale limitazione dell'efficacia temporale della sentenza possa essere fatta a favore, vuoi dell'attore dinanzi al giudice nazionale, vuoi di qualsiasi altro operatore economico che abbia agito nello stesso modo prima dell'accertamento d'invalidità, ovvero, anche per gli operatori economici che abbiano preso tem-*

Il richiamo all'art. 174 (oggi 231) del Trattato C.E.E. fa notare come sia esatta l'osservazione di Vandersanden per cui i due controlli previsti dal Trattato siano due facce di una sola medaglia. L'efficacia temporale è la stessa (*ex tunc*). Gli effetti della sentenza sono in entrambi i casi *erga omnes.* La distinzione, proposta anche da Ferrari Bravo, fra inapplicabilità e annullamento non regge fino in fondo. Innanzitutto, una precisazione terminologica: si definisce inapplicabilità la situazione di diritto sostanziale che riceve la sanzione processuale della disapplicazione mentre l'annullabilità si presenta come sanzione processuale di una situazione sostanziale definibile come invalidità [41]. Questa distinzione presente nel diritto amministrativo italiano e derivata da quello francese, non trova corrispondenza nel nostro caso perché superata dall'interpretazione che la Corte di giustizia ha dato, non contenendosi gli effetti della pronuncia *ex* 234 T.C.E. al caso concreto. Nemmeno la possibilità di un ulteriore rinvio, come ammessa nella *International Chemical Corporation*, scalfisce tale verità, dati i limiti dello stesso rinvio.

Prendendo spunto dall'obbligo di intervento delle Istituzioni come analizzato da Ubertazzi, Berardis [42] afferma che:

> «*la differenza essenziale fra la sentenza di annullamento e la sentenza dichiarante l'invalidità è che la prima incide direttamente sull'ordinamento comunitario cancellando erga omnes e ex tunc l'atto incriminato, mentre la seconda agisce piuttosto sui giudici chiamati a decidere una controversia, i quali non possono più, ai fini della soluzione di quest'ultima, applicare l'atto colpito dalla dichiarazione di non validità*» [43].

Da qui la prospettiva di chiamare gli effetti del primo tipo *erga omnes* e quelli del secondo tipo *ultra partes* [44]. L'Autore, però, in seguito, riconosce quella che chiama *analogia di effetti* fra le sentenze [45]. Gli appunti che si possono muovere a tale impostazione consistono nella confusione che emerge fra effetti della sentenza che accerta l'invalidità (che si dispiegano non solo nei confronti dei giudici indotti, come dice l'Autore, alla non applicazione della norma invalida) ed effetti dell'atto dichiarato invalido. Ad avviso di chi scri-

---

pestivamente iniziative intese a far salvi i loro diritti, la dichiarazione d'invalidità con effetto solo ex nunc costituisca un rimedio adeguato». C-112/83, in *Racc.*, 1985, p. 719.

[41] A. Dell'Orco, *Potestà di disapplicazione e di provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, pp. 681-749, 708.

[42] G. Berardis, *Gli effetti delle sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1982, pp. 245-273, p. 261.

[43] G. Berardis, *op. cit.*, p. 261.

[44] G. Berardis, *op. cit.*, p. 263.

[45] G. Berardis, *op. cit.*, p. 262.

ve l'atto dichiarato invalido deve essere considerato anche inefficace e l'intervento sollecitato dalla Corte, definito peraltro nei modi più diversi (revoca, sanatoria), serve solo a celebrarne le esequie. La stessa possibilità di chiedere alla Corte nuovi lumi è limitata alle conseguenze o ai motivi di un evento consumatosi: l'invalidità appunto. L'alternativa del congelamento dell'efficacia della sentenza in attesa dell'intervento dell'Istituzione pare al di fuori di ogni ragionevolezza e non rispettosa della distinzione fra gli effetti della sentenza che accerta l'invalidità e gli effetti dell'atto dichiarato invalido dopo la pronuncia della Corte. La sentenza è obbligatoria dal giorno della sua pronuncia. Non si vede perché, specificato questo, bisogna distinguere artificiosamente fra efficacia *ultra partes* ed efficacia *erga omnes*. La dichiarata invalidità trascina con sé l'inefficacia dell'atto. La sentenza risulta essere solo il presupposto di un intervento dovuto dalle Istituzioni, intervento, quest'ultimo, che non incide sull'efficacia dell'atto invalido, già inefficace [46].

Questo ci permette di avanzare un'argomentazione decisiva ai fini del nostro discorso: leggendo, infatti, lo stesso articolo si può notare come esso non distingua, in relazione agli effetti, le sentenze rese in sede di pronuncia in via pregiudiziale. Il Trattato non dice che la sentenza di cui alla lettera *b)* del primo comma del 234 abbia un effetto x mentre la sentenza di cui alla lettera *a)* dello stesso comma e dello stesso articolo abbia un effetto y e non dice nemmeno che tipo di effetto abbiano questi due tipi di sentenze. Il passaggio è cruciale: se ad una lettura sistematica (alla luce cioè dei principi dell'ordi-

---

[46] Un aspetto legato all'efficacia *erga omnes* ed *ex tunc* delle sentenze pregiudiziali di invalidità e di interpretazione consiste nella possibilità, per i soggetti privati, di far valere il diritto al rimborso delle somme eventualmente pagate in attuazione della normativa comunitaria inesattamente interpretata o non valida (principio della *condictio indebiti*). Un primo limite alla salvaguardia dei diritti dei singoli consiste nella non esistenza di norme precise sulla *condictio indebiti*. Ciò implica che la competenza circa le controversie relative al rimborso delle somme riscosse per conto della Comunità è dei giudici nazionali. Il rinvio al diritto nazionale porta con sé una inevitabile differenziazione nella portata delle soluzioni adottata. La Corte, però, sottolinea come l'applicazione delle norme nazionali debba avvenire in modo non discriminatorio rispetto ai procedimenti intesi a decidere controversie dello stesso tipo, ma puramente nazionali, e come le norme di procedura non debbano rendere impossibile l'esercizio dei diritti dei privati derivanti dal diritto comunitario e che i giudici hanno l'obbligo di tutelare. Il giudice nazionale dovrà, quindi, vigilare sulla ripetizione delle somme indebitamente riscosse sulla base di regolamenti comunitari dichiarati invalidi o diversamente interpretati, risolvere questioni accessorie a questa come l'eventuale rivalsa, su altri operatori economici o su altri consumatori, delle somme indebitamente imposte e la liquidazione di interessi, il tasso di interesse e da quando gli interessi vano corrisposti. Su quanto scritto si vedano le sentenze relative alle cause C-66, 127 e 128/79, in *Racc.*, 1980, p. 1237; C-130/79, *Racc.*, 1980, p. 1900; C-33/76, in *Racc.*, 1976, p. 1989; C-45/76, in *Racc.*, p. 2043; C-68/79, in *Racc.*, p. 501; C-61/79, in *Racc.*, 1980, p. 501; C-96/71, in *Racc.*, 1972, p. 1005; C-46/75, in *Racc.*, 1976, p. 65; C-811/79, in *Racc.*, p. 2545.

namento comunitario) risulta che le sentenze di cui all'art. 234, lett. *b)*, secondo comma hanno effetti *erga omnes*, perché mai le sentenze di cui allo stesso articolo, stesso comma ma lett. *a)* dovrebbero avere effetto diverso? L'esigenza di certezza del diritto e la non discriminazione a cui si aggiungono l'esigenza di uniformità del diritto e la lettera del Trattato non escludono anzi sembrano offrire un'occasione imperdibile in funzione della tesi che si vuole dimostrare. Per quanto riguarda gli effetti della pronuncia pregiudiziale, due sono le disposizioni previste dal Trattato sul punto [47]. È senz'altro possibile ricondurre alle sentenze i connotati dell'imperatività e della stabilità, ed è partendo da questi due aspetti che va completata la definizione di efficacia. Briguglio [48] esclude che si possa parlare di giudicato per le sentenze pregiudiziali anche se un'opinione diversa ha espresso la Corte di giustizia nell'ordinanza *Wuensche* [49]. Per quanto riguarda l'altro tipo di efficacia legata alle sentenze interpretative, quello *ratione temporis*, la Corte ha specificato come le sue sentenze interpretative *ex* 234 T.C.E. chiariscano il significato della norma comunitaria quale è fin dall'origine pur ammettendo due eccezioni alla loro naturale retroattività. La prima relativa al caso in cui l'indiscriminata applicazione retroattiva dell'interpretazione possa avere effetti disastrosi ed incredibili, tali da minare la certezza dell'ordinamento comunitario. La seconda relativa all'esistenza di un legittimo affidamento, prima di quella interpretazione, dovuto al comportamento delle Istituzioni o degli Stati.

---

[47] La prima è l'art. 244 T.C.E. per cui «*le sentenze della Corte di giustizia hanno forza esecutiva alle condizioni fissate dall'art. 256*». La seconda è l'art. 256, secondo comma, per cui «*l'esecuzione forzata é regolata dalle norme di procedura civile vigenti nello stato sul cui territorio essa viene effettuata. La formula esecutiva é apposta, con la sola verificazione dell'autenticità del titolo, dall'autorità nazionale che il governo di ciascuno degli Stati membri designerà a tal fine*», al quarto comma poi si prevede che: «*L'esecuzione forzata può essere sospesa soltanto in virtù di una decisione della Corte di giustizia. Tuttavia il controllo della regolarità dei provvedimenti esecutivi é di competenza delle giurisdizioni nazionali*». Le sentenze comunitarie non sono sentenze straniere, non hanno bisogno di alcun meccanismo delibatorio per dispiegare effetti esecutivi all'interno dello Stato membro, né di alcun meccanismo di riconoscimento per dispiegare in tali ambiti effetti diversi da quelli esecutivi. Non c'è alcun sindacato interno per le sentenze della Corte di giustizia. La loro efficacia sorge e viene meno soltanto in base a norme dell'ordinamento comunitario. Tale efficacia comunque è affidata ai singoli ordinamenti interni; la esecutorietà, infatti, pur essendo sancita nel Trattato si avvale dei mezzi di coazione previsti dagli ordinamenti interni. Altrettanto avviene per l'efficacia diversa da quella esecutiva. Tale efficacia interessa sentenze come quelle pregiudiziali per cui non ha senso parlare di esecutorietà. Anche questi effetti trovano fondamento nell'ordinamento comunitario, pur non esistendo disposizioni primarie espresse ed apposite in ordine a tale tipo di effetti ed in particolare una disposizione che si riferisca al giudicato.

[48] A. BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 11.

[49] *Wuensche*, C-345/82, in *Racc.*, 1983, p. 1195.

4. La giurisprudenza sul punto

Del discorso di Trabucchi molti punti sembrano essere stati ripresi dalla nostra Corte costituzionale nelle sentt. nn. 113 del 1985[50] e 389 del 1989[51]: il riconoscimento dell'autorità e della posizione della Corte di giustizia nel sistema comunitario, l'idea che le sentenze interpretative dichiarino il diritto e la natura *erga omnes* dei loro effetti. Nel discorso della Corte, poi ripreso in altre ordinanze e sentenze (ord. n. 255 del 1999[52], ord. n. 132 del 1990[53], sent. n. 168 del 1991[54], sent. n. 285 del 1993[55], l'ord. n. 62 del 2003[56]), il ragionamento si fonda sul particolare ruolo che la Corte di giustizia ricopre nel sistema comunitario e sul carattere meramente dichiarativo della disposizione interpretata che la sentenza avrebbe. Nell'ottica della Corte costituzionale, tali sentenze sono una sorta di *fonti di secondo grado*, le cui statuizioni traggono *forza* dalla forza delle disposizioni interpretate. La loro efficacia diretta dipende dall'*efficacia diretta* delle disposizioni interpretate. Dato che la *diretta efficacia è* caratteristica propria delle fonti comunitarie (secondo la Corte di giustizia di un certo tipo di esse), la conseguenza immediata di questa attribuzione di effetti è il rango di fonti assunto dalle sentenze[57]. Ci si sen-

---

[50] Corte cost., sent. 19 aprile 1985, n. 113.

[51] Corte cost., sent. 4 luglio 1989, n. 389.

[52] Corte cost., ord. 11 giugno 1999, n. 255.

[53] Corte cost., ord. 7 marzo 1990, n. 132.

[54] Corte cost., sent. 8 aprile 1991, n. 168.

[55] Corte cost., sent. 10 giugno 1993, n. 285.

[56] Corte cost., ord. 12 marzo 2003, n. 62.

[57] «*La normativa comunitaria […] entra e permane in vigore, nel nostro territorio, senza che i suoi effetti diretti siano intaccati dalla legge dello Stato; e ciò tutte le volte che essa soddisfa il requisito dell'immediata applicabilità. Questo principio […] non vale soltanto per la disciplina prodotta mediante regolamento, ma anche per le statuizioni risultanti, come nella specie, dalle sentenze interpretative della Corte di giustizia*» in Corte cost., sent. 19 aprile 1985, n. 113. Ancora: «*Poiché ai sensi dell'art. 164 del Trattato spetta alla Corte di giustizia assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del medesimo trattato, se ne deve dedurre che qualsiasi sentenza che applica e/o interpreta una norma comunitaria ha indubbiamente carattere di sentenza dichiarativa del diritto comunitario, nel senso che la Corte di giustizia, come interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente il significato. Quando questo principio viene riferito a una norma comunitaria avente "effetti diretti", vale a dire a una norma dalla quale i soggetti operanti all'interno degli ordinamenti degli Stati membri possono trarre situazioni giuridiche direttamente tutelabili in giudizio, non vi è dubbio che la precisazione o l'integrazione del significato normativo compiute attraverso una sentenza dichiarativa della Corte di giustizia abbiano la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate*» in Corte cost., sent. 4 luglio 1989, n. 389. È possibile, peraltro, rintracciare analogie e differenze

te di condividere in parte il discorso della Corte e dell'Autore, accettando l'importanza che l'art. 220 T.C.E. ha nella soluzione della vicenda ma affidando a precise disposizioni normative (e a passaggi giurisprudenziali) la dimostrazione dell'assunto. L'efficacia *erga omnes* delle sentenze interpretative della Corte viene ammessa sulla base del ruolo di garante dell'uniformità interpretativa e sulla preoccupazione di evitare che del diritto comunitario si possano avere divergenti interpretazioni. Sembra scorgersi, nelle parole della Consulta, il riferimento all'istituto dell'interpretazione giudiziale, forma specifica del più ampio *genus* dell'interpretazione pubblica. L'interpretazione giudiziale, nella lettura che ne ha dato Zuccalà [58], avrebbe nell'astrattezza e nell'obbligatorietà le sue caratteristiche. La sent. n. 389 del 1989 ha il merito di aver specificato come la non applicazione della normativa interna confliggente (lo si vede anche nell'ord. n. 255 del 1999) non avvenga a favore della norma come interpretata dalla sentenza [59] ma a favore della sentenza stessa o quanto meno delle sue statuizioni [60]. In questo le sentenze interpretative, pur discendendo da norme comunitarie (fonti di secondo grado), hanno una loro autonomia. In seguito la Consulta ha esteso gli effetti diretti a tutte le statuizioni delle sentenze interpretative a prescindere dal contesto di emersione di queste ultime. Ciò che conta è le portata e l'efficacia della *regula iuris* contenuta nella manifestazione di volontà espressa della Corte, siano *ex* 234 o altro. Tali statuizioni sarebbero fonti *atipiche* dell'ordinamento comunitario, in

---

fra i due estratti presi in considerazione: il primo parla di *immediata applicabilità* mentre il secondo in termini di *immediata efficacia*. Il primo passaggio prende in considerazione solo le sentenze interpretative rese in via pregiudiziale mentre il secondo estende il principio a tutte le sentenze interpretative a prescindere dal contesto. All'interno del secondo passaggio sono rinvenibili alcune *incongruenze*: *sentenza dichiarativa* (come la Corte di giustizia dice con efficacia *ex tunc*, tranne che in casi particolari) e *integrazione* della norma (che fa pensare ad un *quid pluris semantico*, ad una operazione non novativa nel senso proprio ma comunque aggiuntiva di qualcosa rispetto al significato promanante dall'oggetto, quindi a qualcosa che sarebbe *irragionevole* estendere al di qua del giudizio in cui è stata resa).

Sempre nella seconda sentenza è rinvenibile l'accenno, ripreso poi in successive sentenze o ordinanze, ad un istituto dalle origini particolari: l'*interpretazione autoritativa.* Partendo dal primo punto: posto che le locuzioni *immediata efficacia* e *immediata applicabilità* siano equivalenti alle locuzioni più correnti *diretta efficacia* e *diretta applicabilità* si tratta ora di capire se le due diverse locuzioni risultanti siano fra loro interscambiabili (come sembra dal discorso della Corte costituzionale) oppure no. Sul punto la dottrina è divisa e non analizziamo adesso la questione per ragioni di spazio.

[58] M. Zuccalà, *Di una forma di interpretazione giurisprudenziale autentica delle leggi*, in *Giur. it.*, IV, 1959, p. 139 ss.

[59] L. Costato, *Efficacia ed applicazione del diritto comunitario*, in *Riv. dir. agr.*, 1989, II, p. 198 ss.

[60] M. Bellocci, *Gli effetti diretti degli atti comunitari nell'ordinamento interno: profili teorici ed applicativi*., in *Riv. amm. della Repubblica it.*, 1990, pp. 1010-1025.

quanto non previste dalle disposizioni del Trattato. Non è argomento rilevante, ad avviso di chi scrive, la separazione fra poteri che, secondo Scarpa [61], emergerebbe dai Trattati. Non vale perché messo in crisi dallo stesso assetto istituzionale comunitario come si preciserà rapidamente in seguito.

A ciò si aggiunga che tale forma di interpretazione, resa in qualsiasi contesto, ha l'efficacia di incidere sulla posizione di ogni giudice impedendogli, comunque, di interpretare *estensivamente* (in senso improprio, ovvero oltre i confini disegnati dal giudice comunitario) una norma del Trattato o una norma derivata. Al contrario, e qui si può apprezzare l'*effetto negativo*, la capacità interpretativa del giudice sarà esercitabile liberamente (sempre nei limiti dell'interpretazione funzionale all'applicazione) secondo i consueti canoni ermeneutici, scevra, cioè, anche dagli eventuali criteri dati dalla sentenza interpretativa, quando manchi la pronuncia del giudice europeo. Anche in questo caso la Corte di giustizia opera da «tiranno», limitando ulteriormente il già ristretto campo che il giudice comune ha relativamente all'interpretazione comunitaria.

5. L'efficacia *erga omnes* delle sentenze interpretative

Passiamo ad un'analisi di dati giurisprudenziali e normativi: solo da una lettura attenta di questi, infatti, è possibile dare corpo agli effetti *erga omnes* di cui si sta scrivendo. A dimostrazione della natura astratta del procedimento pregiudiziale, vale la pena di ricordare l'art. 20 dello Statuto della Corte di giustizia [62] che evidenzia l'alto numero di soggetti che, al di là della parti del processo nazionale, possono intervenire presentando osservazioni. Secondo

---

[61] N. Scarpa, *Disapplicazione norme internazionali incompatibili con precetti comunitari e con norme del G.A.T.T.*, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 2984 ss.

[62] «*Tale decisione [quella del giudice nazionale che sospende la procedura e che si rivolge alla Corte] é quindi notificata a cura del cancelliere della Corte alle parti in causa, agli Stati membri e alla Commissione, nonché al Consiglio o alla Banca centrale europea, quando l'atto di cui si contesta la validità o l'interpretazione emani da questi ultimi, e al Parlamento europeo e al Consiglio quando l'atto di cui si contesta la validità o interpretazione sia stato emanato congiuntamente da queste due istituzioni. Nel termine di due mesi da tale ultima notificazione le parti, gli Stati membri, la Commissione e, quando ne sia il caso, il Parlamento europeo, il Consiglio e la Banca centrale europea hanno il diritto di presentare alla Corte memorie ovvero osservazioni scritte. La decisione della giurisdizione nazionale é, inoltre, notificata a cura del cancelliere della Corte, agli Stati parti contraenti dell'accordo sullo spazio economico europeo diversi dagli Stati membri, nonché all'Autorità di vigilanza AELS (EFTA) prevista dal detto accordo, i quali entro due mesi dalla notifica, laddove si tratti di uno dei settori di applicazione di quell'accordo, possono presentare alla Corte memorie ovvero osservazioni scritte*».

attenta dottrina [63], tali soggetti potrebbero non strettamente limitarsi al sostegno delle ragioni dell'una o dell'altra delle parti dinanzi al giudice nazionale. Si potrebbe [64] anche verificare il caso in cui uno Stato membro, in presenza di un regolamento della Commissione come oggetto dell'interpretazione, concluda nel senso della sua invalidità. Ciò è indice della particolare natura del procedimento, data la deroga implicita all'art. 37 Statuto che prevede che le conclusioni dell'istanza d'intervento possono avere come oggetto soltanto l'adesione alle conclusioni di una delle parti. Appurato questo, risulta fondamentale per la definizione dei contenuti dell'effetto *erga omnes* anche quanto disposto dall'art. 104, paragrafo 3 del Regolamento di procedura della Corte di giustizia [65] e quanto pronunciato dalla Corte nella sentenza *Cilfit* [66]. Si ritiene che l'efficacia *erga omnes* in questione consista nella trasformazione della posizione del giudice di ultima istanza, in seguito alla presenza di una precedente pronuncia della Corte, nel passaggio da una situazione giuridica configurabile in termini di *obbligo* (una situazione di *agĕre debēre*, di necessità) ad una qualificabile in termini di *discrezionalità*. La pronuncia produce una situazione di *possibilità limitata* per il giudice che, nel caso in questione, può seguire la pronuncia o *problematizzare la cooperazione* chiedendo una nuova interpretazione alla Corte, qualora non la condivida o creda che le circostanze del suo caso siano diverse. Più in generale si potrebbe dire che, in presen-

---

[63] G.M. Ubertazzi, *La Corte di giustizia ed il suo dovere di conformarsi alle sue precedenti decisioni ex art. 177*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, pp. 481-509.

[64] G.M. Ubertazzi, *op. cit.*, p. 486.

[65] «*Qualora una questione pregiudiziale sia identica ad una questione sulla quale la Corte ha già statuito, qualora la soluzione di tale questione possa essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza o, qualora la soluzione della questione non dia adito a dubbi ragionevoli, la Corte, dopo aver informato il giudice di rinvio, dopo aver sentito le eventuali osservazioni degli interessati di cui agli articoli 20 Statuto CE, 21 Statuto CEEA e 103, paragrafo 3, del presente regolamento e dopo aver sentito l'avvocato generale, può statuire con ordinanza motivata contenente, eventualmente, riferimento alla precedente sentenza o alla giurisprudenza pertinente*».

[66] «*Benché l'art. 177, terzo comma, del Trattato obblighi senza alcuna restrizione i giudici nazionali di ultima istanza a sottoporre alla Corte qualsiasi questione interpretativa dinanzi ad essa sollevata, l'autorità dell'interpretazione data dalla Corte può tuttavia far venire meno la causa di tale obbligo e privarlo quindi del suo contenuto; ciò avviene in specie qualora la questione sollevata sia sostanzialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale ovvero qualora il punto di diritto di cui trattasi sia stato risolto dalla costante giurisprudenza della Corte, indipendentemente dalla natura dei procedimenti da cui essa ha tratto origine, anche in mancanza di stretta identità delle questioni controverse. Resta comunque inteso che, in tutte queste ipotesi, i giudici nazionali, compresi quelli di cui all'art. 177, terzo comma, restano del tutto liberi di adire la Corte qualora lo ritengano opportuno*» in *SRL Cilfit e Lanificio di Gavardo SPA c. Ministero della Sanità*, C-283/81, in *Racc.*, 1982, p. 3415.

za di pronuncia della Corte sul punto, le già limitate *chances ermeneutiche* dei giudici nazionali (anche quelli non di ultima istanza) si riducano ancora di più. Qualora il giudice di ultima istanza, nel dubbio, non chieda interpretazione alla Corte né si attenga all'interpretazione data, riteniamo ci possano essere gli estremi per l'avvio della procedura di cui al 226 e 227 del Trattato: essendo il giudice nazionale un organo di statale, è normale che a rispondere della lesione del 220 del Trattato sia lo Stato [67]. Secondo molti Autori [68] la visione della Corte costituzionale italiana si porrebbe in radicale antitesi con quanto stabilito dalla Corte di giustizia, rischiando di provocare un blocco giurisprudenziale foriero di una lettura cristallizzante della norma, contraria ad una visione dinamica dell'interpretazione come voluta dalla Corte [69]. Non si condivide l'opinione dato che l'effetto *erga omnes* delle sentenze interpretative non consiste nel *bloccare* l'interpretazione data alle disposizioni dalla Corte (sarebbe assurdo poiché ciò sancirebbe la morte del procedimento pregiudiziale fondato proprio sulla cooperazione fra giudice nazionale e Corte) ma nell'imporre al giudice comune un *aut-aut* rispettoso del ruolo del giudice di Lussemburgo. Far dire alla Corte l'opposto sarebbe contrario non solo all'idea che la stessa Corte ha di interpretazione ma anche all'idea che oggi la maggior parte degli studiosi ha di interpretazione, data l'impossibilità di trarre *uno actu* tutto il contenuto normativo di una disposizione, ancor più se

---

[67] Quanto scritto è in parte già stato affermato da Briguglio (A. BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 13), che distingue fra un vincolo endoprocessuale assoluto per il giudice *a quo* ed un vincolo extraprocessuale o *erga omnes* per gli altri giudici. L'Autore però, pur riconoscendo un'efficacia *erga omnes* alle sentenze interpretative della Corte come rese in via pregiudiziale, nega che ad esse possa concedersi il rango di fonti del diritto. Non condividiamo le perplessità di Briguglio: l'effetto *erga omnes* o c'è (e allora le sentenze sono fonti) o non c'è (e allora cessa la questione), non vediamo una via di mezzo. Viene difficile, inoltre, immaginare un'efficacia *erga omnes relativa*, ci pare questo un ossimoro non giustificato per altro. Anche MENGOZZI (*Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 1997, p. 250) scorge un'efficacia *erga omnes* analoga a quella rilevata facendo leva su dati esclusivamente giurisprudenziali.

[68] F. GHERA, *op. cit.*, p. 1212.

[69] Simbolo di questo sarebbe la sentenza *Da Costa en Schaake N.V. c. Amministrazione olandese delle imposte* (sent. 27 marzo 1963, cause C-28/62) in cui la Corte, trovandosi dinanzi ad una questione simile se non identica a quella oggetto della *Van Gend en Loos*, accettava di rispondere, non seguendo le osservazioni della Commissione. Quest'ultima, puntando sul fatto che le questioni sulle quali si chiedeva interpretazione erano già state risolte nella 26/62 e partendo dalla lettura dell'art. 20 dello Statuto della Corte, definiva tali questioni senza oggetto, chiedendo che la domanda fosse respinta.

La Corte non accettava tale impostazione e decideva di pronunciarsi anche se poi confermava, data la non presenza di fattori nuovi, la decisione presa precedentemente. Ciò testimonierebbe che le sentenze rese al 234 non sono fonti.

questa è una del T.C.E. Da qui l'importanza dell'art. 21 dello Statuto della Corte secondo cui la stessa può chiedere alle Istituzioni, oltre che alle parti del processo, tutte le informazioni che ritiene necessarie. Tale attenzione al contesto normativo è testimoniata dall'art. 63 del Regolamento di procedura della Corte che prevede che la sentenza debba tenere conto dell'esposizione dei fatti e dei motivi della decisione. Tale articolo, del resto, si aggancia a quanto stabilito dall'art. 253 del T.C.E. che prevede che regolamenti, direttive e decisioni di Consiglio e Commissione vengano motivati. Si crede che diverso sia l'atteggiamento della Corte costituzionale, dato che, nella sua visione, il giudice viene lasciato libero di valutare se esista o meno compatibilità fra il suo caso e quello del precedente o affidandosi a quanto ha sancito la Corte con le proprie pronunzie o, come previsto dalla *Costa/ENEL* e poi dalla *Cilfit*, interrogando di nuovo *l'interprete qualificato*. A dimostrazione di ciò vi è la grande cura con cui la Corte raccoglie informazioni sul caso, cercando di contestualizzarlo. Ciò è sottolineato dalla sentenza *Cilfit c. Ministero sanità* e confermato nell'art. 104 del Regolamento di procedura della Corte del 1991. La stessa Corte, del resto, ha dimostrato di non ritenersi rigidamente vincolata alle sue precedenti decisioni. È un esempio di questo anche il cambiamento di prospettiva adottato nelle sentenze *Kalanke* e *Marschall*[70].

---

[70] *Kalanke/Freie Hansestadt Bremen*, C-450/93, in *Racc.*, 1995, p. I-3051*; Marschall/Land Nordrhein-Westfalen*, C-409/95, in *Racc.*, 1997, p. I-6363. Nel primo caso la Corte aveva considerato una normativa interna in contrasto con le disposizioni della direttiva 76/207 relativa alla parità di trattamento tra uomo e donna nel lavoro. La normativa interna prevedeva che, in caso di parità di punteggio fra concorrenti di sesso diverso aspiranti ad una promozione nel lavoro, la commissione giudicante dovesse preferire il candidato di sesso femminile qualora questo fosse sottorappresentato rispetto a quello maschile nel livello di mansioni cui si trattava di accedere. La Corte di giustizia argomentava che l'art. 2, n. 4 della direttiva 76/207 era norma eccezionale rispetto al principio del divieto di misure discriminatorie tra uomo e donna nel lavoro. In quanto tale doveva essere interpretato restrittivamente. Proprio alla luce di un'interpretazione restrittiva della disposizione comunitaria sulle pari opportunità si concludeva che quest'ultima non autorizzasse l'adozione di un meccanismo di preferenza come quello previsto dalla normativa nazionale poiché: «*essa va oltre la promozione della parità delle opportunità e sostituisce a tale obiettivo il risultato, la parità di rappresentanza, al quale si potrebbe pervenire solo mediante l'attuazione di tale obiettivo*». La Corte dimostrava di non gradire l'inversione fra la promozione della parità sostanziale, attraverso misure implicanti una eguaglianza di opportunità, ed il conseguimento diretto delle condizioni di parità sostanziale, tramite misure formalmente discriminatorie. Nella *Marschall* la Corte giustificava la variazione di assetto evidenziando le differenze fra la normativa nazionale presa in considerazione nel primo caso e quella analizzata nel secondo. Quest'ultima, infatti, si presentava come caratterizzata dalla previsione, per la commissione giudicante, della non applicazione del meccanismo censurato (precedenza nelle promozioni per i candidati di sesso femminile) nella precedente pronuncia nel caso in cui vi fossero motivi inerenti alla persona del candidato maschile considerati prevalenti rispetto all'obiettivo della riduzione della disparità di fatto fra uomini e donne nel lavoro. L'esistenza di tale clausola di riserva induceva la Corte a tornare sul pre-

Ghera [71] sottolinea la divergenza di prospettiva fra le Corti. Nella *Cilfit* la Corte di giustizia avrebbe parlato di precedente senza assegnare efficacia di fonte alle sue sentenze a differenza della Consulta, la cui posizione sarebbe estremamente pericolosa perché foriera della perdita del controllo dei propri precedenti da parte della Corte di giustizia. I fatti, in realtà, potrebbero anche essere interpretati in maniera diversa, sembrando che la Consulta rispetti, da un lato, la funzione nomofilattica di cui al 220 del Trattato e, dall'altro, lasci il giudice comune libero di esercitare l'alternativa prima illustrata nel rispetto di quanto la Corte comunitaria ha stabilito autonomamente. Tutto è nelle mani dei giudici comuni, allora, e qualora ci fosse una perdita di controllo dei precedenti, sarebbe imputabile solo a questi ultimi. Le sentenze interpretative sono fonti di secondo grado e come tali particolari. Ciò non toglie, però, che il cambio di interpretazione possa prospettarsi incidendo sul rinvio della norma che sta alla base degli effetti della stessa sentenza interpretativa. Il fatto che si riconnetta a tali sentenze la diretta applicabilità non esclude che, data la loro particolare struttura, le stesse possano essere messe in discussione.

6. Le sentenze interpretative fuori dal procedimento pregiudiziale

Gran parte di ciò che è stato scritto sulle sentenze interpretative nell'ambito del procedimento pregiudiziale non viene perso quando si cambia contesto. Ovviamente il cambio di scenario implica la perdita di quell'astrattezza che caratterizza il procedimento pregiudiziale e, di conseguenza, il venir meno di alcuni argomenti addotti a sostegno della nostra tesi nel paragrafo precedente.

Questo, però, non impedisce di continuare il ragionamento condotto finora anche oltre le colonne del 234 T.C.E. grazie anche ad un'attenta lettura dell'art. 220 T.C.E. che conferisce alla Corte il ruolo di garante dell'interpretazione del diritto comunitario. Analizzando la *topografia* del Trattato si può notare subito che l'art. 220 si pone come norma di apertura della sezione IV del T.C.E. dedicato alla Corte e che esso enuncia il ruolo di garante della Corte in via generale.

---

cedente principio a dimostrazione di ciò che sottolineava anche Floridia: la possibilità del rinvio per il giudice di ultima istanza conferma (e non smentisce) l'assunto per cui la Corte produce diritto, permettendone l'adeguamento alle esigenze del contesto sociale (G. FLORIDIA, *op. cit.*, p. 34).

[71] F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 1292.

Da ciò discende che la funzione nomofilattica non si esaurisce alle sole pronunce rese in via pregiudiziale.

Tale funzione è la principale del grande giudice comunitario e non viene scalfita dalla previsione del Trattato di Nizza che consente anche al Tribunale di primo grado di pronunciarsi in via pregiudiziale. Del resto la competenza del Tribunale in tale ambito non è generale e comunque vi è la possibilità, anche nei casi di pronuncia del Tribunale, del riesame delle decisioni da parte della Corte qualora sussistano gravi rischi per l'unità o la coerenza del diritto. Tutto questo dimostra il particolare ruolo della Corte e testimonia l'intangibilità della propria funzione nomofilattica.

I principi (non semplici valori) della coerenza e dell'uniformità del diritto chiedono soddisfazione anche oltre l'ambito (pur rilevante) della procedimento pregiudiziale.

La Corte è interprete qualificato del diritto comunitario ed il prestigio ermeneutico delle sue pronunce si esprime in ogni ambito. L'uniformità dell'interpretazione come fondamento dell'ordinamento comunitario trova conferma anche nelle disposizioni che prevedono il ricambio parziale a scadenze regolari dei giudici della Corte, ciò a testimonianza di come, anche al suo interno, si avverta la necessità di evitare transizioni troppo brutali nelle consegne della *funzione nomofilattica.*

Indubbiamente la distinzione fra *interpretazione* ed *applicazione* [72] può essere tanto labile da rischiare di apparire cristallina solo a pochi teorici e del resto la pretesa *esclusività nell'interpretazione* della Corte è smentita dal Trattato stesso quando permette al giudice nazionale di porre una *questione* che una certa attività interpretativa implica.

Il problema è che l'interpretazione del giudice comune e quella del giudice comunitario si presentano come fenomeni diversi [73]. È una distinzione interna al momento interpretativo che ci fa giungere a tali conclusioni. La Corte costituzionale ha giustamente qualificato la Corte di giustizia come *interprete qualificato* [74] in virtù delle particolari capacità e conoscenze che l'interpretazione comunitaria richiede.

Tale particolarità, del resto, è legata profondamente alle caratteristiche del diritto comunitario.

Si nota allora come i criteri utilizzati mescolino esperienze e approcci

---

[72] Per la valorizzazione della stessa invece si veda *Arsenal v. Reed (No. 2)*, [2003], *All ER* 137.

[73] Invece che valorizzare la classica distinzione fra interpretazione e applicazione qui si vuole valorizzare una diversa specificazione in seno al momento squisitamente ermeneutico.

[74] Corte cost., sent. 22 dicembre 1977, n. 163.

diversi tali da rendere peculiare il tipo di interpretazione in questione. Tra le tante ricostruzioni avanzate per spiegare il ruolo giocato dalla Corte vi è quella dell'interpretazione *direttiva* o *precettiva*, vista come *species* di quella pubblica o autoritativa. Tale ricostruzione, peraltro, risulta avvalorata da alcuni passaggi delle sentenze della Consulta analizzate. È quindi strano pensare che tale *posizione di prestigio ermeneutico* sia spendibile solo nel solco dei procedimenti pregiudiziali. Probabilmente tutte le sentenze interpretative hanno il risultato di chiarire *ab origine* il significato delle disposizioni comunitarie [75]. Diversamente, l'interpretazione *autentica* ha come sua *quiddità* il carattere non indotto essendo frutto di una spontanea scelta del legislatore sebbene volta a estinguere una situazione di *disagio ermeneutico* [76]. Si crede di poter scorgere in tutte le sentenze interpretative un effetto *erga omnes* analogo a quello rintracciato in precedenza. In tutti i casi in cui vi sia una sentenza interpretativa della Corte di giustizia il giudice *a quo* nazionale si trova dinanzi ad una *possibilità bloccata a due voci*. In caso di dubbio egli potrà seguire l'interpretazione della Corte di giustizia (e comunque non potrà oltrepassare, nel suo minimo spazio interpretativo, il margine individuato dalla stessa) o, nel caso in cui l'interpretazione non lo convincesse, ricorrere al procedimento pregiudiziale di cui al 234 T.C.E., interpellando nuovamente la Corte di giustizia.

La limitazione dello spazio interpretativo di cui sopra è l'effetto *erga omnes* ricercato e a questo si lega la variazione di situazione giuridica del giudice nazionale di ultima istanza come descritta in precedenza.

Anche in questo caso esistono dei riferimenti normativi e giurisprudenziali a sostegno della tesi: innanzitutto la sentenza *Cilfit* che nel suo testo fa riferimento anche alle sentenze rese al di fuori del procedimento *ex* 234. La stessa Corte costituzionale, poi, non distingue fra le sentenze, proprio perché – ed è questo l'aspetto che vogliamo evidenziare – la specialità delle sentenze in questione non sta tanto nel procedimento in cui vengono rese quanto nelle funzioni che nel sistema riveste chi le rende. È questo un argomento che potrebbe chiamarsi *soggettivo*, perché legato allo *status* della Corte, più che legato alle solite (e vere peraltro) argomentazioni *oggettive* che guardano al coinvolgimento o meno delle parti, alla natura degli interessi tutelati dalla stessa procedura.

---

[75] Nella dottrina rinvenibile sul punto l'interpretazione *direttiva* si distinguerebbe da quella *giudiziale* perché astrattamente suscettibile di essere riferita anche a soggetti diversi dal giudice. Peculiarità della seconda sarebbe anche il suo carattere astratto mentre la prima avrebbe carattere concreto, questo almeno stando agli scritti di Tedeschi come ripresi poi da Zuccalà, in G. TEDESCHI, *Su alcune forme di interpretazione autoritativa della legge*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 136 ss.

[76] G.M. UBERTAZZI, *op. cit.*, p. 500.

Del resto questi interessi non vengono meno dato che l'esigenza di armonia, coerenza, completezza e certezza del diritto comunitario non trovano palcoscenico solo nel procedimento *ex* 234 T.C.E.

A questo riferimento giurisprudenziale agganciamo anche l'art. 104 del regolamento di procedura della Corte. Il regolamento mette sullo stesso piano ipotesi diverse. Una prima ipotesi è relativa al caso in cui la sentenza sia stata resa anche essa nel corso di un procedimento pregiudiziale; la seconda fa riferimento genericamente alla giurisprudenza; la terza è una clausola generale di chiusura. Ciò che interessa rilevare è che il regolamento prevede la possibilità di sentenze interpretative «utili» al di fuori del 234. Interessante è anche il Preambolo della Carta di Nizza [77] che ha un'importanza fondamentale per la nostra tesi. Innanzitutto, nell'individuare la «materia prima» del diritto comunitario dei diritti fondamentali, enumera, accanto ai principi ed alle tradizioni costituzionali (riconosciute come fonti dall'art. 6 del T.UE.), anche la giurisprudenza della Corte di giustizia. Sempre il Preambolo, infine, nel ricordare la giurisprudenza, non distingue fra sentenze rese nel procedimento pregiudiziale e le altre: tutte sono equiparate, perché tutte possono produrre diritto. Infine, per sottolineare l'abbondanza degli argomenti, citiamo anche una disposizione contenuta nella quarta parte del Progetto di Trattato che istituisce la Costituzione europea realizzato dalla Convenzione per il futuro dell'Unione europea di Bruxelles, nello specifico l'art. IV 3 [78]. Il testo finale include anche le pronunce del Tribunale di I grado (IV-3 punto 4) nell'ambito, fra l'altro di una disposizione parzialmente diversa dalla precedente [79].

È da ricordare, poi, una importantissima sentenza circa la sanzionabilità della violazione della giurisprudenza (tutta) della Corte di giustizia. La causa è la C-224/01 [80]:

---

[77] «*La presente Carta riafferma i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dal trattato sull'Unione europea e dai Trattati comunitari, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e della libertà fondamentali, dalle Carte sociali adottate dalla Comunità e dal Consiglio d'Europa, nonché i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo*».

[78] «*La giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee è mantenuta in quanto fonte di interpretazione del diritto dell'Unione*».

[79] «*La giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e del Tribunale di primo grado relativa all'interpretazione e all'applicazione dei trattati e atti abrogati dall'art. IV-2, così come degli atti e delle convenzioni adottati per la loro applicazione, resta, mutatis mutandis, la fonte d'interpretazione del diritto dell'Unione e segnatamente delle disposizioni analoghe della Costituzione.*».

[80] Su cui R. CALVANO, *Corti supreme nazionali e responsabilità civile degli Stati per viola-*

> «In ogni caso, una violazione del diritto comunitario è sufficientemente caratterizzata allorché la decisione di cui trattasi è intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in questa materia (v., in tal senso, *sentenza Brasserie du pêcheur* e *Factortame*, cit., punto 57)».

Nella sentenza si fa riferimento al procedimento pregiudiziale ma quanto affermato torna utile anche in questa sede in virtù delle distinzioni fatte a proposito dell'art. 104 del Regolamento di procedura della Corte e delle sentenze della Corte di giustizia citate.

A dimostrare definitivamente quanto affermato, però, vi sono una serie di casi in cui i principi del diritto comunitario sono stati enucleati nel corso di procedimenti non *ex* 234 T.C.E.

In rapida rassegna i casi in questione sono: *Italia c. Commissione,* cause C-15/98 e C-105/99 [81], *Commissione c. Lussemburgo*, causa C-111/91 [82], *Irlanda c. Commissione*, causa C-325/85 [83], *Francia c. Commissione* (*Comunicazione aiuti*), causa C-325/91 [84], *Commissione c. Italia*, causa C-257/86 [85], *Ferriere San Carlo*, causa C-235/85 [86], *RSV*, causa C-223/85 [87].

In questi casi le sentenze venivano a conclusione di procedimenti *ex* art. 230 T.C.E. o *ex* 226 T.C.E. Si crede che ci siano le premesse di un riconoscimento formale della giurisprudenza, non solo di quella espressa attraverso le sentenze interpretative da procedimento pregiudiziale, come fonte e che questa visione non possa esser adombrata dai decantati riferimenti alla separazione dei poteri visto che nell'ordinamento comunitario il principio non trova applicazione [88].

---

zione del diritto comunitario. La rivoluzione strisciante, in *www. associazionedeicostituzionalisti. it.*

[81] *Italia c. Commissione*, C-15/98 e C-105/99, in *Racc.*, 2000, p. 4100, punti 63 ss.

[82] *Commissione c. Lussemburgo*, C-111/91, in *Racc.*, 1993, p. I-817.

[83] *Irlanda c. Commissione*, causa 325/85, in *Racc.*, 1987, p. 5041, punto 18.

[84] *Francia c. Commissione* (*Comunicazione aiuti*), C-325/91, in *Racc.*, 1993, p. I-3283.

[85] *Commissione c. Italia*, C-257/86, in *Racc.*, 1988, p. 3249, punto 12.

[86] *Ferriere San Carlo*, C-235/85, in *Racc.*, 1986, p. 3949, punto 9.

[87] *RSV*, C-223/85, in *Racc.*, 1987, p. 4617, punto 17.

[88] Si potrebbe obiettare che la questione della separazione dei poteri si presenta in modo molto meno scontato nel rapporto fra il potere giudiziario e gli altri (il suo disconoscimento appare infatti pacifico nel rapporto fra legislativo ed esecutivo). Per superare questa obiezione si possono ricordare le parole di Gaja circa le modalità di selezione dei componenti della Corte di giustizia: «*questo tipo di procedimento di nomina prospetta evidentemente la questione dell'indipendenza dei giudici, tanto più che il loro mandato è rinnovabile ed in effetti è spesso rinnovato*», G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Laterza, Roma-Bari, 1996, pp. 40-41.

7. Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come precedente

Tenendo conto del ruolo della Corte e della sua giurisprudenza, Mengozzi [89] (la cui analisi, in realtà, si incentra solo sul procedimento pregiudiziale) nota l'affinità con il mondo di *common law*, sulla scia delle osservazioni di Vandersanden per cui il protagonismo dei giudici è sempre stata una delle prerogative di quel sistema. Nonostante le analogie sottolineate pare azzardato concludere per una equiparazione totale che sarebbe, peraltro, incoerente con quanto scritto in precedenza.

Fra le fonti del diritto rientrano dunque anche le sentenze interpretative a prescindere dal procedimento in cui siano state rese. Si è sottolineato quale efficacia extraprocessuale le caratterizzi tenendo conto delle caratteristiche peculiari del procedimento pregiudiziale, definito da Ubertazzi e Trabucchi come il più astratto fra quelli previsti dal Trattato. Si è evidenziato come né il Trattato, né la giurisprudenza della Corte di giustizia impediscano tale conclusione, tenendo sempre conto dei ragionamenti della Consulta che, su questo specifico punto, non ci sono sembrati in totale collisione con le conclusioni del giudice comunitario.

Ai dati giurisprudenziali e a quelli ricavabili dalla lettura sistematica di alcune disposizioni del Trattato abbiamo affiancato l'analisi dello Statuto e del Regolamento di procedura della Corte di giustizia. Innanzitutto si è adottata una definizione ampia di fonte che non fosse, però, allo stesso tempo *minimalista* ma che riuscisse a rispecchiare le diverse declinazioni che la nozione di fonte ha in un ordinamento a configurazione complessa come è quello europeo. In questo modo si è inteso rispettare il *principio di relatività delle fonti*. Infine abbiamo esteso, per quanto possibile, le conclusioni dedotte in tale ambito ai procedimenti contenziosi, rinvenendo anche qui un'efficacia *erga omnes*, dopo aver insistito sulla sua funzione *nomofilattica* e su alcune osservazioni riguardanti materiali già presi in considerazione nel corso dell'elaborato. Le ultime riflessioni riguardano lo *status* di queste fonti e i loro prodotti (le statuizioni interpretative). Kennedy [90] annovera espressamente le decisioni della Corte di giustizia fra le fonti del diritto comunitario. Simon [91] fa altrettanto enumerando la giurisprudenza fra le *fonti non scritte* insieme ai principi generali.

---

[89] P. Mengozzi, *op. cit.*, p. 250.

[90] T. Kennedy, *Learning European Law*, Sweet and Maxwell, 1998, p. 129.

[91] D. Simon, *Le système juridique communautaire*, Puf, Parigi, 1997, p. 234.

Isaac [92] scrive della giurisprudenza come fonte non scritta ma non distingue essa dai principi generali e, di conseguenza, l'analisi di questi ultimi ingloba anche la prima. Esse sono fonti di *secondo grado* perché traggono la forza dalle disposizioni interpretate.

Hanno infatti *efficacia diretta* solo se l'hanno le disposizioni interpretate [93].

Le sentenze interpretative hanno la forza dell'atto normativo interpretato. Qualcosa del genere accade anche per le sentenze di incostituzionalità della Corte costituzionale italiana, le sentenze di annullamento del giudice amministrativo [94] e il precedente [95].

A tale forza però non si accompagna il *valore* delle disposizioni interpretate, potendo essere modificate solo attraverso nuova sentenza interpretativa vertente sull'atto normativo originario e non potendo essere dichiarate invalide ai sensi degli artt. 230 e 234 T.C.E. Sono fonti *culturali* e non *politiche*, non essendo scaturite da processi di attuazione di un programma politico, né da procedimenti a tale obiettivo istituzionalizzati. Rispecchiano quel misto di *voluto-non voluto* che caratterizza la *fonte-fatto* per eccellenza ovvero la consuetudine, non essendo frutto di una attività teleologicamente tesa alla posizione della norma. Come la consuetudine sono *fonti-fatto*.

A differenza delle altre norme comunitarie non presentano il *bifrontismo* di cui scriveva Paladin [96], ovvero non sono *fonti-atto* nell'ordinamento comunitario e *fatto* in quello interno.

Esse si presentano come *fonti-fatto* in entrambi gli ordinamenti. La visione della Corte costituzionale ne esalta l'autonomia rispetto alle norme comunitarie da cui derivano, potendo il conflitto con le norme interne risolversi in favore delle loro statuizioni invece che a favore delle *norme base.* Sono da aggiungere alcuni elementi relativi al rapporto fra le sentenze della Corte di giustizia come precedente e queste ultime come fonti dotate di efficacia *erga omnes*.

Spesso il rapporto è letto in chiave di esclusione nel senso che molti di quegli Autori che riconoscono un'efficacia extraprocessuale alle sentenze interpretative, pur senza qualificare questa come efficacia *erga omnes*, identificano la prima come efficacia di precedente individuandola con la formula latina di *ultra partes*. Tralasciando le numerose critiche che a tale impostazione possono farsi, è da segnalare come non si condivide la visione tendente a

---

[92] G. Isaac, *Droit communautaire général*, Masson, 1992, p. 140.

[93] Su tale punto nota 57.

[94] A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 314-315.

[95] A. Pizzorusso, *Lezioni di diritto costituzionale*, in *Foro it.*, 1981, cc. 714-715.

[96] L. Paladin, *op. cit.*, p. 435.

scorgere nelle fonti giurisprudenziali comunitarie le medesime caratteristiche del precedente inglese data l'assenza di gerarchia in senso stretto fra le corti e la predominanza di diritto scritto o meglio non si scorge nel sistema delle fonti comunitario un assetto a precedente vincolante come quello conosciuto in Inghilterra, non essendo il principio dello *stare decisis*, a differenza del precedente, in sé e per sé di portata universale. Le opinioni sulla vincolatività del precedente sono diverse.

Bebr [97] sottolinea come la *case law* della Corte di giustizia non esprima un assetto a precedente vincolante come inteso nella dottrina anglo-americana. Toth [98] afferma l'impossibilità di definire fonte del diritto la *case law* comunitaria in cui l'autorità dei precedenti viene ridotta a forza persuasiva e morale, non vincolante. D'altra parte Autori come Slynn [99] riconoscono, nella pratica, un atteggiamento da fonte per le sentenze della Corte anche se la stessa Corte non fa mai riferimento alla dottrina dello *stare decisis* e non risulta strettamente vincolata alle proprie decisioni. Il precedente sarebbe *de facto* vincolante, non *de iure* Mackenzie Stuart e Warner [100] ammettono la non esistenza, nel diritto comunitario, di un vincolo nell'accezione inglese del precedente ma sottolineano come di fatto tutte le Corti in Europa siano vincolate alle sentenze della Corte di giustizia, anzi alla *ratio decidendi* delle stesse. Lo stesso Koopmans riconosce come la Corte, nel suo rifarsi alla precedente decisione, assuma sempre un atteggiamento sospetto quasi la considerasse vincolante.

Oltretutto, anche la Corte ha preso, con crescente frequenza, l'abitudine di citare le proprie precedenti decisioni.

Pure Barcelò ammette che

> «*these decisions are the best evidence for the proposition that the Community legal system has a concept of stare decisis or at least is developing one. It is certainly clear that, at its current state of development, Community law does not contain an elaborate system of rules defining the force and binding character of past decisions, such as exists in England*» [101].

---

[97] G. Bebr, *Development of judicial control of the European Communities*, Martinus Niijhoff Publishers, The Hague, 1981, p. 9.

[98] A. Toth, *The Authority of judgmentes of the European Court of justice:Binding force and legal effects*, in *Yearbook of European Law*, 1984, pp. 1 ss., 2-3.

[99] Cfr. G. Slynn, *The court of justice of European Communities*, in *International and Comparative Law quaterly*, 33, 1984, pp. 415 ss., 423.

[100] A.I. Mackenzie Stuart e J. Warner, *Judicial decisions as a Source of Community law*, in W. Grewe, H. Rupp e H. Schneider (a cura di), *Europäische Gerichsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit*, Nomos, Baden-Baden, 1981, p. 276.

[101] J.J. Barcelo, *Precedent in European Community Law*, in N. MacCormick e R. Summers (a cura di), *Interpreting precedents*, 1997, pp. 407-436, 416.

Nelle parole dell'Avvocato Warner [102], ritenere che il principio di diritto dato dalla Corte non sia vincolante significherebbe svilire il fine dell'art. 177 (234). L'Avvocato lega strettamente l'esigenza di uniformità del diritto alla dottrina dello *stare decisis*. Warner e Mackenzie Stuart, poi, nell'analizzare le diverse caratteristiche del diritto inglese e del diritto giurisprudenziale francese in ambito amministrativo, rilevano come, paradossalmente, la presenza in Inghilterra del principio dello *stare decisis* e la sua assenza in Francia, derivino dalla stessa matrice: la necessità, da parte del governo centrale, di rafforzare e consolidare la sua autorità [103] (l'autorità delle corti reali di fronte alle altre corti in Inghilterra, l'autorità del legislativo in Francia).

Le decisioni della Corte di giustizia sono state decisive per aumentare l'autorità della stessa.

Lo stesso Koopmans sottolinea, nonostante i distinguo fatti, che, sebbene la Corte non parli mai di *ratio decidendi* nelle sue decisioni, nella pratica il concetto esiste nel diritto comunitario.

Nel dire ciò l'Autore riporta una decisione (*Express Dairy Foods* [104]) in cui la Corte avrebbe «isolato» la *ratio decidendi* di una precedente pronuncia [105]. Tutti gli Autori analizzati, comunque, riconoscono che l'avvicinamento della Corte agli strumenti della *common law* è un avvicinamento implicito, quasi timoroso. In altri casi poi, la Corte più che estrarre il principio da una causa ben precisa sembra affidarsi alla regolarità della sua giurisprudenza costante magari individuando fra queste un *leading case* (il caso *Dassonville* [106]) come avviene nel caso C-178/84 [107].

Del resto, la Corte esprime ancora una opinione non esteriormente frammentata ed in questo si presenta in perfetta continuità con la tradizione francese. Hunnings [108] ricorda il seguito che le decisioni della Corte di giustizia

---

[102] *Manzoni*, C-112/76, in *Racc.*, 1977, p. 1662.

[103] A.I. MACKENZIE STUART e J. WARNER, *op. cit.*, p. 273 come rileva anche J.J. BARCELO, *op. cit.*, p. 425.

[104] *Express Dairy Foods*, C-130/79, in *Racc.*, 1980, p. 1905.

[105] «*In the light of judgment delivered by the Court in Case 131/77 the conclusion should therefore be drawn that the Commission regulations must be regarded as invalid in so far as they fix monetray compensatory amounts in respect of trade in powdered whey*» in *Milac/ Hauptzollamt Saarbrücken*, C-131/77, in *Racc.*, 1978, p. 1041.

[106] Dassonville, C-8/74, in *Racc.*, 1974, p. 837.

[107] «*According to a consistent line of decisions of the Court (above all, the judgment of 11 July 1974 in Case 8/74 Procureur du Roi v. Dassonville [1974] ECR 837)*», riportato anche in J.J. BARCELO, *op. cit.*, p. 429.

[108] Cfr. N.M. HUNNINGS, *The European Courts*, Cartermill publishing, Londra, 1996, pp. 133-151.

hanno presso i giudici nazionali, presso l'*EFTA Court*, presso il Tribunale di Primo grado. L'Autore sottolinea come il Tribunale di primo grado, talvolta, si sia allontanato dai precedenti della Corte. Nel farlo, però, il Tribunale ha sempre svolto una funzione ancillare, dando, vale a dire, alla Corte stessa l'opportunità di cambiare la propria giurisprudenza.

A questo proposito viene spesso ricordato che il sistema inglese ha accettato l'autorità dei giudizi della Corte di giustizia [109]. Del resto, nonostante il novero di esempi riportati [110], l'Autore ammette come in altri casi le stesse corti non abbiano seguito l'indirizzo della Corte di giustizia o non abbiano fatto riferimento a precedenti giudizi della stessa. Numerosi Autori sottolineano, poi, il ruolo che la giurisprudenza della Corte ha per la Corte stessa e per gli Avvocati Generali.

Si può affermare che un certo ruolo abbia avuto anche l'entrata nelle Comunità dei Paesi di *common law*, poiché la differenza fra i due sistemi è prima di ogni cosa culturale [111]. Come è stato scritto, la Corte di giustizia, modellata sul Consiglio di Stato francese, nel corso del tempo ha saputo allontanarsi (anche nello stile delle sentenze) dal paradigma francese, ma da qui ad affermare una sua completa «inglesizzazione» ne passa. Anche Hunnigs, infatti, deve ammettere un distinguo: quello fra i sistemi di *common law* maturi e «gli altri». Nelle sue parole:

> «*Mature common law systems are governed by clear and rigid rules regarding the binding nature of the precedents, which courts have the status to produce them, which courts must obey them, how the precedent is identified*» [112].

---

[109] Infatti secondo il testo del European Communities Act del 1972: «*For the purposes of all legal proceedings any question as to the meaning or effect of any of the Treaties, or as to the validity, meanining or effect of any Community instrument, shall be treated as a question of law (and if not referred to the European Court, be for determination as such in accordance with the principles laid down by and any relevant decision of the European Court or any court attached thereto)*», *European Communities Act* 1972, cit. Da M. HUNNINGS, *op. cit.*, p. 150.

[110] Si vedano *Galoche v. Striker Boats*, 8 maggio 1973, citato da N.M. HUNNINGS, *op. cit.*, p. 150 e *Bundesgerichtshof*, *Re a Brewery Solus Agreement*, 9 aprile 1970, citato da N.M. HUNNINGS, *op. cit.*, p. 150.

[111] P. LEGRAND, *Uniformità, tradizioni giuridiche e limiti del diritto*, in *Pol. dir.*, 1997, I, pp. 3-26 ma anche P. LEGRAND, *European Legal Systems are not corverging*, *International and Comparative*, in *L.Q.*, 52, 1992, pp. 64-78.

[112] N.M. HUNNINGS, *op. cit.*, p. 139.

8. Conclusioni

Nel tentativo di riaffermare le differenze fra il modello inglese ed il «ginepraio comunitario» non si vuole prendere posizione circa la perfetta compatibilità dell'esempio francese, dato dal Consiglio di Stato, con la sua presunta copia (la Corte di giustizia). Una conclusione del genere non terrebbe conto delle differenze processuali e stilistiche che intercorrono fra le sentenze e gli approcci delle due categorie di giudici [113] e dell'inevitabile «eterogenesi di fini» cui storicamente sono sottoposte le istituzioni-modello una volta recepite. La questione riguarda il metodo e la configurabilità dei cosiddetti «*trapianti giuridici*» [114] e la loro ammissibilità, anche dal punto di vista etico [115].

Questi ultimi hanno indubbiamente rappresentato la principale causa dello sviluppo del diritto, ma alla trasposizione del modello non sempre si accompagna il complesso di dottrina interpretativa che ne ha dato un particolare significato. Se la prestazione che il modello ha avuto nel sistema originario rappresenta il motivo fondamentale della sua ricezione, le *derive interpretative* e la *reattività del nuovo contesto* [116] evidenziano la non prevedibilità dell'esito del trapianto.

È per questo che si è preferito non leggere l'oggetto dell'elaborato alla luce delle categorie giurisprudenziali classiche (diritto romano, inglese, amministrativo francese) troppo legate all'ottica di un nazionalismo metodologico ormai al tramonto.

---

[113] M. LASSER, *Anticipating three models of judicial control, debate and legitimacy: the European Court of justice, the Cour de Cassation and the United States Supreme Court*, su *http://www. iue. it/RSCAS/Publications/ERPA. shtml.*

[114] Sul problema dei trapianti giuridici si vedano A. WATSON, *Legal Transplants. An approach to Comparative Law*, University of Pennsylvania, Philadelphia, 1993; E.M. WISE, *The Transplants of Legal Patterns*, in «*American journal of Comparative Law*», 38, 1990 (suppl.), p. 1 ss.; P. LEGRAND, *The Impossibility of Legal Transplants*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, p. 111 ss.; P.G. MONATERI, *La circolazione dei modelli giuridici e le sue conseguenze per l'Unione europea*, in A.M. PETRONI (a cura di), *Modelli giuridici ed economici per la Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 87-122.

[115] P. LEGRANDE, *op. cit.*

[116] P.G. MONATERI, *op. cit.*, p. 94.

Profili costituzionali del giusto processo amministrativo

di *Luciano Sposato*

SOMMARIO: 1. La problematica estensione del principio del giusto processo alla disciplina del processo amministrativo. – 2. Profili di ordine strutturale-organizzativo. – 3. Riflessi processuali del principio del giusto processo e delle recenti riforme della giustizia amministrativa. – 4. I nuovi mezzi probatori. – 5. Conclusioni.

1. La problematica estensione del principio del giusto processo alla disciplina del processo amministrativo

Le implicazioni del principio del giusto processo introdotto dalla legge cost. n. 2 del 1999 sulla disciplina del processo amministrativo pongono non pochi problemi interpretativi, taluni di ordine generale, altri specifici.

La formula 'giusto processo' racchiude una serie di princìpi comuni alle tradizioni giudiziarie di molti ordinamenti liberaldemocratici [1], i quali debbono calarsi in un sistema, come quello italiano, che ha conosciuto a lungo un'evoluzione tutta interna.

Di converso, ci si può interrogare sulla portata innovativa del testo vigente dell'art. 111 Cost. Sebbene il suo travagliato *iter* legislativo sia derivato anche, come è noto, dalla reazione del legislatore alle pronunce della Corte costituzionale sul codice di procedura penale novellato [2], il principio del giusto processo comincia ad essere richiamato dalla Corte quale parametro già all'inizio degli anni Ottanta, per dar vita nella seconda metà degli anni No-

---

[1] E. PICOZZA, *Il «giusto» processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2000, p. 1061 ss., delinea quattro pilastri del giusto processo: a) la Convenzione europea dei diritti dell'uomo; b) i principi generali sul processo emergenti dalle tradizioni costituzionali comuni; c) le norme del Trattato di Amsterdam ed il principio di effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive protette dal Trattato; d) la Costituzione italiana.

[2] Cfr. N. PICARDI, *Alle radici del conflitto tra magistratura e politica*, in *Il giusto processo*, 2002.

vanta a un autonomo filone giurisprudenziale, che investe l'incompatibilità del giudice nelle varie fasi processuali (sentt. nn. 307 del 1997 e 241 del 1999), l'estensione della imparzialità-terzietà a tutti i tipi di processo (sentt. nn. 326 del 1997, 341 del 1998 e 387 del 1999), e il contenuto minimo essenziale del processo, comprensivo dei princìpi del contraddittorio e di parità tra accusa e difesa (sentt. nn. 421 del 1997 e 26 del 1999).

Tali profili si ritrovano variamente nelle disposizioni dell'art. 111 Cost. sulla riserva di legge processuale, sul principio del contraddittorio, sulla parità processuale delle parti, sulla terzietà e imparzialità del giudice, sulla ragionevole durata del processo [3], il che parrebbe mettere in dubbio la portata innovativa della legge cost. n. 2 del 1999. Peraltro, ciò non significa che il nuovo testo dell'art. 111 non abbia precise implicazioni sul processo penale e, in limiti maggiori e con diverse modalità, sugli altri processi [4].

Infine, l'incertezza sulla natura della riserva di legge dell'art. 111, per taluni rinforzata e per altri meramente ricognitiva [5], rende dubbio l'ambito di discrezionalità del legislatore, e con esso l'effettività della tutela giurisdizionale espressa dagli artt. 24 e 113 Cost. [6], specie in una fase in cui alla visione di un processo ancorato a regole e a forme atte ad arginare, con la rigidità della legge, ogni possibile arbitrio giurisdizionale, si oppone una visione che bada alla sostanza della decisione al fine di rispondere celermente ed efficacemente alla crescente domanda di giustizia.

Un secondo gruppo di problemi riguarda specificamente le possibilità e i

---

[3] M. Cecchetti, voce *Giusto processo, a) Diritto costituzionale*, in *Enc. dir., Agg.*, V, Milano, 2001, p. 595 ss. parla di due grandi «anime» del principio del giusto processo (da un lato le garanzie attinenti alla posizione e alle funzioni del giudice, dall'altro le garanzie relative alla posizione e ai diritti delle parti nel giudizio).

[4] A. Proto Pisani, *L'art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it*. 2000, V, c. 241 ss.; G. Tarzia, *L'art. 111 Cost e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 1 ss.; N. Trocker, *Il nuovo art. 111 della costituzione ed il «giusto processo» in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 381 ss.; S. Chiarloni, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 1010 ss.; L.P. Comoglio, *Le garanzie fondamentali del giusto processo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2001, p. 1 ss.

[5] Per S. Fois, *Il modello costituzionale del giusto processo* in *Rass. parl.*, 2000, p. 575, si tratta di riserva rinforzata in quanto non solo esige che il legislatore non abbandoni ad altri la materia processuale, ma gli impone «consistenti (e nelle intenzioni, invalicabili) limiti di contenuto». Nel senso della natura assoluta M. Cecchetti, *Giusto processo*, cit. Sulla problematica convivenza del Regolamento di procedura del Consiglio di Stato, adottato con R.D. n. 6042 del 1907, con la nuova formulazione dell'art. 111 Cost., M. Mengozzi, in *La riforma dell'art. 111 della Cost. e il processo amministrativo*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 2501 ss.

[6] P. Maddalena, *Il principio del giusto processo e la graduazione della colpa nella responsabilità amministrativa*, in *Cons. Stato*, 2000, pp. 2065-78.

limiti di un'estensione del principio del giusto processo al processo amministrativo.

È vero che la riserva di legge dell'art. 111 mira a soddisfare per tutti i tipi di processo un'esigenza di maggior certezza di garanzie processuali, e che la legislazione più recente, dal D.Lgs. n. 80 del 1998 alla legge n. 205 del 2000, ha accostato il processo amministrativo al processo civile onde ovviare alle tradizionali carenze del primo sotto tale profilo [7], e adeguarlo alle mutate esigenze del sistema complessivo [8].

Tuttavia, gli istituti coinvolti dalla costituzionalizzazione del giusto processo sono qualificati da nozioni che si collocano al confine tra diritto processuale amministrativo e diritto processuale civile, dove l'accezione di giusto processo è a sua volta distinta da quella del diritto processuale penale. E la Corte costituzionale, dal canto suo, riconduce gli istituti dei singoli processi (penale, civile e amministrativo) a differenti situazioni costituzionalmente garantite, rispettivamente riassumibili nella libertà personale, nel diritto soggettivo e nell'interesse legittimo. A fronte di pronunce che accomunano processo civile e processo amministrativo in ordine alla terzietà-imparzialità del giudice, distinta da quella del giudice penale (sent. n. 18 del 2000; sentt. nn. 78 e 497 del 2002; ord. n. 458 del 2002), altre negano ogni sorta di uniformità delle regole processuali (sent. n. 82 del 1996; sent. n. 53 del 1998; ord. n. 179 del 2002), escludono che la vicinanza tra i due sistemi processuali abbia implicazioni sul sistema delle garanzie individuali azionabili *ex* art. 51 c.p.c. (sent. n. 359 del 1998), segnalano i tratti strutturali del processo amministrativo (integrità del contraddittorio, metodo acquisitivo, potere di direzione del processo del giudice, intervento nell'istruttoria probatoria, nel rispetto del principio dispositivo e dei poteri dei diritti di difesa) dirette alla completezza

---

[7] C. Consolo, *Il processo amministrativo fra snellezza e «civilizzazione»*, in *Corriere giur.*, 2000, p. 1265 ss.

[8] Sul punto, V. Caianiello, *Il giudice amministrativo ed i nuovi criteri di riparto delle giurisdizioni*, in *Foro amm.*, 1998, p. 1943 ss.; S. Cassarino, *Novità legislative in tema di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *TAR*, 1998, p. 173 ss.; G. Barbagallo, *Il nuovo riparto di giurisdizione: una scelta coerente*, in *Corriere giur.*, 1998, p. 1471 ss.; F. Bile, *Qualche dubbio sul nuovo riparto di giurisdizione*, in *Corriere giur*., 1998, p. 1475 ss.; M. Lipari, *I principi generali dell'istruttoria nel processo amministrativo dopo la legge n. 205 del 2000. Le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm*., 2003, p. 55 ss.; F. Caringella-M. Protto (a cura di) *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000, n. 205*, Milano, 2001; AA.VV., *La riforma del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm*., 2000, p. 1069; B. Sassani e R. Villata (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205 del 2000*, Torino, 2001; G. Leone, *Brevi note a margine della legge n. 205 del 2000. Un passo avanti verso il «giusto processo amministrativo»?* in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 645 ss.; L.P. Comoglio, *La riforma del processo amministrativo e le garanzie del «giusto processo»*, in *Riv. dir proc.*, 2001, p. 633 ss.

della tutela giurisdizionale (sent. n. 427 del 1999), giustificano il differente regime probatorio del processo amministrativo sulla scorta della diversità degli interessi coinvolti (sent. n. 251 del 1989) [9].

In secondo luogo, l'impatto delle accennate riforme della giustizia amministrativa da un lato va commisurato ad un processo nel quale la realizzazione delle garanzie processuali e della effettività del diritto di difesa è sempre passata, più che in altri tipi di processi, attraverso il filtro interpretativo e il potere pretorio del giudice, dall'altro non ha toccato i profili strutturali che attengono allo *status* del giudice amministrativo, il che imporrebbe limiti più o meno forti, a seconda degli studiosi, ad ogni omologazione ad altri tipi di processo.

Rimane pertanto problematica la misura in cui il giusto processo possa ritenersi estensibile al processo amministrativo nonché, per altro verso, la conformità ad esso della vigente legislazione in materia, al di là della riluttanza dei giudici amministrativi a promuovere al riguardo questioni di legittimità costituzionale [10].

2. Profili di ordine strutturale-organizzativo

La dottrina ha visto nella costituzionalizzazione dei princìpi di imparzialità e terzietà del giudice, del contraddittorio e della parità delle parti una delle condizioni che hanno indotto il legislatore alla novella del 2000, ritenuta in grado di riequilibrare la posizione del ricorrente [11], tradizionalmen-

---

[9] Sulla giurisprudenza costituzionale meno recente U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI e D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, p. 109, ove si evidenzia «una preferenza di principio per la conservazione della organizzazione amministrativa tradizionale e del tipo di giustizia più adatto a mantenere le prerogative. Ma anche da altro punto di vista (quello della tutela delle diverse situazioni soggettive) la Corte ha avvertito la pena di superare la diversità dei giudizi e delle tutele secondo la migliore ispirazione costituzionale e ha preferito non affrontarlo altro che per aspetti particolari».

[10] Cfr. ad es. Cons. St. n. 393 del 2004, ove si afferma che il principio dell'art. 111 Cost. «è sempre stato comunque sotteso alla disciplina dell'ordinamento giudiziario» e facilmente ricollegabile ad altri principi di rango costituzionale, quali l'autonomia e l'indipendenza del giudice (art. 104 Cost.), la sua soggezione alla legge (art. 101 Cost.), le garanzie fondamentali per l'esercizio del diritto di azione e di difesa (artt. 24 e 113 Cost.).

[11] Inteso come processo fondato sul principio della domanda su impulso del ricorrente, cui spetta la delimitazione dell'oggetto del giudizio in relazione all'interesse vantato, rispetto all'amministrazione che difende il suo operato ed al giudice chiamato a definire il giudizio, V. DOMENICHELLI, *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p.

te deteriore rispetto a quella della pubblica amministrazione [12].

Quanto al profilo organizzativo-strutturale, non toccato dalle recenti riforme, la disciplina vigente sarebbe secondo alcuni incompatibile col principio del giusto processo: sia per la prevista nomina di una quota dei componenti del Consiglio di Stato da parte del Governo – oggetto di una risalente pronuncia di rigetto della Corte costituzionale (sent. n. 173 del 1977), e più di recente della legge n. 186 del 1986, che ha ridotto a un quarto tale quota –, sia in forza della dipendenza organica del giudice amministrativo dalla Presidenza del Consiglio, pur limitata dalla sussistenza di un organo di autogoverno, sia per la compresenza di funzioni giurisdizionali e consultive in capo al Consiglio di Stato [13].

Per altri, tuttavia, la contiguità con l'esecutivo sarebbe di ordine meramente funzionale, onde non se ne potrebbe inferire un condizionamento sulla imparzialità o sulla indipendenza [14]. Gli artt. 100 e 103 Cost. giustificherebbero poi la duplicità di funzioni del Consiglio di Stato, consultive e giurisdizionali [15]; e l'imparzialità del giudice nel processo amministrativo acquisterebbe connotazioni specifiche in base alla diversa garanzia costituzionale di indipendenza rispettivamente accordata ai giudici ordinari e ai giudici speciali [16], nonché alle norme sul riparto di giurisdizione [17].

Del resto, la Corte costituzionale ha desunto dagli artt. 102 e 103 Cost. «differenti ambiti e forme di esercizio della funzione giurisdizionale, riferibili alla magistratura ordinaria e alle altre magistrature, appunto caratterizzate da discipline specifiche quanto alla loro organizzazione ed alle relative garanzie costituzionali», con la conseguenza che «l'ordinamento vigente non con-

---

862, nonché C. CALABRO, *Il giusto processo e la scommessa del nuovo diritto amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2000, pp. 2345-2351.

[12] M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, IV ed., Il Mulino, Bologna, 1994, p. 63 ss.

[13] G. BARBAGALLO, *L'organizzazione della giustizia amministrativa*, in S. Cassese (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, V, Milano, 2002, p. 4136 ss.

[14] E. PICOZZA, *Il «giusto» processo amministrativo*, cit., p. 1074.

[15] M. MENGOZZI, *La riforma dell'art. 111 Cost. e il processo amministrativo*, in *Giur. cost.*, p. 2505 ss.

[16] Peraltro, sotto tale profilo, lo stesso riconoscimento dei princìpi di imparzialità e terzietà operato dall'art. 111 Cost. è foriero di incertezze. A fronte di chi differenzia l'imparzialità, riferita ai diritti ed agli interessi controversi, dalla terzietà, intesa come posizione istituzionale di equidistanza del giudice rispetto alle parti (L.P. COMOGLIO, *Le garanzie fondamentali*, cit., p. 653), vi è infatti chi ritiene che i due termini siano equivalenti (G. VIGNERA, in *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del nuovo art. 111 Cost.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003).

[17] R. GAROFOLI, *Unicità della giurisdizione e indipendenza del giudice: principi costituzionali ed effettivo sviluppo del sistema giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1/1998, p. 124.

templa uniformità, oltre che di attribuzione di funzioni, di regolamentazione dell'assetto strutturale degli uffici e del sistema di progressione in carriera della magistratura ordinaria e di quella amministrativa» (ord. n. 434 del 2001). E ancor più recentemente, dopo aver desunto dagli artt. 24 e 113 una «chiara opzione del Costituente in favore del riconoscimento al giudice amministrativo della piena dignità di giudice», in presenza della quale «il principio dell'unicità della giurisdizione … sta a significare che in nessun caso il legislatore ordinario può far sì che la pubblica amministrazione sia, in quanto tale, assoggettata ad una particolare giurisdizione, ovvero sottratta alla giurisdizione alla quale soggiace 'qualsiasi litigante privato'», la Corte ha rilevato come l'art. 103, primo comma, imponga al legislatore, nell'attribuire al giudice amministrativo giurisdizione esclusiva su determinate materie, di «considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie» (sent. n. 204 del 2004).

In definitiva il Titolo IV della Parte II della Costituzione, che pure «non può certo essere considerato un capolavoro di precisione e coerenza terminologica» [18], arreca forti argomenti a favore della differenziazione del processo amministrativo dagli altri processi, con conseguenti limitazioni alla possibilità di avvicinarne la disciplina a quella del processo civile. Anche l'annunciato «generale riordino dell'ordinamento della giustizia amministrativa sulla base della unicità di accesso e di carriera» (art. 18, legge n. 205 del 2000) merita dunque qualche riflessione; né la riserva di legge ordinaria sull'indipendenza dei giudici speciali basterebbe a giustificare un'equiparazione del rispettivo *status* a quello dei giudici ordinari senza lasciare nell'incertezza aspetti importanti e controversi della funzione giurisdizionale [19].

3. Riflessi processuali del principio del giusto processo e delle recenti riforme della giustizia amministrativa

La Corte aveva in passato escluso dubbi di legittimità della disciplina delle incompatibilità «per grado di giudizio» nel processo amministrativo in riferimento al principio di imparzialità del giudice, tramite un'assimilazione alla disciplina del processo civile sul punto, cui le norme sul processo ammini-

---

[18] G. Silvestri, *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, p. 709 ss.

[19] R. Garofoli, *Unicità della giurisdizione e indipendenza del giudice: principi costituzionali ed effettivo sviluppo del sistema giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1/1998, p. 124 ss.

strativo fanno espresso rinvio (sent. n. 326 del 1996 e ord. n. 356 del 1997), e che, nelle c.d. situazioni pregiudicanti, a differenza di quelle sul processo penale determinano l'assorbimento dei motivi di incompatibilità in ragioni di astensione-ricusazione (sent. n. 387 del 1999) [20]. Ma una volta ammesso che la disciplina delle misure cautelari disposta dalla legge n. 205 del 2000 abbia trasformato il giudizio cautelare in un'autonoma fase processuale, secondo alcuni il giudice della cautela dovrebbe essere escluso dal successivo giudizio di merito alla luce del nuovo testo dell'art. 111 Cost. [21].

Del pari discussa è la legittimazione del giudice ricusato a far parte del collegio chiamato a decidere sulla ricusazione (art. 50 del Reg. proc. Cons. Stato), che la giurisprudenza amministrativa non ha ritenuto preclusiva alla delibazione di ammissibilità dell'istanza (Cons. St., sez. IV, 17 febbraio 2000, n. 911 e 15 maggio 2000, n. 2766). Va però ricordato che la Corte costituzionale, in un giudizio avente ad oggetto la disciplina dettata sul punto dal codice processuale civile, ha escluso ogni partecipazione del giudice ricusato al collegio in nome del principio di imparzialità del giudizio (sent. n. 78 del 2002).

I princìpi del contraddittorio e di parità delle parti porrebbero poi dubbi di legittimità circa la regola che, ai fini della validità del contraddittorio, ritiene sufficiente la notifica ad uno dei controinteressati (art. 21 legge TAR) [22].

I princìpi di parità delle parti nonché, per altro verso, di ragionevole durata del processo potrebbero altresì ripercuotersi sulle recenti modifiche della disciplina dei termini processuali per la costituzione in giudizio. Considerato che in materia non sono ammesse note in replica, la pubblica amministrazio-

---

[20] Cfr. G. Scarselli, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, a cura di Civinini e Verardi, in *Quaderni di questione giustizia - Articolo 111 della Costituzione e incompatibilità del giudice nel processo civile*, *fallimentare e minorile*, p. 87.

[21] P. Quinto, *Astensione e ricusazione del giudice della cautela: opportunità o dovere nella legge n. 205 del 2000?*, in *TAR*, 2001, p. 53. Nel senso che il problema dell'incompatibilità «per grado» si risolva con lo strumento della ricusazione, Cons St., VI, 6.3.2003, n. 1228, e Cons. St., IV, 14 gennaio 2003, n. 2007.

[22] F.P. Luiso, *Il principio del contraddittorio e l'istruttoria nel processo amministrativo e tributario*, in *Dir. proc. amm.*, 2000; D. Di Carlo, *Il principio del contraddittorio nel diritto amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2004, II, p. 282 ss.; E. Picozza, *Il «giusto» processo amministrativo*, cit., p. 1073, che auspica una rivisitazione della materia anche in ambito di giurisdizione esclusiva, ove maggiormente la prassi risente di un eventuale vuoto di tutela. La posizione del controinteressato pretermesso continua ad essere tutelata nel giudizio amministrativo solo per via giurisprudenziale mediante l'opposizione di terzo. In giurisprudenza, di recente, T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 30 luglio 2003, n. 1212, secondo cui «può prescindersi dall'integrazione del contraddittorio, quando l'esito del ricorso sia sfavorevole al ricorrente, purché l'atto introduttivo del giudizio sia stato notificato all'autorità emanante e ad almeno un controinteressato».

ne risulta decisamente avvantaggiata rispetto al ricorrente, in quanto potrà scoprire le difese in giudizio alla scadenza del termine di costituzione e senza replica da parte dell'avversario [23].

Quanto all'ordinanza di sospensione, si è ritenuto che solo l'intervento in sede di impugnazione della Corte di Cassazione, *ex* art. 111, settimo comma, Cost., consentirebbe di rendere compatibile la vigente disciplina coi nuovi princìpi costituzionali [24].

Ulteriori ipotesi di contrasto con il giusto processo riguardano la consulenza tecnica, prevista dalla riforma del 2000 nei soli casi di giurisdizione esclusiva, sia per l'affidamento della consulenza a terzi anziché all'amministrazione, sia per la mancata estensione al giudizio di legittimità [25]. Tuttavia, nel sollevare questione di legittimità costituzionale delle norme in materia, il Consiglio di Stato non ha menzionato il principio del giusto processo tra i parametri violati (sez. IV, n. 2292 del 2000); e il problema della estensione della consulenza tecnica alla giurisdizione di legittimità è superato dall'art. 16, legge n. 205 del 2000, che ha modificato l'art. 44 T.U. sul Consiglio di Stato del 1924 [26].

La mancata previsione di forme di intervento autonomo nel processo amministrativo, e della domanda riconvenzionale nella giurisdizione esclusiva, violerebbero egualmente il principio del giusto processo in quanto proiezione del principio del contraddittorio [27].

---

[23] V. Domenichelli, *La parità delle parti*, cit., p. 859 ss., lamenta che le riforme che hanno investito il processo amministrativo non hanno tenuto nel debito conto la rilevanza costituzionale del principio del giusto processo. Secondo G. Leone, *Brevi note a margine della legge n. 205 del 2000. Un passo avanti verso il «giusto processo amministrativo»?* in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 655, il c.d dimezzamento dei termini nella procedura accelerata disposto dalla novella del 2000 sarebbe «defatigante e vessatorio» specie nei confronti dei difensori, dal momento che al controricorrente sono concessi appena 15 giorni dal deposito del ricorso principale per opporre una difesa o un ricorso incidentale. V. anche G. Virga, in *I procedimenti abbreviati previsti dalla legge 21 luglio 2000, n. 205*, in *Giur. amm.*, 2001, p. 192, nonché F.F. Tuccari, *La decisione in forma semplificata*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di F. Caringella e M. Protto, Giuffrè, Milano, 2002, specie p. 976.

[24] E. Picozza, *Il «giusto processo amministrativo»*, cit., p. 1073 ss., tenuto conto anche di quella giurisprudenza della Corte costituzionale secondo cui il *nomen juris* del provvedimento non vincola l'interprete.

[25] A. Chizzini, *Il potere istruttorio del giudice amministrativo nel quadro delle recenti riforme delineate dal D.Lgs. n. 80 del 1998 e dalla legge n. 205 del 2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 872; A. Pajno, *La nuova giurisdizione del giudice ammnistrativo*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Dir. amm. speciale*, *App.*, Tomo IV, Milano, 2001, p. 1 ss.; A. Travi, *Giustizia amministrativa e giurisdizione esclusiva nelle recenti riforme*, in *Foro it.*, 2001, V, p. 68 ss.

[26] F. Auletta, *Osservazioni sulla q.l.c. sollevata dal Cons. Stato*, in *Giust. civ.*, I , p. 2235 ss.

[27] Com'è noto nel processo amministrativo non è previsto l'intervento principale (nei con-

Nuove problematiche, infine, sono connesse al regime dei termini, all'osservanza delle garanzie, alle decisioni in forma semplificata emesse dai tribunali ai sensi dell'art. 26, quinto comma, legge sui TAR, come modificato dalla legge n. 205 del 2000, e alle tipologie di procedimenti previsti nei c.d. riti speciali [28].

4. I nuovi mezzi probatori

Una lettura del processo amministrativo orientata dai precetti del giusto processo si è infine imposta all'attenzione degli studiosi in riferimento alla nuova disciplina dei mezzi istruttori.

La configurazione del processo amministrativo come processo inteso a sindacare l'esercizio del potere amministrativo, anziché ad accertare un interesse legittimo consistente nel conseguimento di un bene della vita, concorre a spiegare l'assenza di una fase processuale autonoma attribuita ad un giudice preposto alla acquisizione della prova [29], nonché di una disciplina sull'onere della prova, posto che l'adempimento istruttorio è limitato alla allegazione delle parti. Da un punto di vista pratico, ciò discende anche dalla oggettiva difficoltà della parte ricorrente di acquisire gli atti in possesso dell'amministrazione, cosicché più che di onere si parla di principio di prova, corroborato dal potere del giudice di acquisire ed integrare la stessa [30].

L'istruttoria si caratterizzerebbe dunque: a) per mancanza di autonomia processuale, in quanto meramente eventuale; b) per non essere diretta all'accertamento del fatto strumentale o della conoscenza della verità storica,

---

fronti di tutte le parti) o litisconsortile (nei confronti di alcune delle parti), né l'intervento c.d. *jussu judicis* ma solo l'ordine del giudice nei confronti del ricorrente per chiamare in causa chi, pur non essendo controinteressato in senso tecnico, possa essere pregiudicato dalla sentenza: Cons. St., sez. IV, n. 5258 del 1998.

[28] A. TRAVI, in AA.VV., *Il giusto processo*, Atti del Convegno tenutosi a Roma in data 28-29 marzo 2002, presso l'Accademia Nazionale dei Lincei, Roma 2003, p. 68 ss. il quale oltre alle decisioni in forma semplificata, richiama la totalità dei i riti speciali quali il giudizio per l'accesso *ex* art. 25, legge n. 241 del 1990, il giudizio sul silenzio *ex* art. 2, legge n. 205 del 2000, i giudizi accelerati nelle materie *ex* art. 4, legge n. 205 del 2000, rispetto ai quali occorre cautela nel raffronto con il connotato di elasticità del giusto processo specie allorquando si debba modellarlo sui caratteri o sui profili «critici» tipici del rito.

[29] F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, parla di «momento istruttorio» non distinto sul piano della sequenza degli atti processuali.

[30] Onde efficacemente si è detto che nel processo amministrativo vige il principio dispositivo temperato dal metodo acquisitivo (P. VIRGA, *Atti e ricorsi*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 339 ss.).

ma per l'accesso diretto al fatto controverso mediante la sua rappresentazione documentale; c) per mezzi istruttori fortemente limitati rispetto a quelli del processo civile; d) per determinazioni anche ufficiose del giudice [31].

Tali caratteristiche hanno subìto una progressiva erosione non solo a seguito del potenziamento degli strumenti partecipativi e dell'evoluzione in senso privatistico dei modelli procedimentali, in grado di influenzare l'acquisizione del materiale probatorio, ma anche per l'attenuazione della linea di confine tra diritto soggettivo ed interesse legittimo e infine per il deliberato avvicinamento del giudice al fatto operato dalle riforme di cui al D.Lgs. n. 80 del 1998 e alla legge n. 205 del 2000.

In particolare la riforma del 2000 ha attribuito al Presidente di sezione o al magistrato da questi delegato il potere decisorio sui mezzi istruttori, compreso il potere di disporre ulteriori attività istruttorie rispetto a quelle poste in essere dalle parti in sede di costituzione in giudizio o già disposte alla scadenza dei termini di costituzione (art. 1, secondo comma), e in sede di giurisdizione esclusiva ha riconosciuto gli stessi mezzi di prova del processo civile ad esclusione dell'interrogatorio formale e del giuramento (art. 7, terzo comma), con un superamento del metodo acquisitivo e una diversa operatività dell'onere della prova [32].

La nuova disciplina mette però ancor più in evidenza la peculiare posizione dell'amministrazione nel processo: che da un lato è parte necessaria, e come tale legittimata all'uso di tutti i mezzi di difesa leciti previsti dalla legge, e dall'altro rimane titolare della funzione pubblica anche nei casi in cui il giudice le affida taluni adempimenti istruttori, anche quando cioè compare in veste di ausiliare del giudice operante in condizioni di necessaria imparzialità [33].

Ne risulta uno squilibrio fra i poteri delle parti difficilmente conciliabile con i principi costituzionali del contraddittorio e della parità delle parti. Un intervento suppletivo del giudice amministrativo diretto ad ovviare a carenze istruttorie si concilia inoltre a fatica con il connotato di imparzialità, la cui garanzia di equidistanza appare maggiormente richiesta nell'ipotesi di istruttoria *ex officio* ad integrazione dell'operato delle parti [34].

---

[31] S. VENEZIANO, *I nuovi mezzi probatori nella giurisdizione di legittimità e nella giurisdizione esclusiva*, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

[32] Sul punto F. CARINGELLA, *Diritto processuale amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 602 ss.

[33] C.E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 4406 ss.

[34] M. LIPARI, *I princìpi generali*, cit., p. 122, pur giustificando il metodo acquisitivo, avverte il rischio di un giudice o troppo legato al soggetto pubblico, o tutore del privato contro le ingiustizie del potere.

Si è visto nel momento acquisitivo dell'istruttoria un rafforzamento e un'attuazione del diritto di difesa, profilo essenziale del giusto processo [35]. Tuttavia, un sistema processuale fortemente spostato verso un modello inquisitorio rimane difficilmente compatibile con l'indicazione costituzionale di un processo di parti in posizioni di iniziale parità, né giustificabile a sufficienza alla sola stregua della ragionevole durata del processo, su cui prevarrebbero altri principi espressi dall'art. 111 Cost. [36].

A giustificare la legittimità delle scelte legislative, si richiama anche l'esigenza di interventi ufficiosi del giudice onde colmare in sede integrativa il c.d. deserto probatorio, derivante dalla frequente proposizione di ricorsi generici. Ma l'argomento equivale a pagare un tributo particolarmente elevato alla capacità del giudice di mantenere l'istruttoria nel solco dell'equilibrio dei poteri di intervento delle parti.

5. Conclusioni

Si può condividere l'assunto che il principio del giusto processo non sia stato un portato della legge costituzionale n. 2 del 1999, ma fosse già presente nell'ordinamento quale espressione dei principi costituzionali volti alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive, e variamente previsti sia a livello comunitario sia dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Quando però si configura il principio del giusto processo quale espressione di valori minimi essenziali comuni a ciascun processo e ad ogni procedimento di tipo giurisdizionale [37], sul presupposto che esso non alteri il potere discrezionale del legislatore di diversificare i modelli di processo, si finisce col ritenere che la sua costituzionalizzazione sia indifferente al fine di verificare la conformità a Costituzione delle singole discipline processuali, compresa quella adottata con le recenti riforme della giustizia amministrativa.

L'introduzione del principio nel testo costituzionale non può invece rite-

---

[35] Così M. LIPARI, *I princìpi generali*, cit., p. 112, con richiamo a L. MIGLIORINI, *Istruzione (processo amministrativo)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, XVIII, p. 2, secondo cui «in un processo retto dal principio dispositivo, il regime istruttorio non deve necessariamente caratterizzarsi per l'assoluta *neutralità* del giudice. La natura pubblicistica del processo e, quindi, l'indisponibilità dello scopo ad esso assegnato, per cui l'interesse ad una giusta decisione non può non prevalere sull'interesse del ricorrente, consentono l'intervento del giudice nella realtà extraprocessuale».

[36] L.P. COMOGLIO, *La riforma del processo amministrativo*, cit., p. 657.

[37] Come ritiene ad es. L.P. COMOGLIO, *La riforma del processo amministrativo*, cit.

nersi indifferente, e deve casomai confrontarsi con la particolarità strutturale del processo amministrativo. In questa prospettiva, l'ipotesi che l'art. 111 Cost. riguardi le garanzie minime di ogni processo non tiene conto che il tentativo delle recenti riforme di realizzare un processo di parti in posizione di parità [38], comporta una richiesta di maggiore imparzialità del giudice amministrativo, che si giustifica ancor più in ragione della natura delle questioni di cui tale giudice risulta oggi investito [39].

In definitiva non si può dire che le recenti riforme abbiano adeguato a sufficienza il processo amministrativo ai principi espressi dall'art. 111 Cost. Inoltre, la mancata considerazione delle possibili conseguenze dell'incremento dei poteri istruttori del giudice sulla tenuta dei princìpi di imparzialità del giudice e di parità delle parti dimostra che non basta accostare il processo amministrativo al processo civile per esaurire il problema delle implicazioni del giusto processo sulla disciplina del processo amministrativo. A parte le diverse modalità di garanzia costituzionale di indipendenza dei giudici speciali, permangono infatti strutturali peculiarità del giudizio amministrativo, ribadite dalla più recente giurisprudenza costituzionale.

---

[38] Che secondo M. LIPARI, *I principi generali*, cit., p. 104, muoverebbe anche da una «tendenziale fungibilità tra attività provvedimentale autoritativa e attività di diritto privato», per fini di democraticità e di efficienza dell'azione amministrativa.

[39] I ricorsi in materie dal notevole impatto sull'economia – urbanistica, appalti, servizi pubblici, concorrenza –, quelli promossi dalle associazioni dei consumatori, il contenzioso derivante dalle pronunce delle autorità amministrative indipendenti, le questioni di particolare interesse per l'opinione pubblica come quelle sulle società di calcio, hanno riflessi inevitabili sulla indipendenza e sulla terzietà del giudice amministrativo.

III

IL FORUM

Il Forum sul Trattato costituzionale europeo

Cesare Pinelli

Il Trattato costituzionale europeo ci si presenta oggi come un enorme cantiere di problemi aperti, e nello stesso tempo come la sfida più ambiziosa, anche se per molti necessaria, che gli Stati e i popoli europei potessero darsi in una fase così irta di incognite come quella che stiamo vivendo. In astratto, dunque, il tema del nostro Forum sarebbe vastissimo, in un certo senso avventuroso. Ma l'equipaggio è ben attrezzato e le diverse professionalità ed esperienze aiuteranno a concentrare il dibattito su poche questioni sufficientemente delimitate e potranno fornire ai nostri lettori, insieme alle loro autorevoli opinioni, informazioni concrete, che spesso ancora mancano.

Compongono il panel studiosi di diritto internazionale e di diritto costituzionale, rispettivamente i Proff. Gian Luigi Tosato e Stelio Mangiameli, e giuristi che, fra Roma e Bruxelles, hanno seguito da vicino la formazione del Trattato costituzionale: il Dott. Vito Monetti, Consigliere della Corte di Cassazione, il Dott. Luigi Carbone, Consigliere di Stato e il Dott. Nicola Verola, Consigliere per le questioni istituzionali nella Rappresentanza Diplomatica Permanente presso l'Unione Europea.

Cominciamo da una questione ormai quasi d'obbligo nel dibattito scientifico. La natura giuridica del "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa", come è stato ufficialmente definito. Di esso sono controversi soprattutto gli aspetti procedurali, mi pare.

Gianluigi Tosato

Il fenomeno dell'integrazione europea, fin dalla sua origine, ha posto ai giuristi problemi particolarmente delicati, perché la sua ricostruzione tende a sfuggire agli schemi più tradizionali. Si è discusso fin dall'origine delle caratteristiche complessive del fenomeno, della natura delle norme comunitarie e dei rapporti tra queste e quelle degli Stati membri. Sempre si è arrivati alla conclusione che si tratta di qualche cosa di nuovo, una sorta di tertium genus tra diritto internazionale e diritto interno, difficile da inquadrare nelle categorie conosciute. Adesso la nuova fase del processo di integrazione europea solleva, un'altra volta, un problema di assai difficile soluzione: un Trattato che adotta una Costituzione, o secondo una terminologia diffusa un Trattato costituzionale, è un Trattato o una Costituzione? Siamo nell'ambito del diritto internazionale, e quindi del diritto dei trattati, ovvero nell'ambito del diritto pubblico interno, e più precisamente del diritto costituzionale?

Da un punto di vista formale non c'è dubbio che questo è un Trattato, concluso nelle forme tipiche dei trattati internazionali (e cioè conferenza intergovernativa, ratifica ed entrata in vigore previa ratifica di tutti gli Stati membri).

Però c'è anche qualche cosa di nuovo ed atipico rispetto alle normali procedure

di formazione dei trattati internazionali, ed è la fase della Convenzione. In effetti, la Conferenza intergovernativa è stata preceduta dalla Convenzione. Per la sua composizione la Convenzione è un organo più parlamentare che diplomatico, essendo la maggioranza dei suoi componenti di estrazione parlamentare nazionale od europea. E anche se il testo uscito dalla Convenzione non era vincolante per la Conferenza intergovernativa, è emerso sin dall'inizio che il testo in parola sarebbe stato un preciso punto di riferimento per la Conferenza intergovernativa e questa non avrebbe potuto discostarsene in maniera sostanziale.

Dunque, se guardiamo all'aspetto formale siamo in presenza di un Trattato, destinato ad entrare in vigore secondo le procedure tipiche dei trattati internazionali, salvo la peculiarità della Convenzione. Eppure è un Trattato che adotta una Costituzione, che evoca dunque il termine Costituzione. Ma si può adottare una Costituzione con un Trattato? I due termini sono compatibili?

In principio potrebbero essere compatibili anche secondo gli schemi tradizionali, perché è avvenuto storicamente che Stati (specie formazioni federali) abbiano tratto origine da trattati. Sennonché i trattati, una volta entrati in vigore, una volta attuati da parte degli Stati contraenti, hanno dato vita ad un'entità politica nuova, la quale si è separata dal Trattato di origine. Il Trattato è rimasto la fonte storica, ma non più la fonte di legittimazione giuridica della nuova entità statale. Quindi un Trattato può dar luogo alla formazione di uno Stato, un Trattato può dare origine ad una Costituzione di uno Stato, ma Trattato e Costituzione operano in tempi diversi. Il Trattato svolge una sua funzione originaria, che poi si esaurisce; nasce a questo punto lo Stato, nasce la Costituzione e questa vive per forza propria, con una legittimazione e con un fondamento proprio.

È così nel nostro caso? In linea di massima bisogna dire di no. Bisogna dire di no perché non è soltanto il momento genetico originario, non è soltanto che questa Costituzione viene, come dire, originata da un Trattato internazionale. Il Trattato poi non muore, continua a vivere anche in seguito, nelle forme proprie di un Trattato internazionale. L'istituzione che nasce dal Trattato, come pure il suo atto fondamentale, la sua Costituzione, dipendono anche in seguito dalla volontà degli Stati, la quale continua ad operare attraverso il Trattato. La Costituzione originata dal Trattato è sempre nelle mani degli Stati; gli Stati sono i signori del Trattato secondo la formula della Corte costituzionale tedesca, anche se in senso più negativo che positivo. E ciò perché la Costituzione non può modificarsi se gli Stati non sono tutti d'accordo. così che il dissenso anche di uno solo determina una situazione di blocco. Questa Costituzione nasce dunque per effetto di un Trattato, di un impegno assunto in base alle norme di diritto internazionale e continua a trovare in esso la fonte della sua legittimazione.

Finisce qui il discorso? No, perché ci troviamo sempre di fronte ad un fenomeno che poco si presta ad essere analizzato secondo le categorie tradizionali del diritto internazionale e del diritto costituzionale. La situazione è molto più sfumata ed è forse prematuro tentare un inquadramento definitivo. Importante è vedere quello che succederà dopo, e cioè quello che avverrà di questa Costituzione. È la Costituzione vivente che ci darà la misura del rapporto fra di essa e il Trattato che l'ha istituita. Gli

Stati che per ora appaiono esterni rispetto alla Costituzione, domani potrebbero operare totalmente al suo interno. E quindi incidere sugli sviluppi successivi della Costituzione non dall'esterno, come soggetti di diritto internazionale, ma come una sorta di corpo elettorale interno che svolge le sue funzioni in forza del diritto costituzionale dell'Unione. Al riguardo, e concludo per ora sul punto, occorre tenere conto di quello che anche il testo costituzionale ribadisce, e cioè che l'Unione poggia su due elementi costitutivi: gli Stati e i cittadini. In effetti, il funzionamento dell'Unione riflette chiaramente questa realtà. Vi sono istituzioni di tipo intergovernativo e altre che rappresentano direttamente o indirettamente i cittadini. Questi due aspetti si intrecciano anche nel momento costituente. C'è ad un tempo la Convenzione, organo rappresentativo dei popoli, ma anche la Conferenza intergovernativa che rappresenta gli Stati. La compresenza di questi due elementi incide anche nel seguito della vita dell'Unione, perché le modifiche della Costituzione dovranno passare attraverso la fase della Convenzione e quella delle ratifiche degli Stati. Ma le due fasi potrebbero pesare in maniera diversa rispetto all'attuale. Non c'è dubbio che la fase diplomatica e delle ratifiche è ora prevalente rispetto a quella della Convenzione. Ma domani i pesi rispettivi potrebbero variare; e se il centro di gravità dovesse spostarsi sulla Convenzione, allora il discorso Trattato-Costituzione finirebbe per porsi in maniera diversa.

Stelio Mangiameli

Sono d'accordo con le premesse esposte da Tosato e sulle difficoltà ad utilizzare, rispetto al fenomeno che abbiamo davanti, il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, le categorie tradizionali, tanto del diritto internazionale, quanto del diritto costituzionale. Condivido in pieno quanto detto in ordine alla circostanza che quello sottoscritto il 29 ottobre a Roma è sicuramente un Trattato di diritto internazionale, anche se la natura di questo atto non osta alla possibilità di dar vita ad un fenomeno costituzionale vero e proprio. Dipende molto, naturalmente, dal proseguo dell'esperienza e da quello che accadrà, per decidere se si viene a creare un vero e proprio nuovo ordinamento di tipo statuale, oppure se si rimane nell'ambito di un ordinamento cosiddetto "sovranazionale".

Quello che vorrei sottolineare è che nessuno degli argomenti, che vengono utilizzati frequentemente, è decisivo per negare le potenzialità insite nel processo di integrazione europea, in relazione alla formazione di un vero e proprio ordinamento di tipo federale.

Persino con riferimento ad uno degli argomenti più importanti, adoperato anche in una polemica molto nota, quella tra Grimm e Habermas, cioè la necessità di un popolo europeo, che possa rappresentare l'elemento fondativo di un ordinamento a forma statuale, non può dirsi che sia decisiva sino in fondo l'osservazione sulla mancanza – allo stato attuale – di un popolo europeo. Infatti, il concetto stesso di "popolo", da utilizzare al fine della determinazione dell'elemento costitutivo dello Stato, non si può riscontrare utilizzando dati sociologici o esistenziali e non va definito

secondo la dimensione del costituzionalismo moderno, e cioè sulla base di un complesso di soggetti che godono di diritti specifici e a loro personalmente e individualmente imputabili, ma va ricondotto alla nozione originaria di popolo, come gruppo umano o come collettività, assunta nel suo complesso e sottoposta ad una autorità e ad un ordinamento giuridico.

Anche l'altro elemento decisivo per la qualificazione del fenomeno europeo, quello della sovranità, va posto nella giusta dimensione. Infatti, non si tratta di stabilire se esista un vero e proprio trasferimento di sovranità in ambito europeo e in una misura tale da negare l'esistenza e il permanere della sovranità in capo agli Stati, né di accertare se questi conservino intatto il loro potere, la loro sovranità nel senso indicato da Bodin, che consenta loro, nell'ambito del processo di integrazione europea, di avere sempre nelle mani il destino dell'Europa.

In ogni caso non è decisiva la conclusione del sillogismo che afferma: se tutte le decisioni della condizione europea, dell'organizzazione dell'Unione Europea sono rimesse agli Stati – riprendendo anche l'immagine di Ipsen – quali "signori dei Trattati", questi sono anche dei veri soggetti sovrani. Infatti, il processo di integrazione europea, tranne ad ipotizzare eventi profondamente negativi, si presenta come un processo difficilmente reversibile, caratterizzato da una evoluzione che ha degli elementi di autolegittimazione suoi propri, che prescindono dalla stessa volontà degli Stati.

Certo gli Stati sono un elemento fondamentale del processo di integrazione e del modo in cui gli atti europei vengono formati. Ma esiste una dimensione, da una parte, esistenziale e, dall'altra, deontica, che condiziona il contenuto delle stesse decisioni europee e che lascia incerta la risposta alla domanda sulla sovranità europea.

Proprio la recente esperienza della stesura del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa mostra questa condizione, per la quale la Convenzione non ha operato come un vero e proprio potere costituente originario e libero nel fine, ma molto più come un potere costituito.

Se si guarda alle quattro parti della Costituzione e si esamina il testo adottato, si può riscontrare che il contenuto delle prescrizioni di ogni singola parte non sono il frutto appunto di un momento creativo *ex nihilo* che dà fondamento a questa "nuova" Unione Europea, ma il prodotto del consolidarsi di un ordinamento giuridico nato molto tempo fa, nel 1957, che ha visto il suo progresso soprattutto per opera di organi particolari che hanno lavorato per l'affermazione del diritto europeo, come la Corte di Giustizia che con la sua giurisprudenza ha consentito nel tempo il radicarsi dell'ordinamento comunitario, prima, e di quello europeo, dopo.

La lezione europea, altrimenti detto, con la sua affermazione per molti aspetti irreversibile insegna che il più classico degli elementi costitutivi dello Stato, la sovranità, può risultare di difficile determinazione (quanto meno spaziale): se di spettanza del livello europeo, o degli Stati membri. È proprio l'incapacità di dare questa risposta in modo chiaro e netto che ci fa comprendere come il fenomeno che abbiamo davanti abbia un carattere *federativo* vero e proprio; espressione questa che va intesa, con molta probabilità, al di fuori degli schemi tradizionali della Confederazione di Stati e dello Stato federale, nei quali la questione della sovranità viene risolta in

modo alquanto scolastico. Carl Schmitt, nella *Dottrina della Costituzione*, sottolinea questa condizione della sovranità, proprio parlando della teoria della federazione, come una condizione peculiare dei sistemi autenticamente federali, costruendo, al posto della distinzione tra Confederazione e Stato federale, quella tra ordinamenti federali, come può considerarsi quello europeo, e Stato federale unitario, come lui considerava già lo stesso Stato tedesco, ai tempi di Weimar, e l'esperienza americana, a partire dalla guerra civile. Questa concezione dello Stato federale unitario non a caso sarà ripresa dopo la seconda guerra mondiale dalla dottrina tedesca (K. Hesse) e riutilizzata nella teoria dello Stato federale per coniare l'espressione "federalismo organico" (G. Sawer).

L'impostazione *schmittiana* peraltro fa da sfondo, proprio in relazione all'ordinamento europeo, al pensiero di un autorevole giurista tedesco che ha dato un grosso contributo allo sviluppo del diritto europeo, mi riferisco ad *Hans Peter Ipsen* che ha sottolineato, già nella seconda metà degli anni settanta, come il tema della sovranità a livello europeo non potesse avere una risposta chiara, segno evidente che il processo di integrazione era andato molto avanti.

Ultima considerazione sul carattere costituzionale del trattato. La questione investe una degli aspetti classici della teoria costituzionale, e cioè: se questo atto risulti dotato, al fine del prosieguo dell'esperienza giuridico-esistenziale, di un meccanismo di revisione proprio, per cui si potrebbe pensare ad una Costituzione in senso autentico, anche se nulla esclude, come nel caso delle revisioni totali delle costituzioni, che in un particolare momento si possa procedere alla adozione di un nuovo testo costituzionale; oppure, se per effettuare un cambiamento della Costituzione stipulata bisogna comunque ricorrere ad autentiche procedure di diritto internazionale. Sul punto diventa decisiva la non facile interpretazione delle disposizioni della parte quarta del Trattato costituzionale e, se è consentita una notazione ulteriore, in questa prospettiva l'elemento distintivo della controversa questione non è più la sovranità o la presenza del popolo, ma diventa il procedimento di revisione costituzionale e il suo uso nel tempo.

Anche per questo aspetto comunque non è possibile oggi dare una risposta certa, nell'una o nell'altra direzione, ma occorrerà aspettare gli ulteriori passaggi della vicenda europea. Il fenomeno che abbiamo avuto sotto gli occhi, con la convocazione di una "Convenzione" e la firma del nuovo Trattato costituzionale, non è sicuramente ascrivibile all'art. 48 del Trattato dell'Unione Europea, che prevedeva le modifiche del Trattato medesimo, ma rappresenta un procedimento diverso.

Quindi si potrebbe dire come, dal punto di vista formale, si sia di fronte ad una procedura nuova, che adesso è stata codificata nell'art. IV-443.2. Ma anche ad ammettere che si tratti di una procedura nuova, bisognerebbe spiegare, poi, come faccia il Trattato costituzionale ad abrogare i trattati (art. IV-437) e ad ereditarne la struttura e l'attività (art. IV-438), e cioè l'ordinamento giuridico, senza ammettere al contempo una continuità non solo storico-politica, ma soprattutto giuridico-istituzionale.

In conclusione, si può osservare quanto segue: così come il trattato in vigore, con l'art. 48 TUE, anche il Trattato costituzionale risulta dotato della possibilità di avere un procedimento autonomo di revisione suo proprio.

Anzi, nella previsione degli artt. IV-443, IV-444 e IV 445, può dirsi che sono state individuate diverse procedure di revisioni, a seconda delle parti del trattato considerate e del tipo di modifica che si intende apportare, compresa quella di una revisione della Costituzione con una nuova Costituzione, la quale perciò sarebbe ricompresa all'interno del Trattato costituzionale. Di conseguenza, in futuro anche questo fenomeno del sostituire con una procedura di revisione totale la Costituzione europea potrebbe essere considerato per molti aspetti non corrispondente ai procedimenti di totale revisione delle costituzioni interne e non richiederebbe un nuovo fondamento costitutivo.

La previsione delle procedure di modifica, peraltro, non dirime sino in fondo ogni questione. Anzi, questa è controversa anche dal punto di vista del puro diritto costituzionale, dove la teoria del potere costituente come potere totalmente libero ha fatto il suo tempo da un bel po'. Quando, infatti, si parla di convocare un'assemblea costituente per rivedere integralmente la Costituzione, si fa riferimento ad un fenomeno che potrebbe evocare il c.d. "potere costituente", ma non è la revisione della Costituzione secondo procedimenti diversi da quelli previsti nella stessa Costituzione che determinano di per sé il venire in essere di una rottura costituzionale, o meno, ad esempio attraverso il testo approvato dall'ipotetica assemblea costituente. Molto di più saranno determinanti la continuità di determinati contenuti costituzionali, che possono condizionare i lavori di revisione, anche quelli di una eventuale assemblea costituente, e, come sempre nel caso di fenomeni costituzionali, è il principio di effettività che sana e salda le diverse esperienze storico-politico-istituzionali.

Anche nel caso del Trattato costituzionale quest'ultimo aspetto, e cioè il comprendere se gli Stati europei e i cittadini europei considereranno, o meno, questa come la loro Costituzione, avrà un carattere decisivo sulla qualificazione della natura giuridica dell'atto.

Cesare Pinelli

Mi sembra che sia Tosato che Mangiameli, pur affrontando il tema da prospettive e con motivazioni diverse, abbiano evitato di ridurre la questione nei termini del dilemma semplice Trattato/Costituzione, e abbiano dimostrato che è più giustificato un approccio diverso, nella misura in cui oggi le nostre stesse categorie devono tenere conto dei mutamenti che il diritto dell'Unione Europea ha portato alla scienza del diritto internazionale come alla scienza del diritto costituzionale.

Luigi Carbone

Penso che occorra distinguere il livello giuridico-ordinamentale dal livello politico della dimensione europea.

Per il profilo politico, il processo di integrazione e di federazione accennato da Mangiameli forse è meno forte. Mentre lui si chiedeva dove risieda la sovranità, pen-

savo alla famosa domanda di Henry Kissinger su quale fosse il numero di telefono dell'Europa. Con chi deve parlare il presidente degli Stati Uniti? C'è in Europa qualcuno che decida come decide il Presidente degli Stati Uniti, e che sia quindi un suo possibile interlocutore? Non c'è, e forse non sarà neanche il presidente del Consiglio Europeo.

Sotto il profilo giuridico, curiosamente, la Costituzione ha un effetto invasivo degli ordinamenti interni molto minore di quanto già non facciano da anni le direttive, i regolamenti e le stesse sentenze della Corte di Giustizia. Il Trattato che istituisce la Costituzione si inserisce nel sistema con lo strumento formale delle ratifiche compiute negli ordinamenti giuridici nazionali. E allora a che cosa serve la Costituzione se non fa il passo in più federativo, se essa stessa deve essere comunque modificata con ulteriori sistemi internazionalistici, a parte la fase della Convenzione?

L'elemento che rafforza il sistema consiste piuttosto nell'aver approvato la Costituzione. Il momento della scrittura, come dice un celebre saggio recente, è di per sé una cosa importante, perché di per sé trovare scritte in un testo che si chiama Costituzione cose che già di fatto funzionavano rafforza il meccanismo, e cementa in un sistema unico pezzi che oggi sono separati, a partire dai pilastri. Inoltre, come dice Marta Cartabia, la Costituzione europea è qualcosa di nuovo anche perché è una tipica contaminazione tra modelli di *Common Law* e di *Civil Law*, tra un sistema in cui il giudice è forte perché c'è una legge debole, e un sistema in cui la legge è forte perché scrive tutto, soprattutto quelle italiane sono particolarmente invasive, il giudice non può che applicarle, non può che essere la *bouche de la loi*. Nel sistema comunitario c'è una contaminazione, poiché il giudice europeo ma anche i giudici nazionali hanno saputo creare da una serie sistematica di direttive e regolamenti un ordinamento comunitario che ormai è sicuramente un pezzo degli ordinamenti nazionali. E il Trattato costituzionale rafforza questo meccanismo, aumenta questo processo di integrazione del piano giuridico-ordinamentale. Per quello politico, invece, resta la scommessa.

Nicola Verola

Vorrei aggiungere uno spunto alle considerazioni che sono state svolte finora. In gran parte questa ambiguità fra elementi federali ed elementi di tipo confederale, questa difficoltà a circoscrivere il fenomeno europeo e a descriverlo secondo le categorie tradizionali della scienza politica e del diritto internazionale, è il prodotto di un dato politico di fondo del processo di integrazione: l'ambiguità di fondo che da sempre sussiste sulla sua finalità politica.

Fin dai Trattati di Roma, ma ancor più nelle successive revisioni, non è mai stato chiarito se scopo delle politiche comuni fosse portare ad una unione sempre più stretta dei popoli europei, in una chiara prospettiva federale, o semplicemente agevolare il raggiungimento di alcuni ristretti obiettivi funzionali. Solo mantenendo questa sorta di velo di ignoranza è stato possibile far accettare a Stati con sensibilità politiche diversissime le successive modifiche dei Trattati. Questo vale, a partire dall'Atto

unico, per tutti i successivi innesti decisi dagli Stati membri sul ceppo iniziale del mercato unico. Basti pensare all'Unione Economica Monetaria. Per alcuni l'Euro è un elemento pre-federale o comunque un elemento catalizzatore forte. Per altri, invece, la moneta unica è soltanto uno strumento del corretto funzionamento del mercato interno.

Cesare Pinelli

Ma già il Trattato di Maastricht parla di "Unione sempre più stretta".

Nicola Verola

Certo, ma anche le interpretazioni dell'espressione "Unione sempre più stretta" sono diverse. Non a caso fu adottata a Maastricht come espressione di compromesso. Gli Stati più "integrazionisti" ottennero grazie ad essa l'introduzione di un elemento teleologico nei Trattati. I più "eurotiepidi" la considerarono tutto sommato un prezzo accettabile da pagare, a condizione che si evitasse l'introduzione di un riferimento preciso ad una prospettiva federale. In realtà, per fare sì che le successive modifiche ordinamentali venissero acettate da tutti gli Stati membri, le si è dovute sempre collocare in un contesto indeterminato. Le nuove politiche ed i nuovi meccanismi istituzionali sono stati innestati sul corpo originario dei trattati ma senza chiarire quale fosse il loro scopo ultimo. Per alcuni erano solo scelte funzionali, pragmatiche, utili a far funzionare il Mercato Unico. Per altri, invece, avrebbero dovuto portare, attraverso un *dérapage* controllato, verso un'integrazione sempre più stretta, in prospettiva di carattere federale.

La stessa scelta di dotare l'UE di una Costituzione risponde in realtà a due chiavi di lettura ben diverse. Per gli integrazionisti la Costituzione costituisce un progresso verso un obiettivo di tipo federale o simil-federale, per altri un modo di fissare una volta per tutte dei limiti al graduale ampliamento delle competenze dell'Unione, quello che la Thatcher avrebbe chiamato "*federalism by stealth*". Questa lettura della Costituzione era molto evidente, per esempio, nel gruppo di lavoro della Convenzione che si è occupato delle competenze. Allora si sentiva molto spesso questa riflessione: la Costituzione può essere utile anche per porre fine alla graduale erosione delle competenze degli Stati membri da parte dell'UE, grazie ad una migliore delimitazione delle competenze. Può servire, in pratica, a mettere delle "steccionate" chiare. Anche nella Costituzione rimane quindi una ambiguità di fondo, riflessa nella stessa denominazione di "Trattato costituzionale". Questa ambiguità deriva dal fatto che neanche la Costituzione fornisce risposte chiare su quale sia la *finalité politique* del progetto di integrazione.

In tutto questo alcuni cercheranno di valorizzare il processo costituzionale per favorire un ulteriore graduale *dérapage* controllato verso assetti più integrati. Altri invece mireranno a consolidare la situazione esistente, trincerandosi dietro le varie unanimità e soprattutto dietro la procedura di revisione dei Trattati, che prevede a

tutt'oggi la firma di un accordo e la ratifica da parte di tutti gli Stati membri. E non è un caso che non si sia riusciti, malgrado tutti gli sforzi, a modificare questo aspetto essenziale degli assetti comunitari.

Vito Monetti

Io volevo riprendere uno spunto di Mangiameli quando ha parlato di processo irreversibile.

Per prepararmi per questa nostra conversazione di oggi avevo visto un articolo di Mireille Delmas-Marty. È intitolato "Spazio giudiziario e giuridico-europeo: verso un pluralismo ordinato" ed inizia con la citazione di certe affermazioni di uno studioso americano, il quale facendo un'analisi (un po' ad *usum delphini*) della situazione internazionale, sostiene che fra Stati Uniti ed Europa sta avvenendo una sorta di scambio dei ruoli. L'Europa starebbe diventando il continente che più pretende regole giuridiche, ma questo sarebbe semplicemente un segno di debolezza. L'Europa si interessa al diritto perché è debole; il suo Paese non avrebbe bisogno di regole appunto perché forte, potente. Ed a queste affermazioni, a questa costruzione pseudo-teorica che mira solo a giustificare quello che accade, la replica – forse un po' sdegnata – della Delmas-Marty è che costui non si rende conto di quello che accade, di come, queste posizioni scopertamente ideologiche non considerano che certi fenomeni siano espressione della complessità, sono legati alla interdipendenza che è tale da aver provocato, in Europa, ritardi che sono della politica. Le "regole europee" rappresentano un primo sforzo di misurarsi con questa complessità.

E le riflessioni che stiamo facendo sull'Europa, sul Trattato costituzionale, su queste prospettive di un processo sempre più irreversibile salvo i traumi di cui parlava prima Mangiameli, le rivolgevo verso quello che sta succedendo, in chiave solo parzialmente diversa, con la Corte penale internazionale. Anche lì, salvo traumi altrettanto possibili, chi ci sta, chi sta dentro si è avviluppato in una serie di impegni, di vere e proprie rinunzie alla propria sovranità, che sono assai difficilmente rivedibili. Nascono strutture sopranazionali, si crea un organismo, chiamiamolo pure una burocrazia, che fisiologicamente mira a crearsi un proprio spazio nei confronti degli Stati. Anche lì l'immagine che si delinea è quella della interdipendenza. Pensiamo al fenomeno del terrorismo e al fatto che i reati previsti dallo Statuto della Corte penale internazionale in qualche misura sono una risposta a tutte le più gravi offese ai diritti della persona, da chiunque provocate. Gli interventi istituzionali della Corte riguarderanno contemporaneamente sia il terrorismo da parte degli Stati sia quello perpetrato da gruppi, sovra-nazionali, terroristi.

È il tentativo di trovare anche nel diritto la risposta della Comunità internazionale verso violazioni dei diritti della persona gravi e sistematiche Anche qui possiamo parlare di un meccanismo che si è innestato e che probabilmente andrà avanti. Probabilmente, certamente con passi più lenti per l'evidente maggiore debolezza di questa struttura nuova, rispetto alla quale dovremo in qualche modo adeguare i nostri schemi, le nostre capacità di analisi.

Cesare Pinelli

Uno degli aspetti più significativi che sono emersi in questo primo giro di tavolo è il rapporto fra i processi di trasformazione incrementale che hanno caratterizzato fin qui l'Unione e l'esistenza di un testo che ha la pretesa, non di ingabbiare tali processi, ma di canalizzarli fissando regole di natura costituzionale. Questo consente di introdurre la seconda fase del nostro Forum, che riguarda i contenuti del Trattato costituzionale, a partire dalle competenze. Si può dire che da un Trattato come quello comunitario, nel quale manca una ripartizione delle competenze tipica degli Stati federali o regionali, siamo giunti ad una ripartizione che ricalca molto più quella degli Stati federali, pur dovendosi considerare il problematico rapporto tra la Prima e la Terza Parte?

Stelio Mangiameli

Il problema del riparto delle competenze tocca immediatamente una notazione che si ricollega a quello che dicevano sia Carbone, che Verola ed anche Monetti sul tema del rapporto tra politica e ordinamento.

Non c'è dubbio che l'elemento che più caratterizza il sistema europeo è dato da difficoltà di ordine politico, la guerra in Iraq ha dimostrato anche i limiti ancora presenti nel sistema europeo e l'incapacità dell'Europa di presentarsi come un soggetto unitario, se non unico.

Tra le altre cose la guerra in Iraq ha avuto anche un effetto diretto sulla Convenzione europea, perché ha bruscamente interrotto alcune discussioni sui temi istituzionali che si stavano affrontando all'interno della Convenzione e che in modo particolare riguardavano la forma di governo e le norme di relazione tra le Istituzioni. Queste tematiche erano state introdotte nei lavori della Convenzione, più o meno improvvisamente, nella seduta plenaria del gennaio del 2003 e la guerra in Iraq ne interrompe la trattazione, che riprenderà, forse con un tono diverso, dopo la fase acuta delle operazioni militari, nelle sedute di maggio. Le formulazioni del Trattato costituzionale sono sostanzialmente il frutto della nuova mediazione all'interno della Convenzione che giunge a termine con la presentazione del testo di Salonicco.

Quindi non c'è dubbio che il problema della politica esiste e può toccare il processo di integrazione europea, menomando il carattere dell'Unione come di una vera e propria comunità di diritto, per riprendere un'altra espressione famosa.

Questo ovviamente ci porta al tema delle competenze, perché ovviamente, essendo quello europeo un ordinamento, nella sua configurazione è decisiva il sistema giuridico, e cioè le norme sulla produzione del diritto, così come quelle sulla distribuzione dei compiti, ma sarebbe un errore vedere le regole sulle fonti e sulle competenze come norme prive di un significato politico; esse, infatti, sono per più di un aspetto il riflesso del processo politico di integrazione e la loro spiegazione richiede sempre una pre-comprensione del sistema politico.

Da questo punto di vista, perciò, risulta chiaro che il processo di integrazione

europeo segnato dal Trattato costituzionale non può essere letto solo e sempre in termini di evoluzione progressiva: ci sono sicuramente degli elementi di novità, ma non è affatto detto che tutto debba essere spiegato in termini di progressiva unificazione del sistema europeo.

Anzi, oserei dire che a fronte di una fase di forte crescita dei poteri europei, con una consistente concentrazione di competenze, e di modifiche delle regole sulle competenze, volte ad aumentare l'ambito del diritto comunitario, almeno sino ad Amsterdam, si è aperta una fase di riflessione molto critica. Non a caso i primi documenti prodotti dalla Convenzione riguardano proprio il tema del riparto di competenza con gli Stati membri.

Le problematiche che si intrecciano sono esattamente due: quella del modo di esercizio delle competenze europee e quella del riparto vero e proprio.

Da questo punto di vista ciò che esce dalla Convenzione europea, prima, e dalla sottoscrizione del Trattato costituzionale, poi, non è una semplice sintesi tra le spinte all'integrazione dei poteri europei; ma vi è il tentativo dei governi degli Stati membri, da una parte, di bloccare, anche per via della loro responsabilità dinnanzi ai Parlamenti nazionali, un processo generalizzato e incontrollato di trasferimento a livello europeo delle competenze e, dall'altro, di avere un maggior controllo degli atti di esercizio delle competenze sul piano europeo.

Di qui anche una ridefinizione dei ruoli tra Consiglio e Commissione, inedita rispetto all'esperienza precedente, basti pensare alla nuova figura del Presidente dell'Unione, come a segnare un freno rispetto a quanto è accaduto con la presidenza Prodi. Infatti, come è noto con la Commissione Prodi si è manifestato il tentativo di spingere l'assetto europeo su forme più marcatamente di Stato federale, con un ruolo della Commissione non tanto di soggetto neutrale "custode dei Trattati", ma come una sorta di esecutivo della Federazione europea.

Questa impostazione, che traspare da alcuni documenti della Commissione, a partire dal libro bianco sulla *Governance*, ha disturbato non pochi Stati membri.

Da questo stato d'animo sorge la spinta per un quadro delle competenze, in termini di riparto orizzontale tra le istituzioni, in cui è palese il tentativo del Consiglio di riappropriarsi delle procedure anche istruttorie e, perciò, di "schiacciare" leggermente la Commissione o, quanto meno, il suo Presidente.

Barroso e la sua Commissione, se entra in vigore il Trattato costituzionale si ritrova ad avere un ruolo diverso da quello svolto da Prodi e dalla Commissione. Certamente, occorrerà verificare anche, se i governi degli Stati membri avranno in concreto la capacità di sfruttare sino in fondo i nuovi spazi che le disposizioni del Trattato costituzionale lasciano intravedere.

La scelta compiuta ovviamente potrebbe essere interpretata come una forma di *self restreint* degli Stati membri verso il processo di federalizzazione e la scelta dei governi nazionali di tornare ad avere un ruolo peculiare nel sistema europeo. Questi, infatti, da una parte, sul piano europeo, col Consiglio, cercano di essere il punto di riferimento nella gestione delle competenze; dall'altra parte, sul piano del riparto Unione Europea-Stati membri, si pongono al centro di procedure di gestione delle competenze europee di tipo originale.

Qui occorre porre una breve precisazione: inizialmente la competenza europea era limitata alla dimensione economica, ed esattamente si parlava di una Comunità di scopo funzionalmente legata ad alcuni obiettivi limitati, così come limitati erano anche i diritti riconosciuti dai trattati in origine. Questa qualificazione di Comunità di scopo originaria viene progressivamente meno per effetto di diversi fenomeni.

I trattati, per un verso, avevano munito la Comunità di potenti strumenti di espansione delle competenze, cito per tutti due aspetti che hanno portato, tra l'altro, al principio della prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno: *a)* la diretta efficacia del diritto comunitario derivato; *b)* la teoria dei poteri impliciti con l'art. 235 TCE, poi art. 308; per l'altro, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, giustificando le invasioni di competenza del diritto europeo in ambiti non direttamente riconducibili agli scopi originali del trattato, ha consentito il consolidamento dei poteri europei.

In questo modo, l'allargamento dei compiti europei è stato realizzato in un primo momento in modo pretorio e successivamente attraverso la previsione di nuove politiche nei trattati.

Le tappe dell'integrazione non sono state altro, da questo punto di vista, che la progressiva formalizzazione delle politiche nei testi dei trattati: atto unico europeo, Trattato di Maastricht, variante di Amsterdam, non hanno fatto altro che aggiungere una serie di politiche, arrivando complessivamente ad un numero inedito di venti politiche differenti, che in nulla ricordano la vecchia Comunità, legata al mercato e alle libertà economiche; molte delle politiche ormai fanno riferimento a compiti di ordine statuale: pensiamo, ad esempio, alla cultura, alla stessa politica ambientale, alla politica dell'immigrazione, che, comprendendo il problema dei visti, tocca quella parte di materia che più tipizza il carattere statuale di un ordinamento.

Il carattere originario, perciò, può dirsi smarrito e non a torto si è parlato di una Comunità che, nonostante il mantenimento del principio di attribuzione, poteva qualificarsi ormai un ente a fini generali.

La sintesi di questo sistema delle competenze era stata ottenuta con l'art. 5 TCE, in cui diventano categorie europee alcune categorie che sono tipiche del riparto di competenza federale, compresa la stessa nozione di competenza esclusiva della Comunità.

Il rimedio alla crescita del potere europeo veniva visto nel principio di sussidiarietà. Tuttavia, la formulazione di questo nelle disposizioni del trattato risultava aggancio alla previsione della competenza c.d. "concorrente", teleologicamente collegata alla realizzazione degli obiettivi della Comunità. Questo tipo di competenza sconvolge il quadro dei poteri europei, dal momento che fa coincidere il piano della competenza dello Stato interno con il piano della competenza europea; altrimenti detto, da quel momento in poi agli Stati membri non è dato uno spazio legislativo proprio e riservato e non un oggetto può sfuggire all'intervento della Comunità: formalmente non ci sono ambiti che le sono effettivamente preclusi.

Questo ovviamente ha avuto degli effetti enormi dal punto di vista dei poteri e il principio di sussidiarietà, nonostante la funzione di limite all'esercizio dei poteri da

parte europea, si è trasformato in una giustificazione per fare ascendere le competenze.

In ragione di ciò si intraprese, da subito dopo l'adozione del trattato di Maastricht, la via di una sua specificazione e si lavorò a lungo prima di giungere all'adozione del protocollo aggiuntivo sulla sussidiarietà e sulla proporzionalità.

Tuttavia, anche questo nuovo tentativo, orientato verso una maggiore precisione del principio di sussidiarietà, lasciava profondamente insoddisfatti e metteva a nudo la perdita di sostanza costituzionale che toccava i parlamenti nazionali, chiamati in causa dalla sentenza Maastricht del *Bundesverfassungsgericht* come fonte di legittimazione democratica del sistema europeo a condizione di mantenere in sede nazionale un complesso di poteri e funzioni di quantità e qualità significativa.

Nasce così l'idea di correggere il riparto delle competenze tra Unione e Stati membri ricorrendo al principio di enumerazione dei poteri federali: sia il libro bianco sulla *Governance*, e sia l'iniziale posizione del comitato di lavoro della Convenzione riflettono questa posizione.

Ma questa idea, di fare ricorso al principio che governa originariamente le competenze nei sistemi federali, si rivelava subito, se non sbagliata, quanto meno inattuabile, per due semplici ragioni: in primo luogo, tecnicamente il principio dell'enumerazione delle materie della federazione non ha impedito la crescita dei poteri federali, risiedendo il bilanciamento tra centro e periferia sui c.d. principi collaterali che regolano il riparto (ad esempio: supremazia, poteri impliciti, carattere funzionale dei poteri, ecc.); in secondo luogo, fu presto evidente che era difficile realizzare quanto i fautori del principio di enumerazione delle materie federali pensavano di ottenere con le nuove regole della competenza, e cioè la restituzione di poteri e funzioni dal sistema europeo agli Stati membri.

Di conseguenza, la discussione sulle enumerazioni da scrivere nel Trattato costituzionale perde progressivamente di significato, come peraltro si può constatare se si getta uno sguardo agli articoli I-13, I-14 e I-17, e diventano rilevanti il riconoscimento di poteri di partecipazione ai procedimenti europei dei Parlamenti nazionali, il controllo della sussidiarietà da parte di questi, con la previsione della sua giustiziabilità e il riconoscimento, sia pure limitato, del potere di ricorso alla Corte di giustizia da parte del Comitato delle Regioni. Può dirsi che con la stesura del Trattato costituzionale si passi dal riparto per materie alla cogestione delle competenze. Il sistema del riparto, infatti, non appare comprensibile senza la lettura del Protocollo n. 1, sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione Europea, e del Protocollo n. 2, sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

Questa scelta ha consentito, perciò, di mantenere, nel riparto vero e proprio delle competenze tra Unione Europea e Stati membri, i compromessi già raggiunti nel passato: l'art. I-11 del Trattato costituzionale, che riguarda i principi fondamentali in materia di competenze dell'Unione, ricalca la stessa tecnica dell'art. 5 TCE.

L'unica variante, frutto di questa vicenda e rilevante più sul piano della tecnica di riparto, che su quello del significato istituzionale delle competenze, è che, mentre nei trattati non c'è una sola parola sulla competenza degli Stati membri, nel Trattato costituzionale viene previsto uno spazio riservato, sia pure limitato, nella forma mol-

to particolare di quei campi in cui l'intervento europeo è limitato solo al sostegno e non si può giungere ad un riavvicinamento delle legislazioni.

Se quanto precede è esatto, allora, può dirsi che nel Trattato costituzionale *acquis* del processo di integrazione rimane molto forte.

L'Unione che emerge, anche se vige ancora il principio di attribuzione, si configura come una Unione con una competenza di carattere generale, intendendo questo termine nell'accezione in cui è intesa negli ordinamenti federali, dove la presenza dell'enumerazione dei poteri della Federazione, non impedisce a questa di perseguire qualsivoglia scopo, e cioè l'Unione Europea è in condizione di intervenire in tutti gli ambiti di vita di uno Stato.

In conclusione, può sostenersi allora che, sul piano della competenza, si realizza una dialettica tra il riparto delle competenze che già deriva dal precedente sistema, e che comporta appunto un consolidarsi dei poteri europei, e il nuovo assetto istituzionale, che non indebolisce di per sé i poteri europei, ma può incidere sul piano dell'esercizio.

Lì si sono appuntati i nodi dell'intero conflitto europeo sui poteri e non è da escludere che i meccanismi congegnati facciano allungare il processo decisionale europeo, rendendolo più complicato, più farraginoso, anziché più semplice e comprensibile, come pure era stato promesso all'inizio.

Se si vuole una espressione sintetica sulla competenza europea, potrebbe dirsi che il Trattato costituzionale immagina un riparto che, a prescindere dalla qualificazione delle tecniche adoperate, non si differenzia molto dalla sistemazione dei poteri che caratterizza gli Stati federali unitari, mentre con riferimento all'esercizio delle competenze prevede un assetto che sicuramente non è proprio di questi.

Così descriverei questo fenomeno.

Gianluigi Tosato

Il quadro che ci è stato offerto in tema di competenze mi pare molto convincente. Vorrei solo riprendere alcuni punti.

Il processo che ha portato al nuovo Trattato costituzionale nasce dalla Dichiarazione sul futuro dell'Unione allegata al Trattato di Nizza. In tale Dichiarazione si trovano elencate alcune questioni. E una di queste riguarda la sussidiarietà e la delimitazione delle competenze tra l'Unione e gli Stati.

La discussione in materia è andata avanti, prima e durante la Convenzione, secondo due impostazioni diverse. Una prima nel senso che si dovesse porre un limite all'espansione delle competenze dell'Unione fissando un catalogo preciso di competenze. La seconda impostazione si ricollega all'indirizzo più tradizionale, secondo cui il fenomeno dell'integrazione europea richiede un sistema flessibile di competenze. Stando a questo indirizzo, una corretta delimitazione delle competenze non si ottiene con l'enumerare le competenze spettanti all'uno o all'altro livello, ma discende piuttosto dalle regole che disciplinano l'esercizio delle competenze. Quindi garanzie di carattere procedurale.

Questi due filoni si sono in qualche modo scontrati, ma anche combinati, nel testo del Trattato costituzionale, dove troviamo elementi dell'uno e dell'altro. Troviamo bensì, come ricordava il nostro moderatore, una elencazione di competenze distribuite fra tre categorie: competenze esclusive, concorrenti e complementari. Però il sistema non è rigidamente definito. Innanzitutto, è ormai difficile trovare qualche campo che non rientri in una categoria di competenze dell'Unione; e poi i settori che rientrano fra le competenze concorrenti, cioè la categoria più importante di competenze, sono indicati soltanto a titolo esemplificativo.

Quindi è tassativo l'elenco delle competenze esclusive e delle competenze complementari, ma non quello delle competenze concorrenti. Con una aggravante, che le competenze concorrenti diventano competenze esclusive per esercizio: una volta esercitate escludono deroghe statali a quanto stabilito dall'Unione. Non solo. Il sistema non è rigido perché su un altro punto la battaglia c'è stata, ma ha avuto uno sbocco nel senso della flessibilità. Mi riferisco alla clausola delle competenze residuali, quella che una volta era l'art. 235 CEE, poi diventato l'art. 308 CE e ora l'art. I-18 del Trattato costituzionale. Il senso di questa clausola è che se una misura è necessaria per raggiungere uno degli obiettivi dell'Unione, ma non sono stati previsti i relativi poteri, quella misura può essere ugualmente adottata, purché si rispetti una certa procedura. Il che può consentire un'espansione notevole delle competenze dell'Unione.

Cesare Pinelli

Non credi che questa ripartizione di competenze, pur con la maggiore flessibilità rispetto agli intenti originali di alcuni di arrivare a un catalogo rigido, cerchi di contenere proprio gli effetti più pervasivi dell'art. 308 TCE, che consentiva una potenzialità indeterminata di interventi della Comunità, con la sola sorveglianza della Corte di Giustizia?

Gianluigi Tosato

Avrei qualche dubbio. Certo l'art. 308 CE e il corrispondente art. 18 del testo costituzionale avranno ora meno ragioni di essere utilizzati. Ma non penso che sarà in conseguenza di una minore flessibilità della norma. Vero è piuttosto che il campo delle competenze, quelle previste, è ormai così ampio che è difficile trovare qualche settore nel quale manchi una competenza dell'Unione.

L'art. 235 CEE ebbe ampio campo di applicazione perché allora il Trattato non si occupava di ambiente, di istruzione, di cultura, di tutela del consumatore e di tante altre cose; nulla prevedeva ad esempio in materia monetaria, per cui si fece ricorso all'art. 235. Adesso il panorama delle competenze espressamente previste è così ampio che lo spazio per l'art. 308 CE è assai limitato.

Ma vorrei tornare al discorso precedente. In sede di Convenzione fra i sostenitori di un catalogo rigido e quelli di un sistema più flessibile, sono i secondi che hanno

finito per prevalere. È prevalsa la tesi che l'esigenza di contenere l'espansione delle competenze dell'Unione potesse essere meglio soddisfatta tramite garanzie procedurali di natura politica. Ma attenzione, perché qui emergono aspetti interessanti ed innovativi. In passato gli Stati si sentivano tutelati dal Consiglio. Tutte le competenze della Comunità passavano obbligatoriamente per il Consiglio, che è composto di rappresentanti dei governi nazionali. E dunque gli Stati ritenevano di essere sufficientemente garantiti a fronte di una delimitazione flessibile delle competenze.

Però questa garanzia procedurale presenta due pecche. Intanto, poteva andare bene fino a che il Consiglio deliberava all'unanimità, con conseguente potere di veto di ciascun governo. Ma, mano a mano che dall'unanimità si è passati al voto a maggioranza, il controllo dei singoli governi non era più così sicuro.

Secondo, e questo è il punto cruciale, in realtà il controllo del Consiglio tutelava una delle categorie interessate, e cioè i governi nazionali; ma ad una corretta ripartizione delle competenze tra Unione e Stati non sono interessati solo i governi nazionali. Ci sono degli altri *stake-holders* e questi sono i parlamenti nazionali, le entità sub-statali e gli stessi cittadini.

Ecco allora che il sistema di garanzie procedurali immesso nel Trattato costituzionale ha cercato di dare voce a questi altri soggetti. Il Consiglio e quindi i governi nazionali hanno conservato la posizione di prima, peraltro un pò indebolita per l'ulteriore riduzione delle decisioni all'unanimità. Ma i nuovi interlocutori sono i Parlamenti nazionali, sono le autonomie locali e i cittadini. I Parlamenti nazionali sono stati inseriti nel processo formativo della legislazione dell'Unione, potendo intervenire con il sistema dell'*early warning*. È vero che non hanno il potere di bloccare l'*iter* legislativo. Però hanno un potere che molto si avvicina, perché se un terzo dei Parlamenti nazionali solleva obiezioni in tema di sussidiarietà, la Commissione deve riesaminare la sua proposta. Può anche confermarla; ma è chiaro che se la Commissione non dovesse tener conto dei rilievi dei Parlamenti nazionali, si rafforzerebbe l'altro strumento di controllo e cioè il controllo giurisdizionale. La Corte di Giustizia, tranne pochi casi recenti, si è astenuta dal dichiarare illegittimo un atto comunitario per difetto di competenza o per violazione della sussidiarietà. In effetti, il principio di sussidiarietà è di difficile controllo: qual è il livello più idoneo? Gli inglesi temono che si possa trovare sempre un'esigenza di solidarietà, coesione o uniformità che porti a ritenere il livello europeo preferibile rispetto a quello nazionale. Ora il controllo giurisdizionale della sussidiarietà si è rafforzato con il coinvolgimento di nuovi soggetti. I giudici dell'Unione possono essere investiti di un ricorso per violazione delle regole di competenza su iniziativa dei Parlamenti nazionali, del Comitato delle Regioni e dei privati cittadini. È bene sottolineare quest'ultimo aspetto. Il Trattato costituzionale amplia la possibilità di impugnativa diretta di atti legislativi dell'Unione da parte dei cittadini, i quali possono invocare fra l'altro il principio di proporzionalità. Possono cioè lamentare che l'Unione si sia messa a legiferare in campi in cui poteva fare a meno di intervenire lasciando più ampio spazio per la libertà e l'autonomia dei privati (sussidiarietà orizzontale).

In definitiva, mi pare che le discussioni intervenute in sede di Convenzione e la disciplina recepita nel Trattato costituzionale comportino importanti sviluppi in tema di competenze dell'Unione e di controllo sul loro corretto esercizio.

Stelio Mangiameli

Posso aggiungere una annotazione. Il sistema europeo di esercizio delle competenze, per via dell'intreccio che realizza tra Istituzioni, organi costituzionali degli Stati membri e Regioni con poteri legislativi, forse deve essere considerato anche dal punto di vista delle Costituzioni degli Stati membri, le quali si vanno rimodellando tenendo conto delle tensioni interne e di quelle del processo di integrazione europea.

Da questo punto di vista, si può sostenere come possa esservi anche una concorrenza di meccanismi interni accanto alle regole della Costituzione europea.

Questo riguarda soprattutto le entità regionali, le quali nella Costituzione europea sono rimaste ancorate sostanzialmente alla posizione precedente con la sola eccezione dell'inciso contenuto nell'art. I-5, sulle relazioni tra l'Unione e gli Stati membri, dove il rispetto dell'identità nazionale di questi comprende "il sistema delle autonomie locali e regionali".

Quando la Convenzione stava per aprire i propri lavori le Regioni (con potere legislativo) avevano rivendicato il diritto di impugnare direttamente davanti alla Corte di Giustizia gli atti delle istituzioni. A loro è stato negato questo potere. Così come un vero e proprio diritto di impugnazione diretta da parte del Comitato delle Regioni si avrebbe solo in una ipotesi particolare e non come un potere di impugnazione di carattere generale, così come anche le Regioni avevano richiesto per il Comitato.

Tuttavia, parallelamente negli ordinamenti interni si sono sviluppati una serie di meccanismi che di fatto rendono quantomeno più immediato il potere regionale di impugnazione. Si fa riferimento, da una parte, alle norme nella legge di attuazione dell'art. 23 della *Grundgesetz*, che prevedono questo potere, in modo particolare sulla base della deliberazione del *Bundesrat*, il governo federale è obbligato a impugnare l'atto comunitario dinanzi alla Corte di Giustizia, adducendo i motivi che il *Bundesrat* avrà rilevato nella sua deliberazione; e, dall'altra parte, alla legge n. 131 del 2003, la cosiddetta "legge La Loggia", la quale prevede che, se vi è una deliberazione della Conferenza Stato-Regioni, il Governo della Repubblica è obbligato a impugnare gli atti delle Istituzioni dinanzi alla Corte di Giustizia, per la tutela delle competenze delle Regioni.

Anche in questa sinergia tra procedure di garanzia previste dal Trattato costituzionale e meccanismi previsti negli ordinamenti interni può vedersi l'originalità del sistema europeo delle competenze e della loro giustiziabilità.

Luigi Carbone

Nell'esaminare gli elementi innovativi sul tema delle competenze, mi pare che concordiamo tutti nel ritenere che essi riguardino assai più le garanzie procedurali che l'assetto delle competenze in quanto tale. Esattamente al contrario di quanto sostenevano e temevano i "souveranistes", la Costituzione ha assegnato all'Unione

pochissimi settori di competenza esclusiva, proprio il minimo indispensabile, e non le ha assegnato niente di nuovo rispetto ai Trattati vigenti. Anzi, come diceva Tosato, la vera forza è stata costituzionalizzare le materie dei Trattati. L'innovazione c'è stata invece sul regime, sul fatto che queste competenze adesso non sono più decise all'unanimità dal Consiglio, ma passano attraverso il Parlamento, e in cambio c'è un controllo della sussidiarietà.

Il giudizio sulla sussidiarietà è pericoloso da una parte e affascinante dall'altra. Il Protocollo sulla sussidiarietà dice che i progetti di atti legislativi europei sono motivati con riguardo alla sussidiarietà e alla proporzionalità, aggiungendo che i parlamenti nazionali contromotivano se ritengono violata la sussidiarietà, e che a loro volta la Commissione e gli organi europei rafforzano la motivazione se ritengono le obiezioni sulla sussidiarietà non fondate. Infine la Corte di Giustizia, competente a conoscere della violazione del principio di sussidiarietà da parte di un atto legislativo europeo, naturalmente motiverà la sua sentenza. Il passaggio comune a questi quattro momenti è la motivazione.

Come applicatore delle regole ho una certa preoccupazione a pensare che le leggi siano motivate. Normalmente, pensiamo che la legge vale per quello che dice, non per la motivazione come parte separata dal *dictum* normativo.

Ma che cosa è in pratica questa motivazione? Una scheda contenente elementi circostanziati che consentono di formulare una valutazione riguardo al rispetto dei principi, e che fornisce elementi di valutazione dell'impatto finanziario e delle conseguenze sulla regolamentazione che sarà attuata dagli Stati membri quando si tratta di legge quadro. Una scheda di valutazione sull'impatto che farebbe della sussidiarietà qualcosa di diverso da quella che finora è stata secondo l'art. 5 TCE. Un qualche cosa che è verificabile, un criterio di allocazione del giusto livello di competenza, di cui si è parlato anche nel recente dibattito sul Titolo V. Un criterio di allocazione di competenza tecnicamente individuabile attraverso sistemi di analisi di impatto della regolazione (AIR), che da noi è sperimentata da cinque anni, ma che in Inghilterra, negli Stati Uniti e in quasi tutti i paesi dell'OCSE funziona da tempo come passaggio essenziale del processo di *decision making* normativo.

Mi chiedo se a questo punto non sia necessario un cambiamento culturale, sulla scia di quanto Posner e Calabresi hanno fatto da tempo negli Stati Uniti. Mi chiedo se i costituzionalisti e gli amministrativisti non debbano sforzarsi di pensare che lo studio delle fonti, soprattutto dopo questo Protocollo, abbia bisogno di una integrazione. Se non si debba guardare alle fonti non soltanto per la procedura formale ma per l'istruttoria sostanziale, per la verifica appunto dell'impatto delle norme sul tessuto sociale, e di ricavare da questa analisi sull'impatto la scelta del giusto criterio di allocazione della competenza.

Se si fa questo, la Corte di giustizia avrà un appiglio per giudicare la sussidiarietà, altrimenti continuerà a dire, come ha detto finora, che le leggi non si possono valutare. Un serio investimento, anche culturale, sull'AIR da una parte consentirebbe di evitare la motivazione in senso stretto della legge, una via devastante per altre ragioni, dall'altra sarebbe più adatta a un sistema multilivello.

Cesare Pinelli

Abbiamo parlato a lungo di garanzie procedurali, e quindi siamo già entrati nel tema dell'assetto istituzionale, per così dire dalla finestra. Ora ci entriamo dalla porta: quali innovazioni principali sono state introdotte dal Trattato costituzionale nel classico triangolo istituzionale?

Luigi Carbone

Intanto c'è da tenere conto dello sfondo tratteggiato così bene da Tosato e Mangiameli, di un quadro istituzionale che, nonostante gli sforzi di un riordino secondo la tripartizione di Montesquieu, non poteva non tener conto dell'anima intergovernativa, quella degli Stati membri. Non a caso, nell'Unione non abbiamo solamente un Parlamento, un Esecutivo-Commissione e un potere giudiziario-Corte di Giustizia. Abbiamo una quarta istituzione, il Consiglio, composto a sua volta di più istituzioni, il Consiglio Europeo, il presidente del Consiglio europeo, i Consigli dei ministri di settore.

Vediamo i cambiamenti relativi alle tre istituzioni del c.d. triangolo, cominciando dal Parlamento europeo, che esce sicuramente rafforzato sulla carta, e più ancora grazie ad articoli che non parlano solo del Parlamento. Penso per esempio agli artt. 32-34 dove si sancisce la codecisione come procedura legislativa ordinaria: cosa è se non un rafforzamento del ruolo del Parlamento? Così come l'art. 7, che stabilisce la personalità giuridica dell'Unione e così facendo unifica i pilastri, consente al Parlamento di entrare in tutti i pilastri e non più soltanto nel pilastro comunitario. Questo al di là dell'art. 20, specificamente dedicato al Parlamento europeo, che mette in fila le funzioni di bilancio, legislative e di controllo politico, tradizionali di ogni assemblea parlamentare. Mi sembra che il Parlamento esca rafforzato dallo spirito dalle modifiche della Costituzione.

A mio avviso siamo entrati in una dinamica per cui non si possono più decidere le cose veramente importanti senza passare davanti al Parlamento. Si pensi del resto a quello che è successo all'atto dell'insediamento della Commissione Barroso, in cui per la prima volta nella storia la Commissione si è tirata indietro perché aveva capito che non aveva consenso in Parlamento. Il che è accaduto oltretutto col Trattato vigente, non con la nuova Costituzione, e conferma che il Parlamento si sia rafforzato nello spirito ancor più che sulla carta, sia divenuto, direbbero i civilisti, un momento essenziale del negozio europeo.

Anche il Parlamento, però, ha avuto qualche ferita nel passaggio dalla Convenzione alla Conferenza Intergovernativa. Non dimentichiamo che tutti i recuperi dell'unanimità operati in sede CIG sono altrettante menomazioni inferte al Parlamento, perché finché è prevista la maggioranza in Consiglio il Parlamento è organo bicamerale a pari titolo, mentre se è prevista l'unanimità in Consiglio la procedura si squilibra fortemente a svantaggio del PE.

Sulla Commissione credo di avere una opinione un po' diversa da Mangiameli,

quando diceva che la prossima Commissione sarà sicuramente più debole di quella di Prodi. Secondo me la Commissione formalmente non esce indebolita da questa Costituzione, perché su tutti i suoi tradizionali punti di forza non ha ceduto di un passo. A parte l'iniziativa popolare, che come sappiamo avrà un peso molto relativo, non ha ceduto sul monopolio dell'iniziativa legislativa, che fa dell'esecutivo anche lo *starter* del legislatore. Ha tenuto sul ruolo di custode del Trattato, un ruolo di garanzia molto importante. Se volete è uscita quasi rafforzata dal nuovo rapporto col Parlamento: anche a prezzo di dover tornare indietro, tutto sommato Barroso uscirà rafforzato dal bagno parlamentare che gli verrà quando il Parlamento approverà la sua squadra. E soprattutto la Commissione esce rafforzata dal fatto che mentre nel testo attuale dell'art. 202 TCE i compiti esecutivi sono sempre conferiti dal Consiglio, col Trattato Costituzionale sono compiti propri della Commissione. Almeno in questo si è seguito Montesquieu: abbiamo un Parlamento rafforzato, e una Commissione che fa il suo mestiere.

Forti innovazioni sono state però portate anche sul fronte intergovernativo: e qui la questione si complica. Intanto c'è un'istituzione nuova, il Consiglio europeo, che non c'è nel Trattato della Comunità europea, e poi ci sono istituzioni monocratiche nuove come il Presidente del Consiglio europeo e il Ministro degli Esteri. Sicuramente c'è un'articolazione del quadro consiliare, di questa famosa seconda anima degli Stati.

All'inizio sembrava che anche questa articolazione dovesse rispondere a Montesquieu. Ma proprio in questa parte, in cui ovviamente gli Stati si sentivano più incisi nelle loro competenze, il disegno non è venuto forse così bene. Vediamo perché.

Sul Consiglio europeo c'erano due necessità prevalenti, quella di evitare che fosse sommerso da una minutaglia di atti amministrativi e che recuperasse la *leadership* in quella filiera di decisioni in materie politicamente sensibili, come sicuramente la difesa o la politica estera ma anche altre, comunque refrattarie all'*iter* normativo basato sull'iniziativa della Commissione e sulla deliberazione congiunta del Consiglio e del Parlamento. Queste erano le due necessità. Soprattutto era forte la seconda, la necessità di un rilancio del livello politico dell'Unione europea.

L'avere visto il Consiglio europeo come istituzione permanente, e non più come vertice di tipo internazionalistico, è stato un fatto positivo. Così come la previsione che il Presidente del Consiglio europeo duri in carica due anni e mezzo, rinnovabili, e sia inoltre a tempo pieno (art. 22), e non duri sei mesi identificandosi con la presidenza di turno, come oggi, assicura evidentemente una continuità di azione e un'autorevolezza al presidente del Consiglio che erano certamente necessarie. Un presidente incompatibile con i mandati nazionali "europeizza" questa figura, è la prima cosa veramente europea di questo Consiglio tutto nominato dagli Stati membri.

Stelio Mangiameli

In pratica, tu pensi che in questo modo una figura che siamo stati abituati finora a considerare tipicamente intergovernativa potrebbe giocare un ruolo sovranazionale, anche se i suoi poteri sulla carta sono piuttosto limitati.

Luigi Carbone

Il Presidente del Consiglio europeo può essere tutto sommato un veicolo di europeizzazione dell'istituzione più squisitamente rappresentativa degli Stati membri e questo, ripeto, serve a fornire quella continuità, quell'autorevolezza e quello slancio politico che serviva proprio alla costruzione europea.

Il disegno è più debole invece nell'architettura del Consiglio dei ministri che non a caso adesso si chiama appunto Consiglio *tout court*, posto sotto la totale sovranità degli Stati membri. Qui si sente ancora l'anima degli Stati, che è stata ancora tanto forte alla Convenzione e ancor più in sede CIG da impedire una progressiva distinzione delle funzioni legislative da quelle esecutive del Consiglio. Considero una lacuna molto seria la mancata previsione di un Consiglio affari legislativi che secondo Giuliano Amato avrebbe potuto funzionare da seconda Camera, da vero momento di espressione della volontà degli Stati in un sistema legislativo quasi di tipo federale, con un Consiglio composto alla fine da due o tre rappresentanti per ciascuno Stato membro che facessero solo quel mestiere lì. Purtroppo non è andata così, ed anzi tutta la disciplina costituzionale sul Consiglio di ministri è stata in qualche modo decostituzionalizzata. Il testo della Convenzione prevedeva un periodo di durata minima annuale della presidenza del Consiglio dei ministri, mentre sul punto tutto è stato demandato a decisioni del Consiglio europeo, deprimendo secondo me la funzionalità del sistema. Si sono costruite alla fine delle presidenze di *team* che segnano di fatto il ritorno a presidenze di tipo semestrale, e si è affidato al Consiglio Affari generali un ruolo di coordinamento sicuramente meno incisivo di quello odierno, perché oggi il Presidente di turno è Presidente di tutti i consigli europei. Domani il CAG sarà il capofila della volontà degli Stati membri, ma lo sarà con una ben minore capacità di coordinamento.

Il fatto che comunque il Presidente del Consiglio europeo sia stato previsto resta una speranza per il futuro. Avremo un soggetto esterno a tempo pieno, incompatibile con mandati nazionali, che potrà avvalersi di una burocrazia autonoma rispetto alle burocrazie nazionali che oggi conducono la presidenza del Consiglio. E soprattutto, un Presidente non incompatibile con altre cariche istituzionali europee, e che perciò, magari in un futuro lontanissimo, potrà anche cumulare la carica di presidente della Commissione europea.

La storia dell'Europa ha dimostrato che le persone che ricoprono le cariche istituzionali sanno fare sistema ben al di là di quello che i Trattati prevedono per quelle cariche istituzionali. Pensate a quello che ha fatto la Corte di Giustizia. Quindi questo signore, dialogando con tutte le altre istituzioni, potrebbe fare dell'intero sistema del Consiglio non più una cassa di compensazione degli Stati, come oggi, ma un ulteriore pezzo del quadro istituzionale che imprima all'Europa quello slancio politico che i cittadini richiedono a gran voce.

Nicola Verola

Condivido pienamente il quadro tratteggiato da Carbone, con un solo *caveat* per quanto riguarda il richiamo a Montesquieu. Certo, con la Costituzione, lo "spirito

delle leggi" comincia a aleggiare anche sull'Europa, ma, almeno dal punto di vista storico, se io dovessi individuare un "nume tutelare" dello spirito costituente europeo più che Montesquieu sceglierei l'incisore Escher, con le sue architetture impossibili.

Questo lo dico perché in realtà risulta difficile individuare con chiarezza nel sistema europeo un potere esecutivo, un potere legislativo, un potere giudiziario. Quello che più si avvicina, nella UE, ad un potere autonomo è forse il giudiziario, con il ruolo di sorveglianza della Corte di Giustizia. Ma in questo campo anche la Commissione esercita importanti prerogative: basti pensare al suo ruolo nelle procedure di infrazione ed ai suoi poteri autonomi in materia di concorrenza.

Quanto al potere esecutivo, questo è ripartito fra la Commissione e il Consiglio, che esercita importanti prerogative soprattutto nella politica estera e di sicurezza. E poi bisognerà vedere quale sarà la collocazione del Ministro degli Affari Esteri in questo equilibrio di poteri.

Il massimo della commistione è forse nel potere legislativo. In linea di massima, i due "rami" del potere legislativo sono il Consiglio e il Parlamento. Ma un ruolo importante è svolto dalla Commissione, che è l'organo di proposta. Senza la Commissione non è possibile legiferare, tranne che in qualche ambito ristretto.

Quindi, più che di divisione dei poteri, parlerei di gestione condivisa dei poteri. In pratica, all'interno dell'Unione, i "poteri" sono quasi sempre gestiti a più mani, con la partecipazione di diverse istituzioni. E forse questo non è altro che un prodotto dell'esigenza, cui faceva accenno prima Tosato, di dotare il sistema di una serie di garanzie procedurali. Effettivamente nell'Unione europea c'è stata storicamente l'esigenza di assicurare un consenso quanto più ampio possibile nella gestione dei vari *dossier*. Questa esigenza si è tradotta in una fortissima tendenza "consociativa" al coinvolgimento di tutti gli attori potenzialmente interessati nelle procedure decisionali. La gestione consensuale dei vari *dossier* può essere considerata alla stregua di una "strategia per la gestione delle fratture interne", attraverso una serie di garanzie procedurali. Giustamente Tosato accennava al ruolo pivotale che aveva svolto il Consiglio come garanzia per tutti gli Stati membri. Grazie a questa centralità ogni Stato membro ha potuto condividere alcune prerogative insieme agli altri Stati membri senza perdere il controllo sul loro esercizio.

Probabilmente questa esigenza di fornire il sistema di garanzie procedurali è uno dei fattori più importanti alla base di quello che potremmo definire "il fenomeno dell'entropia comunitaria". Ad ogni Trattato c'è sempre stata la tendenza a complicare le procedure. Si aumentava il ruolo del Parlamento europeo ma bisognava inventarsi una procedura di codecisione particolarmente complessa; si davano delle competenze all'Unione in materia come il terzo pilastro e la Pesc ma si creava, appunto, una complessa struttura istituzionale articolata su tre pilastri, si istituiva l'Unione Economica e Monetaria ma le si associavano istituzioni e procedure decisionali *ad hoc* e via dicendo. Una delle grosse novità del Trattato Costituzionale è il tentativo di semplificare questa architettura. Penso soprattutto alla soppressione dei pilastri ed alla istituzione di una procedura legislativa *standard*. Eppure anche qui è stato necessario scendere a compromessi e, almeno in un paio di casi, creare delle procedure *ad hoc*.

Basti pensare al settore della cooperazione giudiziaria penale. Poiché è apparso evidente, a un certo punto, che non si riusciva a introdurre il voto a maggioranza qualificata in questo settore è stato necessario inventare un *escamotage* procedurale: il meccanismo di freno di emergenza. Questa tendenza a dare garanzie di gestione consensuale deriva da un dato inoppugnabile: il sistema comunitario non potrebbe funzionare secondo una logica puramente maggioritaria. Se una decisione presa a maggioranza fosse fortemente osteggiata dalla minoranza, i rischi di rottura sarebbero altissimi. Da qui l'esigenza di individuare delle procedure che consentano la costruzione di un consenso quanto più ampio possibile attorno alle decisioni collettive.

Nemmeno il Parlamento Europeo, che pure potrebbe in linea di massima funzionare sulla base di meccanismi puramente maggioritari, sfugge a questa tendenza. Basti pensare al fatto che in molti casi le decisioni passano attraverso una decisione presa a larghissima maggioranza, con l'accordo consociativo fra le principali famiglie politiche. Nel Parlamento, la norma sono le "grandi coalizioni". Anche nel Parlamento vi è una tendenza continua a parlarsi, a discutere, a negoziare per smussare gli angoli e cercare di arrivare a soluzioni quanto più possibile consensuali.

Cesare Pinelli

A questo punto chiederei, in particolare a Vito Monetti, di fare il punto sullo Spazio di libertà sicurezza e giustizia, da due punti di vista: quanto il Trattato costituzionale ha modificato il contenuto di alcune direttive, soprattutto quella sul mandato di arresto europeo di poco precedente, e gli aspetti procedurali, che pure sono molto importanti.

Vito Monetti

Anche alla luce degli interessantissimi ricchi interventi di chi mi ha preceduto, io sento rafforzarsi in me la convinzione che questo settore, lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, è forse quello nei cui confronti i Costituenti hanno riservato il trattamento meno favorevole. Le preoccupazioni degli Stati sembra abbiano ampiamente prevalso. E questo mi sembra essere dimostrato da una sorta di "scissione".

Accennerò per primi agli aspetti che considero positivi. Nel testo del Trattato costituzionale la CEDU, la Convenzione europea per la salvaguardia dell'uomo dei diritti e delle libertà fondamentali è citata ripetutamente. All'articolo 9, prima si proclama che l'Unione aderisce alla CEDU, poi si aggiunge con enfasi che i diritti fondamentali che essa protegge fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali. Quanto alla Parte II, quella che costituzionalizza la Carta di Nizza, oltre all'esplicito riferimento alla CEDU che è nel Preambolo, possiamo dire che gran parte degli articoli che la compongono costituiscono quasi una trascrizione di altrettanti articoli della CEDU.

E sarà, poi, interessante vedere quali saranno le conseguenze che questa "adesio-

ne" provocherà alla prova dei fatti. Come essa peserà sulle decisioni che saranno adottate dagli organi – non solo quelli giudiziari – dell'Unione. Se e quali cortocircuiti si creeranno fra le corti supreme o le corti costituzionali interne dei singoli Paesi da una parte, e dall'altra le posizioni che saranno assunte in materia di tutela dei diritti dalla Corte del Lussemburgo e dalla Corte di Strasburgo su uno stesso problema. I possibili contrasti interpretativi fra le due Corti europee sono una prospettiva che francamente non solo non mi spaventa, ma che trovo assolutamente stimolante per una duplice ragione. Credo, innanzi tutto, che da tutti questi possibili contrasti dovrebbe risultare un più di tutela, un rafforzamento delle salvaguardie concrete dei diritti umani. Ma voglio aggiungere un'altra considerazione. Questo incrocio di competenze fra Corti, ciascuna nel suo ambito suprema, ma ognuna in qualche misura potenziale controllore delle decisioni assunte dall'altra, può essere visto come un assai positivo "balance", un limite a sempre possibili "tentazioni assolutistiche" di chi si sente deputato a pronunciare l'ultima e perciò non controllabile decisione. Un "balance" tanto più utile proprio perché la posizione di organo internazionale o sovra-nazionale di alcune di queste Corti sono internazionali è tale da aumentare questi rischi di "isolamento".

Le mie esperienze professionali mi portano a riflettere sugli articoli 5 e 6 della CEDU. Che cosa accadrà nei processi, nei processi penali soprattutto? Che cosa avrà da dire l'Unione europea nel momento in cui preparerà testi di leggi, interventi nei confronti degli Stati in materia di cooperazione penale o di penale in generale; e non penso solo alla materia della protezione di interessi finanziari dell'Unione. In qual modo verrà dato atto delle valutazioni di conformità alla CEDU che il legislatore europeo dovrà per forza fare, nel momento in cui adotterà un atto normativo?

E ora le considerazioni meno ottimistiche. Che nascono proprio nel momento in cui da questo quadro generale così solenne ed importante passiamo ad esaminare il quadro del che cosa succederà, che cosa potrà succedere.

Cominciamo a vedere per esempio la Corte di Giustizia, che non ha dirette competenze penali, ma interviene in maniera immediata su questo terreno. Mentre era in corso il lavoro della Seconda Convenzione, nel frattempo si svolgeva tutto un dibattito in Europa, favorito dalla Commissione e dal Parlamento. Penso al *Corpus juris* ed alle varie iniziative riguardanti la cooperazione in materia penale che sono state adottate, ai questionari che continuano a circolare. Quando si fa un bilancio di tutto questo e lo si confronta con il contenuto delle cose che sono contenute nel testo del Trattato costituzionale, l'impressione dello scarto esistente è piuttosto forte. Tutte queste iniziative non hanno trovato riflessi, se non in misura minima, nel testo del Trattato; ci troviamo di fronte alla tradizionalissima prudenza di chi ha voluto lasciare le cose come erano nei testi precedenti.

Era possibile una specie di riforma senza costi politici, introdurre cioè nel Trattato costituzionale delle disposizioni che non avrebbero sostanzialmente leso le prerogative degli Stati. Sto parlando del meccanismo di nomina dei giudici della Corte di Giustizia e della possibilità di assicurar loro un trattamento ed una posizione che valessero a consentire una più netta presa di distanze rispetto ai propri Paesi.

Durante i lavori della Convenzione un gruppo di giuristi aveva informalmente

segnalato i limiti ed i rischi insiti nella situazione normativa preesistente, ma nei fatti la designazione e la conferma dei giudici nel loro ruolo continua ad essere regolata come nel passato: si parla, ancora, di una nomina fatta "di comune accordo dai governi degli Stati membri"; con l'art. 357 si è introdotto un momento di controllo tecnico sull'idoneità dei candidati, è stato istituito un comitato di esperti che deve valutarne la capacità professionale. Questo mi sembra un fatto positivo, ma non sufficiente soprattutto perché quelle che non sono cambiate sono le disposizioni sul mandato: questo rimane un mandato breve e rinnovabile. Dal momento che la decisione sulla conferma del singolo giudice nel suo incarico rimane nelle mani del rispettivo governo, questo è un classico esempio di giudice non completamente indipendente nei confronti di autorità che potrebbero essere coinvolte in procedure su cui deve intervenire la decisione della Corte e di quel giudice.

Anche per la Corte di Strasburgo le disposizioni relative alla nomina dei giudici sono state modificate in modo da assicurare un controllo sulla professionalità dei candidati e, allo stesso tempo, evitare che possa parlarsi di una pura e semplice designazione da parte dei singoli Governi. Interviene una specie di esame da parte di una Commissione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa. Tuttavia, anche per i giudici della CEDU rimane il problema: anche il loro mandato è breve e rinnovabile. È altrettanto vero che i singoli Paesi hanno fatto uso della loro potestà di non rinnovare il "loro" giudice; si tratta di una prassi tutt'altro che infrequente e riguarda Paesi le cui tradizioni giuridiche sono al di sopra di ogni sospetto.

C'è un secondo ordine di considerazioni. Noi sappiamo che la Corte di giustizia dell'Unione europea può essere adìta da qualsiasi persona fisica, quindi da soggetti che – nei confronti delle loro controparti – possono trovarsi in una situazione di fatto assolutamente impari. Ebbene, nel Trattato vi è un inspiegabile silenzio, un vuoto normativo di cui non è possibile darsi ragione, specialmente se si considera la natura costituzionale o comunque l'alto rango politico ed istituzionale di queste norme. Non si parla mai di giudici indipendenti, non è mai affermata l'indipendenza dei giudici che compongono la Corte di giustizia. Di questi giudici ci si limita a dire che devono essere persone che diano prova di indipendenza.

E, badiamo bene, la questione dell'indipendenza degli organi di controllo era ben presente nell'animo del legislatore. Basti pensare ai membri della Corte dei conti, nei confronti dei quali il principio di indipendenza è affermato addirittura due volte, all'art.31, par. 3, dove leggiamo che essi esercitano il loro mandato in piena indipendenza e, in modo più specifico, all'art. 385, par. 3, dove questo principio è tradotto nell'espressione del divieto della sollecitazione o accettazione di istruzioni da governi o altri organismi. Per i giudici della Corte di giustizia, quei giudici a mandato breve e rinnovabile, non si parla di indipendenza.

Un altro argomento espressivo della perplessa cautela dei costituenti riguarda *Eurojust*. All'art. 273 se ne descrivono i compiti, le competenze sul piano generale e ciò più o meno sulla falsariga dell'esistente. Voglio dire secondo lo schema della Decisione 2002/187/GAI del Consiglio, del 28 febbraio 2002, che istituisce l'*Eurojust* per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità .

Fatto sta che, rispetto al testo della Decisione, quando nel Trattato si stende la

lista delle competenze di questo organismo, le forme verbali adottate sono tutte espresse in forma potenziale e mai in quella diretta.

Si rimette, insomma, al legislatore europeo la scelta politica di determinare competenze e funzioni di questo organo anche in un ambito più ridotto di quello attuale. In particolare, sembra essere rimessa in discussione una clausola essenziale che è contenuta nella Decisione che ha istituito E*urojust,* quella con cui si stabilisce che gli Stati indicano le competenze penali che il loro membro nazionale esercita all'interno del proprio sistema nazionale. Poiché il verbo è in forma diretta, si deve ritenere che – in base a questa disposizione – gli Stati debbano comunque attribuire tali competenze al membro nazionale. Pare che gli Stati stiano facendo delle norme di adattamento interno che vanno in una direzione non coincidente con questa prescrizione. Devo ricordare che il nostro Parlamento sta adottando una legge che autorizza il Ministro della giustizia a dare direttive al membro italiano di *Eurojust*; e non si capisce se riguardino le competenze di natura amministrativa che appartengono a questo giudice o pubblico ministero oppure se esse possano riguardare anche la materia dell'esercizio dell'azione penale, quella dell'apertura di inchieste, prerogative che la nostra Costituzione affida all'autorità giudiziaria e non al potere politico.

In base alla Decisione 2002/187 *Eurojust* – come sappiamo – ha competenze di coordinamento in materia di reati di criminalità transnazionale, nel senso più ampio della parola. Ora, nel testo del Trattato costituzionale queste competenze sono esplicitamente confermate all'art. 273. È assai difficile, perciò, capire la linea di coerenza seguita dal costituente quando, al successivo art. 274, ha previsto che "a partire da *Eurojust*" possa essere istituito il Pubblico ministero europeo, un organo al quale sono attribuite non le competenze di *Eurojust*, ma quella in materia di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. Quello che si delinea è un organo del tutto analogo al pubblico ministero italiano, al quale è affidato anche il compito dell'esercizio dell'azione penale.

Nel concludere voglio fare un breve riferimento all'ultima domanda che mi è stata rivolta. Solo per dire che la istituzione del Pubblico ministero europeo avverrà con una legge europea che dovrà essere adottata con voto unanime del Consiglio, previa approvazione del Parlamento europeo. Questo mi pare allontani molto nel tempo moltissimo la prospettiva concreta della sua nascita.

Vorrei aggiungere, per finire, che nella lista dei possibili interventi legislativi dell'Unione l'art. 379, par. 2.b cita anche le garanzie processuali minime necessarie per facilitare il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

Tutto questo, per quanto riguarda le garanzie, è in qualche maniera, un riflesso di quello che sta facendo la Commissione nel dopo Tampere. Come sappiamo, dopo i fatti del settembre 2001, il programma di Tampere ha avuto una accelerazione per quanto riguarda le forme di cooperazione. Sto parlando della Decisione quadro del Consiglio, 2002/584/GAI, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.

Questo rafforzamento della cooperazione e, quindi – diciamo – dei momenti repressivi, ha trovato un contraltare, una specie di cattiva coscienza. Hanno avuto un nuovo impulso le iniziative di consultazione riguardanti le garanzie delle persone

implicate in un procedimento penale e, soprattutto, oggetto di queste forme di cooperazione.

Non c'è forse un'idea chiara del che cosa succederà, che forma avrà tutto questo e quale concretezza avrà nei confronti delle persone. Comunque, è iniziato questo lavoro volto a tracciare la lista dei diritti delle persone implicate nelle procedure penali. E questo va salutato con soddisfazione.

Cesare Pinelli

Mi sembra che questo sia uno dei settori nei quali l'integrazione tra i popoli europei potrebbe avere un mutamento molto significativo. Per lo Spazio di libertà sicurezza e giustizia non possiamo semplicemente rifarci alle tradizioni costituzionali comuni. C'è ben altro, c'è il problema del ravvicinamento delle legislazioni oppure della scelta più radicale di leggi quadro europee, e la posta in gioco è la salvaguardia di beni costituzionali quale anzitutto la libertà personale. L'effettiva attuazione dello Spazio può incidere molto sul prodotto finale dell'integrazione.

Luigi Carbone

È inutile parlare di unificazione dei pilastri se il secondo e il terzo non si integrano veramente.

Cesare Pinelli

È vero. Però io penso anche che fra il secondo e il terzo pilastro resterà una notevole differenza. Infatti mi riferivo solo alla libertà sicurezza e giustizia, perché penso che l'incidenza sull'integrazione della politica estera riguardi più gli Stati che i popoli europei.

Gianluigi Tosato

Forse non è superfluo ricordare che l'Europa giudiziaria ha preceduto largamente l'Europa politica. L'Europa giudiziaria si è sviluppata secondo un certo modello di federalismo giudiziario. Nel settore civile essa ha preso avvio fin dal 1968, con la Convenzione di Bruxelles, che ha istituito una collaborazione orizzontale fra i giudici dei vari Stati membri basata sul principio del mutuo riconoscimento. Adesso questa Europa giudiziaria si sta estendendo dal settore civile al settore penale: mi pare che sia una marcia difficilmente arrestabile e che quindi andrà avanti. Potrà assumere forme diverse; e naturalmente, siccome i beni coinvolti sono beni così importanti come quello della libertà personale, non c'è da stupirsi che il settore penale formi

oggetto di particolare attenzione e cautele. Ma non trascuriamo che ci sono anche altri beni come la libertà contrattuale e la proprietà, che non sono di scarso rilievo e rispetto ai quali il sistema giudiziario europeo funziona bene da tempo.

Luigi Carbone

Ma questo perché c'erano delle norme che consentivano ai giudici di fare il lavoro che hanno fatto: soprattutto in campo amministrativo, pensiamo agli appalti, e in una parte del civile. Nel penale ci sono problemi giganteschi perché non ci sono le norme, e se si resta di fatto in pilastri separati i giudici non potranno fare quel lavoro.

Gianluigi Tosato

Una sola osservazione. Nel campo civile e commerciale l'integrazione commerciale è andata avanti sulla base non di una unificazione delle norme, ma del principio del riconoscimento reciproco delle legislazioni.

Vito Monetti

Volevo soltanto ricordare la contraddizione che si è vissuta in questi anni, certe evenienze politico-istituzionali abbastanza recenti. Pensiamo alle resistenze che si sono manifestate nel nostro Parlamento, nella nostra maggioranza in Parlamento, verso o contro il mandato di arresto europeo. Certe grossolanità di cui hanno riferito i giornali: adesso arriva un giudice, un pubblico ministero da chissà dove e mi arresta.

È la situazione del gatto che si rincorre la coda. Noi vediamo che non si spinge perché venga definito – a livello europeo – questo quadro di garanzie minime indispensabili per le persone coinvolte nei processi e nelle procedure di cooperazione penale. E con questo ci si dà l'alibi per non dare esecuzione agli obblighi che ci siamo assunti a livello europeo per migliorare quella cooperazione internazionale in materia penale. Quindi da una parte si rimane fermi e dall'altra parte si protesta un po' a vuoto.

Finisco soltanto ricordando veramente e drammaticamente la questione del terrorismo, che è un fatto vero, che però nel nostro continente deve avere la risposta del diritto. E finora, ragionevolmente, ha avuto la risposta del diritto e non quella militare, come altrove è avvenuto. Il terrorismo, i suoi tremendi crimini, violano diritti essenziali dell'uomo. Come avevo cercato di dire, tutto questo deve avere per forza una risposta, che non può essere che a livello europeo. Ma allo stesso tempo una risposta che deve passare rigidissimamente attraverso la via, più stretta e più difficile, del rispetto delle garanzie nel processo.

STELIO MANGIAMELI

Due brevissime notazioni: la prima è solo una informazione. Ci sono due gruppi di lavoro a livello europeo che siedono si può dire permanentemente: uno sul diritto dei contratti ed uno sul diritto di famiglia europeo, che stanno procedendo ad un esame della Costituzione europea di questi due settori che è estremamente interessante.

Questo conferma quanto sottolineava Tosato anche in relazione al federalismo giudiziario.

La seconda riguarda la necessità, a livello europeo, di una tutela dei diritti organizzata anche giudiziariamente; e riprendo un profilo in parte considerato nell'*incipit* dell'intervento di Monetti, e cioè a dire Eurojust serve sostanzialmente a rendere certi una serie di diritti costituzionali in ambito europeo: di qui, la necessità del rapporto con la Cedu e la costituzionalizzazione della Carta dei diritti.

Direi che questo aspetto del Trattato costituzionale apre oggi anche un ambito di riflessione necessario, nel senso che il diritto europeo ha mostrato in questi anni una capacità di incidenza sugli ordinamenti interni che non si è limitata alle norme legislative, come comunemente si crede, ma ha toccato anche le norme costituzionali, e cioè in modo particolare quelle norme che riguardano i diritti costituzionali dei cittadini.

In fondo, quella vecchia giurisprudenza della Corte costituzionale italiana e del *Bundesverfassungsgericht* con le sentenze Solange, prima, e la Maastricht-Urteil, poi, indicavano nella tutela dei diritti inviolabili in Italia e dei diritti fondamentali in Germania una ipotetica barriera, al di là della quale, nel caso di una eventuale menomazione, le Corti costituzionali interne avrebbero riassunto il controllo del processo di integrazione dal punto di vista giudiziario.

Sappiamo che questa in realtà è stata una clausola di stile: rassicurante, forse; ma alla quale non ha corrisposto lo sviluppo effettivo dell'ordinamento europeo.

Dal punto di vista effettivo il diritto europeo derivato ha una forza giuridica superiore a quella delle norme dei diritti garantiti nelle Costituzioni interne. L'esempio più evidente è dato da una sentenza della Corte di Giustizia del 2000, quella sul caso Kreil che riguardava una norma della Costituzione tedesca in materia di diritti fondamentali, in cui si è visto che il diritto europeo ha una carica, una *vis* diretta anche nei confronti dei diritti costituzionalmente tutelati.

Di qui, non la mera opportunità, ma la necessità di un sistema europeo di tutela dei diritti, cioè di una Costituzione europea che riguarda in modo particolare i diritti, senza della quale non è possibile più veramente parlare di un diritto costituzionale.

Da questo punto di vista, come diceva Monetti all'inizio, fondamentale è il rapporto tra un sistema costituzionale europeo dei diritti e il ruolo della giustizia che deve essere unificato sul piano europeo.

Questo mi sembra uno dei momenti più importanti dell'affermazione della Costituzione europea, anche in relazione agli elementi del costituzionalismo classico, che sono due: il primo è la divisione dei poteri, e qui il sistema europeo sembra seguire di più l'impostazione che non c'è una vera e propria divisione dei poteri; il secondo

elemento è il riconoscimento dei diritti. Ora, da questo punto di vista il Trattato costituzionale colma una grossa lacuna, con l'incorporazione della Carta di Nizza. Con la realizzazione di *Eurojust* potrebbe anche darsi una concretezza ulteriore.

Cesare Pinelli

Il tema del coordinamento delle politiche estere degli Stati membri dell'Unione, è oggetto di attenzione quotidiana sui giornali. A vostro avviso il Trattato costituzionale complica, semplifica o mantiene inalterato il quadro istituzionale precedente? Costituisce un'innovazione significativa, almeno dal punto di vista istituzionale, la nuova figura del ministro degli esteri?

Nicola Verola

Come in tutte le cose, anche in questo campo, ci sono delle luci e delle ombre. Un giudizio estremamente sintetico che si potrebbe dare delle innovazioni della Costituzione in quest'ambito è il seguente: sono state aperte delle finestre per futuri progressi nel campo della politica estera comune, anche se forse non sono state sfruttate appieno tutte le potenzialità della Costituzione.

Io dividerei le innovazioni del Trattato costituzionale sostanzialmente in tre categorie: le innovazioni istituzionali; quelle relative alle procedure decisionali e quelle che riguardano la politica di difesa.

Probabilmente l'innovazione più grande riguarda gli assetti istituzionali con la creazione, come è stato accennato in precedenza, del ministro degli esteri.

È bene accennare in maniera estremamente sintetica alla situazione attuale per comprendere la portata della novità. Attualmente vi è in pratica una diarchia sotto il profilo delle relazioni esterne dell'Unione. Da un lato c'è la Commissione e in particolare il Commissario con la delega per le relazioni esterne, che segue soprattutto la proiezione esterna delle politiche del primo pilastro. E dall'altro lato, per gli aspetti politico-diplomatici abbiamo, oltre alla presidenza, il Segretario Generale del Consiglio-Alto Rappresentante. Quest'ultimo è quindi una espressione del Consiglio, mentre il commissario *relex* è una espressione della Commissione.

L'innovazione della Costituzione è stata di fondere queste due figure creando un ibrido: il Ministro degli Affari Esteri dell'Unione. Questo signore avrà un "doppio cappello", perché unificherà con una sorta di unione personale il regno del commissario *relex* e le competenze dell'Alto Rappresentante, in alcuni casi accrescendole ulteriormente. Quindi sotto il profilo delle competenze, questo Giano bifronte, è al tempo stesso Commissario e mandatario degli Stati membri. La sua prima "faccia" è quella di membro della Commissione, anzi, di Vice Presidente dell'Esecutivo Comunitario. Quindi per le cosiddette "materie *relex*", che riguardano le attuali competenze della Commissione, il Ministro è soggetto al principio di collegialità. All'atto pratico bisognerà vedere come si svilupperà il suo ruolo, soprattutto nei confronti

degli altri commissari che prevedibilmente avranno competenze in materia di relazioni esterne: penso al commissario per il commercio con l'estero e al commissario per lo sviluppo. Tendenzialmente, essendo vice-presidente della Commissione, il MAE dovrebbe sviluppare delle funzioni di coordinamento "forte" anche all'interno del Collegio dei Commissari. Ma molto dipenderà dagli equilibri che si creeranno nella pratica.

L'altra faccia di questa figura istituzionale ibrida è appunto quella consiliare. Sotto questo aspetto il MAE non agirà in qualità di membro della Commissione, e non sarà quindi soggetto al principio di collegialità. Piuttosto, sarà espressione del Consiglio, direi mandatario degli Stati membri. E sempre sotto questo aspetto avrà un ruolo estremamente importante nell'assicurare la coerenza fra la politica estera di sicurezza e le attuali materie *relex*.

Il suo ruolo sotto questo cappello consiliare sarà rafforzato dal fatto che la Costituzione gli attribuisce esplicitamente la presidenza del Consiglio relazioni esterne. Questo in primo luogo per evitare che si crei una dicotomia con la presidenza di turno ed in secondo luogo per rafforzare le funzioni di coordinamento del MAE. Spetterà a quest'ultimo assicurare la coerenza dell'azione esterna dell'Unione e degli Stati membri.

Sotto questo aspetto i poteri del MAE sono molto più sviluppati rispetto all'attuale Alto Rappresentante. Perché il Trattato attuale dice che l'Alto Rappresentante assiste la presidenza, insomma gli dà sostanzialmente una funzione "ancillare" rispetto al Consiglio.

Invece il ministro degli esteri presiederà il Consiglio relazioni ed avrà un diritto di iniziativa autonoma. Potrà proporre delle iniziative politiche al Consiglio e portarle avanti. Inoltre, avrà una funzione di rappresentanza esterna immediata e non solo "filtrata" in ogni momento dalla Presidenza di turno e dal Consiglio.

Insomma prima si era accennato al numero di telefono che Kissinger reclamava per l'Europa. Tutto sommato … si può dire che, finalmente, con il MAE questa richiesta è stata esaudita. Forse non ancora un … videocitofono, ma se non altro una valida segreteria telefonica ora l'abbiamo. Ora questo non vuol dire che il ministro degli esteri avrà le prerogative che ha attualmente un ministro degli esteri nazionali Per forza di cose dovrà agire con una certa cautela per non rischiare di farsi smentire dagli Stati membri. Tuttavia, rispetto all'attuale Alto Rappresentante sarà molto più forte. Anche perché unirà alla "*moral suasion*", che avrà in quanto rappresentante del Consiglio, gli strumenti che gli derivano dalla sua eredità commissariale: dalla possibilità di gestire gli accordi di associazione ai programmi di cooperazione economica e finanziarie. Quindi avrà sicuramente più "muscoli" rispetto a quanto non ne abbiano ora, separatamente, il commissario *relex* e l'altro rappresentante.

Un ulteriore vantaggio del Ministro degli Affari Esteri riguarda la coerenza delle politiche. Il sistema attuale non garantisce affatto che il Commissario per le relazioni esterne e l'Alto Rappresentante agiscano in maniera coerente. La convivenza ha funzionato finora ma potrebbe non funzionare in futuro. Anche perché ora come ora c'è di fatto una concorrenza "corporativa" fra il Segretariato del Consiglio che fa capo a

Solana e la Direzione Generale della Commissione. Non è affatto detto che le strutture burocratiche si parlino. Molto spesso lo fanno, alcune volte non lo fanno. E bisogna dire che l'attuale frammentazione dei ruoli non è la più adatta ad incoraggiare la collaborazione.

L'auspicio è che il ministro degli esteri ci riesca meglio. E da questo punto di vista è molto importante il dibattito che si sta aprendo ora, perché la dichiarazione legata alla Costituzione dice che si comincerà a parlare immediatamente dopo la firma del servizio per le relazioni estere, il Servizio diplomatico dell'Unione. Si tratterà di un negoziato importante, perché questa struttura dovrebbe fare da nucleo di coordinamento della PESC. Se ci si limitasse a un'unione all'apice e si mantenessero completamente separate le strutture delle burocratiche sottostanti, l'effetto unificante della figura del ministro degli esteri verrebbe in larga parte svuotato.

Dicevo della cautela con cui il ministro degli esteri dovrà muoversi necessariamente. Questo ci porta alla seconda area tematica a cui accennavo all'inizio, che è quella delle procedure decisionali.

Purtroppo, a fronte delle innovazioni istituzionali cui abbiamo accennato, la Costituzione non propone innovazioni di rilievo comparabile sotto il profilo delle procedure decisionali. Malgrado la soppressione dei pilastri, nella Pesc la regola rimane in sostanza il principio dell'unanimità.

L'art. 300 della terza parte ripropone, in larga misura, l'art. 23, con una piccola eccezione: l'introduzione di una nuova procedura di voto che consente, in determinate circostanze, di applicare il voto a maggioranza qualificata alla PESC.

Ciò avviene quando il Consiglio europeo invita il ministro degli esteri a presentare una proposta. In questo caso, il ministro degli esteri presenta una proposta al Consiglio, che a quel punto decide a maggioranza qualificata.

Alcuni tendono un po' a liquidare questa innovazione affermando che il Consiglio europeo non inviterà mai il ministro degli esteri a presentare una proposta, e che quindi la regola rimarrà l'unanimità. Può darsi. Può darsi però anche che all'atto pratico si realizzi una sorta di "*dérapage* controllato". In alcuni casi il Consiglio europeo potrà decidere "al buio" di far sì che l'Unione possa agire, invitando il Ministro a fare una proposta senza conoscerne in anticipo i contenuti. Su questa base, il Consiglio potrà poi votare a maggioranza qualificata. Può darsi che questa disposizione rimarrà del tutto svuotata, come le disposizioni attuali che prevedono il voto a maggioranza sulla base di una strategia comune. Può darsi invece che nella gestione pratica dei dossier si decida con una certa frequenza di consegnare una sorta di "assegno in bianco" al Ministro degli Affari Esteri. Molto dipende dal tipo di sensibilità che si verranno a creare.

In campi in cui esistono preferenze particolarmente intense o vi sono divisioni marcate fra Stati membri, è difficile che al Consiglio europeo ci si metta d'accordo per correre il rischio di una procedura a maggioranza qualificata. Nessuno vorrà correre il rischio di restare in minoranza. In altri campi però può darsi che il rischio non sia poi percepito come qualcosa di intollerabile e che quindi, tutto sommato, si ritenga vantaggioso dare il via libera a questa procedura.

Non bisogna poi dimenticare che la Costituzione contiene anche una norma-pas-

serella, che è il par. 7 dell'art. 40 che consente di passare alla maggioranza qualificata per l'insieme della PESC. Ora è difficile che questo si realizzi per un'improvvisa illuminazione degli Stati membri. Però la possibilità, almeno teorica, è contemplata dalla Costituzione.

Accenno brevissimamente alla terza area di innovazione, che è quella che riguarda la politica di difesa.

Innanzitutto è una cosa significativa che, con la Costituzione, la politica di difesa – che è stata in un primo momento un lontano parente della Pesc, poi con Amsterdam e Nizza un "ospite" più o meno ben accetto delle disposizioni dei Trattati – ; diventa finalmente parte integrante della Pesc. Viene normalizzata diciamo, anche con tutta una serie di specificità.

Fra le innovazioni vanno annoverate, innanzitutto, l'ampliamento delle cosiddette "missioni Petersberg", cioè delle missioni operative che possono essere portate avanti dall'Unione in quanto tale. Le fattispecie previste dalla Costituzione sono molto più numerose rispetto a quanto contemplato dagli attuali Trattati, e comprendono azioni di disarmo, di consulenza, di assistenza. E poi ci sono gli artt. 309 e 310 della terza parte della Costituzione, in base ai quali alcuni Stati possono essere autorizzati dal Consiglio a portare avanti determinate missioni. Si tratta, se vogliamo, di una forma di cooperazione rinforzata, che il Consiglio potrà autorizzare caso per caso.

La seconda innovazione è la cooperazione strutturata permanente, citata dall'art. 41 della prima parte, e dall'art. 310 della terza parte. Sostanzialmente, questa cooperazione strutturata consente agli Stati che lo desiderino, e che ne abbiano soprattutto i mezzi, di cooperare più intensamente nello sviluppo delle loro capacità militari. Queste disposizioni sono poi precisate da un Protocollo *ad hoc* che stabiliscono i criteri che devono essere rispettati per far sì che questi Stati membri possano sviluppare la loro cooperazione strutturata permanente in questo ambito.

Un'altra innovazione è l'impegno per la difesa reciproca che è contenuto nel par. 7 dell'art. 41 della prima parte. Questa clausola ricalca in larga misura l'art. V del Trattato UEO ed impegna gli Stati membri a soccorrere "con tutti i mezzi a loro disposizione" uno Stato membro vittima di una aggressione. Da questo punto di vista, la clausola di difesa reciproca va distinta dalla clausola di solidarietà che pur essendo contigua non è tecnicamente parte della politica di difesa. Questa clausola stabilisce un obbligo politico a prestare aiuto ad uno Stato membro vittima di un attacco terroristico o di una calamità naturale però, non stabilisce che cosa gli altri Stati membri debbano fare. Costituisce quindi un obbligo politico più che giuridico.

E infine va menzionata, fra le novità, l'agenzia europea della difesa, che, come dice il nome, dovrebbe facilitare lo sviluppo delle capacità di difesa, la ricerca, gli armamenti (soprattutto sotto il profilo della interoperabilità e compatibilità dei diversi sistemi di difesa). In larga misura, questa innovazione è stata già anticipata con decisione del Consiglio. Ma il fatto che questo processo venga "costituzionalizzato" rappresenta senz'altro un progresso.

Gianluigi Tosato

Veramente due o tre battute flash in materia di politica estera così ben schematizzata da Verola.

Primo: l'aspetto istituzionale. Quella del Ministero degli esteri europeo è una grande novità; si tratta di una figura non paragonabile con l'attuale segretario generale, alto rappresentante, per le ragioni che sono state molto bene illustrate.

Il servizio diplomatico europeo è un'altra rilevante novità. Credo di averne trovato conferma in un discorso del ministro degli esteri francese Barnier ai suoi diplomatici. Rivolgendosi ai suoi interlocutori ha detto: badate bene che noi dobbiamo seguire con estrema attenzione la formazione del servizio diplomatico europeo ed assicurarci al suo interno una presenza importante. Mi pare un riconoscimento molto significativo. Peraltro, in materia di istituzioni, bisogna vedere le singole personalità che entreranno in gioco. Solana è già stato designato al posto di Ministro degli esteri e di lui già si conoscono le qualità. Dipenderà da come saprà rapportarsi con il presidente del Consiglio europeo e il presidente della Commissione, perché avrà bisogno dell'uno e dell'altro per poter esercitare pienamente le sue funzioni. E dipenderà da come i due presidenti si sintonizzeranno fra di loro. Se lavoreranno in armonia di intenti, la politica estera dell'Unione e il ruolo del Ministro degli esteri riceveranno una notevole spinta propulsiva. Il rischio è però che si mettano a litigare, a sovrapporsi, e quindi ad ostacolarsi fra di loro.

Secondo punto, quello delle procedure. È chiaro che il principio è sempre quella dell'unanimità, salvo le aperture di cui si è detto. Penso però che nel nuovo contesto istituzionale dovrebbero funzionare in maniera diversa due istituti che già esistono, ma hanno avuto fin qui scarsa possibilità di utilizzo: l'astensione costruttiva e la cooperazione rafforzata (questa a partire da Nizza). Adesso, in una struttura che fa perno sulla presidenza del Consiglio relazioni esterne affidata al ministro degli esteri, credo che si possano costituire i presupposti per un funzionamento effettivo di questi istituti.

Terzo punto, quello della difesa. Come è stato sottolineato, nell'ambito della difesa le novità sono due, la cooperazione rafforzata in singoli casi, cioè la possibilità che venga dato a singoli paesi il mandato di condurre determinate operazioni per conto dell'Unione, e la cooperazione strutturata, che è una forma di cooperazione rafforzata per settori. Si noti che, mentre la cooperazione rafforzata in politica estera deve essere autorizzata all'unanimità, la cooperazione strutturata in materia di difesa può seguire strade diverse: in parte è già prefigurata nell'allegato del Trattato costituzionale e in parte può esplicarsi successivamente con decisioni a maggioranza.

Concludo osservando che in materia di difesa c'è bisogno di più Europa. Lo evidenzia tra l'altro il fatto che talune novità del Trattato costituzionale relative a questo settore sono già state attuate, dunque in anticipo rispetto all'entrata in vigore del Trattato (ad es. l'Agenzia per gli armamenti). E qui si aprirebbe un discorso più ampio, quello delle anticipazioni del Trattato costituzionale.

IV

I LIBRI

F. Fernandez Segado (cur.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, Dykinson, Madrid, 2003.

Recensione di *Antonio Ruggeri*

Debbo subito un'avvertenza al lettore e delle scuse al curatore. Questa non è una *recensione*, nel senso proprio del termine, e neppure una *presentazione*, nell'accezione ugualmente impegnativa con la quale si è soliti intendere una più o meno organica o compiuta rappresentazione dei contenuti e dei tratti in genere maggiormente salienti ed espressivi di un'opera. Non è l'una, dal momento che mi parrebbe impossibile far luogo ad una riflessione critica su un'opera così vasta, complessa, internamente varia ed articolata, che racchiude contributi di oltre cento giuristi di tutta Europa, delle più disparate preferenze di studio e tendenze metodico-teoriche: quanto meno, non riuscirebbe a me di farlo, che non posseggo se non limitatissime conoscenze su molti dei temi trattati, assai lontani dai miei interessi e percorsi di ricerca. Non è neppure la seconda, che risulterebbe inutile e, anzi, sfigurerebbe al confronto con quella, densissima pur nella ristrettezza dello spazio occupato, fatta dallo stesso curatore. Diciamo pure, allora, che è una semplice *segnalazione*, corredata da qualche sparsa riflessione su alcuni aspetti di ordine prevalentemente metodologico stimolata dalla lettura del libro.

L'opera colpisce e affascina, innanzi tutto, per le sue dimensioni; e va subito tributato a F. Fernández Segado il merito di esser riuscito di portare a termine un progetto di ricerca che avrebbe sbigottito – non esito a dire – moltissimi, pur coraggiosi studiosi. È vero che la fortuna, alle volte, aiuta i temerari; ma qui non si tratta solo di questo, perché se il progetto è riuscito a giungere in porto – a mia opinione, nel migliore dei modi – ciò si deve, innanzi tutto, all'elevata considerazione di cui il curatore gode in seno alla comunità scientifica internazionale (e – va detto – non dei soli costituzionalisti) e, quindi, alle sue non comuni capacità di infaticabile promotore ed organizzatore di iniziative culturali, oltre che di studioso impegnato in prima persona nello svolgimento di ricerche di particolare ampiezza di respiro (solo di sfuggita rammento che Fernández Segado, poco più che cinquantenne, è autore di circa cinquecento pubblicazioni, non poche delle quali in forma monografica!).

Al di là dei meriti indiscussi del curatore, il fatto stesso che un'opera davvero monumentale sia riuscita, in un ragionevole torno di tempo dal suo avvio, a venire alla luce testimonia, a mio modo di vedere, almeno due cose.

In primo luogo, è il segno di un atto di omaggio, sentito e doveroso, che l'intera comunità internazionale ha voluto rendere alla Costituzione spagnola postfranchista, per i valori di cui è espressione, ispirati al più ampio riconoscimento del pluralismo sociale ed istituzionale, ed ancora per la modernità dell'impianto organizzativo, per un verso volto ad un'equilibrata distribuzione del potere in seno all'apparato statale e ad un suo particolarmente marcato decentramento su basi territoriali e, per un altro verso, aperto alla Comunità internazionale ed all'Unione Europea (prospettiva, specie quest'ultima, insistentemente coltivata dai contributi qui riuniti, tanto da esser giustamente messa in rilievo nel titolo).

Non però di un semplice, cerimonioso omaggio si tratta. Come mostra la gran parte degli scritti, la Carta del '78 si è imposta alla generale attenzione specie per le sue non poche, originali soluzioni, di struttura e di contenuti, proponendosi come un «modello» largamente da imitare, specie da parte degli artefici di riforme istituzionali a largo raggio; ed è superfluo, al riguardo, qui sottolineare la forte attrazione esercitata sui nostri «progettisti» specie per ciò che concerne l'articolazione dei poteri su scala territoriale, per quanto – ahimè – non poco vistoso rimanga lo stacco tra l'impianto incentrato sulle *Comunidades autonomas* e quello, assai meno avanzato lungo la via della promozione e della diversificazione delle autonomie, da noi adottato con la riforma del 2001 (nulla, poi, intendo ora

dire dell'inopinata proposta, fatta propria dal progetto di «maxiriforma» licenziato dal Senato in prima lettura nel marzo scorso, con la quale si vorrebbe rimosso, ancora prima che ne sia avviata la sperimentazione, il modulo di «flessibilizzazione» delle autonomie regionali fissato all'ultimo comma dell'art. 116, che in qualche modo avrebbe potuto accorciare la distanza tra il nostro ed il modello spagnolo).

In secondo luogo, l'omaggio è alla dottrina giuridica (segnatamente a quella costituzionalistica) spagnola, che dopo la caduta del regime è riuscita, in un tempo davvero straordinariamente breve, a rigenerarsi culturalmente, nel metodo di ricerca prima ancora che per gli esiti teorici della stessa, al punto da entrare a pieno titolo tra le più accreditate e ricche di apporti scientifici di primo piano, «dialogando» finalmente alla pari con altre, blasonate dottrine (europee e non). Una cultura giuridica, quella iberica, che non si è rinchiusa in se stessa, in una sorta di *«nazionalismo» teorico*, altrove non ancora del tutto superato benché ormai privo di senso alcuno, ma che ha inteso concorrere, per la sua parte, all'accumulo ed alla conformazione, ormai avanzati, del «patrimonio culturale europeo». Ed è sufficiente al riguardo anche solo scorrere il libro per avvedersi di quanto numerosi siano i riferimenti alla dottrina spagnola, non rituali ma pertinenti in rapporto alle questioni di volta in volta trattate: tanto più apprezzabili, se si considera che, per una scelta editoriale coraggiosa posta a base dell'opera, quest'ultima non racchiude in sé contributi degli stessi studiosi spagnoli; ed è risaputo che i riferimenti in seno ad una cerchia culturale ristretta, i cui componenti si conoscono bene l'un l'altro, sono assai più agevoli e frequenti di quelli che usualmente si hanno in uno scenario più vasto. Da un certo punto di vista (e, segnatamente, dal nostro, di operatori culturali non spagnoli), è un peccato che non si sia dato spazio anche agli autori di casa, se non altro per la più diretta conoscenza che essi hanno di esperienze a noi non familiari. D'altro canto, però, si comprende ed apprezza l'opzione fatta, nel senso di affidare per intero ad osservatori – come dire? – «neutri» ed imparziali il vaglio di ciò che finora ha dato (ma anche, circolarmente, ricevuto) la Spagna all'incontro con altre culture, alcune delle quali (e qui il richiamo è particolarmente ai Paesi dell'Est europeo) non poco distanti, pur nello sforzo poderoso da ultimo prodotto per il reciproco avvicinamento.

Senza ora entrare nel merito degli scritti, dei problemi dagli stessi affrontati e delle soluzioni per essi proposte, ciò che – come si diceva – sarebbe impossibile –, già solo la lettura dell'indice dà conferma dell'esistenza di un *doppio processo culturale* ormai avanzato, seppur non ancora giunto a compiuta maturazione, peraltro l'uno all'altro strettamente intrecciato, sì da rendersi incomprensibili se non riguardati in modo congiunto.

Sta forse proprio qui il punto sul quale converrebbe, a mia opinione, ulteriormente riflettere (ovviamente, in una sede a ciò specificamente dedicata), verificando quali possibili sviluppi si diano alla vicenda culturale europea del prossimo futuro.

Per un verso, la varietà dei temi fatti oggetto di studio (e mi richiamo ora, specificamente, a quelli di diritto costituzionale) testimonia la *crescente espansione della «materia» costituzionale* rispetto alle sue passate (ed ancora recenti) dimensioni. Specie per merito della giurisprudenza costituzionale (e, ora, anche di quella comunitaria), cui giustamente nel libro si fanno continui riferimenti, si è assistito alla *«costituzionalizzazione» di materie* un tempo ritenute al di fuori della portata della Costituzione e dei costituzionalisti. L'area coperta dalla riflessione della nostra dottrina si è, insomma, enormemente dilatata e promette di farsi sempre più larga, man mano che a certi interessi via via emergenti si riconosca – non saprei ora dire se per una convenzione o una vera e propria consuetudine culturale diffusa – tono o rilievo costituzionale.

Il fenomeno non va visto solo in chiave positiva; piuttosto, fa correre dei rischi alla Costituzione, di cui non saprei ora dire fino a che punto si abbia piena consapevolezza.

Riportare, infatti, al piano della «materia» costituzionale interessi un tempo ad essa estranei equivale, nei fatti, a sovraccaricare la Costituzione di un compito qualificatorio per il quale essa non sempre è adeguatamente attrezzata (rilievo, questo, che vale per Carte, come quella italiana, che hanno ormai oltre cinquant'anni di vita ma che, seppur in minor misura, può dirigersi anche nei riguardi di Carte, come quella spagnola o la greca, di più recente scrittura). La qual cosa può, poi, alimentare forti delusioni per il caso che si ritenga «sregolata» o insufficientemente regolata la materia stessa da parte della legge fondamentale e piuttosto abbandonata a contingenti ed approssimative discipline di legge comune, quando non, addirittura, a «regolarità» politiche ovvero ad orientamenti giurisprudenziali dotati di problematica coerenza interna e stabilità: le une e gli altri posti in essere – come dire? – *in via sussidiaria*, in attesa della loro necessaria e/o opportuna regolazione da parte di altre fonti.

Insisto particolarmente sul ruolo al riguardo svolto dalla giurisprudenza costituzionale.

Nessuno, ovviamente, contesta l'apporto che quest'ultima ha dato (e dà) alla stabilizzazione di significati costituzionali che, per altra via, non avrebbe potuto (né potrebbe) verosimilmente aversi, specie con riguardo alle formule maggiormente carenti o – diciamo pure – inespressive della Carta. Ogni medaglia ha, però, il suo rovescio; e il fatto stesso che i tribunali costituzionali si pronunzino su questioni portate al loro giudizio, nella varietà dei casi e delle loro possibili soluzioni, tende naturalmente ad accreditare l'idea che la Costituzione possa parlare su *tutto* e che su ogni controversia, insomma, ci sia il *punto di vista* della Costituzione, reso esplicito dall'interpretazione «quasi autentica» offerta dalla sua vestale, il tribunale costituzionale.

In realtà, non è così; quanto meno, non lo è a mio modo di vedere, se si conviene che gli interessi di tono genuinamente costituzionale sono comunque limitati e che è giusto che sia così, proprio perché se ne abbia la distinzione da interessi di altra natura, di cui è bene dunque che si facciano esclusivo carico le leggi comuni (o atti ancora discendenti) o, addirittura, che non se ne faccia carico il diritto in genere, affidandosene piuttosto la cura alla politica, alla morale o ad altro ancora.

È vero anche l'inverso: che si danno interessi di tono costituzionale indebitamente trascurati dalla Carta e dagli strumenti di regolazione costituzionale in genere, per la elementare ragione che il diritto non di rado arriva tardi a prendere consapevolezza di ciò che gli spetta e di cui ha l'obbligo di farsi cura: interessi, dunque, che richiederebbero, perlomeno a mia opinione, di esser fatti oggetto di una prima, essenziale disciplina con legge costituzionale (così a riguardo della bioetica o delle comunicazioni), se non altro al fine di offrire al legislatore ed agli stessi pratici del diritto (compresi i massimi garanti …) un orientamento circa il modo con cui far luogo alle particolarmente delicate e complesse operazioni di «bilanciamento» dagli stessi richieste. *Prima* ed *essenziale*, si è appena detto, dal momento che, al pari del difetto irragionevole di disciplina costituzionale, anche l'*eccesso di costituzionalizzazione*, sia per ciò che attiene ad alcune materie che per il modo della loro regolazione, non porta un buon servizio alla Costituzione, alimentando attese o pretese che non possono (e non devono) essere soddisfatte a mezzo di una normazione costituzionale innaturalmente minuta ed espansa o, addirittura, ad una normazione siffatta, puramente e semplicemente. Che, poi, i principi fondamentali dell'ordinamento posseggano in sé la forza per illuminare ogni angolo, anche il più recondito, del campo costituzionale, non si dubita; i principi, però, proprio perché tali, vale a dire per la loro natura di «fondamenti» dell'intero ordine giuridico, sono di *tutti*: partecipano, in modo primario, della formazione culturale di ogni giurista (e – par quasi superfluo rammentare – non dei soli studiosi del diritto) ed è, perciò, naturale che ciascun operatore (culturale o istituzionale) ne faccia oggetto di studio o di appli-

cazione, per le esigenze ricostruttive che fanno capo alla branca di appartenenza. I principi non sono, insomma, dominio privilegiato od esclusivo del costituzionalista, per quanto quest'ultimo possieda una particolare sensibilità, di ordine assiologico-sistematico, che altri cultori del diritto non hanno. In fondo, se ci si pensa, proprio qui è il punto di differenziazione tra chi studia il diritto costituzionale e chi fa altro: che quest'ultimo fa capo a singole norme della legge fondamentale, di suo specifico interesse, intendendone peculiarmente il senso; il primo, invece, senza ignorare gli apporti provenienti *ab extra* (quanto meno così, secondo «modello», dovrebbe essere …), guarda piuttosto al *tutto*, ai singoli principi nel loro comporsi dinamicamente in unità significante, nel loro fare «sistema» insomma. La prospettiva dell'uno è, dunque, inevitabilmente parziale (o – come suol dirsi – «settoriale»); quella dell'altro tende, di contro, ad *universalizzarsi*.

È ovvio che ciascuno vede le cose *dal proprio punto di vista*; e, in questo senso, la relatività della qualificazione e della ricostruzione rimane, ad ogni modo, insuperabile. Di ogni principio fondamentale dell'ordinamento, come pure di ogni norma costituzionale comunque interessante specifiche discipline giuridiche, può dirsi che si ha, ad un tempo, un'accezione diffusa (o dominante) all'interno della dottrina di settore ed un'altra, non necessariamente coincidente con la prima (ed, anzi, alle volte, assai discosta da quest'ultima), circolante tra i costituzionalisti. La verità è che l'analisi e la sintesi abbisognano comunque l'una dell'altra: nel circolo ermeneutico, d'altronde, non si dà né *prius* né *posterius*; si danno forme o strumenti di conoscenza bisognosi comunque di confrontarsi gli uni gli altri e – fin dove possibile – d'integrarsi, per comporsi appunto in un «sistema culturale» essenzialmente unitario, seppur internamente non poco articolato.

Ed allora il fatto che i principi, ai quali costantemente volge lo sguardo il costituzionalista, coprano l'intero campo dell'esperienza giuridica non per ciò solo lo trasforma in un «tuttologo» né, pertanto, lo abilita ad un impegno di ricerca smisurato («erculeo», direbbe Dworkin), tale da sovrapporsi a quello dei cultori di altre discipline, fino a scacciarli dai campi loro propri.

Il vero è, piuttosto, che anche tali campi sono, a loro volta, cresciuti (non saprei dire se nella stessa o in una diversa misura del nostro). Di qui (e passo così al secondo processo) la spinta formidabile, che viene un po' da tutte le parti, per lo studio interdisciplinare di istituti che, pur possedendo ciascuno una propria specificità che li fa attrarre maggiormente nell'orbita di questa o quella disciplina, ugualmente presentano implicazioni, ora più ed ora meno consistenti, per le discipline confinanti.

Di siffatta tendenza alla riflessione in chiave «integrata» il libro offre numerose, inequivoche testimonianze, per quanto ciò possa invero dirsi più del libro in sé e per sé che per i suoi singoli contributi, ciascuno dei quali porta piuttosto il marchio indelebile dell'estrazione culturale di chi ne è autore. Purtroppo, la professione di fede (convinta, incondizionata, indiscutibile) a favore dell'*interdisciplinarietà* assai di rado si traduce in pratiche di studio conseguenti; e, in realtà, il più delle volte essa si converte (e, a conti fatti, snatura e distorce) in una sorta di *multidisciplinarietà di risulta*, quale ad es. si ha in occasione dello svolgimento di convegni (e incontri in genere) ai quali partecipino studiosi di più branche del diritto, chiamati a confrontarsi su un medesimo oggetto. E dire, però, che accanto a discipline tradizionalmente di frontiera (penso, ad es., al diritto ecclesiastico) si danno ormai alcuni terreni particolarmente fertili per la crescita della pianta della interdisciplinarietà, quale quello su cui maturano le esperienze del c.d. «diritto europeo»: espressione, quest'ultima, riassuntiva (e di comodo), che denota un vero e proprio crocevia verso il quale convergono studi di vario orientamento.

Il libro dà un'ulteriore, particolarmente significativa conferma del carattere accentuatamente «transnazionale» del diritto costituzionale. Ormai solo alcuni temi «classi-

ci», che hanno fatto la storia della nostra disciplina (a partire da quelli legati alla tipologia delle forme di governo ed ai modi di distribuzione della funzione d'indirizzo politico), sembrano in alcune loro rappresentazioni resistere (non si sa, però, fino a quando …) alla loro trattazione sulla base dell'antico impianto, peraltro esso pure bisognoso di un corposo rinnovamento. Eppure, in disparte l'esigenza sempre più avvertita di uno studio di siffatti temi in prospettiva comparata, anche le dinamiche della direzione politica non possono più essere comprese appieno in una logica – come dire? – «curtense» o «autoreferenziale», che ha riguardo esclusivamente a fatti o esperienze di diritto interno, rivisti ovviamente alla luce del quadro politico sottostante a ciascun ordinamento costituzionale. Piuttosto, esse pure richiedono di essere criticamente riconsiderate per il modo con cui certe dinamiche istituzionali prendono corpo in ambito europeo e, da un'angolazione ancora più ampia, in ambito internazionale. Solo la conoscenza di certi meccanismi (particolarmente, ma non solo, di natura economico-sociale), che si attivano a livello europeo ed internazionale, e delle implicazioni che ne derivano nell'ordine interno può dar modo di comprendere in modo adeguato certi fatti apparentemente propri o tipici di quest'ultimo ma che, in realtà, non di rado si presentano fortemente intrecciati con altri fatti aventi le radici da cui maggiormente si alimentano in terreni che stanno fuori dei confini nazionali.

Altri temi ugualmente «classici», poi, diversi da quelli facenti specificamente capo all'organizzazione (e penso ora in particolar modo ai diritti fondamentali), rimangono totalmente incompresi se trattati con antichi metodi e fatti, pertanto, oggetto di schemi qualificatori ugualmente datati, inadeguati allo sviluppo delle discipline positive o della tecnologia (e degli strumenti sempre più subdoli ed incisivi di manipolazione dei dati materiali da quest'ultima apprestati), oltre che inconsapevoli delle forme di mutuo condizionamento esercitato da fonti appartenenti ad ordinamenti diversi: schemi, insomma, elaborati movendo da una prospettiva, ad un tempo, viziata da eccessivo dogmatismo o astrattismo e chiusa insensatamente in se stessa, ora in quanto «nazionalistica» e ora in quanto non interdisciplinare.

I continui riferimenti, alle volte espliciti già nel titolo dei contributi, alla dimensione europea ed internazionale della tutela dei diritti, già solo per questo, denotano il bisogno, largamente avvertito seppur non sempre convenientemente appagato, di uno studio profondamente rinnovato rispetto al passato, idoneo ad alimentarsi sia delle riflessioni già fatte al di fuori delle mura nazionali e sia di quelle, interne o esterne che siano, fatte da cultori di discipline (anche non giuridiche) diverse dalla nostra. Allo stesso tempo, tuttavia, proprio i contributi che denotano la maggiore sensibilità per la trattazione interdisciplinare mostrano quanto sia arduo, davvero problematico, l'effettivo conseguimento di un *sincretismo metodologico* non di facciata, in ragione delle oggettive difficoltà che si frappongono ad un proficuo dialogo tra studiosi che, almeno in parte, parlano un diverso linguaggio. Una volta di più, insomma, il rischio è che l'*interdisciplinarietà* rimanga confinata nei buoni propositi e che piuttosto prenda corpo una pur non inutile e tuttavia complessivamente insoddisfacente *multidisciplinarietà*, quale sommatoria di studi diversi, posti l'uno accanto all'altro e ciascuno dotato di una sua propria, inconfondibile connotazione culturale.

Vi è un punto assai delicato, un vero e proprio «nervo scoperto», su cui è opportuno un supplemento d'indagine, a riguardo della relazione tra il metodo e l'oggetto, su cui dalla lettura del libro si hanno indicazioni di non poco interesse.

Lo svecchiamento del metodo non sempre né necessariamente si accompagna ad uno di oggetto, e – naturalmente – viceversa; e, tuttavia, le implicazioni che si intrattengono, a mia opinione a doppio verso di marcia, tra l'uno e l'altro sono tali da portare comunque a forme nuove di esplorazione scientifica.

Per un verso, *l'oggetto* – mi è parso giusto altrove di dire – *fa il metodo*: le dinamiche della forma di governo, ad es., non possono essere studiate allo stesso modo con cui si studia il sistema delle fonti, per quanto innegabile sia il filo che strettamente lega le une alle altre esperienze. Così, è chiaro che nel momento in cui ci si interroga su come sono gestite le crisi di governo in questo o quell'ordinamento, si è obbligati a dare il giusto rilievo a regolarità politiche di cui si avverte meno il peso quando si passa a verificare qual è il posto di una fonte nel sistema.

Per un altro verso (e circolarmente), però, *il metodo fa l'oggetto*: per la elementare ragione che gli oggetti della pratica giuridica e della stessa riflessione teorica sopra la stessa non sono dei «beni» precostituiti in natura, al pari dei fenomeni della fisica o della chimica, bisognosi unicamente di essere portati alla luce e convenientemente descritti; piuttosto sono delle «invenzioni» o costruzioni intellettuali, certo non artificiose o capricciose, se è vero che – come insegnava S. Pugliatti – il diritto è (e nella sua essenza rimane) «scienza pratica», fatta dall'uomo per l'uomo.

Mi affido ad un paragone per rendere meglio l'idea. Si pensi, dunque, alle «materie» innominate di competenza «residuale» delle Regioni. In astratto, non vi sono limiti alla «scoperta» di sempre nuove materie, magari come esito della scomposizione/ricomposizione in innumeri forme di materie preesistenti, ferma restando l'esigenza che gli sforzi a tale scopo rivolti debbano comunque coniugarsi ed integrarsi con gli altri fatti in sede di ricostruzione degli ambiti nominati (come la stessa giurisprudenza ha, ancora di recente, avuto modo di precisare, non tutto ciò che è innominato per ciò solo ricade comunque nella sfera di competenza della Regione).

Ora, se le materie non sono astrattamente precostituite e bisognose unicamente di essere «rivelate», è chiaro che il metodo posto a base della loro «ricognizione» (*rectius*, determinazione) si riflette nella stessa produzione dei concetti (e, perciò, degli oggetti) in cui certi interessi vengono riuniti in grappoli e, appunto, composti in «materie».

Anche oggetti di risalente fattura possono – come si diceva – essere variamente destrutturati e ristrutturati, sì da portare ad esiti ricostruttivi almeno in parte inusuali.

Faccio solo due esempi tra i molti altri, a questo riguardo, rifacendomi ancora una volta ad indicazioni offerte da molti contributi al libro qui annotato.

Da un lato, si pensi, nuovamente, alle dinamiche della forma di governo e della direzione politica, cui si è sopra fatto cenno. Un tempo se ne aveva la considerazione nel «chiuso» delle relazioni interne al triangolo i cui vertici erano dati dal Capo dello Stato, il Parlamento, il Governo. L'avvento della giustizia (e, soprattutto, della giurisprudenza) costituzionale ha mostrato il carattere riduttivo (e, per ciò stesso, forzoso) di queste antiche ricostruzioni, obbligando a tener conto (e che conto!) del posto occupato dai tribunali costituzionali in seno all'apparato (tarda, invece, come pure si faceva sopra notare, a maturare la consapevolezza della necessità di un ulteriore, corposo allargamento dell'orizzonte di ricerca, sì da abbracciare altresì vicende aventi *extra moenia* la radice della loro esistenza).

Da un altro lato, si pensi sia alle esperienze di decentramento del potere su basi territoriali e sia a quelle che connotano il processo d'integrazione europea. Ebbene, ancora fino a pochi anni addietro le une erano fatte oggetto di studio ignorando le altre, e viceversa. Ricordo, al riguardo, le letture fatte, all'inizio del mio impegno di ricerca, in tema di autonomia politica delle Regioni (o su temi a questo confinanti), dove il riferimento all'Europa era pressoché assente: in qualche caso, a ragion veduta, trattandosi di opere assai più risalenti della costruzione europea; in qualche altro, però, ingiustificatamente, dal momento che quest'ultima aveva già iniziato a prendere forma ed a farsi sentire nelle vicende di diritto interno.

Si possono dare molte spiegazioni di questo stato di cose, facendo riferimento ora al fatto che il processo d'integrazione

non fosse al tempo comunque particolarmente avanzato, ora ad una certa sfiducia che potesse davvero portarsi avanti, ora alla circostanza per cui esso non avesse un suo posto nella cultura «statocentrica» degli studiosi del tempo, ormai pienamente formatasi al momento della partenza dell'avventura europea, ecc.

Oggi, di contro, nessuno può pensare di studiare in modo serio le Regioni o l'Europa senza comporle in un'unica proposizione, che dà titolo (e senso) alla ricerca. L'Europa è anche (ovviamente, non è solo) l'*Europa delle Regioni* (e, più largamente, delle autonomie territoriali); ma le Regioni, a loro volta, acquistano compiuto significato in quanto inserite nella costruzione europea, per il ruolo che sono chiamate svolgere in fase sia ascendente che discendente del processo decisionale, per quanto, specie con riferimento all'un verso di marcia, fatichi da noi a compiersi il passaggio dalle dichiarazioni di buoni propositi alle effettive realizzazioni.

Ancora una volta, il libro che ora si presenta (*rectius*, si *segnala*) rende in modo molto efficace, e sia pure nella varietà delle prospettive d'indagine e dei risultati conseguiti, quest'idea (vorrei dire: questo doppio bisogno) che l'Europa ha di portarsi avanti decentrandosi quanto più è possibile nel territorio, come pure (circolarmente) degli enti territoriali di sentirsi finalmente appagati nella loro autonomia col fare a pieno titolo parte dell'Europa in formazione. Ne danno testimonianza, ad un tempo, sia gli scritti nei quali si affrontano *ex professo* alcune questioni legate all'organizzazione dei pubblici poteri e sia quelli in cui si riconsiderano criticamente temi di carattere teorico-generale, a partire dalla sovranità o dal potere costituente, che necessitano di esser complessivamente rivisti su basi metodicamente rinnovate, sulle quali possano appunto venire a formazione schemi d'inquadramento inusuali, adeguati ad una realtà ancora largamente indefinita, fluida, in movimento, che potrebbe di qui a breve richiedere un radicale ripensamento della stessa idea di Costituzione (e di diritto costituzionale), di cui s'intravedono già alcuni semi, nondimeno bisognosi di essere coltivati con cura per giungere a maturazione.

Il vero è che l'Europa in costruzione obbliga a sottoporre a verifica praticamente ogni istituto o dottrina di antica fattura, per solide che a prima vista ne sembrino essere le fondamenta. L'avvento di un ordinamento «bicostituzionale» (o – come a me piace dire – «*intercostituzionale*»), siccome pienamente integrato in ambito sovranazionale ed avente un duplice fondamento, nella Costituzione nazionale e nella Costituzione europea, non porta soltanto a rivedere criticamente, a fondo, le antiche categorie dello Stato nazionale, quali appunto quelle di sovranità o di potere costituente (che qualcuno vorrebbe – a mia opinione, a torto – addirittura abbandonate e non più recuperabili), ma, partendo proprio da queste, ogni altra dalle stesse a cascata discendente o alle stesse, come che sia, legata.

Gli scritti, numerosi e di largo interesse, nei quali opportunamente s'insiste sul «dialogo» tra i tribunali costituzionali, sia *inter se* che con le Corti europee, costituiscono forse la spia più altamente indicativa di un *«dialogo» tra Costituzioni*, necessario e vitale come l'aria per le Costituzioni stesse che senza di esso appassirebbero e da se medesime si condannerebbero ad una lenta agonia ed alla finale dissoluzione: un dialogo che, poi, preluda ad un ancora più esteso confronto, autenticamente «interculturale», da cui dipenderà il futuro della storia, in un mondo che si spera possa finalmente essere più umano (o umano *tout court*).

Il libro ha, in fondo, proprio in ciò la sua cifra maggiormente espressiva, uno degli scopi (a parer mio, il più qualificante) per il quale è stato pensato e scritto: quello, appunto, di dare il suo contributo ad un dialogo reso assai disagevole e persino osteggiato da ostacoli oggettivi non lievi ma del quale abbiamo davvero tutti un disperato bisogno: sarà, forse, una piccola cosa, a fronte dell'opera che ancora ci attende, ma a me pare ugualmente di straordinario valore.

Replica

dell'*Autore*

Occorre avvertire, in via preliminare, che questa replica alla recensione del libro, che ho coordinato in occasione del 25° anniversario della Costituzione spagnola, realizzata da parte del Prof. Antonio Ruggeri, più che una replica in senso stretto, rappresenta una piena adesione alle riflessioni di ordine prevalentemente metodologico che formula il Prof. Ruggeri.

Premesso questo, devo anche segnalare che, per quello che riguarda l'opera collettiva che ho avuto la soddisfazione di coordinare, se qualche merito è attribuibile alla stessa, questo deve essere diviso con gli altri autori che, con grande dedizione e disponibilità, hanno risposto alla mia richiesta di collaborare con il lavoro, come pure, in grande misura, con don Rafael Tigeras, direttore delle Edizioni Dykinson di Madrid. Quest'ultimo è stato il promotore dell'iniziativa, che rappresenta anche una commemorazione, oltre che dei 25 anni della Costituzione spagnola, del 30° anniversario delle Edizioni Dykinson.

Il disegno generale di un'opera con queste caratteristiche ha posto come problema preliminare quello di individuare gli autori da invitare a collaborare per la realizzazione della stessa. Ho optato per prescindere dai giuspubblicisti latinoamericani, nonostante abbia con questi una relazione strettissima, per la semplice ragione che ero stato incaricato poco tempo prima dal *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* di Madrid, in occasione del medesimo anniversario, di coordinare un libro sulle influenze della Carta del 1978 sul costituzionalismo dell'America latina (oggi pubblicato con il titolo "*La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, CEPC, Madrid, 2003). Non serve sottolineare che gli autori di quest'opera sono stati i giuspubblicisti di quasi tutti i paesi dell'America latina.

Allo stesso modo, non ho scelto i costituzionalisti spagnoli per due ragioni: da un lato, perché nei mesi di aprile e maggio 2002, quando ho iniziato il lavoro di coordinamento, sapevo che erano in corso di realizzazione analoghe opere, nelle quali erano stati coinvolti gli autori spagnoli, in alcune delle quali ho avuto anche l'occasione di partecipare, finalizzate alla realizzazione di libri collettivi o numeri monografici di riviste specializzate con i quali si cercava di commemorare il primo quarto di secolo di vita della Costituzione del 1978. Duplicare o triplicare gli incarichi o le richieste di collaborazione non mi è sembrato opportuno. Dall'altro lato, perché, nonostante che con la massima onestà devo riconoscere che non sapevo quanti tra i giuspubblicisti europei avrebbero accettato il mio invito a partecipare a quest'opera, ritenevo che questa fosse la prospettiva di maggiore interesse, in quanto avrebbe consentito di conoscere l'opinione sulla Carta del 1978 di illustri autori di buona parte dell'Europa. Non si tratta di una impostazione inedita, dato che, ovviamente, in un quarto di secolo di vigenza della Costituzione spagnola numerose pubblicazioni scientifiche di autori degli altri paesi europei hanno affrontato, direttamente o indirettamente, i più svariati aspetti della Carta del '78; nonostante questo, l'occasione dell'anniversario della Costituzione è sembrato opportuno per articolare in un'opera di diritto comparato una pluralità di prospettive proposte da autori degli altri paesi del Vecchio continente. Questa premessa non ci esime dal riconoscere che la visione degli autori "di casa", come dice Antonio Ruggeri, avrebbe arricchito notevolmente il contenuto del libro.

La straordinaria risposta che ha avuto il mio invito in tanti, e tanto illustri, studiosi di, praticamente, ogni parte d'Europa, che mi hanno profondamente onorato con la loro partecipazione, non trova altra spiegazione che l'enorme interesse che la Costituzione spagnola del 1978 ha suscitato. Il modello di transizione da un regime autoritario come quello franchista, a quello costituzionale sostenuto da un insieme di valori che ha come punto di riferimento di fondo,

come *Grundnorm*, l'imperativo categorico kantiano costituito dalla dignità della persona umana, già sottolineato nella Firenze rinascimentale da Giovanni Pico della Mirandola nel suo *De dignitate hominis*, nonché il consolidamento e lo sviluppo del sistema costituzionale spagnolo, un sistema finalizzato all'integrazione, a differenza di quello che era avvenuto in precedenza nella storia costituzionale del paese, nel corso della quale le Costituzioni erano state sempre strumento di scontro e disunione, prima che di pacificazione e coesione, un sistema che, si potrebbe aggiungere, ha apportato al costituzionalismo attuale alcune formule relativamente nuove e affascinanti, quali l'interpretazione dei diritti umani in conformità con quella che si ricava dal diritto internazionale o come il sistema di ripartizione territoriale dello Stato nelle Comunità Autonome, rappresentano molte delle circostanze che, secondo noi, spiegano l'interesse destato dalla Costituzione spagnola del 1978, come testimoniato in ultima *ratio* dall'elevata partecipazione che c'è stata in quest'opera.

È anche giusto riconoscere che in uno spazio di tempo relativamente breve la dottrina spagnola, come segnala giustamente Antonio Ruggeri, ha progredito in maniera notevole nella qualità dei suoi contributi scientifici, circostanza che ha sviluppato un ulteriore e maggiore interesse per il nostro ordinamento costituzionale.

Nella sua recensione, il Prof. Ruggeri effettua alcune acute riflessioni metodologiche, rispetto alle quali siamo pienamente d'accordo. Le considerazioni che seguono non hanno altra finalità che quella di spiegare, seppure in maniera sommaria, il perché della nostra convergenza con l'analisi di Antonio Ruggeri.

Il dialogo tra le Costituzioni del nostro tempo è indubbio. Tra le molteplici relazioni che si possono stabilire tra cultura e Costituzione, se ne può individuare una, come sostenuto da Peter Häberle, sul piano della teoria costituzionale, quando questa si riferisce all'archetipo della Costituzione democratica, che sarebbe composto di elementi reali ed ideali, statali e sociali, tutti difficilmente localizzabili simultaneamente in un unico Stato costituzionale. Gli elementi che integrano questo archetipo si presentano come un successo della cultura occidentale.

A partire da questa idea, la rilevanza della comparazione giuridica appare qualcosa di ovvio. La riflessione scientifico-culturale che nasce dal diritto costituzionale comparato è tanto utile per chiarire e giustificare le differenze come, d'altra parte, per trovare elementi comuni. In questo quadro il dialogo dottrinale offre una importanza ed una utilità enormi. Una cultura giuridica chiusa in se stessa, nei propri confini geografici, in una sorta, come dice Antonio Ruggeri, di "nazionalismo" teorico, è inevitabilmente una cultura impoverita.

Se questo è ciò che accade in tutti gli ambiti materiali del diritto costituzionale, tale circostanza si accentua molto particolarmente in relazione ai diritti costituzionali, in quanto la possibilità di parlare di una *Grundrechtskultur*, ovvero di una cultura dei diritti fondamentali, è in buona misura ascrivibile all'esistenza di una società europea di produzione e di scambio in materia di diritti fondamentali e diritti dell'Uomo. Nell'esistenza in particolare di un complesso di fenomeni comuni europei di produzione e recepimento tramite una notevole comparazione giuridica, delle idee e dei concetti giuridici raggiunti, si trova, secondo lo stesso Häberle, il sostrato della progressiva "europeizzazione del diritto costituzionale". Tale "europeizzazione", in quanto ha propiziato, e continua a propiziare, uno scambio di idee ed esperienze diverse, attraverso un'azione combinata della dogmatica, della giurisprudenza e della prassi dei differenti poteri pubblici statali, ha reso possibile un dinamismo diacronico nello sviluppo dei singoli diritti fondamentali, il cui contenuto e livello di protezione non cessano di progredire. In questo modo, può oggi considerarsi un punto indiscutibile l'esistenza di una "comunità assiologica europea" che trova il suo più rilevante paradigma nello sviluppo dei diritti co-

stituzionali che costituiscono, senza dubbio, il contenuto più rilevante del patrimonio costituzionale europeo.

Il processo dal quale presero le mosse nel nostro continente per la concretizzazione delle Comunità europee ha conferito un nuovo carattere accentuatamente transnazionale, come segnala il Prof. Ruggeri, alla nostra disciplina. La nuova visione dell'integrazione europea, basata nell'unione ogni volta più stretta tra Stati e popolazioni, conclusasi con la progressiva eliminazione delle frontiere, ha bisogno di un diritto originario ed uniforme in tutto il territorio, che deve essere, inoltre, – circostanza che era ritenuta da Robert Lecourt, Presidente del Tribunale di Giustizia negli anni sessanta, la pietra angolare dell'allora Comunità europea – interpretato ed applicato alla stessa maniera in tutto l'ambito dello stesso da parte dei tribunali degli Stati membri, che in tale maniera si convertono in giudici comunitari. Se a questo si aggiunge che il diritto comunitario – i cui principi strutturali del primato e dell'efficacia diretta, appaiono come imperativi categorici riferiti, fondamentalmente, agli organi giudiziari degli Stati membri dell'Unione – può essere invocato dai cittadini europei, è allora possibile avere un'idea prossima alle implicazioni che possano derivare sugli ordinamenti interni dal diritto comunitario e, con le opportune distinzioni, dal diritto internazionale.

È per tutte queste ragioni che la comprensione dei nostri ordinamenti costituzionali non può prescindere dalla conoscenza del diritto costituzionale dell'Unione europea, e questo, non solamente nell'importantissimo ambito dei diritti, ma anche in tutti i rimanenti campi materiali della nostra disciplina; si pensi, ad esempio, all'impatto europeo con riferimento alla struttura territoriale pluralista, come è il caso delle Comunità autonome spagnole.

In maniera ancora più evidente, l'influenza del diritto europeo sul ruolo dei giudici nazionali che, come è stato anteriormente segnalato, li ha spesso condotto ad agire come giudici comunitari, sta comportando una trasformazione dei nostri sistemi; valga come esempio il processo di "americanizzazione" al quale, come acutamente segnalato da Öhlinger, conduce il diritto europeo, che non è altro che la risultanza del carattere "diffuso", per utilizzare una categorizzazione forse discutibile, del controllo di "comunitarietà" demandato ai giudici nazionali.

Antonio Ruggeri pone nelle sue approfondite riflessioni un'altra questione di somma importanza per lo studio del diritto costituzionale: quella relativa alla "interdisciplinarità" ed ai suoi limiti.

È evidente che la dottrina giuridica non potrebbe esercitare il suo compito se si rifugiasse nella torre d'avorio del concettualismo giuridico, come già quarant'anni fa aveva segnalato Kurt Sontheimer. La norma costituzionale manca di esistenza propria se non la si correla alla realtà. La sua natura risiede, come direbbe Hesse, nella circostanza che pretende di avere effettività, di concretizzare realmente lo Stato previsto nella lettera della Carta. La pretesa di effettività non può essere estranea alla valutazione delle condizioni storiche nelle quali è stata prodotta e deve applicarsi, in quanto solo attraverso la comprensione della situazione e delle influenze sociali, di ogni tipo, che incidono sul vigore di una norma costituzionale, è possibile comprendere l'efficacia e gli effetti concreti della stessa. Con questo si vuole dire che 'immagine del giurista concentrato solo sull'analisi normativa non è ammissibile in nessun ramo dell'ordinamento giuridico ed ancora meno lo è nel campo del diritto costituzionale. Se a questo si aggiunge, da un'altra prospettiva, che però completa la precedente, che l'unità dell'ordinamento è innanzitutto un'unità materiale di significato, che trova il suo fondamento ultimo nell'ordine assiologico costituzionale, con il corollario che tale ordine deve proiettarsi ed impregnare l'insieme dei rami dell'ordinamento giuridico, ecco che abbiamo gettato le basi per una visione universalizzante della nostra disciplina.

Il costituzionalista, di conseguenza, de-

ve innanzitutto cercare di comprendere il senso della norma costituzionale, partendo da un insieme di variabili di differente natura politica, economica, sociale, culturale, cercando, quindi, di armonizzare l'aspetto normativo e quello esistenziale, in accordo con la nota teoria di Hermann Heller sul parallelismo tra normatività e normalità, il che ci porta ad abbandonare il monismo metodologico e optare per un sincretismo; ogni giurista deve però anche avere la capacità di affrontare lo studio di qualunque altra materia giuridica, partendo dal presupposto che la stessa sia "illuminata" dai principi costituzionali, il che in buona misura si tende a trascurare sulla discutibile premessa che nessuno ha una sensibilità adeguata per lo studio dei suddetti principi come chi studia specificamente il diritto costituzionale.

Nelle riflessioni precedenti, in particolare nell'ultima, si nasconde un certo spirito "universalizzante" che investe la nostra scienza e davanti a questa situazione non possiamo che essere pienamente d'accordo con le preoccupazioni evidenziate da Antonio Ruggeri sui pericoli che comporta la conversione del diritto costituzionale in una scienza universale. La interdisciplinarità del diritto costituzionale, che esige come segnalato un sincretismo metodologico, la sua proiezione sul resto dei rami dell'ordinamento giuridico, non può essere intesa come un sinonimo della sua "universalità". È evidente che si è assistito ad un processo di notevole espansione della disciplina nell'ultimo mezzo secolo. Su questo ha inciso la pretesa di una soggezione all'aspetto costituzionale di tutti i rami dell'ordinamento e la susseguente attitudine rivolta a concretizzare tale forza normativa superiore della Costituzione da parte dei vari Tribunali costituzionali. Non deve essere questa, tuttavia, un'espansione senza limiti, perché altrimenti contribuirebbe, non solo a snaturare il significato di questa disciplina, ma anche, parimenti, a sottrarre quel rigore inevitabile che si richiede nella trattazione dei principi e delle categorie costituzionali.

In definitiva, se il dialogo interdisciplinare, al quale credo che risponda l'opera dalla quale partono queste riflessioni, è condizione indispensabile per una adeguata comprensione delle norme e degli istituti costituzionali, a causa della indiscutibile proiezione dei principi della *Lex superior* verso i vari rami che integrano l'ordinamento giuridico, questa interdisciplinarità non può essere intesa come un principio assoluto carente di limitazioni. Non serve segnalare che, in quest'ottica, il problema si converte in una questione di limiti, sempre difficili da individuare e, naturalmente, mutevoli nel tempo.

Non mi rimane che ringraziare il Prof. Ruggeri, collega ed amico, per l'opportunità che mi ha offerto di poter essere presente in questa prestigiosissima "Rivista di diritto costituzionale".

fidamento dei diritti alla decisione legislativa. Con l'elaborazione di Constant («*significa poco che il potere esecutivo non abbia il diritto di agire senza il concorso di una legge, se non si pongono dei limiti a questo intervento della legge, se non si dichiara che ci sono delle materie su cui il legislatore non ha il diritto di fare leggi*»: per questo passo, v. Chessa, 134)), i diritti guadagnano una dimensione che è al tempo stesso 'prelegislativa' e 'super-legislativa', e la libertà negativa perde la sua connotazione residuale («*quel che rimane … al di là della limitazione legislativa statuita dal sovrano*», p. 158), dominante invece nelle dottrine dell'autolimitazione dello Stato e dei diritti pubblici subbiettivi.

Il paradigma constantiano, così acutamente ripreso e riproposto dall'A. di questo volume, si pone così come una sorta di 'anticipazione' della 'nostra' idea di Costituzione, quella per cui non sono i diritti a valere nell'ambito delle leggi che li limitano, ma le leggi a valere nella misura in cui tutelano e sviluppano adeguatamente i diritti e le libertà garantiti *direttamente* e '*prioritariamente*' dalla Costituzione.

Ma in fondo questa idea, come mostra correttamente Chessa, era già presente nella concezione anglosassone (e lockiana) della «funzionalizzazione della legge alla libertà», diretta trascrizione del «*We the people …*», con la considerazione dei *rights* non «*come sottoprodotto residuale del vincolo normativo, ma come obiettivo e contenuto del suo porsi*» (pp. 161-162).

Ovviamente, l'A. ragiona principalmente sui materiali teorici. La concreta recezione di questo modello nel costituzionalismo americano 'originario' (almeno fino agli ultimi 40 anni) è stata infatti solo parziale, se appena si considera il *vulnus* terribile della schiavitù rispetto al tema della dignità umana e dei diritti della persona, e i suoi effetti perversi sulla frantumazione 'razziale' della società americana, che arrivano fino ai giorni nostri (emblematico in questo senso il dibattito irrisolto sulle *affirmative actions* e, in generale, sull'ammissibilità delle politiche antidiscriminatorie *race-based*).

Questo intenso percorso ricostruttivo (nel senso però di un dialogo 'critico', che non è mai mera sintesi) dentro i paradigmi della libertà e dei diritti porta l'A. a concludere per la pluralità dei modelli di libertà negativa (ne vengono individuati tre), e per la compatibilità di questi modelli (tranne quello basato sul binomio di «sicurezza e sovranità») con il 'nuovo' ambiente democratico-costituzionale (p. 319 ss.). La libertà negativa 'costituzionalmente orientata' corrisponde allora all'*imperativo della massima ampiezza possibile di quegli ambiti specifici di non impedimento che hanno una dimensione costituzionale, cioè dei diritti costituzionali di libertà.*

Quello che conta è che ad un certo punto della evoluzione costituzionale, la superiorità dei diritti rispetto alla legge diventa un contenuto costituzionale effettivo e irrinunciabile. La legge cessa di essere il luogo esclusivo di identificazione di ciò che 'residua' in termini di libertà individuale, per trasformarsi semplicemente in uno dei fattori (forse nemmeno il principale) di attuazione-conformazione (a sua volta però 'conformata' dal valore 'eccedente' dei diritti costituzionali) delle prescrizioni costituzionali esplicite e implicite in tema di diritti e libertà personali.

L'obbligo costituzionale della tutela dei diritti si realizza attraverso molteplici strumenti e moduli operativi, che *oltrepassano* la legge (autorità amministrative indipendenti, la produzione 'non politica' del diritto, soprattutto l'attività del giudice comune, che assume ormai naturalmente il linguaggio costituzionale come contenuto della sua funzione interpretativa: pp. 129 e 296-300), e la stessa dimensione statale, con la 'estroflessione' (in senso internazionale e sopranazionale) e la concorrenza 'multilivello' dei meccanismi di garanzia (tema questo appena accennato dall'A. in questo volume, ma da lui in altre occasioni approfonditamente sviluppato).

Il radicamento della teoria e dell'esperienza costituzionale sul tema dei diritti produce un'ulteriore trasfigurazione di tale materiale assiologico: da area 'riservata', e

protetta da intromissioni non autorizzate dalla legge prima, e successivamente non consentite dalla norma costituzionale di riferimento, a elemento di integrazione democratica chiamato a svolgere una «funzione sociale» che supera, pur senza abbandonarlo, lo schema della libertà negativa. Le teorie 'istituzionali' dei diritti fondamentali sono descritte e valutate dall'A. nelle principali versioni (Habermas, Häberle), e soprattutto in quello che è il punto di collegamento tra ipotesi diverse (l'universalismo giusrazionalista di Habermas e la logica Haberliana dei diritti come proiezioni culturali e assiologiche di un determinato contesto storico e sociale), cioè la connessione tra diritto e morale, la convinzione che «la prescrittività costituzionale non fa altro che volgere giuridicamente quella che innanzitutto è una normatività morale» (pp. 256-257).

E qui Chessa pone un interessante interrogativo, che viene ribadito anche in altre parti del lavoro, sulla possibilità «*di postulare i valori costituzionali fondamentali come universalmente validi e come, ad un tempo, socialmente radicati in una comunità concreta*». È chiaro infatti, che questi 'valori' (o meglio queste 'attribuzioni di valore', come dice l'A.), e soprattutto la loro condivisione è 'destrutturata' e 'sfilacciata' dalla connotazione plurale (in senso etcnico, etico, culturale, religioso) della società moderna.

In un passaggio molto significativo, Chessa afferma che «*la moltiplicazione delle attribuzioni di valore, che consegue alla scomposizione delle (poche) forze sociopolitiche un tempo rilevanti, non può pretendere uno sbocco costituzionale (…). Nel pluralismo avanzato il futuro della Costituzione deve quindi affidarsi all'ideale di un diritto costituzionale 'minimo' (o 'tollerante'), una sorta di 'minimalismo' costituzionale che pur reggendosi su una connessione necessaria tra diritto e morale sappia limitarsi ai contenuti etici che veramente siano in grado di proporsi ed affermarsi come il comune denominatore delle svariate (e sfrangiate) componenti di un assetto sociale complesso*» (pp. 279-280).

Confesso che l'idea del 'diritto costituzionale minimo' in sé non mi convince molto; la trovo troppo vaga, buona come proposizione astratta piuttosto che come criterio di soluzione di conflitti. Preferisco pensare che il diritto costituzionale non ha una risposta netta ed univoca per ogni dilemma, che ci sono cose su cui la Costituzione non prende posizione: in questi casi sarebbe sbagliato far dire alla Norma Fondamentale più di quello che essa vuole e può dire (solo in questo senso ha ragione Chessa quando sostiene che «*l'accentuato e a tratti esasperato politeismo assiologico delle società multiculturali ci costringe dunque a circoscrivere il campo del costituzionalmente rilevante*»: p. 283).

Su altri aspetti però, quando la scelta costituzionale (e l'opzione assiologica retrostante) è chiara, sarebbe altrettanto sbagliato rinunciare ad essa, alla sua forza prescrittiva, in nome di una generica istanza multiculturale o multietica.

È vero, per altro verso, che la linea di confine tra queste due ipotesi è alquanto labile.

I diritti delle culture (soprattutto religiose), e della coscienza, manifestano un potenziale ri-costruttivo della stessa dimensione giuridica, proprio perché costringono lo schema giuridico-valoriale di un sistema sociale a mettersi in discussione, ad accettare il confronto con altre concezioni: ed è un confronto per forza di cose 'aperto', che muove in entrambe le direzioni. E qui forse si realizza un singolare paradosso, giacchè i diritti, da elemento di legittimazione (fondativo dice Chessa) della prescrittività costituzionale, la mettono nello stesso tempo in crisi, rappresentando elementi di contraddizione o quantomeno di erosione della sua capacità regolativa.

4. Nella terza parte del volume, Chessa sviluppa una serie di riflessioni (che per certi versi rappresentano le «tesi conclusive» della sua ricerca) sui paradigmi interpretativi delle libertà costituzionali, e sulle tecniche del bilanciamento (degli interessi, dei valori e dei principi).

Sul primo versante, è pienamente condi-

visibile l'obiettivo di «proporre un modello teorico generale delle libertà costituzionali e un percorso interpretativo ed argomentativo che prescindano dal canone dell'*original intent*». Quando si parla di diritti infatti, si ha a che fare con un materiale naturalmente espansivo, che riflette i bisogni umani, i significati che storicamente può assumere l'istanza del pieno sviluppo della persona umana; e sono proprio i concetti costituzionali 'formali' (quelli usati dagli artt. 2 e 3/2 Cost.) che richiamano questi contesti 'mobili' e aperti ad una continua e flessibile riformulazione di contenuti.

Mi convince meno, invece, il ragionamento che l'A. svolge in merito al rapporto tra concezione negativa della libertà e teorie e implicazioni della «libertà positiva».

Beninteso, l'argomentazione è rigorosa e coerentemente impostata; sono proprio le conclusioni a muovere alcune perplessità che offro alla replica di Chessa.

Dopo aver descritto in modo efficace i tratti distintivi e il comune denominatore delle teorie che si riportano al paradigma della «libertà positiva» (p. 347), l'A. finisce con l'esprimere una posizione di inconciliabilità (che invero in alcuni punti appare dichiarata in termini più problematici) tra le teorie della «libertà positiva» e la concezione 'negativa' della libertà come «*massima ampiezza possibile di quegli ambiti specifici di non-impedimento che hanno una dimensione costituzionale, cioè dei diritti costituzionali di libertà*» (pp. 321 e 347 ss.).

Ora, a me sembra che ci sia un eccesso di schematizzazione nella contrapposizione tra 'libertà negativa' e 'libertà positiva'. Le dinamiche reali delle libertà e dei diritti sfuggono ad una rappresentazione così oppositiva per offrire un quadro più composito (che molti hanno definito della 'libertà eguale'), in cui effettivamente convivono spesso – reciprocamente alimentandosi e bilanciandosi – istanze personaliste e pluraliste, contenuti individuali e collettivi, elementi formali e sostanziali, prodotti appunto dall'intreccio (che diventa una sorta di 'registro comune') tra esigenze della libertà e logiche dell'eguaglianza.

Un esempio su tutti, quello della libertà di manifestazione del pensiero.

Effettivamente, il limite e il valore del pluralismo si è sviluppato 'a partire' dalla stessa libertà di manifestazione del pensiero, attraverso la sua trasfigurazione da libertà di «tutti» (però senza mezzi di diffusione adeguati, sostanzialmente priva di effettività) a libertà dei 'pochi' possessori degli strumenti di comunicazione più efficaci, bilanciata proprio dal diritto di quei «tutti» – di fatto privi della libertà-potere di informare e diffondere il loro pensiero – ad essere informati in modo 'pluralistico', sia dal punto di vista dei soggetti e delle fonti dell'informazione, sia dal punto di vista dei contenuti o dei metodi dell'informazione (imparzialità, obiettività, completezza, …).

Quello che conta è che il limite poggi su un fondamento costituzionale; che poi questo fondamento sia 'esterno', preferibilmente esplicitato da una disposizione costituzionale, ovvero sia intrinseco alla libertà (si sviluppi dentro lo spettro dei suoi significati e delle sue implicazioni), non mi sembra una cosa decisiva, e soprattutto è una duplicità di situazioni che non si può escludere a priori.

Un'altra domanda che vorrei rivolgere all'A., sempre come elemento di dialogo, è perché il paradigma della libertà positiva viene meno se accetta alcuni vincoli, sempre «funzionali alla presunzione di massima ampiezza possibile degli ambiti specifici di non impedimento che sono oggetto di diritti costituzionali».

I presupposti assiologici e costituzionali che alimentano il paradigma della 'libertà positiva' (e soprattutto l'istanza dell'eguaglianza sostanziale) non sono elementi 'eversivi' dell'ordine costituzionale, limiti non limitati a loro volta (come disse nella sostanza Lombardi Vallari a proposito dell'art. 3, secondo comma, parlando di «un articolo che giudica di tutto … senza essere giudicato»), ma elementi che di questo sistema costituzionale (nel quale ci sono la proprietà privata, le libertà economiche, i diritti individuali e i loro significati 'negati-

vi', l'equilibrio finanziario, …) fanno parte, venendo così costretti ad operare all'interno di una serie di confini e di equilibri tracciati dalla norma costituizionale.

Dall'altro lato, anche identificando – come fa Chessa – la libertà negativa come «massima ampiezza possibile …», proprio il riferimento al «possibile» introduce inevitabilmente l'idea di un equilibrio (appunto di un bilanciamento), per sua natura dinamico e ri-determinabile, tra logiche e motivazioni collegate alle diverse proiezioni del personalismo costituzionale, che è sintesi di 'libertà' ed 'eguaglianza', perché – come altri hanno attentamente sottolineato (Occhiocupo, 1984) – «la Costituzione, quando all'art. 2 parla dell'uomo e della sua personalità, intende indicare la persona umana cui fa (…) esplicito riferimento (nell')art. 3, secondo comma»; senza che questo debba per forza condurre alla conclusione che «non (si) riesce a conservare … il profilo negativo dei diritti di libertà» (p. 356).

In questa ottica, temere che l'individuazione dell'eguaglianza sostanziale come «base giustificativa delle interferenze legislative» nei confronti dei diritti di libertà, anziché «far risalire il limite legislativo alle esigenze di attuazione di puntuali ed individuati diritti sociali costituzionali», possa portare – se bene interpreto alcune affermazioni di Chessa – al delinerasi di una clausola generale di funzionalizzazione sociale dei diritti di libertà, è forse una preoccupazione eccessiva.

Perché, per un verso, l'eguaglianza sostanziale, come si è detto, è una formula costituzionale (ma, a sua volta) *costituzionalmente limitata*; per altro verso, si tratta di una formula riassuntiva di concetti indeterminati, anche fuori dall'art. 3/2 (pieno sviluppo della persona, che è in sé un fattore di dinamizzazione della dignità umana, rimozione degli ostacoli di ordine economico-sociale, dignità sociale, utilità sociale, fini sociali), e di diritti, aspettative, implicazioni del principio di non discriminazione: in ogni caso, si tratta di materiali costituzionali, più o meno esplicitati, ma comunque altrettanto rilevanti sul piano del disegno costituzionale di «liberazione e promozione umana».

Per chiudere su questo punto, la stessa dicotomia «funzionalizzazione sociale dei diritti di libertà» vs. «limiti positivi o interferenze giustificate da specifici riferimenti a diritti costituzionali» può essere forse attenuata; almeno considerando che il concetto di funzionalizzazione è a sua volta una formula linguistica, e in fondo quello che rileva è il grado, la misura cui la 'funzionalizzazione' può pervenire.

5. Il secondo versante di questa terza parte del libro è dedicata agli strumenti dell'interpretazione e del bilanciamento dei diritti.

Il punto focale è il confronto tra interpretazione per principi e interpretazione per valori, una volta escluso correttamente, che l'interpretazione per regole, la sua logica rigidamente binaria, sia idonea a rappresentare il complesso panorama dei diritti e delle libertà, che allo schema del «tutto o niente» sostituiscono il problema della ricerca – all'interno di ciascun diritto o libertà – del contenuto (o livello) essenziale.

Quanto poi al bilanciamento per interessi, l'A. lo differenzia dalle altre due ipotesi di bilanciamento (riguardanti i principi e i valori) per il fatto che esso «non riconosce la funzione qualificativa della scrittura costituzionale»; un'affermazione giusta se si ferma al dato formale, giacché una qualche '*riferibilità*' costituzionale gli interessi che entrano a comporre il bilanciamento operato dal giudice costituzionale ce l'hanno sempre.

Ma veniamo per qualche considerazione dialettica al tema evidenziato: la differenza tra (interpretazione per) principi e (interpretazione per) valori.

Chessa si chiede se «è proprio vero che principi e valori sono termini linguisticamente e ontologicamente equivalenti ai fini del bilanciamento» (p. 386); ed è un interrogativo per così dire 'retorico', perché l'A. una risposta la dà, ed è nel senso che si tratta di modelli che propongono esiti alternativi, infungibili.

Indubbiamente, principi e valori, ovvero le tecniche di 'estrazione' e utilizzazione dei medesimi, presentano elementi di diversità innegabili, che non vanno però enfatizzati. Quello che voglio dire è che certe caratteristiche non sono esclusive dell'una o dell'altra categoria, almeno non in tutte le versioni interpretative che di esse sono state avanzate.

Si può convenire con Chessa quando dice che «il bilanciamento dei valori (…) lascia costitutivamente aperte delle possibilità ermeneutiche che invece la teoria dei principi (secondo il modello di Alexy) cerca di contenere.

Tuttavia, tanto per ragionare sulle linee argomentative sviluppate dall'A., il valore non è per forza svincolato dalla scrittura normativa (Ruggeri, Ciarlo), e quindi da condizioni di prevedibilità, controllabilità, razionalità; d'altro canto, il significato dei principi non è insensibile al tempo e ai contesti (sociali, culturali, materiali, …).

Anche lo 'schiacciamento' (mi si perdoni l'espressione un po' accentuata) dei principi sul giudizio, sull'azionabilità di interessi *determinati* da parte di un soggetto *determinato*, è – dal mio punto di vista – solo una parte (o una 'versione') della complessa e variegata realtà dei principi che sorreggono diritti e libertà fondamentali. E ancora, da un diverso punto prospettico, può essere vero che (mentre) «l'interesse e il diritto soggettivo presuppongono un portatore, il valore invece lo trascende»; ma ci sono anche principi collegati ad interessi che hanno un 'portatore', ma che – ciò nonostante – non possono essere difesi pienamente e 'portati' in giudizio (pensiamo al diritto ad avere un lavoro: a proposito cos'è, un principio o un valore?).

Analogamente, ci sono istanze che contengono in forme e con intensità diverse valori etici, imperativi morali e principi giuridicamente rilevanti: accenno solamente al principio di precauzione e al suo raccordo con il tema della responsabilità intergenerazionale.

Che dire, per concludere questo dialogo a distanza con l'interessante lavoro di Chessa. Il tema dei diritti è oggettivamente uno dei più complessi e al tempo stesso lontani da soluzioni univoche nell'ambito delle scienze sociali; come dice R. Esposito (2000), la categoria stessa della libertà «è continuamente sospesa tra una vera e propria inflazione enunciativa ed una irriducibile inafferrabilità semantica».

In questo quadro in perenne movimento, il volume di Chessa costituisce un contributo importante, col quale è necessario – e utile – confrontarsi.

Replica

dell'*Autore*

1. La recensione di Antonio D'Aloia si sofferma efficacemente su tre punti nodali: il rapporto tra pluralismo e costituzione, la distinzione tra libertà negativa e positiva, la distinzione tra valori, principi e interessi. E di tutti e tre coglie aspetti decisivi, su cui – lo confesso – la mia riflessione non è ancora approdata ad un esito definitivo.

Ma andiamo con ordine. Quanto al primo punto, il Recensore si dichiara poco convinto dell'utilità di un diritto costituzionale "minimo": formula, a suo dire, troppo vaga perché possa operare come criterio di risoluzione dei conflitti: laddove, infatti, «la scelta costituzionale (e l'opzione assiologica retrostante) è chiara, sarebbe sbagliato rinunciare alla sua forza prescrittiva, in nome di una generica istanza multiculturale o multietica».

Ovviamente è lungi da me l'idea che si debba riconoscere vincolatività solo a quelle norme costituzionali che in un contesto di elevato pluralismo sono effettivamente condivise. Del resto, non vedo con quali strumenti si possa condurre un'indagine di questo tipo. Tuttavia, ammetto che l'espressione "minimalismo costituzionale" possa prestarsi a più di un equivoco. Distinguerei perciò due modalità d'uso della formula.

La prima attiene alla pervasività o ampiezza della normatività costituzionale: costituzione "minima" è, in questo senso, sinonimo di costituzione "debole" (Bin, Bartole) o "tollerante" (Angiolini), perché limita la propria portata regolativa alle sole ipotesi che non possono non esservi ricomprese, lasciando tutte le altre ai rapporti liberi e spontanei della società (Angiolini) o, alternativamente, alle pratiche ragionevoli del "bilanciamento degli interessi" (Bin). Secondo questa accezione specifica, il diritto costituzionale "minimo" è *propriamente* un "criterio di risoluzione dei conflitti" e, prima ancora, di interpretazione delle disposizioni costituzionali. Nel libro non mi occupo di questa accezione specifica (mi riservo di farlo in un lavoro di prossima pubblicazione). E infatti, la mia tesi non si colloca sul piano della dogmatica costituzionale, ma su quello della teoria costituzionale.

Nel pluralismo estremo (o avanzato) delle democrazie contemporanee l'area di ciò che è eticamente condiviso e sottratto a conflitti (religiosi, morali, culturali, economici, ecc.) tende fatalmente a ridursi. Ciò è l'effetto di cause diverse: la perdita di centralità dei partiti politici, i fenomeni d'integrazione sopranazionale, il multiculturalismo, ecc. Ebbene, in questo scenario "circoscrivere il campo del costituzionalmente rilevante" significa individuare nelle libertà fondamentali (e nei diritti politici) la *Grundnorm* sostanziale dell'ordinamento. Se è vero che la costituzione è valida in forza di una consuetudine di riconoscimento, nell'attuale condizione pluralistica soltanto le libertà e i diritti che scaturiscono da quello che Dworkin definisce il fondamentale diritto "all'uguale rispetto e considerazione" possono costituire l'oggetto necessario di questa consuetudine.

In altre parole, la prescrittività costituzionale, non reggendosi più sul compromesso tra le forze politiche (costituenti), diventa il prodotto di un "consenso per intersezione" (Rawls) che si focalizza in corrispondenza dei diritti.

Va da sé poi che questa posizione teorica ha delle ricadute sul piano dogmatico, e in particolare su quello dell'interpretazione costituzionale (una di queste – come D'Aloia ricorda opportunamente – è il rifiuto dell'*original intent* come canone ermeneutico privilegiato). Ma tutto ciò è ben lontano dal comportare un'amputazione della normatività costituzionale.

2. Sempre su questo tema, il paradosso – acutamente rilevato dal Recensore – secondo cui «i diritti, da elemento di legittimazione della prescrittività costituzionale, la mettono nello stesso tempo in crisi, rappresentando elementi di contraddizione o quantomeno di erosione della sua capacità regolativa», coglie un elemento di verità.

I diritti, infatti, si caricano di un duplice compito: preservare il pluralismo – consolidarne in un certo senso la "normatività" e quindi l'indefettibilità – e allo stesso tempo, in quanto centro focale di un "consenso per intersezione", garantire le ragioni profonde, *costituzionali*, del legame sociale, operando come fattori d'integrazione. Ecco quindi che per coglierne appieno il senso bisogna tenere presente sia la lezione del liberalismo ("classico" e "progressivo", *whigh* e *liberal*, tutti accomunati dall'idea che i diritti siano baluardi contro il potere), sia la lezione di Smend e di tutti coloro che hanno pensato la costituzione come condizione ovvero come prodotto di unità. Insomma, i diritti stanno al crocevia tra disordine e ordine, tra libertà e vincolo. O se si preferisce una terminologia più tradizionale: tra libertà e autorità (perché tutto ciò che non è impedito non è detto che sia un diritto così come tutto ciò che autoritativamente viene imposto non è detto che sia in vista di un diritto …).

3. Il secondo gruppo di osservazioni riguarda la distinzione tra libertà negativa e positiva. Che ci sia un «eccesso di schematismo» nel modo in cui la ripropongo può anche darsi. Ma non per le ragioni illustrate dal Recensore.

Anzitutto, non credo che la libertà negativa *neghi* il principio della "libertà eguale". Mi sembra che ora il teorico più coerente di questo principio sia Dworkin, il quale – non a caso – accede ad una visione "negativa" delle libertà costituzionali. Lo stesso dicasi per Rawls e per la sua distinzione tra "limitazione" e "regolazione" delle libertà (la prima in nome di contenuti *altri* rispetto alle libertà, la seconda in nome della libertà stessa: ad es., la regolazione dei tempi di parola in un dibattito mira a garantire eguali libertà *negative* di espressione e non certo eguale eloquenza o eguali capacità di convincere l'uditorio…).

Credo che attorno alla nozione negativa di libertà si siano addensati molti equivoci concettuali, non ultima la sua assimilazione con la sistematica jellinekiana dei diritti pubblici soggettivi – ricostruzione alla quale non credo possano essere minimamente accostati Dworkin, Rawls, Habermas, Berlin, ecc.

La "mia" concezione negativa è soprattutto una dottrina sul bilanciamento delle libertà costituzionali; un tentativo di "costruire" analiticamente le condizioni di razionalità minima dell'argomentazione per principi, attraverso la "decostruzione" di tutte quelle dottrine che trattando genericamente le libertà come "valori" si preoccupano assai poco di articolarne concettualmente il contenuto.

In particolare, mi preme sottolineare che l'integrazione del paradigma negativo ad opera di quello positivo non riguarda – non deve riguardare – le singole libertà costituzionali ma la costituzione nella sua interezza: la libertà positiva è l'effetto complessivo delle discipline (costituzionali e subcostituzionali) che concernono i diritti civili, politici e sociali, ma non il significato specifico delle garanzie a presidio dei primi. Pensare che l'individuazione dei limiti di uno specifico diritto di libertà possa fare leva su un modello interpretativo che integra il profilo negativo con quello positivo equivale a sostenere che la dottrina dei "limiti immanenti" (Häberle) contenga dentro di sé anche la dottrina delle libertà come *preferred positions* (laddove, in realtà, si tratta di modelli interpretativi radicalmente alternativi).

Questo non significa che un diritto di libertà non possa essere disciplinato in vista di interessi generali o di *welfare*, funzionali alla tutela di beni collettivi o al pieno sviluppo della persona umana: quello che si vuole sostenere è che ciò deve accadere solo in presenza di ragioni particolarmente penetranti. L'imperativo della "massima ampiezza *possibile* del non impedimento" enuncia un *favor*, una *Vorrangentscheidung*, che può cadere solo se il limite "esterno" posto dalla norma interferente supera uno scrutinio stretto di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto (Alexy).

Se invece questo limite viene riformula-

to come se fosse "interno" al contenuto stesso del diritto, perché scrutinare in modo penetrante la disciplina che lo svela? In tal caso, infatti, ci troveremmo dinanzi ad un'attuazione, ad uno svolgimento di uno dei profili essenziali delle libertà costituzionali (quello "positivo", appunto).

Mi sembra che, in fondo, anche il ragionamento di Antonio D'Aloia giunga alle medesime conclusioni, quando esorcizza il pericolo di una "funzionalizzazione sociale dei diritti di libertà" sostenendo che "i presupposti assiologici e costituzionali che alimentano il paradigma della libertà positiva" non sono obiettivi "assoluti" ma anch'essi limitati da altri contenuti costituzionali: ebbene, gli oneri giustificativi imposti dal vincolo della "massima ampiezza possibile del non impedimento" (cioè dalla concezione negativa) sono parte integrante di questi contenuti.

Probabilmente, guardiamo allo stesso risultato complessivo, muovendo da presupposizioni e preoccupazioni diverse.

4. L'approdo naturale di questo discorso sul bilanciamento è la questione delle differenze e dei rapporti tra valori, principi e interessi.

Il Recensore, ancora una volta, mi rimprovera un eccesso di distinzione. Quello che mi rimprovero io, invece, è il non averla praticata abbastanza.

Che nella giurisprudenza della Corte costituzionale si adoperino indifferentemente, e fungibilmente, le locuzioni: "valori", "principi", "interessi", "beni", ecc., è un dato non contestabile. Che *in rerum natura* si possano stabilire differenze ontologiche tra i suddetti termini lo ignoro. Ma allora su quale piano si colloca il mio discorso? Solo su quello delle "dottrine" (che la Corte poi non ne adotti mai una in particolare, ma confusamente un po' tutte, è un'altra questione, che in questa sede non si può approfondire …).

Non scopro nulla di nuovo se dico che sul bilanciamento è ormai possibile squadernare un florilegio di posizioni teoriche diverse. Io le ho soltanto messe a confronto, individuando tre grandi modelli, secondo che abbiano per oggetto, appunto, valori, principi o interessi. E però, dopo aver dato il libro alle stampe, mi sono accorto di avere tutt'altro che abbondato con le distinzioni.

Vogliamo fare qualche esempio? Tutti coloro che si collocano nella *koinè* del bilanciamento accettano – con rare riserve – la distinzione dworkiniana tra "principi" e "regole": tuttavia, c'è chi ritiene che la distinzione si rinvenga strutturalmente già nelle disposizioni (Gianformaggio) e chi, invece, la colloca sul piano delle norme (Bin), con tutte le conseguenze che ne discendono sul ruolo dei testi e della scrittura nei processi interpretativi e nelle pratiche di bilanciamento.

E ancora, accantonando per un attimo i valori e gli interessi e soffermandoci solo sul bilanciamento dei principi, credo sia eloquente il fatto che ciò che Zagrebelsky intende per "diritto per principi", pur traendo ispirazione dalla lezione dworkiniana sugli "argomenti di principio", ne ripercorra solo parzialmente gli sviluppi, discostandosene invero per un lungo tratto. Lo stesso dicasi del modello di Alexy (eletto, nel mio libro, a paradigma per eccellenza del "bilanciamento dei principi"): è indubbio infatti che, a sua volta, sia profondamente diverso sia dall'impostazione di Dworkin che dall'approccio di Zagrebelsky. Potrei continuare, focalizzando ora l'attenzione sul "bilanciamento dei valori" (e sui differenti approcci proposti da Häberle, Baldassarre, Modugno, Ruggeri, ecc.), ma credo – e spero – che il senso della mia replica sia chiaro.

In conclusione, i tempi sono maturi perché la dottrina esca dalla nebulosa teorica dove tutti i concetti in tema di libertà, diritti, bilanciamento, ecc., si confondono e tutti i termini si equivalgono; e perché la smetta di rincorrere all'infinito una giurisprudenza costituzionale magmatica, per

impulso naturale poco incline ad elaborare ricostruzioni nette e coerenti (anche perché molto spesso priva del supporto robusto di una dottrina consapevole).

Può darsi che sia una partita persa in partenza. Ma vale la pena giocarla. Soprattutto tuffandosi nelle fatiche di un dibattito aperto e, insieme, serrato.

Lo stile dialogante della recensione di Antonio D'Aloia è uno stimolante incoraggiamento a non abbandonare tale proposito.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2004
nella Stampatre s.r.l. di Torino
via Bologna 220