Rivista di Diritto Costituzionale

2006

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/EAN 978-88-348-6649-8

Comitato di Direzione

A. Anzon, G. Azzariti, M. Luciani, C. Pinelli, G. Pitruzzella (Direttore responsabile), R. Romboli (Coordinatore scientifico), A. Ruggeri.

Comitato Scientifico

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

Comitato di Redazione, coordinato da S. Panizza

G. Campanelli, T. Checcoli, A. Di Capua, G. Famiglietti, T. Giovannetti, C. Napoli, N. Pignatelli, G.C. Pinelli, A. Sperti, E. Stradella.

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

Composizione: Compograf - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

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

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

Indice

pag.

I

I Saggi 1

Danaro, politica e diritto
di *Massimo Luciani* 3

La laicità come uguale rispetto e considerazione
di *Omar Chessa* 27

Legislazione e funzione di Governo
di *Marta Cartabia* 50

Note sullo Statuto costituzionale del giudice comune
di *Francesco Rigano* 96

II

I Fatti 123

Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente
di *Angioletta Sperti* 125

pag.

Orientamenti del dibattito costituzionalistico in Germania (2004-2005)
di *Giorgio Repetto* 166

Orientamenti del dibattito costituzionalistico negli Stati Uniti e in Canada (2004-2005)
di *Elisa Olivito* 199

III

Il Forum – Le riforme costituzionali dopo il referendum del 25-26 giugno 2006 231
a cura di *Gaetano Azzariti, Massimo Luciani*
con interventi di: A. Baldassarre, G. De Vergottini, L. Elia, P. Ridola

IV

I Libri 277

L. D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema* 279

Recensione di *Francesco Viola* 279
Replica dell'*Autore* 286

V. Angiolini, *Il diritto degli individui*; A. Spadaro, *Dai diritti «individuali» ai doveri «globali». La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione* 289

Recensione di *Antonio D'Aloia* 289
Replica di Vittorio Angiolini 301

pag.

Replica di *Antonio Spadaro* 305

G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria. Lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo* 307

Recensione di *Eugenio Ripepe* 307
Replica dell'*Autore* 314

I

I SAGGI

Danaro, politica e diritto*

di *Massimo Luciani*

SOMMARIO: 1. La «tirannia» del danaro. – 2. Il danaro quale incentivo della partecipazione o dell'attività politica. – 3. Il danaro quale condizione della partecipazione o dell'attività politica. – 4. Il danaro come fattore di impedimento (totale o parziale) dell'attività politica. – 5. Il danaro come fattore di instabilità politica. – 6. Il danaro come fattore di allontanamento dalla politica. – 7. Il danaro come meccanismo di dominio politico e di distorsione della politica. – 8. Il danaro quale strumento per coprire i costi della politica. – 9. Il danaro quale soggetto della politica. – 10. Il danaro quale oggetto della politica. – 11. Le soluzioni normative per impedire la «tirannia» del danaro sulla politica e la questione delle funzioni sistemiche della classe politica. – 12. La ritrovata credenza nella prescrittività del diritto costituzionale quale condizione di riuscita di qualunque intervento normativo.

1. La «tirannia» del danaro

«L'oro e l'argento sono i tiranni del mondo, ma, benché il loro impero sia in sé ingiusto, a volte è ragionevole, tanto da poterne sopportare il dominio, altre volte invece è eccessivo, tanto da rendere detestabile il suo giogo» [1].

Questo breve passaggio del *Testamento politico* di Richelieu, nella sua apparente semplicità, apre uno spazio analitico eccezionalmente problematico e può essere utilmente collocato *in limine* a qualunque indagine sui rapporti fra politica, diritto e danaro.

L'affermazione richelieuviana si articola in due passaggi: uno descrittivo, l'altro valutativo. Il passaggio descrittivo si risolve nella constatazione che il

---

* Testo della lezione tenuta al Dottorato di ricerca in «Diritto ed Economia» dell'Istituto Italiano di Scienze Umane e della Scuola Superiore per l'Alta Formazione dell'Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 16 gennaio 2006.

[1] A.-J. DU PLESSIS, Cardinal de RICHELIEU, *Testamento politico*, trad. it. di F. Felce, Giuffrè, Milano, 1988, p. 360.

danaro è il «tiranno» del mondo. Quello valutativo si articola, invece, a sua volta in due affermazioni: che la tirannia del danaro è in sé «ingiusta»; che essa, nondimeno, a certe condizioni è «a volte ragionevole». È chiaro che i principali nodi problematici si stringono attorno alla parte valutativa, vuoi per la sua apparente incoerenza, vuoi per la sua rapidità, che lascia indimostrate e non argomentate le ragioni della possibile conciliazione di ingiustizia e ragionevolezza. Cercherò di sciogliere questi nodi (e di motivare implicitamente la scelta di questo passo come capo del filo rosso che lega le mie considerazioni) esponendo molto sinteticamente, per non dire sommariamente: a) quali siano i possibili rapporti tra politica e danaro e in quale prospettiva essi siano stati analizzati nella tradizione della teoria politica; b) quali siano le possibilità regolative di tali rapporti esibite dal diritto.

2. Il danaro quale incentivo della partecipazione o dell'attività politica

Il primo dei fili che si intrecciano nel nodo dei rapporti fra danaro e politica è tanto risalente quanto (relativamente) poco indagato: *il danaro* come *incentivo della partecipazione o dell'attività politica*.

Si dimentica frequentemente che nella idealizzata e mitizzata esperienza politica della Grecia classica la partecipazione popolare alla gestione della cosa pubblica era tutt'altro che fervida e scontata.

La descrizione della realtà dei fatti si trova, meglio ancora che in qualunque fonte «seria» [2], nelle commedie di Aristofane. Negli *Acarnesi* [3] e nelle *Ecclesiazuse* [4] si ironizza pesantemente sugli sforzi dei cittadini ateniesi di sottrarsi alla corda ricoperta di vernice rossa (*σχοινίον μεμιλτωμένον*) che serviva a sospingerli nella *εκκλεσία* e che macchiava (e marchiava) i riottosi e i ritardatari che sarebbero poi stati – per questo – multati. E pari ironia si spende, a piene mani, su quelli che accorrevano all'assemblea anche o solo per

[2] V., peraltro, la *Costituzione degli Ateniesi* (cito dalla trad. it. di R. Laurenti, Laterza, Roma-Bari, 1973), ove Aristotele (ammesso che l'opera possa essere a lui attribuita), riferendosi a due diverse fasi della vicenda costituzionale ateniese, afferma prima che la diobelia fu concessa per primo da Cleofonte, «il fabbricante di lire», e che Callicrate di Peania «promise per primo di aggiungere ai due oboli un terzo» (XXVIII), poi che «dapprima Agirrio concesse un obolo, dopo di lui Eraclide di Clazomene, soprannominato il Re, due oboli, e di nuovo Agirrio tre oboli» (XLI).

[3] *Acarnesi*, pp. 19-22.

[4] *Ecclesiazuse*, pp. 379-394.

ottenere il triobolo destinato a retribuire i partecipanti. Al di là dell'implicito giudizio morale aristofaneo, però, resta il fatto che sin dalle origini la partecipazione politica è risultata un *problema* e che per ottenerla si è fatto ricorso o alle sanzioni o agli incentivi. Tale problema, è chiaro, è particolarmente serio nelle esperienze di democrazia diretta, nelle quali l'esigenza della partecipazione popolare, prima ancora che morale (come sembra trasparire dalle pagine aristofanee) è logica: se manca la partecipazione manca il «sovrano» e si spalancano le porte per la differenziazione tra rappresentato (assente) e rappresentante (presente), con la sostituzione dell'antipodico principio rappresentativo a quello democratico-diretto [5].

In questo scenario anche uno strumento apparentemente contestabile sul piano morale come la retribuzione dell'impegno di *πολίτεσ* (che parrebbe imposto senza condizioni dalla semplice appartenenza alla Città e dai *doveri* – quasi sinallagmaticamente – connessi ai *diritti* di cittadinanza) trova una piena giustificazione razionale fondata su motivazioni logiche e funzionali.

Anche nell'antichità, del resto, la «retribuzione» della partecipazione politica era oggetto di critica non solo e non tanto per le segnalate ragioni morali, ma perché essa consentiva una più numerosa presenza dei meno abbienti in assemblea, mentre gli ottimati (non abbastanza incentivati da un contributo per essi troppo modesto) ne restavano più facilmente lontani, con il conseguente dominio della Città da parte della massa [6].

Questo impiego del danaro come strumento di incentivazione della partecipazione politica non è conosciuto nei medesimi termini ai giorni nostri.

Anzitutto, il tramonto della forma di governo democratico-diretta ha reso assai meno cruciale la questione della partecipazione politica. I sistemi rappresentativi reclamano un certo tasso di partecipazione popolare, altrimenti conoscerebbero un drammatico *deficit* di legittimazione, ma non esigono una partecipazione universale, totale. Anzi: la naturale tendenza dei sistemi rappresentativi ad un funzionamento a «media temperatura» (non tanto bassa,

---

[5] Ho accennato a questo tema già in *Articolo 75*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 2005, p. 112 s.

[6] «Perciò la massa dei poveri diventa sovrana del governo e non le leggi»: Aristotele, *Politica*, IV, (Γ), 6, 1293 *a* (cito dalla traduzione italiana di R. Laurenti, Laterza, Roma-Bari, 1973). Più avanti Aristotele precisa il proprio pensiero (e ne rivela il fondamento ideologico più riposto), osservando che nelle democrazie radicali (e cioè in quelle che conferiscono a molti la cittadinanza) «è difficile che i cittadini siedano in assemblea senza paga», sicché, considerato che questa «paga» costa e grava necessariamente sulle classi agiate, «si devono convocare poche volte le assemblee» ed esse debbono durare poco, anche perché «i ricchi non vogliono astenersi per molti giorni dai propri affari, ma per poco tempo lo vogliono»: VI (Z), 5, 1320 *a*.

cioè, da raggelare il rapporto rappresentativo, ma non tanto alta da determinare il rischio della sua esplosione per sovraccarico) ha fatto sì che la partecipazione popolare sia auspicata solo entro certi limiti. Non è un caso che il dovere di voto sia sempre meno frequentemente previsto e – soprattutto – sanzionato [7] e che non si parli affatto della reintroduzione di un «triobolo» a favore di chi si reca alle urne.

Nel nostro ordinamento, una modestissima traccia di quell'antico istituto è rimasta soltanto nel rimborso delle spese di viaggio per gli elettori residenti all'estero. L'introduzione della circoscrizione estero e del voto degli italiani all'estero, con la legge cost. 23 gennaio 2001, n. 1, e con la successiva legge 27 dicembre 2001, n. 459, peraltro, hanno di molto mutato il quadro normativo, riducendo significativamente le ipotesi di applicazione del beneficio. Il primo comma dell'art. 20 della legge n. 459 del 2001, infatti, ha eliminato molte delle agevolazioni esistenti [8], sicché il secondo comma del medesimo articolo si limita ora a contemplare un'eccezione: «Gli elettori residenti negli Stati in cui non vi sono rappresentanze diplomatiche italiane ovvero con i cui Governi non sia stato possibile concludere le intese in forma semplificata di cui all'articolo 19, primo comma, nonché negli Stati che si trovino nelle situazioni di cui all'articolo 19, quarto comma, hanno diritto al rimborso del 75 per cento del costo del biglietto di viaggio. A tale fine l'elettore deve presentare apposita istanza all'ufficio consolare della circoscrizione di residenza o, in assenza di tale ufficio nello Stato di residenza, all'ufficio consolare di uno degli Stati limitrofi, corredata del certificato elettorale e del biglietto di viaggio» [9].

Una seconda ragione di differenziazione del presente dal passato, radicata sempre nell'avvento del principio rappresentativo, sta nel fatto che l'attività

---

[7] Da noi, in particolare, le sanzioni sono sempre state abbastanza modeste e la loro efficacia deterrente si è ulteriormente ridotta in seguito all'eliminazione della certificazione della buona condotta per l'accesso ai pubblici impieghi (sulla questione, E. BALOCCHI, *Riflessioni sulla eliminazione del requisito della buona condotta (legge 29 ottobre 1984, n. 732)*, in *Dir. soc.*, 1987, p. 65 ss.). L'art. 1 della legge 4 agosto 1993, n. 277, poi, lasciando la qualificazione come diritto, ha soppresso nella legislazione ordinaria il riferimento al voto come dovere. Oggi, tuttavia, la legge 21 dicembre 2005, n. 270, ha nuovamente modificato l'art. 4 del D.P.R. n. 361 del 1957, ove ora si legge che «il voto è un dovere civico …».

[8] Resta ancora in vigore l'art. 116 del DP.R. n. 361 del 1957, a tenor del quale «In occasione delle elezioni politiche, è autorizzata la applicazione della tariffa ridotta del 70 per cento sulle Ferrovie dello Stato a favore degli elettori per il viaggio di andata alla sede elettorale dove sono iscritti e ritorno. Sono stabilite dalla Direzione generale delle Ferrovie dello Stato le norme per l'applicazione delle riduzioni».

[9] La disciplina di dettaglio delle residue agevolazioni di viaggio è dettata dal D.P.R. 2 aprile 2003, n. 104.

politica ha perduto la propria unità originaria, essendo venuta meno la figura del cittadino unico decisore, sdoppiatasi in quelle del rappresentato e del rappresentante. Qui il problema si sposta: la funzione incentivante del danaro non concerne più il voto, ma l'accesso alle cariche rappresentative, che debbono essere retribuite se si vuole consentire a tutte le classi sociali la titolarità di *chances* almeno formalmente eguali. Non è certo un caso che nelle forme di governo aristocratiche ed oligarchiche le cariche pubbliche siano gratuite, visto che proprio in questo modo si opera una prima selezione degli accessi, senza l'imbarazzo di escludere formalmente le classi economicamente inferiori [10].

La nostra Costituzione ha tenuto conto del collegamento tra sicurezza economica e politica attiva soprattutto in due luoghi: all'art. 69, con la previsione dell'indennità parlamentare, e all'art. 51, terzo comma, con la previsione del diritto alla conservazione del posto di lavoro in caso di ottenimento di una carica elettiva» [11]. Entrambi gli istituti, per le ragioni ora viste, hanno una chiara ascendenza democratica, in quanto forme di garanzia dalla parità di condizioni nella partecipazione alla competizione politica e nel godimento del diritto di elettorato attivo.

3. Il danaro quale condizione della partecipazione o dell'attività politica

Con un segno esattamente opposto si presenta il rapporto quando il *danaro* è assunto quale *condizione della partecipazione o dell'attività politica*. Incontriamo questo segno tutte le volte in cui l'elettorato passivo, ovvero anche quello attivo, trova nel censo la necessaria – e in genere sufficiente – condizione di godimento.

---

[10] Non sembra casuale la diffusa polemica di Aristotele contro la venalità delle cariche pubbliche, che «fa apprezzare più il denaro che la virtù» (*Politica*, III (B), 11, 1273 *a*) e che stimola la bramosia di quelle cariche, producendo corruzione (così, per quanto riguarda in particolare i giudici, *Costituzione degli Ateniesi*, XXVII).

[11] Secondo la giurisprudenza costituzionale vi è un collegamento diretto tra art. 51 e art. 3 Cost., nel senso che il primo costituisce svolgimento e specificazione del secondo (v. in particolare Corte cost., sent. n. 388 del 1991), con la finalità di non ostacolare l'accesso alle cariche elettive dei lavoratori dipendenti, liberandoli dal timore di perdere il posto di lavoro (Corte cost., sentt. nn. 158 del 1985 e 28 del 1998, nella quale ultima si rileva come l'art. 51 Cost. «esprima l'interesse costituzionale alla possibilità che tutti i cittadini concorrano alle cariche elettive in posizione di eguaglianza»).

Talvolta il collegamento censo-suffragio si presenta in forme meno assolute e più complesse: è il caso dell'ordinamento costituzionale romano, nel quale il voto avveniva per classi, suddivise proprio in base al censo. Anche in quel caso, peraltro, il censo non aveva soltanto una funzione ordinatrice e organizzativa, bensì limitatrice: come è noto, il meccanismo funzionava in modo tale che i *plures* fossero svantaggiati rispetto agli *optimates*, visto che, proprio in quanto si votava per classi, il voto delle classi più agiate prevaleva comunque su quello delle classi popolari [12].

In altri contesti il rapporto dell'elettorato con il censo è stato più generale e diretto. Già in Platone [13]» la limitazione dell'accesso alle cariche pubbliche in ragione del censo era considerata il paradigma di identificazione della costituzione oligarchica» [14]. Ma ancora nella modernità, sino al compimento delle esperienze parlamentari del diciannovesimo secolo, il condizionamento del censo continuerà ad operare da argine all'irruzione delle masse sulla scena politica, resistendo a lungo ai tentativi di soppressione. Certo non a caso, proprio quel secolo fu percorso dalla lotta per il suffragio universale quale obiettivo primario dell'intera *factio* democratica, che lo perseguì sino a smarrire il senso della differenza che intercorre tra decisione popolare *diretta* e semplice partecipazione popolare alla costituzione della *rappresentanza* [15], accontentandosi del regime rappresentativo in luogo della democrazia.

A suo tempo, il condizionamento della partecipazione politica al censo venne variamente argomentato, ma soprattutto due furono le motivazioni addotte: la maggiore preparazione culturale connessa, almeno potenzialmente, al censo; l'indipendenza di giudizio politico di chi gode dell'indipendenza

---

[12] Opportunamente P. De Francisci, *Arcana Imperii*, vol. III, t. I, Bulzoni, Roma, 1970, p. 76, ricorda che nei comizi contava (oltre che l'età, per la distinzione, nella medesima classe, tra *iuniores* e *seniores*) unicamente la ricchezza, sicché «patrizi e plebei […], a parità di posizione economica, erano posti sul medesimo piano».

I meccanismi di voto nei *comitia* sono da ultimo sinteticamente descritti da A. Dosi, *Così votavano i Romani. Il sistema elettorale*, Quasar, Roma, 2004, spec. p. 16 ss.; G. Poma, *Le istituzioni politiche del mondo romano*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 55 ss.

[13] *Repubblica*, VIII, 550, *c-d* (ma v. anche 551, *d*): è oligarchia «la costituzione fondata sul censo, […] in cui i ricchi governano, mentre il povero non può partecipare del potere» (cit. dalla trad. it. di F. Sartori, Laterza, Roma-Bari, 1974).

[14] Mentre – come aveva limpidamente osservato Spinoza nel *Tractatus politicus* (Cap. 11, par. 2) – in una costituzione democratica il suffragio non è conferito in base al censo o alla nobiltà di nascita, ma in base all'astratta determinazione della legge (sicché un sistema non cessa d'essere democratico pel fatto, ad esempio, di escludere ampi strati di cittadini in base all'età). È infatti propriamente democratico solo un criterio di conferimento del suffragio che sia astratto e indipendente dalle condizioni socio-economiche dei singoli.

[15] Sul punto, v. la fondamentale ricostruzione di P. Rosanvallon, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Gallimard, Paris, 2000, spec. p. 155 ss.

economica [16]. La strumentalità e la capziosità di queste argomentazioni erano allora e – a maggior ragione – sono oggi evidenti, ma quel che conta ed è illuminante è il fatto stesso della loro elaborazione, che dimostra la carenza di auto-evidenza ed auto-esplicatività del primato *politico* del censo, bisognoso di una spiegazione *altra* (la cultura, l'indipendenza…) per poter essere fondato.

Illuminante dicevo, e inevitabile. Il pensiero occidentale – pur se talora se ne è inconsapevoli – è fortemente legato al mito platonico di Epimeteo, che giustifica la disuguaglianza in qualunque bene e capacità, tranne che nell'idoneità ad occuparsi della (e a decidere sulla) cosa pubblica [17].

La sfera della politica, conseguentemente, sembra dislocata su un piano assai diverso da quello dell'economia. La politica, insomma, evoca di per sé una dimensione egalitaria che rimane sconosciuta ad altri campi dell'agire umano e non s'accomoda facilmente a differenziazioni che per altri aspetti possono apparire familiari e comprensibili.

4. Il danaro come fattore di impedimento (totale o parziale) dell'attività politica

Esattamente speculare a quella ora esaminata è l'ipotesi in cui il *danaro* (o almeno un certo danaro) agisca da *fattore di impedimento* (totale o parziale) *dell'attività politica*.

---

[16] Già nel 1793 Kant, in *Sopra il detto comune:* «*questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica*», in *Scritti politici*, a cura di G. SOLARI, Utet, Torino, 1956, p. 260 s., affermava che la qualità che si esige per l'attribuzione ad un individuo del diritto di voto, «oltre a quella *naturale* (che non sia un bambino, né una donna), è questa unica: che egli sia *padrone di sé* (*sui iuris*) e quindi abbia una qualche *proprietà* […] e ciò nel senso che, nei casi in cui per vivere deve acquistare beni da altri, egli li acquisti solo mediante alienazione di ciò che è suo, e non per concessione che egli faccia a altri dell'uso delle sue forze; quindi, che egli non *serva* nel senso proprio della parola a nessun altro che alla comunità». Qui Kant riprendeva e rielaborava argomenti già avanzati da Spinoza nel *Tractatus politicus*, quando affermava la necessità di escludere dall'elettorato (attivo e passivo) i domestici e le donne e tutti coloro che si trovano «sotto l'autorità altrui» (Cap. 11, par. 3).

Quanto alla posizione dei domestici, assai più capziosa risulta l'argomentazione sviluppata da Sieyès in occasione della visita di una deputazione di quella categoria sociale all'Assemblea Nazionale il 12 giugno 1790 – ora in *Opere*, cit., T. I, vol. II, p. 593 –, quando giustificò la «sospensione momentanea» dei loro diritti politici con la loro «stessa sensibilità», che, così come li aveva indotti ad offrire con entusiasmo doni all'altare della patria, avrebbe potuto condizionare eccessivamente le loro opinioni in virtù del legame con i loro padroni.

[17] Si veda Platone, *Protagora*, spec. XII, 322, *d*.

Anche in questo caso abbiamo un percorso che unisce l'antichità all'attualità. Oltre che alla pratica dell'ostracismo nei confronti degli eccessivamente ricchi (Aristotele rilevava che «bisogna cercare per mezzo delle leggi di regolare le cose in modo che nessuno riesca a raggiungere una posizione troppo preminente per aderenze di amici e possibilità di ricchezze, se no, si devono allontanare costoro, mediante l'espulsione») [18], basti pensare, per un verso, all'interdizione del commercio gravante sui membri del Senato romano [19]; per l'altro, a prescrizioni del tipo dell'art. 10, primo comma, del D.P.R. n. 361 del 1957, a tenore del quale non sono eleggibili, tra l'altro, «coloro che in proprio o in qualità di rappresentanti legali di società o di imprese private risultino vincolati con lo Stato per contratti di opere o di somministrazioni, oppure per concessioni o autorizzazioni amministrative di notevole entità economica, che importino l'obbligo di adempimenti specifici, l'osservanza di norme generali o particolari protettive del pubblico interesse, alle quali la concessione o la autorizzazione è sottoposta» (così il n. 1) e «i rappresentanti, amministratori e dirigenti di società e imprese volte al profitto di privati e sussidiate dallo Stato con sovvenzioni continuative o con garanzia di assegnazioni o di interessi, quando questi sussidi non siano concessi in forza di una legge generale dello Stato» (così il n. 2).

Tanto l'interdizione antica quanto l'ineleggibilità moderna [20] hanno prodotto risultati assai modesti: i senatori romani esercitavano bellamente il commercio in barba a qualunque divieto grazie a intermediari e teste di legno» [21]; gli odierni imprenditori aggirano la preclusione legislativa scindendo la proprietà e la gestione dell'impresa.

Anche in questo caso vi è assai poco di casuale: la politica tenta di porsi al riparo dall'inquinamento delle scelte pubbliche da parte di interessi privati; il

---

[18] *Politica*, V (E), 8, 1308 *b*. Lo stesso Aristotele, *Costituzione degli ateniesi*, XXII, fa risalire a Clistene l'introduzione dell'ostracismo. Dubbi sulla correttezza di tale ipotesi sono evidenziati, da ultimo, da G. Poma, *Le istituzioni politiche della Grecia in età classica*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 84.

Lo stesso Aristotele opera un saldo collegamento tra ostracismo e democrazia, perché i sistemi democratici «perseguono sopra ogni cosa l'eguaglianza», sicché ivi è coerente bandire chi ha un eccesso di potere (per la troppa ricchezza o le troppe amicizie): *Politica*, III (Γ), 13, 1284 *a*.

[19] Per un esempio analogo, si può ricordare quanto riferisce sempre Aristotele, *Politica*, III, (Γ), 5, 1278 *a*, e cioè che «a Tebe era legge che non potesse accedere alle cariche pubbliche chi non fosse stato dieci anni lontano dal commercio».

[20] Va da sé che le due misure, oltre ad avere diverso contenuto, hanno diversi presupposti: il disprezzo per il danaro guadagnato attraverso i commerci l'interdizione antica; la diffidenza per le situazioni di potenziale conflitto di interessi l'ineleggibilità moderna.

[21] V., peraltro con taglio divulgativo, H.D. Stöver, *Potere e denaro nella Roma antica*, trad. it. di M. Donati, Rusconi, Milano, 1991, p. 33.

danaro reagisce travolgendo gli argini faticosamente eretti a difesa della «purezza» della politica. In tutto questo il diritto opera come terreno di scontro, tanto in sede nomopoietica, quanto in sede ermeneutica.

5. Il danaro come fattore di instabilità politica

Nella teoria classica il *danaro* è inteso anche quale potenziale *fattore di instabilità politica*. È sia nella *Repubblica* platonica che nella *Politica* aristotelica, in particolare, che troviamo l'affermazione secondo cui un eccesso di ricchezza può determinare un diffuso sentimento di rigetto nelle classi più povere, con il rischio della ribellione e del crollo della comunità politica. L'odio e l'invidia delle eccessive ricchezze altrui fomentano i moti rivoluzionari e favoriscono le crisi di regime [22].

Tanto Platone quanto Aristotele hanno in mente, alla fin fine, una Città ideale composta (oltre che di schiavi …) di piccoli proprietari terrieri [23], e ben si comprende (al di là di alcune motivazioni nelle quali traspare più chiaramente – e imbarazzantemente – il concreto interesse di classe sotteso all'astratta posizione teorica) [24] perché. Per un verso, la ricchezza moderata impedisce l'abbrutimento della povertà e l'eccesso dell'opulenza (oggetto di invidia distruttiva). Per l'altro (ma questo elemento resta solo sullo sfondo e non è esplicitato), la proprietà della *terra* è la migliore garanzia dell'attaccamento al suolo della Patria e della disponibilità a difenderlo in battaglia, anche a costo della vita [25].

---

[22] V., rispettivamente, *La Repubblica*, VIII, 555 *d*; 557 *a*; *Politica*, V (E), 8, 1308 *b* (sul rischio di rivolte cagionato dalle diseguaglianze).

[23] Il punto è ben colto da D. FISICHELLA, *Denaro e democrazia. Dall'Antica Grecia all'economia globale*, nuova ed., Il Mulino, Bologna, 2005, p. 57 s.

[24] Aristotele, in particolare, afferma espressamente che la democrazia migliore è quella in cui il popolo è dedito all'agricoltura, in quanto gli impegni e le necessità del sostentamento fanno sì che gli agricoltori «non si raccolgono spesso in assemblea» e «trovano più piacere a lavorare che a prender parte alla politica e a governare». Con la conseguenza che «gli uffici saranno sempre tenuti dai migliori e il popolo sarà consenziente e non si opporrà alle classi alte»: *Politica*, VI (Z), 4, 1318 *b*.

[25] E si potrebbe anche aggiungere che l'agricoltura si presta assai meno dell'industria alla divisione del lavoro (lo aveva lucidamente rilevato già A. SMITH, *Ricerche sopra la natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, trad. it. di A. Campolongo, Torino, 1950, p. 11) e quindi alla realizzazione di quella che risulta essere una premessa logica e fattuale per l'avvento della rappresentanza (ovverosia della forma politica opposta a quella familiare ai classici dei quali si discute nel testo).

La parabola della romanità dimostrerà, mi sembra, la correttezza di quella lontana premessa teorica quando, con le guerre macedoniche e la definitiva distruzione di Cartagine, il II secolo a.C. segnerà il definitivo tramonto dell'antico modello sociale della comunità di contadini-soldati e condurrà ai successivi sviluppi politici, economici, culturali e costituzionali che dopo il trauma delle guerre civili termineranno solo con la grande pacificazione augustea [26]. Questa classica interpretazione sallustiana della crisi determinata dall'avvento del destino universale di Roma, mentre *cuncta maria terraeque patebant* [27], è di particolare interesse ai nostri fini, perché è proprio in Sallustio che l'*avaritia pecuniae* assurge al ruolo di fattore di disgregazione dei *boni mores* e della struttura istituzionale antica [28] e che il rapporto fra danaro e potere si fa diabolico: «primo pecuniae, deinde imperi cupido crevit; ea quasi materies omnium malorum fuere» [29].

Una volta definitivamente tramontato l'antico modello (idealizzato quanto si vuole nel paradigma del *mos maiorum*, ma storicamente esistito), il rischio disgregatore (dell'invidia) del danaro potrà essere combattuto solo con le armi del riformismo: dalle primitive politiche caritatevoli, alle più moderne strategie del *Polizeistaat* prima e del *Sozialstaat* (già nelle anticipazioni bismarckiane) poi.

6. Il danaro come fattore di allontanamento dalla politica

È anche possibile vedere nel *danaro* un *fattore di allontanamento dalla politica*. È, questa, la posizione che è stata sostenuta con la maggiore coerenza da Rousseau, soprattutto in un decisivo passaggio del terzo Libro del *Contratto sociale*, laddove si osserva che «Appena il servizio pubblico cessi di essere la cura principale dei cittadini, ed essi preferiscano servire di loro borsa che di persona, lo Stato è già vicino alla rovina»; che «L'affaccendamento del commercio e delle arti, l'avido interesse del guadagno, la mollezza e l'amore delle comodità cambiano in denaro le prestazioni personali» che «La

[26] Questa lettura della crisi (di crescita) del II secolo è più diffusa (e sembra invero più salda) di quella «psicologica» a suo tempo proposta da Machiavelli (*Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*, L. I, XVIII, p. 17), che la imputava al fatto che i Romani «erano divenuti sicuri della libertà loro, né pareva loro avere più nimici che dovessero fare loro paura».

[27] *De coniuratione Catilinae*, X, p. 1.

[28] *De coniuratione Catilinae*, XI, p. 3.

[29] *De coniuratione Catilinae*, X, pp. 3-4.

parola *finanza* è una parola da schiavo; è sconosciuta nel vero Stato»; che, infine, «Quanto meglio costituito sia lo Stato, tanto più gli affari pubblici predominano su quelli privati nello spirito dei cittadini. V'è anche molto minor numero di affari privati; perché, offrendo la somma di felicità comune una porzione più considerevole alla felicità di ciascun individuo, resta a costui meno da cercarne nelle cure particolari» [30].

Come si vede, qui il danaro (la cupidigia di esso) agisce da causa di privatizzazione prima degli interessi e poi dell'azione dei cittadini: questi, dediti al perseguimento del proprio tornaconto personale, cessano di occuparsi degli affari pubblici, o almeno di tutti gli affari pubblici che non incidono direttamente sulla loro sfera privata. Ne deriva non solo un abbassamento del tasso di partecipazione politica, ma anche una riduzione del vincolo di specifica solidarietà (intesa come moto solidale delle varie parti della comunità politica) che dovrebbe unire i cittadini, con effetti potenzialmente disgreganti (e qui la prospettiva ora in esame si salda a quella già considerata in precedenza).

Del resto, se Rousseau sviluppa il tema con particolare ampiezza e incisività, esso era ben vivo sin dall'antichità ed è rimasto vivo nel corso dei secoli: si pensi, per ricordare solo due tra i molti possibili esempi, al timore di Platone quanto alla divisione cagionata da un eccesso di ricchezza di alcuni e di povertà di altri, che dà luogo addirittura alla nascita di «due città», l'una di poveri, l'altra di ricchi [31], o alla netta condanna dantesca della cupidigia di danaro, che «*rei pubblicae semper adversa est*» [32]. L'incompatibilità tra interesse (privato) al danaro e interesse (pubblico) al buon governo della Città, del resto, è *in re ipsa* quando il primo si sovrappone al secondo, per la semplice ragione che la *res publica* non tollera di trasformarsi in *res privata*.

7. Il danaro come meccanismo di dominio politico e di distorsione della politica

È poi vastissima la questione del *danaro come meccanismo di dominio politico e di distorsione della politica*. In quello che forse resta ancora oggi il più accorato appello alla libertà di giudizio e allo spirito di indipendenza indivi-

---

[30] Cap. XV (cito dalla trad. it. di R. Mondolfo, Cappelli, Bologna, 1969, rist. anast. della IV ed.).

[31] *Repubblica*, VIII, 551, *d*.

[32] *Monarchia*, II, V.

duale, il *Discours de la servitude volontaire* di La Boétie, «il danaro è visto come uno degli strumenti che il potere utilizza per aggiogare ai pochi i molti, ottundendone la sensibilità critica e apparecchiandoli nel modo migliore a subire il fascino del principale elemento generatore di asservimento volontario: la *coutume*»[33]. Anche il grande amico di La Boétie, Montaigne, vedrà nella *coutume* la principale nemica del libero giudizio, e anch'egli ravviserà nel danaro un elemento costitutivo del meccanismo sociale che sa ridurre l'uomo alla condizione di animale mansuefatto[34]. Utilizzando categorie più moderne, oggi potremmo parlare del danaro come di uno strumento generatore di consenso già pel solo fatto di esistere come bene potenzialmente distribuibile da parte dei titolari del potere. La sola (astratta) promessa del danaro, la sua sola aspettativa, insomma, come risorsa di dominio.

Notevole è la profondità di questa ormai risalente analisi; ma il profilo pel quale la questione ha meritato attenzione e interesse attuali è, oggi, un altro: quello del danaro come strumento di distorsione della politica grazie alle armi della *captatio benevolentiae* o della corruzione vera e propria.

Eccellenti riflessioni sull'uso distorto (e distorcente) del danaro le troviamo, peraltro, già nelle fonti d'epoca romana. Non che in Grecia la corruzione fosse sconosciuta, ma certo a Roma si trattava di un punto particolarmente *pruriens*, perché il *mos maiorum* vedeva nella corruzione politica uno dei mali principali dello Stato e uno dei vizi più condannabili.

Tra i documenti più significativi spiccano, a mio avviso, le *Storie* di Polibio e il *Commentariolum petitionis* di Quinto Tullio Cicerone.

«A Roma», afferma Polibio, «nulla è più vergognoso che lasciarsi corrompere con doni e trarre vantaggi da mezzi indegni»[35]. Polibio, però, scrive nel corso del II secolo, quando la crisi (anche morale) di crescita è in corso, sì, ma non si è ancora compiuta, sicché l'orgoglio romano per la propria «diversità» è ancora vivissimo (e non è certo un caso che il greco Polibio raffronti la virtù romana al vizio cartaginese, tanto manifesto che «fra i Cartaginesi si ottengono le cariche praticando palesemente la corruzione»)[36].

Tutt'altra atmosfera si respira svariati decenni dopo nel *Commentariolum*

---

[33] «La première raison de la servitude volontaire, c'est la coutume» (E. DE LA BOÉTIE, *Discours de la servitude volontaire*, Flammarion, Paris, 1983, p. 162), e cioè l'abitudine alle *idées reçues* e l'accomodamento alla subalternità e al servaggio («la première raison pourquoi les hommes servent volontiers, est pour ce qu'ils naissent serfs et sont nourris tels» (*ivi*, p. 153). Sulla convenienza economica dell'assoggettamento alla tirannia, *ivi*, p. 163.

[34] M.E. DE MONTAIGNE, *Essais*, spec. L. I, Cap. XXIII.

[35] *Storie*, L. VI, 56,2.

[36] *Ivi*, 56,4.

indirizzato da Quinto Tullio Cicerone al fratello Marco Tullio, in corsa per le elezioni consolari del 64 a.C. (si approssima lo scontro con Catilina).

Quinto Tullio, in verità, non menziona mai apertamente il danaro – e men che meno la corruzione – come strumento di competizione politica. Caustica, anzi, è la sua critica a Catilina e alla sua disinvoltura (ma anche, implicitamente, al corso della giustizia), quando, alludendo al processo per corruzione intentatogli l'anno prima allorché era propretore in Africa, ricorda che «*ex eo iudicio tam egens discessit quam quidam iudices eius ante illud iudicium fuerunt*» [37].

Nondimeno, l'inevitabilità del ricorso al danaro traspare come in filigrana: se la carriera politica deve essere costruita sollecitando la devozione altrui, e se la devozione è dovuta alla simpatia spontanea, alla speranza, ma anche al «beneficio» [38], è difficile immaginare che tra le risorse utili al beneficare possa non stare il danaro. Anche la generosità (*benignitas*) è essenziale, e la generosità, mostrata non solo con la disponibilità personale, ma anche, ad esempio, con i banchetti [39], costa. *Beneficium* e *benignitas*, tuttavia, sono intese come cosa ben diversa dalla *largitio*, e cioè dalla vera e propria corruzione, dall'acquisto del favore popolare attraverso il pagamento del suffragio. Qui Quinto Tullio dà per scontato che il fratello non vi farà ricorso, ma dà anche per scontato che questa sia una pratica diffusa. Diffusa, sì, ma non sempre decisiva. E infatti Quinto Tullio è certo che «*nulla esse comitia tam inquinata largitione quibus non gratis aliquae centuriae renuntient suos magno opere necessarios*», sicché il consiglio al fratello è di mobilitare comunque i propri sostenitori e di scoraggiare la *largitio* da parte dei propri avversari (anche minacciando accuse e processi) [40].

Emerge, come si vede, un quadro abbastanza preoccupante dello «stile» della competizione politica nella tarda Repubblica. Quasi tutti i mezzi sembrano leciti (il candidato è invitato a procurarsi il favore degli uomini influenti «*quibuscumque poteris rationibus*») [41], ma la *largitio* pare restare un male assoluto e un vizio da imputare, semmai, agli avversari. Purtuttavia, il confine tra un uso moralmente accettabile del danaro e la vera e propria corruzione appare labile. E l'enormità della sfida (Quinto Tullio sollecita il fratello a ricordarne sempre i termini: «*Novus sum, consulatum peto, Roma est*» [42]) non favorisce certo il più saldo rigore nell'uso dei mezzi.

---

[37] *Commentariolum petitionis*, III.

[38] *Ivi*, VI.

[39] *Ivi*, XI.

[40] *Ivi*, XIV.

[41] *Ivi*, V.

[42] *Ivi*, I.

Questi brevi e sommari accenni all'antichità avevano il solo scopo di dimostrare quanto il problema della corruzione politica sia risalente e quanto difficile possa essere l'aspirazione a risolverlo, o con il convincimento morale o con la repressione penale. E soffermarsi ulteriormente sulla questione ha poco senso, vuoi per l'enormità del tema (e l'abbondanza della letteratura in materia, in qualunque epoca storica), vuoi per l'impossibilità di andare oltre la registrazione di una patologia, oltretutto non sorprendente, almeno ove si ritenga che i fenomeni politici debbano essere analizzati nella prospettiva di una realistica antropologia negativa.

8. Il danaro quale strumento per coprire i costi della politica

Corruzione o non corruzione, il *danaro* è poi uno *strumento per coprire i costi della politica*. Qualunque sistema politico ha dei costi connessi al funzionamento dei suoi meccanismi di autoriproduzione [43], ma è evidente che i costi maggiori si registrano nelle democrazie.

Di recente la questione è stata affrontata, da prospettive e con metodi assolutamente diversi, da Fisichella, con la nuova edizione di *Denaro e democrazia* [44], e da Salvi e Villone, con *Il costo della democrazia* [45]. Il primo è un volume di teoria politica volto a indagare l'inestricabile rapporto tra denaro e democrazia; il secondo è uno studio «sul campo», che tenta di calcolare il costo complessivo della politica nella democrazia italiana.

I dati di Salvi e Villone sono, francamente, impressionanti [46], ma è merito dei due Autori, a mio avviso, soprattutto aver posto in luce la sempre più frequente affermazione del tipo antropologico di colui che interpreta l'attività politica come mestiere capace d'essere, anzitutto, una fonte di guadagno.

Già nel 1919 Weber, in *Politik als Beruf*, aveva constatato come vi siano due tipi di professionisti politici: quelli che vivono *per* la politica e quelli che vivono *di* politica, facendone una risorsa di sostentamento. Lo stesso Weber, tuttavia, aveva messo in guardia dalle eccessive schematizzazioni, osservando che «*der Gegensatz ist keineswegs ein exklusiver*». L'utilizzazione «alimenta-

---

[43] Machiavelli (*Il Principe*, XVI) si era chiesto se la liberalità fosse tra gli strumenti di conservazione dello stesso principato, e aveva condotto un raffinatissimo ragionamento per giungere alla conclusione che per il principe «è più sapienza tenersi el nome del misero».

[44] Cit. alla nt. 23.

[45] Mondadori, Milano, 2005.

[46] I costi diretti della politica nella sola Italia sono stimati in ben 3-4 miliardi di euro l'anno.

re» dell'attività politica (non solo come *Nebenberuf*, ma addirittura come *Hauptberuf*), dunque, è fenomeno tutt'altro che recente, sicché non ci si deve sorprendere più di tanto di quel che vediamo accadere.

Anche in questo caso la letteratura «leggera» è altrettanto significativa di quella «seria». Penso soprattutto a due poesie romanesche di Trilussa. Nella prima si ricorda, con tono assai critico, che

«*Adesso ar Parlamento Nazzionale*
ogni rappresentante der Paese
sai quanto pija? Mille lire ar mese:
dodicimila all'anno … Nun c'è male».

Nella seconda si ironizza sui candidati che promettono mari e monti agli elettori assumendo le più varie posizioni politiche, il tutto

«*co' la speranza de servì er Paese …*
(viaggi pagati e mille lire ar mese)».

Poesie particolarmente significative, mi sembra, perché scritte nel 1913 [47], in coincidenza con l'avvento in Italia del suffragio universale maschile e – quindi – con il passaggio dal Parlamento di (soli) notabili al Parlamento (anche e soprattutto) di partiti: la democratizzazione arriva, sì, ma porta immediatamente con sé la polemica sui suoi costi (e non interessa, ovviamente, se e quanto tale polemica sia qualunquista, perché quel che conta, storicamente, è il fenomeno in sé).

Nulla di nuovo, dunque. Nondimeno, quel che oggi colpisce è il costante arretramento della motivazione del vivere la politica «per», a fronte della sempre più frequente motivazione a vivere «di» politica. Questo sia per la caduta verticale delle ideologie e anche dei semplici ideali politici, sia perché sovente mancano alternative dal lato dell'offerta o altre abilità sul piano della domanda.

Altra questione centrale è quella del finanziamento ai partiti e dell'intreccio tra normativa elettorale e normativa sul finanziamento, i cui rapporti possono essere modulati a piacimento anche a fini di ampliamento o di riduzione del *formato* del sistema partitico. Questione tanto centrale, appunto, che qui mi limito a menzionarne l'esistenza, poiché proprio sul terreno di una corretta disciplina del finanziamento si giocano molte delle *chances* di incidenza effettiva del diritto sulle relazioni politica-danaro (e inoltrandoci in quel terreno andremmo troppo lontano). Quel che preme sottolineare, in

[47] Si tratta – rispettivamente – di *L'indennità* e di *Doppo l'elezzioni*, entrambe inserite nella raccolta *Ommini e bestie*.

questa sede, è che il finanziamento pubblico sembra essere tuttora la soluzione migliore, perché anche se al finanziamento privato si imponesse (con successo) la piena trasparenza non si eliderebbe per ciò solo la censurabilità del condizionamento della politica connesso all'apertura di quel canale di alimentazione.

In ogni caso, che la democrazia costi e costi più degli altri sistemi politici è ovvio: lo stesso fatto che (scartata la tecnica, *veramente* democratica, del sorteggio) [48] per ottenere le cariche pubbliche si debba competere ha un costo, di per sé connesso alla competizione.

Molto opportunamente Fisichella [49] ha dato conto della (dai più) quasi dimenticata corrosiva critica alla democrazia avanzata da Maurras. Per Maurras è il danaro che «*fa* il potere in democrazia». Senza danaro non c'è «opinione espressa», perché non ci sono giornali o partiti, e «il povero popolo è governato dall'oro e dalla carta, da coloro che li detengono e da coloro che li spacciano, poiché solo essi fabbricano i suoi padroni e i suoi capi» [50].

Si sa che per Maurras questa è solo la premessa dalla quale derivare la pretesa superiorità della forma di governo monarchica, ove, a suo dire, si ha almeno il vantaggio che un principe onesto si possa alternare ad uno corrotto (e invece in democrazia la corruzione è generale) [51], mentre, «corruttibile in quanto uomo, il re ha un vantaggio immediato e notevole a non lasciarsi corrompere […]: quest'interesse consiste nel rendersi indipendente» [52]. Si sa anche che alla radice del suo pensiero stanno ipotesi «storiche» sull'origine della società umana [53] e valutazioni dei rapporti tra biologia e politica [54] alta-

---

[48] Veramente democratica in quanto conduce alle sue più coerenti e logiche conseguenze il principio di eguaglianza tra i cittadini (cfr., sul punto, anche per un'interessante attualizzazione del tema, B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, s.l., Calmann-Lévy, 1995, spec. p. 86 ss. Sulla grande diffusione della pratica del sorteggio nella democrazia ateniese può vedersi la testimonianza di Aristotele nella *Costituzione degli ateniesi*, spec. p. XLVII ss. Si deve segnalare anche l'interessante passaggio della *Politica*, V (E), 3, 1303 *a*, in cui si riferisce che ad Erea «passarono dall'elezione per voto a quella per sorteggio […] perché eleggevano gli intriganti».

[49] D. FISICHELLA, *Denaro e democrazia*, cit., p. 25 s.

[50] C. MAURRAS, *Le mie idee politiche*, trad. it. di F. Pintore, Volpe, Roma, 1969, p. 210.

[51] C. MAURRAS, *Le mie idee politiche*, cit., p. 211.

[52] C. MAURRAS, *Le mie idee politiche*, cit., p. 313. Qui Maurras ribalta completamente la nota posizione aristotelica, secondo la quale «la moltitudine è maggiormente immune da corruzione» e «il singolo poi è dominato dall'ira […], sicché il suo giudizio è necessariamente viziato», mentre «è difficile che tutti siano nello stesso tempo soggetti all'ira e all'errore» (*Politica*, III (Γ), 15, 1286 *a*).

[53] C. MAURRAS, *Le mie idee politiche*, cit., p. 5 ss.

[54] C. MAURRAS, *Le mie idee politiche*, cit., p. 158 ss.

mente discutibili, per non dire fantasiose. Si sa, infine, quale sia stata la sua personale, sconcertante, parabola politica. Ma la sua critica della democrazia, radicata nella constatazione del prepotere del danaro, non si deve prendere sottogamba.

Non basta, infatti, replicare lamentando il collaborazionismo maurrassiano o la sua opzione monarchica (osservando, ad esempio, che la corruzione del principe sarà pure un accidente, ma quando si verifica è assai più perniciosa della corruzione della massa, a causa della concentrazione del potere in una sola – e corrotta – persona e del negativo effetto esemplare della corruzione della testa dello Stato), perché quel che serve non è la critica delle forme di governo alternative, ma la difesa in positivo della democrazia. Non è questa la sede per riprendere le fila della tradizione del pensiero democratico e per mostrare le ragioni della democrazia (già ampiamente difese da Tocqueville ne *La democrazia in America*, pur nella consapevolezza dell'enorme potenza del danaro negli Stati Uniti) [55].

È però indispensabile prendere atto della forza della critica e porsi il problema di come rendere la presenza del danaro meno invasiva, più tollerabile e comunque regolata.

Per limitarsi a due soli esempi, ci si dovrebbe chiedere quanto pesi sul processo democratico la concentrazione delle risorse informative (e perché questa concentrazione, in ordinamenti come il nostro, si sia prodotta e sia stata tollerata). Oppure occorrerebbe chiedersi se, quantunque la democrazia costi, qualunque costo le risulti sopportabile. In effetti, non sembrano sopportabili i costi parassitari, non funzionalmente legati all'esercizio della politica in condizioni di libertà e di eguaglianza. Abbiamo visto che la retribuzione delle cariche pubbliche è stata un'istanza democratica e che la sua introduzione è servita ad aprire i canali di accesso anche ai meno abbienti. Nondimeno, le indennità dovrebbero essere strettamente limitate, nell'*an* e nel *quantum*, a ciò che è davvero necessario al funzionamento del sistema. Per-

---

[55] «Non conosco un paese in cui l'amore per il denaro occupi un posto maggiore nel cuore umano, e in cui si manifesti un disprezzo più profondo per la teoria dell'uguaglianza permanente della proprietà. Ma la fortuna vi circola con rapidità incredibile, e l'esperienza insegna che è raro vedere due generazioni raccoglierne i favori» (A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, trad. it. di N. Matteucci, Torino, 1973, rist. dell'ed. 1968, p. 71). Per Tocqueville è questo dinamismo delle ricchezze che garantisce al sistema americano di non conoscere torsioni oligarchiche, mentre il collegamento tra danaro e informazione (così fortemente esaltato da Maurras) non deve far dimenticare il compresente, ma ben diverso, collegamento tra giornali e associazioni: «un giornale non può sussistere, se non a condizione di presentare una dottrina o un sentimento comune a un gran numero di persone. Un giornale rappresenta quindi sempre un'associazione, di cui i lettori abituali costituiscono i membri» (A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., p. 604).

fettamente condivisibili, dunque, le critiche di Salvi e Villone [56] alla proliferazione dei livelli di governo e – quindi – delle cariche elettive, così come all'eccessivo incremento delle indennità (specie al livello regionale).

Se i costi diretti della politica possono essere calcolati abbastanza agevolmente (sommando indennità di carica, stipendi dei funzionari di partito, costi generali di funzionamento dei partiti, rimborsi elettorali, finanziamenti, ecc.), però, il computo dei costi indotti e comunque indiretti appare davvero impossibile. Solo in via meramente presuntiva, infatti, si possono fare ipotesi sull'aggravio dei costi del sistema produttivo determinati dalle inefficienze del circuito decisionale politico, dalla pratica delle tangenti, ecc. Il che significa che sotto la comune etichetta «costi della politica» stanno voci molto diverse e tutt'altro che omogenee.

9. Il danaro quale soggetto della politica

Il *danaro* può anche essere, e di fatto sempre più spesso è, *soggetto della politica*. Ciò accade non solo quando – per usare la terminologia di Fisichella – i magnati si mettono a svolgere direttamente attività politica e a competere per le cariche elettive» [57], il che è quanto di peggio si possa immaginare, ma anche quando, a prescindere dai soggetti che fanno politica, è la logica del danaro, nella sua oggettività, che permea la politica. Mi spiego.

È chiaro che la logica del danaro non può non essere considerata nell'adozione delle scelte politiche. Se la politica è lotta per il potere, tra individui e tra Stati [58], e se il danaro è uno strumento di dominio, è logico che le esigenze economiche premano sul contenuto delle azioni politiche. Quel che oggi registriamo, però, è l'avvento di una diversa *qualità* dell'impatto della logica economica sulla politica. Ciò per almeno due profili, entrambi fonte di notevole preoccupazione.

Anzitutto, nei Paesi dell'Unione europea (grazie a conformi interventi della politica, che avrebbe pur sempre potuto agire diversamente) l'economia ha preteso di ridurre *normativamente*, e non più solo di fatto, gli spazi disponibili per le scelte politicamente discrezionali. Patto di stabilità, moneta unica, accentramento delle decisioni sui tassi: tutto questo, e molto altro, ha deter-

---

[56] *Il costo*, cit., p. 33 ss.

[57] D. Fisichella, *Denaro e democrazia*, cit., p. 9 ss.

[58] M. Weber, *Politik als Beruf*, cit.

minato un vincolo *giuridico* per la politica degli Stati, che non si possono sottrarre al condizionamento economico neppure rassegnandosi a pagare dei costi materiali [59]. Per converso, non solo dentro l'Unione, ma in tutti i Paesi del mondo, il rafforzamento dei legami derivanti dai processi di globalizzazione ha reso gli stessi vincoli di fatto, imputabili alle compatibilità economico-finanziarie, inusitatamente profondi e diffusi, quanto in altre epoche storiche non era mai stato dato vedere.

In secondo luogo, il danaro ha dimostrato di saper penetrare, modellandole secondo la propria logica, le scelte della politica; di poter rendere la politica sollecita e pensosa dei propri destini; di riuscire a cointeressare la politica alle proprie vicende più di quanto richieda la giusta preoccupazione per gli effetti delle scelte economico-finanziarie sul pubblico interesse.

10. Il danaro quale oggetto della politica

Il *danaro*, infine, è (o almeno, è lecito dire, dovrebbe essere) *oggetto della politica*. Dai tempi di Adam Smith sappiamo che il mercato non è un fenomeno naturale, ma un'istituzione sociale, frutto delle scelte regolative della politica attraverso il diritto [60]. Per definizione, dunque, la politica può e deve essere soggetto *attivo* di regolazione dei fenomeni economici: l'economia non è autoregolativa, pel semplice fatto che senza gli istituti garantisti apprestati dalla politica e dal diritto l'idea stessa di un *rapporto* economico non sarebbe concepibile.

Solo se assume il danaro come oggetto e non come soggetto del proprio agire, poi, la politica può continuare a pretendere di avere uno statuto di autonomia, può continuare ad essere esercizio di libertà umana (non mero

---

[59] A scanso di qualunque equivoco ricordo d'essere un sostenitore convinto del processo di integrazione europeo. Ma proprio per questo trovo criticabile il *deficit* di politica (prima ancora che di democrazia) dal quale è segnato. Un *deficit* tutt'altro che fatale e ineluttabile perché «lo vuole l'Europa»: gli Stati membri, infatti, sono i «signori dei Trattati» e comunque decidono sui tempi e sui contenuti della normazione comunitaria, prodotta da istituzioni che non sono affatto (decisivamente) emancipate dagli Stati stessi (sul punto, si consenta di rinviare a M. LUCIANI, *Gli atti comunitari e i loro effetti sull'integrazione europea*, relazione al Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti su «L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali», Catania, 14-15 ottobre 2005, in corso di pubblicazione).

[60] A. SMITH, *Ricerche sopra la natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, cit., p. 650: «l'acquisto di una proprietà notevole od estesa richiede necessariamente l'istituzione di un governo civile».

esercizio di «coscienza spettatrice»)[61] e – in particolare – può riuscire ad essere democratica.

La seconda parte di questa affermazione non sembra avere bisogno di grandi spiegazioni. Il principio fondativo dell'etica del danaro è che il danaro si pesa, nel senso che chi più ne ha più vale (sul mercato). Il principio fondativo dell'etica democratica è che le teste non si pesano, ma si contano, sicché sul mercato del voto politico ciascuno conta per uno quale che sia il suo peso sociale per altri profili. Logica democratica e logica del danaro sono, in questi termini specifici, in posizione di assoluta alterità, sicché ogni contaminazione della politica democratica da parte dal danaro deve intendersi come una sconfitta per il presupposto egalitario sul quale essa dovrebbe fondarsi.

Abbiamo già visto che la politica democratica, più ancora di quelle che si dipingono in altri assetti istituzionali, non può fare a meno del danaro. Ma il punto è esattamente questo: che il danaro, non potendo essere cancellato dall'universo della democrazia, dovrebbe almeno essere *sterilizzato*, nei suoi effetti, tutte le volte in cui nel processo decisionale politico è direttamente immesso un interesse privato connesso al vantaggio economico.

L'altra prospettiva di analisi merita qualche cenno supplementare di riflessione. In un saggio apparso sulla *Rivista di diritto costituzionale* del 1996 (l'autocitazione mi è purtroppo indispensabile per chiarire il mio pensiero e spero che sarà perdonata), dopo aver cercato di ricostruire gli specifici effetti di diritto costituzionale della globalizzazione, azzardavo qualche ipotesi di soluzione del problema della sempre più netta prevalenza dell'economico sul politico[62]. Preso atto della complessità e della difficile praticabilità di quelle soluzioni, osservavo che, comunque, esse avrebbero potuto contare, in astratto, su alcuni soggetti sociali interessati a proporle e sostenerle. In particolare, rilevavo che era la classe politica il «soggetto sociale che nell'avvento della globalizzazione ha pagato il prezzo più alto in termini di potere», perché aveva dovuto rassegnarsi alla compartecipazione alle scelte politiche – un tempo riservatele – di soggetti dotati di esclusiva legittimazione economica, e perché la naturale progettualità (e discrezionalità) della scelta politica era stata mortificata dal necessario rispetto di compatibilità economiche sempre più diffuse e stringenti. Sostenevo, allora, che la mancanza di uno «spazio reale della

---

[61] Per usare la bella formula di B. ROMANO, *Note sulla terzietà giuridica*, in corso di pubblicazione in *Riv. int. fil. dir.*, p. 5 delle bozze, dove esattamente si mette in guardia il legislatore dal limitarsi alle prestazioni richieste dalla coerenza sistemica. E, si badi, non dal sistema cui si allude nel testo (il sistema, cioè, del governo della *πόλις*), bensì dal sistema del mercato globale, pretesamente autosufficiente.

[62] *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, p. 185 s.

politica» aveva ridotto e compromesso il «ruolo sociale della classe che dovrebbe fare di questa l'oggetto delle proprie prestazioni», sicché il processo di salvataggio della politica avrebbe dovuto partire soprattutto dall'interesse all'autoconservazione della classe politica *in quanto classe*.

Già allora, nondimeno, vi erano ragioni di prudenza, se non di pessimismo, sia per «l'improvviso interesse *diretto* dell'impresa per la politica», sia per l'«incapacità di comprensione della nostra classe politica».

Sono passati quasi dieci anni, ormai, e non trovo ragioni per attenuare la prudenza e il pessimismo. Anzi. Se una parte considerevole della classe politica non è consapevole del proprio ruolo funzionale *in quanto classe*, se non ha almeno l'istinto di conservazione *in quanto classe*, se si disgrega nelle mille e mille ambizioni e miserie individuali, diventa davvero difficile coltivare speranza e ottimismo. La salvezza della politica dipende oggi, anzitutto, da un generale soprassalto di *coscienza di classe* (*politica*). Ma di un risveglio non si intravedono, purtroppo, segni diffusi.

Non amo il catastrofismo, i toni forti e gli eccessi dialettici, ma le cose vanno chiamate con il loro nome: se i politici consapevoli non sapranno reagire, il concreto rischio che si correrà sarà quello del *naufragio funzionale* della classe politica tutta intera: quali sono le *specifiche* prestazioni sistemiche che l'attuale, predominante (non) classe politica è in grado di rendere? Quale ne è l'utilità in termini, appunto, di sistema? Che ci sta a fare, insomma, per essere brutali, una classe politica se non fa politica? Servono i riti della politica per selezionare chi deve fare salotto, o affari, o teatro mediatico? Non si faccia finta di equivocare; non si obietti che in questo modo si fa d'ogni erba un fascio, mettendo assieme politici cattivi e politici buoni (che pur ci sono) e dimenticando quali sono i masnadieri e quali gli onesti; non si dica che si tratta di quesiti qualunquisti. Il senso di quanto ho osservato mi sembra molto chiaro: la questione è quella del segno *complessivo* che la funzione *sociale* della classe esibisce, non quella delle colpe o dei meriti delle sue singole componenti. Il problema è di *funzione sistemica*, nulla più e nulla meno, e nel sistema il segno della funzione è dato dalle tendenze maggioritarie e più visibili. Sicché quelli cui si è accennato, lungi dall'essere generici o qualunquisti, sono interrogativi che la parte consapevole della classe politica, per prima, dovrebbe porre a se stessa, se volesse dare un senso all'esistenza della classe in sé [63].

---

[63] Vale forse la pena di precisare che questo richiamo alla «coscienza di classe politica» è cosa ben diversa dall'auspicio della formazione di un ceto di *ἄριστοι*, dediti al bene pubblico, formulato da D. FISICHELLA, *Denaro e democrazia*, cit., p. 156 ss. Della tesi di Fisichella si può volentieri recepire la forte sottolineatura della necessità di una salda educazione al *civismo* quale condizione di buon funzionamento della democrazia. Non persuade, invece, la mancata considerazione del fatto che la buona volontà – realisticamente – non basta se non c'è un

E già il solo porseli sarebbe un serio passo nella giusta direzione, che i politici consapevoli dovrebbero fare al più presto [64].

11. Le soluzioni normative per impedire la «tirannia» del danaro sulla politica e la questione delle funzioni sistemiche della classe politica

Ma facciamo conto, per un attimo, che un soggetto sociale voglioso di risolvere i problemi segnalati (e capace di agire per ottenere il risultato) ci sia. La sua azione, come sempre, dovrebbe passare attraverso il più affidabile degli strumenti sui quali può contare la politica: il diritto. Quali sarebbero, dunque, le scelte normative da compiere?

Sia pure in una prospettiva diversa e limitatamente alla questione del costo della politica [65], un tentativo di rispondere a questo interrogativo è stato compiuto nel libro di Salvi e Villone. Delle nove proposte ch'essi avanzano [66] solo la seconda («ridurre il numero e le retribuzioni dei politici») e in parte la quinta («stop alla spartizione e alla moltiplicazione di incarichi, consulenze ed enti inutili») ipotizzano interventi *diretti* sul danaro nel suo rapporto con la politica. Le altre operano invece per vie traverse, puntando sugli effetti di *backlash* che sarebbero prodotti da alcuni interventi generali di sistema (riforma del sistema elettorale, rafforzamento del *referendum*, ecc.).

È ben comprensibile che si sia percorsa questa strada. Il nostro ordinamento conosce già alcune norme che intervengono direttamente a regolare il rapporto tra danaro e politica, tentando di colpire almeno le manifestazioni più eclatanti di patologia, ma esse hanno dimostrato scarsa efficacia. Non molti effetti, specificamente, ha sortito la repressione penale di taluni comportamenti particolarmente odiosi, come quelli sanzionati dall'art. 416-*bis*, terzo comma, c.p. («L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne

---

soggetto sociale che abbia un *interesse* a farsi carico delle ragioni generali della politica (una volta si sarebbe detto: del *bonum commune*).

[64] Tanto più che, per riprendere nuovamente Richelieu (*Testamento politico*, cit., p. 376), «Benché sia certo che il tesoro dell'affetto del popolo da solo adesso non possa bastare, è cosa altrettanto sicura che il denaro senza l'affetto è quasi inutile. Entrambi sono necessari; e chi ne avesse solo uno, sarebbe povero nell'abbondanza». E i politici senza «affetto» (*i.e.*: consenso) sono poveri quant'altri mai.

[65] Che peraltro, per l'evidente sua indiretta connessione con le altre questioni accennate nel testo, finisce per avere dignità di *quaestio generalis*.

[66] *Op. cit.*, p. 172 ss.

fanno parte si avvalgano della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva […] al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali») e dagli artt. 95 («Chiunque […] nella settimana che precede la elezione e nella giornata della elezione effettua elargizioni di denaro, generi commestibili, oggetti di vestiario o altri donativi, a qualsiasi titolo, è punito […]») e 96 del D.P.R. n. 361 del 1957 (primo comma: «Chiunque, per ottenere a proprio od altrui vantaggio la firma per una dichiarazione di presentazione di candidatura, o il voto elettorale o l'astensione, offre, promette o somministra denaro, valori, o qualsiasi altra utilità, o promette, concede o fa conseguire impieghi pubblici o privati ad uno o più elettori o, per accordo con essi, ad altre persone, è punito […]»; secondo comma: «La stessa pena si applica all'elettore che, per apporre la firma ad una dichiarazione di presentazione di candidatura, o per dare o negare il voto elettorale o per astenersi dal firmare una dichiarazione di presentazione di candidatura o dal votare, ha accettato offerte o promesse o ha ricevuto denaro o altra utilità»). In particolare la nuova versione del citato art. 96, introdotta dall'art. 11-*quater*, del D.L. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in legge 7 agosto 1992, n. 356, aveva la funzione, come è noto, di combattere il fenomeno del c.d. «voto di scambio», ma è altrettanto noto che i meccanismi di acquisto dei voti sono molto raffinati e sovente indiretti, sicché l'ipotesi che si accerti in concreto la fattispecie astrattamente descritta dalla norma risulta assolutamente marginale.

È giusto, pertanto, scavare in altre direzioni, operando sul terreno dei condizionamenti mediati del danaro e della normativa di sistema. Ben venga, dunque, una nuova normativa, oltre che su cariche politiche, indennità o rimborsi elettorali, su democrazia nei partiti, ineleggibilità e incompatibilità, mezzi di comunicazione, controlli sul mercato, giù giù sino alla successione ereditaria, autentico tabù del quale invece (almeno ricordando Tocqueville!) si dovrebbe parlare, per i possenti effetti ch'essa determina quanto al ruolo sociale (e quindi politico) del danaro [67].

[67] «Mi stupisco che gli scrittori politici antichi e moderni non abbiano attribuito alla legge sulle successioni una maggiore influenza sulle cose umane. È vero che queste leggi appartengono al diritto civile; ma dovrebbero essere messe in testa a tutte le istituzioni politiche, perché influiscono in modo incredibile sull'assetto sociale dei popoli, di cui le leggi politiche sono soltanto l'espressione. Inoltre esse operano sulla società in modo sicuro e uniforme, poiché s'impadroniscono, per così dire, dell'uomo prima che nasca» (A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., p. 67 s.). Parole tra le più chiare, ma tra le meno citate del pur citatissimo Tocqueville (si deve comunque ricordare che Tocqueville era favorevole ad una legge successoria non egalitaria, che – in particolare – garantisse l'unità e l'intangibilità della proprietà fondiaria).

Qualunque intervento normativo, tuttavia, lascia il tempo che trova se non si recupera un minimo di rispetto per le istituzioni e per le loro regole, un minimo di *deferenza per il diritto costituzionale*. Le ultime due legislature (e l'ultima, soprattutto, in modo sovente sfacciato) hanno segnato il punto forse più basso nella credenza delle forze politiche nella capacità prescrittiva del diritto costituzionale, e siccome *la légitimité n'est qu'un système de croyances* [68], c'è da chiedersi quanto ci vorrà a ricostruire il lacerato tessuto di quelle credenze.

12. La ritrovata credenza nella prescrittività del diritto costituzionale quale condizione di riuscita di qualunque intervento normativo

Possiamo, allora, tornare a Richelieu. Possiamo anche noi registrare la tirannia del danaro e testimoniarne la profondità e l'estensione. Possiamo anche capire (al di là, ovviamente, del suo interesse personale e della consapevolezza – in lui, sì, matura – delle esigenze della sua classe) perché egli ritenesse, a certe condizioni, ragionevole una tirannia che doveva sembrargli fondata sull'oggettività di alcuni fenomeni naturali. Ma il diciassettesimo secolo dovrebbe essere ormai lontano, lontana l'ombra del cardinale. E maturo il tempo per dispiegare contro la tirannia i mezzi della *cultura* del costituzionalismo e della *forza* del diritto costituzionale.

[68] M. Duverger, *De la dictature*, Julliard, Paris, 1961, p. 47.

La laicità come uguale rispetto e considerazione

di *Omar Chessa*

SOMMARIO: 1. Un nodo costituzionale del presente: il rapporto tra pluralismo e processo democratico – 2. Il principio supremo di laicità *oltre* la libertà religiosa – 3. Dallo stato laico «neutrale e agnostico» al principio costituzionale di laicità – 4. Un errore da evitare: la sovrainterpretazione della libertà religiosa. – 5. Il modello dell'eguale rispetto e considerazione e la questione della rimozione dei simboli religiosi. – 6. Baviera e Francia: due soluzioni opposte ma entrambe incompatibili con la laicità come eguale rispetto e considerazione. – 7. Sulla controversa nozione di «simbolo religioso». – 8. *Segue*: il criterio alternativo della prevalenza. – 9. L'identità occidentale come inclusione dell'*altro* e appropriazione dell'*estraneo*.

1. Un nodo costituzionale del presente: il rapporto tra pluralismo e processo democratico

Mai come in questa fase della nostra storia repubblicana è accaduto che i problemi che alimentano il dibattito politico siano stati anche, e così intensamente, problemi di diritto costituzionale.

In particolare, ci troviamo di fronte ad un nodo costituzionale che può riassumersi nella seguente domanda: una legislazione che, da una parte, scaturisca da un dibattito aperto e rispettoso dei diritti di espressione di tutti, ma che dall'altra veicoli regole di condotta ispirate unilateralmente dal credo di una specifica confessione religiosa – quella che meglio o più efficacemente di altre fedi od orientamenti culturali sia riuscita ed esercitare una pressione «lobbistica» sul processo legislativo – è un dato perfettamente in linea con le premesse fondative della democrazia costituzionale? Oppure si tratta di un'anomalia, di un'aberrazione costituzionalmente censurabile, ancorché apparentemente rispettosa delle precondizioni del gioco democratico?

Che questo dilemma abbia natura costituzionale è dimostrato dal fatto che attorno ad esso si fronteggiano (almeno) due diverse concezioni del rapporto tra processo democratico e pluralismo.

In base alla prima, il rispetto del pluralismo è soddisfatto dalla garanzia

dei diritti di libertà – in particolare di quelli di espressione – durante il processo formativo della volontà collettiva: ma una volta che questo si è compiuto, ci si deve inchinare di fronte al prodotto della deliberazione maggioritaria, quale che sia il suo contenuto, purché non leda, ovviamente, quei diritti che mantengono libero ed aperto il processo decisionale democratico. Secondo questa concezione il ruolo dei diritti di libertà è solo quello di assicurare l'autenticità dell'autogoverno popolare: sicché occorre interpretarne l'ampiezza ed i limiti in funzione di questo loro compito [1]. Ben può accadere pertanto che la decisione finale presa secondo la regola di maggioranza s'identifichi con una soltanto delle diverse opzioni ideologiche, culturali, religiose, ecc. che si sono legittimamente contese il campo durante il procedimento deliberativo: ma se questo si è svolto correttamente, e nulla può far temere che in futuro si svolga altrimenti, quali ragioni si possono accampare per contestarne gli esiti? [2].

In base alla seconda concezione, invece, la legittimità dei diritti non riposa sul principio democratico dell'autogoverno collettivo, perché la loro funzione non si esaurisce nel garantire la correttezza, l'apertura e l'autenticità della deliberazione pubblica. Essi non si limitano a presidiare la libertà del *citoyen* nelle attività di partecipazione politica, ma presidiano l'identità di ciascuno in ogni manifestazione della vita individuale. Il valore su cui si fondano è il pluralismo (delle opzioni di vita, delle culture, degli interessi, delle fedi, dei ruoli personali, ecc.) e non già – o non solo – l'esigenza che la regola di maggioranza sia la somma di genuine preferenze individuali. Muovendo da questa prospettiva, il pluralismo non è solo un limite *interno* al processo democratico, che dismette la propria funzione normativa un momento prima

---

[1] Un esempio di questa impostazione teorica sono le tesi sul rapporto tra processo democratico e *judicial review*, offerte da J.H. ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.), 1980, *passim*; il modello di *responsive democracy* proposto da R. POST, *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*, Cambridge (Mass.), 1995, *passim*; ma anche la critica radicale della *rights-based thesis* che caratterizza il pensiero di J. WALDRON, *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, XIII, 1993, p. 18 ss., *passim*; ID., *The Dignity of Legislation*, Cambridge (Mass.), 1999, trad. it., *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, a cura di A. PINTORE, Milano, 2001; e, in Italia, A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, 2003, *passim*.

[2] Infatti, alla luce di questi presupposti chi potrebbe contestare la legittimità di una legge che proibisse il divorzio, l'aborto, l'eutanasia, la pillola del giorno dopo, la procreazione medicalmente assistita, il consumo di droghe leggere, ecc.? Tanto più, che in presenza di una concezione minimale (e certo non espansiva) dei diritti costituzionali come strumenti serventi l'autogoverno collettivo più che l'autodeterminazione individuale (ma lo stesso effetto si ottiene anche escludendo che degli stessi si possa dare un'interpretazione per principi e/o per valori), neanche sarebbe possibile interpretare le suddette proibizioni come limiti incostituzionali a libertà espressamente contemplate dal testo costituzionale.

che sia giunta l'ora di procedere al conteggio dei voti liberamente e validamente espressi: esso è anche un vincolo *esterno* alla deliberazione maggioritaria, al punto che questa non può assestarsi su esiti che, prescrivendo modelli generali ed uniformi di condotta, tradiscono la vocazione pluralistica delle società democratiche contemporanee. Siccome tutte le possibili opzioni di vita meritano uguale rispetto e considerazione, «le decisioni politiche debb(o)no necessariamente essere, per quanto è possibile, indipendenti da qualche particolare concezione della vita buona o di ciò che rende la vita apprezzabile» [3]. Alla «giustizia di procedimento» si aggiunge dunque la «giustizia di risultato», alla democrazia procedurale la democrazia sostanziale [4].

Probabilmente, si tratta di due idealtipi che nella loro purezza e radicale alternatività non sono stati teorizzati, o auspicati, da nessuno. E neanche si farebbero grandi passi in avanti se si tentasse di descrivere la complessità dei sistemi contemporanei di democrazia costituzionale facendo leva esclusivamente su uno ovvero sull'altro. Resta però un dato di cronaca incontestabile: che il primo dei due modelli è quello che più si avvicina alla rappresentazione della democrazia che negli ultimi tempi viene offerta da alcuni influenti ambienti politico-religiosi [5].

---

[3] Infatti, «poiché i cittadini di una società differiscono nelle loro concezioni, il governo non li tratta come eguali se preferisce una concezione a un'altra, o perché i funzionari la credono intrinsecamente superiore, o perché è sostenuta dal gruppo più numeroso o più potente»: R. DWORKIN, *A Matter of Principles*, Cambridge (Mass.), 1985, trad. it., *Questioni di principio*, a cura di S. MAFFETTONE, Milano, 1990, p. 234.

[4] E difatti, sotto molti e rilevanti profili, i due modelli di democrazia qui considerati – uno «procedurale», l'altro *anche* «sostanziale» – possono farsi corrispondere ai due archetipi fondamentali che F.I. MICHELMAN, *Brennan and Democracy*, 1999, trad. it., *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, a cura di G. BONGIOVANNI e G. PALOMBELLA, Bari, 2004, riconduce rispettivamente alle riflessioni di R. Post e di R. Dworkin.

[5] Tralascio di menzionare puntualmente le dichiarazione degli esponenti politici che enunciano o che sottendono in modo più o meno esplicito questa visione del processo democratico, perché facilmente reperibili in grande quantità e varietà nella stampa quotidiana. Riporto invece, per la sua autorevolezza, quanto asserisce il rettore della Pontificia Università Lateranense, nonché membro della Congregazione per la dottrina della fede, monsignor RINO FISICHELLA, *Fede e/o modernità (dialogo con Paolo Flores d'Arcais)*, in *Micromega*, 6, 2005, p. 7 ss. spec. pp. 24, 25: «quando il soggetto o l'individuo si trova a vivere in una società, deve essere capace di rinunciare a propri diritti ed immettersi nell'alveo di una relazionalità in cui i propri diritti sono legiferati dal legislatore, a cui viene dato il diritto di farlo. Chi fa le leggi gode di una legittimazione. Noi ci siamo dati un sistema democratico che consente alla rappresentanza parlamentare di decidere per tutti. Se non ci fossimo dati questo sistema, saremmo o in una tirannide o in una monarchia o addirittura in un totalitarismo, e via dicendo». E ancora: «nessuno di noi decide per se stesso. Questo è il grande problema. Decideremmo per noi stessi soltanto se vivessimo nelle quattro mura di casa. Ma non è così. Questa è una visione utopica del

Il punto è, però, se questa rappresentazione corrisponda al quadro costituzionale vigente, quale emerge anche e soprattutto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. E la risposta – come si vedrà – non potrà che essere negativa.

2. Il principio supremo di laicità *oltre* la libertà religiosa

Nella sentenza capostipite n. 203 del 1989 la Corte costituzionale afferma che gli articoli 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione «concorrono a strutturare il principio supremo della laicità dello Stato, che è uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica». Questo principio «implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale» [6]

Il «principio supremo di laicità dello Stato» non è enunciato espressamente dal testo costituzionale ma – a giudizio della Corte – lo si ricava sistematicamente dalla combinazione interpretativa di più disposizioni: a parte gli articoli 2 e 3 che, rispettivamente, garantiscono i diritti inviolabili della persona «nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità» (tra le quali sono da ricomprendere indubbiamente anche le comunità religiose) e l'eguaglianza davanti alla legge senza distinzione di religione, vengono in particolare rilievo la libertà religiosa di cui all'articolo 19, l'eguale libertà di tutte le confessioni religiose davanti alla legge di cui all'articolo 8 e la separazione tra Stato e Chiesa, ciascuno «nel proprio ordine» indipendente e sovrano.

Dunque la laicità riassume, ad un elevato livello di generalità, il senso normativo comune ad una molteplicità di previsioni costituzionali distinte seppur omogenee. In particolare, si induce *anche* dal riconoscimento della

---

vivere civile. Noi viviamo all'interno di una continua relazionalità con le persone, viviamo all'interno di una famiglia che non è solo al nostra, piccola e personale – cioè quella che ci siamo costituiti – bensì è quella più grande, quella di una società all'interno della quale ognuno di noi si trova».

[6] La sentenza n. 203 del 1989 è stata oggetto di numerosi commenti: vedi A. SACCOMANNO, *Osservazioni a Corte costituzionale, Sentenza 12 aprile 1989, n. 203*, in *Giur. cost.*, 1989, I, p. 903 ss.; G.G. FLORIDIA-S. SICARDI, *Dall'eguaglianza dei cittadini alla laicità dello Stato. L'insegnamento confessionale nella scuola pubblica tra libertà di coscienza, pluralismo religioso e pluralità delle fonti*, in *Giur. cost.,* 1989, II, p. 1086 ss.; L. MUSSELLI, *Insegnamento della religione cattolica e tutela della libertà religiosa*, in *Giur. cost.*, I, p. 908 ss.; N. COLAIANNI, *Il principio supremo di laicità dello Stato e l'insegnamento della religione cattolica*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1333 ss.

libertà religiosa, ma non s'identifica con questa, né quindi in essa si risolve. Sicché la produzione legislativa deve essere rispettosa oltre che della libertà religiosa *anche* del principio di laicità.

Per certi versi la differenza tra i due principi, entrambi senza dubbio di rango «supremo», ripercorre – anche se, come vedremo, solo parzialmente – quella tra sfera pubblica e sfera privata: mentre la laicità informa l'attività statale e delle strutture pubbliche in genere, la libertà religiosa riguarda invece la dimensione personale. Il primo è un dovere statale, la seconda un diritto individuale (seppure esercitato solitamente in forma collettiva).

Certo, si può obiettare che si tratta di una distinzione apparente: così come ad ogni situazione soggettiva corrisponde un obbligo correlato, la laicità non sarebbe altro che *quel* dovere statale che sorge da *quel* diritto individuale che prende il nome di libertà religiosa. Ma l'obiezione, pur contenendo un nucleo di verità [7], non coglierebbe nel segno. Per ottenere infatti il principio di laicità occorre *necessariamente* combinare la libertà religiosa di cui all'articolo 19 col principio d'eguaglianza tra le confessioni religiose di cui all'articolo 8 [8]: esso, di conseguenza, non è altro che il principio secondo cui le istituzioni pubbliche devono astenersi dal compiere attività o dall'assumere posizioni che si traducano in una violazione del diritto «all'eguale rispetto e considerazione» di tutte le fedi religiose [9].

---

[7] Poiché è indubbio che comunque sussista un nesso di derivazione tra laicità dello stato e garanzia della libertà religiosa e che lo stato laico sia anche e necessariamente quello che rispetta la libertà religiosa.

[8] E l'articolo 7? A ben vedere, questa disposizione non è necessaria per la costruzione concettuale del principio di laicità. Che lo Stato e la Chiesa cattolica siano, ciascuno nel proprio ordine, reciprocamente indipendenti e sovrani, da un lato non è che un'applicazione particolare dei principi generali di libertà religiosa e di eguaglianza delle confessioni religiose (cioè del principio di laicità), dall'altro non sarebbe sufficiente per l'elaborazione del principio di laicità in assenza dei suddetti principi (sia perchè la separazione viene riferita ai soli rapporti tra Stato e Chiesa cattolica, sia perché – come si vedrà – la dichiarazione di reciproca indipendenza e sovranità tra Stato e Chiesa coglie solo in parte la portata complessiva della laicità quale si evince dalle altre disposizioni considerate).

[9] Ma anche *a*religiose, se si assimilano nel trattamento anche quegli orientamenti culturali che non muovono dalla credenza di un principio supremo ordinatore, sia esso trascendente o immanente. E difatti, se riformulato come imperativo di eguale rispetto e considerazione di tutte le possibili concezioni della vita buona, il principio di laicità può trovare applicazione anche in ambiti che non riguardano strettamente il tema della libertà ed eguaglianza delle confessioni religiose. Ne sono un'indubbia proiezione, ad esempio, le ipotesi di libertà e/o obiezione di coscienza previste dal nostro ordinamento, quantunque spesso queste situazioni soggettive vengano ricostruite come profili della libertà religiosa: ma per l'esplicito collegamento tra libertà di coscienza e principio di laicità vedi S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato* «*laico*», Napoli, 1986; S. MANGIAMELI, *La* «*laicità*» *dello Stato tra* neutralizzazione *del fattore religioso e* «pluralismo *confessionale e culturale*» *(a pro-*

Sulla Repubblica grava dunque un dovere generale di equità ed imparzialità nei confronti del fenomeno religioso. Più che astenersi dall'interferire con la dimensione religiosa, questa deve piuttosto trattare con *equal concern and respect* tutte le fedi ed evitare pertanto di abbracciare una confessione particolare per tradurla nei contenuti della legislazione. La laicità impone al processo democratico una «giustizia di risultato» oltre che una «giustizia di procedimento»: la democrazia non deve limitarsi a presupporre il pluralismo (delle credenze, degli interessi, delle concezioni della vita buona, ecc.), ma deve altresì assumerlo come obiettivo normativo. L'unità cui mira il processo democratico non deve realizzarsi *nonostante* il pluralismo, ma *per* il pluralismo. Sicché la soluzione condivisa deve essere quella che meglio di altre contempera la necessità dell'integrazione con le ragioni della diversità; e che meglio di altre contribuisce a conservare l'assetto pluralistico, pur promuovendo allo stesso tempo le condizioni di una fruttuosa contaminazione fra le differenti identità a confronto [10].

---

posito della sentenza che segna la fine del giuramento del teste nel processo civile), in *Dir. soc.*, I, 1997, p. 27 ss.; e più recentemente F. RIMOLI, *I diritti fondamentali in materia religiosa*, in R. NANIA-P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, II, Torino, 2001, p. 643 ss., spec. p. 660, il quale giustamente osserva che il riconoscimento del principio di laicità riduce «gli spazi entro i quali l'autorità può imporre comportamenti o scelte che siano, anche implicitamente, espressione di una propria ideologia sociale e politica, eventualmente opposta a quella dei singoli». Sul tema della libertà di coscienza, invero poco battuto dalla letteratura costituzionalistica italiana, vedi inoltre E. ROSSI, *Coscienza ed appartenenza nella legislazione e nella giurisprudenza costituzionale: alcune riflessioni*, in R. BIN-C. PINELLI (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1996, p. 257 ss.; e G. DI COSIMO, *Coscienza e Costituzione. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Milano, 2000.

[10] Il nesso tra principio di laicità, eguaglianza, pluralismo ed integrazione è colto molto chiaramente pure da F. RIMOLI, *Laicità (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1995, spec. p. 3, dove si riconduce alla vigenza del suddetto principio «l'obbligo di impedire l'affermazione definitiva di istanze ideologico-politiche che abbiano come tratto programmatico l'esclusione di (tutte le o di alcune delle) altre istanze emergenti dalla comunità»; e ciò perché «tale principio costituisce insieme completamento e limite del principio pluralista» (tuttavia, se è vero che, rispetto al pluralismo, ne è un «completamento», non è chiaro come allo stesso tempo possa esserne pure un «limite»: infatti, in quanto articolazione del principio dell'eguale rispetto e considerazione di tutte le possibili concezioni della vita buona o, per dirlo con la terminologia di John Rawls, di tutte le possibili «dottrine comprensive ragionevoli», il principio di laicità è il medesimo pluralismo elevato a norma, a principio teleologicamente rilevante).

Per la sottolineatura del legame tra il principio supremo di laicità, così come elaborato dalla Corte costituzionale, e il pluralismo vedi inoltre L. GUERZONI, *Considerazioni critiche sul «principio supremo» di laicità dello Stato alla luce dell'esperienza giuridica contemporanea*, in *Dir. eccl.*, I, 1992, p. 86 ss., spec. p. 94, secondo cui «l'argomentazione della Corte sembra cogliere, nella sanzione costituzionale del principio pluralistico, il *fondamento* e la *forma* attuali del principio di laicità». *Contra*, vedi M. TEDESCHI, *Quale laicità? Fattore religioso e principi*

È evidente che per ottenere questo risultato interpretativo non è sufficiente la sola proclamazione della libertà religiosa: è ben possibile infatti che l'assenza di impedimenti all'esercizio della libertà di culto di ciascuno conviva con il riconoscimento di benefici e provvidenze a favore di questa o quella comunità religiosa (assai presumibilmente di quella maggioritaria). Sotto il profilo logico, una cosa è infatti limitare la libertà religiosa degli appartenenti ad una fede particolare – e così facendo sortire un effetto di discriminazione rispetto a tutte le altre; altra cosa è, invece, adottare una politica attiva di promozione e sostegno di una specifica confessione: in un sistema che s'imperniasse sulla garanzia della sola libertà religiosa, e non anche del principio di laicità come eguale rispetto e considerazione, quest'ultima ipotesi sarebbe pienamente legittima e la produzione normativa potrebbe tranquillamente orientarsi sulle assunzioni etiche di uno specifico credo religioso, senza tema di risultare incompatibile col dettato costituzionale.

3. Dallo stato laico «neutrale e agnostico» al principio costituzionale di laicità

Fondare la laicità sull'eguaglianza delle confessioni religiose e ritenere che essa consista nel dovere di trattare tutte le fedi (religiose e non …) con eguale rispetto e considerazione non equivale ad assumere un atteggiamento di totale neutralità nei confronti del fenomeno religioso. Non per caso la stessa Corte costituzionale – sempre nella sentenza 203 del 1989 – precisa che la lai-

---

costituzionali, in *Dir. eccl.*, I, 1993, p. 548 ss., spec. p. 599, il quale afferma che «tra pluralismo e laicità non v'è alcuna identificazione dal momento che la laicità assume una precisa connotazione ideologica e che una paritetica convivenza tra più confessioni è il frutto più dei principi di eguaglianza e di libertà che della laicità stessa». Credo, però, che il contrasto di posizioni sia solo apparente: la laicità non è altro che la sintesi dei principi di eguaglianza e libertà; e solo in quanto articolazione del diritto di ogni possibile concezione della vita buona ad essere trattata con *equal concern and respect*, può fondare la doverosità della «paritetica convivenza tra più confessioni», cioè la doverosità del pluralismo.

Sempre sul rapporto tra laicità e pluralismo, vedi infine C. CARDIA, *Stato laico*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 875 ss., il quale ravvisa «un'autentica analogia tra «Stato laico» e «Stato pluralista»»; e, secondo una prospettiva giusfilosofica, B. PASTORE, *Società multiculturale e laicità*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Torino, 2004, p. 259 ss., spec. p. 264, il quale istituisce un collegamento molto chiaro tra laicità e pluralismo comprensivo: essa, infatti, ha a che fare col problema di «governare la convivenza tra estranei». Di conseguenza, «il principio di laicità si pone (…) come uno dei requisiti necessari per un discorso pubblico quanto più inclusivo».

cità «implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale»; e che «l'attitudine laica dello Stato-comunità (…) risponde non a postulati ideologizzati ed astratti di estraneità, ostilità o confessione dello Stato-persona o dei suoi gruppi dirigenti, rispetto alla religione o ad un particolare credo, ma si pone a servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini».

Nella formulazione datane dalla Corte, il principio supremo di laicità marca una decisa soluzione di continuità con l'esperienza storica dello Stato laico come «Stato neutrale e agnostico» [11].

La neutralità è, infatti, qualcosa di più della equità, imparzialità ed equidistanza, poiché comprende anche la rigida «non ingerenza» nella dimensione religiosa, la ferma astensione rispetto al fatto religioso, che viene così relegato alla sola dimensione privata ed individuale. Lo stato neutrale è, appunto, tale proprio perché *neutralizza* la valenza politica – e quindi «pubblica» – del conflitto religioso, circoscrivendo la questione della fede dentro la sfera della coscienza personale: così scacciato dalla sfera pubblica il fatto religioso, con

---

[11] La formula, come è noto, è di C. SCHMITT, *Begriff des Politischen*, München-Leipzig, 1932, trad. it. *Il concetto del «politico»*, in ID., *Le categorie del «politico»*, a cura di G. MIGLIO e P. SCHIERA, Bologna, 1972, pp. 175, 187, 188.

Che la giurisprudenza costituzionale in tema di laicità non abbia carattere evocativo dell'esperienza storica dello *Stato laico, neutrale ed agnostico* e che, lungi dal rappresentarne l'inveramento sul piano dei principi costituzionali, ne costituisca invece il superamento (e per alcuni addirittura il tradimento) è tesi affermata dal coro quasi unanime della migliore dottrina ecclesiasticistica: L. GUERZONI, *Considerazioni critiche sul «principio supremo» di laicità dello Stato alla luce dell'esperienza giuridica contemporanea*, cit., spec. p. 96 ss.; ID., *Il principio di laicità tra società civile e Stato*, in M. TEDESCHI (a cura di), *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Soveria Mannelli, 1996, p. 59 ss., spec. p. 73 ss.; M. TEDESCHI, *Quale laicità? Fattore religioso e principi costituzionali*, cit., p. 561 ss.; F. FINOCCHIARO, *La Repubblica italiana non è uno Stato laico*, in *Dir. eccl.*, I, 1997, p. 11 ss., spec. p. 22; S. LARICCIA, *Laicità dello Stato e democrazia pluralistica*, in AA.VV., *Il principio di laicità nello Stato democratico*, a cura di M. TEDESCHI, cit., p. 143 ss., spec. p. 154 ss. Per quanto riguarda la dottrina costituzionalistica, vedi per tutti R. BIN, *Libertà* dalla *religione*, in R. BIN-C. PINELLI (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 39 ss. Tutti gli Autori succitati evidenziano criticamente l'enucleazione da parte della Corte costituzionale di una nozione «positiva» di laicità, in aggiunta a (o in luogo di) una nozione meramente «negativa», sostenendo che in questo modo si realizza il superamento della separazione tra ordine statale e ordine religioso e lo svuotamento sostanziale della laicità nel suo significato più autentico (e storicamente comprovato). Scopo di questo saggio è, invece, (anche) quello di mostrare come la riformulazione concettuale della laicità come «eguale rispetto e considerazione» consenta di neutralizzare la dialettica tra laicità negativa e positiva (ma anche tra laicità «chiusa» ed «aperta», «esclusiva» ed «inclusiva») e di scorgere in questi termini potenzialmente contrapposti dei profili differenti di un medesimo principio unitario.

tutto il suo carico di divisione e fazioso fanatismo, non può più attentare alla conservazione dell'unità politica dello stato sovrano [12].

Neutralizzazione della sfera pubblica e consolidamento della sovranità statale sono due momenti della storia moderna profondamente compenetrati. Ineriscono ad un medesimo processo storico, presupponendosi reciprocamente: per pacificare il conflitto religioso ed estrometterlo dalla sfera pubblica – cioè per garantire sicurezza ed unità politica – lo stato deve necessariamente ergersi come sovrano; e viceversa, per affermarsi come potenza politica preminente lo stato deve disinnescare lo scontro fra le confessioni religiose. Non c'è sovranità statale senza neutralizzazione del conflitto religioso; non c'è neutralizzazione della sfera pubblica senza sovranità statale. La storia della pacificazione delle guerre civili religiose s'intreccia con la storia della «emancipazione del politico» dalla religione e dall'etica; e la nozione di «stato laico» finisce così per coincidere con quella di «stato sovrano», cioè di stato «autonomo», «indipendente», «autocefalo» [13].

L'evoluzione che dall'affermarsi dello stato moderno come stato laico (e sovrano) conduce al principio costituzionale supremo di laicità muta radicalmente i termini della questione. Poiché non è più necessario o possibile risa-

---

[12] La neutralizzazione dei conflitti religiosi (fra le diverse confessioni cristiane) è, infatti, uno dei compiti assolti storicamente dallo stato sovrano: e non già o non tanto per obbedire all'imperativo ideale del pensiero liberale (la libertà negativa e il *neminem laedere*), ma piuttosto per garantire pace, sicurezza e, quindi unità politica. Per conseguire questi obiettivi si è dovuto sostituire la verità del Dio trascendente con l'autorità del (nuovo) Dio terreno: lo Stato. La tolleranza – che è la primigenia formulazione del principio di laicità – è anche un prodotto della teologia politica che sta alla base dello stato moderno, oltre che un'esigenza normativa rivendicata dal liberalismo (ma ovviamente i due percorsi finiscono col coincidere, ove si sostenga che lo stato moderno *è* lo stato liberale e che il nucleo generatore delle esperienze continentali dello *Stato borghese di diritto* o *Rechtsstaat* o *État de droit* si rinviene già nel *Leviathan* di Thomas Hobbes, come cerco di dimostrare nella Parte Prima (*Sicurezza e sovranità*) del mio *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002). In breve: un conto è ricavare la tolleranza dal principio (negativo) del *neminem laedere*, un altro è ricondurla alla formula hobbesiana (prima e schmittiana poi): *auctoritas non veritas facit legem*. Ed è chiaro che in questo secondo caso vale solo fintantoché l'autorità sovrana non decida diversamente, essendo soltanto uno strumento (uno dei tanti strumenti) in vista della pace e della sicurezza (cioè dell'unità politica come convivenza ordinata): ben poteva succedere, infatti, che una specifica confessione religiosa venisse elevata (o declassata…) al rango di «religione civile», perché ciò poteva essere utile come strumento di controllo sociale.

[13] Cfr. sul punto le riflessioni di L. GUERZONI, *Note preliminari per uno studio della laicità dello Stato sotto il profilo giuridico*, in *Arch giur.* «*Filippo Serafini*», 172, 1967, p. 61 ss.; ID., *Stato laico e Stato liberale: un'ipotesi interpretativa*, in *Dir. eccl.*, 1977, I, p. 509 ss., spec. p. 518 ss.; ID., *Il principio di laicità tra società civile e Stato*, cit., p. 59 ss., spec. p. 62 ss.; M. TEDESCHI, *op. ult. cit.*, pp. 560-561; F. FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, pp. 14-15; C. CARDIA, *Laicità, etica, spiritualità (frammenti di analisi)*, in AA.VV., *Il principio di laicità nello Stato democratico*, a cura di M. TEDESCHI, cit., p. 99 ss.; S. LARICCIA, *op. ult. cit.*, p. 145.

lire ad una teoria della sovranità [14], al principio della integrale neutralizzazione della sfera pubblica si sostituisce il criterio della sua imparzialità, equità ed equidistanza. La laicità come eguale rispetto e considerazione non esige soluzioni univocamente improntate ad un atteggiamento di ostile chiusura rispetto al fatto religioso [15]; né richiede l'impermeabilizzazione totale della sfera pubblica. Invero, la sua implementazione può essere modulata da uno spettro potenzialmente molto ampio di soluzioni diversificate: ora inclusive, perché dirette a realizzare l'eguaglianza «verso l'alto», se le risorse disponibili lo consentono; ora invece negative e dirette a realizzare l'eguaglianza «verso il basso», se le soluzioni proposte od immaginate si scontrano col vincolo oggettivo della scarsità dei mezzi necessari [16].

Si tratta ora di verificare la tenuta e l'utilità di questo schema ricostruttivo di fronte ai nodi interpretativi attuali in tema di garanzia della laicità e della libertà religiosa.

---

[14] Perché trattasi di nozione sempre meno spendibile sul piano teorico generale. La vastità della letteratura in tema è ormai vastissima: spero che ciò mi esima dal darne conto.

[15] Chiusura che, peraltro, nella storia dello stato moderno come stato sovrano poteva essere revocata in qualsiasi momento, per fare spazio ad orientamenti confessionisti …

[16] L'eguaglianza verso il basso e l'eguaglianza verso l'alto non sono dunque i due corni di un'alternativa netta tra i quali scegliere definitivamente e una volta per tutte. Dal principio di laicità inteso come eguale rispetto e considerazione non discende in via esclusiva una ovvero l'altra soluzione, potendo invero veicolarle entrambe (come si cercherà di mostrare nel successivo par. 5, a proposito della questione della ostensione di simboli religiosi in luoghi pubblici).

Per una diversa impostazione, diretta a privilegiare in via esclusiva l'adozione di soluzioni ispirate all'eguaglianza verso il basso, vedi S. LARICCIA, *La Costituzione è la fonte di tutte le garanzie*, in *www.forumcostituzionale.it* (19 novembre 2003); F. RIMOLI, *La Corte, la laicità e il crocifisso, ovvero di un appuntamento rinviato*, in *Giur. cost.*, VI, 2004, p. 4300 ss., spec. pp. 4305-4306. a questo indirizzo mi sembra possa ricondursi pure quanto scrive G. BRUNELLI, *Neutralità dello spazio pubblico e «patto repubblicano»: un possibile modello d'integrazione sociale*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa?*, cit., p. 51 ss., spec. p. 54, laddove afferma che «neutralità dello spazio pubblico e principio di eguaglianza appaiono strettamente connessi». Ma soprattutto vedi R. BIN, *op. cit.*, pp. 40, 43 e R. TOSI, *I simboli religiosi e i paradigmi della libertà religiosa come libertà negativa*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa?*, cit., p. 306 ss., spec. p. 309.

In senso opposto – a favore cioè di soluzioni ispirate all'eguaglianza verso l'alto – vedi invece B. RANDAZZO, *Laicità «positiva» e crocifisso nelle aule scolastiche: incostituzionalità dell'obbligo di esposizione e incostituzionalità dell'obbligo di rimozione*, in *www.forumcostituzionale.it* (29 giugno 2004), anche se deve precisarsi che il suo punto di vista è più complesso, perché in riferimento specifico al problema dell'ostensione di simboli religiosi in luoghi pubblici ammette – seppure come *extrema ratio* – la possibilità della loro rimozione.

4. Un errore da evitare: la sovrainterpretazione della libertà religiosa

Un sicuro banco di prova è la questione dell'esposizione del crocefisso nelle aule scolastiche (o altro luogo pubblico) o, più in generale, dell'ostensione di simboli religiosi in occasione dello svolgimento di attività pubbliche [17].

Il problema può impostarsi in due modi diversi e alternativi: o facendo leva sulla laicità come eguale rispetto e considerazione ovvero muovendo dalla postulazione e valorizzazione di uno specifico profilo negativo della libertà religiosa. In base a questa seconda lettura il dovere di neutralità dello stato – e il conseguente obbligo di rimuovere il simbolo esibito – dovrebbe evincersi dalla sola proclamazione della libertà religiosa [18]. Senza bisogno, dunque, di scomodare la logica del principio di eguaglianza.

Lasciando da parte per ora il primo inquadramento teorico per prendere in esame il secondo, c'è da dire che a seguirne fino in fondo gli sviluppi possono prodursi due conseguenze peculiari [19].

---

[17] Ipotesi che comprende, come si vedrà, non solo la questione del crocefisso, ma anche quella del velo indossato da docenti e/o discenti, durante l'orario delle lezioni scolastiche.

[18] Riletta, però, in modo così ampio da ricomprendere anche profili ulteriori rispetto a quelli tradizionali dell'assenza di impedimenti al culto e all'attività di propaganda religiosa. Secondo J. LUTHER, *La croce della democrazia (prime riflessioni su una controversia non risolta)*, in G. GOZZI (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bologna, 1997, p. 101 ss., spec. pp. 108-109, questo ulteriore profilo negativo della libertà religiosa rifluisce nella «libertà della coscienza. Tocca quindi quell'*habeas mentem* (*vel animam*) che compete con lo *habeas corpus* per la primogenitura dei diritti fondamentali». Con un'avvertenza: nel caso del crocefisso «non si tratta di tutelare qualcuno dal dover agire o dover comunicare *contra conscientiam*, ma di tutelare la formazione stessa della coscienza. Il bene giuridico da tutelare è proprio quella interiorità del foro delle coscienze che va garantita non solo indirettamente, per il tramite dei divieti di violenza e tortura inquisitoria, ma anche direttamente attraverso divieti di suggestioni, inganni della psiche o minacce di sproporzionate sanzioni economiche e culturali in grado di «pesare» sulla coscienza». Sembra orientarsi in tal senso la Cassazione, IV sezione penale, nella sentenza 1° marzo 2000, n. 439, dove si asserisce che la libertà religiosa negativa protegge il singolo «dal messaggio sia pure a livello subliminale di immagini simboliche di una sola religione». Si richiama adesivamente a questa giurisprudenza S. CECCANTI, *E se la Corte andasse in Baviera?*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa?*, cit., p. 1 ss., spec. p. 12. A favore di questa impostazione vedi inoltre G. GALANTE, *Piccole note sul crocifisso nelle aule scolastiche*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa?*, cit., p. 154 ss., spec. p. 156.

[19] Peculiari, perché non si produrrebbero, accedendo ad altre ipotesi ricostruttive, quali quella che si proporrà di seguito (e che, come è intuibile, farà leva sulla laicità come eguale rispetto e considerazione).

1) Il simbolo religioso controverso dovrebbe essere rimosso solo su richiesta di chi si sentisse leso nel proprio sentimento religioso. Ma se nessuno rivendica la libertà *dall'*esposizione – eventualità che potrebbe verificarsi per non urtare il sentimento religioso maggioritario e non compromettere la propria integrazione – *nulla quaestio*: il simbolo può legittimamente rimanere dov'è [20].

2) Se la libertà religiosa comprende, oltre all'assenza di impedimenti al culto, anche il diritto di non subire l'influsso e la suggestione di simboli religiosi in luoghi pubblici o nello svolgimento di attività istituzionali, in forza della *Drittwirkung* tale diritto dovrebbe potersi azionare anche nei confronti dei privati cittadini oltre che delle istituzioni pubbliche: in base all'efficacia *orizzontale* dei diritti fondamentali dovrebbe essere indifferente che la violazione della libertà *dall'*esposizione provenga dagli arredi ovvero dall'abbigliamento di chiunque frequenti regolarmente quel luogo, partecipando alle attività istituzionali che vi si svolgono.

C'è il rischio, insomma, che si sprigionino derive conflittuali difficilmente controllabili, che andrebbero ben oltre la questione della legittimità del porto del velo durante le ore di lezione: infatti, così come sono (anche) un simbolo religioso lo *hijab*, lo *chador* o il *burka*, indossati da colleghe di ufficio, compagne di scuola, insegnanti, ecc., a parti rovesciate può essere parimenti considerato un simbolo religioso (o comunque il segno di una peculiare e non condivisa concezione della vita buona) il fatto di portare il viso o il capo scoperto. La produzione di simboli dal cui influsso ci si vuole sottrarre può essere inesauribile ed imprevedibile, vista la pluralità e varietà delle prospettive culturali che entrano in gioco in una società che si avvia a diventare sempre più multietnica (e quindi anche multietica).

---

[20] È la soluzione parzialmente recepita dall'articolo 7 della legge bavarese sull'istruzione e l'educazione pubblica (*Bayerische Gesetz über das Erziehungs und Unterrichtswesen, BayEUG*): «in considerazione della connotazione storica e culturale della Baviera, in ogni aula scolastica è affisso un crocifisso (…) Se l'affissione del crocifisso viene contestata da chi ha diritto all'istruzione per seri e comprensibili motivi religiosi o ideologici, il direttore didattico cerca un accordo amichevole. Se l'accordo non si raggiunge, egli deve adottare, dopo aver informato il provveditorato agli studi, una regola *ad hoc* che rispetti la libertà di religione del dissenziente e operi un giusto contemperamento delle convinzioni religiose e ideologiche di tutti gli alunni della classe; nello stesso tempo va anche tenuta in considerazione, per quanto possibili, la volontà della maggioranza» (traduzione a cura di S. Ceccanti, *La legge bavarese sul crocefisso*, in *www.forumcostituzionale.it*, 8 novembre 2003; dello stesso Autore vedi anche, a sostegno della soluzione bavarese, Id., *E se la Corte andasse in Baviera?*, cit., p. 21 ss.). Come si vede, nella soluzione bavarese la rimozione del simbolo non consegue automaticamente per il solo fatto che venga rivendicata la libertà *dall'*esposizione; anzi, nel testo non si parla mai di rimozione ma semmai di soluzione *ad hoc* che contemperi la libertà religiosa negativa del dissenziente con la «volontà della maggioranza»; ma ciò non prima di avere esperire il tentativo di un «accordo amichevole».

Inoltre, nel caso considerato, si porrebbe il problema di conciliare la libertà *dall'*esposizione con la libertà religiosa di indossare simboli che rivelano il proprio credo; di ponderare, cioè, due differenti profili di un medesimo diritto fondamentale, senza che soccorrano criteri certi di bilanciamento: quale dei due, infatti, deve intendersi come *preferred position* e in che modo, conseguentemente, devono distribuirsi gli oneri argomentativi?

Questa sovrainterpretazione della libertà religiosa produce più complicazioni che soluzioni. Basti pensare che il moltiplicarsi dei veti incrociati tra contrapposte libertà *da* esposizione potrebbe sortire come esito possibile la integrale neutralizzazione della sfera pubblica e il livellamento generalizzato su modelli di condotta altamente spersonalizzati: ogni soggetto che interagisse con la sfera pubblica dovrebbe spogliarsi di qualsiasi tratto individualizzante per diventare mera funzione. Ciò non sarebbe pluralismo e convivenza di diversità ma asettico nascondimento delle identità.

Ma lasciando da parte la previsione di derive futuribili, c'è da osservare inoltre come l'impostazione criticata faccia a meno del modello della riserva di legge, con ciò privandosi di un utile strumento di risoluzione dei conflitti. Infatti, la tesi che fa discendere l'obbligo di rimozione dei simboli religiosi direttamente dalla libertà religiosa (reinterpretata estensivamente come libertà *da* esposizione), anziché dal principio di laicità, imposta i problemi di cui sopra come se scaturissero tutti da collisioni fra diritti soggettivi immediatamente azionabili nei confronti di chicchessia. Se la libertà di non subire l'influsso di simboli religiosi è fondata direttamente in Costituzione, ben può accadere che in un bilanciamento *ad hoc*, e senza alcuna mediazione legislativa, essa prevalga, per esempio, sulla libertà (dell'insegnante, delle colleghe, delle compagne di scuola, ecc.) di indossare simboli religiosi: in questo caso – come è evidente – non sarebbe il legislatore a disporre il suddetto limite, per fare spazio, ad esempio, al principio della laicità, ma questa soluzione s'imporrebbe da sé, anche al di là delle previsioni legislative (qualora queste mancassero) per effetto dell'asserito rango costituzionale della posizione soggettiva contrapposta.

5. Il modello dell'eguale rispetto e considerazione e la questione della rimozione dei simboli religiosi

Posto che la sovrainterpretazione della libertà religiosa è un errore, se ne deve necessariamente concludere che la laicità come eguale rispetto e considerazione non può fondare direttamente il diritto di pretendere la rimozione del simbolo contestato?

Non esattamente. La legittimità di questa pretesa non scompare, ma viene solo subordinata ad una condizione indefettibile: che non sia possibile, per la scarsità delle risorse date, esibire tutti i simboli religiosi di tutti i soggetti che ne fanno richiesta. La rimozione del simbolo non scaturirebbe dunque dalla libertà *dall'*esposizione, ma sarebbe solo un effetto del ripristino dell'eguaglianza *verso il basso*. In altri termini, la laicità come eguale rispetto e considerazione fonda il diritto di pretendere l'ostensione del proprio simbolo religioso nel limite delle risorse disponibili ovvero, se queste sono insufficienti per tutte le richieste, il diritto di ottenere la non ostensione di qualsiasi altro simbolo.

Ciò non esclude, ovviamente, la piena legittimità di una legge che vietasse l'ostensione di qualsiasi simbolo religioso nelle pareti di un'aula scolastica, di un'aula giudiziaria, ecc.: in questo caso non vi sarebbe lesione né della libertà religiosa, né tantomeno del principio di laicità, essendo l'eguaglianza *verso il basso* uno dei suoi possibili inveramenti. Parimenti bisogna però riconoscere piena legittimità (almeno in linea di principio) ad una legge che – introducendo una delega di bilanciamento – consentisse la esibizione di tutti i simboli che le risorse disponibili sono in grado di ospitare, fermo restando il divieto di ostensione nell'ipotesi di un numero esorbitante di richieste: in alcuni casi il principio del massimo rispetto e della massima inclusione di tutte le possibili concezioni della vita buona può esigere proprio che si scontentino tutti [21].

---

[21] Per una diversa impostazione vedi B. RANDAZZO, *op. cit.*, la quale sembra individuare nella delega di bilanciamento non già l'oggetto di una libera scelta legislativa, ma una soluzione necessitata, perché imposta – in qualche modo – dal *favor* per l'eguaglianza verso l'alto e dalla conseguente prospettazione della rimozione come *extrema ratio*. Di avviso opposto sembra A. MORELLI, *Simboli, religioni e valori nelle democrazie costituzionali contemporanee*, in *www.forumcostituzionale.it* (25 maggio 2005), secondo il quale «la soluzione dei conflitti caso per caso, con riguardo alle questioni concernenti «simboli della coscienza», può rivelarsi una strategia perdente, oltre che probabilmente inammissibile se si condivide l'argomento secondo cui un simile approccio potrebbe comportare disuguaglianze intollerabili nell'esercizio di libertà fondamentali». C'è da dire, però, che le critiche dell'Autore si rivolgono in particolare alle deleghe di bilanciamento previste dalla legislazione francese e bavarese (la prima troppo incline a riconoscere la neutralità dell'azione statale a discapito della libertà religiosa di indossare simboli religiosi; la seconda troppo accondiscendente verso la simbologia religiosa cristiana a discapito della laicità statale); e non è detto che non vengano meno di fronte a soluzioni come quella che qui si prospetta. Di sicuro interesse è, infine, la soluzione proposta da C. PANZERA, «*Juristen böse christen*»*? Crocifisso e scuole pubbliche: una soluzione* «*mite*», in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa?*, cit., p. 251 ss., spec. p. 257, che s'impernia sulla tecnica della delega di bilanciamento. In particolare, secondo l'Autore, questa deve poter contemplare tanto soluzioni ispirate alla logica dell'eguaglianza verso l'alto – cioè, per dirlo con le Sue parole: «non togliere, ma aggiungere» simboli – quanto alla logica dell'eguaglianza verso il basso (con «la rimozione di *tutti* i simboli presenti»). Tuttavia,

Tuttavia, si può ancora eccepire che a seguire siffatto schema non si elaborano soluzioni massimamente inclusive perché, in realtà, viene sostanzialmente sacrificato il punto di vista di chi, non professando religione alcuna, non intende subire l'influsso di nessun simbolo religioso: questi può sperare di vedere riconosciuta la propria pretesa solo *riflessivamente ed in via eventuale*, cioè solo se casualmente il numero delle richieste ostensive esorbita il limite delle risorse date. E così, in nome della laicità – questa è infine l'obiezione – si sacrifica proprio il punto di vista laico. Ma è precisamente così?

Invero, bisognerebbe rovesciare la premessa su cui si regge questa possibile obiezione e considerare il punto di vista laico non già alla stregua di una posizione particolare che si affianca alle altre e che, pertanto, con queste deve essere bilanciata: la laicità come eguale rispetto e considerazione è invece la prospettiva che accoglie tutte le altre; è la massima comprensione del più alto numero possibile di posizioni particolari; è lo stesso pluralismo che si fa norma, grazie al principio per cui tutte le prospettive di vita devono essere egualmente rispettate. Ciascuno di noi ha il diritto di pretendere che la propria concezione della vita buona sia trattata con eguale rispetto e considerazione rispetto a tutte le altre, non già il diritto di inibire l'espressione altrui (a meno che questa non sia l'unica concessa, stante l'asserita scarsità delle risorse disponibili …) [22].

---

questa proposta non è condivisibile laddove ricollega la necessità della rimozione all'eventuale obiezione di coscienza anziché al principio dell'eguale rispetto e considerazione.

[22] Mi sembra che questa concezione della laicità informi pure il saggio di E. OLIVITO, *Laicità e simboli religiosi nella sfera pubblica: esperienze a confronto*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2004, p. 549 ss., spec. p. 578, la quale – molto opportunamente - avverte che «la tentazione è quella di maneggiare la laicità a seconda delle convenienze, interpretandola ora come un valore 'sensibile' alle istanze religiose, purché culturalmente condivisibili, ora come una barriera che, indifferente alle rivendicazioni a noi estranee, lascia le appartenenze particolari fuori dallo spazio pubblico». Invero, «il principio in questione è duttile ed elastico (…) perché deve accogliere le diverse esperienze di vita che man mano emergono dalla comunità, senza esprimere giudizi di valore pregiudizialmente 'escludenti'». Vanno in questa direzione pure le riflessioni sul nesso tra laicità, «Stato di cultura» e pluralismo, offerte da D. FERRI, *La questione del crocifisso tra laicità e pluralismo culturale*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa?*, cit., p. 132 ss., spec. p. 139; e le riflessioni sul rapporto tra il pluralismo delle identità e le lotte per il riconoscimento nella sfera pubblica, offerte da B. PASTORE, *op. cit.*, p. 261: «le società multiculturali (…) hanno bisogno di uno stato imparziale (e non neutrale, nel senso di indifferente), dove le molteplici identità possano rivelarsi, riconoscersi reciprocamente ed essere trattate con eguale considerazione e rispetto».

6. Baviera e Francia: due soluzioni opposte ma entrambe incompatibili con la laicità come eguale rispetto e considerazione

Sinteticamente, le conseguenze particolari che derivano dal modello ermeneutico generale qui proposto sono le seguenti: a) solo il diritto individuale di portare simboli religiosi, e non anche la libertà *dall'*esposizione, è espressione legittima di libertà religiosa; ed è pertanto coperta da riserva di legge; b) l'obbligo di rimuovere i simboli religiosi può discendere, invece, solo dalla logica egualitaria e pluralistica del principio di laicità; principio che è sì di rango costituzionale ma che deve essere modulato ragionevolmente dal legislatore nella misura in cui collide con altri principi o diritti costituzionali. Può quindi fondare direttamente – alle condizioni sopra esposte – il diritto di ottenere la rimozione dei simboli religiosi dagli arredi scolastici, ma non può fondare direttamente pretese soggettive che si traducano nella limitazione di diritti costituzionali altrui (*in primis*, la libertà religiosa di indossare simboli del proprio credo).

La legge bavarese sul crocifisso è compatibile con questo modello? È una modulazione ragionevole del principio di laicità? Non proprio: tale disciplina stabilisce la regola dell'affissione del crocefisso, prevedendo la possibilità che, in via eccezionale, le autorità scolastiche elaborino una diversa soluzione *ad hoc*, su richiesta di chi avanzi obbiezioni di coscienza «serie e rilevanti». Decide insomma la direzione della scuola, «cui spetterebbe di trovare un contemperamento tra la libertà religiosa degli «obbiettori» e la volontà della maggioranza» [23]. Ebbene, è evidente che in questa soluzione legislativa è del tutto assente il principio di laicità: la rimozione eventuale (nonché altamente improbabile …) non si produce per effetto di questo, ma solo per evitare «serie e rilevanti» compromissioni della libertà religiosa *dall'*esposizione rivendicata dall'obbiettore [24].

---

[23] Il virgolettato è di J. LUTHER, *op. cit.*, p. 105.

[24] Il caso bavarese dimostra, ancora una volta, che la laicità e la sovrainterpretazione della libertà religiosa si profilano come percorsi distinti e radicalmente alternativi. E sebbene in questa circostanza, il modello della libertà *dall'*esposizione sia funzionale alla giustificazione di un approccio confessionista al problema del crocefisso nelle aule scolastiche, ciononostante resta ancora da spiegare per quale ragione questa situazione soggettiva non possa rivendicarsi nei confronti di chiunque, oltre che nei confronti delle istituzioni pubbliche. Inoltre, a ulteriore riprova della sua incompatibilità con la laicità come eguale rispetto e considerazione, la soluzione bavarese adotta un'inaccettabile inversione dell'onere della prova, in virtù della quale – come osserva C. FUSARO, *Pluralismo e laicità, lo stato non può ridurre la fede a cultura, né costruire sul fatto religioso identità partigiane*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa?*, cit., p. 147 ss., spec. pp.

Specularmente, neppure può ritenersi ragionevole la modulazione che del principio di laicità viene offerta dalla più recente legislazione francese. Si fa riferimento, ovviamente, alla legge n. 228 del 15 marzo 2004, la quale all'art. 1 prevede che «nelle scuole, nei collegi e nei licei pubblici, è vietato l'uso di segni o abbigliamenti mediante i quali gli alunni manifestino ostensibilmente una appartenenza religiosa». Ora, se è vero che del principio di laicità – diversamente da quanto emerge dalla legislazione bavarese – deve darsi la garanzia più estesa possibile, in ossequio alla sua natura di «norma-principio», cioè di «precetto di ottimizzazione» [25], è altresì vero, però, che ciò deve avvenire compatibilmente con le esigenze di tutela di altri principi e diritti costituzionali [26]. Tanto più se a porsi come principio concorrente sia proprio quel diritto alla libertà religiosa dal quale il suddetto principio – come già osservato nella parte iniziale di questo saggio – viene parzialmente indotto. Ebbene: è ragionevole che in nome della laicità si adottino limitazioni legislative del diritto dei discenti di indossare simboli religiosi? Indubbiamente no, perché si tratta di limiti alla libertà di espressione religiosa che non sono strettamente funzionali all'implementazione della laicità dell'azione statale, a meno che non si riesca a dimostrare che i

---

149-150 – «la norma è l'esposizione del simbolo religioso *nemine contraddicente*, mentre l'eccezione è la sua rimozione *on demand*». In tal senso vedi pure C. MARTINELLI, *Le necessarie conseguenze di una laicità «presa sul serio»*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa?*, cit., p. 207 ss., spec. p. 210 e C. PANZERA, *op. cit.*, p. 251.

Aderiscono invece alla soluzione bavarese – oltre al già citato S. CECCANTI, *op. ult. cit.* – M. CARTABIA, *Il crocifisso e il calamaio*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa?*, cit., p. 62 ss., spec. p. 69 ss.; S. PRISCO, *Il valore della laicità e il senso della storia*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa?*, cit., p. 273 ss., spec. p. 274 ss.

Non è invece riconducibile ad alcuno degli orientamenti qui ricostruiti la peculiare posizione di M. CUNIBERTI, *Brevi osservazioni su laicità dello Stato e obbligo di esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa?*, cit., p. 89 ss., spec. p. 95, secondo il quale la questione dell'ostensione del crocifisso può risolversi solo mediante «una riforma dei Patti lateranensi che inserisca in essi, o in uno dei protocolli annessi, l'impegno dello Stato a mantenere la presenza del simbolo religioso all'interno degli edifici in cui viene impartito l'insegnamento pubblico».

[25] Per usare la nota definizione che dei principi fornisce R. ALEXY, *Teorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, trad. spagn. *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid, 1997, p. 86; ID., *Collisione e valutazione (comparativa) quale problema di base della dogmatica sul diritto fondamentale*, in AA.VV., *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. LA TORRE e A. SPADARO, Torino, 2002.

[26] I «precetti di ottimizzazione», infatti, a seguire R. ALEXY, *op. ult. cit.*, sono «norme che impongono che qualcosa venga realizzata in misura possibilmente elevata *in relazione con le possibilità di fatto e di diritto*» (corsivo mio).

comportamenti e le espressioni individuali dei discenti siano parte integrante dell'attività di istruzione pubblica. In breve, come potrebbe ragionevolmente sostenersi che il diritto dello studente di portare simboli del proprio credo sia in contrasto col principio secondo cui l'azione pubblica deve essere e mostrarsi rispettosa dell'eguaglianza tra le confessioni religiose? [27].

7. Sulla controversa nozione di «simbolo religioso»

Posto che dal principio di laicità può farsi discendere un obbligo di rimozione dei simboli religiosi dagli arredi dei luoghi pubblici, resta infine il problema di stabilire cosa debba intendersi per «simbolo religioso»; ma soprattutto di accertare se la sua eventuale rimozione possa essere scongiurata dalla possibilità di ascrivergli pure una valenza storico-culturale in cui possa riconoscersi l'intera comunità nazionale.

Che questa seconda possibilità interpretativa non indichi una mera ipotesi di scuola è provato dalla sentenza del T.A.R. Veneto 17-22 marzo 2005, n. 1110, nella quale il giudice amministrativo ascrive al crocefisso, considerato in sé e per sé, una valenza semantica che va ben oltre il messaggio religioso, per attingere alle profonde radici culturali ed ideali della nostra identità nazionale e, più in generale, occidentale. Secondo il giudice amministrativo, infatti, il crocefisso deve intendersi «non solo come simbolo di un'evoluzione storica e culturale, e quindi dell'identità del nostro popolo», ma – con un paradossale rovesciamento dialettico – pure «quale simbolo dei principi di libertà, uguaglianza e tolleranza e infine della stessa laicità dello Stato» [28].

Ora, si può dissentire con l'orientamento del giudice veneto e sostenere – come ritengo giusto – che l'identità dell'occidente (e del suo sistema politico-

---

[27] Diverso e più complesso è il caso in cui, in nome della laicità, si pretenda di limitare la libertà di espressione religiosa del docente. Considerata la peculiare posizione istituzionale di chi insegna, non si può escludere a priori la possibilità di bilanciamenti ragionevoli che pongano i discenti al riparo da indebite attività di propaganda e proselitismo religioso. Ma non credo che ci si possa spingere fino al punto di proibire il porto di simboli religiosi, come giustamente argomenta E. OLIVITO, *op. cit.*, pp. 576-577.

[28] Su questa pronuncia del giudice amministrativo veneto vedi i condivisibili rilievi critici di P. VERONESI, *La Corte costituzionale, il Tar e il crocifisso: il seguito dell'ordinanza n. 389/2004*, in *Diritto e giustizia on line – 8 aprile 2005* e in *www.forumcostituzionale.it*.

sociale) sia non già il cristianesimo ma il pluralismo ideologico-religioso paritario (e quindi *anche* il cristianesimo, ma non solo). Tuttavia, rimane pur sempre una questione interpretativa di fondo: elaborare criteri in base ai quali decidere, volta per volta, quando un segno dall'indubbia origine religiosa – quale è, nel caso di specie, il crocifisso e/o la croce – possa e debba essere trattato non come simbolo religioso da rimuovere, ma come simbolo storico-culturale legittimamente ostensibile.

Una possibile risposta è quella di negare alla radice l'utilità di un test di questo tipo: c'è, infatti, chi sostiene che un'interpretazione selettiva del simbolo, diretta a scindere la valenza religiosa da quella storico-culturale «si mostrerebbe inadeguata a cogliere la reale portata evocativa della rappresentazione simbolica», anche perché non si può «separare ciò che non può restare unito» [29]. Secondo questo orientamento – peraltro argomentato assai finemente – occorre piuttosto muovere dal «principio di massima inclusione di significato», in virtù del quale «andrebbero ricompresi entro l'area semantica della rappresentazione simbolica, e ritenuti allo stesso modo rilevanti, tutti quei significati che, nell'attuale momento storico, risultino riconducibili al simbolo, in base agli usi sociali oggettivamente riscontrabili» [30]. In altre parole, sarebbe sufficiente che fra i diversi segni che compongono una configurazione simbolica ve ne sia almeno uno dalla connotazione chiaramente religiosa perché se ne debba necessariamente concludere che ci troviamo dinanzi ad un simbolo religioso (con tutto quel che ne consegue in ordine alla sua ammissibilità o meno nei luoghi pubblici). Ed infatti, per il principio di massima inclusione non è rilevante che il significato/segno religioso abbia carattere di prevalenza rispetto agli altri con i quali concorre a definire il simbolo complessivo cui inerisce [31].

Questo principio è un test applicabile a tutte quelle configurazioni simboliche che ospitano al loro interno un segno religioso? Sì, ma solo alla condizione di precisare che quando si parla di «massima inclusione di significato» si deve fare riferimento ai significati che afferiscono al simbolo riguardato nel suo complesso e non già a quei significati che riguardano specificatamente i diversi elementi figurativi che lo compongono.

---

[29] A. Morelli, *op. cit.*

[30] *Ibidem*.

[31] È lo stesso Morelli (*ibidem*) a precisare che nel caso del crocifisso «significati religiosi e significati culturali non potrebbero essere scissi, né tanto meno si potrebbero considerare gli uni prevalenti sugli altri. Piuttosto si dovrebbe concludere che tutti concorrono alla determinazione del contenuto semantico complessivo».

Non è infrequente, infatti, che configurazioni simboliche complesse ospitino al proprio interno simboli più semplici, in sé già carichi di una propria ed autonoma valenza semantica: è il caso, ad esempio, di stemmi, bandiere, gonfaloni, ecc. (di Enti locali, Università, ecc.), che contengono l'immagine di una croce o di un santo o di altro che, considerato isolatamente, avrebbe un'indubbia connotazione religiosa. Ebbene, se il principio di massima inclusione viene riferito a tutti i possibili significati estrapolabili – sia a quelli che lo definiscono complessivamente che a quelli che, invece, si ricavano solo dai suoi elementi figurativi particolari – se ne deve concludere che sempre e comunque in uno stato laico la croce (o altro simbolo religioso) è incompatibile con la rappresentazione simbolica di una istituzione pubblica. Se, invece, si deve guardare solo a ciò che il simbolo esprime nel suo complesso (tralasciando ciò che esprime nei suoi elementi particolari), una conclusione tanto drastica (e irragionevolmente afflittiva nei confronti della storia e della tradizione, prima ancora che della religione) può essere evitata.

Si può dunque ricavare la seguente formula: un simbolo indubbiamente religioso può tuttavia essere considerato provvisto di una valenza storico-culturale – e quindi ritenuto non incompatibile col principio di laicità – se risulta integrato in una più complessa configurazione simbolica il cui significato complessivo non sia, attualmente, quello religioso, ma quello politico, culturale, istituzionale, ecc.: insomma, la valenza semantica del simbolo complesso deve essere tale da neutralizzare la valenza semantica religiosa del simbolo semplice. Ma basta però che – anche per effetto della presenza del simbolo semplice – il simbolo complesso abbia, fra i tanti significati complessivi, pure quello religioso, perché la sua ascrizione alla categoria dei simboli religiosi sia certa (con tutto quel che ne discende in ordine alla sua compatibilità col principio di laicità).

8. *Segue*: il criterio alternativo della prevalenza

Il criterio della prevalenza può essere una valida alternativa al test suesposto? Secondo questo criterio, per stabilire se vi è lesione del principio di laicità occorre verificare, di volta in volta, quale sia il significato prevalente del simbolo controverso, se quello religioso ovvero quello storico-culturale-politico. Quali sarebbero però gli indici cui riferirsi per formulare questo giudizio di prevalenza? Quali strumenti di indagine possono consentire una rilevazione empirico-quantitativa dei significati più diffusamente percepiti? Ma

anche ammesso che una tale indagine sia tecnicamente possibile, è auspicabile e legittimo affidare alla sensibilità maggioritaria la definizione di questo punto controverso?

L'ultima sembra una domanda retorica, ma non lo è, perché la risposta non è scontata.

Bisogna infatti precisare che una cosa è la percezione maggioritaria del significato di un simbolo, un'altra è la volontà maggioritaria in ordine alla questione se tenerlo o rimuoverlo: che la maggioranza voglia rimuovere oppure no il simbolo controverso non è rilevante, perché ciò che interessa – ai fini del suddetto giudizio di prevalenza – è solo appurare quale significato del simbolo (se quello religioso ovvero qualsiasi altro) sia effettivamente percepito come prevalente dal contesto umano di riferimento. E quindi può ben darsi il caso che la maggioranza ne colga solo la valenza religiosa e che, pur tuttavia, non intenda avvallarne o richiederne la rimozione; oppure che ne colga la preponderante valenza storico-culturale e che, pur tuttavia, ne auspichi la rimozione per non offendere la sensibilità della minoranza che invece ne scorge solo un significato religioso discriminante; e così via, le possibili combinazioni possono essere le più diverse.

C'è da dire però che quest'ultima precisazione, lungi dal risolvere il nostro problema, lo complica vieppiù. Bisognerebbe infatti elaborare un criterio per distinguere precisamente tra percezione maggioritaria del significato di un simbolo e volontà maggioritaria di pretenderne l'ostensione o la rimozione, onde evitare che dietro la dichiarata percezione del suo prevalente significato storico-culturale si nasconda, in realtà, l'intento neo-confessionalista di impedirne la rimozione [32].

Ad ogni modo, per via della abbondante messe di complicazioni appena esposte, è evidente che il criterio della «prevalenza» non può offrire una via alternativa al principio della «massima inclusione di significato».

9. L'identità occidentale come inclusione dell'altro e appropriazione dell'estraneo

Il simbolo cristiano della croce realizza un paradossale rovesciamento semantico. La croce era il supplizio che i Romani infliggevano agli schiavi

[32] Non è un caso che l'argomento storico-culturale e «identitario» sia speso ampiamente proprio da coloro la cui fede cattolica è nota, nonché da coloro che sostengono la sovrapposizione e la coincidenza fra cristianesimo ed identità occidentale …

ribelli. Eppure, da strumento del martirio del Cristo è divenuta il segno universalmente riconoscibile del credo religioso che professa la verità dell'Amore. Come parte di un'iconografia religiosa rinvia al contrario di ciò che significava in origine: come se il manganello delle squadracce fasciste assurgesse a simbolo di coloro che sono perseguitati da regimi dittatoriali o l'immagine stilizzata di una sedia elettrica a logo di un movimento che si oppone alla pena di morte.

La storia semantica della croce – da strumento di tortura e macchina di morte a segno distintivo dell'amore di Cristo – è paradigmatica del senso profondo del cristianesimo: l'*appropriazione dell'estraneo*[33]. Il significato originario della croce – cioè il suo uso coercitivo – è quanto di più lontano vi sia dal messaggio evangelico: malgrado ciò, il cristianesimo se ne è appropriato per simboleggiare sé stesso.

A seguire Rémi Brague, questo modo di approcciare e proporre il rapporto tra *sé* e l'*altro* apparteneva già alla «romanità», prima ancora che al cristianesimo[34]. Ed in effetti, si possono scorgere delle sintonie profonde tra la strategia (culturale, politica, istituzionale: cioè *costituzionale*) di «inclusione dell'altro» di cui consisteva essenzialmente la *pax romana* e il precetto evangelico «*Ama il prossimo tuo come te stesso*». Sotto questo profilo, noi (italiani, europei, occidentali) «non possiamo non dirci cristiani» proprio perché non possiamo non dirci «romani».

Ma se il *proprium* dell'essere romani (e quindi, a seguire, cristiani ed occidentali) è precisamente quella che sempre Brague chiama «secondarietà culturale», cioè l'essere nient'altro che «la struttura di trasmissione di un contenuto che non è il suo proprio»[35] o, per dirlo in altro modo, l'essere nient'altro che apertura alla differenza, interazione e contaminazione con ciò che è *altro*, ebbene: così come non possiamo non dirci cristiani, parimenti e per la stessa ragione non possiamo neanche dirci tali. Pur sfidando il principio di non contraddizione, dobbiamo dire che *non possiamo dirci cristiani proprio perché siamo cristiani*. Come il cristianesimo ha adottato come simbolo di sé il proprio contrario, allo stesso modo, per onorare la nostra identità occidentale (cioè romana e cristiana), non possiamo imporre la croce, ma dobbiamo ammettere che a fianco ad essa compaiano sempre anche (e soprattutto) i segni reli-

---

[33] L'espressione, e la tesi che incorpora, sono di R. BRAGUE, *Europe, la voie romaine*, Paris, 2005, trad. it., *Il futuro dell'occidente. Nel modello romano la salvezza dell'Europa*, Milano, 2005, *passim*.

[34] E difatti, questo si limita a raccogliere l'eredità culturale della latinità: vedi R. BRAGUE, *op. cit.*, *passim*.

[35] *Ibidem*, p. 40.

giosi e culturali dell'*altro*; o in alternativa nessuno. Trattare tutti con eguale rispetto e considerazione è amare il prossimo come sé stessi; è praticare ininterrottamente la ricerca della conciliazione tra il sé e l'altro. Solo così prendiamo sul serio la nostra identità. E il cristianesimo [36].

[36] Le tesi illustrate nel testo devono molto anche all'interpretazione filosofica del cristianesimo proposta da G. VATTIMO, *L'età dell'interpretazione*, in R. RORTY-G. VATTIMO, *Il futuro della religione. Solidarietà, carità, ironia*, a cura di S. ZABALA, Milano, 2005, p. 47 ss., spec. pp. 50, 52, 53. Riprendendo tesi che erano già di Dilthey, Vattimo sostiene che «è l'avvento del cristianesimo che rende possibile la progressiva dissoluzione della metafisica, dissoluzione (…) che è anche il nichilismo di Nietzsche e la fine della metafisica di Heidegger. Il cristianesimo introduce nel mondo il principio dell'interiorità, in base a cui la realtà «oggettiva» perderà via via il suo peso determinante. La frase di Nietzsche «non ci sono fatti, solo interpretazioni» e l'ontologia ermeneutica di Heidegger non faranno che portare alle estreme conseguenze questo principio». Insomma, «l'ermeneutica, nel suo senso più radicale che si esprime nella frase di Nietzsche e nell'ontologia di Heidegger, è lo sviluppo e la maturazione del messaggio cristiano». Qual è, allora, il rapporto del messaggio evangelico con la verità? La risposta di Vattimo è chiara: «la sola verità che la Scrittura ci rivela, quella che, nel corso del tempo, non può subire nessuna demitizzazione – giacché non è un enunciato sperimentale, logico, metafisico, ma è un appello pratico – è la verità dell'amore, della *caritas*». *Caritas* che è apertura all'*altro*, alla differenza e, appunto, alla pluralità delle prospettive: «il che significa che la verità del cristianesimo sembra essere la dissoluzione dello stesso concetto (metafisico) di verità». Del resto, la stessa incarnazione, *kénosis*, altro non è che la «rinuncia di Dio alla propria sovrana trascendenza».

Legislazione e funzione di Governo

di *Marta Cartabia*

SOMMARIO: Avvertenza. – 1. I poteri normativi del governo tra l'eredità del regime autoritario e il mito dello Stato liberale: il governo come esecutore della legge. – 2. La divaricazione critica tra teoria e prassi nell'attività normativa del governo. – 3. Dal potere esecutivo alla funzione di governo: la teoria della separazione dei poteri e la dottrina dell'indirizzo politico. – 4. I fattori di potenziamento del ruolo politico del governo e la riallocazione dei compiti di amministrazione. – 5. Il rapporto irrisolto tra attività di governo e atti normativi: la legge come limite o come strumento dell'azione di governo? – 6. Legislazione parlamentare e legislazione governativa rispetto all'indirizzo politico.

Avvertenza

Questo contributo costituisce l'anticipazione di un più ampio studio [1] sulle funzioni del governo e sulle loro trasformazioni, particolarmente visibili nel campo dell'attività normativa. L'intento è accostare ai numerosi studi sulle trasformazioni della forma di governo qualche spunto di riflessione sui cambiamenti che si stanno verificando nelle *funzioni* esercitate dal governo. Si tratta di un fenomeno di lungo periodo, non direttamente riconducibile alle riforme elettorali e costituzionali intervenute negli scorsi anni, né particolarmente esposto all'influenza delle riforme che si scorgono all'orizzonte .

Infatti, il problema che si vuole affrontare prende spunto dalla constatazione che mentre lungo il secolo XIX – epoca d'oro del costituzionalismo liberale – si coglie nei fatti e nella teoria una chiara tendenza a contenere le funzioni del governo, il quale progressivamente viene spogliato di brandelli

[1] Ringrazio sentitamente Massimo Luciani che dopo aver pazientemente letto, commentato e naturalmente criticato la prima stesura di questo elaborato, mi ha sollecitata a procedere senza ulteriore indugio alla pubblicazione. Mi assumo ogni responsabilità per le opinioni espresse, le inesattezze e le incompletezze che il lettore riscontrerà nel presente lavoro.

dei suoi poteri fino a ridursi idealmente ad un potere meramente esecutivo a servizio del parlamento, viceversa nel corso del XX secolo si assiste ad una progressiva espansione delle attività e delle attribuzioni governative, specie sul terreno della funzione normativa, fermo restando l'impianto teorico del costituzionalismo ottocentesco. Così, mentre la riflessione teorica e dottrinale continua a rimanere saldamente ancorata agli ideali della teoria liberale basati sulla separazione dei poteri e sul principio di legalità [2], la prassi tradisce inesorabilmente tali ideali, restituendo al governo, che si vorrebbe teoricamente confinato in una funzione meramente esecutiva, una posizione centrale e cruciale nella dinamica politica.

Questo scritto intende saggiare la tenuta dell'apparato concettuale e teorico che circonda l'organo governativo alla luce dei dati che la realtà offre in relazione alle funzioni normative svolte dal governo e in particolare in relazione alla delega legislativa, che dei vari tipi di produzione normativa di origine governativa è senza dubbio la più rilevante, non solo per quantità. I primi esiti di questa ricerca sono duplici. Da un lato, emerge una crisi delle acquisizioni concettuali e dottrinarie relative al governo, che sembrano aver perso la loro capacità di comprendere e descrivere la realtà che analizzano; persino la terminologia correntemente in uso che definisce il governo come organo *esecutivo* sembra da mettere definitivamente in discussione. D'altra parte risulta dubbia anche la tenuta di un altro dei fondamenti del costituzionalismo liberale classico che pretende che la *legge* sia *espressione della volontà generale*. Dall'analisi che qui di seguito si trova abbozzata emergerà che la legge – ed ancor più gli atti governativi ad essa equiparati – è di norma meglio definibile come *espressione dell'indirizzo politico* di una parte e come strumento essenziale della funzione governante, difficilmente riconducibile ad una ipotetica e mitizzata volontà generale.

Si tratta di esiti parziali, o meglio di ipotesi che necessitano di ulteriori verifiche e precisazioni, le cui conseguenze di sistema sono ancora tutte da sviluppare. Il carattere di questo contributo, dunque, è spiccatamente interlocutorio ed è mosso dall'intento di aprire un dibattito, piuttosto che dalla pretesa di offrire risposte certe al lettore.

---

[2] In particolare nella versione continentale del liberalismo, come sottolinea A. PANEBIANCO, *Il potere, lo stato, la libertà*, Il Mulino, Bologna, 2004, spec. p. 119 ss., giacché la versione anglosassone dello Stato liberale assume, come è ben noto, connotati diversi.

1. I poteri normativi del governo tra l'eredità del regime autoritario e il mito dello Stato liberale: il governo come esecutore della legge

All'interno della pluralità di funzioni svolte dal governo, l'ambito in cui più immediata è la percezione di uno scollamento tra la riflessione teorica e la prassi è quello delle funzioni normative. Su questo terreno si coglie una macroscopica distanza tra la riflessione giuridica e la realtà politica, una distanza che genera uno stato di crisi.

Infatti, sulla configurazione concettuale della potestà normativa del governo delineata dalla Costituzione italiana pesa indiscutibilmente l'eredità dell'epoca fascista [3], giacché il costituente sembra essere stato animato principalmente dalla preoccupazione di contenere drasticamente i poteri dell'esecutivo, ingigantitisi in misura abnorme durante il regime totalitario, dapprima in via di prassi e successivamente con il supporto normativo della legge n. 100 del 1926.

La restaurazione della democrazia dopo l'esperienza del ventennio fascista imponeva un forte ridimensionamento del ruolo del governo e una decisa rivalutazione degli organi rappresentativi, secondo una dinamica già vissuta agli albori del costituzionalismo, sia pure in un'epoca assai diversa, lontana nel tempo, ma caratterizzata anch'essa da una spiccata «*mefiance de l'exécutif*» [4]: ora, come allora, occorreva indebolire l'esecutivo, spogliandolo dei

---

[3] Che molte costituzioni del secondo dopoguerra, tra cui quella italiana, siano chiaramente animate dalla esigenza di ridurre e controllare l'uso di strumenti normativi da parte dei governi è osservazione comune e abbastanza diffusa: tra i molti E. CHELI, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali*, in *Riv. trim dir. pubbl.*, 1959, p. 463 ss., in particolare p. 510 ss.; ID., *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 151 ss.; L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Cedam, Padova, 1966, p. 126 ss.; C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 42 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1992, p. 162 ss. Altrettanto condivisa è l'opinione che il motivo principale di questo atteggiamento dei costituenti del secondo dopoguerra sia di ordine storico: l'assunzione di poteri normativi forti da parte degli esecutivi ha costituito uno dei più importanti strumenti dei totalitarismi europei tra le due guerre. Di conseguenza, depotenziare l'esecutivo era una delle manifestazioni più diffuse della volontà antifascista delle nuove costituzioni. Per una analisi della posizione dell'assemblea costituente sul potere esecutivo, in cui si evidenzia la diffidenza storica nei confronti del Governo, si veda da ultimo F. CUOCOLO, *Il governo nell'esperienza repubblicana*, in *Scritti in onore di L. Elia*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1999, p. 371 ss. In generale sull'attitudine antifascista del Costituente M. LUCIANI, *Antifascismo e nascita della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 183 ss.; V. ONIDA, *Costituzione italiana*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Torino, 1989, p. 321 ss.

[4] Sottolinea come la maggior parte degli studi sulle trasformazioni istituzionali francesi

poteri che si erano concentrati nelle sue mani, in modo da spianare il terreno per l'affermazione, o la riaffermazione, delle assemblee parlamentari al centro della vita istituzionale. È forse proprio in ragione di questa affinità di esigenze di contenimento dei poteri dell'esecutivo che le norme della Costituzione repubblicana che trattano delle funzioni normative del governo sembrano recepire senza significativi aggiustamenti i principi elaborati in epoca liberale – il cui modello, peraltro, si riteneva necessario superare per molti aspetti [5] – che concorrevano a ripristinare la centralità della legge e del parlamento, confinando il governo in un ruolo di mero esecutore delle deliberazioni delle assemblee parlamentari. Per questa ragione il principio di separazione dei poteri e il principio di legalità [6], cuore dello stato di diritto ottocentesco, risultano longevi al punto da riemergere dopo l'epoca totalitaria, che li aveva oscurati, riadattandosi ad un nuovo contesto ordinamentale, per certi aspetti non del tutto favorevole alla loro riaffermazione.

L'ancoraggio nel testo costituzionale del principio della divisione dei poteri, riferito ai rapporti tra parlamento e governo, viene normalmente identificato nell'art. 70 della Costituzione [7], mentre per quanto riguarda il principio di legalità un effetto analogo viene normalmente ricondotto all'art. 113 della Costituzione [8].

---

relativi all'epoca della Rivoluzione del 1789 abbiano tramandato gli echi di posizioni ostili al potere esecutivo P. COLOMBO, *Governo e costituzione*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 395 e *passim*. Per quanto riguarda l'epoca liberale bastino le incisive osservazioni di G. BURDEAU, *Traité de Science politique*, tomo V, Paris, 1957, p. 365: «*Cet émiettement de la puissance gouvernementale constitue le fondement de la structure constitutionnelle de l'Etat libéral*».

[5] È ormai opinione comune la considerazione che i Costituenti guardarono all'esperienza pregressa dello Stato liberale ottocentesco senza rinnegarlo e senza emularlo, ma facendo tesoro delle conquiste più imperiture, superando peraltro i limiti che esso aveva manifestato. In questo senso, tra i molti, V. ONIDA, *Costituzione italiana*, cit., p. 325 ss.

[6] Sottolineano il nesso strettissimo tra il principio di separazione dei poteri, riferito, ovviamente ai rapporti tra parlamento e governo, e il principio di legalità L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, cit., p. 129 ss.; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 247 ss., spec. p. 259; A. LUCARELLI, *Potere regolamentare*, Cedam, Padova, 1995, p. 3 ss.

[7] In questo senso L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, cit., 279 in cui si afferma che l'art. 70 della Costituzione riserva alle camere la funzione normativa e che se i regolamenti fossero considerati espressione di funzione normativa e non esecutiva, come invece assunto dall'autrice, si addiverrebbe ad una violazione del principio di separazione dei poteri ogni volta che il governo attivasse il potere regolamentare e quindi occorrerebbe trovare un fondamento costituzionale al potere regolamentare.

[8] Esplicitamente in questo senso L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, cit., p. 148 ss.; diversamente S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, p. 659 ss. indica come principale fondamento del principio di legalità l'art. 101 della Costituzione.

Dell'art. 70 Cost., che testualmente si limita ad affermare che «la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due camere», si sottolinea spesso la valenza «esclusiva», evidenziando come in virtù di tale disposizione costituzionale e del principio di separazione dei poteri che ad essa si riconnette nessun organo diverso dalle camere possa essere chiamato ad emanare norme di valore legislativo. Per questo, in generale, le trattazioni sulle funzioni normative del governo muovono dalla sottolineatura di questa disposizione, rispetto alla quale l'attribuzione di poteri normativi primari in capo al governo espressamente prevista dalla Costituzione agli artt. 76 e 77 si presenterebbe come una deviazione di carattere «derogatorio ed eccezionale». Deroga ed eccezione che non sarebbero consentite in assenza di esplicite previsioni costituzionali, come ha anche avuto occasione di sottolineare la Corte costituzionale sin dalla sentenza n. 32 del 1961 e che, se diffuse e prolungate nel tempo, contrasterebbero con l'attribuzione in via ordinaria della funzione legislativa alle camere, ridondando sugli equilibri istituzionali e persino sulla forma di governo [9].

In particolare derogatorio ed eccezionale sarebbe non soltanto il potere di decretazione d'urgenza, questo sì naturalmente straordinario [10], come ha ribadito incisivamente la Corte costituzionale nella sentenza n. 360 del 1996, dato che per volontà della Carta costituzionale i presupposti per il suo esercizio sono appunto «casi straordinari di necessità ed urgenza» [11]; a detta di molti, la medesima qualifica di potere derogatorio ed eccezionale spetterebbe altresì alla delega legislativa [12] di cui all'art. 76 Cost., dato che il normale fun-

---

[9] Corte costituzionale sentenza n. 302 del 1988 e n. 360 del 1996, entrambe in riferimento alla prassi della iterazione dei decreti legge.

[10] Basti qui rinviare a A. CELOTTO, *L'abuso del decreto legge*, Cedam, Padova, 1997, p. 103 ss.; A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge*, Giuffrè, Milano, 2003, che offre, accanto ad una profonda analisi teorica, un ricco e ragionato spaccato della prassi dell'uso della decretazione d'urgenza che permette di comprendere l'impatto di tale strumento sulla vita dell'ordinamento.

[11] Corte costituzionale sentenza n. 360 del 1996, punto 4 del *Considerato in diritto*.

[12] Questa posizione sembra perpetrare tralatiziamente un principio che si era sviluppato in vigenza dello Statuto albertino. Esplicitamente sul carattere derogatorio ed eccezionale della delega legislativa durante lo Statuto albertino F. RACIOPPI-I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, 1909, p. 176 ss.; E. TOSATO, *Le leggi di delegazione*, cit., pp. 100, 116, 153. Nei primi decenni dopo l'entrata in vigore della Costituzione italiana la medesima posizione è ampiamente condivisa e «circola un po' in tutta la letteratura», come fa notare M. PATRONO, *Le leggi delegate in Parlamento*, Cedam, Padova, 1981, p. 65, nota 149. In questo senso si vedano G. ZANOBINI, *La gerarchia delle fonti nel nuovo ordinamento*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, Firenze, 1950, p. 47 ss., spec. p. 54; A. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Jovene, Napoli, 1970, p. 6 ss.; A.A. CERVATI, *La delega legislativa*, Giuffrè, Milano, 1972, P. 6 ss.; ID., *Art. 70*, in *Commentario*

zionamento del sistema costituzionale vorrebbe un parlamento, e non un governo, legislatore.

Nella medesima prospettiva si sottolinea [13] che la Costituzione si esprime con una formula negativa per prevedere la possibilità che il governo eserciti la funzione legislativa, laddove l'art. 76 Cost. afferma che «l'esercizio della funzione legislativa *non* può essere delegato al governo *se non* con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti», mentre la previsione della decretazione d'urgenza di cui all'art. 77 Cost. è preceduta dalla secca affermazione che «il governo *non* può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria» [14]. La struttura letterale degli artt. 76 e 77 Cost. sarebbe stata costruita intenzionalmente allo scopo di evidenziare una diffidenza nei confronti dell'esercizio di poteri normativi primari da parte del governo, diffidenza del resto emersa chiaramente nei lavori dell'Assemblea costituente [15].

---

della Costituzione, a cura di G. BRANCA, Zanichelli, Bologna-Roma, 1985, p. 1 ss., spec. p. 7; P.G. GRASSO, *Il principio «nullum crimen sine lege» nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 252; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 276, il quale afferma che «la delega deve essere fatto raro, dovuto a particolari od eccezionali circostanze»; A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Zanichelli, Bologna-Roma, 1977, p. 79; L. PALADIN, *Decreto legislativo*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. V, Torino, 1975, p. 293 ss., spec. p. 295; L. PALADIN, *Commento all'art. 76 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979, p. 3; in anni più recenti si vedano ancora in questo senso A. CERRI, *Delega legislativa*, in *Enc. giur. it.*, vol. X, Roma, 1988, p. 2 ss., che parla di carattere «derogatorio ed eccezionale» della delega legislativa; F. SORRENTINO-G. CAPORALI, *Legge (atti con forza di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV ed., vol. X, Torino, 1994, p. 100, in particolare p. 107; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 203; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Ecig, Genova, 1997, p. 19. Esplicitamente *contro* il carattere eccezionale della delega legislativa si vedano G.D. FERRI, *Sulla delegazione legislativa*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 165 ss., in particolare p. 170; E. LIGNOLA, *La delegazione legislativa*, Giuffrè, Milano, 1956, p. 118, che afferma che «nel nostro ordinamento l'istituto in oggetto ha carattere non eccezionale ma ordinario, in quanto l'art. 76 non subordina l'esercizio del potere di delegazione delle camere ad alcuna circostanza straordinaria»; e anche C. MORTATI, *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale*, in *Raccolta di scritti*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1972, p. 449. Per ulteriori posizioni della dottrina, precedente e successiva alla Costituzione repubblicana, in ordine al problema qui in questione si veda M. PATRONO, *Utilizzo «rinnovato» della delega legislativa*, in *Dir. società*, 1980, p. 661, in particolare p. 710.

[13] Tra i molti G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, cit., pp. 161 e 174.

[14] Corsivi aggiunti.

[15] Diffidenza manifestata soprattutto nei confronti della decretazione d'urgenza, ma che non ha risparmiato la delega legislativa e che ha condotto non già alla esclusione di poteri normativi anche primari del governo (scelta che sarebbe stata antistorica), ma alla previsione di una disciplina rigorosa degli stessi. Sul punto, *ex plurimis*, si veda L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., pp. 180 ss. e 193 ss.; F. CUOCOLO, *Il governo nell'esperienza repubblicana*, cit., p. 371 ss.

Dimostrativa dell'intento del costituente di contenere al massimo l'esercizio di funzioni normative primarie da parte del governo sarebbe anche la particolare cura con cui sono stati tracciati i limiti, chiari e severi, che debbono essere rispettati dagli strumenti normativi dell'esecutivo, quanto meno da parte di quelli destinati a generare atti con forza di legge. In particolare si ritiene da parte di tutti che gli artt. 76 e 77 della Costituzione abbiano operato una forte restrizione dei poteri normativi primari del governo, rispetto alle regole e alla prassi che avevano contraddistinto l'ordinamento fascista [16]: la breve vita del decreto legge, la sua perdita di efficacia *ex tunc* in caso di mancata conversione, le limitazioni per oggetto, tempi e contenuti dei decreti legislativi e molti altri aspetti della disciplina costituzionale in esame sono considerate per lo più giuste e necessarie cautele dirette a ripristinare un corretto rapporto tra parlamento e governo nell'ambito della produzione legislativa, gravemente leso nell'epoca del regime autoritario.

Con specifico riferimento alla delega legislativa si può ancora ricordare, a riprova della percezione generalizzata che occorresse sospingere fuori dall'ordinario la produzione legislativa governativa, la posizione assai diffusa soprattutto in passato che giustifica l'impiego di decreti legislativi soprattutto in occasione di riforme normative caratterizzate da un alto grado di complessità tecnica [17] e soprattutto in occasione della elaborazione di codici e di testi unici. Circoscrivere il naturale terreno dei decreti legislativi alla elaborazione di codici e testi unici costituisce un modo per neutralizzare l'effetto di rottura del principio di separazione dei poteri prodotto dall'attribuzione all'esecutivo di funzioni normative primarie.

Si consideri, infatti, che le deleghe per il coordinamento di testi normativi preesistenti si contraddistinguono per la limitatissima capacità innovativa [18]

---

[16] L'osservazione è ricorrente, per tutti si vedano G. ZAGREBELSKY, *Il Manuale di diritto costituzionale*, cit., pp. 163 e 175 .

[17] Si veda ad esempio A.A. CERVATI, *La delega legislativa*, Milano, 1972, p. 141 ss. Diversamente S. STAIANO, *Decisione politica ed elasticità del modello nella delega legislativa*, Liguori, Napoli, 1990, p. 15 ss., il quale dimostra che il crescente ricorso alla delega legislativa si intensifica, oltre che in occasione di testi normativi *tecnicamente* complessi, ogni qual volta le scelte legislative siano *politicamente* complesse.

[18] Limitata, ma non inesistente, secondo il fondamentale insegnamento di C. ESPOSITO, *Testi unici*, in *Nuovo Dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1940, p. 181 ss.; ID., *Caratteristiche essenziali (e comuni) dei testi unici delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1961, p. 486 ss.; conformemente sul punto ad esempio L. CARLASSARE, *Sulla natura giuridica dei testi unici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, p. 56 ss.; E. CASETTA, *Testi unici e delegazione legislativa*, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, p. 165 ss.; E. CHELI, *Aspetti problematici dei testi unici di mera compilazione*, in *Giur. cost*., 1970, p. 387 ss.; V. ANGIOLINI, *Testo Unico*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, pp. 525 ss, 526. Si veda ora

che il decreto legislativo si vede riconosciuta, dato che esso deve attenersi scrupolosamente al compito di riordino del materiale normativo esistente, eccezion fatta per le modifiche legislative veramente indispensabili. È significativa in proposito la tesi ampiamente diffusa che le deleghe per i testi unici contemplino sempre anche implicitamente fra i principi e i criteri direttivi, il rispetto della legislazione previgente [19], venendosi così a ridurre drasticamente la discrezionalità del legislatore delegato. D'altra parte, il tramandarsi dell'idea che la delega legislativa sia lo strumento tipico per le riforme di grande complessità tecnica, e in particolare per la predisposizione di codici, oltre ad alimentare la convinzione che la delega legislativa sia uno strumento di produzione normativa fuori dall'ordinario – giacché non si elaborano quotidianamente codici o grandi riforme tecnicamente complesse – vale altresì a confinare le funzioni normative primarie del governo in ambiti tecnici, e quindi apparentemente più neutrali, lontani dalle grandi scelte politiche, appannaggio del solo parlamento.

Se rispetto alla produzione governativa di fonti primarie, l'immagine di un governo semplice esecutore della legge sembra affiorare in tutti quegli indizi che mirano a contenere i poteri normativi del governo, soprattutto sottolineandone il carattere eccezionale, straordinario e derogatorio rispetto all'ordine normale delle competenze, con riguardo al potere regolamentare la medesima immagine è chiaramente sottintesa alla stretta subordinazione dell'atto regolamentare alla legge, imposta dal principio di legalità, a sua volta elevato al rango di principio costituzionale grazie all'art. 113 Cost. Si ritiene, infatti, che l'art. 113 della Costituzione vieti non solo di sottrarre esplicitamente alcuni atti amministrativi, tra cui vengono fatti rientrare anche quelli regolamentari, al controllo giurisdizionale, ad esempio estendendo il novero degli atti politici; il medesimo art. 113 Cost. vieterebbe al legislatore anche di rendere «di fatto inoppugnabili» gli atti del governo e dell'amministrazione, con l'attribuzione di poteri tanto ampi da far sì che ne divengano in pratica incontrollabili gli atti di esercizio. In altri termini, l'art. 113 della Costituzione conterrebbe il principio di legalità inteso non solo come preferenza della legge e come legalità formale che richiede che sia la legge ad attribuire il potere regolamentare al governo, ma anche come legalità sostanziale, che impone che la legge predisponga essa stessa una disciplina sostanziale della materia oggetto del potere attribuito, in modo che il regolamento sia sempre giustiziabile

---

sulla teoria e la prassi dei testi unici M. MALO, *Manutenzione delle fonti mediante testi unici*, Giappichelli, Torino, 2004.

[19] L. CARLASSARE, *Sulla natura giuridica dei testi unici*, cit., pp. 74 e 77; A.A. CERVATI, *La delega legislativa*, cit., p. 141; ID., *Osservazioni in tema di coordinamento*, in *Giur. it.*, I, 1, c. 929 ss.; V. ANGIOLINI, *Testo unico*, cit., p. 528.

anche in riferimento ai contenuti sostanziali posti dalla disciplina legislativa. Questa posizione è una coerente e irreprensibile conclusione di un sillogismo che ha la sua premessa maggiore nella qualificazione del potere regolamentare come espressione di funzioni *esecutive* : se il regolamento è espressione di funzioni esecutive e se gli atti esecutivi sono soggetti all'art. 113 Cost. ne consegue che affinché i regolamenti siano effettivamente sindacabili in sede giurisdizionale, secondo il disposto dell'art. 113 Cost., essi debbano essere raffrontabili e misurabili rispetto ad una legge sufficientemente precisa nei contenuti. Ma il perno di queste considerazioni è appunto l'attrazione della funzione normativa del governo entro la funzione esecutiva della legge. La soggezione del potere regolamentare al principio di legalità, presuppone un governo che ricorre a strumenti normativi solo se autorizzato dalla legge e solo al fine di completare un disegno normativo iniziato dall'unico vero legislatore, quello parlamentare [20]. Questa immagine del regolamento come prosecuzione, esecuzione e attuazione di norme legislative sembra avere radici ben salde nella nostra cultura giuridica – anche se non mancano da tempo voci contrarie [21] – tanto che la previsione, contenuta nell'art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, di regolamenti indipendenti, privi cioè di ogni base legislativa e diretti ad operare in ambiti non coperti da riserva di legge, né precedentemente disciplinati dalla legge, ha risvegliato un dibattito [22] vivo e scottante, che in fondo non si è mai del tutto risolto sul piano teorico, ma che poi è stato superato dalla prassi che offre rarissimi esempi di regolamenti indipendenti [23].

In riferimento ai poteri normativi del governo, dunque, lo Stato liberale, con i suoi principi di legalità e di separazione dei poteri, che concorrono a fare della legge il *pivot* dell'ordinamento e del potere esecutivo un braccio operativo dei suoi comandi, sembra spingere le sue propaggini anche nell'ordinamento costituzionale contemporaneo.

---

[20] Emblematico di queste posizioni, peraltro condivise nell'impostazione della dottrina, è il contributo di L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, cit., spec. p. 23 ss.; pp. 116 ss.; 148 ss. Basti ancora ricordare in proposito il dibattito tra L. CARLASSARE, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quad. cost.*, 1990, p. 7 ss. e E. CHELI, *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, in *Quad. cost.*, 1990, p. 53 ss.

[21] E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 428 ss. e *passim.* Recentemente il tema è stato affrontato in una nuova prospettiva, anche alla luce della riflessione generata dalla riforma del Titolo V della Costituzione del 2001. G. DI COSIMO, *I regolamenti nel sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano, 2005.

[22] Basti ricordare in proposito L. CARLASSARE, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quad. cost.*, 1990, p. 7 ss. e E. CHELI, *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, in *Quad. cost.*, 1990, 5, p. 3 ss.

[23] Si veda N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 108 ss.

Questa immagine del governo esecutore delle scelte legislative non viene estirpata nemmeno da parte dei molti che dubitano della permanente validità del principio della separazione dei poteri, quanto meno se considerato nel suo ideal-tipo [24] tramandato dallo Stato liberale: si discute della tenuta del principio, e le posizioni oscillano tra l'estremo di chi nega recisamente che si possa tutt'oggi parlare di separazione dei poteri [25] e l'altro più diffuso [26] di chi tende a riconoscere che anche negli ordinamenti contemporanei sia accolto positivamente lo spirito di tale principio, benché trasformato e tramontato nella sua versione classica. Ma da un certo punto di vista è proprio l'insistenza con cui si sottolinea che la previsione di poteri normativi primari del governo, contenuta negli artt. 76 e 77 Cost., costituisce una «deviazione apportata al rigido principio della divisione dei poteri» [27] che

---

[24] Descrive in termini di ideal-tipo il principio di separazione dei poteri G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 25 ss.

[25] Posizione sostenuta chiaramente da F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. Dig. it.*., vol. XIII, Torino, 1976, p. 472 ss., in particolare p. 483 ss. Ad una posizione analoga aderiscono anche E. CHELI, *Potere regolamentare*, cit., p. 230, ove si ragiona di superamento e non già di attenuazione del principio di separazione dei poteri; A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur. it.*, vol. XXIII, Roma, 1990, spec. p. 7.

[26] Esplicitamente G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 670 ss. in particolare p. 710 ss. Una posizione identica era già stata sostenuta dal medesimo autore in *La separazione dei poteri*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1984, p. 228 ss. Anche G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano, 1994, p. 13 ss.; ID., *Poteri (divisione dei)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XI, Torino, 1996, p. 372 ss., sostiene che nello stato contemporaneo il principio della separazione dei poteri non sia stato negato ma sia stato accolto in una nuova versione. Accoglie una prospettiva analoga anche E. DE MARCO, *Valore attuale del principio della separazione dei poteri*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1996, p. 1247 ss.; M. MAZZIOTTI, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1972, p. 117 ss. Esprimono l'opinione che la Costituzione italiana presupponga chiaramente il principio della separazione dei poteri, sia pure riadattato alla nuova realtà sociale e politica: G. BALLADORE PALLIERI, *Appunti sulla divisione dei poteri nella vigente Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 811; C. CERETI, *Portata e limiti dei «poteri» secondo la Costituzione*, in *Studi sulla Costituzione*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 305; V. ZANGARA, *Studio sulla separazione dei poteri*, in *Scritti giuridici in onore della Cedam*, vol. II, Cedam, Padova, 1953, p. 421, in particolare 483 ss. Merita una particolare evidenziazione, nell'ambito del presente studio, la posizione di F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, p. 17 ss., spec. p. 106 ss., ID., *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 49 ss., il quale ritiene che il principio in questione mantenga una sua validità in riferimento al potere giudiziario, mentre abbia perso significato nei rapporti tra legislativo ed esecutivo, sia sul piano soggettivo (perché entrambi i poteri sarebbero uniti dalle maggioranze di governo), sia sul piano delle funzioni, dato che la funzione normativa è divenuta un compito istituzionale anche per il potere esecutivo, perché essa è strumento per la determinazione e la realizzazione dell'indirizzo politico.

[27] C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Cedam, Padova, 1976, p. 766. Analogamente parlano di deroga al principio di separazione dei poteri in riferimento alla attribuzione di funzioni materialmente legislative al governo anche T. MARTINES, *Diritto costituzio-*

lascia intendere quanto la centralità della legge parlamentare e la subordinazione ad essa delle altre classiche funzioni statali – esecutiva, oltre che giudiziaria – che costituiscono tra i frutti più significativi della separazione dei poteri caratteristica dello Stato liberale continentale [28], condizionino tuttora la prospettiva con cui si esamina la definizione degli organi dello Stato ed in particolare i rapporti tra governo e parlamento nell'ambito dell'attività normativa.

Tutti questi fattori lasciano intendere quanto abbia inciso sulla configurazione del fondamento, dell'ampiezza e dei limiti degli strumenti normativi del governo l'eredità dello Stato liberale. Il «mito» del governo come esecutore delle decisioni della assemblea rappresentativa sembra aver esercitato il suo potere suggestivo sia sul Costituente, sia su gran parte della dottrina giuspubblicistica che si è occupata delle funzioni normative dell'esecutivo. Ma in verità di mito [29] si tratta, giacché storicamente nelle variegate esperienze costituzionali che pur si richiamano ai principi liberali la dialettica funzione normativa – funzione esecutiva si è sempre mossa su un piano diverso rispetto alla dialettica camere – governo [30].

2. La divaricazione critica tra teoria e prassi nell'attività normativa del governo

Rispetto a questa impostazione, che potremmo definire *tradizionale*, considerato che tramanda i frutti della tradizione del parlamentarismo e del

---

nale, Giuffrè, Milano, 1997, p. 471; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, 1989, p. 546; L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., p. 179.

[28] La prevalenza dell'istituto parlamentare e la centralità della legge come conseguenze della separazione dei poteri sono state sottolineate sempre da autori recenti e meno recenti. Tra i molti CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'état*, vol. II, Paris, 1922, soprattutto 48 ss.; G. BOGNETTI, *Divisione dei poteri*, cit., p. 30 ss.; F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, cit., p. 479; G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1979, p. 269 ss.; F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., p. 59 ss., che ricollega storicamente la nascita di un rapporto gerarchico tra legislativo ed esecutivo al principio della separazione dei poteri, e tuttavia precisa che tale corollario non deriva direttamente dalle teorizzazioni di Locke e Montesquieu, ma dalle successive evoluzioni di tale principio, causate dal contatto con il principio della sovranità popolare, che si ritrovano ad esempio in Rousseau e nella Costituzione giacobina del 1793.

[29] Così, esplicitamente, G. BURDEAU, *Traité de Science Politique*, cit., t. IV, p. 316 e t. V., cit., p. 385.

[30] G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, cit., vol. II, spec. p. 182.

costituzionalismo ottocentesco, legandoli alla Costituzione repubblicana, si è però progressivamente allontanata la prassi, da tempo caratterizzata in Italia così come in molte democrazie occidentali da una inesorabile crescita dei poteri normativi dell'esecutivo [31]. La copiosa riflessione dottrinale sui poteri normativi del governo, stimolata da una altrettanto copiosa produzione di regolamenti, decreti legge e decreti legislativi accusa uno stato di crisi che si è determinato tra l'impostazione teorica con cui esplicitamente o implicitamente si affronta questa problematica e la realtà effettuale, sempre più restia a lasciarsi imbrigliare da principi e premesse che sembrano avere ormai perso ogni capacità descrittiva e prescrittiva rispetto al fenomeno che dovrebbero disciplinare. Di qui le accorate preoccupazioni della dottrina che, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, sono state dirette a tutte le principali forme di produzione normativa del governo e cioè, per limitarci agli anni più recenti, dapprima agli atti regolamentari, specialmente in occasione della entrata in vigore della legge sulla presidenza del consiglio n. 400 del 1988, e segnatamente ai regolamenti indipendenti e ai regolamenti di delegificazione; successivamente ai decreti legge, strumento a detta di tutti di un vero e proprio abuso [32] da parte del governo, consumatosi con il complice silenzio del

---

[31] Si vedano, già negli anni '60, gli scritti di C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 41 ss. e E. CHELI, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, p. 463 ss., che evidenzia, con una analisi di carattere storico-comparatistico, come l'esercizio dei poteri normativi da parte degli esecutivi sia una necessità di fatto talmente incomprimibile che si pone anche *contra constitutionem*. Questa tendenza si è manifestata prevalentemente sul terreno della prassi, ma non sono mancati casi, come quello francese, in cui si è approdati ad una modifica del regime formale delle fonti. Per una panoramica su queste problematiche si veda la rivista *Quaderni costituzionali*, 1986, n. 2, con scritti di Y. MENY, *Il sistema delle fonti in Francia*, ivi, p. 237, spec. p. 255 ss.; F. DELPÉRÉE, *Le fonti normative in Belgio*, ivi, p. 277, spec. p. 292 ss.; F. RUBIO LLORENTE, *Il sistema delle fonti in Spagna*, ivi, p. 299, spec. p. 308 ss.; più recentemente il numero monografico della *Revue française de droit constitutionnel*, 1997, n. 32, il cui editoriale reca il significativo titolo «*Légiférer par décret?*», di L. FAVOREU e con il contribuiti di A. PIZZORUSSO, *Actes législatifs du Gouvernement et rapports entre les pouvoirs: aspects de droit comparé*, ivi, p. 677; L. PALADIN, *Actes législatifs du Gouvernement et rapports entre les pouvoirs: l'expérience italienne*, ivi, p. 693; L. FAVOREU, *Le pouvoir normatif primair du Gouvernement en droit frnçais*, ivi, p. 713; L.M. DIEZ-PICAZO, *Actes législatifs du Gouvernement et rapports entre les pouvoirs: l'expérience espagnole*, ivi, p. 727 ss.

[32] Si vedano, riassuntivamente, gli atti del convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, svoltosi a Parma il 24 e 25 novembre 1995, su «Gli atti legislativi del Governo e i rapporti tra poteri», pubblicati in parte su *Quaderni costituzionali* 1996, in particolare le relazioni di L. PALADIN, *Atti legislativi del governo e rapporti tra poteri*, p. 7 ss.; di A. PIZZORUSSO, *Atti legislativi del governo e rapporti tra poteri: aspetti comparatistici*, p. 31 ss.; di L.M. DIEZ-PICAZO, *Atti legislativi del governo e rapporti tra poteri: l'esperienza spagnola*, p. 47 ss. e in parte su *Rivista di Diritto Costituzionale* 1996, in particolare le relazioni di V. ANGIOLINI, *Attività*

parlamento, della presidenza della repubblica e della corte costituzionale. Più recentemente, e in particolar modo in seguito all'intervento decisivo con cui la corte costituzionale ha colpito nel suo centro vitale lo strumento del decreto legge, limitandone drasticamente la possibilità di reiterazione [33], lo sviluppo della delega legislativa e della delegificazione sono entrate nel mirino dei commentatori, critici per lo più sia verso la crescita quantitativa dei decreti legislativi e dei regolamenti delegati [34], sia verso alcune specifiche modalità con cui operano questi strumenti.

Del resto le preoccupazioni non sono immotivate: da anni il numero dei decreti legislativi cresce in progressione geometrica e, lungi dal rimanere confinati sul terreno dell'elaborazione di testi unici e codici, i decreti legislativi

---

legislativa del governo e giustizia costituzionale, p. 207 ss.; A. RUGGERI, *La Corte e le mutazioni genetiche dei decreti legge*, p. 251 ss.; ancora, alcuni interventi del medesimo convegno sono stati ripresi in *Revue française de droit constitutionnel*, 1997, cit. *supra*, nota precedente. Recentemente, per tutti, la monografia di A. CELOTTO, *L'abuso del decreto legge*, cit., in particolare p. 187 ss.; A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge*, cit. Per riscontri anche quantitativi sull'uso dei decreti legge negli anni più recenti si veda C. DE MICHELI, *Governare senza legiferare: l'analisi dell'attività di decretazione (e di reiterazione) tra Prima e Seconda Repubblica*, in *Quad. cost.*, 1997, p. 515 ss.

[33] Sent. n. 360 del 1996, apprezzata da tutti per aver lanciato un «segnale forte» al Governo contro la reiterazione dei decreti legge, ma anche criticata per non aver eliminato ogni margine alla riproposizione dei decreti legge non convertiti: F. SORRENTINO, *La reiterazione dei decreti legge di fronte alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 315 ss.; S.M. CICCONETTI, *La sentenza n. 360 del 1996 della Corte costituzionale e la fine della reiterazione dei decreti legge: tanto tuonò che piovve*, *ivi*, p. 3162 ss.; R. ROMBOLI, *La reiterazione dei decreti legge decaduti: una dichiarazione di incostituzionalità con deroga per tutti i decreti in corso (tranne uno)*, in *Foro it.*, 1996, I, c. 3269 ss.; A. SIMONCINI, *L'impatto della sentenza n. 360/1996 sul sistema delle fonti e sui rapporti Parlamento/Governo: una prima valutazione*, in *Quad. cost.*, 1997, p. 526 ss.; ID., *Il sistema delle fonti tra Governo e Parlamento dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale*, in *Rass. parl.*, 1997, p. 977 ss. Un apprezzamento senza riserve viene invece dagli osservatori stranieri, che vedono nella sentenza n. 360 del 1996 la decisione che finalmente pone fine ad una prassi incostituzionale: cfr. M. BAUDREZ, *Décrets-lois réitérés en Italie: l'exaspération mesurée de la Cour constitutionnelle en 1996*, in *Rev. Fr. Dr. Const.*, 1997, p. 745 ss., spec. p. 762.

[34] Da ultimo si vedano E. MALFATTI, *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazioni*, Giappichelli, Torino, 1999, la cui ricerca è basata proprio su questi nuovi aspetti dei poteri normativi del Governo, spesso esercitati in modo indistinguibile l'uno dall'altro e C. DE FIORES, *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, Cedam, Padova, 2001. Sulla delegificazione, in particolare G.M. DEMURO, *Le delegificazioni: modelli e casi*, Giappichelli, Torino, 1995, spec. p. 163 ss.; V. COCOZZA, *La delegificazione. Modello legislativo*, *attuazione*, Jovene, Napoli, 1996, p. 105 ss.; G. TARLI BARBIERI, *Le delegificazioni (1989-1995)*, Giappichelli, Torino, 1996, soprattutto p. 279 ss.; S. FOIS, *Delegificazione*, *riserva di legge*, *principio di legalità*, in *Studi in onore di M. Mazziotti*, vol. I, Cedam, Padova, 1995, p. 727 ss.; F. MODUGNO, *Riflessioni generali sulla razionalizzazione della legislazione e sulla delegificazione*, *ivi*, vol. II, p. 213 ss.; A.A. CERVATI, *Delegificazione*, in *Enc. giur. it.*, vol. X, Roma, Aggiornamenti 1997, *ad vocem*, in particolare p. 19 ss. e N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, Il Mulino, Bologna.

vengono utilizzati come strumento principe per operare le più importanti riforme [35]. In vero la crescita esponenziale dei decreti legislativi non sembra aver tolto ogni spazio all'uso e all'abuso del decreto legge che – come mostrano studi recenti [36] – continuano a costituire uno strumento di azione ordinaria del governo.

Quella situazione di «stridente contrasto tra una realtà effettuale in forte espansione ed una impalcatura concettuale ormai insufficiente a contenere e spiegare i profili essenziali di questa realtà», che nel 1967 [37] Cheli riferiva al potere regolamentare del governo, oggi, a più di trent'anni di distanza lungi dall'essersi risolta si sta perpetrando quanto all'uso del potere regolamentare ed ha ormai ampiamente abbracciato anche gli atti di normazione primaria imputabili al governo. Se c'è una novità rispetto alla situazione di qualche decennio fa, essa sta appunto nel fatto che il contrasto stridente tra teoria e realtà riguarda sempre più anche gli atti con forza di legge del governo, secondo una tendenza che appare ormai generale e irreversibile.

In tale situazione non sembra fuori luogo interrogarsi sulla tenuta dei principi presupposti alla configurazione tradizionale del governo e dei suoi poteri normativi. Tali interrogativi sono in particolare sollecitati dal fatto che, mentre negli studi concernenti l'attività normativa del governo rimane salda la tradizionale configurazione del potere «esecutivo-esecutore» della legge, a risultati ormai lontanissimi da tale impostazione sono giunti gli studi sul ruolo del potere «esecutivo» nella forma di governo, di matrice sia costituzionalistica, sia politologica.

Sembra pertanto necessario rivolgere l'attenzione ai risultati di quel tipo di studi al fine di seguire l'evoluzione vissuta dall'organo governativo nello stato contemporaneo non certo per ritagliare su misura di una prassi che a tratti presenta manifestazioni abnormi nuovi principi giuridici che la giustifichino, quanto piuttosto al fine di individuare, in base alla collocazione che il governo ha assunto nella vita istituzionale, gli argini giuridici, anzi costituzionali, che nell'attuale ordinamento il governo incontra, o dovrebbe incontrare, nell'esercizio dei poteri normativi ad esso riconosciuti.

---

[35] Per una visione d'insieme dei dati rilevabili dalla prassi più recente si veda il *Rapporto sullo Stato della legislazione 2004-2005*, a cura dell'Osservatorio sulla legislazione della Camera dei deputati, specie parte IV, nonché i Rapporti degli anni precedenti, in *www.camera.it*; per una analisi di tali dati P. GAMBALE-G. SAVINI, *Tendenze dell'attività normativa del Governo nella prima parte della XIV legislatura*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2004, p. 49 ss.

[36] A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita*, EUM, Macerata, 2006.

[37] E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, cit., p. 3.

3. Dal potere esecutivo alla funzione di governo: la teoria della separazione dei poteri e la dottrina dell'indirizzo politico

Mentre gli studi sulle funzioni normative del governo continuavano (e continuano) secondo la loro impostazione tradizionale a definire il governo come sede della funzione esecutiva e di conseguenza a trattare le sue attività normative specie primarie come deroghe all'ordinato riparto di funzioni ispirato al «mito» della separazione dei poteri, le riflessioni sul ruolo del governo nel sistema istituzionale non hanno faticato a mostrare quanto ingannevole sia l'immagine del governo come mero potere «esecutivo».

In verità, sin dalle origini il termine governo ha sempre portato con sé forti ambiguità. Basti pensare che anche le formulazioni emblematiche del principio della divisione dei poteri, elaborate da Locke e Montesquieu, che pure vorrebbero che l'esecutivo fosse nella realtà quanto più possibile vicino a quel che il suo nome designa, cioè un esecutore di comandi posti dal legislativo, non hanno potuto fare a meno di assegnare ad esso anche funzioni che debordano dai limiti della semplice esecuzione delle leggi. Il «potere federativo» di Locke e la «*puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gentes*» in Montesquieu attribuiti entrambi agli organi esecutivi mal si prestano ad essere ricondotti ai termini di una mera esecuzione di scelte operate dalle leggi. Nel campo della politica estera gli organi dell'esecutivo si presentano sin dalle origini titolari di funzioni politiche, da esercitarsi autonomamente dal legislativo. Emerge subito, dunque, che l'esecutivo è titolare una molteplicità di funzioni, alcune delle quali soltanto riconducibili ad una effettiva attività esecutiva.

Del resto questa disomogeneità delle funzioni spettanti al potere esecutivo consegue naturalmente al carattere residuale della funzione esecutiva, definita, a differenza della legislativa e della giurisdizionale, non per i suoi contenuti tipici, bensì per esclusione o per sottrazione delle funzioni attribuite agli altri organi dello Stato e precedentemente facenti capo tutte al Re. Per questo presso il governo coesistono da sempre funzioni di natura amministrativa, queste sì strettamente esecutive della legge e funzioni di direzione politica, in nessun modo riconducibili all'idea della mera esecuzione della volontà legislativa. Lo hanno dimostrato studi storici e studi di storia del pensiero [38], che hanno messo in luce come contestualmente alla formulazione del principio della separazione dei poteri sia sorta, quasi in conseguenza di esso, la necessità di individuare un centro di direzione unitaria dello Stato, una atti-

[38] G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, vol. II, cit., *passim.*

vità di *governo*, che corrispondentemente al significato etimologico di questo termine fosse in grado di assolvere il compito di timone, motore, guida dello Stato. Dopo aver diviso i poteri per ragioni di garanzia della libertà dei cittadini [39], occorreva ritrovare un momento di unità [40] della vita dello Stato. Di tale necessità sono testimonianza il discorrere di una vera e propria «funzione di governo» già in Rousseau e nel pensiero degli uomini della rivoluzione del 1789 [41]; nel pensiero liberale inglese [42], nonché nei giuristi tedeschi dell'ottocento [43], i quali attribuiscono all'esecutivo sia una funzione di *Regierung* sia di *Vollziehung*, contribuendo in modo decisivo, anche per l'influsso che essi eserciteranno sulla dottrina italiana, ad elaborare l'idea dell'esistenza di due tipi di attività, quella di governo e quella di amministrazione, entrambi riconducibili e imputabili al potere «esecutivo».

L'idea che il potere esecutivo eserciti attività non sempre configurabili come esecuzione della legge ha dunque radici assai lontane nel tempo, che pescano fin nel secolo XIX [44], quando più imbarazzante appariva il tentativo

---

[39] Su questi aspetti si veda A. PANEBIANCO, *Il potere, lo Stato, la libertà*, cit., p. 171 ss.

[40] Così incisivamente osserva C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Anonima romana editoriale, Roma, 1931, p. 8: «Governo è principio di unità, posto accanto al principio di divisione»; ID., *Lezioni sulle forme di governo*, cit., p. 92: «L'importanza sempre maggiore […] che l'indirizzo politico assume nella moderna esperienza costituzionale […] spiega come e perché l'evoluzione del principio della separazione si verifichi nel senso di limitarne progressivamente la portata e di renderlo compatibile con l'esigenza di coordinare reciprocamente le varie funzioni dello Stato, cui rimane condizionata la possibilità di garantire l'unità e l'omogeneità dell'indirizzo».

[41] Si vedano le ampie documentazioni in P. COLOMBO, *Governo e costituzione*, cit. e in G. FLORIDIA, *Potere esecutivo e direzione politica nell'esperienza costituzionale della Francia rivoluzionaria*, in *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Cedam, Padova, 1995, p. 657 ss., che evidenziano come al di là della più diffusa *vulgata* – secondo la quale i principi dell'ottantanove avrebbero attribuito all'apparato governo-amministrazione un ruolo meramente esecutivo, nel senso più riduttivo del termine – in realtà nella prassi costituzionale del decennio 1789-1999 e nell'elaborazione teorica che l'ha accompagnata, non è mai mancata la percezione che nei vertici dell'apparato amministrativo risiedesse un centro di «governo», dotato di poteri ben più ampi della funzione «esecutiva» che teorici e legislatori intendevano attribuire ad esso.

[42] Si veda esplicitamente W. BAGEHOT, *La costituzione inglese* (1867), trad. it., Bologna, 1995, spec. p. 45 ss. dove si evidenzia come nei rapporti tra gabinetto e parlamento non sussista la separazione predicata dal principio della separazione dei poteri, per altro a sua volta desunto, specie da Montesquieu, dall'osservazione della costituzione inglese.

[43] Per tutti si veda G. JELLINEK, *L'Etat moderne et son droit*, Paris, 1913, p. 328: «Uno Stato il cui Governo non dovesse agire che secondo prescrizioni normative sarebbe politicamente impossibile. Non è mai una norma di diritto che può decidere la direzione dell'attività impressa dal Governo allo Stato».

[44] Sulle origini storiche dell'idea che governo e amministrazione costituiscano due profili

di conciliare tale idea con il dogma della supremazia della legge. Ma l'esigenza di un centro unitario, in cui si coordinassero ed armonizzassero le funzioni statali, frazionate dal principio della separazione dei poteri, sembra aver prevalso sin da allora su quella di portare a conclusioni coerenti la subordinazione dell'esecutivo alla legge e al parlamento.

Un impulso decisivo allo sviluppo di questo ordine di riflessioni è stato impresso in epoca più recente dall'emergere dappertutto in Europa [45] di una figura sconosciuta al mondo liberale ottocentesco: *la funzione di governo*.

Nella dottrina italiana un contributo decisivo all'emergere di tale funzione è dato dagli studi sull'indirizzo politico. Svoltisi sul terreno preparato dal concetto di «atto politico» [46], questi studi hanno avuto un merito particolarmente rilevante nell'ordine delle considerazioni che qui si sta svolgendo: essi hanno evidenziato l'esistenza di un'attività ulteriore rispetto alle classiche funzioni dello Stato, consistente in un'attività politica di libera determinazione dei fini e degli indirizzi che debbono essere perseguiti dai vari organi dello Stato attraverso l'esercizio delle rispettive competenze. A tale attività prende parte anche il governo – in misura che, come si vedrà, è strettamente commisurata al tipo di forma di governo – il quale si trova in tal modo coinvolto nello svolgimento di compiti non riconducibili alla esecuzione della legge. Di conseguenza, l'emergere del concetto di indirizzo politico ha contribuito ad affrancare il governo dalla matrice originaria del diritto amministrativo, dall'idea di potere esecutivo delle leggi e dal forte spirito di legalità caratteristico dell'epoca liberale [47].

In alcune teorizzazioni, segnate forse più di altre dall'epoca storica in cui furono originariamente elaborate – vale a dire quella dello Stato autoritario [48],

---

del potere esecutivo si veda riassuntivamente E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Giuffrè, Milano, 1968, spec. p. 43 ss.

[45] Così M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, Il Mulino, Bologna, 1998, spec. p. 83, dove afferma che: «Dappertutto il nuovo diritto costituzionale rompe gli schemi del diritto costituzionale dello Stato liberale di diritto inscindibilmente su due punti decisivi: la supremazia della Costituzione e la funzione di governo, che erano poi, non a caso, le due grandezze costituzionali sconosciute al mondo liberale ottocentesco, che le aveva congiuntamente rifiutate».

[46] Sulla genesi dell'indirizzo politico e sui nessi con le teorie dell'atto politico si veda soprattutto E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., spec. p. 43 ss.

[47] Così esplicitamente G. GROTTANELLI DÈ SANTI, *Indirizzo politico*, in *Enc. giur. it.*, vol. XVI, Roma, 1989, *ad vocem*, p. 2.

[48] Nessuno dubita che il clima dello Stato autoritario abbia contribuito ad evidenziare l'esistenza della funzione di indirizzo politico, ma nessuno dubita, parimenti, che le teorie dell'indirizzo politico non risultano falsificate dai mutamenti costituzionali intervenuti successivamente, cosicché esse mantengono il loro valore fino ai giorni nostri. Per osservazioni analoghe si vedano, ad esempio, F. CUOCOLO, *Attività di governo e funzioni dello Stato*, in *Annali della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Genova 1963*, Giuffrè, Milano, 1963, p.

teatro di un prepotente dominio dell'esecutivo sugli altri organi – l'attività di indirizzo politico (letteralmente: di governo) viene considerata come una *quarta funzione* dello Stato [49], che si sovrappone alle altre classiche funzioni statali, non già giustapponendosi ad esse, ma in posizione di predominio, di «supremazia». Della funzione di governo si predica la precedenza logica e la preminenza giuridica rispetto alle altre funzioni [50], consistendo la prima sia nella determinazione dei fini cui debbono ispirarsi le altre funzioni, sia nell'attività di impulso e di coordinamento di queste ultime, coerentemente con il ruolo di guida unitaria dello Stato alla prima assegnato. Negli sviluppi che tale teoria riceve dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, la funzione di indirizzo politico viene collocata esplicitamente al di sopra della funzione legislativa – oltre che delle funzioni esecutiva e giurisdizionale – e viene considerata la funzione a più diretto contatto con la Costituzione [51], della quale promuove l'attuazione. Coerentemente con la tesi della preminenza della quarta funzione dello Stato rispetto a tutte le altre attività dello Stato si afferma anche l'attribuzione agli atti di indirizzo politico di un vero e proprio carattere normativo, non nel senso che essi coincidano con gli atti normativi, ché anzi il rapporto tra attività di indirizzo politico e produzione di norme giuridiche rimane tuttora, come si dirà più ampiamente tra breve, sostanzialmente irrisolto, ma nel senso che le direttive politiche vengono considerate dotate di efficacia giuridicamente e non solo politicamente vincolante per i loro destinatari e subordinate alla sola Costituzione [52].

Questa rappresentazione dell'indirizzo politico – estrema nella valorizza-

---

158 ss.; M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, Jovene, Napoli, 1985, p. 44; A. MANNINO, *Intervento*, in *Indirizzo politico e costituzione - a quarant'anni dal contributo di T. Martines*, a cura di M. AINIS, A. RUGGERI, G. SILVESTRI, L. VENTURA, Giuffrè, Milano, 1988, p. 131 ss., spec. p. 141; P. CIARLO, *Art. 95*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *Il Consiglio dei Ministri*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1994, p. 335 ss.

[49] Soprattutto C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., p. 14.

[50] Sempre C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., p. 17. Su questi aspetti della dottrina dell'indirizzo politico di Mortati si vedano M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, cit., p. 190 ss.; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., p. 55 ss.

[51] C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., p. 14; ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, cit., p. 332 ss. e vol. II, Cedam, Padova 1976, p. 642. In questo senso anche A. BARBERA, *Leggi di piano e sistema delle fonti*, Milano, 1968, spec. p. 52 ss.

[52] C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., pp. 21-22; ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, cit., p. 332; nello stesso senso si veda M. GALIZIA, *Lineamenti generali del rapporto di fiducia*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 184. Per una ricostruzione delle diverse posizioni in dottrina sull'efficacia delle direttive politiche, cfr. S. D'ALBERGO, *Direttiva*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 603 ss., spec. p. 605 ss.

zione della attività politica del governo – è stata poi criticata e temperata in alcuni aspetti dalle elaborazioni successive.

Una prima, notevole attenuazione è derivata anzitutto dalle posizioni dei molti che, pur riconoscendo l'inadeguatezza della classica tripartizione delle funzioni dello Stato e facendo spazio quindi ad un momento unificatore di esse hanno criticato l'idea che l'indirizzo politico costituisca una quarta funzione dello Stato e hanno insistito sulla qualificazione della direzione politica dello Stato come *attività*[53] non omogenea rispetto alle altre funzioni. In questa impostazione l'indirizzo politico è un'attività che non si svolge nelle forme logiche del diritto; è giuridicamente rilevante perché è conosciuta e regolata dal diritto, ma non è riconducibile alle norme che disciplinano l'esercizio formale delle competenze tradizionali[54]. Questa diversa qualificazione dell'indirizzo politico appare strettamente legata alla necessità di escludere una delle più controverse conclusioni della teoria dell'indirizzo politico come quarta funzione dello Stato, cioè quella che giungeva ad annoverare gli atti di indirizzo politico tra le fonti del diritto, da collocarsi addirittura in posizione sovraordinata alla legge[55]. L'indirizzo politico come attività viene a porsi invece su un piano totalmente distinto rispetto alle funzioni tradizionali dello Stato[56], sia perché selezionando le priorità e i fini da perseguire, essa agisce sul piano sostanziale in modo trasversale rispetto alle altre funzioni statali, permeandole tutte nei loro contenuti; sia perché essa, a

---

[53] V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urbinati*, 1939, p. 53 ss., spec. p. 82 ss. Sempre in posizione critica verso la configurazione dell'indirizzo politico come quarta funzione dello Stato si vedano anche A. MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti tra governo e parlamento*, Giuffrè, Milano, 1973, spec. pp. 132, 151, 170 ss. e T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 134 ss., spec. p. 143. Riassuntivamente, sulle differenti posizioni dell'indirizzo politico come funzione dello Stato e come attività, con particolare riguardo al rapporto tra indirizzo politico e fonti del diritto si vedano le profonde analisi di M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, cit., in particolare p. 185 ss.; ID., *Indirizzo politico*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, Torino, 1993, p. 244 ss.; P. CIARLO, *Art. 95*, in *Commentario della Costituzione*, cit., p. 333 ss.

[54] V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urbinati*, 1939, p. 118.

[55] Nettamente contraria a questa conclusione è la posizione, sostenuta in epoca coeva a quella degli scritti di Mortati e Crisafulli qui in discussione, di C. LAVAGNA, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici tra Capo del Governo e Ministri*, Roma, 1942, p. 62 ss.

[56] Giunge a conclusioni analoghe anche F. BASSI, *Contributo allo studio sulle funzioni dello Stato*, cit., spec. p. 64 ss., p. 212 ss., il quale traccia una netta distinzione tra le funzioni dello Stato, identificate, in base ai caratteri del procedimento, in normativa, amministrativa e giurisdizionale, e la «struttura» del potere che in esse si esprime e che può essere di volta in volta potere «politico, discrezionale o vincolato». L'indirizzo politico, in questa prospettiva, descriverebbe una dimensione del potere, non già una funzione, che può trovare espressione in ciascuna delle tre funzioni dello stato.

differenza delle altre funzioni, non agisce attraverso atti tipici, caratterizzati da elementi costanti sul piano dell'efficacia e della forma [57]. Rispetto alla impostazione precedentemente discussa, la divergenza appare netta, specie se riguardata dal punto di vista delle conclusioni cui le due concezioni giungono in merito al valore degli *atti* di indirizzo politico nell'ordinamento giuridico.

Le numerose varianti delle teorie sulla natura dell'indirizzo politico, qui appena accennate richiamando solo per sommi capi le opere insuperate di due capostipiti degli studi in questione [58] mostrano quanto gli studiosi siano divisi, anche profondamente, su alcuni punti qualificanti della problematica in esame.

Appare tuttavia importante sottolineare un frutto comune, che matura dalla convergenza delle pur diverse impostazioni degli studi sull'indirizzo politico.

Tutti i contributi su questa problematica muovono dalla necessità di superare l'impostazione tradizionale del principio della separazione dei poteri [59], rivelatasi ormai inadeguata a descrivere la realtà della vita dello Stato. Infatti, tutti gli studi sull'indirizzo politico giungono a configurare un'attività di governo come sede di armonizzazione tra i diversi poteri dello Stato (risultato, questo, già in parte rinvenibile nella dottrina ottocentesca), dotata di una caratteristica peculiare, che consiste nell'imprimere ai poteri dello Stato un determinato orientamento politico, o di parte [60], risolvendosi tale attività essenzialmente [61] nella selezione dei fini da perseguire tramite l'esercizio delle diverse funzioni statali e nella predisposizione degli strumenti necessari alla loro realizzazione. L'indirizzo politico si presenta come la sede del coordina-

---

[57] Sul punto V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, cit., p. 108.

[58] Inutile dire che questi brevi cenni alle teorie dell'indirizzo politico non esauriscono la ricchezza di riflessione che si è sviluppata intorno a questa problematica. Basti pensare al filone di riflessione relativo all'indirizzo politico-costituzionale, che vedrebbe tra i suoi principali attori il Presidente della repubblica e la Corte costituzionale, che fa capo agli studi di P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, p. 307 ss. Analogamente in questa sede non può essere affrontato come meriterebbe tutto il dibattito sul carattere normativo o esistenziale dell'indirizzo politico, a proposito del quale mi limito a rinviare alla compiuta analisi di M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, cit., p. 43 ss.; ID., *Indirizzo politico*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, Torino, 1993, p. 244 ss.

[59] In questo senso esplicitamente M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, cit., p. 185 ss.

[60] Sempre M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, cit., p. 186 ss.

[61] Sulle diverse fasi in cui si scompone l'attività di indirizzo politico, si veda principalmente, T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 134 ss., spec. p. 140 ss.; ma anche G. FERRARA, *Indirizzo politico e forze politiche nel «contributo di Martines»*, in *Indirizzo politico e Costituzione*, cit., p. 39 ss., soprattutto p. 52 ss.

mento sostanziale [62] degli organi costituzionali, ove si determinano i contenuti della loro attività, selezionando i fini cui essi debbono orientarsi.

Su queste fondamenta la dottrina successiva all'entrata in vigore della Costituzione si è poi essenzialmente concentrata sul problema della titolarità dell'indirizzo politico, o meglio della identificazione dei soggetti e degli organi costituzionali coinvolti nella determinazione e nell'esercizio di esso. In linea di massima, la posizione maggiormente condivisa, pur tra mille varianti, è quella che descrive lo svolgimento dell'indirizzo politico secondo un processo circolare, il cosiddetto circuito dell'indirizzo politico [63], che coinvolge una pluralità di soggetti e che muove dal momento delle consultazioni elettorali, in cui il corpo elettorale concorre alla scelta dei programmi politici proposti dalle forze politiche in competizione, gettando le basi per la trasformazione dei programmi politici elaborati dai partiti nell'indirizzo politico enunciato ed attuato dagli organi dello Stato [64]. In seguito alle scelte del corpo elettorale si apre poi il rapporto tra parlamento e governo, sanzionato dall'instaurazione del rapporto fiduciario, premessa indispensabile [65] per l'elaborazione e l'attuazione dell'indirizzo politico di maggioranza [66], che nelle fasi fisiologiche della forma di governo è destinato appunto a svolgersi lungo l'asse parlamento-governo.

A questo punto gli studi sull'indirizzo politico entrano direttamente in

---

[62] Così M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, cit., p. 188.

[63] Così E. CHELI, *Sovranità*, *funzione di governo*, *indirizzo politico*, in AA.VV., *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. AMATO e A. BARBERA, vol. II, Bologna, 1997, p. 7 ss., soprattutto p. 17 ss.

[64] In particolare sul rapporto tra programmi politici dei partiti e indirizzo politico, degli organi dello Stato si veda il contributo di T. MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Giuffrè, Milano, 1957, soprattutto p. 200 ss., il quale ha insistentemente sottolineato la necessità di individuare i punti di contatto tra politica e vita statale, mantenendo però separati i ruoli anche per evitare l'invadenza dei partiti nella vita pubblica. Su questi ed altri aspetti del contributo di Martines si veda ora G. SILVESTRI, *Introduzione ai lavori*, in *Indirizzo politico e costituzione – a quarant'anni del contributo di T. Martines*, cit., p. 20 ss. e G. FERRARA, *Indirizzo politico e forze politiche nel «contributo di Martines»*, *ivi*, p. 39 ss.

[65] Tra i molti che riferiscono l'indirizzo politico (di maggioranza) al corpo elettorale, parlamento e governo: E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., p. 93 ss. e p. 137 ss.; ID., *Sovranità*, *funzione di governo*, *indirizzo politico*, cit.; T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., p. 142 ss.; F. BASSI, *Contributo allo studio*, cit., p. 201; G. GROTTANELLI DÈ SANTI, *Indirizzo politico*, cit., p. 3 ss.

[66] Quasi tutti gli autori evidenziano l'esistenza di altri circuiti, complementari all'indirizzo politico di maggioranza. Oltre agli autori citati *supra* alla nota precedente, si possono ricordare le posizioni di P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, cit., sull'indirizzo politico costituzionale e quella di S. BARTHOLINI, *I rapporti tra i supremi organi regionali*, Cedam, Padova, 1961, sugli indirizzi politici degli enti territoriali.

contatto con le problematiche della forma di governo, che non a caso nelle definizioni più diffuse ha a che vedere con la distribuzione dei ruoli tra diversi organi dello Stato in relazione alla funzione di indirizzo politico [67]. Come si vedrà meglio in seguito, gli studi sull'indirizzo politico non hanno ricevuto uno sviluppo adeguato, invece, in relazione alle conseguenze che essi potrebbero comportare sul terreno delle funzioni normative e si sono tutti concentrati sul tema della titolarità dell'indirizzo politico, cioè in definitiva sul problema della forma di governo.

In una forma di governo, quale è quella parlamentare accolta anche in Italia, per sua natura aperta a spostamenti di accento quanto ai rapporti tra parlamento e governo, con le sue virtù di «*souplesse et d'adaptation*» [68], si incontrano autori e momenti di autori in cui si valorizza preminentemente il ruolo parlamentare nella determinazione dell'indirizzo politico, e altri autori e altri momenti in cui si trova invece il governo in posizione dominante nello svolgimento dell'indirizzo politico. Ovviamente in questa sede non è possibile nemmeno enunciare sinteticamente i fattori che nelle forme di governo parlamentari determinano queste oscillazioni, facendo del governo di volta in volta il braccio esecutivo del parlamento o il suo comitato direttivo, come si usa dire. Certo è che nessuno discute che in questa attività di indirizzo politico un ruolo – variabile, ma sempre di rilievo – è riservato proprio al governo.

La posizione forse più «spinta» nella valorizzazione del ruolo dell'esecutivo è stata avanzata da quella concezione dell'indirizzo politico che si autodefinisce *programmatica* [69], a causa della centralità assegnata al programma di governo che il Consiglio di ministri elabora subito dopo la sua costituzione, per ottenere la fiducia delle Camere. In quest'ottica si sottolinea che l'art. 95 della Costituzione ha voluto assegnare la titolarità dell'indirizzo politico esclusivamente al governo, che lo determina nel momento in cui elabora il programma di governo e che lo attua attraverso lo svolgimento della politica generale, anch'essa affidata al governo dalla Carta costituzionale. Il parla-

---

[67] Basti richiamare C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo I, Cedam, Padova, 1975, p. 383 ss.; ID., *Lezioni sulle forme di governo*, Cedam, Padova, 1973, p. 73 ss.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 112 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Cedam, Padova, 1999, p. 98 ss.

[68] G. BURDEAU, *Traité de Science Politique*, cit., vol. V, p. 412.

[69] A. MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia*, cit., in particolare p. 117 ss.; ribadita più recentemente in ID., *Intervento*, in *Indirizzo politico e costituzione*, cit., spec. pp. 140 e 148. Già in precedenza altri hanno affermato che il vero organo cui compete scegliere e realizzare l'indirizzo politico, e quindi ne è il vero titolare, è il Governo: cfr. ad esempio F. CUOCOLO, *Attività di governo e funzioni dello Stato*, in *Annali della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Genova 1963*, cit., p. 158 ss., spec. p. 169.

mento insieme al capo dello Stato e ad altri organi costituzionali sarebbe partecipe di un'altra attività, quella di direzione politica dello Stato, mentre l'indirizzo politico resterebbe appannaggio esclusivo del governo.

Per quanto questa posizione appaia minoritaria rispetto alle più diffuse concezioni che ritengono che l'indirizzo politico sia frutto di una co-determinazione, alla quale partecipano parlamento e governo, non è raro riscontrare posizioni che, pur salvaguardando un ruolo sostanziale al parlamento nella determinazione e nella realizzazione dell'indirizzo politico, segnalano tuttavia che il governo gode di una preminenza funzionale [70] nell'esercizio dello stesso. L'attribuzione di una titolarità «al plurale» [71] dell'indirizzo politico, che pure garantisce alle camere rappresentative e persino, all'interno di esse, all'opposizione un ruolo di tutto rispetto nell'attività di indirizzo politico, non smentirebbe il primato del governo nella sua conduzione.

In breve, con toni e sfumature variabili, tutte le teorie sull'indirizzo politico hanno evidenziato che l'«esecutivo» gioca un ruolo nell'ordinamento che non può essere relegato nella tradizionale funzione di esecuzione della legge, perché abbraccia anche l'attività politica, cioè l'attività di governo, appunto [72]. E se la riflessione teorica è giunta a maturare questi risultati, è ragionevole supporre che essa trovi supporto e riscontro in alcuni elementi positivi, attinenti alla concreta configurazione che l'ordinamento è andato assumendo, e che conviene a questo punto tentare di evidenziare, almeno per tratti essenziali.

4. I fattori di potenziamento del ruolo politico del governo e la riallocazione dei compiti di amministrazione

Negli sviluppi dello Stato contemporaneo si può cogliere una chiara tendenza a sollevare il governo dalle attività strettamente amministrative ed esecutive della legge, non già per indebolirlo, quanto piuttosto per rafforzarlo nelle funzioni di indirizzo politico. In particolare, se tradizionalmente gli organi del governo sono dipinti come punti di raccordo e di contatto tra la sfera della politica e quella dell'amministrazione [73], oggi essi appaiono sempre

---

[70] Così T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., p. 134 ss., in particolare pp. 144 e 153.

[71] G. FERRARA, *Indirizzo politico e forze politiche nel «contributo» di Martines*, cit., p. 58.

[72] In questo senso esplicitamente E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., spec. p. 86 ss.

[73] In questo senso la dottrina prevalente che si è occupata di ministri e ministeri. Basti

più impegnati nelle scelte di direzione politica, mentre i compiti di amministrazione e di esecuzione delle leggi vengono a gravare prevalentemente sui vertici dei singoli rami della pubblica amministrazione.

Numerosi sono i fattori che concorrono a concentrare negli organi del governo le funzioni politiche, da esercitarsi attraverso strumenti di indirizzo, lasciando scivolare altrove la gestione esecutiva e amministrativa.

Basti menzionare, tra i mutamenti «epocali» che hanno riguardato l'amministrazione pubblica, l'imponente crescita dello stato amministrativo che ha caratterizzato tutto il XX secolo [74] e che, per quanto viva oggi una stagione di recessione, ha reso impossibile l'effettivo esercizio da parte del governo del potere decisionale su tutto quanto rientra nell'attività dei dicasteri e difficoltosa persino l'effettiva conoscenza di quanto si svolge negli apparati burocratici a cui essi sono preposti. Il moltiplicarsi dei compiti statali ha potenziato tanto il governo, quanto l'amministrazione pubblica [75]: il primo sul versante politico, sul quale si opera la selezione degli interessi e delle priorità che

---

citare come espressione di una posizione condivisa pressoché all'unanimità, che ha riscontro anche in tutta la manualistica del diritto costituzionale, pubblico e amministrativo A. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, p. 737 ss. in particolare p. 743; L. ELIA, *Problemi costituzionali dell'amministrazione centrale*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 30 ss.; G. TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, Utet, Torino, 1975, p. 126; M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 108 ss.; L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Cedam, Padova, p. 1974, esplicitamente p. 160 ss. e *passim*; F. BASSI, *Contributo allo studio*, cit., p. 69; e ancora più di recente C. ROMANELLI GRIMALDI, *Ministri*, in *Enc. giur. it.*, vol. XX, Roma, 1990, *ad vocem*, spec. pp. 6-7 ; M. STIPO, *Ministero - I) Profili generali*, in *Enc. giur. it.*, vol. XX, Roma, 1990, *ad vocem*, spec. pp. 4-5. Storicamente questo connubio di attività politiche e amministrative in capo agli organi di governo si fa normalmente risalire a partire dalla instaurazione in Italia di un regime parlamentare: è in quell'epoca che i ministri, funzionari amministrativi del re, vengono sostituiti da ministri politici, cosicché ferme le loro funzioni amministrative, la loro estrazione politica e il ruolo che essi sono chiamati a svolgere in sede di governo con l'instaurazione del regime parlamentare, vengono a porli all'incrocio tra la politica e l'amministrazione. Su questi aspetti basti qui un rinvio a E. PRESUTTI, *Lo stato parlamentare ed i suoi impiegati amministrativi*, Roma, 1944, p. 18 ss.; S. AMOROSINO, *Note sui rapporti tra direzione politica e dirigenza amministrativa nel caso italiano*, in *Rassegna parlamentare*, 1995, p. 365 ss., spec. p. 367 ss.

[74] In Italia lo sviluppo dello stato amministrativo si è verificato con ritardo rispetto ad altri paesi europei, ed è decollato solo negli ultimi decenni dello scorso secolo, in coincidenza con lo sviluppo industriale. In proposito si vedano S. CASSESE, *L'amministrazione dello Stato liberal-democratico*, in *La formazione dello stato amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 15 ss.; S. CASSESE-G. MELIS, *Lo sviluppo dell'amministrazione italiana (1880-1920)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, p. 333 ss.; G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 12 e più dettagliatamente p. 181 ss.

[75] Esplicitamente G. AMATO, *Nuove tendenze nella formazione degli atti governativi di indirizzo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, p. 92 ss., spec. p. 148.

emergono dalla società; la seconda sul versante del concreto provvedere alla realizzazione degli obiettivi dal primo selezionati.

Non meno rilevante è il fenomeno di decentramento regionale e locale delle funzioni amministrative, che in Italia e fuori pare destinato a crescere progressivamente e che induce, come riflesso sui ministeri, la sottrazione di importanti settori dell'amministrazione dalle loro competenze, mantenendo in capo agli organi statali di governo funzioni di mero indirizzo [76]. D'altra parte, le riforme che tendono ad incrementare i poteri degli enti regionali e locali sviluppano parallelamente una riforma della struttura centrale dello Stato nel senso dello snellimento dei suoi poteri di gestione amministrativa. Questo parallelismo dei due movimenti di riforma – attribuzione di ampi settori di amministrazione agli enti regionali e locali e corrispondente riduzione di quelli dell'amministrazione centrale, senza però intaccare i poteri politici di quest'ultima – è particolarmente evidente nelle deleghe «Bassanini» del 1997 [77] per il cosiddetto terzo decentramento, ma è rintracciabile anche nelle altre tappe del decentramento, precedenti o successive ad esso.

Nella medesima direzione di erosione delle funzioni amministrative che fanno capo al governo si pone poi, in generale, il proliferare di corpi amministrativi svincolati e separati dalla amministrazione ministeriale – le cosiddette «nuove amministrazioni» [78] – che si realizza storicamente in Italia dapprima con il moltiplicarsi degli enti pubblici, specie economici [79], poi con gli «ordinamenti settoriali» e l'esercizio di attività pubbliche in forma imprenditoriale [80] e più recentemente con la diffusione delle autorità amministrative indipendenti, da molti criticate proprio perché danno vita ad un sistema di ammi-

---

[76] Per una osservazione analoga, nella medesima prospettiva qui accolta, si veda in particolare F. MERLONI, *Amministrazione neutrale e amministrazione imparziale (A proposito dei rapporti tra politica e amministrazione)*, in *Dir. pubbl.*, 1997, p. 319 ss., in particolare p. 323.

[77] Si veda in particolare la legge n. 59 del 1997, Capo I, artt. 1 ss., che innesca un movimento imponente di riforma degli enti locali, ampliando notevolmente i loro compiti amministrativi, e parallelamente un movimento di riforma dell'amministrazione centrale, legge n. 59 del 1997, Capo II, artt. 11 e 12. Del resto la stretta connessione tra riforma dell'amministrazione centrale e riforma delle regioni e degli enti locali è ripetutamente sottolineata nella *Relazione* del Ministro Bassanini sull'attuazione della legge n. 59 del 1997, 27 giugno 1997.

[78] M.S. GIANNINI, *I pubblici poteri negli stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, p. 391 ss.

[79] Ampiamente su questo tipo di analisi L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, cit., in particolare p. 29 ss.

[80] Per tutti si veda M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1985, soprattutto p. 127 ss.

nistrazione svincolato dai vertici e dalle responsabilità politiche, prescritto dall'art. 95 Cost. [81].

Accanto a questi cambiamenti «di sistema» rilevano anche alcune innovazioni legislative più specifiche, in cui viene formalizzato il progressivo distacco dell'attività di amministrazione dagli organi di governo. Il riferimento è a quella serie di interventi legislativi che gradualmente hanno portato a maturazione un ruolo autonomo, e una autonoma responsabilità, dei dirigenti delle pubbliche amministrazioni. Queste riforme si ripercuotono anche sul ruolo e sui compiti degli organi di governo [82], i quali paiono toccati *a contrario* dalla valorizzazione della dirigenza nella gestione dell'attività amministrativa, in quanto all'incremento dei poteri e delle responsabilità dei dirigenti corrisponde di necessità una ridefinizione del ruolo dei ministri. Per questo, alcuni anni dopo gli interventi che hanno consolidato il ruolo dei dirigenti nell'autonoma gestione dell'attività amministrativa, il legislatore è intervenuto per riformare conseguentemente anche l'organizzazione e le funzioni del Presidente del Consiglio dei Ministri e dei Ministri, liberando tali organi dai compiti di gestione operativa e amministrativa e rafforzando i loro poteri di progettazione, impulso, indirizzo.

La nuova immagine dei rapporti tra governo e amministrazione si è infatti realizzata in due tempi: in un primo momento sono state poste le fondamenta della nuova costruzione con gli interventi che hanno ampliato i compiti, l'autonomia e le responsabilità dei vertici della burocrazia; in un secondo momento l'opera si è perfezionata con le leggi di riforma degli organi di governo. Quanto alla prima «fase», a parte alcuni tentativi, mai realmente decollati, di riforma della dirigenza pubblica [83], è nel corso degli anni '90 che

---

[81] In questo senso il più esplicito nella copiosissima letteratura relativa alle autorità indipendenti G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, a cura di A. PREDIERI, Passigli, Firenze, 1997, p. 145 ss.

[82] Rare, ma significative, le riflessioni sul punto in questa prospettiva: in particolare si vedano A.M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, in *Riv. trim dir. pubbl.*, 1966, p. 737 ss. secondo il quale al ministro dovrebbero essere riservati solo compiti di indirizzo di coordinamento, di sorveglianza, togliendo dalle sue attribuzioni tutto ciò che è particolare; recentemente C. PINELLI, *Art. 97 Cost*., cit. spec. p. 315, dove si afferma che in seguito alla riforma della dirigenza «il Ministro esaurisce il suo rapporto con l'amministrazione nel «far fare»: questa – si assume – dovrebbe essere l'arte, o la dimensione specifica, degli «organi di governo».

[83] Sull'evoluzione della disciplina riguardante i dirigenti della pubblica amministrazione cfr. tra i molti L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, p. 941 ss.; G. SCIULLO, *Riforme amministrative e responsabilità dei dirigenti pubblici*, in *Jus*, 1996, p. 149 ss.; G. FALCON, *Riforma della Pubblica amministrazione e responsabilità della dirigenza*, in *Le Regioni*, 1998, p. 1203, in particolare p. 1205.

si sono succeduti rapidamente alcuni interventi legislativi, tutti animati dall'intento di «separare» l'amministrazione dagli organi di governo [84]. Il disegno cui si ispirano queste riforme è quello di realizzare il principio della distinzione tra attività di indirizzo e controllo da un lato e attività di attuazione e gestione dall'altro, attribuendo la responsabilità delle prime agli organi di governo e quella delle seconde ai dirigenti amministrativi. Naturalmente, la riforma, benché sia ispirata e preordinata alla realizzazione del principio della separazione dei compiti di direzione politica da quelli di direzione amministrativa, più che elevare una cortina tra la sfera della politica e quella dell'amministrazione, opera peraltro difficilmente realizzabile [85], solleva gli organi politici dalle funzioni di amministrazione attiva, aprendo «il campo, per più versi inesplorato, del governo delle amministrazioni attraverso il solo strumento degli atti di indirizzo e di controllo» [86] e soprattutto attraverso i poteri di nomina dei dirigenti, sui quali va ora a cadere il punto di contatto tra politica e amministrazione. È su di essi che oggi appaiono convergere l'attività amministrativa e le decisioni politiche, trovandosi i dirigenti sullo spartiacque tra il mondo dell'indirizzo politico e delle sue scelte selettive, e quello dell'esecuzione imparziale delle attività amministrative [87]. Coerente

---

[84] In particolare si veda il D.Lgs. n. 29 del 1993, di attuazione di alcune deleghe contenute nella legge n. 421 del 1992, poi più volte modificato ed ora confluito nel Testo unico sulle norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, a sua volta modificato dalla legge n. 15 del 2002 e n. 350 del 2003. Per una chiara visione di sintesi di questa serie di interventi legislativi si veda per tutti D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 198 ss.

[85] Parlano di un falso mito della separazione dell'amministrazione dalla politica, tra gli altri, L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, cit., p. 172 ss.; M. NIGRO, *Le riforme amministrative a quattro anni dal Rapporto Giannini*, in *Le Regioni*, 1984, p. 55 ss. Si veda altresì G. AZZARITI, *Modelli di amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, vol. I, Cedam, Padova 1998, p. 253 ss. In particolare sui problemi di ordine costituzionale dei rapporti tra politica e amministrazione, specie alla luce dei principi costituzionali di imparzialità della pubblica amministrazione *ex* art. 97 Cost. si veda per tutti C. PINELLI, *Art. 97*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Zanichelli, Bologna-Roma, 1994, p. 31 ss., con un'ampia ricostruzione delle posizioni della giurisprudenza e della dottrina costituzionalistica e amministrativistica.

[86] F. MERLONI, *Amministrazione neutrale e amministrazione imparziale*, cit., p. 346.

[87] Emblematico, a questo proposito è il fatto che il dibattito, antico, ma mai superato, dei rapporti tra politica e amministrazione che originariamente guardava, come osservatorio privilegiato, al Consiglio dei ministri e ai ministri (così, ad esempio L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, cit.; ID., *Politica e amministrazione nella Costituzione italiana*, in *Indirizzo politico e Costituzione – a quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, cit., p. 67 ss.), oggi si ripropone più acceso che mai, ma secondo una angolatura che mette a fuoco principalmente gli organi dirigenti della burocrazia. In questa prospettiva si veda ad esempio M.

coronamento di questa ridefinizione dei rapporti tra organi politici e organi amministrativi è il riordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri e la riforma dei Ministeri, prefigurata dalla legge delega n. 59 del 1997 e poi realizzata con i decreti legislativi rispettivamente n. 303 e n. 300 del 1999, successivamente modificati [88]. La nuova definizione delle funzioni spettanti al Presidente del Consiglio e ai Ministri conferma e accentua il progressivo distacco di tali soggetti dai problemi dell'amministrazione quotidiana per favorire il loro impegno in termini di indirizzo, coordinamento, progettazione, direzione, impulso dei settori cui sono preposti. Infatti, per quanto riguarda il Presidente del Consiglio è la stessa relazione illustrativa del decreto legislativo a fornire una chiave di lettura delle funzioni tipicamente presidenziali, elencate piuttosto confusamente nel testo normativo, articolandole in tre tipologie: funzioni di *relazione* all'interno del sistema istituzionale, con gli altri organi costituzionali, con l'Unione europea e con le autonomie; funzioni di *progettazione* relative all'indirizzo politico generale; e funzioni di *coordinamento.* Risultano eliminati e sospinti verso sedi più idonee tutti i compiti operativi e gestionali che nel tempo si erano stratificati presso la Presidenza del Consiglio, anche attraverso la costituzione di apparati burocratici. Per quanto riguarda i ministri, la riforma, che si caratterizza soprattutto per le innovazioni profonde che porta alle strutture organizzative dei ministeri, fa perno sull'idea che il ministro esercita funzioni di indirizzo politico, mentre la gestione amministrativa ha i suoi vertici vuoi nei responsabili dei dipartimenti, vuoi nei segretari generali preposti alle direzioni generali, che a seconda dei ministeri costituiscono le strutture di primo livello [89].

Anche la riforma degli apparati del governo centrale si ispira, dunque, alla medesima linea evolutiva già tracciata da molti altri fattori e da precedenti interventi legislativi, e che valorizza il governo come sede di scelte e di indirizzo politico.

Storicamente, dunque, lo Stato contemporaneo, caratterizzato dall'impo-

---

GOLA, *Riflessioni in tema di responsabilità politica e amministrazione pubblica*, Giuffrè, Milano, 1998, esplicitamente pp. 47 ss., 72 ss., 94 ss., 105 ss. e *passim*.

[88] Tra le varie modifiche si segnala il decreto legge 12 giugno 2001, convertito nella legge 3 agosto 2001, n. 317 e la legge delega del 6 luglio del 2002 e dai relativi decreti legislativi di attuazione. Da notare il ricorso a decreti legge e decreti legislativi per la riforma della struttura del governo.

[89] In generale sulle innovazioni introdotte dai d.lgs. 300 e 303 del 1999 e successive modificazioni si veda A. PAJNO-L. TORCHIA (a cura di), *La riforma del Governo*, Il Mulino, Bologna, 2000 e Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 2001, *Il Governo*, Cedam, Padova, 2002, in particolare la relazione di L. VENTURA, *Ordinamento e organizzazione del Governo*, *ivi*, p. 57 ss.

nente crescita delle politiche pubbliche, porta con sé non soltanto il riassestamento dell'equilibrio politico ottocentesco tra esecutivi e parlamenti a favore dei primi, ma anche uno sviluppo degli apparati amministrativi spinto fino al punto di rendere «le amministrazioni la risorsa fondamentale dell'attività statale negli ordinamenti pubblici contemporanei» [90]. Anche questo movimento di valorizzazione della pubblica amministrazione contribuisce a fare del governo il perno del potere politico, secondo una tendenza tipica dello «stato amministrativo», o se si vuole dello «stato sociale», che ha caratterizzato tutto il XX secolo.

Così, guardato storicamente, il ruolo del governo nei rapporti con le altre istituzioni dello Stato disegna una evoluzione secondo la quale se nello Stato liberale si è operato il tentativo di contenere gli organi del potere esecutivo in una posizione strettamente subordinata al legislatore, e se nel corso del tempo si è assistito all'assunzione da parte dei medesimi organi di compiti di direzione politica da accostare alle tradizionali funzioni amministrative, oggi i compiti di direzione politica sembrano guadagnare sempre più spazio, fino quasi ad occupare interamente l'attività di governo.

Non a caso sono sempre più diffuse – specie tra i politologi, ma anche fra i giuristi [91] – posizioni che definiscono il governo non già come esecutore della legge del parlamento, ma come titolare di una funzione di governo, di matrice spiccatamente politica. Particolarmente significativa la posizione di George Burdeau che, dopo aver sferrato una critica durissima al principio della separazione dei poteri, recupera una tradizione antica e radicata nella cultura costituzionale francese [92] che definisce le funzioni dello Stato secondo

---

[90] Questo duplice movimento che nello stato contemporaneo porta al centro delle dinamiche politiche il governo e al centro della gestione delle politiche pubbliche l'amministrazione è molto ben evidenziato in S. CARPINELLI-G. MELIS, *Lo Stato e le istituzioni*, cit., pp. 158-159. Analogo il giudizio di G. AMATO, *Nuove tendenze nella formazione degli atti governativi di indirizzo*, cit., p. 147 ss.; di R. ROSE, *L'espansione della sfera pubblica*, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 119-120 e di G. BOGNETTI, *Governo*, in *Enc. scienze soc. Treccani*, vol. IV, Roma, 1994, p. 405 ss. che hanno dimostrato come lo sviluppo dello stato sociale esiga il rafforzamento del governo, o meglio la trasformazione del governo in un nuovo potere governante, centro e motore della macchina statale, che imprima la direzione a tutto il resto, cosicché l'emergere della «funzione governante» pare storicamente collegata all'affermarsi dello stato interventista.

[91] Ad es. in questo senso oltre a G. BOGNETTI, *Governo*, cit., anche P.A. CAPOTOSTI, *Governo*, in *Enc. giur. it.*, vol. XV, Roma, 1989, *ad vocem*, spec. pp. 1 e 12: «pare opportuno inquadrare il complesso delle funzioni governative nell'ambito di tutte quelle attività a precipuo contenuto politico che il Governo pone in essere per realizzare i propri obiettivi programmatici, avvalendosi sia di poteri giuridici formalizzati, sia anche di atti politici informali».

[92] Si veda in proposito G. FLORIDIA, *Potere esecutivo e direzione politica nell'esperienza costituzionale della Francia rivoluzionaria*, cit., spec. p. 690 ss.

una classificazione binaria, distinguendo una funzione governativa e una funzione amministrativa [93]. Alla funzione governativa partecipa una pluralità di organi costituzionali, secondo gli equilibri prescelti da ciascuna forma di governo, tra cui anche quelli che tradizionalmente sono definiti come organi dell'esecutivo: «*il faudrait une bonne fois éliminer la terminologie fâcheuse qui fait du chef de l'Etat, du Président du Conseil ou du ministère des autorités exécutives. Dans la mesure où ils ont place dans l'organisation constitutionnelle, c'est à titre d'organes gouvernementaux chargés, non pas d'exécuter, mais de collaborer à la décision politique*» [94].

Si potrebbe indugiare a lungo nella ricerca di definizioni di questo tipo, assai frequenti nelle trattazioni di scienza della politica, che generalmente muovono dalla considerazione che il parlamento è tanto poco legislatore quanto poco il governo è esecutore delle legge [95] o che definiscono il governo con espressioni inattese, quali «*political executive*» [96], che ben sintetizzano la percezione che universalmente si ha del governo nel sistema istituzionale contemporaneo, ormai affrancato dalla funzione esecutiva di ottocentesca memoria.

Del resto anche da parte dei giuspubblicisti di impostazione più tradizionale si sottolinea come il termine «governo» sia dotato di diversi significati [97]: in particolare si ritiene che tale termine indichi, oltre al tradizionale potere «esecutivo», anche uno degli elementi costitutivi dello Stato (accanto al popolo e al territorio), e cioè quella complessa organizzazione che riunisce e coordina in unità giuridica i vari elementi dello Stato e permette a quest'ultimo di agire e di operare. C'è da chiedersi se a riunire sotto il termine governo l'idea del centro di azione unitaria dello Stato e quella del vertice del potere esecutivo non sia stato il «caso», ma una precisa evoluzione storica.

In questa prospettiva, allora, l'ingente sviluppo dei poteri del governo,

---

[93] G. Burdeau, *Traité de Science politique*, vol. V, cit., p. 382; non diversamente M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1993, p. 69 ss.

[94] G. Burdeau, *Traité de Science politique*, vol. V, cit., p. 423.

[95] M. Cotta, *Governi*, in AA.VV., *Manuale di Scienza della politica*, a cura di G. Pasquino, Il Mulino, Bologna, 1986, p. 329 ss., spec. p. 332; G. Pasquino, *Corso di Scienza politica*, Il Mulino, Bologna, 1997, pp. 147-148: «una identificazione totale tra parlamenti e funzione legislativa è tanto fuorviante quanto l'identificazione totale tra governi e funzione esecutiva, a maggior ragione se la funzione esecutiva viene intesa, impropriamente, come la funzione di applicazione delle leggi prodotte dal parlamento».

[96] R.C. Macridis, *Political executive*, in *Int. Enc. soc. sc.*, voll. 11-12, New York (USA), 1972, p. 228 ss.

[97] Ad esempio si veda P. Biscaretti di Ruffia, *Governo*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VII, Torino, 1975, p. 1160 ss., rappresentativo di una posizione ampiamente diffusa.

specie di quelli normativi, non andrebbe dunque necessariamente ascritto alle tentazioni autoritarie che hanno attraversato l'Europa tra le due guerre; piuttosto esso è un portato della trasformazione che lo Stato subisce a partire almeno dall'inizio del '900 e che si proietterà lungo tutto il XX secolo e oltre [98].

5. Il rapporto irrisolto tra attività di governo e atti normativi: la legge come limite o come strumento dell'azione di governo?

Dalla riflessione su tutti questi fattori che hanno trasfigurato il ruolo del cosiddetto «esecutivo» non sembra siano ancora state tratte le dovute conclusioni sul piano dei poteri normativi ad esso spettanti, dato che, come si è già avuto modo di ricordare, la gran parte delle interpretazioni del dettato costituzionale su questo punto muovono dal presupposto implicito o esplicito che, specialmente per quanto riguarda la funzione normativa primaria il governo è abilitato ad intervenire solo in ipotesi eccezionali o comunque derogatorie dell'ordine normale delle competenze. Sembra sia mancato un punto di intersecazione tra le linee di riflessione che si occupano del governo nel sistema istituzionale – che giustamente hanno percepito un radicale cambiamento dallo stato liberale allo stato costituzionale contemporaneo – e quelle riguardanti le sue funzioni normative, con l'effetto che i risultati dell'una raramente sono rifluiti nell'altra. Così, mentre la prima linea di riflessione ha sperimentato nuovi sviluppi a partire dagli anni '30 e '40 del secolo scorso, approdando alla configurazione di una nuova attività di governo sconosciuta, o almeno non espressamente riconosciuta, nel mondo liberale, viceversa l'approccio alla tematica delle fonti normative di origine governativa sembra sia rimasto saldamente ancorato ai principi dello Stato di diritto liberale.

Ciò è in qualche modo sorprendente se solo si considera che da tempo la dottrina insiste nel sottolineare lo stretto nesso che intercorre tra forma di governo e sistema delle fonti del diritto. È da notare inoltre che questa sottolineatura è stata svolta precipuamente proprio sul terreno dei rapporti tra le fonti di origine parlamentare e quelle di origine governativa [99], un terreno evidentemente più esposto di altri alle influenze dei cambiamenti della forma di governo. Non a caso la necessità di rileggere i rapporti tra le fonti del diritto

---

[98] In questo senso E. CHELI, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo*, cit., p. 512 ss.

[99] Si veda l'ampia raccolta a cura di V. COCOZZA-S. STAIANO, *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2001.

alla luce della dinamica della forma di governo si trova formulata per la prima volta in modo esplicito negli studi che intorno agli anni '60 del secolo scorso sono fioriti in relazione alle competenze normative del governo, spesso esplicitamente o implicitamente ispirati all'idea che il rapporto tra legge e fonti governative «non ubbidisce ad esigenze di ordine razionale, e perciò non è suscettibile di venire racchiuso in schemi rigidi, ma invece riflette il sistema delle relazioni che, secondo le peculiarità di ciascuna forma di governo, si instaura fra gli organi costituzionali» [100]. Di qui una serie di considerazioni che evidenziano i tratti che distinguono gli ordinamenti contemporanei rispetto allo stato di diritto ottocentesco, che si esprimono, in termini di forma di governo, nell'attenuarsi della centralità del parlamento e nell'attribuzione al governo di una posizione di primo piano, e che si riflettono sul sistema delle fonti del diritto nell'inarrestabile crescita degli interventi normativi del governo.

In altri termini, questa sottolineatura sui nessi tra forma di governo e sistema delle fonti – sempre più ricorrente nella dottrina [101], anche se non manca qualche voce dichiaratamente contraria [102] – evidenzia come agli spostamenti del baricentro della forma di governo corrisponda tendenzialmente una diversa dislocazione del centro della produzione normativa. Tanto più viene convogliata verso il governo l'aspettativa che esso svolga un ruolo di guida e di direzione politica, quanto più l'ordinamento si alimenta di atti normativi governativi. Se poi l'aspettativa di un governo forte sul piano funzionale non è sostenuta dalla necessaria forza del governo sul piano strutturale, data dalla compattezza della maggioranza che lo sostiene – vale a dire, nelle situazioni in cui il governo soffre di una sproporzione tra il ruolo che è chiamato a

---

[100] C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 36 ss. Non distante da questa impostazione A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, cit., p. 15 ss.

[101] Tra i più espliciti in questo senso si vedano B. CARAVITA-M. LUCIANI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: note e materiali*, in *Pol. dir.*, 1986, p. 263 ss. Nello stesso senso, mi pare, debba essere letta anche la teoria delle fonti del diritto come «processi di integrazione politica», elaborata da G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, cit., p. 13 ss. Cenni in tal senso anche in S. FOIS, *La riserva di legge*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 1 ss.; G. FERRARA, *Riforma del Parlamento e produzione delle leggi. Alcune proposte*, in *Dem. dir.*, 1983, p. 7 ss.; A.A. CERVATI, *Art. 70 - La Formazione delle leggi*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Zanichelli, Bologna-Roma, 1985, p. 3 ss.; G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto legge*, Cedam, Padova, 1989, p. 3 ss.; G. SILVESTRI, *Alcuni profili problematici dell'attuale dibattito sui decreti legge*, in *Pol. dir.*, 1996, p. 421 ss.

[102] In particolare si veda A. PIZZORUSSO, *Sistema delle fonti e forma di Stato e di governo*, in *Quad. cost.*, 1986, p. 216 ss.; ID., *Atti legislativi del governo e rapporti tra poteri: aspetti comparatistici*, cit., p. 31 ss.

svolgere e la composizione che lo sorregge – l'uso di strumenti normativi di matrice governativa subisce una forte accelerazione [103], fino a rasentare la patologia.

Da questa constatazione, però, mi pare che non sia ancora stato tratto un corollario importante.

Se è vero che l'uso dei poteri normativi segue le oscillazioni della forma di governo e se è vero che la forma di governo si qualifica essenzialmente per i rapporti che intercorrono tra gli organi costituzionali in relazione all'esercizio dell'indirizzo politico, allora si pone il problema di chiarire i rapporti che intercorrono tra l'attività di indirizzo politico e gli strumenti normativi. Il fatto che alla centralità del parlamento nel circuito dell'indirizzo politico corrisponda la centralità della legge nel sistema delle fonti, così come alla maggiore importanza del governo nella determinazione e nella realizzazione dell'indirizzo politico corrisponda un indiscutibile incremento dell'uso dei suoi poteri normativi, primari e secondari, suggerisce a mio avviso l'esistenza di un nesso di strumentalità tra l'attività di indirizzo politico e l'esercizio di poteri normativi.

Ciò significa allora che quando il governo esercita la funzione normativa, esso agisce in quanto organo di indirizzo politico, non già come organo «esecutivo».

Rispetto all'attività normativa, il governo va riguardato in una prospettiva diversa rispetto a quella tradizionale, che, come si è visto, insiste sulla collocazione del governo nell'ambito del potere esecutivo e di conseguenza qualifica gli atti normativi governativi come una indebita, ancorché irrefrenabile, incursione in una sfera riservata al legislativo; al contrario, mi pare che la prospettiva più corretta per valutare l'attività normativa del governo sia quella di inquadrarla nell'ambito della attività politica o di indirizzo politico. Proprio il nesso tra forma di governo e sistema delle fonti, consegnatoci da numerosi,

---

[103] Conformemente ad es. V. ANGIOLINI, *Attività legislativa del Governo e giustizia costituzionale*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, p. 207, spec. p. 208; L. FAVOREU, *Le pouvoir normatif primaire du Gouvernement en droit français*, cit., p. 713 ss. e L.M. DIEZ-PICAZO, *Atti legislativi del governo e rapporti tra poteri: l'esperienza spagnola*, cit., p. 47 ss., che osservano come il rapporto tra forma di governo non è determinato da un nesso di proporzionalità quantitativa, tale che più il governo è forte, più fa ricorso a strumenti normativi propri. Al contrario l'abuso di decreti legge, decreti legislativi e regolamenti è spesso connesso alla sproporzione tra i compiti che il governo è chiamato a svolgere e la sua reale forza politica: laddove il governo può contare su una salda maggioranza parlamentare, esso non disdegna di far percorrere alle proprie riforme la strada parlamentare. Questo punto di vista è condivisibile, anche se ritengo che la compattezza e la fedeltà della maggioranza di governo all'interno delle Camere non renda indifferente la scelta tra la fonte legislativa e la fonte governativa, per le ragioni che saranno spiegate *infra*, par. 6.

importanti e convincenti studi, dovrebbe suggerire l'idea che la produzione di norme costituisce uno strumento, non certo unico, ma nemmeno secondario, di realizzazione dell'indirizzo politico.

Viceversa, questa conclusione lumeggiata qui e là da parte di alcuni sembra faticare a radicarsi se, come è stato poco sopra evidenziato, l'approccio generale degli studi sulle fonti governative non sembra tener conto del rapporto tra atti normativi e attività di indirizzo politico.

D'altra parte, anche sul versante degli studi sull'indirizzo politico di rado [104] ci si è soffermati distesamente sulla problematica degli atti attraverso i quali tale attività si estrinseca. Nella stragrande maggioranza delle riflessioni sulla attività di governo e sulla attività di indirizzo politico il problema della identificazione degli strumenti attraverso cui essa viene esercitata è risolto pianamente e semplicemente affermando che trattasi di un potere che si esprime attraverso atti non tipici, che può servirsi di ogni genere di atto giuridico e che non di rado si esprime secondo modalità e forme estranee al mondo del diritto. Una posizione, questa, che pur ponendo il problema e identificandolo si disimpegna di fronte ad esso.

A risultati almeno parzialmente diversi giunge, invece, chi individua nell'attività di indirizzo politico non solo la selezione dei fini da perseguirsi da parte dei vari poteri dello Stato, e quindi non solo un'attività di impulso e di orientamento, ma estende tale attività anche alla realizzazione e all'attuazione dei fini selezionati. La distinzione all'interno dell'indirizzo politico di un momento teleologico, consistente nella determinazione dei fini dell'azione statale, di un momento strumentale, nella quale vengono predisposti l'organizzazione e i mezzi necessari per tradurre in risultati giuridici la volontà programmata, e di uno effettuale, che si svolge attraverso una serie di atti nei quali i fini politici trovano attuazione [105] porta a riconoscere un ruolo di primo piano alla legislazione come strumento di realizzazione dell'indirizzo politico. Se l'indirizzo politico non si limita a imprimere un impulso verso il raggiungimento dei fini selezionati come prioritari, ma comprende anche una fase di predisposizione di strumenti normativi, organizzativi e finanziari necessari per la loro realizzazione, allora si crea la premessa per acclarare che l'attività normativa costituisce uno strumento, forse lo strumento privilegiato, dell'esercizio dell'attività di indirizzo politico. Occorreva estendere la nozione di indirizzo politico e consentirle di abbracciare, oltre alla selezione dei

---

[104] Su questo punto si veda, però, ampiamente E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., p. 137 ss.

[105] La distinzione delle tre fasi teleologica, strumentale ed effettuale è da attribuirsi a T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 134 ss.

fini politici, anche la determinazione dei mezzi che consentono di tradurre nell'ordine giuridico le scelte di carattere politico, perché emergesse che tra le principali manifestazioni formali dell'indirizzo politico vi è proprio l'elaborazione di atti normativi [106].

Ad analoghi risultati nel frattempo era giunto chi, oltralpe, elaborava una nozione di funzione di governo che, definita in base al suo scopo anziché in base al regime formale degli atti, comprende essenzialmente e anzitutto il potere di fare la legge*:* «*gouverner c'est d'abord légiférer*» [107]. Chi detiene il potere di governare, cioè di selezionare i fini e gli obiettivi da realizzare, necessita del potere di legiferare: «*un gouvernement dépourvu de la faculté de légiférer, c'est un pilote privé de gouvernail*» [108]. Ne consegue che funzione di governo e funzione legislativa sono unite da una relazione di proporzionalità diretta e nelle forme di governo parlamentare, dove spesso si riscontrano altalenanti spostamenti che pongono al baricentro talora il parlamento e talaltra il governo, si nota che la centralità dell'uno o dell'altro organo costituzionale nella vita politica si accompagna sempre alla crescita dell'uso dei suoi poteri legislativi [109].

Siamo, dunque, in presenza di un vero e proprio ribaltamento di concezione rispetto all'idea di legislazione vigente nel XIX secolo, quando la legge, secondo la definizione consacrata come emblema dell'intera epoca liberale nella dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, art. 6, era considerata *espressione della volontà generale*, frutto della partecipazione di tutto il popolo sovrano [110], fondamento e limite dell'azione di tutti i poteri dello Stato. Nella prospettiva ora delineata, diversamente dall'ipotesi liberale, la normazione si presenta come *espressione di una parte politica,* maggioritaria, ma pur sempre una parte. La legge diviene creazione artificiale di chi governa, che attraverso di essa imprime una direzione di parte ai rapporti sociali.

---

[106] Così anche E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., pp. 146 ss.; 153 ss.; 164 ss.; F. CUOCOLO, *Attività di governo e funzioni dello Stato*, cit., p. 170 ss.; F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, cit., p. 106 ss. Esplicitamente, sia pur con un solo inciso, anche V. ANGIOLINI, *Attività legislativa del Governo e giustizia costituzionale*, cit., p. 209 ss.

[107] G. BURDEAU, *Traité de science politique*, cit., vol. V, p. 427.

[108] G. BURDEAU, *Traité de science politique*, cit., vol. V, p. 428.

[109] Si vedano le ampie documentazioni storiche sempre in G. BURDEAU, *Traité de science politique*, cit, vol. V, p. 429 ss. in cui si mostrano periodi di governo assembleare, in Francia, ad esempio, caratterizzati da un dominio parlamentare della produzione legislativa e altre fasi di rafforzamento dell'esecutivo, accompagnate dall'incremento della produzione normativa governativa.

[110] Su questo punto si veda per tutti M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, cit., p. 56.

Tracciare un nesso di strumentalità tra l'attività normativa e l'esercizio dell'indirizzo politico significa allora mettere in discussione l'idea della legislazione come autoimposizione presuntivamente condivisa da tutti i destinatari del comando giuridico e riconoscere che essa è imposta da una parte di essi. Secondo una efficace immagine, «è caduto il mito della volontà generale, nel quale si cullò lo stato parlamentare e si è divenuti consapevoli della eteronomia, per il governato, della decisione del governante, quand'anche vi sia fra i due un rapporto di rappresentanza politica», cosicché uno dei principali sintomi del superamento dello stato parlamentare ottocentesco è dato dalla «crisi della legge come parametro dell'attività governativa e [dalla] sua strumentalità […] all'indirizzo che il Governo ha adottato» [111].

D'altra parte questa trasformazione costituisce un presupposto concettuale affinché l'attività normativa possa svolgersi anche fuori dalle aule parlamentari, giacché fintanto che la legge rimane legata alla finzione della volontà generale essa non può risultare imputabile ad altri soggetti se non a quelli che tale volontà possono almeno astrattamente rappresentare, e meno che a tutti al governo. Viceversa, recidere il tradizionale nesso tra la legge e la volontà generale per sostituirlo con il legame con l'indirizzo politico significa anche aprire il ventaglio dei soggetti abilitati a partecipare alla produzione normativa, coinvolgendo in *primis* il governo.

Di necessità, dunque, il rapporto tra attività normativa e governo muta, perché le norme giuridiche da limiti posti dal popolo sovrano nei confronti del governo divengono strumenti dell'azione di quest'ultimo.

In questa prospettiva, allora, la crescita dei poteri normativi del governo, che abbiamo visto contraddistinguere gli sviluppi degli ordinamenti occidentali negli ultimi decenni, non è spiegato in modo convincente ricorrendo all'idea dell'abuso e della deroga all'ordine naturale delle competenze da parte di un «esecutivo» che non si rassegna al solo «eseguire»; esso è piuttosto frutto e sintomo di uno spostamento del baricentro della titolarità dell'indirizzo politico e quindi della forma di governo.

Di fronte a questa qualificazione della funzione normativa come strumento di attuazione dell'indirizzo politico cade, dunque, la necessità di circoscrivere l'impiego degli strumenti normativi di matrice governativa ad ipotesi eccezionali: se la produzione normativa deve essere ricondotta allo strumentario attraverso il quale viene esercitata la funzione di indirizzo politico e se a questa funzione partecipa anche il governo, allora quando quest'ultimo organo esercita l'attività normativa esso agisce nell'ambito di una funzione che,

---

[111] G. Amato, *Nuove tendenze nella formazione degli atti governativi di indirizzo*, cit., p. 118.

entro i limiti e le condizioni costituzionalmente imposti, gli appartiene in via istituzionale [112] e non può essere riguardato come un invasore che sconfina nel terreno delle altrui attribuzioni. Non è allora il «quanto» dell'uso dei poteri normativi da parte del governo a suscitare problemi di ordine costituzionale, a condizione che sia salvaguardato in concreto il rispetto dei vincoli procedurali e di contenuto che la Costituzione impone, non ultimo da un sistema di controllo di costituzionalità incisivo ed effettivo.

6. Legislazione parlamentare e legislazione governativa rispetto all'indirizzo politico

Se l'inquadramento della attività normativa nell'ambito dell'esercizio dell'indirizzo politico neutralizza le obiezioni di ordine istituzionale che si levano nei confronti dell'incessante produzione di atti normativi imputabili al governo, resta però ancora da spiegare la ragione per cui, specie nelle forme di governo parlamentare, in cui il governo gode di norma dell'appoggio della maggioranza in parlamento, esso non agisca tramite la legge parlamentare, piuttosto che utilizzando strumenti normativi propri. Laddove la maggioranza di governo controlla in qualche misura le decisioni parlamentari, perché non far leva sulle assemblee rappresentative per ottenere l'approvazione di leggi che realizzino le politiche governative?

Questo interrogativo è in qualche misura generato proprio da coloro che riconoscendo che l'attività normativa costituisce uno degli strumenti principali per l'attuazione dell'indirizzo politico finiscono per assimilare del tutto gli atti con forza di legge governativi alla legge parlamentare, essendo i due tipi di atti accomunati dall'identico rapporto di strumentalità con la funzione di governo [113]. Legge e atti con forza di legge sarebbero parimenti espressione dell'indirizzo politico della maggioranza di governo, a causa della identità della maggioranza politica che domina il parlamento e che a un tempo sostiene il governo tramite il rapporto fiduciario: «la maggioranza parlamentare che consente l'approvazione di un determinato provvedimento legislativo è la stessa maggioranza che, attraverso il voto di fiducia, sostiene l'azione di un determinato Governo: in questa prospettiva la legge non esprime nella gene-

---

[112] Così ad esempio F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, cit. p. 106; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, p. 81 ss.

[113] In particolare vedi E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., p. 153 ss. e F. BASSI, *Contributo allo studio sulle funzioni dello Stato*, cit., p. 36.

ralità dei casi una volontà particolare di maggioranze occasionali, ma si collega organicamente ad un piano di scelte politiche perseguito da quelle stesse forze che dispongono del Governo» [114].

Se queste considerazioni fossero da condividere pienamente si potrebbe addirittura concludere che il governo controllando il parlamento potrebbe attuare il suo indirizzo politico indifferentemente tramite leggi parlamentari o per mezzo di atti con forza di legge [115]. Ciò varrebbe *a fortiori* nelle forme di governo parlamentare di tipo maggioritario, perché in esse il dominio del governo sul parlamento diverrebbe quasi totale.

Ma allora come si spiega il declino della legge e il ricorso crescente ad atti con forza di legge del governo? E perché la crescita dei poteri normativi del governo si verifica anche quando si accentua il principio maggioritario? Perché anche laddove il governo dirige e pilota il parlamento si sono sviluppate forme di legislazione delegata [116] e il governo non si limita ad utilizzare la legge, pur disponendo di maggioranze parlamentari certe che glielo consentirebbero?

Si potrebbe avanzare un'ipotesi di risposta basata sulla considerazione, ormai classica in questo genere di riflessioni, circa la lentezza e la farraginosità del procedimento legislativo, cui si contrapporrebbe l'agilità del processo deliberativo che si svolge all'interno del governo. Se a questo si aggiunge che i canali informativi del governo risultano di gran lunga più efficienti di quelli a disposizione del parlamento si comprende come il *decision making process* governativo si presenti, per queste ed altre [117] sue caratteristiche, più appetibile ed idoneo alla guida politica dello Stato contemporaneo, sottoposto a continue e quasi frenetiche sollecitazioni a porre,

---

[114] E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., pp. 147-148.

[115] Di nuovo E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, cit., p. 146 ss., in cui si afferma che la legge è strumento di azione affidato al governo, che a sua volta è «comitato direttivo della maggioranza parlamentare».

[116] Sulla legislazione delegata nel Regno Unito, tra i molti si vedano M. PATRONO, *Le leggi delegate in parlamento*, Cedam, Padova, 1981; G. MORBIDELLI-L. PEGORARO-A. REPOSO-M. VOLPI, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Monduzzi, Bologna, 1997, p. 211 ss.; G. BOGNETTI, *Legislation, delegated*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. X, Torino, 1994, p. 200 ss. Una panoramica della legislazione delegata in diritto comparato si legge anche in C. DE FIORES, *Trasformazioni della delega legislativa*, cit., p. 89 ss.

[117] Non è certamente da sottovalutare il fatto che la sede governativa si presenta particolarmente idonea allo svolgimento di trattative con le cd. «parti sociali» con cui spesso vengono negoziate le scelte normative in materia economico-sociale. Su questi aspetti si veda E. DE MARCO, *La negoziazione legislativa*, Cedam, Padova, 1984; ID., *Gruppi di pressione, procedimento legislativo e realizzabilità delle leggi*, in *Rass. parl.*, 1996, p. 939 ss., spec. p. 949; F. COCOZZA, *Collaborazioni preliminari al procedimento legislativo*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 197 ss.

ritoccare e completare le più diverse discipline normative, in settori variegati e complessi.

Quest'ordine di considerazioni, tutt'altro che secondario, non pare esaurire tutte le spiegazioni possibili alla preferenza spiccata che viene accordata agli strumenti normativi del governo rispetto a quelli parlamentari, anche perché l'argomento della agilità della procedura può forse essere utile a spiegare fenomeni quali la decretazione d'urgenza, ma non è certo spendibile per dar ragione del successo dei decreti legislativi o dei regolamenti, necessariamente preceduti dall'approvazione di un atto legislativo in parlamento e assistiti da un complesso intreccio di pareri obbligatori – oltre che di trattative con i più disparati gruppi di pressione – che rallentano e complicano il percorso decisionale in seno al governo.

Di grande rilievo per le considerazioni che qui si stanno svolgendo è anche la constatazione che il governo tende a sottrarsi alla sede parlamentare anche per evitare il *legislative bargaining* che spesso si realizza in quella sede. Per evitare complesse trattative con gruppi di pressione e per evitare che l'appoggio politico di un certo gruppo parlamentare all'approvazione di una legge o di una specifica previsione normativa possa richiedere come contropartita il sostegno ad altra misura legislativa indesiderata, il governo predilige le decisioni in Consiglio dei ministri, dove minore è il numero degli interlocutori da accontentare.

Nella prospettiva dalla quale si considera in questa sede l'attività normativa del governo merita anche una particolare sottolineatura un altro ordine di argomenti, che potremmo sinteticamente descrivere in questi termini: se è vero che tanto la legge quanto gli atti normativi del governo sono parimenti strumenti di realizzazione dell'indirizzo politico, non è però detto che essi esprimano il medesimo indirizzo politico, ovvero l'indirizzo politico del medesimo soggetto politico.

La tendenza a rendere gli strumenti normativi del governo la modalità ordinaria di produzione legislativa anche laddove il governo riveste il ruolo di vero e proprio comitato direttivo del parlamento [118] sembra suggerire l'ipotesi che agire con legge o con atti normativi governativi non sia indifferente, ai fini della realizzazione dell'indirizzo politico, quasi che in parlamento permangano dinamiche politiche diverse da quelle governative, anche quando il governo è assistito da maggioranze parlamentari solide. L'ipotesi da verificare è allora se la produzione normativa in parlamento sia frutto di un processo

---

[118] L. ELIA, *Il governo come comitato direttivo del parlamento*, in *Civitas*, 1951, n. 4, p. 59 ss. Ovvero, secondo l'efficace immagine di J.C. COLLIARD, *Les régimes parlamentaries contemporains*, Paris, 1978, p. 275, dove il parlamento sia il «comitato legislativo del governo».

di integrazione politica [119] non necessariamente coincidente con quello che conduce all'approvazione di atti normativi all'interno del governo.

L'insistenza sulla continuità politica tra governo e parlamento nelle forme di governo parlamentari (e si potrebbero aggiungere anche quelle semipresidenziali) derivante dal legame fiduciario che tali sistemi presuppongono, spesso invocata a dimostrazione dell'omogeneità dal punto di vista dell'indirizzo politico della sede parlamentare e di quella governativa, appare un poco semplicistica.

Infatti, occorre anzitutto soffermare l'attenzione su una «spia» contenuta nel testo costituzionale, precisamente all'art. 94, quarto comma [120]: «Il voto contrario di una delle Camere su una proposta del governo non importa l'obbligo di dimissioni». In questo modo la Costituzione si premura di sancire un principio che tende a svincolare la sorte del rapporto fiduciario dagli esiti delle singole iniziative legislative del governo, con l'effetto da un lato di garantire alle Camere la piena libertà di valutazione e di votazione sulle singole scelte politiche operate dal governo e dall'altro di non esporre il paese a troppo frequenti crisi di governo a causa di dissensi puntuali che si vengano a creare tra il governo e la maggioranza parlamentare che lo sostiene. È sull'onda di questo principio che nasce la questione di fiducia, che opera da trasformatore della delibera sul merito di una decisione politica in una votazione sul rapporto fiduciario. In assenza della formalizzazione della questione di fiducia, il dissenso della maggioranza parlamentare rispetto agli orientamenti del governo non produce crisi, in virtù, appunto dell'art. 94, quarto comma della Costituzione. In tal modo il quadro costituzionale sembra presupporre e avallare la distinzione tra le dinamiche di integrazione politica che si realizzano in sede parlamentare e quelle che si compongono in sede governativa.

Del resto, vi è anche da considerare che le decisioni che si assumono all'interno del governo non sempre sono sostenute unanimemente dall'intera maggioranza che lo compone. Può facilmente accadere che esse siano frutto di un consenso più limitato, imputabile per così dire alla «maggioranza della maggioranza». In ipotesi tutt'altro che rare, specie nel nostro paese dove frequentemente le coalizioni di governo sono poco affiatate [121], tale eventualità

---

[119] G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., p. 13 ss.

[120] Sulla duplice funzione dell'art. 94, quarto comma, Cost., posto a servizio della stabilità del Governo, ma volto anche a rinsaldare l'indipendenza della Camere di fronte al Governo, in modo che le stesse possano liberamente non approvare progetti non buoni si vedano gli interventi di Mortati e Tosato in Assemblea costituente, 2 Sottocommissione, 1 sezione, 7.1. 1947 e 8.1.1947.

[121] A. D'ANDREA, *Accordi di Governo e regole di coalizion*e, Giappichelli, Torino, 1991; ID.

può verificarsi assai spesso e in tali casi la scelta della sede parlamentare in luogo di quella governativa può risultare problematica. La decisione politica in sede parlamentare necessita quanto meno di un accordo unanime della maggioranza, mentre all'interno del Consiglio dei ministri può essere sufficiente la convergenza di una parte soltanto delle forze politiche di governo. Non a caso nelle forme di governo parlamentari sono soprattutto i governi sostenuti da maggioranze deboli e poco coese che tendono ad abusare degli strumenti normativi messi a loro disposizione dalle Costituzioni. Infatti, in tali situazioni i governi tendono ad evitare di sottoporre al parlamento le proprie iniziative legislative e laddove la sede parlamentare non può essere evitata, come nel caso delle manovre finanziarie e delle leggi di bilancio, è tutt'altro che raro il ricorso allo strumento della questione di fiducia, capace di aggregare forzatamente l'intera compagine della maggioranza di governo intorno alla decisione politica in discussione.

Se questa considerazione può aggiungersi a quelle precedentemente esposte per contribuire a spiegare la fuga del governo dalla legge parlamentare, vi sono però ancora da aggiungere altri elementi che corroborano l'ipotesi che le leggi e gli atti governativi con forza di legge possono esprimere indirizzi politici imputabili a soggetti politici non perfettamente coincidenti.

Se si pone mente alla dinamica che conduce alla deliberazione delle singole scelte politiche, si può notare come esse siano non di rado frutto di consensi che non combaciano perfettamente con la maggioranza di indirizzo. Cioè, se è vero che il principale soggetto portatore dell'indirizzo politico è costituito dalla maggioranza di governo, non è men vero che le singole espressioni dell'indirizzo politico sono spesso portate a termine con la convergenza pluridirezionale di svariate forze politiche, non escluse quelle di minoranza o di opposizione, e non sempre comprese tutte quelle di maggioranza. Il «sotto-sistema parlamento-governo» [122] – quand'anche uscito dal modello «dualistico», tipico della monarchia costituzionale in cui i due soggetti istituzionali si fronteggiavano dialetticamente, contrapponendosi in molti aspetti, a partire dalla diversa base di legittimazione – non risponde necessariamente ad un

(a cura di), *Verso l'incerto bipolarismo: il sistema parlamentare italiano nella transizione*, Giuffrè, Milano, 1999; ID. (a cura di), *Lo sviluppo bipolare della forma di governo italiana*, Milano, 2003; M. COTTA, *Il sotto-sistema parlamento-governo*, in *Riv. it. scienze pol.*, 1987, p. 271 ss. che parla di governi coesi sulla difensiva, ma non sul programma da realizzare, cioè di governi formati da «maggioranze dettate più che da omogeneità in termini di programmi politici da esigenze di «salvaguardia democratica», cioè di assicurare il governo evitando l'assunzione di ruoli di governo da forze politiche considerate, a torto o a ragione, di incerta lealtà democratica».

[122] M. COTTA, *Il sotto-sistema parlamento-governo*, cit., p. 241 ss.; ID., *Governi*, in AA.VV., *Manuale di scienza della politica*, cit., p. 360 ss.

modello «monistico», che unifica i due soggetti in virtù della omogeneità di base politica, sopprimendo ogni dialettica interna e sostituendo ad essa quella tra governo ed opposizione [123]. Al contrario, diversi fattori, normativi e politici, tengono in vita, accanto alla dinamica ontologicamente conflittuale tra governo e opposizione, anche una accesa dialettica interna alle forze di maggioranza. Persino nei casi in cui i partiti di governo controllano astrattamente i numeri della maggioranza in parlamento non è detto che tale ultima maggioranza sia sempre disciplinatamente pronta ad assecondare le scelte di governo [124].

La disomogeneità delle coalizioni di governo, che resta silente all'atto di nascita del governo può diventare problematica in relazione alle scelte di merito che realizzano l'indirizzo politico attraverso i singoli provvedimenti puntuali.

Queste osservazioni sono avvalorate se si mettono a fuoco con maggiore precisione i soggetti politici che interagiscono nei rapporti tra parlamento e governo. Un importante contributo è stato portato da chi ha messo in campo i partiti politici [125] quali fattori decisivi nella qualificazione della forma di governo. In particolare si è evidenziato come la struttura bipartitica, o bipolare, o multipolare [126] dei soggetti politici interagisca con le regole costituzionali della forma di governo, specie della parlamentare, producendo dei rendimenti politici lontanissimi l'una dall'altra. Già questi risultati portano a

---

[123] Così, tra i molti, A. PACE, *Intervento*, in *Indirizzo politico nel nuovo regolamento della Camera dei deputati*, *Atti del seminario di Cagliari*, *1-2 aprile 1971*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 19 ss.; C. ROSSANO, *Parlamento e poteri istituzionali*, in *Problemi di struttura dello Stato sociale contemporaneo*, Jovene, Napoli, 1978, p. 123 ss., spec. p. 127 ss.; S. FOIS, *La riserva di legge*, cit., pp. 200, 266. Opposta la posizione sostenuta da C. LAVAGNA, *Maggioranza al governo e maggioranze parlamentari*, in *Pol. dir.*, 1974, p. 673 ss., spec. p. 678 ove si ragiona di «mobilità della maggioranza».

[124] Che i governi non possano contare sull'appoggio incondizionato della propria maggioranza è stato dimostrato da numerose ricerche sulla produzione legislativa, tra cui basti ricordare A. PREDIERI, *La produzione legislativa*, in AA.VV., *Il Parlamento italiano (1946-1963)*, Napoli, 1963; ID., *Il parlamento nel sistema politico italiano*, Edizioni di Comunità, Milano, 1975; G. DI PALMA, *Sopravvivere senza governare. I partiti nel parlamento italiano*, Il Mulino, Bologna, 1978; R. MOTTA, *L'attività legislativa dei governi*, in *Riv. it. scienze pol.*, 1985, p. 255 ss.; C. DE MICHELI, *L'attività legislativa dei governi al tramonto della prima repubblica*, in *Riv. it. scienze pol.*, 1997, p. 151 ss.

[125] In Italia, per tutti L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 634 ss., soprattutto p. 638.

[126] Notissimi sono i frutti delle riflessioni che nello studio dei sistemi istituzionali hanno introdotto come fattori qualificanti i partiti politici, basti un richiamo ai lavori di M. DUVERGER, *I partiti politici (1951)*, Milano, 1964; A. LIJPHART, *Le democrazie contemporanee (1984)*, Bologna, 1988; G. SARTORI, *Parties and Party System*, Cambridge (USA) 1976.

riscontrare quanto nel caso italiano si sia lontani dalla presunta unificazione soggettiva delle istituzioni parlamentare e governativa attorno al collante politico della maggioranza.

Proseguendo in questo ordine di riflessioni si può focalizzare l'obiettivo sulla molteplicità di soggetti che all'interno del sistema politico occupano posizioni di *leadership*. In questa prospettiva si pone il problema di individuare chi determina l'atteggiamento dei partiti all'interno della coalizione di maggioranza: i ministri, i capigruppo parlamentari o i segretari di partito? [127] Anche presupponendo una certa disciplina di partito, è evidente che la pluralità delle possibili *leadership* può indebolire la capacità del governo di ottenere in parlamento un seguito certo alle decisioni politiche proposte, anche da parte della maggioranza che strutturalmente lo sostiene. Le difficoltà del governo di ottenere l'approvazione di leggi qualificanti per la realizzazione dell'indirizzo politico che si è prefisso può derivare non tanto dalla forza dell'opposizione, per definizione minoritaria, quanto dalle divisioni fra i partiti della coalizione di maggioranza e, all'interno del singolo partito di maggioranza, anche dalla divergenza delle linee di guida che spesso si riscontrano fra ministri, segretari e capigruppo che si riferiscono allo stesso partito.

Questi fattori, ben evidenziati da studi di tipo politologico, spiegano in modo convincente come mai le maggioranze che approvano le leggi in parlamento coincidano raramente con le maggioranze di governo. Nella stragrande maggioranza dei casi le leggi parlamentari ottengono consensi più ampi della semplice maggioranza di governo, coinvolgendo settori, più o meno ampi, dell'opposizione [128]. Altre volte, decisioni politicamente assai rilevanti ottengono l'approvazione parlamentare anche se la maggioranza di governo è tutt'altro che compatta, grazie al sostegno di gruppi o di singoli esponenti dell'opposizione. In ogni caso, è tutt'altro che scontato che le leggi parlamentari siano approvate dalla maggioranza di governo.

Oltre a questi fattori non si può fare a meno di ricordare la strutturale debolezza del nostro governo in parlamento [129] e in particolare nel procedimento legislativo. A partire dalle modifiche apportate ai regolamenti parlamentari nel 1971 [130] – manifesto della «centralità del parlamento» che ha

---

[127] M. Cotta, *Il sotto-sistema parlamento-governo*, cit., p. 261.

[128] C. De Micheli, *L'attività legislativa*, cit., p. 172; F. Zucchini, *L'attività legislativa del parlamento italiano, consociativismo? polarizzazione?*, in *Riv. it. scienze pol.*, 1997, p. 569 ss.

[129] Si veda in proposito F. Cocozza, *Il governo nel procedimento legislativo*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 3 ss., 21 ss.

[130] È da segnalare che secondo alcuni sarebbe la stessa Costituzione ad esigere che i dise-

segnato una intera stagione politica in Italia [131] – il governo è stato privato di ogni possibilità di svolgere un ruolo direttivo dell'assemblea parlamentare in tutti gli snodi cruciali del procedimento legislativo. Nella programmazione dei lavori, nel riparto dei tempi della discussione, nell'uso degli emendamenti, nelle modalità di votazione e in altre fasi delle procedure parlamentari la maggioranza di governo non solo non è stata collocata in una posizione privilegiata, ma spesso si è trovata paralizzata da tradimenti delle stesse forze politiche di maggioranza, ovvero esposta all'uso ostruzionistico dei più disparati strumenti parlamentari da parte delle forze di minoranza o da parte di frange della maggioranza stessa [132]. Questo insieme di fattori ha reso il procedimento legislativo in parlamento particolarmente inaffidabile per il governo.

Certamente in larga misura questa situazione è stata imputata all'impostazione dei regolamenti parlamentari del 1971 [133] che poi è stata a varie riprese corretta dalle numerose modifiche regolamentari intervenute soprattutto nel corso degli anni 80 e degli anni '90 del secolo scorso [134]. Tuttavia resta ancora da raggiungere l'obiettivo di rafforzare la posizione del governo in parlamento, preservando al contempo un ruolo meglio definito per l'opposizione, al

---

gni di legge di iniziativa del Governo non godano di alcun trattamento privilegiato: così A.A. CERVATI, *Art. 71*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Zanichelli, Bologna-Roma, 1985, p. 61 ss., spec. pp. 66 e 88; ID., *Iniziativa legislativa*, in *Enc. giur. it.*, vol. XVII, Roma, p. 1 ss. *ad vocem*, spec. p. 1; esplicitamente contro questa posizione, però, E. SPAGNA MUSSO, *L'iniziativa sulla formazione delle leggi*, Napoli, 1958, p. 201 ss.

[131] Su questo punto si vedano ora le belle pagine di S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 220 ss.

[132] Esplicito in questo senso S. TOSI, *Innovazioni e conferme nella recente riforma dei regolamenti parlamentari*, in *L'indirizzo politico nel nuovo regolamento della Camera dei deputati*, cit., p. 5 ss. Sul punto si veda anche V. DI PORTO-E. ROSSI, *Ostruzionismo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. X, Torino, 1995, p. 546 ss.; spec. p. 556 ss.

[133] Soprattutto alle scelte da essi operate in ordine alla programmazione. Sul punto si veda, per tutti, F. COCOZZA, *Il governo nel procedimento legislativo*, cit., p. 187 ss.

[134] Si vedano in proposito G. FLORIDIA-S. SICARDI, *Le relazioni maggioranza-opposizione nella prassi e nell'evoluzione regolamentare e legislativa*, in *Quad. cost.*, 1991, p. 225 ss.; G.C. DE CESARE, *Le riforme dei regolamenti della Camera nel ventennio 1971-1990 e l'evoluzione del regime parlamentare italiano*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, *Quad. n. 2*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 79 ss.; V. DI CIOLO-L. CIAURRO, *Le recenti modifiche dei regolamenti parlamentari - Appendice di aggiornamento* a *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 12 ss.; S. CECCANTI, *Regolamenti parlamentari: un altro tassello di una «riforma strisciante»*, in *Quad. cost.*, 1998, p. 157 ss.; A. MORRONE, *Quale modello di Governo nella riforma del Regolamento della Camera dei deputati?*, in *Quad. cost.*, 1998, p. 449 ss.; C. DI ANDREA, *Sulle ultime modificazioni del regolamento della Camera dei Deputati*, in *Rass. parl.*, 1999, p. 99 ss.

fine di riflettere all'interno dell'istituzione parlamentare la dinamica bipolare voluta dal sistema elettorale e dalla forma di governo. Si è trattato per lo più di modifiche regolamentari ispirate idealmente al rafforzamento del principio maggioritario [135], ma negli effetti piuttosto deludenti rispetto agli obiettivi prefissati e sul piano pratico capaci soltanto di correggere alcune disfunzioni del procedimento legislativo, rendendolo solo un poco più efficiente e razionale. Infatti, nonostante i numerosi interventi effettuati sui regolamenti parlamentari negli ultimi decenni, l'uso degli atti con forza di legge da parte del governo non accenna a declinare.

Tutti questi fattori costituzionali, normativi e politici, concorrono a spiegare come mai il governo nell'attuare l'indirizzo politico spesso prediliga gli strumenti normativi che la Costituzione mette a sua disposizione, senza avventurarsi in parlamento [136]. In altri termini, si comprende meglio il fenomeno da cui prende le mosse questa ricerca, costituito dall'uso ordinario e crescente di strumenti normativi del governo e in particolare della delega legislativa.

D'altra parte, queste considerazioni mostrano tutta l'importanza delle sedi dove le decisioni legislative vengono assunte, cosicché laddove la Costituzione esige l'intervento delle Camere, tale intervento non può essere né omesso né ridotto ad un adempimento formale [137], ma al contrario deve presentare caratteristiche tali da garantire che il *decision making process* si consumi sostanzialmente ed effettivamente in parlamento. Questo vale in particolare nei complessi procedimenti che conducono alla formazione di atti con forza di legge del governo, che rientrano a pieno titolo nei cosiddetti «procedimenti duali» [138], in cui si individuano due distinti momenti, uno spettante alle Camere e uno riservato al Governo. In tutti i procedimenti che riguardano gli atti con forza di legge del Governo l'intervento delle Camere previsto dalla

---

[135] Così sostiene ad es. A. MORRONE, *Quale modello di Governo nella riforma del regolamento della Camera dei Deputati*, cit., in particolare p. 454 ss.; C. DI ANDREA, *Sulle ultime modificazioni*, cit., p. 142 ss.

[136] In questo senso C. DE MICHELI, *Governare senza legiferare*, cit., che spiega la crescita dei decreti legge proprio in virtù della impossibilità degli esecutivi di poter contare su una maggioranza parlamentare fidata.

[137] Non bisogna dimenticare, inoltre, che portare una decisione in parlamento comporta numerosi «effetti collaterali», data la polifunzionalità dal punto di vista politico di questa istituzionale, che non è soltanto organo decisionale, ma è anche una arena, una tribuna politica. Sui molteplici aspetti dell'istituzione parlamentare si vedano M. COTTA, *Parlamenti e rappersentanza*, in AA.VV., *Manuale di scienza della politica*, cit., p. 281 ss.; G. PASQUINO, *Corso di scienza politica*, cit., p. 143 ss.; M. MORISI, *Il parlamento in Italia. Vecchie e nuove ipotesi di ricerca*, in *Riv. it. scienze pol.*, 1988, p. 191 ss.

[138] Si veda per tutti A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 339 ss.

Costituzione non solo non può mancare, pena l'illegittimità costituzionale dell'atto governativo, ma non può nemmeno essere svuotato, ridotto a mera formalità: la diversità delle dinamiche politiche che si realizzano all'interno delle camere rispetto a quelle governative, che è stata sottolineata poco sopra, indica che il rispetto del dettato costituzionale esige che nella delega legislativa e nella conversione dei decreti legge alle Camere deve essere preservato un ruolo significativo, una capacità decisionale integra. Se i procedimenti duali mettono in campo due soggetti, il parlamento e il governo, secondo le indicazioni degli artt. 76 e 77 della Costituzione, occorre che nel concreto sia preservato uno spazio per l'intervento di entrambi, affinché i contenuti dell'atto finale siano frutto di una reale co-determinazione da parte dei soggetti interessati, cosicché entrambi partecipino alle principali scelte di indirizzo politico destinate a tradursi in proposizioni normative. E sul rispetto di questi principi si avverte l'esigenza che il controllo del giudice delle leggi si faccia più rigoroso.

Note sullo Statuto costituzionale del giudice comune

di *Francesco Rigano*

SOMMARIO: 1. L'idea di giudice (e di giustizia) nell'ordinamento giuridico. – 1.1. Il giudice e la giustizia. – 1.2. Il giudice nell'opinione comune. – 1.3. Il giudice nella democrazia liberale: i rapporti con le regole. – 1.4. *Segue*: i rapporti con gli altri organi. – 1.5. La giustizia nello Statuto albertino. – 1.6. Il giudice nella democrazia costituzionale. – 2. Lo statuto costituzionale del giudice comune. – 2.1. Le superabili aporie del testo costituzionale. – 2.2. Il giudice e la sovranità popolare. – 2.3. Il giudice e la legge. – 2.4. Il giudice e il processo giusto.

1. L'idea di giudice (e di giustizia) nell'ordinamento giuridico

1.1. Il giudice e la giustizia

È difficile sottrarsi al fascino dell'idea che riconduce, anche per la forza suggestiva dell'etimo, la giustizia all'attività del giudicare e quindi al giudice, raffigurando questi come strumento di giustizia. La convinzione che per delineare la figura del giudice si debba in qualche modo risalire al concetto di giustizia è di per sé idonea a fiaccare il più coraggioso proposito di approfondimento. Nel mondo degli uomini la giustizia è un fine-valore, che s'interseca e si contrappone all'eguaglianza e alla libertà, sicché appare vano il tentativo d'attribuirle un significato assiologicamente vero e corretto per ogni situazione. D'altra parte, la giustizia è, o comunque può essere intesa, come un concetto normativo, perciò una qualche definizione descrittiva dovrebbe pur essere possibile. Com'è noto, vi sono state nel tempo numerose sistemazioni teoriche, quasi sempre formulate per coppie oppositive: la giustizia formale e quella reale; la giustizia distributiva e quella correttiva; la giustizia come legalità e la giustizia come eguaglianza [1].

[1] Inutile tentare indicazioni bibliografiche sicché rinvio a E. OPOCHER, *Giustizia*, in *Enc.*

L'impressione, davvero profana, è di trovarsi di fronte a elaborazioni vieppiù raffinate, ed ideologicamente orientate, dell'alternativa fra la giustizia civile e la giustizia naturale, cioè, da un canto, la giustizia convenzionale delle regole stabilite dagli uomini, e, dall'altro, la giustizia dell'essenza umana, dei rapporti fra gli uomini, la quale è più profonda della prima perché tocca la natura, appunto, dell'uomo. Per parte mia, osservo soltanto che alla cultura del secondo novecento è acquisita la consapevolezza che la giustizia non possa essere ridotta alla sfera formale della legalità, intesa quale mero rispetto delle regole quali che esse siano. O meglio, forse è proprio la nozione di legalità ad essere assai mutata, perché la lezione del costituzionalismo ha convinto che il diritto non può mai prescindere dalla garanzia della libertà e della dignità della persona di fronte al potere della collettività e dunque il diritto deve perseguire l'ideale della limitazione della sovranità [2]. A tale convincimento ha dato forza, anche nella pratica quotidiana dei giuristi, la consacrazione dei diritti fondamentali della persona nelle carte costituzionali nazionali e soprattutto nelle convenzioni internazionali, almeno con due esiti. Anzitutto, l'incrinatura dei confini nazionali della statualità, entro i quali la nozione di legalità era sorta ed era stata elaborata, con un saldo ancoraggio alla identificazione del diritto con le regole dello stato; in secondo luogo, e conseguentemente, la contaminazione con le aspettative di un nuovo cosmopolitismo laico edificato sull'internazionalizzazione del fondamento giuridico dei diritti della persona, attraverso regole poste sì fra gli stati, ma destinate a valer immediatamente a favore degli individui, eventualmente anche contro lo stato cui l'individuo appartiene.

In un quadro politico nel quale i meccanismi di garanzia dei diritti sono in primo piano, la tematica della giustizia può utilmente essere affrontata, con approccio empirico, dal punto di vista dell'attività del giudice, per comprendere se, e in quale senso, possa dirsi che egli è strumento di giustizia nella democrazia pluralistica.

---

dir., 1970, XIX, p. 557 ss.; E. VECA, *La società giusta. Argomenti per il contrattualismo*, Il Saggiatore, Milano, 1982; P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2000, segnalando il saggio di E. GARIN, *La giustizia* (1968), ora Guida, Napoli, 2003.

[2] Cfr. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridic*o, Comunità, Milano, 1965, e *Diritto*, in *Dizionario di Politica*, diretto da N. Bobbio e N. Matteucci, Utet, Torino, 1976, p. 320 ss.; G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 2000.

1.2. Il giudice nell'opinione comune

È opportuno allora iniziare a far chiarezza intorno alle nozioni generali sia dell'attività del giudicare, sia del giudice [3]. Si tratta di un tentativo di ragionare in astratto, senza alcuna pretesa di ricostruzione dogmatica, ma semplicemente per isolare quegli elementi che nella comune valutazione sempre connotano (e hanno connotato) la figura del giudice e del giudicare. L'ingenuità dell'esperimento è compensata – mi pare – dall'utilità di mostrare alcuni profili di sicuro rilievo nella ricostruzione cui ci si appresta.

Quale che sia l'accezione preferita, nel concetto di giustizia è insita l'idea della misurazione d'una conformità; varia il parametro assunto a misura, di volta in volta collocato sul piano teleologico (etico-religioso, o politico-sociale) o sul piano normativo. Ebbene, l'attività del giudicare si sostanzia nella misurazione di siffatta conformità. Nell'opinione comune l'attività del giudicare, quando è degli uomini sugli uomini, evoca l'autorità di conformare e armonizzare i comportamenti individuali e collettivi ai modelli assunti come desiderabili all'interno di un determinato gruppo, con due finalità: l'una, immediata, di sanare i conflitti, economici e sociali, intersoggettivi e di reprimere le deviazioni, anche con l'uso della forza; l'altra, mediata e finale, di garantire la conservazione del gruppo. La ragione che muove l'attività del giudicare è dunque l'affermazione del rispetto delle regole condivise. Il giudicare non è attività ad andamento libero ed arbitrario: deve seguire un rito assai rigoroso. Infatti, le modalità del suo procedere sono esse pure regolate, secondo un ordine scandito in una sequenza di atti preordinati alla decisione finale: la celebrazione del rito prende il nome di processo. Così per il modo d'essere esercitato e per la finalità perseguite, per quanto qui genericamente rappresentati, il giudicare è idea che appartiene all'essenza dell'organizzazione sociale, ed è in quanto tale riconoscibile in ogni ordinamento giuridico.

Il giudice è il soggetto cui tale autorità è conferita ed è scelto fra i membri dell'ordinamento, ma eventualmente anche all'esterno di esso, in forza di un «sapere». Questo punto è assai importante e merita un cenno più approfondito. Affinché l'attività del giudicare assolva alle proprie finalità, due conoscenze devono essere acquisite, previamente o contestualmente al giudizio: l'una tocca le regole (sia sostanziali, sia di rito o procedurali) e l'altra i fatti di vita. Il giudice è scelto, in ogni frangente, in quanto reputato idoneo a cono-

---

[3] Il proposito è analogo a quello perseguito nella scrittura delle voci enciclopediche, tra le quali, in particolare si vedano: E. SPAGNA MUSSO, *Giudice*, in *Enc. dir.*, XVIII, Giuffrè, Milano, 1970, p. 931 ss.; S. BARTOLE, *Giudice*, in *Enc. giur.*, XV, Treccani, Roma, 1989; S. SENESE, *Giudice (nozione e dir. cost.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Utet, Torino, 1991, p. 195 ss. Per una sintesi sistematica cfr. G. REBUFFA, *La funzione giudiziaria*, Giappichelli, Torino, 1993.

scere, attraverso il loro apprendimento o la loro creazione contestuale, le regole. Questa attitudine è un requisito, tradizionalmente e tendenzialmente, richiesto alla cultura del giudice; in tal senso, il nesso fra il giudicare e la regola è determinante della figura del giudice.

Essenziale per il giudicare è anche la conoscenza dei fatti: essa è, tradizionalmente e tendenzialmente, assicurata (non dalla cultura specifica del giudice, bensì) dalla narrazione storica dei soggetti che danno impulso al giudizio, avendolo richiesto. In effetti, il processo è il luogo (e il tempo) deputato alla ricognizione degli avvenimenti e delle circostanze che consentono di rappresentare il fatto. Il giudice deve essere in grado di governare il rito destinato alla ricostruzione dei fatti, in particolare dando e togliendo la parola alle parti, e dunque deve conoscerne il funzionamento: perciò le regole del processo devono far parte della sua cultura specifica. Va ribadito che il giudice deve conoscere le regole del processo al fine di apprendere ritualmente la conoscenza dei fatti nel processo, ma egli ben può, anzi tendenzialmente deve essere ignorante dei fatti, prima del giudizio. Con questa visione, che individua nel giudice l'arbitro obbiettivo, è dato di comprendere perché logicamente si imponga, sempre nell'opinione comune, la scissione fra il potere di decisione e il potere/diritto di richiedere l'attivazione del processo: da un canto, la parte o le parti chiedono che il giudice decida e, dall'altro, il giudice è il terzo che decide appunto «al di sopra delle parti», senza pregiudizi. Perciò i fatti sono appresi attraverso la narrazione dei soggetti (la parte, pubblica o privata) che hanno chiesto l'intervento del giudice. Il confronto fra le parti e il giudice è finalizzato anche all'individuazione della regola da applicare, poiché la funzione del processo è, o può essere, per così dire a tutto campo. Vero è però che la scissione fra giudizio di fatto e giudizio di diritto costituisce un dogma, della cui correttezza qui non si discute, capace d'influenzare sia l'attività del giudicare, sia la posizione del giudice: infatti, sono possibili soluzioni organizzative che, in riferimento alla medesima controversia, affidano il giudizio sul fatto e quello sul diritto a soggetti diversi.

Quindi, il giudice è depositario di due conoscenze: l'una, relativa alle regole, è parte del suo corredo culturale, mentre l'altra, riguardante i fatti, è il frutto della ricostruzione storica elaborata nel corso del processo. La sentenza, cioè la decisione finale, chiude il processo e consta della scelta della regola più adatta per decidere sul fatto accertato, sicché è una sorta di sublimazione del sapere del giudice. Perché la decisione appaia corretta manifestazione del giudicare ed acquisti autorevolezza nella collettività, sono dunque essenziali la conoscenza delle regole e l'indifferenza verso le parti (se si vuole la terzietà).

Ai requisiti della sapienza e dell'indifferenza, che toccano l'agire del giudice nel suo ambito naturale che è il processo, un altro se ne aggiunge nel

pensare comune. Al giudice si richiede anche equilibrio, inteso non soltanto, con accezione prossima a quella medica, come immunità da disturbi del pensiero e della personalità, ma anche come ragionevole capacità di valutare con saggezza le vicende umane e d'opporsi alle influenze che vengano da soggetti o eventi esterni al processo.

1.3. Il giudice nella democrazia liberale: i rapporti con le regole

L'argomentare per astrazione è sempre approssimativo della realtà, ma il figurino di giudice che qui s'è appena ritagliato sembra in qualche misura adeguato a tutti i contesti, e in particolare all'organizzazione politica della società. In effetti, se dalla valutazione profana si passa alla riflessione tecnica ci si avvede che nella figura del giudice, e nella contigua nozione di giurisdizione, le modalità d'intendere i requisiti della sapienza, dell'indifferenza e dell'equilibrio sono determinanti. Dalla sintesi di tali elementi derivano i modelli di giudice e di processo, ampiamenti illustrati dalle indagini sia di teoria generale, sia di storiografia [4].

Nell'approccio della teoria generale, le variazioni possono essere colte come differenti modi di manifestazione del rapporto fra il giudice e la regola, da un lato, e il giudice e i fatti, dall'altro [5].

Sul primo versante, quello tradizionale dell'interpretazione, va detto che al giudicare può ricondursi o la volontà creativa delle regole o l'utilizzazione (l'applicazione) delle regole (già) esistenti. Sulla linea di congiunzione di queste due rappresentazioni estreme si collocano i modelli cui solitamente si vorrebbe ricondurre la figura del giudice. Da un canto, il meccanico applicatore della norma, il giudice bocca della legge forgiato dalla scuola esegetica sulle orme dell'illuministica divisione dei poteri, tanto congeniale al risvolto formalistico del positivismo giuridico. Dall'altro, il giudice che pone di volta in volta la regola più adeguata ai casi: è il giudice del diritto libero, che con discrezionalità crea la regola per i casi non esplicitamente contemplati dalle norme (secondo la famosissima regola del cod. civ. svizzero), ma è anche il

---

[4] Cfr. la raccolta di testi classici e di saggi più recenti in A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Il Mulino, Bologna, 1974.

[5] Fra i volumi più recenti, cfr. A. GIULIANI, *L'applicazione della legge*, Maggioli, Rimini, 1983; A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè, Milano, 1995; A. GIULIANI-A. PALAZZO-I. FERRANTI, *L'interpretazione della norma civile*, Giappichelli, Torino, 1996; G. ALPA, *L'arte del giudicare*, Laterza, Bari, 1996; F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Bari, 1999; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004.

giudice-cittadino della rivoluzione, che decide in conformità alla coscienza popolare di cui è messaggero.

Sul secondo versante, che coinvolge la ricognizione dei fatti, altrettanto evidente è che il tipo di regole processuali influenza la decisione. In tale frangente rimane marginale il profilo del potere creativo della regola, essendo il rito tendenzialmente «esterno» alla volontà del giudice, e dunque tendenzialmente prefissato da regole rigide; anche nella prospettiva teorica, la regola processuale è quella alla quale il giudice non può sottrarsi, essendo ad essa assoggettato rigorosamente. Rileva piuttosto il contenuto della regola processuale e cioè la disciplina concreta del dialogo tra le parti e il giudice. Si allude, specificamente, alla contrapposizione fra due modelli processuali: da un canto, quello accusatorio, dove il giudice acquisisce la conoscenza dei fatti unicamente attraverso le prove che le parti hanno l'onere di dedurre; dall'altro, quello inquisitorio, dove il giudice si mette in prima persona «alla caccia» dei fatti, formulando egli stesso le prove [6].

Senza dubbio l'atteggiarsi del rapporto fra giudice e norma (sia sostanziale, sia processuale) è essenziale per qualificare il ruolo del giudice nell'esercizio dell'attività del giudicare e denota la posizione assegnatagli in ciascun ordinamento giuridico. In effetti, quale che sia l'ordinamento in cui giudica, il giudice deve essere il soggetto depositario di un «sapere» specifico: egli deve essere capace di (ri)conoscere le norme, e cioè tutte le regole cui devono conformarsi i membri della collettività e in particolare anche quelle cui devono uniformarsi i soggetti del processo che offrono il fatto al giudice. Talora il rapporto addirittura si riflette, per certe ricostruzioni di teoria generale, sullo stesso modo d'intendere il fenomeno giuridico, com'è per quella nota corrente di pensiero che individua la giuridicità delle regole nel fatto che esse si rivolgono (non di per sé a tutti i soggetti della collettività, bensì) essenzialmente ai giudici come una sorta di istruzioni per risolvere i casi della vita ad essi sottoposti.

Com'è evidente, quanto maggiore ed esclusivo è il sapere richiesto, tanto più l'attività del giudicare attinge all'esercizio della sovranità; la cultura specifica richiesta al giudice (tecnica, nel senso di predisposta alla ricognizione delle regole) finisce con l'essere la prima ragione, sul piano della giustificazione razionale, di legittimazione del giudice di fronte alla collettività in cui giudica.

---

[6] Su questi temi cfr. L. Ferraioli, *Diritto e ragione. Teorie del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1996; M.R. Damaska, *I volti della giustizia e del potere*, Il Mulino, Bologna, 2005.

1.4. *Segue*: i rapporti con gli altri organi

Queste implicazioni emergono con nettezza se si guarda alle trasformazioni storiche del mestiere del giudicare. La figura del giudice moderno ha una matrice, ben identificata da talune raffinate ricerche, nel crogiuolo del diritto comune e nel cruciale passaggio dalla concezione medioevale, che vede nel papa o nell'imperatore l'unica autorità legittimata a giudicare, ai giudici delegati e quindi, con l'avvento dello stato moderno, al giudice «ordinario» quale soggetto titolare dell'autorità esclusiva di giudicare [7]. È una vicenda nota, segnata sia dall'emergere del diritto scritto e codificato in contrapposizione al diritto consuetudinario, sia dalle tensioni fra i giudici, che rivendicano la propria autonomia (magari per garantirsi il diritto di vendere la carica) atteggiandosi a corpo autonomo, e l'autorità governante, che reclama unicamente a sé la legittimazione all'attività del giudicare. Sullo sfondo dell'affermazione ideologica della divisione dei poteri, si consuma il distacco dell'attività del giudicare da quella del governare (della *iurisdictio* dal *gubernaculum*) e quindi la separazione del giudicare e del giudice dalla sovranità politica [8].

Il parlamento vota la legge, che è regola sovrana, voluta dagli eletti dei cittadini, uguale per tutti ed alla quale tutti sono subordinati: con essa sono fissati i diritti e i doveri delle persone ed è organizzata l'autorità governante. La legge è il diritto, generale e oggettivo, che i ministri ed i giudici hanno il compito di attuare. Sebbene non sia limpida la distinzione fra l'applicazione amministrativa e quella giudiziaria, forte è l'idea che l'attività del giudicare debba essere «neutra» e cioè sterilizzata dalle istanze politiche e soprattutto protetta dalle influenze dell'autorità governante. Con illuministica fiducia o con ideologica strumentalizzazione di un dogma illuministico, questa protezione è ricercata nel modo di intendere l'attività del giudice: giudicare significa ricostruzione del fatto storico ed applicazione della regola idonea; il giudice è la bocca della legge ed il suo è un potere «nullo».

In ogni caso un poco di sorpresa pare giustificata dalla circostanza che al medesimo principio organizzativo della divisione dei poteri solitamente siano

---

[7] Si legga in particolare N. PICARDI, *Il giudice ordinario*, in N. PICARDI-A. GIULIANI (a cura di), *L'Ordinamento giudiziario.* III, *Materiali per una riforma*, Maggioli, Rimini, 1985; cfr. anche, della medesima opera il vol. I, *Documentazione storica*; M. ASCHERI, *Tribunali, giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Il Mulino, Bologna, 1989.

[8] G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Illuminismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998; J.M. KELLY, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, Il Mulino, Bologna, 1992; si veda la raccolta di testi in P. COSTA-D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002.

ascritte esperienze caratterizzate da sistemi giudiziari assai diversi [9]. Da un canto, nell'area di *common law*, il giudice professionale, reclutato tra esperti giuristi – avvocati o docenti – attraverso la nomina governativa o l'elezione da parte della collettività: è il giudice dell'area anglo-americana, dove la giurisprudenza è per tradizione fonte dei diritti dei sudditi, prima, e dei cittadini, poi [10]. Dall'altra, nell'area di *civil law*, soprattutto nell'Europa occidentale, la drammatica redenzione rivoluzionaria condotta anche contro i giudici dall'antico regime assoluto apre un percorso contraddistinto dalla diffidenza nei confronti dei giudici e dunque dal proposito di limitarne l'influenza. Sono conosciuti i fattori che hanno condotto a questo esito in Europa e che dunque danno ragione delle indiscutibili diversità rispetto al mondo anglosassone. Anzitutto, la codificazione del diritto e l'emarginazione della consuetudine nel sistema delle fonti [11]: l'aspirazione è di ridurre in misura drastica il ruolo del giudice nella fase di apprendimento (di ricognizione) del diritto: il giudice deve accertare una regola che è preesistente e quindi applicarla. La previa scrittura della regola incide sul privilegio, distintivo del giudice in un ordinamento retto da regole consuetudinarie, d'essere il detentore, tendenzialmente esclusivo, della conoscenza delle regole. Così il giudice non spartisce più della sovranità politica; deve però essere un giurista, perché tale qualità è indispensabile per riconoscere le norme poste dal sovrano politico, cioè dal parlamento. In secondo luogo, proprio l'estraneità dalla politica governante favorisce l'immissione del giudice nei ranghi del pubblico impiego: il giudice-magistrato è inserito in un'organizzazione burocratica nella quale la nomina, gli avanzamenti di carriera le assegnazioni di sedi, nonché i provvedimenti disciplinari sono inesorabilmente vigilati dal governo. In particolare, la previsione che il giudice sia responsabile esclusivamente verso l'amministrazione e che tale responsabilità, essenzialmente disciplinare, sia curata dal ministro guardasigilli sgancia l'attività del giudicare dal confronto con gli effettivi destinatari delle sentenze e la pone sotto la sorveglianza del governo [12].

Siffatta collocazione è senz'altro agevolata dall'ideologia della neutralità del-

---

[9] Cfr. G. Bognetti, *La divisione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 1994.

[10] Cfr. R. Pound, *Lo spirito della Common Law*, Giuffrè, Milano, 1970; J.A.G. Griffith, *Giudici e politica in Inghilterra*, Feltrinelli, Milano, 1980; L. Moccia, *Il sistema di giustizia inglese.Profili storici e organizzativi*, Maggioli, Rimini, 1984.

[11] Cfr. A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, 2, Giuffrè, Milano, 2005; U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, Giappichelli, Torino, 2002.

[12] A. Giuliani-N. Picardi, *L'educazione giuridica*. III: *La responsabilità del giudice*, Perugia, 1978 e oggi F. Biondi, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006.

la funzione giudiziaria e dalla codificazione del diritto, ma non ne rappresenta una conseguenza ineludibile. Questa è però la strada intrapresa in Europa, con la finalità di rendere controllabile il corpo dei magistrati. L'amministrazione dello statuto giuridico del giudice diviene così lo strumento per (eventualmente e pur sempre in via mediata) sindacare le sue decisioni e per subordinarle agli interessi contingenti dell'autorità governante: la neutralità della funzione giudicante finisce con l'essere il paravento ideologico dietro il quale si cela la possibilità, cui s'è fatto largamente ricorso, di «governare» l'attività del giudicare.

È questo il sistema giudiziario ereditato dalla restaurazione napoleonica, che si diffonde nell'Europa continentale dell'ottocento. Di derivazione francese è anche l'idea di attribuire ad un soggetto pubblico – il procuratore del re – l'esercizio dell'accusa penale innanzi al giudice. D'altra parte, la richiesta di punire i colpevoli di comportamenti ritenuti antisociali – e come tali configurati come delittuosi – appare la prosecuzione in sede giudiziaria del dovere dello stato, ed in particolare del governo, di garantire la sicurezza sul proprio territorio. Ciò che favorisce, sebbene ancora una volta non si tratti di una scelta istituzionale ineludibile, la posizione del titolare dell'azione penale alle dirette dipendenze del governo.

1.5. La giustizia nello Statuto albertino

È opportuno a questo punto ricordare brevemente che, com'è noto, le influenze della legislazione napoleonica sull'organizzazione giudiziaria dell'Italia unita sono assai forti [13]. Secondo l'art. 68 dello statuto albertino «la giustizia emana dal re ed è amministrata in suo nome dai giudici che egli istituisce». La formulazione della norma statutaria risente della concezione assolutistica dello stato e dunque dell'idea che la giustizia è voluta dal monarca ed al più amministrata dai suoi delegati. Interessante osservare che, in sintonia con l'evoluzione della forma di governo, nei primi anni del novecento prevale l'interpretazione, assai autorevole per la successiva dottrina, che vede nella norma statutaria la garanzia di indipendenza del giudice anche dalle influenze regie, proprio perché essa sancisce la sottrazione del potere di giudicare dalle mani del sovrano [14].

---

[13] Cfr. A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Einaudi, Torino, 1963; M. D'ADDIO, *Politica e magistratura* (1848-1876), Giuffrè, Milano, 1966; C. CASTELLANO, *Il mestiere di giudice. Magistrati e sistema giudiziario tra i francesi e i Borboni* (1799-1848), Il Mulino, Bologna, 2004.

[14] F. RACIOPPI-I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, Utet, Torino, 1909, III, p. 424 ss.

Il giudice è un giurista che, selezionato attraverso un concorso volto a valutarne l'attitudine tecnica, viene inserito nei ranghi del pubblico impiego, seppur dotato di uno statuto particolare, in forza della specialità della funzione esercitata.

Emblematica della collocazione ideale del giudice nel sistema politico è la portata ideologica dell'art. 73 per il quale «l'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo». I dogmi dell'intangibilità della volontà legislativa e della scindibilità del giudizio di fatto da quello di diritto giovano a teorizzare e a praticare il controllo politico dell'intervento giudiziario; tuttavia, l'istituto della cassazione evolve in senso per così dire giurisdizionale facendo del giudice (di legittimità) il garante della uniformità della giurisprudenza, e per il tramite di questa, dell'osservanza della legge [15]. Un ruolo che nella storia italiana è esaltato dall'unificazione, con il decreto Oviglio del 1923, delle funzioni di cassazione in unico organo, destinato a divenire il vertice supremo, seppur ambiguo, della giurisdizione comune con il compito – per riprendere le parole di Piero Calamandrei in assemblea costituente [16] – di salvaguardare lo *ius constitutionis* inteso quale interesse pubblico alla difesa del diritto e della sua unità.

Al di là di questi dati, cui la storiografia dà ampio risalto, meritano poi d'essere sottolineati almeno tre elementi di originalità che sin da quegli anni caratterizzano l'esperienza italiana e che ancora oggi sono presenti a connotare in misura significativa la specificità della figura del magistrato italiano e del modello dell'organizzazione giudiziaria italiani nel panorama europeo [17].

Il primo elemento riguarda l'organo titolare dell'azione penale [18]. La legge sull'ordinamento giudiziario del 1865 prevede che anche il pubblico ministero sia reclutato per concorso, anzi attraverso la medesima selezione con cui sono scelti i giudici: dunque, v'è un unico concorso per l'accesso alle due carriere, che si svolgono quindi all'interno della magistratura, seppur parallele e distinte. Tuttavia, il magistrato del pubblico ministero è «il rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria» ed è «posto sotto la direzione del ministro della giustizia». L'inclusione del pubblico ministero nei

---

[15] Oltre al classico studio di P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, I e II, ora in *Opere giuridiche*, VI e VII, Jovene, Napoli, 1976, cfr. M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Il Mulino, Bologna, 1991 e G. CAMPANELLI, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 17 ss.

[16] ASSEMBLEA COSTITUENTE, seduta del 5 dicembre 1946.

[17] Per la panoramica della disciplina si legga E. PIOLA-CASELLI, *Magistratura*, in *Digesto italiano*, XV, 1903, p. 121 ss.

[18] Cfr. M. VELLANI, *Il pubblico ministero nel processo*, I, *Profilo storico*, Zanichelli, Bologna, 1965.

ranghi della magistratura ordinaria è destinata a produrre svantaggi e benefici. Sul primo versante, siffatta collocazione ha senz'altro favorito la creazione di un processo penale misto, cioè a due fasi: l'una iniziale, di indagini preliminari, di taglio inquisitorio, e l'altra successiva, incentrata sul dibattimento, d'ispirazione accusatoria. Sul secondo versante, tuttavia, proprio l'immissione nei ranghi della magistratura ha posto la premessa a che anche il pubblico ministero divenisse destinatario delle guarentigie (di indipendenza ed autonomia) ideate per i giudici. Si apre così la strada, tutta italiana, dell'unicità della figura del magistrato, comprensiva del giudice e del pubblico ministero, come organo di giustizia.

Un secondo elemento riguarda la giustizia amministrativa [19]. Dapprima, nel 1865 è abolita la giurisdizione del contenzioso amministrativo, con la finalità, coerente all'aspirazione liberale, di rendere giustiziabili innanzi al giudice comune i diritti verso l'amministrazione; quindi, a seguito delle eccessive restrizioni di tutela conseguenti anche alla teorica dell'affievolimento dei diritti soggettivi, l'istituzione nel 1889 della IV sezione giurisdizionale del consiglio di stato al fine di (ri)dare un giudice agli interessi. Scaturisce un sistema, irrigidito nella Carta del 1948, di tutela giudiziaria suddivisa e contorta, in cui il cittadino ha nei confronti dell'amministrazione due giudici con competenze diverse seppur nei medesimi ambiti materiali: il giudice comune per i diritti e il giudice amministrativo per gli interessi.

L'ultimo elemento di originalità, cui si accennava, concerne l'istituzione, avvenuta con la riforma Orlando del 1907, del consiglio superiore della magistratura quale organo competente (all'epoca) a esprimere pareri sulle promozioni e sui trasferimenti dei giudici (non dei pubblici ministeri, dunque) [20]. Germoglia l'idea, cui s'ispirarono i costituenti del 1948, di attribuire l'amministrazione delle guarentigie individuali dei magistrati ad un organo in qualche misura espressivo della categoria: di qui l'enigma irrisolto del ruolo da attribuire al consiglio superiore della magistratura, in precario equilibrio fra le istanze d'indipendenza, per la tutela dei diritti dei cittadini, e le rivendicazioni corporative, per l'emancipazione (economica, sociale e infine politica) della categoria giudiziaria.

---

[19] Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1976 e P. AIMO, *La giustizia nell'amministrazione dall'Ottocento a oggi*, Laterza, Bari, 2000.

[20] Cfr. P. MAROVELLI, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana dal 1848 al 1923*, Giuffrè, Milano, 1967; A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1999.

1.6. Il giudice nella democrazia costituzionale

Ferma l'annotazione di queste specificità del sistema giudiziario italiano, è da riprendere la traccia dell'evoluzione storica, per registrare che il modello francese di giudice appare uno stereotipo inadeguato a raffigurare come oggi effettivamente si atteggi l'attività del giudicare. In particolare, col sorgere e col progressivo imporsi del costituzionalismo e soprattutto con la creazione di corti sovranazionali s'è determinata una sorta di contaminazione fra le aree anglosassone ed europeo continentale non tanto per il sistema organizzativo, quanto piuttosto per le modalità di render giustizia: di fatto, anche nell'Europa di *civil law* la giurisdizione e il giudice hanno parzialmente riacquisito quella primazia che la rivoluzione francese e la restaurazione napoleonica avevano combattuto.

Numerosi, e ancora una volta ben noti, sono i fattori di novità introdotti dal costituzionalismo democratico nell'organizzazione dei sistemi politici, ma utile è qui richiamare alcuni d'essi, seppur per cenni [21].

Anzitutto, la concezione del giudicare come mera applicazione delle regole, pur corretta dal riconoscimento della valenza creativa dell'interpretazione, appare del tutto inadeguata quando il principio di legalità – della sovranità del diritto legificato – lascia il passo al principio di costituzionalità. Con l'avvento delle Costituzioni rigide i principi fondamentali dell'ordinamento – i diritti dei cittadini e le regole dell'organizzazione dei poteri – sono inscritti in carte tendenzialmente immortali. Si trasforma il sistema delle fonti del diritto, al cui vertice è oramai la Costituzione; così come era avvenuto all'epoca delle codificazioni ottocentesche, muta, o meglio si arricchisce, l'attività del giudicare, che si compendia nell'applicazione della legge (non quale che sia, bensì) se rispettosa della Costituzione o, nell'ordinamento statunitense, nella disapplicazione della legge incostituzionale [22]. Nella tradizione liberale il compito di verificare la costituzionalità della legge, proprio in quanto presupposto dell'applicazione al caso concreto, dovrebbe rimanere in capo al giudice. Nell'Europa continentale, dove si agita lo spettro del governo dei giudici [23], l'idea

---

[21] Cfr. M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1993; M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1994; A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Bari, 1997; M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo politico*, al sito web *http://www.associazionedeicostituzionalisti.it*.

[22] Cfr. M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1973; C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984.

[23] E. LAMBERT, *Le gouvernment des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Giard, Paris, 1921.

che la regola posta dal parlamento debba essere giudicata e magari invalidata dai giudici comuni («ordinari») è insopportabile: di qui la creazione di giudici speciali – le corti costituzionali – cui è affidato anzitutto il compito di garantire la nuova legalità del sistema, tutelando i diritti (costituzionali) dei cittadini contro le leggi e risolvendo i conflitti di competenza fra gli enti territoriali e gli organi supremi dello Stato [24]. In ogni caso, il giudice comune della tradizione europea non è più vincolato dalla legge, poiché diviene suo dovere denunziarne la illegittimità alle corti costituzionali; perciò il giudice diviene organo di garanzia della democrazia posta dalla Costituzione.

In secondo luogo, ma altro non è che il profilo individuale della garanzia, il diritto alla giustizia è inserito nel catalogo dei diritti fondamentali della persona [25]. Anche su questo versante v'è una sorta di riavvicinamento fra le tradizioni anglosassoni di *common law* e quelle continentali di *civil law*. Il *due process of law* della tradizione inglese e del V emendamento della Costituzione americana sta ad indicare un valore fondante della giustiziabilità dei diritti dinanzi al potere. Qualcosa di analogo è nel principio del giusto processo, diffuso in tutta l'area giuridica europea ad ispirazione democratica, ancor prima dell'art. 6 Cedu. A tale principio sono riconducibili una pluralità di regole: l'indipendenza e l'imparzialità del giudice; il diritto al ricorso «effettivo» al giudice per la tutela dei propri diritti; il diritto alla difesa; la presunzione di innocenza; la ragionevole durata dei giudizi. Si tratta di regole per la più parte inscritte fra i principi fondamentali di tutte le Costituzioni nazionali d'ispirazione democratica, ma che trovano rafforzamento nella loro fissazione in carte sovranazionali.

Infine, la crescita, per numero e per qualità, dei diritti della persona. A partire dal secondo novecento, infatti, si moltiplicano i cataloghi internazionali dei diritti, sia a livello universale, con una sempre maggiore tendenza alla specializzazione per materia, sia a livello regionale, con l'elaborazione di sistemi di garanzia anche di carattere giurisdizionale [26]. Esemplare è la progressiva apertura alla tutela dei diritti dell'Unione europea: la Carta di Nizza appare, al di là delle dispute sull'efficacia formale, un *bill of rights* dell'Europa, ora recepito nel Trattato costituzionale. V'è, dunque, una pluralità di fon-

---

[24] J. Luther-R. Romboli-R. Tarchi (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2000.

[25] Cfr. L. Ferraioli, *Diritto e ragione*, cit.

[26] Cfr., Anche qui impossibile tracciare indicazioni bibliografiche complete, ma si leggano U. Allegretti, *Diritti e Stato nella modializzazione*, Città Aperta, Enna, 2002; A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Bari, 2002; M. Ignatieff, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano, 2003; A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Laterza, Bari, 2005.

ti in materia di diritti, cui corrisponde un'analoga ricchezza di sedi in cui i singoli possono far valere le proprie pretese. Così, per un verso, la figura del giudice finisce con l'incarnarsi in una pluralità di organi, diversificati per ambiti d'intervento territoriale, non più soltanto nazionale, e materiale, in relazione al bene da proteggere: il giudice comune, il giudice speciale, l'autorità indipendente, il giudice costituzionale; le corti sopranazionali e internazionali. Il singolo può adire – pur nel rispetto delle regole che disciplinano i singoli sistemi di garanzia e i rapporti tra le diverse giurisdizioni – giudici operanti in ambiti diversi, sicché dovrebbe risultare rafforzata la possibilità di ottenere effettivamente la tutela desiderata. Per altro verso, i giudici nazionali, e in primo luogo i giudici comuni, si trovano a poter e/o dover scegliere tra più cataloghi, al fine di assicurare la più forte garanzia dei diritti dell'individuo [27].

Prende corpo l'istanza di giustizia intesa essenzialmente come tutela sia dei diritti della persona contro gli atti ed i comportamenti prevaricatori dei poteri politici, economici e sociali, sia della legalità dell'ordinamento, e dei rapporti fra ordinamenti. Quale che sia la valutazione, anche critica, certo è che la tendenza propagatasi nel secolo passato è la giurisdizionalizzazione di tutti i conflitti, come dimostra in modo paradigmatico l'idea di sottoporre al vaglio del giudice addirittura le modalità di svolgimento dei conflitti bellici: la giustizia tende ad identificarsi con l'aspirazione ad un'organizzazione globale retta dalla affermazione giudiziaria, attraverso il processo, dei diritti e dei doveri delle persone nella pacifica convivenza. Insomma, il giudice è individuato come soggetto cui affidare la custodia dei valori fondamentali e quindi immodificabili della democrazia costituzionale. Per assolvere questa funzione di baluardo di valori fondamentali, la giurisdizione e dunque il giudice sono chiamati, un tempo talora ma oggi sempre più spesso, a sindacare le scelte e le modalità d'agire dell'organizzazione politica, dai procedimenti elettorali alle leggi, così esercitando un controllo – e dunque un primato – sulla politica. Naturalmente i confini di tale controllo non sono tracciabili in astratto, come segnalano le tensioni tra giurisdizione e politica in tutte le contemporanee democrazie: si tratta di conflitti rischiosi, se condotti sino alla lacerazione, ma vitali se mantenuti nel terreno del reciproco confronto, e potrebbe anzi azzardarsi l'opinione che la loro esistenza sia sintomatica della democraticità dell'organizzazione politica [28].

---

[27] Non a caso è stato sottolineato il «rapporto dinamico di reciproca sussidiarietà tra le previsioni normative delle Carte dei diritti e le previsioni della Carta costituzionale» da A. RUGGERI, *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale*, *attraverso i diritti umani*, *e prospettive di un diritto europeo* «*intercostituzionale*», in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 544 ss., spec. p. 561.

[28] Cfr. C. GUARNIERI-P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 117 ss.

Gli aspetti appena tratteggiati incidono necessariamente sulla figura e sul ruolo del giudice comune, che appare coinvolto in una dinamica di continuo confronto non solo con materiali normativi diversi, ma anche con esperienze e soprattutto con tradizioni giuridiche altre: è la così detta tutela multilivello dei diritti [29]. La conoscenza del diritto impone, di conseguenza, la partecipazione ad un processo di scambio (confronto; dialogo), di carattere per così dire circolare, ad ampio raggio, che sembra orientato alla costruzione, almeno in Europa, di una sorta di *common law* [30] o di *ius commune* [31] dei diritti.

2. Lo statuto costituzionale del giudice comune

2.1. Le superabili aporie del testo costituzionale

La situazione attuale della giustizia italiana riflette gli esiti complessi e contraddittori dell'evoluzione storica sin qui tratteggiata [32]. Per comprenderla potrebbe apparire addirittura inadeguato – ma così non è, come si dirà – il dettato costituzionale, dove il tema della giustizia è trattato in tre blocchi di disposizioni [33].

---

[29] Cfr. F.G. PIZZETTI, *Il giudice nell'ordinamento complesso*, Giuffrè, Milano, 2003; si veda anche la rassegna di I. OF LAIRG, *La giustizia in Europa*, Sapere, Bologna, 2002; C. GUARNIERI-P. PEDERZOLI, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Bari, 2002, e soprattutto G. GAMBINO (a cura di), *La magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, Giuffrè, Milano, 2004; sul piano della tutela si vadano S. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le corti in Europa*, Jovene, Napoli, 2005; F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Convegno AIC*, 2004; P. BILANCIA-E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Giuffrè, Milano, 2004.

[30] Cfr. C. MCCRUDDEN, *A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversation Constitutional Rights*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2000, p. 499 ss.

[31] G. SILVESTRI, *Verso uno* ius commune *europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2006, p. 7 ss.

[32] Si vedano i saggi raccolti in L. VIOLANTE (a cura di), *Legge Diritto e Giustizia*, Einaudi, Torino, 1998.

[33] Cfr. A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Einaudi, Torino, 1985; B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Laterza, Bari, 1994; G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1997; N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, 2006; S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, Il Mulino, Bologna, 2006; inoltre, i volumi del *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, dedicati ai Titoli IV e VI.

Il Titolo IV dedicato alla magistratura, dov'è la disciplina del giudice comune; il Titolo VI relativo alla corte costituzionale, cui si ricollega la legge cost. n. 1 del 1948 che ha creato la distinzione e il nesso d'azione fra giudici comuni e giudice costituzionale; una serie di norme (artt. 24; 25; 111–113) fondanti il principio del giusto processo, certamente presente nel nostro ordinamento ancor prima che la legge cost. n. 2 del 1999 introducesse la sua esplicita menzione nell'art. 111 Cost.

L'insieme della disciplina costituzionale è stata oggetto di rilievi, poiché non offre un quadro completo e coerente di regole. Di tali rimproveri conviene dar brevemente conto perché coinvolgono anche la figura del giudice comune, subito avvertendo che essi, sebbene siano per lo più fondati, nulla tolgono alla coerenza dei principi fondamentali che ben sono rintracciabili nella lettura non formalistica del testo costituzionale [34]. La Costituzione non dà la definizione di giudice e di giurisdizione, com'è opportuno che sia, poiché le Costituzioni non sono un dizionario degli istituti giuridici, bensì il catalogo dei principi fondamentali dell'ordinamento. La nozione di giudice e di giurisdizione è dunque frutto dell'interpretazione, la quale deve ovviamente ispirarsi alla tradizione culturale e alla sua evoluzione alla luce dei principi del costituzionalismo democratico accolti o, se si preferisce, presupposti dalla Costituzione nel fissare la disciplina della giustizia. Purtroppo, però, negli enunciati testuali i termini magistratura, magistrati (mai al singolare), autorità giudiziaria nonché organi giudiziari e organi di giustizia (amministrativa) sono utilizzati non sempre appropriatamente [35]. Così è indiscutibile che, nell'impianto costituzionale, giudice sia l'organo che decide mentre pubblico ministero è l'organo che propone l'azione penale, come pure è certo che entrambi siano magistrati e che la legalità e l'indipendenza siano un valore indefettibile dell'agire della magistratura (tant'è che le due figure appaiono accomunate nel rinvio all'autorità giudiziaria in tema di riserve di giurisdizione); davvero poco felice è allora la formulazione dell'art. 101, secondo comma, laddove sancisce la soggezione soltanto alla legge unicamente del giudice e non di tutti i magistrati [36]. D'altro canto, altre aporie appaiono evidenti. Ad esempio, a fianco della affermata unicità della giurisdizione, assistita dal divieto di istituzione di giudici speciali, sono espressamente previsti taluni

---

[34] R. Romboli-S. Panizza, *Ordinamento giudiziario*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, 1995, p. 370 ss.

[35] Cfr. l'attenta rassegna di G.U. Rescigno, *L'esercizio dell'azione pubblica ed il pubblico ministero*, in *Convegno AIC*, 2004.

[36] Con la conseguenza che la fonte costituzionale dell'indipendenza dell'azione dei magistrati del pubblico ministero è stata rintracciata nella regola dell'obbligatorietà dell'azione penale, fissata dall'art. 112 Cost.

giudici speciali; dei giudici si dice che si distinguono soltanto per funzioni, salvo poi attribuire – all'art. 105 – alla competenza del consiglio superiore della magistratura i provvedimenti sulle promozioni dei magistrati; si proclama all'art. 101, primo comma che la giustizia è amministrata in nome del popolo, ma poi l'art. 102, terzo comma rinvia alla legge la eventuale determinazione dei casi e delle forma di partecipazione diretta del popolo, e anzi gli artt. 106, primo comma e 104-105 presuppongono la figura del giudice come funzionario tecnico, individualmente irresponsabile, inserito in un'organizzazione, un ordine/potere, autonoma di fronte agli altri poteri e a sua volta dunque irresponsabile politicamente. Di recente, inoltre, è stato osservato che manca un'esplicita previsione di rango costituzionale di riferimento alle numerose autorità indipendenti attive in settori economici soprattutto, ma anche per la tutela dei diritti della persona, a proposito delle quali la dottrina ha talora, magari a fini specifici, avanzato la qualificazione di giudice [37].

Il catalogo delle incongruenze potrebbe continuare, ma sarebbe forse sufficiente a giustificarle, almeno sul piano storico, il ricordare che la formulazione delle norme costituzionali in materia di giustizia è stata spesso il risultato di compromessi difficili e del rinvio di soluzioni non trovate dai costituenti [38]. D'altro canto, la forza durevole della Costituzione non è nel disegno coeso di regole organizzative di dettaglio, bensì nell'indicazione di principi fondamentali e di obiettivi politici; è semmai interessante osservare che il giudice è, fra gli organi costituzionali, quello che più ha visto il proprio statuto inciso e modellato dalle sentenze della corte costituzionale, sia per eliminare le illegittimità della disciplina ereditata dal passato, sia per aggiornare il suo ruolo al contesto costituzionale repubblicano, nella colpevole assenza di organici interventi di riforma legislativa [39].

2.2. Il giudice e la sovranità popolare

Come s'è prima detto, la caratteristica del giudice ereditato dall'esperienza illuministica europea, del magistrato secondo il modello francese, è il distacco dalla sovranità governante, sicché è essenziale cercare di sapere

---

[37] AA.VV., *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Cedam, Padova, 1999; F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000; G. Giraudi-M.S. Righettini, *Le autorità amministrative indipendenti*, Laterza, Bari, 2001; F. Rigano, *Le autorità indipendenti nel sistema costituzionale*, in *AGE*, 2002, p. 359 ss.

[38] Cfr. F. Rigano, *Costituzione e potere giudiziario*, Cedam, Padova, 1982.

[39] Cfr. P. Ciarlo-G. Pitruzzella-R. Tarchi (a cura di), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1997.

come la Costituzione risolva il nodo del nesso fra la sovranità popolare, dichiarata all'art. 1, secondo comma, e la giurisdizione. Ciò significa interrogarsi sulla legittimazione democratica degli organi di giustizia nel nostro ordinamento ed in particolare sul significato da attribuire al principio, posto dall'art. 102, primo comma ad apertura del Titolo IV, che la giustizia è amministrata in nome del popolo. Com'è noto, il dibattito dottrinale è acceso [40]. Una prima opzione è di ridurre la portata dell'enunciato a prescrizione della formula da utilizzare nell'intestazione delle sentenze, se non, addirittura, a mera affermazione retorica, priva di valore precettivo. Effettivamente la stesura della norma costituzionale è influenzata dalla formula d'intestazione delle sentenze. Prima della proclamazione della repubblica, le sentenze sono pronunziate in nome del re d'Italia e d'Albania imperatore d'Etiopia; all'indomani del giugno 1946 un decreto legislativo del governo stabilisce che, «fino a quando non venga diversamente disposto dalla assemblea costituente, le decisioni giudiziarie recheranno la intestazione: Repubblica Italiana in nome del popolo italiano» [41]. In assemblea costituente la discussione verte sull'opportunità di stabilire espressamente la statualità della funzione giurisdizionale, per dare certezza all'esclusione della potestà regionale, ovvero di richiamare la formula di intestazione delle sentenze: «in nome della repubblica», propone Calamandrei, mentre Leone preferirebbe «in nome della legge» e Bozzi ricorda che a quel momento le sentenze sono pronunziate «in nome del popolo» [42]. Nel testo del progetto di Costituzione scompare il riferimento alle sentenze e si richiama più genericamente la funzione, evidentemente volendo alludere a tutti i provvedimenti in cui essa si concreta: «la funzione giurisdizionale, espressione della sovranità della repubblica, è esercitata in nome del popolo» [43]. In occasione della discussione finale, ricca di proposte emendative, Ruini osserva che il richiamo al popolo è giustificato dall'intestazione delle sentenze, mentre quello alla sovranità creerebbe disarmonia, non essendo previsto per nessuno degli altri poteri non si com-

---

[40] Cfr. le rassegne di R. GUASTINI, *La magistratura: art. 101*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1994, p. 165 ss. e di G. MOSCHELLA, *Funzione giurisdizionale e legittimazione democratica*, in S. GAMBINO (a cura di), *La magistratura nello stato costituzionale*, cit., p. 497 ss.

[41] Cfr. l'art. 6 del D.Lgs. 19 giugno 1946, n. 1, adottato dal presidente del consiglio De Gasperi, in forza dei poteri di capo provvisorio dello stato.

[42] ASSEMBLEA COSTITUENTE, sedute del 12 dicembre 1946 e del 13 dicembre 1946.

[43] Diversa è la formulazione del testo in precedenza approvato dalla seconda sottocommissione della commissione dei settantacinque: «il potere giudiziario appartiene alla sovranità dello stato. Le sentenze sono pronunciate in nome del popolo», con la variante proposta «in nome della Repubblica»: ASSEMBLEA COSTITUENTE, seduta dell'11 gennaio 1947.

prenderebbe: in effetti l'assemblea segue il consiglio d'eliminare il rinvio alla sovranità [44].

Quale che sia stata l'occasione del dibattito, la norma prospetta però una qualche relazione fra la sovranità popolare e la funzione giurisdizionale, sicché desta insoddisfazione la lettura che ne afferma la funzione meramente simbolica.

Rigorosa appare allora quella ricostruzione che prende impulso dal riconoscimento della sussistenza di limiti all'esercizio della sovranità popolare nell'esperienza costituzionalistica. La giurisdizione è attività che non può essere esercitata direttamente dal popolo sicché essa è demandata ad un organo che agisce, in analogia ai meccanismi della *contemplatio domini*, nell'interesse e nella rappresentanza del popolo [45]. Si potrebbe anche aggiungere che, in effetti nella Costituzione vi sono tracce del collegamento fra società civile e attività giurisdizionale, al di là della collocazione burocratica della magistratura. Sul versante delle funzioni gioca un ruolo significativo, almeno in linea di ricostruzione teorica, la possibilità d'assegnarle a elementi estranei all'ordine giudiziario, seppur con ragioni istitutive diverse, dagli artt. 102, terzo comma, 106, secondo comma e 3, 102, secondo comma, nonché, secondo una condivisibile opinione, dall'art. 112, per il soggetto non togato eventualmente titolare in via sussidiaria dell'azione penale. Sul piano del controllo sull'esercizio della giustizia, rilevano: l'inserimento di componenti laici nel consiglio superiore della magistratura (art. 104, quarto comma); le competenze del ministro della giustizia in materia di organizzazione degli uffici, come pure di promozione dell'azione disciplinare (artt. 110 e 107, secondo comma); l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali (art. 111, sesto comma) [46].

Certo è che il principio dell'art. 101, primo comma non significa che i giudici siano organi dello stato-comunità e non dello stato-soggetto [47], e neppure che essi siano chiamati a compiere una volontà popolare e che il potere di chi amministra la giustizia debba essere organizzato secondo le regole degli organi rappresentativi e politici [48]; perciò a ragione s'è ribadito che la formu-

---

[44] ASSEMBLEA COSTITUENTE, seduta del 20 novembre 1947: tra le altre proposte, quella di aggiungere il qualificativo «italiano», ancora una volta ad escludere la eventualità della regionalizzazione dell'amministrazione della giustizia.

[45] G. SILVESTRI, *Lo stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 123 ss.

[46] F. RIGANO, *L'amministrazione della giustizia nella Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1989, pp. 4-5.

[47] La tesi criticata è di F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, 1967, pp. 232-233.

[48] V. ONIDA, *La Costituzione*, Einaudi, Torino, 2004, p. 103 ss.

la costituzionale non sta a significare che la misura della legittimazione stia nel consenso popolare [49]. Per la Costituzione giudice è anzitutto colui che conosce il diritto e decide imparzialmente: sono questi i requisiti «primi» indispensabili [50]; il suo statuto di organo (costituzionale) dello stato soggetto è poi costruito sulle guarentigie di indipendenza e di imparzialità. A far chiarezza sull'effettiva portata di tali guarentigie aiuta la constatazione che, nel disegno costituzionale, esse sono garantite per tutti i soggetti – si pensi ai militari – che esercitano funzioni estranee alla politica [51]. Dunque, l'estraneità del giudice (e della giustizia, come qui s'è intesa [52]) al circuito decisionale politico è un punto fermo. Anzi, rispetto agli altri funzionari pubblici, i magistrati godono di uno statuto differenziato per assicurare indipendenza e imparzialità con particolare efficacia, proprio a rafforzare la loro separatezza (anche) dalla sfera politica, in vista della sottrazione dell'attività ad ogni «particolarismo» [53]. Non è questa l'occasione per passare in rassegna gli istituti che a quelle garanzie sono riconducibili: essi operano sul piano funzionale e su quello istituzionale, e sono di volta in volta riconducibili ad esigenze di tutela esterna, nei confronti degli altri poteri, e di tutela interna all'organizzazione burocratica della magistratura in cui il giudice è inserito, con la finalità di salvaguardare sia le situazioni soggettive coinvolte nel giudizio, sia l'efficienza e la legalità dell'amministrazione della giustizia. Certamente significativa, nel contesto che mantiene la collocazione burocratica del magistrato, è la scelta d'attribuire all'autogoverno della magistratura l'amministrazione della responsabilità disciplinare, così accentuando la totale estraneità al circuito politico [54]. Non a caso poi, e proprio recuperando il significato profondo dell'affermazione dell'unicità della giurisdizione prefigurata dall'art. 102, la giu-

---

[49] N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., p. 163 ss.

[50] Anche per il giudice privato: cfr. Corte cost. 28 novembre 2001, n. 376, in *Giur. cost.*, 2001, p. 3734 ss., che riconosce perciò agli arbitri (rituali) il potere di sollevare la questione di legittimità costituzionale.

[51] È significativo che l'art 94 del progetto di Costituzione, dopo i primi due commi poi confluiti nell'art. 101, prevedesse un terzo comma con il divieto di iscrizione dei magistrati a partiti politici e ad associazioni segrete; cfr. E. BETTINELLI, *La Costituzione della repubblica italiana*, BUR, Milano, 2006, p. 67 ss.

[52] Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, Einaudi, Torino, 2005.

[53] Cfr. C. MORTATI, *Note introduttive a uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, Cedam, Padova, 1957, I, p. 118.

[54] Nella assai ampia bibliografia merita d'essere sempre segnalato S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Cedam, Padova, 1964; sulla significativa diffusione dell'istituto negli ordinamenti europei cfr. T.S. RENOUX, *Les Conseils supérieurs de la magistrature en Europe*, La documentation francaise, Paris, 1999.

risprudenza costituzionale e, sulle sue tracce, le riforme progressivamente introdotte dal parlamento, hanno esteso tali garanzie ai giudici speciali [55]. Come per l'esercizio dell'attività giurisdizionale vi sono regole analoghe che attingono al medesimo principio del giusto processo e sono suscettibili di applicazioni differenti in relazione alle esigenze di ciascun processo, così per la posizione istituzionale può dirsi che vi siano regole di analoga ispirazione seppur di contenuto specifico, a seconda della giurisdizione – ordinaria o speciale – di appartenenza del giudice.

V'è un dato ulteriore, sul quale indugiare: l'idoneità a (ri)conoscere le regole rimane il requisito attitudinario fondamentale [56] per i giudici comuni, sia ordinari sia speciali, che di norma sono laureati in giurisprudenza, come pure per i non magistrati chiamati ad integrare le sezioni specializzate proprio al fine di contribuire, con la propria specializzazione tecnica, alla decisione più corretta [57]. Al requisito dell'attitudine tecnica è ricollegato l'obbligo di motivazione di «tutti i provvedimenti giurisdizionali», stabilito dal sesto comma dell'art. 111. La motivazione assolve ad una funzione di controllo duplice: da un canto, la divulgazione della motivazione all'interno della collettività favorisce la legittimazione del giudice; dall'altro, la motivazione consente il sindacato di legittimità della corte di cassazione, così facendo della giurisdizione comune la depositaria della fondamentale funzione di garante dell'interpretazione e dell'applicazione uniformi delle regole nell'ordinamento.

La centralità del requisito dell'idoneità tecnica è dimostrata anche dalla considerazione che, secondo la giurisprudenza costituzionale, la selezione per concorso – fissata dall'art. 106, primo comma, come regola per la magistratura ordinaria – è certamente strumento idoneo a contribuire all'imparzialità e all'indipendenza, come per tutti i pubblici dipendenti; ma per i magistrati non è norma indefettibile, posto che è legittimo il ricorso a sistemi di reclutamento diversi, quali la nomina governativa ovvero l'elezione diretta. Significativamente l'art. 106, terzo comma riserva, al di fuori del reclutamento concorsuale, a giuristi di «meriti insigni» la possibilità di sedere tra i giudi-

---

[55] Cfr. V. ONIDA, *Giurisdizioni e giudici nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 392 ss.; A. POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra «attuazione» e «adeguamento» della Costituzione*, Jovene, Napoli, 1995.

[56] Ciò è richiesto anche per i giudici costituzionali, che devono essere scelti fra esperti giuristi, giusta la previsione dell'art. 135, secondo comma.

[57] Rimane davvero marginale la pur suggestiva ipotesi dei giudici espressione diretta della coscienza popolare, oggi concretata unicamente nella presenza di sei giudici così detti popolari nella corte d'assise e nella corte d'assise d'appello estratti a sorte fra i volontari inseriti in un elenco predisposto in ogni Comune; cfr. P. SCAPARONE, *La partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia*, I, *Profili storici e comparativi*, Giuffrè, Milano, 1980.

ci di cassazione. Può forse, in conclusione, proporsi una lettura sistematica, con finalità adeguatrici, del principio che «la giustizia è amministrata in nome del popolo», valorizzandone la collocazione proprio ad apertura del titolo dedicato alla magistratura. Il nesso tra l'attività del giudice e la sovranità va compreso alla luce delle successive norme che disegnano lo statuto costituzionale del giudice: come dire che anche nella giurisdizione, come in tutte le altre funzioni, la sovranità del popolo si esprime nei modi e nei limiti fissati dalla Costituzione stessa. Ciò significa che ogni lesione di quegli ulteriori principi – primi fra tutti l'indipendenza e l'imparzialità, ma anche l'idoneità tecnica – sui quali si fonda l'attività del giudice si riverbera ad attentato alla stessa concezione democratica della giustizia quale espressione costituzionale della sovranità popolare.

2.3. Il giudice e la legge

L'idoneità tecnica è un fattore forte di legittimazione del giudice anche nella prospettiva che collega la giurisdizione alla sovranità popolare attraverso la mediazione della legge. D'altro canto, la norma che «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» significativamente è collocata al secondo comma del medesimo art. 101. Conviene quindi indugiare sulla portata di tale principio, subito avvertendo delle incertezze esegetiche, assolutamente giustificate dalla delicatezza dei risvolti teorici sottesi, per gran parte provocati dalle profonde modificazioni del sistema delle fonti susseguitesi numerose nel tempo, dalla Costituzione in avanti, e tumultuose nelle modalità, se si guarda alle influenze del diritto internazionale e sovranazionale.

Nello stato di diritto tutti sono assoggettati alla legge, ma il giudice è soggetto soltanto ad essa, e proprio tale avverbio conferisce un significato pregnante alla norma costituzionale. Senza dubbio essa è coerente all'auspicio espresso in assemblea costituente di un giudizio ispirato alla meccanicistica (e perciò neutralizzata dalle influenze della politica) applicazione della legge: con tale ottica potrebbe dirsi che il giudice abbia un ruolo subordinato a quello degli organi rappresentativi [58]. Tuttavia, nella stessa Costituzione vi sono le premesse perché appaia inadeguata la concezione formalistica dell'attività del giudice, al punto da potersi collocare le sentenze fra le fonti del diritto, ferma restando, almeno tendenzialmente, la sostanziale specificità della creazione legislativa rispetto a quella giurisdizionale. Infatti, la prima pone regole generali destinate al futuro e vincolanti per la collettività, mentre

[58] A. Pizzorusso, *L'organizzazione*, cit.

la seconda pone regole concrete destinate al caso passato e vincolanti soltanto per le parti del processo. In realtà, è la specie delle regole generali, della legge in senso generale, che s'è profondamente modificata secondo le linee prefigurate dalla Costituzione, sia per il sopraggiungere di nuove fonti, sia per un diverso reciproco atteggiarsi delle stesse [59].

Da una parte, la previsione che il giudice debba non applicare la legge qualora dubiti della sua costituzionalità per rinviarla alla valutazione della corte costituzionale impone un'interpretazione del principio di sottoposizione alla legge in sintonia con i principi del costituzionalismo. Non tanto nel senso di dare un significato estensivo al termine legge, ricomprendendovi anzitutto la Costituzione; la sede necessariamente giurisdizionale dell'attivazione del controllo di costituzionalità delle leggi, tipica del meccanismo incidentale del nostro sistema di sindacato, fa del giudice comune l'effettivo e il primo guardiano dei valori costituzionali. Tant'è che non senza ragione proprio nel potere di sollevare la questione di legittimità costituzionale è stato visto l'elemento connotante della figura di giudice del nostro ordinamento. Conclusione oggi ancor più valida, alla stregua dell'adesione della giurisprudenza costituzionale all'orientamento, sorto fra i giudici comuni, che raccomanda sempre l'interpretazione adeguatrice di fronte ad antinomie fra fonti gerarchicamente ordinate: per conseguenza, il giudice comune non deve rivolgersi alla corte costituzionale se la disposizione può essere interpretata in modo conforme alla Costituzione, pena la statuizione dell'inammissibilità della questione [60].

Dall'altra, il pluralismo di fonti nazionali, sovranazionazionali e internazionali nei settori cruciali delle attività umane, cui si è fatto più volte cenno seppur con prevalente riferimento alla disciplina dei diritti, rende più ardua la comprensione dell'art. 101 Cost.

Il rapporto con l'ordinamento comunitario da questo punto di vista è emblematico. L'affermazione della preminenza (forse meglio che supremazia) del diritto sovranazionale su quello interno fa sì che di fronte ad un'antinomia il giudice – alla luce della notissima sentenza n. 170 del 1984 della Corte costituzionale – debba disapplicare, nel caso concreto, la norma nazionale ed applicare invece quella comunitaria. Si tratta evidentemente di una forma di sindacato diffuso che assegna al giudice comune un potere molto forte, che

---

[59] Ampiamente R. Romboli, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, al sito web *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.

[60] G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione nell'applicazione e nel controllo delle leggi*, Giuffrè, Milano, 2002.

gli è viceversa precluso qualora si trovi innanzi ad una norma incostituzionale. Si può forse opinare che l'incoerenza sia soltanto apparente, ove si tenga conto che, in questo frangente, il giudice opera all'interno di un sistema diverso: quando applica il diritto comunitario, il giudice nazionale ha per così dire «natura» anche di giudice comunitario, con tutte le conseguenze che ciò comporta quanto ai suoi rapporti con la corte di giustizia [61].

Anche se si guarda al rapporto con le norme internazionali, tuttavia, la posizione del giudice risulta per molti aspetti soggetta a tensioni, soprattutto, ma non solo, in materia di tutela dei diritti. L'introduzione nell'art. 117, con la riforma del 2001, della previsione secondo cui, la potestà legislativa, anche nazionale, deve rispettare vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali esprime, se non un'evoluzione in senso monista, sicuramente il riconoscimento di uno speciale valore alle norme internazionali, idoneo a qualificarle come parametro nei giudizi di costituzionalità. Questa impostazione si ripercuote necessariamente sull'attività del giudice, che è chiamato nel caso concreto ad individuare gli obblighi internazionali e a verificarne il rispetto. Al di là delle conseguenze formali, la previsione richiamata costituisce un indizio della più generale evoluzione dell'atteggiamento del giudiziario nei confronti del diritto di derivazione internazionale. Riprendendo l'esempio dei *bill of rights*, si può pensare non solo ad una maggiore apertura sul piano conoscitivo finalizzata a favorirne l'applicazione, ma anche una lettura più forte (coraggiosa, creativa) del ruolo dell'interprete, che sarebbe chiamato a dare del diritto interno – quanto più possibile – un'interpretazione conforme al diritto internazionale, o meglio ai valori condivisi e affermati dal diritto internazionale [62].

Senza affrontare le questioni aperte da visioni (neo)giusnaturalistiche, potrebbe però affermarsi che la soggezione alla legge sia da interpretare, nei confronti del giudice, come una sorta di vincolo a dare la preferenza alla fonte nella quale meglio sono tutelati i diritti fondamentali. Perciò sarebbe riduttivo oggi trarre dal principio espresso dall'art. 101, primo comma il riconoscimento della subordinazione incondizionata della sentenza alla regola generale e, sul piano organizzativo, del giudiziario al legislatore.

---

[61] Cfr. G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Giuffrè, Milano, 2001.

[62] Cfr. L. MONTANARI, *I sistemi di tutela dei diritti in Europa: alcune note sui rapporti tra i giudici*, in S. GAMBINO (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali. Europa e Canada a confronto*, Giuffrè, Milano, 2004; con visione generale cfr. Q. CAMERLENGO, *La vocazione cosmopolitica dei sistemi costituzionali alla luce del comune nucleo essenziale*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2006, 21 ss.

2.4. Il giudice e il processo giusto

Vero è che lo statuto costituzionale del giudice non deve prescindere dalla constatazione che l'ambiente naturale del giudice sono le aule giudiziarie e che le modalità di attuazione della giurisdizione sono quelle del processo, anzi del processo giusto, cioè regolato in modo da ottenere l'effettiva (e rapida) tutela dei diritti della persona. Già prima della revisione del 1999, il principio del giusto processo è rintracciabile in principi e regole fissati dalla Costituzione [63]. Fondamentale fra tutti la riserva di giurisdizione intesa come attribuzione esclusiva del processo ai giudici, a significare che il governo e il parlamento non possono essere titolari di funzioni giurisdizionali e cioè non possono giudicare. Il principio è diretta conseguenza della separazione dei poteri, nel senso che riafferma ancora una volta l'estraneità della giustizia dal circuito dell'agire politico, e acquisisce una portata pregnante laddove la riserva è esplicitamente posta a tutela delle libertà [64]. Fra le altre regole rilevano, in particolare, il diritto all'azione (artt. 24, primo comma e 113) ed alla difesa, quest'ultima qualificata come «inviolabile» dall'art. 24, secondo comma, che nella lettura di sistema con l'art. 3 vanno a comporre il «contraddittorio tra le parti in condizioni di parità», oggi esplicitamente previsto dal secondo-quinto comma dell'art. 111 (con la invero inedita estensione al momento di formazione della prova nel processo penale); ma rileva anche il ricorso per cassazione contro la sentenza ed i provvedimenti sulla libertà personale (art. 111, settimo e ottavo comma). Ancora, la regola del giudice «naturale precostituito per legge», inscritta nell'art. 25, primo comma, che va essenzialmente intesa quale necessaria predeterminazione dei criteri generali ed uniformi della competenza del giudice [65]; come pure la regola di «terzietà ed imparzialità», oggi espressamente sancita dall'art. 111, secondo comma, Cost., attuata anche attraverso gli istituti dell'astensione e della ricusazione.

Rimane tuttavia vero, come da più parti è stato osservato, che le carte fondamentali nazionali, come ad esempio la nostra Costituzione, accentuano il contenuto organizzativo dei principi della giustizia, mentre nelle carte internazionali e sopranazionali – basti pensare alla Cedu – il tema della giustizia è

---

[63] Cfr. V. GREVI, *Alla ricerca di un processo penale «giusto». Itinerari e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2000; L.P. COMOGLIO, *Le garanzie fondamentali del «giusto processo»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 1 ss.; cfr. anche AA.VV., *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali. Profili pubblicistici*, Giuffrè, Milano, 2004.

[64] V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Cedam, Padova, 1992.

[65] E non quale divieto di creazione di giudici straordinari, istituiti cioè successivamente (ed appositamente) per giudicare vicende precedenti alla loro istituzione, cui invece si riferisce esplicitamente l'art. 102, secondo comma, Cost.

affrontato nell'ottica dei diritti della persona [66]. In particolare e per riprendere noti dibattiti dottrinali, l'indipendenza e l'imparzialità sono disegnati come diritto soggettivo delle parti del processo e non come garanzia oggettiva della funzione giurisdizionale [67]. La differenza è affatto giustificata, posto che le convenzioni non tratteggiano l'ordinamento dei poteri dei singoli stati, mentre questo è il campo d'azione delle costituzioni nazionali. In ogni caso, la prospettiva delle convenzioni ha accentuato i profili soggettivi della funzione della giustizia. È bene subito avvertire che quella oggettiva e quella soggettiva non debbono essere intese come visioni alternative l'una all'altra. Se così fosse, si arriverebbe alla conseguenza abnorme che l'esercizio del diritto individuale si porrebbe spesso in insanabile contrasto con le esigenze oggettive della collettività: ad esempio, pur senza voler approfondire la dinamica dell'effettività dei diritti fondamentali, sarebbe perverso sostenere che il diritto al giudice indipendente e imparziale sia, in quanto diritto soggettivo, rinunziabile dalla parte. Per riprendere il profilo della sottoposizione del giudice alla legge, va segnalata l'illuministica ingenuità d'aver voluto stabilire, al primo comma dell'art. 111, che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge», quasi a voler bandire il demone del giudice che detta il processo. Tuttavia, è la stessa concezione del processo in funzione dei diritti fondamentali della persona a rendere nuovamente evanescente la barriera della legge, che sarà superata ogni qualvolta appaia d'impedimento alla piena tutela giurisdizionale. Insomma, mentre nella concezione liberale la sottoposizione del giudice alla legge processuale è indiscussa, potendosi al più dibattere della forza creativa dell'interpretazione giudiziaria in riferimento alla regola sostanziale, nella visione costituzionalistica, che s'è tentato sin qui di tracciare, anche la regola processuale va denunziata e/o disapplicata se non conforme alla garanzia del diritto della persona al giusto processo.

La visione della giustizia in termini di diritti fondamentali della persona ha, in ogni caso, il pregio di collocare il giudice nel suo ambiente vitale, che è il processo quale luogo estraneo al circuito della rappresentanza politica e deputato alla realizzazione dei diritti negati e/o pretesi. In questo ambito di

---

[66] Cfr. M. Chiavario, *Art. 6. Diritto ad un processo equo*, in S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi, *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, p. 154 ss.; M. D'amico, *Capo IV. Giustizia*, in R. Bifulco-M. Cartabia-A. Celotto, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2001; cfr. S. Gambino-G. Moschella, *L'ordinamento giudiziario fra diritto comparato, diritto comunitario e CEDU*, in *Pol. dir.*, 2005, spec. p. 481 ss.

[67] N. Zanon, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario e principi della Carta*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2003, p. 46 ss.

attività va costruito lo statuto costituzionale degli organi di giustizia, con due corollari che semplicemente segnalo.

Da un canto, la necessità di condurre anche l'esercizio dell'azione penale all'area funzionale della giustizia, posto che il soggetto che esercita l'azione penale agisce nel processo a presidio di diritti e con il limite dei diritti: i diritti alla sicurezza e alla incolumità, ma anche la libertà della persona, indagata o imputata [68].

D'altro canto, l'esigenza di porre in primo piano nel dibattito, come la dottrina più sensibile ha fatto [69], il tema della responsabilità del magistrato, poiché esso rimane un profilo essenziale per affrontare, nella democrazia pluralistica, il problema della legittimazione del conferimento dell'attività di giudicare ad un soggetto, il giurista indipendente e imparziale, selezionato per la sua idoneità tecnica.

---

[68] Da ultimo F. RIGANO, *Il pubblico ministero e la funzione di giustizia*, in *Convegno AIC*, 2004.

[69] N. ZANON, *La responsabilità dei giudici*, in *Convegno AIC*, 2004.

II

I FATTI

Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente

di *Angioletta Sperti*

SOMMARIO: 1. Dalla recezione al dialogo tra le Corti costituzionali. – 2. La giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti. Il caso *Lawrence* (2003). – 3. Il dialogo tra le corti in altre significative esperienze (Canada, Regno Unito, Sud Africa). – 4. Le possibili ragioni dell'emergere del fenomeno della c.d. *constitutional cross fertilization*. – 5. Il ricorso alla comparazione con la giurisprudenza straniera nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione (caso *Scientology)*. – 6. La comparazione come «quinto metodo di interpretazione» e la sua validità nell'ambito del diritto costituzionale.

1. Dalla recezione al dialogo tra le Corti costituzionali

La recezione di principi espressi nelle pronunce emesse in altri ordinamenti e l'attribuzione ad esse del valore di fonte del diritto è un fenomeno ricorrente in particolare del sistema di *common law* ed è stato spesso oggetto di riflessione da parte degli studiosi. Con riferimento alla diretta applicazione di sentenze straniere in ordinamenti diversi da quelli in cui esse sono state pronunciate, si può, infatti, ricordare come la *Judicial Committee* del *Privy Council* inglese abbia a lungo rappresentato (e per alcuni stati membri del *Commonwealth* costituisca tuttora) una corte di ultima istanza per le *ex* colonie dell'impero britannico sebbene, nelle colonie americane, nel 1608 il *Calvin's case* individuò delle eccezioni a tale regola [1].

[1] *Calvin's case*, 7 Coke Report 1a, 77 ER 377 (1608). Sulla recente sostituzione, in Nuova Zelanda, del *Privy Council* inglese con una Corte suprema locale, v. K.J. KEITH, *The Unity of Common Law and the Ending of Appeals to the Privy Council*, in *Int. Comp. L. Quarterly*, vol. 54, p. 197 ss. (2005) e L. NEVILL, *New Zealand: the Privy Council Replaced With a Domestic Supreme Court*, in *Int. J. Const. Law (Icon)* 2005, p. 115 ss.

Se inoltre si guarda al più vasto fenomeno dei «trapianti giuridici»[2] ed, in particolare, alla circolazione dei modelli di giustizia costituzionale, è noto come il modello americano sia stato, totalmente o in alcuni dei suoi caratteri, esportato in molti paesi e come il *Bill of Rights* statunitense e la giurisprudenza della Corte Suprema in tema di *privacy*, *equal protection*, giusto processo e libertà di manifestazione del pensiero abbiano a lungo rappresentato un riferimento per le corti costituzionali, non solo dell'area di *common law*[3].

Sebbene, dunque, questi esempi dimostrino come il ricorso alla comparazione nell'applicazione del diritto nazionale o al fine di contribuire allo sviluppo della cultura giuridica non possa essere descritto come un fenomeno nuovo, la giurisprudenza costituzionale più recente di alcuni paesi– ed in particolare quella relativa alla tutela dei diritti fondamentali – rileva l'emergere di nuove forme di dialogo e di confronto tra le corti costituzionali.

Questa nuova tendenza, richiamando una felice espressione di uno dei giudici della Corte Suprema canadese, può essere sinteticamente descritta come l'attuale passaggio dalla «recezione» al «dialogo» tra le corti supreme[4]: mentre, infatti, il riferimento a pronunce emesse da organi giudiziari stranieri era in passato finalizzato, ad esempio, ad assicurare l'uniformità nella giurisprudenza nell'ambito della *common law* o a confortare le affermazioni di una pronuncia (soprattutto nella soluzione di una questione particolarmente controversa o di un rilevante mutamento giurisprudenziale), si assiste oggi ad una più stretta e *reciproca* interazione fra le corti supreme le quali, con sempre maggior frequenza, richiamano affermazioni o principi formulati nella giurisprudenza costituzionale di paesi stranieri.

Ciò consente di ritenere che il dialogo tra le corti rappresenti non più un'opportunità per il giudice costituzionale come avveniva in passato, ma

---

[2] Sui trapianti di norme o di interi ordinamenti, A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, II ediz., Athens-London, Univ. of Georgia Press, 1993.

[3] Sulla diffusione a livello internazionale delle norme, degli istituti, dei valori e dei principi del diritto costituzionale, M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1968, p. X ss.; A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, Giuffrè, 1998, in part. p. 153 ss.; A. RUGGERI- A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 27; V. VARANO-V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale.* Vol. I *Testo e materiali per un confronto* civil law-common law, Giappichelli, Torino, 2002, p. 18 ss. Con particolare riferimento alla circolazione dei principi relativi alla tutela dei diritti, A. LESTER, *The Overseas Trade in the American Bill of Rights*, in 88 *Colum. L. Rev*. 537 (1988), in part. p. 543 ss.; A.M. SLAUGHTER, *A Global Community of Courts*, in 44 *Harv. Int'l L.J.* 191 (2003) in part. p. 195 ss. e *A New World Order*, Princeton Univ. Press, Princeton-Oxford, 2004, in part. p. 79 ss.

[4] C. L'HEYREUX-DUBE, *The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court*, in 34 *Tulsa L.J.* 15 (1998), in part. p. 16.

piuttosto una *necessità*, giustificata, come ci proponiamo di chiarire nelle pagine che seguono, da motivazioni di varia natura e in particolare, in taluni casi, dalla consapevolezza dell'esistenza di una generale condivisione di valori e principi costituzionali tra i vari paesi in tema di tutela dei diritti fondamentali.

Un'affermazione dell'*ex* Presidente della Corte Suprema norvegese esprime, in sintesi, la consapevolezza dell'importanza di attive forme di collaborazione tra le corti supreme ed anticipa alcuni degli aspetti che questo studio si propone di indagare: «Costituisce un *obbligo naturale* che, per quanto nelle nostre possibilità, prendiamo parte al dibattito europeo ed internazionale ed alla reciproca interazione fra le corti. È un *dovere* delle corti nazionali – ed in particolar modo delle corti di grado più elevato di un piccolo Stato – contribuire all'introduzione di nuovi principi giuridici dal mondo esterno nelle decisioni dei giudici nazionali» [5].

Muovendo dall'esame di alcune decisioni significative, ci proponiamo, in primo luogo, di esaminare i recenti sviluppi sul piano del ricorso alla comparazione nelle pronunce di costituzionalità. La nostra analisi si concentrerà pertanto sulle pronunce che contengono richiami espliciti ad affermazioni espresse da corti straniere e che, in particolare, affrontano il tema della tutela dei diritti fondamentali: si trascureranno pertanto le molte decisioni sui temi del diritto civile o commerciale in cui il reciproco confronto o la collaborazione tra le corti (la c.d. *judicial comity* [6]) appare piuttosto una conseguenza del carattere globale dei rapporti economici.

Tralasceremo inoltre le affermazioni meramente incidentali ed i richiami del tutto generici (come ad esempio i riferimenti ai caratteri di uno «stato democratico», al principio di legalità, ecc.) nonché quelli che ripercorrono le origini storiche di principi o istituti, già in passato estremamente frequenti nella giurisprudenza costituzionale dei vari paesi, soprattutto dell'area di *common law* [7].

Attraverso l'esame di alcuni casi interessanti, ci proponiamo in secondo luogo di evidenziare come la circolazione delle argomentazioni e dei principi, soprattutto con riferimento alla tutela dei diritti fondamentali, non muova più in senso prevalentemente unidirezionale dagli Stati Uniti verso altri paesi, come sino ad oggi è prevalentemente accaduto, ma rappresenti un fenomeno globale. Mentre nel nostro Paese si è più volte posto in evidenza come

---

[5] L'affermazione (tratta da S. TSCHUDI-MADSEN (a cura di), *The Supreme Court of Norway*, Oslo, Aschehoug, 1998) è riportata da SLAUGHTER, *op. cit.*, p. 195.

[6] V. SLAUGHTER, *A Global Community of Courts*, cit., p. 194.

[7] In proposito cfr. L. PEGORARO-P. DAMIANI, *Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali*, in *Riv. Dir. Pubbl. Comp. Eur.,*1999, p. 411 ss., in part. p. 417 ss.

la comparazione rappresenti un aspetto fondamentale della formazione di un giurista [8], sorprende come questo genere di considerazioni siano espresse con sempre maggior frequenza anche negli scritti di diritto costituzionale degli Stati Uniti, soprattutto se si tiene conto del generale e pressoché prevalente isolamento della dottrina e delle corti statunitensi sino a pochi anni or sono [9].

Come premettono gli autori ad un manuale statunitense di *Comparative constitutionalism* – la cui pubblicazione rappresenta essa stessa un interessante elemento di novità [10] – la conoscenza da parte dei giuristi dei principi e delle tendenze del diritto costituzionale di altri paesi deve essere ritenuto un aspetto *necessario* degli studi giuridici, «al pari di quanto il *business lawyer* è tenuto ad oltrepassare i confini del diritto nazionale per venire incontro alle esigenze dei propri clienti coinvolti in un'economia globale ed il legislatore deve essere consapevole degli aspetti di diritto internazionale che si applicheranno con riferimento alle proprie leggi».

Riteniamo pertanto che l'accresciuto interesse per la circolazione dei contenuti delle pronunce e l'emergere di un *common core* di principi e valori costituzionali condiviso dalle principali nazioni (o, per usare l'espressione inglese, di una *constitutional cross-fertilization*), non più fondato essenzialmente sul contributo di alcune corti sopranazionali – come è ad esempio accaduto in Europa grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia o della Corte Europea dei diritti dell'uomo [11] – rappresenti dunque un nuovo ed interessante oggetto di indagine nell'ambito degli studi di diritto costituzionale comparato ed indichi un ulteriore progresso nell'avvicinamento tra *common law* e *civil law* da tempo oggetto di riflessione da parte degli studiosi [12].

---

[8] V. A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, *cit.*, in part. p. 154 e in *I «sistemi giuridici comparati» nel piano di studio della facoltà giuridica pisana*, in *Foro It.*, 1995, V, col. 383 ss.

[9] L'isolamento della dottrina e delle corti statunitensi è stato contestato da B. ACKERMAN, *The Rise of World Constitutionalism*, in 83 *Va. L. Rev.* 771 (1997) il quale scrive: «*The typical American judge would not think of learning from an opinion by the German or French constitutional court. Nor would the typical scholar - assuming, contrary to fact, that she could follow the natives' reasoning in their alien tongues*». (p. 773). Si v. inoltre R. SCHLESINGER - H.B. BAADE - P.E. HERZOG - E.M. WISE, *Comparative Law. Cases, text, materials*, sesta ediz., Foundation Press, New York, 1998, p. 7 i quali sottolineano come «*American constitutional law is especially insular and inward looking*». Cfr. infine le considerazioni ed i riferimenti alle posizioni minoritarie di una parte della magistratura e della dottrina statunitensi richiamati *infra* in nota 34 e 35.

[10] N. DORSEN-M. ROSENFELD-A. SAJO-S. BAER, *Comparative Constitutionalism. Cases and Materials*, Thomson West, St. Paul, 2003, ma si ricorda anche il manuale di V. JACKSON-M. TUSHNET, *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, 1999.

[11] A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, Il Mulino, 2002.

[12] Cfr. A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 377 ss. ed *ivi* ulteriori riferimenti. Tra gli scritti più recenti, v. M. REIMANN, *The Progress and Failure of Comparative Law in*

Per quanto attiene alla scansione del lavoro, descriveremo in primo luogo gli aspetti di novità che caratterizzano l'esperienza statunitense, per poi guardare ad altre esperienze (il Canada, il Sud Africa e, per taluni aspetti, il Regno Unito) in cui la giurisprudenza costituzionale recente presenta aspetti di particolare interesse con riferimento al ricorso alla comparazione. Su queste pronunce baseremo dunque alcune prime riflessioni in ordine alle ragioni che spingono verso nuove e più strette forme di collaborazione e trarremo alcuni spunti di riflessione con riferimento ad altri paesi in cui, in tempi recenti, sono state istituite corti costituzionali e sono state introdotte nuove carte fondamentali. Infine guarderemo alla nostra esperienza di giustizia costituzionale per valutare se alcune considerazioni possano essere estese anche alla nostra Corte costituzionale.

2. La giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti. Il caso *Lawrence* (2003)

Una delle pronunce più indicative di un mutato orientamento giurisprudenziale sul piano del ricorso alle pronunce di corti costituzionali straniere ai fini dell'interpretazione o dell'integrazione del dettato costituzionale, è senz'altro *Lawrence v. Texas* [13] della Corte Suprema degli Stati Uniti. La vicenda ha ad oggetto la legittimità costituzionale di una legge dello stato del Texas (una c.d. *sodomy law*) la quale puniva penalmente i rapporti sessuali tra adulti consenzienti dello stesso sesso, anche nell'eventualità in cui – come nel caso di specie – la condotta si era svolta nell'intimità domestica.

La questione era dunque molto rilevante sul piano costituzionale, non solo in quanto la Corte Suprema era chiamata a decidere se la condanna di un rapporto intimo tra adulti consenzienti comportasse una violazione della libertà personale e della *privacy* tutelati dalla *due process clause* del XIV emendamento, ma anche perché la legge determinava una potenziale violazione del

---

the Second Half of the Twentieth Century, in 50 *Am. J. Comp. L.* 671 (2002); F.F. SEGADO, *La faillite de la bipolarité modèle américain – modèle européen en tant que critère analytique du contrôle de la constitutionnalité et la recherche d'une nouvelle typologie explicative*, in *Jahrbuch des Öffentliches Rechts der Gegenwart*, 2004, p. 471 ss.

[13] *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Per un'approfondita analisi del caso e, in particolare, della storia processuale, delle opinioni e dell'impatto della pronuncia, V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia americana*, Giappichelli, Torino, 2005. La pronuncia è stata tradotta in alcune parti e commentata da P. PASSAGLIA, *Il Grande fratello non abita più qui: la Corte suprema statunitense riconosce la liceità degli atti di sodomia posti in essere in privato tra adulti consenzienti*, in *Foro it.*, 2004, IV, pp. 42-44.

principio di uguaglianza in quanto applicabile nei confronti dei soli adulti dello stesso sesso e non delle coppie eterosessuali. Il precedente in materia era, infatti, una decisione del 1986, *Bowers v. Hardwick* [14], in cui la Corte Suprema aveva concluso per la legittimità costituzionale di un'altra *sodomy law* (in particolare, dello stato della Georgia) la quale peraltro si differenziava da quella oggetto del caso *Bowers* per il fatto di prevedere la punibilità di condotte da parte di persone di sesso *diverso*.

La Corte Suprema decide di risolvere la questione concentrandosi sulla *due process clause* piuttosto che sulla violazione del principio di uguaglianza e conclude con un ampio, probabilmente inaspettato, riconoscimento del diritto delle persone omosessuali al rispetto per la propria vita privata senza indebite interferenze statali [15] da cui fa discendere l'incostituzionalità della legge in esame.

Ma è soprattutto l'argomentazione attraverso la quale la Corte compie un *overruling* del caso *Bowers* [16] che a noi più interessa ai fini di questo studio: la Corte Suprema si propone l'obiettivo di dimostrare come questo precedente sia stato fondato su un'erronea valutazione della pretesa avanzata dai ricorrenti (il diritto di intrattenere un certo tipo di rapporti sessuali invece della più generale libertà di intrattenere relazioni personali e della violazione dell'intimità domestica) e su un'imprecisa ricostruzione delle radici storiche e culturali delle *sodomy laws* negli Stati Uniti e nella cultura occidentale. A questi fini essa ricorda che le *sodomy laws* comparvero nella legislazione dei cinquanta stati solo a partire dagli anni Settanta [17] e che tali leggi contrastavano, sin dai tempi della loro approvazione, con i principi espressi in Europa ed, in particolare, con le conclusioni espresse dal Parlamento inglese nel 1963 [18]. La Corte conclude quindi per l'opportunità di un superamen-

---

[14] *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

[15] *Lawrence*, 539 U.S., in part. p. 580: «*The petitioners are entitled to respect for their private lives. The State cannot demean their existence or control their destiny by making their private sexual conduct a crime. Their right to liberty under the Due Process Clause gives them the full right to engage in their conduct without intervention of the government. It is a promise of the Constitution that there is a realm of personal liberty which the government may not enter*».

[16] *Overruling* che, come si può dedurre, non era affatto scontato, dal momento che la Corte Suprema poteva raggiungere la stessa conclusione distinguendo la legge oggetto di *Bowers* da quello del caso in esame, dal momento che solo la seconda puniva unicamente la condotta omosessuale. Si comprende dunque come la scelta della Corte di non fondare la propria pronuncia sulla violazione del principio dell'*equal protection* sia in realtà funzionale alla scelta di compiere un *overruling* del caso *Bowers.* Su questo punto, BARSOTTI, cit., p. 159 ss.

[17] Ed inoltre che una metà degli Stati aveva abrogato le *sodomy laws* (*Lawrence*, cit., p. 572).

[18] La Corte Suprema richiama il famoso *Wolfenden Report* (*Report of the Committee on*

to del caso *Bowers* ed aggiunge che tale pronuncia si pone altresì in contrasto con i principi espressi dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo in una sentenza (*Dudgeon v. UK*) di poco precedente, avente ad oggetto un'analoga vicenda [19].

Il riferimento ai principi espressi nel caso *Dudgeon* del 1981, espressione – scrive la Corte – di quei valori che gli Stati Uniti condividono con le altre nazioni («*the values we share with a wider civilization*») e la successiva affermazione secondo cui «il diritto avanzato dai ricorrenti è stato riconosciuto come aspetto della libertà personale in molti paesi e non vi sono argomenti per concludere che [negli Stati Uniti] interessi statali legittimi o cogenti giustifichino una maggiore limitazione della libertà personale» [20] rappresentano – insieme con il più esteso riconoscimento del diritto alla riservatezza che trascuriamo – la più interessante novità di questa pronuncia [21].

Lawrence è, infatti, il *primo* caso in cui, in un' «opinione della Corte», si fa riferimento ad un precedente straniero ai fini dell'interpretazione di una disposizione costituzionale e ciò assume maggior rilievo se si considera che la citazione rappresenta uno degli argomenti per sostenere l'opportunità dell'*overruling* di un precedente e, quindi, di una violazione del principio dello *stare decisis.*

Con ciò non intendiamo sostenere che il ricorso alla comparazione giuridica sia stato in passato del tutto assente nella giurisprudenza costituzionale statunitense: soprattutto in tempi recenti si possono, infatti, leggere in alcune pronunce riferimenti, perlopiù generici, alla legislazione straniera in tema di tutela

---

Homosexual Offenses and Prostitution) del Parlamento inglese del 1963 le cui raccomandazioni furono recepite nel *Sexual Offences Act* 1967.

[19] *Dudgeon* v. *United Kingdom*, 45 Eur. Ct. H. R. (1981). La Corte Suprema, a questo proposito, precisa: «*An adult male resident in Northern Ireland alleged he was a practicing homosexual who desired to engage in consensual homosexual conduct. The laws of Northern Ireland forbade him that right. He alleged that he had been questioned, his home had been searched, and he feared criminal prosecution. The court held that the laws proscribing the conduct were invalid under the European Convention on Human Rights. Authoritative in all countries that are members of the Council of Europe (21 nations then, 45 nations now), the decision is at odds with the premise in Bowers that the claim put forward was insubstantial in our Western civilization*». Sul riferimento all'esperienza inglese nel caso *Bowers*, v. M.A. CASE, *Of «This» and «Then» in* Lawrence v. Texas, in 2003 *Sup. Ct. Rev*. 75, in part. p. 122 ss.

[20] *Lawrence*, cit., p. 577.

[21] Sulla novità del riferimento ad una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo in una *majority opinion* della Corte Suprema, D.M. AMMAN, *«Raise The Flag and Let It Talk»: On the Use of External Norms in Constitutional Decision Making*, in *Int. J. Const. L. (Icon)*, 2004, n. 4, pp.597 ss.; M.A. CASE, *Of «This» and «That» in* Lawrence v. Texas, in 2003 *Sup. Ct. Rev.* 75; W.E. ESKRIDGE, Lawrence v. Texas *and the Imperative of Comparative Constitutionalism*, in *Int. J. Constl. Law*, 2004, p. 555 ss.

dei diritti fondamentali. In *Muller v. State of Oregon* [22], ad esempio, la Corte Suprema richiamò le argomentazioni dell'avvocato difensore del convenuto, il futuro giudice Brandeis, in cui si facevano ampi riferimenti alle legislazioni straniere in materia di numero di ore lavorative delle donne, tuttavia il caso non rappresenta a nostro parere un'eccezione significativa, non solo perché si inserisce in quella fase particolare di attività della Corte suprema nota come *Lochner era*, ma anche perché i riferimenti stranieri – non contenuti nel testo dell'*opinion*, ma richiamati solo in nota – sono privi di quel rilievo e di quella centralità che invece assumono nel caso *Lawrence* [23]. Infine, il riferimento è in questo caso alla legislazione straniera, il quale si può giustificare – come si avrà occasione di chiarire in seguito – con ragioni di diversa natura rispetto a quelle che motivano il confronto con la giurisprudenza costituzionale di altri paesi.

Sulla stessa linea di *Muller* si pone anche il più recente *Atkins v. Virginia* (2002) [24] in cui la Corte Suprema, nel menzionare la generale disapprovazione nei confronti della pena di morte di soggetti con menomazioni psichiche, ricorda – genericamente ed in una nota dell'*opinion of the court* – come si tratti di un'opinione generalmente condivisa dalla comunità internazionale.

Ciò che accomuna queste pronunce e che le distingue dal caso *Lawrence* è, dunque, in primo luogo, l'estrema cautela con cui la Corte Suprema fa ricorso alla comparazione con altri ordinamenti, evitando nella maggior parte dei casi i richiami nel testo della motivazione. Ciò le consente, infatti, di non fare del tutto propri tali riferimenti e di evitare la scelta del ricorso alla comparazione come strumento di interpretazione.

Inoltre i riferimenti hanno in genere ad oggetto leggi o regolamenti stranieri ed opinioni della dottrina, mentre sono assenti le citazioni di pronunce straniere, manifestazione di quell'apertura verso il dialogo tra le corti costituzionali che emerge per la prima volta nel caso *Lawrence.*

Non mancano infine nella giurisprudenza costituzionale americana le frequenti invocazioni alla democrazia, ai principi dello stato di diritto, alla tradizione di *common law*, che vanno a nostro parere valutate come mere affermazioni incidentali o al più finalizzate a rafforzare l'argomentazione della Corte [25].

---

[22] *Muller v. State of Oregon*, 208 U.S. 412 (1908), su cui VARANO-BARSOTTI, *op. cit.*, p. 17; SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, *Comparative Law. Cases, text, materials*, cit., p. 8 ss.

[23] Cfr. inoltre, il riferimento alla legislazione vigente in altri paesi nel caso *Palko v. U.S.*, 302 U.S. 319 (1937), in part. p. 326, in cui la Corte Suprema si limita a richiamare, solo in nota, alcuni scritti della dottrina straniera. Sul caso, v. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 8.

[24] *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), in part. p. 316. Su questa pronuncia, per alcuni cenni, ESKRIDGE, *op. cit.*, p. 555.

[25] Si v. PEGORARO-DAMIANI, *Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali*, cit., in part. 417 ss.

È quindi nostro parere che, nel complesso, la giurisprudenza precedente al caso *Lawrence* riveli piuttosto, nel frequente contrasto tra le posizioni espresse dai giudici *liberal* e dalla maggioranza conservatrice, una generale diffidenza della Corte Suprema nei confronti del ricorso alla comparazione come strumento di interpretazione delle disposizioni costituzionali.

Significative appaiono a questo proposito le affermazioni espresse in *Printz v. U.S.* (1996) [26]: i giudici dissenzienti avevano sostenuto, richiamando le esperienze tedesca e svizzera, come in uno stato federale si potesse ritenere costituzionalmente legittimo l'imporre a pubblici ufficiali statali il dovere di dare esecuzione a leggi federali [27]. Nel respingere questo argomento e nel concludere per l'incostituzionalità di una legge federale che imponeva agli sceriffi statali di dare esecuzione ad una legge federale relativa al commercio delle armi, la maggioranza precisa che «il ricorso all'analisi comparativa deve ritenersi *inopportuno* ai fini dell'interpretazione della Costituzione» [28].

Questo orientamento – che è stato espresso anche in successive pronunce [29] – ha trovato una netta affermazione anche nel testo di una risoluzione (dal significativo titolo «*Reaffirmation of American Independence*» [30]) sottoposta al Congresso da più di settanta rappresentanti repubblicani subito dopo la decisione del caso *Lawrence* e successivamente approvata dal Congresso: in essa si condanna severamente l'interpretazione del diritto statuni-

---

[26] *Printz v. U.S.*, 521 U.S. 898 (1997).

[27] *Ivi*, in part. p. 976 ss.

[28] *Ivi*, p. 921.

[29] Cfr. *Atkins v. Virginia*, cit., in part. p. 316 (in cui la Corte Suprema afferma che l'orientamento espresso in altri paesi non può considerarsi un argomento risolutivo) ma soprattutto le affermazioni espresse nell'opinione dissenziente, p. 325 («*I fail to see, however, how the views of other countries regarding the punishment of their citizens provide any support for the Court's ultimate determination. While it is true that some of our prior opinions have looked to "the climate of international opinion", to reinforce a conclusion regarding evolving standards of decency, we have since explicitly rejected the idea that the sentencing practices of other countries could "serve to establish the first Eighth Amendment prerequisite, that [a] practice is accepted among our people"*»). V. inoltre *Knight v. Florida*, 528 U.S. 990 (1999), p. 991, *concurring opinion* («*Where there any support in the American constitutional tradition or in this Court's precedent for [the defendant's argument], it would be unnecessary for proponents of the claim to rely on the European Court of Human Rights, the Supreme Court of Zimbabwe, the Supreme Court of India, or the Privy Council*»); *Foster v. Florida*, 123 S. Ct. 470 (2002), *concurring opinion* («*While Congress, as a legislature, may wish to consider the actions of other nations on any issue it likes, this Court's Eighth Amendment jurisprudence should not impose foreign moods, fads, or fashions on Americans*»).

[30] Il testo della risoluzione, sottoposta al 108° Congresso (H. Res. 568) e riproposta al 109° (H. Res. 97) è reperibile al sito della *Committee on the Judiciary (Subcommittee on Jurisdiction)* all'indirizzo *http://judiciary.house.gov*.

tense sulla base di pronunce o leggi di altri ordinamenti a meno che ad esse non sia stato fatto esplicitamente rinvio nei dibattiti parlamentari delle leggi approvate dal Congresso [31].

In queste affermazioni si può vedere un'eco della concezione della sovranità popolare accolta negli Stati Uniti e della conseguente generale diffidenza nei confronti di un'attività di *judicial lawmaking* del giudice che è più volte in passato manifestata soprattutto nei confronti delle pronunce della Corte Suprema dal più alto tasso di politicità [32]. Il riferimento al diritto straniero ai fini dell'interpretazione e per colmare «i grandi silenzi» della Costituzione federale appare, infatti, in generale estraneo alla logica della sovranità parlamentare ed ai meccanismi di un sistema in cui si ritiene che il procedimento di creazione del diritto non possa fondarsi su presupposti estranei al principio rappresentativo.

Al generale isolamento degli studi americani di diritto costituzionale ed alla mancata previsione di corsi di diritto comparato nell'ambito dell'offerta formativa delle *school of law* hanno tuttavia contribuito anche alcune ragioni pratiche, non ultima la scarsa conoscenza delle lingue straniere tra gli operatori del diritto la quale ha altresì ostacolato la diffusione di un diritto comparato fondato su un autentico confronto con la dottrina di altri paesi, invece che sulla mera esportazione di modelli e soluzioni americane.

In conclusione, se si escludono alcune significative affermazioni dei giudici statali che hanno in passato manifestato maggiore apertura e sensibilità al confronto con i principi espressi dalle corti costituzionali di altri paesi [33], ed

---

[31] Si legge precisamente nel testo della risoluzione che «*judicial determinations regarding the meaning of the laws of the United States should not be based in whole or in part on judgments, laws, or pronouncements of foreign institutions unless such foreign judgments, laws, or pronouncements are incorporated into the legislative history of laws passed by the elected legislative branches of the United States or otherwise inform an understanding of the original meaning of the laws of the United States*».

[32] Su questi temi, si ricorda la ben nota tesi di A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, New Haven, 1962 ed il suo elogio delle c.d. «virtù passive» delle corti, ma si v. anche J. CHOPER, *Judicial Review and the National Political Process. A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, University of Chicago Press, Chicago-Londra, 1980, in part. p. 4 ss.; J.H. ELY, *Democracy and Distrust*, Harvard Univ. Press, Cambridge, MA, 1980 ed infine l'appello di C.R. SUNSTEIN al «*judicial minimalism*» in *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard Univ. Press, Cambridge, MA, 1999.

[33] Cfr., ad esempio, l'opinione concorrente del giudice Calabresi nel caso *United States v. Then, 56 F.3d 464, 469 (2d Cir. 1995)*: «*At one time, America had a virtual monopoly on constitutional judicial review, and if a doctrine or approach was not tried out here, there was no place else to look. That situation no longer holds. Since World War II, many countries have adopted forms of judicial review, which – though different from ours in many particulars – unmistakably draw their origin and inspiration from American constitutional theory and practice. These coun-*

alcune chiare prese di posizione di una parte della dottrina [34], la novità del caso *Lawrence* appare dunque evidente: richiamando una significativa affermazione espressa da uno dei giudici della Corte Suprema, *Lawrence* consente di affermare come negli Stati Uniti «*comparative constitutional law is an idea whose time has come*» [35].

Di questo mutamento di prospettiva sono ulteriore dimostrazione la pubblicazione, già ricordata nella premessa, dei primi manuali di diritto costituzionale comparato [36] che, come si diceva, rappresentano un interessante elemento di novità nel panorama dottrinale americano, ed inoltre le affermazioni espresse dalla Corte Suprema nel recentissimo *Roper v. Simmons* relativo alla pena di morte nei confronti dei minori di età [37].

In questa decisione il giudice Kennedy, già estensore del caso *Lawrence*, pur non richiamando alcuna pronuncia di corti costituzionali straniere, sottolinea come la pena di morte nei confronti dei minori di età sia praticata solo in nove paesi del mondo e ricorda, in un'ampia digressione, come in Gran Bretagna essa sia stata abolita dal Parlamento sin dal 1933. La Corte aggiunge che l'esempio inglese è particolarmente significativo per ragioni storiche e culturali, tuttavia si preoccupa in più punti di precisare come le soluzioni generalmente accolte in altri paesi non possano essere ritenute determinanti ai fini dell'interpretazione della Costituzione americana.

Il ritenere ammissibile il ricorso alle fonti straniere nella decisione delle

---

tries are our "constitutional offspring" and how they have dealt with problems analogous to ours can be very useful to us when we face difficult constitutional issues. Wise parents do not hesitate to learn from their children». Si v. inoltre le dichiarazioni rese da alcuni giudici della Corte Suprema negli anni precedenti alla decisione del caso *Lawrence*, in part. W.H. REHNQUIST, *Constitutional Courts. Comparative Remarks*, in P. KIRCHOF-D.P. KOMMERS (eds.), *German American Symposium*, Nomos, 1993 («*Now that constitutional law is solidly grounded in so many foreign countries*, *it is time that the United States courts begin looking to the decisions of other constitutional courts to aid in their own deliberative process*»); S. DAY O'CONNOR, *Keynote Address Before the Ninety-Sixth Annual Meeting of the American Society of International Law*, in 96 *Am. Soc'y Int. L. Proc.* 348 (2002) («*Although international law and the law of other nations are rarely binding upon our decisions in U.S. courts*, *conclusions reached by other countries and by the international community should at times constitute persuasive authority in american courts*»).

[34] Cfr. ACKERMAN, cit.; S. CHOUDRY, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, in 74 *Ind. L.J.* 819 (1999) e M.S. FLAHERTY, *The Canons of Constitutional Law: Aim Globally*, in 17 *Const. Commentary* 205 (2000); SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, *op. cit.*, in particolare le affermazioni già riportate in nt. 9.

[35] DAY O'CONNOR, *op. cit.*, p. 350.

[36] Si rinvia alle citazioni in nt. 10. Per una recensione di questi manuali, v. R. TEITEL, *Comparative Constitutionalism in a Global Age*, in 117 *Harv. L. Rev.* 2570 (2004).

[37] *Roper v. Simmons*, 125 S. Ct. 1183 (2005).

questioni di costituzionalità relative alla tutela dei diritti fondamentali, come può desumersi da queste affermazioni, ha tuttavia spostato il dibattito sulla necessità di chiarire quale sia il valore da attribuire alla comparazione come strumento di interpretazione. La questione non è di poco rilievo dal momento che la sua soluzione può rappresentare un valido compromesso fra le posizioni di coloro che si appellano all'unicità dell'esperienza costituzionale americana ed al principio della sovranità popolare per negare valore alla comparazione ai fini interpretativi e di coloro che, al contrario, ritengono oramai maturi i tempi per un dialogo con gli altri paesi.

La Corte Suprema avverte infatti in *Roper* le difficoltà poste da questa questione e quasi a prevenire le forti reazioni politiche suscitate dal caso *Lawrence*, si preoccupa di ricordare le novità introdotte dalla Costituzione americana: la separazione ed il reciproco bilanciamento tra i poteri; la tutela della libertà individuale e l'introduzione di alcune specifiche garanzie, in materia di giusto processo. «*These doctrines and guarantees* – aggiunge – *are central to the American experience and remain essential to our present-day self-definition and national identity.[…] It does not lessen our fidelity to the Constitution or our pride in its origins to acknowledge that the express affirmation of certain fundamental rights by other nations and peoples simply underscores the centrality of those same rights within our own heritage of freedom*».

Di conseguenza, se ai principi espressi nella giurisprudenza e nella legislazione di altri paesi non può che riconoscersi una forza «confermativa» del patrimonio costituzionale americano, il compito di interpretare le disposizioni della Costituzione federale non può, secondo la Corte, che risiedere nelle sole corti americane («*This reality [*la soluzione accolta in altri paesi*] does not become controlling, for the task of interpreting the Eighth Amendment remains our responsibility*»).

Con queste affermazioni, dunque, la Corte Suprema compie in *Roper* un passo in avanti rispetto alle conclusioni del caso *Lawrence* ricercando una soluzione di compromesso tra le posizioni più *liberal* e quelle più conservatrici [38]. Non può escludersi che alcune contingenze abbiano influito sugli equilibri interni alla Corte e contribuito all'apertura verso il ricorso alla comparazione come strumento di interpretazione; tuttavia riteniamo che molto difficilmente la Corte Suprema potrà in futuro spingersi oltre le deboli affer-

[38] La soluzione proposta dalla Corte Suprema in *Roper* rappresenta, infatti, un tentativo di compromesso con le posizioni espresse dall'area più conservatrice. Si v. la seguente affermazione del giudice Scalia nel caso *Thompson*, cit., in part. 487 U.S. p. 868-9 (*dissenting opinion*): «*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*».

mazioni del caso *Roper*, riconoscendo alla comparazione un ruolo non più meramente confermativo di autonome scelte dei giudici nazionali, ma piuttosto giustificato dall'opportunità di una «*judicial cross-fertilization*» tra le corti costituzionali dei vari paesi. Ammettere che il dialogo con altre corti (o più in generale, l'esempio straniero) possa favorire un mutamento giurisprudenziale equivarrebbe infatti ad assimilare il potere giudiziario a quello legislativo [39] ed avrebbe la conseguenza di riportare la Corte al centro di un acceso dibattito politico.

3. Il dialogo tra le corti in altre significative esperienze (Canada, Regno Unito, Sud Africa).

Mentre la recente giurisprudenza statunitense è rilevante soprattutto per gli aspetti di novità che la caratterizzano e perché da essa emerge il superamento del ruolo che vedeva in passato gli Stati Uniti essenzialmente come «esportatori» di principi, modelli e *judicial reasonings*, altre pronunce di giudici costituzionali dell'area di *common law* rivelano una più ampia disponibilità al confronto ed al dialogo con le altre corti costituzionali e, in alcuni casi, la consapevolezza della condivisione di un patrimonio costituzionale comune ai principali paesi sul tema della tutela dei diritti fondamentali.

Un esempio significativo può senz'altro trarsi dalla giurisprudenza della Corte suprema del Canada la quale, a partire dalla revisione costituzionale che nel 1982 introdusse la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ha dimostrato un crescente interesse verso la comparazione giuridica come strumento di interpretazione delle nuove disposizioni costituzionali [40]. La dottrina di

---

[39] In questo senso, ad esempio, *Foster v. Florida*, 123 S. Ct. 470 (2002), in particolare la *dissenting opinion* del giudice Thomas.

[40] Sulla Carta canadese, nella vasta letteratura, si v. il numero 40 dell'*Osgoode Hall L.J.* 2002, dedicato al tema «*Reflections on the Twentieth Anniversary of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*», p. 215 ss. ed in particolare il contributo di D. SCHNEIDERMAN, *Exchanging Constitutions: Constitutional Bricolage in Canada*, 40 *Osgoode Hall L.J.* 401 (2002); J.H. HIEBERT, *Los efectos de la Carta de derechos y libertades en la política canadiense*, in E. MITJANS-J.M. CASTELLÀ, *Canadá. Introducción al sistema político y yuridico*, Barcellona, 2002, p. 195 ss.; W. SCHABAS, *International Human Rights Law and the Canadian Charter*, II ed., Toronto, 1996; D. SCHNEIDERMAN-K. SUTHERLAND, *Charting the Consequences: the Impact of Charter Rights on Canadian Law and Politics*, University of Toronto Press, Toronto, 1997. V. inoltre, in lingua italiana, P. PASSAGLIA, *La giustizia costituzionale in Canada*, in R. ROMBOLI-R. TARCHI (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, in part. p. 97 ss.; R.J. SHARPE, *La Carta canadese dei diritti e delle libertà*, in *Quad. Cost.*, 1992, p. 364 ss.

questo paese ha spesso posto in evidenza quanto siano numerose le pronunce degli ultimi venti anni in cui la Corte Suprema canadese ha citato decisioni o atti normativi stranieri o tratto spunti di riflessione dalla dottrina di altri paesi. Tuttavia questa tendenza sembra essere in netta ascesa: negli ultimi anni il numero delle pronunce contenenti riferimenti al diritto comparato è, infatti, quasi duplicato [41].

Ripercorrendo alcune delle affermazioni più significative nella giurisprudenza, ci sembra utile partire dal ben noto, ancorché più risalente, caso *Regina v. Keegstra* [42] del 1990, in cui la Corte Suprema canadese affronta il tema del c.d. *hate speech*, ossia della legittimità costituzionale dei limiti posti dalla legge penale alla manifestazione del pensiero dai contenuti antisemiti o razzisti. Al fine di valutare la legittimità della disposizione del codice penale in rapporto all'art. 1 della Carta dei diritti in cui si dispone che i diritti fondamentali possano essere sottoposti ai limiti «giustificabili in una società libera e democratica» [43], la Corte ritiene utile procedere ad un confronto con l'esperienza di altri paesi e pertanto, in una vasta ed articolata digressione, ricostruisce i principi espressi dalla Corte Suprema e dalla dottrina degli Stati Uniti in tema di *hate speech.* Conclude su questo punto che essi non possono essere estesi all'esperienza canadese non solo per l'attenzione ai temi della

---

[41] Su questi dati cfr. la relazione di L. LE BEL, giudice della Corte Suprema del Canada, dal titolo *The Rise of International Law in Canadian Constitutional Litigation: Fugue or Fusion? Recent Developments and Challenges in Internalizing International Law*, pubblicato, in collaborazione con G. CHAO, in *Fifth Annual Analysis of the Constitutional Decisions of the Supreme Court of Canada*, Toronto, Osgoode Hall Law School, 2002 e in 16 *S.C.L.R.* (2d) 23 (2002). Cfr. Inoltre, A. WARNER LAFOREST, *Domestic Application of International Law in Charter Cases: Are We There Yet*?, in 37 *U.B.C. L. Rev*. 157, in part. pp. 157-8; F.L. MORTON-P.H. RUSSELL-M.J. WITHEY, *The Supreme Court's First One Hundred Charter of Rights Decisions: A Statistical Analysis*, 30 *Osgoode Hall L.J*. 1 (1992).

[42] *Regina v. Keegstra*, 3 S.C.R. 698 (1990). Su questa pronuncia ed, in generale, sul tema dell'*hate speech*, v. in particolare le relazioni della sezione del convegno di Brisbane del 2002 sul tema «*The constitutional treatment of hate speech*», in particolare la relazione sul Canada del Prof. G.A. BEAUDOIN, *L'incitation à la haine et la Constitution*, il cui testo è consultabile all'indirizzo web «*http://www.ddp.unipi.it/dipartimento/seminari/brisbane/menu.htm*>». Cfr. inoltre DORSEN-ROSENFELD-SAJO-BAER, *Comparative constitutionalism*, cit., p. 885 ss.; S. MAHONEY, *The Canadian Constitutional Approach to Freedom of Expression in Hate Propaganda and Pornography*, in 55 *Law and Contemporary Problems* 77 (1992); M. ROSENFELD, *Speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis*, in 24 *Cardozo L. Rev*. 1523 (2003) (il quale ricostruisce la giurisprudenza di vari paesi soffermandosi sulle differenze tra l'esperienza canadese e quella statunitense); ID., *Constitutional Migration and the Bounds of Comparative Analysis*, in 58 *N.Y.U. Ann. Surv. Am. L.* 67 (2001).

[43] *Sect. 1*, *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: «*The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society*».

uguaglianza, del multiculturalismo che caratterizzano la tradizione costituzionale del paese, ma soprattutto per la sua peculiare concezione dei caratteri distintivi di una «società libera e democratica» [44].

La Corte procede, in ultimo, ad una ricostruzione dell'intenzione del legislatore per chiarire l'esatto significato da attribuire all'art. 1 della Carta ed a questo fine richiama i principi espressi negli accordi internazionali sottoscritti dal Canada in tema di tutela dei diritti umani, nella Carta sociale europea ed infine nella CEDU (per la cui interpretazione la Corte Suprema fa ampio ricorso alla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo). «*Canada's international human rights obligations* – si legge nella pronuncia – *should inform not only the interpretation of the content of the rights guaranteed by the Charter but also the interpretation of what can constitute pressing and substantial s. 1 objectives which may justify restrictions upon those rights*» [45].

Questa grande disponibilità al dialogo con le altre corte costituzionali e con la dottrina straniera trova conferma anche in successive pronunce, in cui la Corte suprema spesso richiama il caso *Keegstra*: nel più recente caso *Burns* [46], ad esempio, la Corte affronta la questione dell'estradizione di un cittadino canadese verso un paese (nel caso di specie, gli Stati Uniti) in cui è ammessa la pena capitale. La Corte conclude che la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (in cui si sancisce il diritto alla vita e si vieta ogni «*cruel and unusual treatment or punishment*») impone al governo canadese di richiedere obbligatoriamente assicurazione al paese terzo che l'estradato non verrà condannato alla pena di morte. La Corte trova sostegno per questa conclusione in una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo [47] in cui, analogamente, il Regno Unito aveva rifiutato l'estradizione di un proprio cittadino verso gli Stati Uniti e ricorda, in un lungo *excursus*, come in numerosi paesi stranieri sia da tempo avvertita la preoccupazione per le condanne alla pena capitale a seguito di errori giudiziari: a questo proposito essa richiama alcune affermazioni

---

[44] *Keegstra*, cit., p. 741: «*I am unwilling to embrace various categorizations and guiding rules generated by American law without careful consideration of their appropriateness to Canadian constitutional theory. Though I have found the American experience tremendously helpful in coming to my own conclusions regarding this appeal, and by no means reject the whole of the First Amendment doctrine, in a number of respects I am thus dubious as to the applicability of this doctrine in the context of a challenge to hate propaganda legislation*». V. inoltre p. 744.

[45] *Keegstra*, cit., p. 750. Il confronto con i principi espressi nei trattati internazionali e nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo è ripreso anche in una seconda pronuncia in tema di *hate speech* emessa contemporaneamente al caso *Keegstra*, *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, in part. p. 919 ss.

[46] *United States v. Burns*, 2001 S.C.C. 7.

[47] Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Soering c/ Regno Unito*, 7 luglio 1989, Serie A, n° 161.

della Camera dei Lords, della Corte di appello e del *Privy Council* inglesi, nonché i numerosi studi condotti su questo tema negli Stati Uniti e le affermazioni espresse in alcune *dissenting opinions* dei giudici della Corte Suprema statunitense [48].

Infine, un esteso ricorso alla comparazione per l'interpretazione delle disposizioni costituzionali è contenuto nel caso *Sauvé* [49] relativo al diritto di voto per i condannati ad una pena detentiva superiore ai due anni, ma significativi sono anche i recenti *Suresh* [50] sull'espulsione di un rifugiato politico verso un paese in cui è ammessa la tortura e *Baker* [51] sulla tutela dei minori nel caso di provvedimento di espulsione della madre immigrata illegalmente.

Queste pronunce, dalle *opinions* articolate ed estremamente interessanti da un punto di vista comparatistico, ci consentono di osservare che il ricorso alla comparazione nelle decisioni di costituzionalità nell'esperienza canadese è in primo luogo finalizzato alla ricerca di argomentazioni che possano servire per chiarire il significato delle nuove disposizioni costituzionali. In questa prospettiva il riferimento all'esperienza statunitense o a quella inglese appare ai giudici particolarmente utile e significativo in ragione della comune tradizione giuridica [52].

---

[48] *Burns*, cit., in part. i parr. 88-198 della pronuncia.

[49] *Sauvé v. Canada*, 2002 S.C.C. 68, in part. par. 124 ss. In questa pronuncia analogamente la Corte Suprema canadese richiama la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo ed i principi espressi dalla giurisprudenza e dalla legislazione dei principali paesi europei, degli Stati Uniti e del *Commonwealth.*

[50] *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3 in part. par. 59 ss. in cui la Corte Suprema canadese richiama numerosi trattati internazionali in tema di tutela dei rifugiati ed inoltre una decisione del Tribunale Penale Internazione per i crimini commessi nell'*ex* Jugoslavia e la sentenza della Camera dei Lords nel noto *R v. Metropolitan Stipendiary Magistrate (ex parte Pinochet Ugarte) (No 3)* [1999] 2 W.L.R.827.

[51] *Baker v. Canada*, [1999] 2 S.C.R. 817. In questa pronuncia, rilevante anche sul piano dei principi relativi al controllo sulla discrezionalità legislativa, la Corte richiama alcuni precedenti inglesi (v. in part. par. 41).

[52] Cfr. in *Keegstra*, p. 753 in cui la Corte precisa che la formulazione dell'art. 10(2) della CEDU «*bears significant resemblance to that of s. 1 of the Charter*» ed inoltre, nella stessa pronuncia la premessa alla digressione sulla giurisprudenza americana, dove si sottolinea l'opportunità di analizzare il modo in cui la questione dell'*hate speech* è stata affrontata negli Stati Uniti e tuttavia si precisa l'esistenza di una diversità di prospettive fra le due esperienze (p. 740: «*The question that concerns us in this appeal is not, of course, what the law is or should be in the United States. But it is important to be explicit as to the reasons why or why not American experience may be useful in the s. 1 analysis of s. 319(2) of the Criminal Code. In the United States, a collection of fundamental rights has been constitutionally protected for over two hundred years. The resulting practical and theoretical experience is immense, and should not be overlooked by Canadian courts. On the other hand, we must examine American constitutional law with a critical eye […].Canada and the United States are not alike in every way, nor have the*

Nei casi in cui, diversamente, il riferimento è ai precedenti della Corte europea dei diritti dell'uomo o alla legislazione e alla giurisprudenza di paesi di *civil law*, la Corte Suprema canadese muove in genere dalle analogie nella fattispecie oggetto del giudizio o dalle affinità nel contenuto delle disposizioni con quelle nazionali [53]. In queste pronunce la Corte ritiene in genere opportuno chiarire l'identità nelle premesse ed il ricorso alla comparazione viene quindi giustificato dall'utilità del confronto con altre esperienze che hanno in passato risolto casi analoghi.

«*Given the similarities of constitutional drafting and sources* – scrive uno dei giudici della Corte Suprema, fra i più attivi sostenitori dell'opportunità di un dialogo fra le corti – *one would not be surprised by the new dialogue among judges and lawyers drawing on the expertise and experience of interpreters of similar documents. Moreover, because the legal protection of human rights is a novel phenomenon in many countries, sometimes, little or no previous domestic jurisprudence exists to give meaning to the rights, making judgments from elsewhere particularly useful and necessary. Deciding on applicable legal principles and solutions increasingly involves a consideration of the approaches that have been adopted for similar legal problems elsewhere*» [54].

Sulla base di questi elementi è, dunque, possibile descrivere il carattere del ricorso alla comparazione nella giurisprudenza canadese come «dialogico», mutuando un'espressione dalla dottrina statunitense che ha svolto una ricostruzione degli strumenti e delle tecniche di interpretazione del giudice costituzionale [55]: la Corte suprema canadese vede, infatti, nel dialogo con le corti costituzionali straniere un elemento non solo utile, ma *necessario*, ai fini della decisione, non solo per confortare le proprie conclusioni, ma anche per trarre indicazioni in assenza di precedenti nazionali e tale aspetto assume particolare rilievo se si considera il valore di fonte del diritto del precedente in questo ordinamento.

---

documents entrenching human rights in our two countries arisen in the same context. It is only common sense to recognize that, just as similarities will justify borrowing from the American experience, differences may require that Canada's constitutional vision depart from that endorsed in the United States».)

[53] Cfr. *Burns*, cit., il par. 53 (relativo alle affinità del caso di specie con la sentenza *Soering* della Corte Europea dei diritti dell'uomo) ed il par. 82.

[54] C. L'HEYREUX-DUBE, *From Many Different Stones: A House of Justice*, relazione al *Meeting* dell'*International Association of Women Judges* (10 Novembre 2001, Montreal), in 41 *Alberta L. Rev*. 659 (2003), in part. p. 661.

[55] Ci riferiamo alle distinzioni, sul piano delle tecniche di giudizio nelle pronunce di costituzionalità in cui l'interpretazione di fonda sul ricorso alla comparazione, operate da S. CHOUDRY, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, in 74 *Ind. L.J.* 819 (1999), in part. p. 835 ss.

Un simile orientamento è stato espresso anche in Gran Bretagna dove esponenti del potere giudiziario hanno recentemente dichiarato di sentirsi «*increasingly prepared to accord persuasive authority to the constitutional values of other democratic nations when dealing with ambiguous statutory or common law provisions which impact upon civil liberties issues*»[56]. Sebbene il ricorso a precedenti stranieri nella giurisprudenza inglese sia ancora molto contenuto[57], il significato e le implicazioni di queste considerazioni possono essere adeguatamente apprezzati se valutati alla luce di quelle motivazioni che hanno ritardato, sino all'approvazione dello *Human Rights Act* 1998, l'applicabilità della Convenzione Europea dei diritti nell'uomo nell'ordinamento inglese.

In quella vicenda sulle scelte del Parlamento inglese aveva pesato la preoccupazione per le conseguenze che una diretta applicazione della CEDU avrebbe prodotto sul ruolo del potere giudiziario e sulla supremazia della legge[58]; quando, grazie all'approvazione dello *Human Rights Act*, si è consentito alle corti di interpretare il diritto interno compatibilmente con quanto disposto dalla Convenzione (art. 3 *HRA*) o di fare riferimento alla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo (art. 2 *HRA*), si è sottolineato come questi nuovi strumenti interpretativi avrebbe potuto determinare in futuro un progressivo ampliamento dei poteri della magistratura con l'effetto di porre in discussione il tradizionale principio della sovranità parlamentare.

La citazione sopra riportata ed, in particolare, l'ammissibilità del valore persuasivo dei precedenti stranieri deve quindi, a nostro giudizio, essere letta nel contesto di questo profondo mutamento di prospettive e di apertura indotto dall'approvazione dello *H.R.A.*, la quale peraltro non può dirsi, pur con le debite differenze, molto distante da quel processo di costituzionalizzazione dei diritti e di approvazione di nuove Costituzioni che ha negli ultimi

---

[56] L'affermazione è del Lord Browne-Wilkinson ed è tratta da I. LOVELAND, *Special Relationship? American Influences on Public Law in the UK*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 253.

[57] Sulla necessità per la Gran Bretagna di mostrare apertura verso il fenomeno dell'emergere di un *common law of human rights* nella giurisprudenza straniera, si v. C. MCCRUDDEN, *A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, in *Oxford J. Leg. Studies*, p. 499 (2000).

[58] E peraltro non di diretta applicazione della Carta può parlarsi non avendo lo *Human Rights Act* di fatto «incorporato» la CEDU bensì, come si dirà, consentito ai giudici di utilizzare i principi in essa espressi ai fini dell'interpretazione del diritto interno. Su questi temi si rinvia a A. SPERTI, *Il ruolo della magistratura in Gran Bretagna dopo l'approvazione dello* Human Rights Act, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 73 ss. e *Alcune riflessioni sull'applicazione dello* Human Rights Act *in Gran Bretagna a pochi mesi dalla sua entrata in vigore*, in M. TARUFFO-V. VARANO (a cura di), *Diritti civili e giustizia civile in Europa*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 163-181.

anni interessato molti paesi di tradizione inglese quali Canada, Australia, Nuova Zelanda, Sud Africa.

È interessante, a conclusione di questa prima parte della nostra analisi, rivolgere infine l'attenzione al Sud Africa: mentre l'esperienza canadese appare, come si è visto, caratterizzata da una più forte apertura verso il ricorso alla comparazione con la giurisprudenza costituzionale straniera rispetto agli Stati Uniti, la giurisprudenza costituzionale del Sudafrica presenta aspetti di particolare interesse poiché essa rappresenta un momento ancor più alto del dialogo tra le corti costituzionali e del ricorso alla c.d. *constitutional cross-fertilization*[59].

Le pronunce della Corte Suprema sudafricana costituiscono, infatti, un significativo esempio di come il ricorso alla comparazione con la giurisprudenza costituzionale straniera trovi la sua fondamentale giustificazione nell'esistenza e nella condivisione di un patrimonio costituzionale comune alle principali nazioni sul piano della tutela dei diritti fondamentali[60].

Il riferimento ad una base di valori e di principi costituzionali condivisa dalle principali nazioni, è evidente in particolare nel caso *Lawrence*[61] (1997) che è particolarmente rilevante ai fini di questo studio perché in questa pronuncia la Corte Suprema richiama la giurisprudenza degli Stati Uniti relativa

---

[59] È utile ricordare che la Corte Suprema del Sud Africa è stata introdotta nel 1994 dalla Costituzione provvisoria del 1993 (c.d. *Interim Constitution)* alla quale ha fatto seguito, dopo un *iter* molto articolato, l'adozione del testo definitivo della Costituzione che è entrata in vigore nel gennaio 1997. La previsione della supremazia della Costituzione, l'adozione di una Carta dei diritti (che costituisce il Capo II della Costituzione), del controllo di legittimità costituzionale affidato ad una Corte Suprema ed, infine, del principio della separazione dei poteri hanno rappresentato gli aspetti più innovativi della nuova forma di governo. I testi delle più recenti e rilevanti pronunce sono reperibili sul sito «*http://www.constitutionalcourt.org.za/text/home.html*». Sulla storia costituzionale del Sud Africa ed, in particolare, sul ruolo della Corte Suprema, v. il recente studio di L. BERAT, *The Constitutional Court of South Africa and Jurisdictional Questions: in the Interest of Justice?*, in *Int. J. Const. L. (Icon)*, 2005, n. 1, p. 39 ss.

[60] Sulla giurisprudenza costituzionale sudafricana sui diritti fondamentali ed, in particolare, sul ricorso alla comparazione con le corti costituzionali straniere in questo contesto, v. M. BURNHAM, *Cultivating a Seedling Charter: South Africa's Court Grows Its Constitution*, in 3 *Mich. J. Race & L.J.* 2 (1997); CHOUDRY, *Globalization in Search of Justification …*, cit.; ROSENFELD, *Constitutional Migration …,*cit., in part. p. 76 ss.; S. LEVINSON, *Looking Abroad When Interpreting the US Constitution*, in 39 *Tex. Int'l L.J.* 353 (2004), in part. pp. 354-355.

[61] *S. v. Lawrence*, 1997 (4) S.A. 1176, in part. l'opinione concorrente del giudice Sachs p. 1223. La vicenda ha ad oggetto la legittimità costituzionale del c.d. *Liquor Act* del 1989, una legge con cui si vietava la vendita di alcolici in particolari ore del giorno e la domenica. I convenuti sostenevano l'incostituzionalità del divieto in quanto lesivo della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 26 della Costituzione provvisoria *(Interim Constitution)* ed in quanto ispirato da valutazioni di tipo religioso in contrasto con la libertà religiosa di cui all'art. 14. La Corte respinge il ricorso ritenendo le limitazioni poste dalla legge ragionevoli e del tutto rispondenti a valutazioni di ispirazione laica.

alla laicità dello Stato sebbene questo principio non sia accolto nella Costituzione sudafricana. Il giudice Sachs nel giustificare il ricorso alla comparazione scrive: «*I draw on statements by certain United States Supreme Court Justices […] not because I treat their decisions as precedents to be applied in our Courts*, but because their *dicta* articulate in an elegant and helpful manner problems which face any modern court. *Thus*, *though drawn from another legal culture*, *they express values and dilemmas in a way which I find most helpful in elucidating the meaning of our own constitutional text*».

Questa considerazione si pone in linea con le affermazioni espresse in una pronuncia del 1995 in cui si riconducono i principi ispiratori della Costituzione sudafricana al processo di «*global development of constitutionalism and human rights*» [62] che caratterizza le principali nazioni del mondo e con il caso *Williams* del 1995 in cui si sottolinea come l'interpretazione dell'art. 12 della Costituzione («*Libertà e sicurezza della persona*») imponga di tener conto non solo dei principi condivisi dalla nazione ed espressi nella Costituzione, ma anche dell'emergere di un generale «*consensus of values in the civilised international community*» [63].

Su questa linea si pone inoltre anche una pronuncia del 1998 avente ad oggetto una c.d. *sodomy law*, in cui la Corte Suprema, dopo aver richiamato le conclusioni di altre corti costituzionali, conclude per l'illegittimità costituzionale della legge osservando che «*there is nothing in the jurisprudence of other open and democratic societies based on human dignity*, *equality and freedom which would lead me to a different conclusion*» [64].

Sebbene queste affermazioni trovino il proprio fondamento in una precisa disposizione costituzionale (la quale, infatti, dispone che, nell'interpretare le disposizioni sui diritti fondamentali, le corti «devono tenere conto dei principi del diritto internazionale» e «*possono* prendere in considerazione la giurisprudenza di corti costituzionali straniere» [65]) ed esse siano, al tempo stes-

---

[62] *State v. Mhlungu*, 1995 (3) SALR 867, in part. p. 917.

[63] Il caso riguardava le pene corporali inflitte a minori quale pena prevista per alcuni reati. La Corte conclude che esse costituivano un «*cruel and unusual punishment*» vietato dall'art. 12 della Costituzione provvisoria. Su questa pronuncia cfr. R. BAHDI , *Transjudicialism and the Five Faces of International Law in Domestic Courts*, in 34 *Geo. Wash. Int'l L. Rev*. 555 (2002), in part. p. 571 ss. Cfr. inoltre le affermazioni e il riferimento a numerosi precedenti stranieri contenuti nel caso *State v. Makwanyane*, 1995 (3) SA 391 (CC), la prima pronuncia, in ordine cronologico, della Corte Suprema sudafricana in cui i giudici conclusero all'unanimità per l'incostituzionalità della pena di morte.

[64] *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice*, 1998 (12) BCLR 1517 (CC).

[65] Art. 39, sect. 1, S.A. Const.: «*When interpreting the Bill of Rights*, *a court*, *tribunal or forum: a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human*

so, riconducibili – come si chiarirà nelle pagine successive – alla novità dell'introduzione dalla giustizia costituzionale in questo paese, si può constatare non solo come in essa siano assenti quelle preoccupazioni che circondano il ricorso alla comparazione come strumento di interpretazione che sono invece state espresse negli Stati Uniti ed in Gran Bretagna, ma come la comparazione rappresenti un presupposto che concorre a legittimare ed a rafforzare il ruolo di garanzia svolto dalla Corte suprema nella forma di governo.

4. Le possibili ragioni dell'emergere del fenomeno della c.d. *constitutional cross fertilization*

L'emergere di un più stretto dialogo tra le corti costituzionali può attribuirsi ad una molteplicità di fattori, ma va a nostro parere principalmente ascritto al più ampio fenomeno della c.d. *universalizzazione del diritto costituzionale* nelle sue due principali manifestazioni rappresentate, da un lato, dalla recente adozione di carte di diritti o di nuove costituzioni da parte di molti paesi e, dall'altro, dalla progressiva diffusione della giustizia costituzionale ed, in particolare, della garanzia del controllo di legittimità costituzionale delle leggi [66].

L'indagine su questi fenomeni esula dagli intenti di questo studio, tuttavia occorre ricordare come, anche con riferimento alle nuove democrazie, il tema della tutela dei diritti ed, in particolare, del loro riconoscimento in una carta fondamentale debba essere letto alla luce dello stretto rapporto che lega la

---

dignity, *equality and freedom; b) must consider international law; and c) may consider foreign law*».

[66] Sul valore della Costituzione e del *judicial review* (concepito come strumento di tutela dalla tirannia della maggioranza) e sulla convergenza globale su questi temi, R. DWORKIN, *A Bill of Rights for Britain*, 1990, in part. p. 14 ss. Sul tema della universalizzazione dei diritti e della diffusione della giustizia costituzionale, cfr. P. HÄBERLE, *La giurisdizione costituzionale nell'attuale fase di sviluppo dello stato costituzionale*, relazione al seminario svoltosi presso la Corte costituzionale il 30 maggio 2003, sul tema «*Il ruolo delle Corti costituzionali nelle odierne democrazie*»; E. MALFATTI-S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2004, in part. p. 9 ss.; F. RIMOLI, *Universalizzazione dei diritti fondamentali e globalismo giuridico: qualche considerazione critica*, in corso di pubblicazione negli studi in onore del Prof. G. Ferrara ed accessibile sul sito *http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/ anticipazioni/dirittifondamentali/*; RUGGERI-SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., in part. p. 24 ss.; M. SHAPIRO-A. STONE SWEET, *On Law*, *Politics and Judicialiazation*, Oxford Univ. Press, New York, 2002, in part. p. 149 ss.; A. SPADARO, *Gli effetti costituzionali della c.d.* globalizzazione, in *Pol. dir.*, 1998, p. 441 ss.; A. STONE SWEET, *Governing With Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2000.

formulazione degli stessi diritti con le scelte fondanti di ciascun sistema e, dunque, con la sua legittimazione [67].

In questa prospettiva in alcune esperienze – quali il Sud Africa o alcuni paesi dell'Europa dell'Est, per citare i soli esempi più significativi – dove le nuove costituzioni ed i cataloghi dei diritti sono, per taluni aspetti, ispirati ai testi fondamentali di paesi di più antica e diversa tradizione costituzionale [68], il nuovo assetto costituzionale rischia di apparire privo di legittimazione in quanto scisso dalle tradizioni culturali e politiche [69].

Non può quindi negarsi che la scelta di dotarsi di una Corte costituzionale e di attribuire ad essa numerose competenze, fra cui il controllo di legittimità costituzionale delle leggi [70], possa apparire – secondo un'interpretazione accolta dalla dottrina statunitense dei *critical legal studies*, che oggi rivolge la propria attenzione anche i temi del diritto costituzionale – funzionale al perseguimento di precisi obiettivi della classe politica [71], tuttavia essa appare

---

[67] Cfr. J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, a cura di L. CEPPA, Feltrinelli, Milano, 1998.

[68] Su questo tema, v. in particolare riferimento all'esperienza dei paesi dell'Est Europa, J. ELSTER, *Constitutionalism in Eastern Europe: An Introduction*, in 58 *U. Chi. L. Rev.* 447 (1991), in part. p. 476 ss, ma cfr. anche W. SADURSKI, *Postcommunist Constitutional Courts in Search of Political Legitimacy*, relazione al convegno sul tema *Le corti costituzionali*, Washington University in St. Louis, Michigan, USA, novembre 2001 e ID., *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Springer, 2005. In una prospettiva più generale, ROSENFELD, *Speech in Constitutional Jurisprudence*, cit. e DORSEN-ROSENFELD-SAJO-BAER, cit.; SLAUGHER, *A global community of Courts*, cit., pp. 197-8.

[69] Su questo tema, con particolare riferimento al Sud Africa, cfr. BURNHAM, *op. cit.*, la quale sottolinea lo sforzo della Corte costituzionale sudafricana di non limitarsi a mere enunciazioni astratte, ma di legare la tutela dei diritti alla concreta realtà del paese e ai suoi attuali valori ed aspirazioni (p. 49 ss.).

[70] Su questi aspetti, con particolare riferimento all'Est Europa, S. BALDIN, *Le "altre" funzioni delle Corti costituzionali. Modelli europei e recezioni con particolare riferimento all'Est europeo*, E.U.T., 2000; SADURSKI, *Postcommunist Constitutional Courts in Search of Political Legitimacy*, cit.

[71] La dottrina dei *critical legal studies*, sviluppatasi principalmente nell'ambito degli studi di diritto civile, ha recentemente rivolto la propria attenzione alla comparazione nell'ambito del diritto costituzionale, tentando di evidenziare i rapporti tra la c.d. *constitutional cross fertilization* e la realtà politica, economica e sociale dei vari paesi. In questo senso si v. l'impostazione accolta nel già citato manuale di diritto comparato di JACKSON-TUSHNET, ma cfr. anche M. TUSHNET, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, in 108 *Yale L.J.* 1225 (1999), in part. 1285 ss. In questo senso cfr. inoltre le interessanti riflessioni di R. HIRSCHL, *Globalization*, *Courts and Judicial Power: the Political Origins of the New Constitutionalism*, in 11 *Ind. J. Global Leg. Stud.* 71 (2004), in part. p. 97 ss. il quale, in una prospettiva realista, dimostra come nel Sud Africa l'adozione di una Corte costituzionale sia riconducibile agli obiettivi della nuova *elite* politica della fine degli anni Ottanta con la caduta del regime del-

innegabilmente tesa anche al rafforzamento dei caratteri di democraticità di questi ordinamenti [72]. La presenza di una corte la quale concorre al dibattito con altre corti supreme e, attraverso la propria giurisprudenza, sottolinea l'intento di appartenere ad una «*global community of courts*» con cui condividere un patrimonio di principi e valori costituzionali, contribuisce infatti ad evidenziare la distanza della nuova forma di stato e di governo dal passato sistema politico ed istituzionale.

Inoltre, il ricorso alla comparazione con la giurisprudenza costituzionale di altri paesi consente di accrescere la forza argomentativa delle pronunce – soprattutto nella decisione di conflitti costituzionali dall'«alto tasso di politicità» o, con riferimento ai diritti fondamentali, di rilevanti mutamenti giurisprudenziali, contribuendo in tal modo al rafforzamento della legittimazione, dell'autorità e dell'indipendenza dell'organo di giustizia costituzionale.

L'esempio rappresentato dalle Corti costituzionali dei paesi dell'est Europa è, da questo punto di vista, particolarmente significativo per il contributo da esse svolto nel passaggio ad un ordinamento di tipo democratico [73], ma è utile anche ricordare, riallacciandosi alle osservazioni svolte nelle pagine precedenti, come in Sud Africa il ricorso alla comparazione, previsto da un'apposita disposizione costituzionale, agevoli la Corte Suprema nell'intento di prendere «*parte allo sviluppo su scala mondiale del costituzionalismo e della tutela dei diritti umani*» [74]. Analogamente, in Israele il riferimento alle costitu-

---

l'*apartheid* e, analogamente, in Canada ed Israele abbia rappresentato una scelta strategica per il rafforzamento di specifici programmi politici.

[72] S. CHOUDRY, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, in 74 *Ind. L.J.* 819 (1999), in part. p. 821; R. TEITEL, *Comparative Constitutional Law in a Global Age*, cit., in part. p. 2585 ss., ma cfr. anche le pagine di R. HIRSCHL, *Globalization, Courts and Judicial Power: the Political Origins of the New Constitutionalism*, in 11 *Ind. J. Global Leg. Stud.* 71 (2004), in part. p. 97 ss.

[73] Si ricordano, ad esempio, i c.d. *lustration cases* ossia le sentenze delle nuove corti costituzionali dei paesi dell'Est Europa che hanno avuto ad oggetto la legittimità costituzionale delle leggi adottate per rimuovere o per impedire l'accesso alle cariche pubbliche dei dipendenti pubblici coinvolti con il precedente regime. Il ruolo di garanzia della rottura con il precedente ordinamento è evidente nella pronuncia della Corte costituzionale della Repubblica federale cecoslovacca del 1992 (Pl. US 1/92 (Sb)), reperibile in traduzione inglese al sito *http://test.concourt.cz/angl_verze/cases.html*. V. inoltre la decisione n. 60/1994, 22 dicembre 1994 della Corte costituzionale dell'Ungheria (in *East European Case Reporter of Constitutional Law 2* (1995) pp. 159-193 e in DORSEN- ROSENFELD-SAJO-BAER, cit., in part. p. 584 ss.) sulla quale SADURSKI, *Postcommunist Constitutional Courts in Search of Political Legitimacy*, in part. p. 2 (ed *ivi* ulteriori indicazioni bibliografiche) il quale sottolinea il grande attivismo di questa corte costituzionale e la sua importanza come modello per tutte le corti dell'Est Europa. Analoghe decisioni sono state emesse anche dalle corti costituzionali albanese e bulgara.

[74] La citazione è tratta dal caso *State v. Mhlugu*, 1995 (3) SALR 867 ed è commentata da DORSEN-ROSENFELD-SAJO-BAER, *op. cit.*, in part. p. 6, ma si v. anche le riflessioni e le numero-

zioni di altri paesi ed alla giurisprudenza costituzionale straniera ha consentito alla Corte Suprema di colmare l'assenza di una costituzione scritta [75].

Se, diversamente, si prendono in esame gli ordinamenti di più lunga tradizione democratica o le esperienze di giustizia costituzionale più mature, il più ampio ricorso alla comparazione può, in alcuni casi, essere letto come un ulteriore effetto delle conseguenze prodotte dall'adozione di una carta dei diritti sul ruolo del potere giudiziario nella forma di governo. In Gran Bretagna, ad esempio, la maggior apertura della magistratura all'utilizzo di precedenti stranieri che è stata descritta nelle pagine precedenti, è riconducibile al nuovo ruolo dei giudici nella forma di governo dopo l'approvazione dello *Human Rights Act* 1998 ed, in particolare, agli effetti dell'introduzione di nuovi strumenti e tecniche di decisione che hanno consentito alle corti una diretta applicazione di principi e argomentazioni elaborate dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo [76].

Considerazioni simili si possono svolgere anche con riferimento al Canada, dove a seguito dell'adozione della Carta dei diritti nel 1982 e, dunque, dell'introduzione di un controllo di legittimità costituzionale, si è superato il principio della sovranità parlamentare. Questo elemento di novità ed, al tempo stesso, la stessa natura della Carta canadese – elaborata prendendo a modello i principi espressi in alcune carte internazionali e regionali ed affermati in altri ordinamenti – hanno indubbiamente contribuito all'evoluzione degli strumenti e delle tecniche di decisione della Corte Suprema, favorendo la sua apertura verso la giurisprudenza delle corti costituzionali straniere ed il riferimento ai principi espressi nei trattati internazionali [77].

---

se citazioni espresse da BURNHAM, cit. Sul tema, v. BERAT, *The Constitutional Court of South Africa*, cit., la quale sottolinea come l'introduzione della Corte costituzionale in Sud Africa sia da ricollegarsi all'indebolimento del principio della sovranità parlamentare che aveva caratterizzato il precedente regime dell'*apartheid.*

[75] Sulla Corte costituzionale israeliana e sull'utilizzo della comparazione nelle sue pronunce, v. il recente scritto di D. BARAK-EREZ, *The International Law of Human Rights and Constitutional Law: A Case Study of an Expanding Dialogue*, in *Int. J. Const. L. (Icon)*, 2004 n. 4, p. 611 ss., ma numerose riflessioni sulla giurisprudenza costituzionale di questa corte sono espresse anche nell'interessante ed articolato studio di R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: the Origins and Consequences of New Constitutionalism*, Harv. Univ. Press, Cambridge, MA-London, 2004, in particolare nei capitoli I e V.

[76] Ci riferiamo all'art. 4 dello *Human Rights Act* in cui si consente ai giudici di fare ricorso alla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo. Su questi temi v. le indicazioni bibliografiche già riportate *supra*.

[77] Cfr. WARNER LA FOREST, *op. cit.*, in part. pp. 169-170 ed *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici. È tuttavia necessario aggiungere che non è previsto in Canada, al pari di quanto disposto dallo *Human Rights Act* inglese, un obbligo di interpretazione del diritto interno compatibilmente con le norme di diritto internazionale in tema di tutela dei diritti umani. L'emenda-

Ciò consente di osservare come il più ampio dialogo tra le corti costituzionali che caratterizza l'esperienza recente sia, al tempo stesso, anche ascrivibile alla circolazione di modelli di tutela dei diritti o di precise formulazioni di disposizioni costituzionali da un ordinamento all'altro [78]. Non solo, infatti, la recezione a livello costituzionale di alcuni istituti (quali, ad esempio, l'eguaglianza, la legalità, la tutela delle minoranze) possiede «una forza espansiva tale da permeare di sé ciascun ordinamento» [79], ma essa spinge le corti costituzionali a tener conto della concreta applicazione che determinati istituti hanno avuto negli ordinamenti in cui sono stati originariamente formulati.

Il riferimento ai precedenti stranieri consente inoltre alle corti di dimostrare la correttezza delle proprie argomentazioni, al pari di quanto è avvenuto anche in passato [80], tuttavia la giurisprudenza recente rivela come la comparazione possa essere giustificata anche dalla volontà di enfatizzare i caratteri di democraticità dell'ordinamento o di sottolineare la peculiarità dell'assetto costituzionale rispetto ad altre esperienze. Un esempio è rappresentato dal sopra citato confronto sul tema dell'*hate speech* operato dalla Corte canadese con gli Stati Uniti [81], ma un analogo intento si rinviene anche in una nota ed interessante pronuncia della *Court of Final Appeal* di Hong Kong del 1999 la quale, nel richiamare i precedenti della Corte Suprema degli Stati Uniti e nell'evitare il riferimento a quelli inglesi e cinesi, ha inteso enfatizzare la volontà del paese di distaccarsi dal proprio passato coloniale, dalla presente giurisprudenza cinese in tema di tutela dei diritti umani, nonché inoltre ribadire la propria autonomia dalla Cina [82].

---

mento che proponeva questo obbligo di interpretazione è stato infatti respinto.

[78] La Carta canadese è stata utilizzata come modello in Sud Africa, Nuova Zelanda, Hong Kong ed ha rappresentato un utile punto di riferimento anche in Gran Bretagna per l'elaborazione dello *Human Rights Act.* Su questi temi, CHOUDRY, *Globalization in Search of Justification*, cit., p. 821 ss.; DORSEN-ROSENFELD-SAJO-BAER, cit., in part. p. 4 e, sul Regno Unito, si rinvia al nostro *Il ruolo della magistratura in Gran Bretagna …*, cit.

[79] L. PEGORARO-P. DAMIANI, *Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali*, cit., in part. p. 413.

[80] A questo proposito, PEGORARO-DAMIANI, cit., p. 415.

[81] Si pensi, ad esempio, alle affermazioni espresse nel caso *Keegstra*, su cui *supra*, nt. 45.

[82] Il caso (*Hong Kong Special Administrative Region v. Ng Kung Siu*, *Court of Final Appeal of Hong Kong*, n. 4 del 1999) ha ad oggetto l'oltraggio alla bandiera da parte di due dissidenti ed è riportato in DORSEN-ROSENFELD-SAJO-BAER, *op. cit.*, p 822. Si vd., per un breve commento, FLAHERTY, *The Canons of Constitutional Law: Aim Globally*, cit., in part. p. 205 ss. La pronuncia è di due anni successiva alla istituzione della *Hong Kong Special Administrative Region* e dalla adozione della *Hong Kong Basic Law.* V. inoltre D. FUNG, *Constitutional Reform in China: the Case of Hong Kong*, in 39 *Tex. Int'l L.J.* 467 (2004) il quale si sofferma in particolare sul ruolo del potere giudiziario ad Hong Kong e sulla *Final Court of Appeal*, sottolineando l'ampio

Riteniamo, dunque, in base alle osservazioni sin qui svolte, che l'esperienza recente si caratterizzi non solo per un più diffuso dialogo tra le corti supreme ma, al tempo stesso, per un più variegato utilizzo della comparazione. Ciò implica che la comprensione del fenomeno della giustizia costituzionale richiede, ancor più che in passato, che si guardi ai modelli stranieri di giustizia costituzionale ed alle corti costituzionali di ordinamenti stranieri [83] e rende evidente come il diritto comparato non possa che rappresentare un necessario bagaglio del giurista contemporaneo [84].

Non va, infine, sottovalutato l'impatto che sino ad oggi hanno avuto sul fenomeno qui descritto fattori quali, ad esempio, i contatti tra gli studiosi e tra i giudici costituzionali: questo genere di scambi culturali ha conosciuto, infatti, nell'ultimo decennio un notevole incremento nell'ambito europeo e, più recentemente, in quello extraeuropeo. A ciò hanno indubbiamente concorso le vicende politiche di alcuni paesi – fra cui, ad esempio, il crollo dell'Unione Sovietica e dei regimi dell'Europa dell'Est – le quali hanno favorito i contatti tra i giuristi allo scopo di formare le nuove classi dirigenti e guidarle nella transizione ad un regime democratico ed all'elaborazione delle nuove costituzioni [85], ma un grande contributo è venuto anche dalla diffusio-

---

ricorso alla comparazione giuridica (non solo con corti di *common law*, ma anche con la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo) contenuto nelle sue decisioni e favorito anche dalla circostanza che di tale corte possono fare parte anche giudici provenienti da corti supreme straniere.

[83] RUGGERI-SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 27.

[84] Sul ruolo essenziale della comparazione nel *curriculum studiorum* del giurista, A. PIZZORUSSO, *Il ruolo della comparazione giuridica nell'epoca contemporanea*, cit., p. 31 e ID., *I «sistemi giuridici comparati» nel piano di studio della facoltà giuridica pisana*, cit.; *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 154.

[85] Nel 1972 fu istituita la Conferenza delle Corti costituzionali europee per iniziativa delle corti costituzionali italiana, tedesca, austriaca e jugoslava con l'obiettivo di «organizzare, con regolarità, incontri su temi specifici, allo scopo di condividere le esperienze relative alla prassi ed alla giurisprudenza costituzionale nel contesto europeo e di mantenere contatti tra le corti, sulla base del reciproco rispetto e con la dovuta osservanza del principio dell'indipendenza del giudice». Alla Conferenza hanno aderito nell'ultimo decennio numerose altre corti ed attualmente di essa fanno parte le corti costituzionali di trentaquattro paesi europei. L'ultimo incontro tra le corti europee si è svolto a Cipro nel maggio 2005.

Va poi ricordata la Commissione di Venezia (altrimenti nota come *European Commission for Democracy through Law*), istituita nel 1992 nell'ambito del Consiglio d'Europa, con lo scopo di fornire strumenti ed indicazioni per la stesura delle nuove costituzioni dei paesi dell'Est Europa e successivamente con l'obiettivo ulteriore di rappresentare un «*legal think tank*». Dal 2002 la Commissione si è aperta alla partecipazione di «osservatori» stranieri, tra cui Giappone, Stati Uniti e Sud Africa.

Con riferimento agli Stati Uniti sono degni di nota gli annuali incontri tra i giudici costituzionali di Francia, Stati Uniti e Germania e la conferenza svoltasi nel 2000 presso la Cardozo *School of Law* tra i giudici della Corte Suprema e della Corte di Giustizia dell'Unione Euro-

ne delle moderne tecnologie e dei più recenti motori di ricerca grazie ai quali è possibile avere facile accesso alle pronunce dei giudici costituzionali ed alla dottrina di molti paesi [86].

Questi ultimi aspetti consentono di spiegare quella sensibilità verso la comparazione che è stata descritta con riferimento alla giurisprudenza recente della Corte Suprema degli Stati Uniti. Tuttavia, a nostro parere, in questo paese (come peraltro in altre esperienze) il più stretto dialogo tra le corti costituzionali può essere letto, al tempo stesso, come una conseguenza, sul piano del diritto costituzionale, dei sempre più numerosi contatti tra corti nazionali e straniere favoriti dalla *globalizzazione* economica. In ambiti quali, ad esempio, il diritto commerciale o il diritto fallimentare sono, infatti, frequenti i casi in cui le corti nazionali devono confrontarsi con organi giudiziari stranieri che hanno giurisdizione sulla controversia ed alle parti è offerta la scelta tra più fori competenti, ciascuno dei quali ha interesse a pronunciarsi [87]. In questo contesto – in cui, com'è stato efficacemente scritto, si assiste all'emergere di un «ordinamento giuridico globale» ed in cui «il potere giudiziario […] tende a configurarsi quale organo di una società civile ormai cosmopolitica» [88] – si affermano nuove e più strette forme di collaborazione tra le corti le quali nelle loro pronunce, manifestano spesso la consapevolezza di essere parte di un ordine giuridico che travalica i confini nazionali [89].

---

pea. Sempre negli Stati Uniti, nei primi anni Novanta l'*American Bar Association*, con il sostegno del governo federale, ha promosso la *Central and East European Law Initiative* («*CEELI*») al fine di organizzare incontri e favorire i contatti tra i giuristi statunitensi e quelli dei paesi dell'*ex* blocco sovietico. Cfr. inoltre, DORSEN-ROSENFELD-SAJO-BAER, cit., in part. p. 2 i quali sottolineano l'importanza degli incontri tra studiosi del diritto costituzionale di vari paesi organizzati dall'*International Association of Constitutional Law.*

[86] Sulla diffusione delle nuove tecnologie ed, in particolare, sul loro impatto sul diritto giurisprudenziale, F.G. PIZZETTI, *Internet e la natura «caotica» del diritto giurisprudenziale*, in *Pol. dir.*, 2001, n. 3, p. 467 ss.

[87] SLAUGHER, *A Global Community of Courts*, cit., p. 193 e ID., *Judicial Globalization*, in 40 *Va. J. Int'l L.* 1103 (2000), p. 1114 ss., la quale ricorda come in una decisione (*In re Nakash*, 190 B.R. 763 (Bankr. S.D.N.Y. 1996)) della *United States Bankruptcy Court*, *Southern District Of New York* relativa al fallimento di un'azienda che operava negli Stati Uniti e nel Regno Unito, le corti americane e inglesi abbiano concluso un accordo per la ripartizione delle proprie competenze nell'intento – come si legge nella decisione (p. 2) – «*1) to preserve assets of the debtor; 2) honor the integrity of the courts of both countries and 3) reduce costs*». Sugli effetti della globalizzazione dei mercati con particolare riguardo alla comparazione ed alla circolazione degli istituti del diritto fallimentare statunitense, v. A. MUSY, *La comparazione giuridica nell'età della globalizzazione. Riflessioni metodologiche e dati empirici sulla circolazione del modello americano in Italia*, Giuffrè, 2004, in part. p. 122 ss.

[88] F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 10.

[89] SLAUGHTER, *Judicial Globalization*, cit. (la quale descrive l'emergere di una «*judicial*

Si può dunque sostenere che in ordinamenti, quali gli Stati Uniti – tradizionalmente poco aperti alla comparazione ed in cui gli stessi studi di «sistemi giuridici comparati» e di «diritto costituzionale comparato» non erano, sino a pochi anni or sono, previsti nei piani di studi delle *school of law* – i contatti tra corti nazionali e corti straniere e le esigenze poste da un'economia globale abbiano stimolato una mutata sensibilità verso la comparazione giuridica che, negli ultimi anni, ha finito per riflettersi anche sulla giurisprudenza costituzionale. Il diritto costituzionale comparato rappresenta quindi l'ultima tappa di un complesso e articolato processo di integrazione a livello mondiale che sta investendo da tempo anche il diritto [90].

Queste considerazioni ci inducono inoltre ad osservare, sebbene l'analisi di tali temi non costituisca oggetto di questo studio, come sia forte la suggestione di una connessione, da un lato, tra la crescente centralità del potere giudiziario a livello globale (la c.d. *judicialization*) ed il rilievo assunto dalla tutela dei diritti universalisticamente intesi [91] quali tratti caratteristici dell'attuale scenario giuridico [92] e dall'altro, il fatto che gli stessi diritti non possano

---

comity») e più ampiamente in *A New World Order*, Princeton University Press, 2005, in part. p. 27 ss., ma si v. anche le considerazioni espresse da P. HÄBERLE, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat*, in *JZ*, 1989, p. 913 ss.

[90] TEITEL, *op. cit.*, p. 2572 scrive: «*As the world globalizes economically, technologically, and politically the burning question is the extent to which this integration is also taking place in the law. Constitutional law appears to be the last frontier*», ma v. anche la citazione tratta da DORSEN-ROSENFELD-SAJO-BAER, cit. già riportata *supra*.

[91] Ci riferiamo non solo alla recente adozione da parte di molti paesi di carte dei diritti ed alla istituzione di una corte costituzionale, ma anche all'ampliamento, nelle nuove costituzioni, del catalogo dei diritti ed all'introduzione di un numero crescente numero di diritti qualificati come «fondamentali».

[92] M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2002, in part. p. 65 ss., e, con particolare riferimento al tema della c.d. *judicialization* e della progressiva espansione del ruolo del potere giudiziario («*juristocracy*»). Cfr. inoltre, su questi temi, R. BAHDI, *Globalization of Judgment: Transjudicialism and the Five Faces of International Law in Domestic Courts*, in 34 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 555 (2002). p. 590 ss.; HIRSCHL, *Globalization, Courts and Judicial Power*, cit., in part. p. 71 ss.; PIZZORUSSO, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti*, cit., in part. pp. 30-33; SHAPIRO-STONE SWEET, *On Law, Politics and Judicialization*, cit., p. 149 ss. Delle cause di questi recenti sviluppi nell'ambito del diritto costituzionale si danno numerose interpretazioni, alcune delle quali riconducono la crescente centralità del potere giudiziario alla diffusione del *judicial review* e della tutela costituzionale dei diritti quali inevitabili conseguenze della concezione di democrazia affermatasi dopo la seconda guerra mondiale (DWORKIN, cit.; C.R. SUNSTEIN, *Designing Democracy: What Constitutions Do*, Oxford Univ. Press, 2002); altri vedono nelle trasformazioni costituzionali la risposta a pressioni provenienti dal sistema politico, in termini di ricerca di una maggiore efficienza del sistema o di un rafforzamento della sua credibilità, soprattutto su un piano economico (su questi temi HIRSCHL, cit., ed *ivi* numerose indicazioni bibliografiche).

che trovare nelle corti, ed in particolare nelle corti supreme, la loro principale sede di verifica, di confronto e di consolidamento [93].

5. Il ricorso alla comparazione con la giurisprudenza straniera nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione (caso *Scientology*).

Occorre, a questo punto della nostra analisi, rivolgere l'attenzione al nostro Paese, al fine di valutare se alcune delle considerazioni sin qui svolte possano essere estese alla recente giurisprudenza costituzionale italiana e se ed, eventualmente in quale misura, anche la nostra Corte partecipi, al pari delle corti costituzionali di altri paesi, al dialogo con le corti costituzionali straniere.

Una disamina delle pronunce degli ultimi venti anni rivela quanto siano frequenti nella nostra giurisprudenza costituzionale i riferimenti ad esperienze straniere [94]; tuttavia, nella maggior parte dei casi, si tratta di generiche invocazioni ai principi posti a fondamento di uno «stato democratico» o dello «stato di diritto», o ancora delle «moderne democrazie parlamentari» secondo un argomentare che, come si è già osservato, è comune anche ad altre corti costituzionali [95].

Questo genere di invocazioni – il cui obiettivo è piuttosto di «colorare» l'argomentazione che di offrire un vero e proprio spunto comparatistico a

---

[93] FERRARESE, cit., p. 75 ss.

[94] Il riferimento ad esperienze straniere non è, in generale, infrequente nell'attività delle corti sopranazionali, delle corti costituzionali e delle corti supreme. V. in proposito PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 156.

[95] Ai fini della nostra analisi abbiamo tenuto conto, per il periodo compreso tra il 1980 ed il 1987, delle pronunce commentate da L. PEGORARO, *La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80*, in *Quad. Cost.*, 1987, p. 601 e, per il periodo dal 1995 al 1998, dei riferimenti contenuti in PEGORARO-DAMIANI, *Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corte costituzionali*, cit., in part. p. 425 ss. Gli esempi sono molto numerosi: limitandoci ai soli riferimenti espressi nella giurisprudenza più recente, v. sentt. nn. 163 e 221 del 2005; 24, 68, 168, 204, 297, 376 del 2004; 303 e 491 del 2003; 446 e 457 del 2002; ord. n. 70 del 2001; sentt. nn. 136, 309, 319 del 2001 (in cui si richiamano i caratteri tipici dello «*stato di diritto*»); sentt. nn. 28, 151, 170 del 2005; 372 del 2004; 312 del 2003; 106 e 270 del 2002 (in cui la Corte fa riferimento ai principi ispiratori dello «*stato democratico*»); sent. n. 26 del 1999 («*stato democratico di diritto*»); sent. n. 497 del 2000 («la trasparenza del procedimento disciplinare quale valore portante di ogni «*sistema autenticamente democratico*»); ord. n. 419 del 2004 («la libertà di manifestare il proprio pensiero è considerata un diritto fondamentale in tutte le Costituzioni moderne, a partire dalla Dichiarazione di indipendenza americana»).

sostegno della motivazione – non può considerarsi rilevante ai nostri fini.

Analogamente, riteniamo che vadano trascurati i generici riferimenti agli «altri paesi» [96], gli *excursus* storici su particolari istituti [97] e quelle pronunce in cui il riferimento ad altre esperienze è giustificato dal richiamo ad obblighi assunti sul piano internazionale [98]. Questo genere di riferimenti non for-

---

[96] V. ad esempio, sent. n. 829 del 1988 (in cui la Corte richiama «le svariate forme di cooperazione paritaria tra diverse regioni o tra le regioni medesime e gli enti omologhi operanti in ordinamenti stranieri»); sent. n. 18 del 1989 (in cui si precisa come «la struttura della decisione collegiale sia diversa da quella prevista in altri ordinamenti, nei quali è riconosciuta autonomia alla posizione assunta da ciascun membro del collegio, attraverso la documentazione, nella sentenza, delle motivazioni (eventualmente diverse) di ciascun giudice o del suo dissenso (con le relative ragioni) sullo stesso *decisum*»); sent. n. 154 del 1990 (in cui si richiama l'istituto del «veto governativo previsto in altri ordinamenti giuridici»); sent. n. 116 del 1994 (in cui si ricorda come in altri ordinamenti siano adottate soluzioni alternative alle intese tra governo ed enti dotati di autonomia costituzionale in caso di paralisi decisionale); sentt. nn. 341 del 1994 e 313 del 1995 (in cui si richiamano i principi adottati in altri paesi «di democrazia matura»); sent. 52/1997 (in cui si invita il Parlamento a modificare la disciplina in materia di indennità per carica elettiva «in armonia con le moderne legislazioni»); sent. n. 531 del 2000 (in cui si sottolinea come il reato di vilipendio, «come dimostra anche la giurisprudenza costituzionale di altri paesi», ponga questioni che attengono alla tutela della libertà di espressione); ord. n. 415 del 2002 («gli ordinamenti stranieri non prevedono, in genere, l'affidamento preadottivo»); sent. n. 316 del 2004 (sulla durata del mandato dei membri laici del Consiglio di giustizia amministrativa con riferimento al quale, sottolinea la Corte, «non appare necessaria una inamovibilità assoluta […] come anche altre esperienze dimostrano»); sent. n. 49 del 2003 (sulla parità di accesso alle cariche elettive in cui la Corte sottolinea di aver in passato guardato con favore a quelle misure tendenti ad assicurare «l'effettiva presenza paritaria delle donne […] nelle cariche rappresentative liberamente adottate da partiti politici, associazioni o gruppi che partecipano alle elezioni, […] sul modello di iniziative diffuse in altri paesi europei»); sent. n. 379 del 2004 (in cui la Corte ricorda come l'istruttoria pubblica per la formazione degli atti normativi o amministrativi di carattere generale sia nota «sia alla tradizione di altri paesi che al sistema italiano»).

[97] V. ad esempio, sent. n. 234 del 1984 sul giuramento del testimone, in cui si richiama la soluzione adottata negli ordinamenti anglo-americani e tedesco; sent. n. 364 del 1988 (in cui la Corte sottolinea che «dal punto di vista storico e del diritto comparato» l'evoluzione del principio dell'irrilevanza dell'ignoranza di diritto «coincide con la storia delle sue eccezioni» ed a tal fine richiama il diritto romano-classico, il diritto canonico e le «attuali normative di diritto comparato (codici penali tedesco-occidentale, austriaco, svizzero, greco, polacco, iugoslavo, giapponese, ecc.)» ed in particolare il codice portoghese); sent. n. 282 del 1989 (in cui la Corte precisa che «la «liberazione provvisoria anticipata» dei reclusi sia stata per la prima volta proposta nel 1790, in Francia, dal Mirabeau, nel corso d'una relazione scritta all'Assemblea costituente» e ricorda il suo utilizzo nelle colonie inglesi); sent. n. 72 del 1996 (in cui la Corte ricostruisce le origini di una disposizione del codice della navigazione riconducendole alla giurisprudenza francese e quindi al codice di commercio del 1882); sent. n. 370 del 1996 (in cui si ricostruisce la disciplina del possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli ed il possesso ingiustificato di valori, richiamando il *Thaft Act* inglese); sent. n. 161 del 2004.

[98] Analogamente vanno escluse le pronunce in cui la Corte afferma la compatibilità della disciplina italiana con quella dell'UE (v. ad esempio, la sent. n. 281 del 2000).

nisce, infatti, indicazioni utili ai fini della nostra indagine sul tema del reciproco confronto tra le corti costituzionali; inoltre in queste pronunce l'analisi comparatistica spesso si inserisce con estrema genericità nel testo della pronuncia [99].

Non possono neppure essere considerate in tema le pur numerose pronunce nelle quali la Corte richiama atti normativi stranieri [100]. La comparazione con riferimento alla legislazione o alle fonti secondarie di altri paesi è dettata infatti da motivazioni distinte rispetto a quella che ha ad oggetto la giurisprudenza costituzionale. Nel contesto della produzione normativa si avverte l'esigenza, da parte di tutti gli organi costituzionali coinvolti nel procedimento legislativo o nei procedimenti di formazione di altri atti normativi (o che comunque, come la Corte, assumono talora un ruolo di «stimolo» nei confronti del legislatore) di ricercare una migliore formulazione dei testi ed un grado più elevato di «fattibilità» delle norme [101].

---

[99] Spesse volte i riferimenti comparatistici sono espressi nel «ritenuto in fatto» o nella prima parte del «considerato in diritto» in cui la Corte riassume le argomentazioni delle parti (ad esempio, sent. n. 27 del 1991; sent. n. 27 del 1992 (in cui, «nel ritenuto in fatto» la Corte richiama le argomentazioni addotte dal giudice *a quo* ed in particolare alla legislazione svizzera, austriaca ed inglese in materia di adozione); sent. n. 233 del 1994; sent. n. 286 del 1995; sent. n. 223 del 1996; sent. n. 502 del 2000; sentt. nn. 179 e 448 del 2002; sent. n. 49 del 2003; sentt. nn. 2, 24 e 204 del 2004 (in tema di giurisdizione esclusiva in cui la Corte, nel ritenuto in fatto, richiama alcuni riferimenti all'esperienza francese contenuti nell'ordinanza di rimessione). Riteniamo che questo genere di riferimenti non sia utile ai fini della nostra analisi dal momento che la Corte non sembra fare proprio l'argomento comparatistico. Si v. inoltre la sent. n. 329 del 1992, su cui *infra*, nt. 110.

[100] V. ad esempio, ord. n. 59 del 1988 (in cui la Corte invita il legislatore ad adottare «azioni specifiche, sul modello di quelle contemplate dalle legislazioni tedesca e svizzera in favore delle associazioni dei consumatori»); sent. n. 182 del 1988 (in cui la Corte ricorda che «vigente ancora il codice civile del 1865, la dottrina italiana già tendeva a discostarsi da quella francese, per quanto concerne la lettura rigorosamente contrattualistica dell'adozione»); sent. n. 286 del 1995 (in cui si menziona l'abolizione della c.d. presunzione muciana in Francia); sent. n. 370 del 1996 (in cui si fa un breve cenno alla legislazione francese sul possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli ed il possesso ingiustificato di valori); sent. n. 431 del 2000 in cui c'è un riferimento «all'esclusione del meccanismo compensativo rispetto ai crediti, acquistati per atto *inter vivos*, già scaduti (prevista, ad esempio, negli ordinamenti tedesco, austriaco e svizzero)»; sent. n. 303 del 2003 (in cui la Corte ricorda «la rilevanza costituzionale dell'interesse nazionale che legittima, negli Stati Uniti con la clausola degli *implied powers*, in Germania con quella della *Sachzusammenhang* o della *Natur der Sache*, l'intervento della federazione nelle materie di competenza degli Stati membri»); sent. 49/2005, in tema di ammissibilità di uno dei referendum sulla procreazione assistita («numerose legislazioni nazionali ammettono la fecondazione eterologa con seme di donatori ma non quella con ovocita di donatrice, come ad esempio accade in Germania, Austria e Norvegia»).

[101] Su questi temi, A. PIZZORUSSO, *La manutenzione del libro delle leggi ed altri studi sulla legislazione*, Giappichelli, Torino, 1999, in part. p. 12 ss. e *Comparazione giuridica e sistema*

Inoltre, in taluni settori del diritto, è ben noto come l'analisi comparata delle legislazioni abbia costituito oggetto di studio in un periodo precedente a quello in cui si è invece affermata la comparazione sui temi della giustizia costituzionale; all'inizio del secolo scorso, in reazione al nazionalismo che aveva caratterizzato l'epoca precedente, essa si inserì infatti nei primi tentativi di unificazione ed armonizzazione di taluni settori del diritto [102] ed è interessante osservare come in questo contesto fu rilevante il contributo di paesi – quali ad esempio gli Stati Uniti – dei quali invece si è osservata la scarsa apertura sul piano della comparazione costituzionale sino a pochi anni or sono [103].

Se, dunque, si escludono le pronunce contenenti i riferimenti sin qui descritti, constatiamo come le decisioni utili ai fini della nostra analisi siano molto limitate. Esse si concentrano, in prevalenza, negli anni Ottanta e nella maggior parte dei casi non riguardano, al pari delle pronunce straniere analizzate nelle pagine precedenti, la tutela dei diritti fondamentali.

In una sentenza del 1980, relativa ad un conflitto di attribuzione proposto dalla Regione Sardegna avente ad oggetto un provvedimento del Ministero dell'Agricoltura di individuazione di alcune aree protette, la Corte, dopo aver sottolineato che «la competenza a concludere i trattati, o ad aderirvi, costituisce una necessaria ed esclusiva attribuzione dello Stato» aggiunge che «diversamente, si dovrebbe ritenere che l'ambito costituzionalmente riservato all'autonomia regionale resti, per definizione, escluso dalla sfera, nella quale si svolgono le relazioni esterne dello Stato». Per confortare questa affermazione la Corte cita una pronuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti, in un'analoga vicenda [104] in cui si afferma che la sottrazione del potere di stipulare trattati allo Stato produrrebbe la «conseguenza di creare un vuoto, dove, invece, deve risiedere un potere della massima importanza […] che appartiene a qualsiasi governo civile».

In un giudizio di legittimità costituzionale dell'anno successivo, la Corte è chiamata a valutare se la legge che estende ai parlamentari europei le garanzie di cui all'art. 68 Cost. violi il disposto dall'art. 11 Cost. Sostiene, infatti, il giudice *a quo* che in questo caso sarebbero assenti le «condizioni di parità con

---

delle fonti del diritto, cit., in part. p. 73 ss. Cfr. inoltre BARSOTTI-VARANO, *La tradizione giuridica occidentale*, vol. 1, cit., p. 8 ss.

[102] Si pensi, ad esempio, ai tentativi di unificazione delle norme del diritto internazionale privato e delle norme processuali promosse dalla Conferenza dell'Aja sul diritto internazionale privato, istituita nel 1893 ed ancora all'*International Institute for the Unification of Private Law*, *(UNIDROIT)* fondato nel 1926 nell'ambito dell'Società delle Nazioni.

[103] SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, *Comparative Law*, cit., p. 37 ss.

[104] *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920).

gli altri Stati» (che l'art. 11 Cost. esige per legittimare sul piano costituzionale la rinuncia ad una parte della sovranità) nei riguardi della Francia, a causa di una decisione del *Conseil constitutionnel* (relativa all'elezione diretta dei parlamentari europei) secondo la quale ogni impegno internazionale, contrario a Costituzione, non può essere ratificato se prima non intervenga procedimento di revisione costituzionale. Questo rilievo del giudice *a quo* offre alla Corte l'occasione per un'approfondita analisi della pronuncia del *Conseil*, nella quale essa ripercorre i caratteri del controllo preventivo di legittimità costituzionale previsto nell'ordinamento francese ed i suoi presupposti per poi concludere negando ogni contrasto con la soluzione accolta nell'ordinamento francese [105].

Nel 1985 la Corte affronta, invece, una questione di costituzionalità relativa ai diritti dei transessuali e cita, per inciso, una pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* sullo stesso tema [106]; nel 1987, nel valutare la sindacabilità costituzionale delle norme di diritto internazionale privato e la configurabilità di un contrasto costituzionalmente rilevante fra una norma di rinvio inspirata alla prevalenza della legge nazionale del marito ed i princìpi costituzionali di eguaglianza fra uomo e donna e fra coniugi, richiama sinteticamente due decisioni del Tribunale costituzionale della Repubblica federale tedesca [107].

---

[105] Sent. n. 300 del 1984. La pronuncia francese è del 30 dicembre 1976, n. 76-71 DC. La Corte costituzionale ricorda che «il Presidente chiedeva di conoscere se l'elezione diretta dei parlamentari europei potesse comportare contrasto con un principio fondamentale della Costituzione francese quale quello dell'"indivisibilità della Repubblica" affermato nell'art. 2 Cost.». Tale richiesta, «lungi dal comportare rottura delle condizioni di parità volute dall'art. 11 della nostra Cost., si adegua, anzi, perfettamente al nostro ordinamento, dato che nemmeno da noi l'autorizzazione preventiva di cui al citato articolo potrebbe mai coprire e consentire violazioni di principi fondamentali o di diritti inalienabili. In effetti, la Decisione del Consiglio Costituzionale riporta, fra l'altro, il preambolo della Costituzione francese del 1946, confermato da quello della Costituzione del 1958 che é assolutamente identico al contenuto essenziale del nostro art. 11 Cost., là dove appunto vengono consentite, sotto riserva di reciprocità, le limitazioni di sovranità necessarie all'organizzazione e alla difesa della pace. Tant'è che il Consiglio, constatato che l'elezione diretta dei rappresentanti francesi nell'Assemblea comunitaria non mette in discussione l'indivisibilità della Repubblica, dichiara Trattato e Allegato compatibili colla Costituzione».

[106] Sent. n. 161 del 1985 («Nel transessuale, infatti, l'esigenza fondamentale da soddisfare é quella di far coincidere il soma con la psiche (come ebbe ad esprimersi il *Bundesverfassungsgericht* nella nota sentenza dell'11 aprile 1978), ed a questo effetto, di norma, é indispensabile il ricorso all'operazione chirurgica»).

[107] Sent. n. 71 del 1987. Le pronunce del Tribunale costituzionale tedesco sono le sentt. 4 maggio 1971, 22 febbraio 1983 e 8 gennaio 1985: la prima affermativa della sindacabilità costituzionale delle norme di collisione e le altre due dichiarative dell'illegittimità di norme di rinvio che sancivano l'applicabilità della legge del marito, indipendentemente dal contenuto della norma sostanziale applicabile.

Infine, nel 1988 in una questione di legittimità costituzionale riguardante il c.d. furto d'uso (ossia il furto commesso allo scopo di far uso momentaneo della cosa sottratta nell'intenzione di restituire la cosa stessa immediatamente dopo l'uso) la Corte ricorda la disciplina della fattispecie negli ordinamenti di *common law* (e cita a questo proposito il *Thaft Act* inglese ed alcuni precedenti statunitensi in tema) [108], mentre nel 1992, in un giudizio in via incidentale, confronta la disciplina italiana con quella di alcuni paesi stranieri sul tema dell'immunità degli stati esteri dalla giurisdizione cautelare ed esecutiva [109].

Nel confronto con la giurisprudenza straniera richiamata in precedenza risulta quindi evidente non solo la scarsità delle pronunce in cui la nostra Corte dialoga con le corti straniere [110], ma anche come i pochi riferimenti alla giurisprudenza straniera siano spesso meramente incidentali. La Corte si limita infatti in genere alla sola indicazione degli estremi della pronuncia e dunque, con l'eccezione della sentenza del 1984 in cui si affronta diffusamente l'esame dei contenuti e della *ratio decidendi* della decisione del *Conseil* francese, non si riscontrano riflessioni sull'*iter* logico ed argomentativo seguito dalle altre corti.

Il richiamo alla giurisprudenza delle corti costituzionali straniere nella nostra giurisprudenza costituzionale è, quindi, in genere motivato dalla sola volontà della Corte di avvalorare le proprie conclusioni; a differenza di quanto avviene in altri paesi, non si rinvengono infatti pronunce in cui l'intento del nostro giudice delle leggi è quello di sottolineare le differenze tra i nostri

---

[108] Sent. n. 1085 del 1988.

[109] Sent. n. 329 del 1992 (La Corte in particolare sottolinea come «l'immunità ristretta (o funzionale) in materia cautelare ed esecutiva, verso la quale la giurisprudenza italiana si era orientata già nel primo dopoguerra (cfr. Cass., sez. un., 13 marzo 1926, n. 729) sia stata affermata, per esempio, dalla Corte di Cassazione francese a partire dagli *arrets Englander* dell'11 febbraio 1969 e *Clerget* del 2 novembre 1971, dalla Corte costituzionale della Germania federale con le sentenze 13 dicembre 1977 (in una causa contro la Repubblica delle Filippine) e 12 aprile 1983 (in una causa contro la *National Iranian Oil Company*), dal Tribunale federale svizzero con numerose pronunce (da ultimo, sentenza 19 gennaio 1987, in una causa contro la Repubblica socialista della Romania) e dalla Corte d'appello dell'Aja (sentenza 28 novembre 1968, in *N.K Cabolent* c. *National Iranian Oil Company*)». La Corte richiama, inoltre, le affermazioni espresse dal Tribunale di Francoforte s.M. nella sent. 2 dicembre 1975, in una causa analoga contro la Banca centrale della Nigeria ed, in un successivo passaggio della motivazione, le legislazioni del Regno Unito (*State Immunity Act*, cit.), degli U.S.A. (*Foreign Sovereign Immunities Act* del 21 ottobre 1976) e altre di tipo analogo (Canada, Sud Africa, Pakistan, Singapore e Australia), sottolineando le differenze con la disciplina italiana. La Corte conclude, dunque, ammettendo che la disciplina del nostro Paese dà luogo a difficoltà applicative, ma ammette che «in mancanza di un intervento legislativo, essa è l'unica disponibile».

[110] In questo senso concludono anche PEGORARO-DAMIANI, *op. cit.*, p. 429.

principi costituzionali (ed «diritto costituzionale vivente») con i principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale straniera [111]. Inoltre la scarsità dei riferimenti ed il loro relativo peso nella decisione, fanno sì che la Corte non sia indotta a giustificare gli obiettivi del ricorso alla comparazione.

Le ragioni della minore propensione della nostra Corte al confronto con le corti straniere possono essere, a nostro parere, rinvenute nell'assenza di molti di quei presupposti che, con riferimento a queste ultime, giustificano il frequente ricorso a citazioni tratte da precedenti stranieri: la nostra Corte non è, infatti, una corte di recente istituzione, né con riferimento all'Italia valgono quelle considerazioni espresse in merito alle nuove democrazie dove le corti sono indotte a contribuire al processo di democratizzazione o all'*enforcement* delle nuove costituzioni.

Dall'esame complessivo delle pronunce degli ultimi venti anni si può pertanto desumere che la frequenza e il grado di approfondimento dei richiami comparatistici siano piuttosto da attribuire alla sensibilità dei singoli componenti della Corte che non a fattori di ordine politico o culturale. Questa considerazione può ritenersi valida anche con riferimento alle altre corti costituzionali sin qui analizzate: anche in Canada e Stati Uniti si può, infatti, osservare che l'attenzione verso le esperienze straniere di giustizia costituzionale è spesso legata anche alla formazione comparatistica di alcuni dei giudici costituzionali [112].

È, tuttavia, probabile che sulla scarsità del confronto con le altre Corti costituzionali influisca, in secondo luogo la stessa tecnica di stesura delle pronunce la quale, non prevedendo note a margine del testo, non consente alla Corte di esplicitare il proprio ragionamento attraverso riferimenti alla dottrina ed alla giurisprudenza anche straniere, così come avviene nella giurisprudenza canadese e statunitense. Potrebbe quindi essere in parte estesa anche alla nostra giurisprudenza costituzionale quella osservazione in passato svolta sull'esperienza francese riguardo alla quale si è osservato come la tecnica dei «*vu*» e dei «*considérant*» abbia a lungo rappresentato uno dei fattori dell'assenza dei riferimenti comparatistici nella giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* [113].

---

[111] La Corte distingue invece la nostra normativa da quella straniera nella sent. n. 329 del 1992 (su cui v. *supra*, nella nota precedente) ma, il confronto con la legislazione straniera non è utile ai fini di questo lavoro in quanto l'obiettivo è quello di stimolare un intervento del legislatore.

[112] Si pensi al giudice Sachs, estensore di molte delle pronunce della Corte Suprema sudafricana citate in questo lavoro o alle riflessioni espresse dai giudici L'Heyreux-Dube, *ex* componente delle Corte Suprema canadese (su cui v. *supra*, nt. 4) e Tschudi-Madsen, *ex* Presidente della Corte Suprema norvegese (su cui *supra*, nt. 5).

[113] Sull'assenza dei riferimenti comparatistici nella giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* francese si v. PEGORARO-DAMIANI, *op. cit.*, p. 435 ss.

Infine, se, come si è detto, la comparazione nell'ambito della giurisprudenza costituzionale rappresenta l'ultima tappa di un più ampio processo in cui, in conseguenza della transnazionalità dei rapporti economici e commerciali, «l'organizzazione giuridica, in passato nettamente contrapposta tra paesi del Vecchio e Nuovo continente tende progressivamente ad uniformarsi» [114], è utile osservare quanto nel nostro Paese sia ancora limitata la «internazionalizzazione» degli studi legali e quindi la loro capacità di operare anche in paesi stranieri [115].

In una prospettiva diversa ed in linea con la tesi di questo studio, si pone invece l'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione in una pronuncia del 1997, nell'ambito della lunga e complessa vicenda giudiziaria che ha coinvolto la c.d. chiesa di *Scientology*. Riassumendo sinteticamente alcuni momenti dell'*iter* processuale, è utile ricordare che nel 1995 [116] la Suprema Corte censurò la decisione con cui la Corte d'appello di Milano nel 1993 [117] aveva condannato per associazione a delinquere alcuni componenti della chiesa di *Scientology*, adducendo, fra gli altri, il vizio del difetto di motivazione in relazione al carattere di confessione religiosa dell'associazione. Indicando quindi i criteri cui il giudice di rinvio avrebbe dovuto ispirare la propria decisione, la Corte chiarì la necessità di accertare, in primo luogo, la natura religiosa di *Scientology* al fine di poter ravvisare o escludere la commissione di alcuni reati da parte dei suoi appartenenti.

La Corte d'appello di Milano, nel 1996 [118], concluse escludendo la natura di confessione religiosa dell'organizzazione e condannando i suoi appartenenti; a tal fine essa si basò, tra gli altri, sul criterio della «comune considerazione» [119] sostenendo l'irrilevanza, in ragione della loro scarsità numerica ai fini del giudizio, delle sentenze di alcuni giudici di merito, ma soprattutto che «nulla rilevano i pareri di studiosi stranieri i quali non concorrono a formare

---

[114] Sull'avvicinamento *common law* e *civil law* in conseguenza di una nuova universale *lex mercatoria*, v. il recente volume di F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005 (la citazione è tratta da p. 8).

[115] Una ricerca, effettuata consultando la *Martingale-Hubbell Legal Directory* (al sito: *http://www.martindale.com*), rivela come a Milano, nel confronto con le capitali economiche di altri paesi europei, siano presenti 83 studi legali internazionali, a fronte dei 177 di Parigi, dei 706 di New York, dei 90 di Berlino, dei 138 di Madrid, dei 140 di Lisbona, dei 94 di Zurigo.

[116] Cass. 9 febbraio 1995, in *Foro it*., 1995, II, c. 689 con nota di N. COLAIANNI, *Caso Scientology: associazione religiosa o criminale?*, c. 693.

[117] Corte d'app. Milano, 5 novembre 1993, in *Foro it*., 1995, II, c. 693.

[118] Corte d'app. Milano, 2 dicembre 1996, in *Foro it*., 1998, II, c. 395.

[119] Il criterio era stato indicato, insieme con altri, dalla Corte costituzionale nella sent. n. 195 del 1993.

l'opinione pubblica italiana e si riferiscono a realtà sociali, storiche e culturali diverse della nostra» così come «*le sentenze di autorità giudiziarie di altri Stati [le quali avevano] attribuito o negato a* Scientology *il carattere di confessione religiosa sulla base di regole e principi diversi*».

La questione ritornò così nel 1997 [120] all'esame della Corte di Cassazione la quale rilevò il mancato rispetto dei vincoli imposti dalla sentenza di rinvio e ritenne sussistente, fra gli altri vizi, un difetto di motivazione per avere la Corte d'appello escluso la rilevanza dei pareri dottrinali e delle sentenze straniere di cui, invece, era opportuno tener conto ai fini della decisione.

Un primo motivo di interesse della pronuncia, anche se resa nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, risiede nell'affermazione circa l'opportunità di tener conto dei principi espressi in altri ordinamenti nell'applicazione ed interpretazione del diritto interno, sebbene si debba osservare che questa considerazione presenta probabilmente aspetti di minore novità nell'ambito della giurisprudenza di merito o di legittimità, di per sé più aperta alla considerazione di istituti dal carattere «trasnazionale» ed alla circolazione di modelli tra i vari ordinamenti.

Ma sono soprattutto le ragioni addotte dalla Corte di Cassazione sull'importanza del ricorso della comparazione per la ricostruzione della c.d. «comune considerazione» che interessano ai fini di questo studio: la Corte precisa, infatti, che il giudice di rinvio ha errato nel trascurare le affermazioni della dottrina e della giurisprudenza straniere «*a dispetto della globalizzazione dell'informazione e degli accessi sempre più numerosi aperti verso la stessa dal moltiplicarsi delle fonti mediatiche*» [121] lasciando così desumere che, a parere della Corte, l'opinione comune non possa essere correttamente valutata dall'interprete senza spingere lo sguardo al di là dei confini nazionali.

Tale affermazione non ha, a quanto ci consta, precedenti nella nostra giurisprudenza e conferma le considerazioni sin qui svolte in merito all'emergere, da parte delle corti di molti paesi, della consapevolezza circa la propria appartenenza ad un ordinamento giuridico globale.

Se la comparazione rappresenta, come scrive ad esempio Häberle, uno strumento necessario per il progresso della cultura costituzionale [122] non è da

---

[120] Cass. 8 ottobre 1997, in *Foro it*., 1998, II, c. 395 con nota di N. COLAIANNI, *La via giudiziaria alla religiosità: la vicenda di* «*Scientology*», c. 396. La vicenda giudiziaria si è conclusa con il definitivo riconoscimento da parte della Corte d'appello di Milano della natura religiosa di *Scientology* e con la conseguente assoluzione dei suoi adepti (cfr. Corte d'app. Milano, 5 ottobre 2000, in *Foro it.*, 2001, II, c. 644 con nota di M. FORMICA, *L'art. 416 c.p. e le confessioni religiose: un commento all'epilogo del* «*caso Scientology*», c. 644).

[121] Corsivo nostro.

[122] Sul c.d. *Textstufenparadigma*, ossia sul progresso della cultura costituzionale in conse-

escludere che in futuro anche la nostra Corte costituzionale non potrà esimersi dall'intraprendere una più intensa attività di dialogo e di confronto con le altre corti. Su questi sviluppi un notevole contributo potrà derivare anche dalla giurisprudenza comunitaria e dalla futura applicazione della nuova Costituzione europea la quale, quando i tempi saranno maturi per la sua entrata in vigore, contribuirà al rafforzamento del già elaborato patrimonio costituzionale comune, tuttavia su questi temi non si può che rinviare ad un futuro lavoro.

6. La comparazione come «quinto metodo di interpretazione» e la sua validità nell'ambito del diritto costituzionale

In un articolo del 1989 ed in successivi scritti, P. Häberle descrive la comparazione giuridica come un «quinto» metodo di interpretazione oltre ai quattro metodi classici descritti da F.C. von Savigny nel 1840 [123].

Prefigurando il ruolo che la comparazione avrebbe sempre più rivestito nel moderno stato costituzionale, Häberle vi ravvisa, dunque, un canone «imprescindibile» per l'interprete (ed in particolare per il giudice) il quale deve tener conto delle «dichiarazioni universali e regionali dei diritti umani» e delle «catene di precedenti delle altre corti costituzionali europee» [124]. L'interpretazione deve pertanto essere riferita «ad una triade di testi normativi, teorie e giudicati» in cui il peso dei singoli elementi dovrà, di volta in volta, essere valutato dal giudice in base ai caratteri del caso concreto sottoposto al suo esame.

---

guenza del confronto tra i testi costituzionali e dell'analisi delle analogie e differenze intercorrenti tra essi, P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Carocci, Roma, 2001.

[123] HÄBERLE, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat*, cit., p. 913 ss. Ma alcuni spunti su questo tema sono espressi anche in *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Giuffrè, Milano, 2003, in part. p. 112 ss.; *Efectividad de los derechos fundamentales en el Estrado constitucional*, in A. LOPEZ-PINA (a cura di), *La garantia constitucional de los derechos fundamentales*, Editorial Civitas, Madrid, p. 260 ss.; *La giurisdizione costituzionale nell'attuale fase di sviluppo dello stato costituzionale*, cit.

[124] In una prospettiva più generale di quella oggetto di questo lavoro, Häberle ritiene infatti che queste sue conclusioni siano confortate dai principi e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia con riferimento ai «principi generali del diritto» o dai contenuti di alcune recenti costituzioni (quali la Costituzione spagnola del 1978, in part. l'art. 10, secondo comma, che dispone «*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España*»).

Inoltre, «l'apertura verso l'esterno dei contenuti e delle dimensioni dei diritti fondamentali» contribuisce, secondo Häberle, al nascere di una «comunità di interpreti dei diritti fondamentali» a carattere internazionale [125] – una considerazione che trova conferma in alcune affermazioni delle corti costituzionali o nell'instaurarsi di forme di collaborazione tra i giudici di diversi paesi in precedenza richiamate nelle pagine precedenti.

Se dunque deve riconoscersi, anche in base alla recente giurisprudenza costituzionale, il ruolo della comparazione nell'interpretazione ed applicazione del diritto nazionale resta tuttavia da precisare, in conclusione della nostra analisi, quale validità possa essere attribuita alla comparazione nell'ambito dell'interpretazione ed applicazione dei diritti fondamentali; tale questione si lega strettamente, su un piano generale, agli obiettivi della comparazione e, con riferimento al tema in esame, alle finalità che il giudice persegue nel richiamare i precedenti stranieri.

Mentre, infatti, con riferimento al diritto privato il recepimento di istituti elaborati in paesi stranieri può essere giustificato dall'intento di ricercare nuove soluzioni a problemi pratici [126] o da finalità di tipo essenzialmente culturale [127], nell'ambito del diritto costituzionale ci si domanda se l'utilizzo di principi o valori costituzionali in una realtà giuridica diversa da quella in cui essi sono stati elaborati possa prescindere dai fattori, principalmente di natura politica, che hanno concorso al loro accoglimento [128].

La questione non si pone in termini problematici se, nella prospettiva accolta da alcune corti supreme o da una parte della dottrina, si ritiene che si assista ad una generale convergenza su principi costituzionali, la quale consente di generalizzare, con un alto livello di astrazione, le soluzioni adottate nelle singole esperienze [129].

---

[125] Secondo Häberle ciò fa sì che si internazionalizzi quella che egli descrive come la «comunità «aperta» degli interpreti.

[126] Cfr. K. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, Oxford Univ. Press, 1998, p. 17. V. inoltre TEITEL, *op. cit.*, in part. 2575.

[127] VARANO-BARSOTTI, *op. cit.*, in part. p. 14; G. GORLA, *Diritto comparato e straniero*, voce *dell'Enc. giur. Treccani*, vol. XI, 1988, pp. 2-5 (secondo cui «gli interessi immediati del comparatista sono interessi di conoscenza pura»; PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., in part. p. 154 (relativamente al contributo del diritto comparato alla conoscenza del diritto nazionale, considerato comprensivamente di tutti i suoi differenti settori); SCHLESINGER-BAADE-HERZOG-WISE, *op. cit.*, p. 8; ZWEIGERT-KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, cit., p. 15 (secondo i quali «*the primary aim of comparative law*, *as all sciences*, *is knowledge*»).

[128] Sulla questione, DORSEN-ROSENFELD-SAJO-BAER, cit., pp. 2-3; TUSHNET, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, cit.

[129] È questa la prospettiva accolta da DORSEN-ROSENFELD-SAJO-BAER, cit., in part. p. 8 i quali precisano che «*without regard to whether problems and solutions are essentially similar*

Senza pretesa di avanzare l'universalità di alcuni dei diritti fondamentali – la cui dimostrazione correrebbe il rischio di incorrere in una retorica sui caratteri essenziali delle moderne democrazie molto diffusa nell'attuale scenario politico internazionale – riteniamo che, con riferimento ad alcuni dei diritti umani, sia possibile ritenere esistente un minimo denominatore comune a molte nazioni ossia – mutuando un'espressione dagli studi comparatistici di diritto civile – un «*common core*». Alcuni caratteri ed aspetti della tutela di taluni diritti fondamentali (si pensi, ad esempio, alla libertà personale) presentano, infatti, una validità generale e possono essere utili ai fini dell'interpretazione ed integrazione delle singole costituzioni nazionali, prescindendo dai caratteri peculiari di ciascuna esperienza.

Peraltro attività di individuazione di un comune patrimonio giuridico sono state compiute anche in passato attraverso lo spontaneo riconoscimento di principi giuridici fondamentali a valere anche al di fuori dell'ordinamento in cui essi sono stati elaborati ed il cui esempio più significativo è rappresentato dall'art. 38, lett. *C*) dello statuto della Corte internazionale di giustizia in cui si prevede che essa possa applicare nelle sue decisioni «i princìpi generali del diritto riconosciuti dalle nazionali civili» [130].

Diversamente si pongono invece altre disposizioni contenute nelle carte fondamentali quali quelle che descrivono specifici aspetti della forma di governo, la cui applicazione in altre esperienze non può prescindere da un'attenta analisi dei presupposti storici, politici, culturali ed infine economici che hanno concorso alla loro adozione nell'ordinamento di origine. In alcuni casi l'applicazione di queste disposizioni, anche di quelle che posseggono un'apparente validità generale, si rende particolarmente complessa: si pensi, ad esempio, al principio statunitense della *separation of powers* il cui rapporto con il sistema dei *checks and balances* le conferisce caratteri del tutto peculiari [131].

Non è dunque casuale a nostro parere che le affermazioni più significative

---

across different constitutional systems, *one can mantain that there is a significant degree of congruence between the problems and their solutions across the spectrum of contemporary constitutional democracy*». *Contra*, invece, TEITEL, *Comparative Constitutional Law in a Global Age*, cit., p. 2575 ss. ed, inoltre, TUSHNET, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, cit., in part. p. 1238 ss.

[130] Sul diritto transnazionale, inteso non come una *lex mercatoria* a carattere transnazionale, ma con riferimento ai diritti fondamentali dell'uomo, v. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 321 ss.

[131] Sui caratteri peculiari della *separation of powers* nell'esperienza statunitense, si rinvia a A. SPERTI, *Corti Supreme e conflitti tra poteri. Spunti per un confronto Italia - USA sugli strumenti e le tecniche di giudizio del giudice costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005, in part. p. 11 ss.

nella giurisprudenza sin qui richiamate abbiano sottolineato il ruolo della comparazione con riferimento alla tutela di alcuni diritti fondamentali e come Häberle ed altri studiosi abbiano descritto la comparazione come metodo interpretativo con specifico riguardo al riconoscimento ed alla tutela dei diritti fondamentali.

Orientamenti del dibattito costituzionalistico in Germania (2004-2005)

di *Giorgio Repetto*

SOMMARIO: Premessa. – 1. Le trasformazioni del diritto costituzionale e il ruolo della legge. – 2. I diritti fondamentali nella riflessione costituzionalistica. – 2.1. Nuovi e vecchi paradigmi interpretativi dei diritti fondamentali. – 2.2. Le sorti della dignità umana. – 2.3. Stato sociale e diritti sociali tra legislazione e giurisdizione. – 2.4. I diritti fondamentali tra fattore religioso e pluralismo culturale. – 2.5. Il rapporto tra libertà e sicurezza. – 3. Organi costituzionali e organizzazione dello Stato. – 3.1. Il ruolo «politico» del Tribunale costituzionale federale. – 3.2. La (auto)sfiducia costruttiva e il ruolo dell'esecutivo. – 4. Il federalismo tra prospettive di riforma e dimensione europea. – 4.1. La riforma del federalismo a partire dai lavori della «Commissione per la modernizzazione dell'ordinamento federale»: poteri del *Bundesrat*, sussidiarietà e rapporti finanziari. – 4.2. Come portare le ragioni dei *Länder* in Europa? – 5. Costituzione, identità, diritti: quali prospettive per il diritto costituzionale europeo? – 5.1. La costituzionalizzazione dell'UE tra principi e procedure. – 5.2. Dal dibattito sulla costituzione al dibattito sull'identità costituzionale europea. – 5.3. I diritti fondamentali sovranazionali e le riserve statali di sovranità nella giurisprudenza costituzionale.

Premessa

Con la presente rassegna si intendono mettere in evidenza quei temi affrontati dalla dottrina costituzionalistica tedesca negli ultimi due anni che, per l'affinità di questioni sollevate o per il rilievo dell'analisi, possono interessare più da vicino il lettore italiano.

Nel selezionare e prendere in esame gli argomenti, ci si è concentrati sulle questioni più rilevanti del dibattito costituzionale, cercando in particolare di individuare quali orientamenti emergono, in una realtà scientifica ricca e articolata come quella tedesca, nel momento in cui ci si confronta con la progressiva trasformazione degli strumenti e dei concetti propri di un diritto costituzionale da sempre pensato come diritto-dello-Stato (*Staatsrecht*).

L'attenzione verterà quindi sui principali snodi di una riflessione che, pur concentrandosi intensamente su questioni di respiro teorico, rimane comun-

que attenta alle dinamiche della realtà costituzionale e, in particolare, alla necessità di salvaguardare la prescrittività e la centralità della Legge fondamentale (d'ora in poi: L.F.). In questa chiave, l'analisi delle prospettive di riforma di taluni settori dell'ordinamento costituzionale si accompagnerà ad un esame che investe alcune grandi coordinate del diritto e della teoria costituzionale, con una particolare attenzione all'impiego di metodi che cercano di aggiornare, quando non di rivedere, il patrimonio delle ricostruzioni dogmatiche consolidate.

Dopo un paragrafo iniziale dedicato alle questioni di metodo, quindi, verranno prese in esame quattro grandi aree tematiche: diritti fondamentali, organizzazione dello stato, federalismo e dinamiche europee. All'interno di esse, dopo aver selezionato le questioni più dibattute, verranno riportate le posizioni dottrinali più significative, anche al fine di rilevarne criticamente le principali argomentazioni e metterne in luce gli orientamenti metodologici e di valore.

Si deve infine precisare che, nel far ciò, si è principalmente tenuto conto dei contributi comparsi sulle più importanti riviste giuridiche, ma anche di quelle monografie che, trascendendo i confini della produzione universitaria tradizionale, più si prestano ad alimentare la curiosità del lettore straniero.

1. Le trasformazioni del diritto costituzionale e il ruolo della legge

L'analisi dei principali orientamenti del dibattito tedesco degli ultimi due anni impone preliminarmente di prendere in esame la riflessione sullo statuto del diritto costituzionale e sulla trasformazione degli istituti che ne hanno accompagnato l'evoluzione, primo fra tutti il concetto di legge.

La forte autorappresentazione dei giuristi tedeschi e, soprattutto, il raggiungimento di un alto grado di consenso sociale e scientifico sul valore della Legge fondamentale, infatti, hanno spesso spinto le indagini sul metodo della scienza giuspubblicistica a ignorare gli effetti delle dinamiche inter-, sovra- o transnazionali.

Può essere considerato segno di una maggiore e crescente consapevolezza [1], quindi, il fatto che l'Associazione dei giuspubblicisti di lingua tedesca abbia deciso di dedicare una sessione del proprio convegno annuale del 2003 proprio alle trasformazioni cui la scienza del diritto pubblico è soggetta nel quadro dei

[1] Testimoniata di recente, tra gli altri, anche da R. WAHL, *Erklären staatstheoretische Leitbegriffe die Europäische Union?*, in *Juristenzeitung*, 2005, p. 916.

fenomeni di europeizzazione ed internazionalizzazione del diritto [2]: a come cambia, quindi, la riflessione sulla costituzione nel momento in cui si affievoliscono i suoi assi portanti, costituiti dal ruolo dello stato, dalle fonti del diritto, dalla cittadinanza nazionale e dalla rappresentanza politica democratica [3].

Partendo da questa premessa, la prima relatrice, Juliane Kokott, si concentra sul legame tra il venir meno della centralità dello stato e l'emergere di una inedita forma di «democrazia postnazionale». Quest'ultima, che ricomprende sia l'Unione europea che il diritto internazionale contemporaneo, merita infatti di essere attentamente presa in esame perché, dopo aver contribuito a disarticolare il sistema delle fonti, costituisce attualmente l'ambito in cui le diverse istanze produttive di regolazione giuridica sono chiamate ad armonizzarsi.

Oltre che i livelli della regolazione, tuttavia, l'affermazione di una simile democrazia postnazionale obbliga a ripensare alla radice le stesse dinamiche della sovranità nazionale. Basti il riferimento, ad esempio, all'univocità della relazione tra individuo e autorità – che si evolve ora verso la coesistenza di più identità costituzionali (cittadinanza nazionale, europea, internazionale) –, ma anche all'indebolimento delle forme di controllo e decisione parlamentare a livello interno e sovranazionale, cui si pone sempre più spesso rimedio mediante l'articolazione delle sedi decisionali a livello sub- e sovrastatale e con l'impiego del principio di sussidiarietà, inteso come criterio di struttura e di governo delle società complesse.

In questo quadro, secondo l'autrice, il diritto costituzionale deve non solo analizzare la continua molteplicità delle forme di produzione del diritto, al fine di individuarne le esigenze di coordinamento, ma anche salvaguardare, in nuovi ed inediti scenari, i vincoli e le garanzie iscritte nel tessuto delle costituzioni nazionali, riguadagnando così il portato essenziale dei principi e dei valori del costituzionalismo. Per far questo, sottolinea infine Kokott, è tuttavia necessario ripensare la dogmatica d'impronta positivistica, non solo perché sono ormai venuti meno i suoi presupposti tradizionali, ma anche perché un simile compito di analisi richiede sempre di più l'ingresso di ragioni di giustizia nel dibattito costituzionale, come è dimostrato dal rilievo preminente che hanno oggi le corti sovranazionali di tutela dei diritti dell'uomo [4].

---

[2] Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, *Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung*, Vol. 63, De Gruyter, Berlin, 2004.

[3] Su questi temi non si può non richiamare anche J. HABERMAS, *Eine politische Verfassung für die pluralistische Weltgesellschaft?*, in *Kritische Justiz*, 2005, p. 222.

[4] J. KOKOTT, *Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung. 1. Bericht*, in *op. ult. cit.*, p. 7.

L'altro relatore, Thomas Vesting, individua invece la crisi del diritto pubblico non tanto nell'incapacità della dimensione statale di far fronte ai processi di europeizzazione e globalizzazione, quanto piuttosto nel fatto che tale disciplina ha tradizionalmente presupposto l'esclusività del binomio tra stato e produzione di diritto. La trasformazione della scienza costituzionale non pare quindi la conseguenza della fase discendente della parabola della forma statale, bensì delle sistemazioni giuridiche di tipo gerarchico che hanno da sempre presieduto alla limitazione degli ambiti di effettività tra ordinamenti: diritto dello stato (*Staatsrecht*)/diritto europeo/diritto internazionale.

A fronte di ciò, l'autore passa in rassegna alcune risposte metodologiche che sono state date a queste trasformazioni, a partire dalla teoria dello «Stato aperto» di Udo di Fabio [5], sino ad arrivare agli indirizzi neocostituzionalistici di Günter Frankenberg e Gunther Teubner [6]. Dopo aver messo in luce gli elementi problematici di tali orientamenti, Vesting individua nelle teorie del pluralismo giuridico ispirate a Luhmann la chiave per risolvere i problemi del coordinamento tra ordinamenti giuridici. Questi ultimi, più che stabilire tra loro delle relazioni formalizzate (gerarchiche, di competenza, ecc.), devono essere considerati come parti equiordinate di un *network* composto da attori pubblici e privati, in cui ognuna di queste parti segue percorsi autonomi di regolazione giuridica. In un simile scenario, tuttavia, il diritto è destinato a diventare sempre di più un «diritto delle collisioni» (*Kollisionsrecht*) tra più sistemi ordinamentali, ed il diritto costituzionale niente di più che un sistema tra altri sistemi – accanto al diritto europeo, internazionale, dell'ambiente, dei consumatori, e così via –, cui non spetta più alcun monopolio della produzione normativa [7].

Meno drastica quanto alle prospettive della legge statale è, invece, l'attenta riflessione del giudice costituzionale Wolfgang Hoffmann-Riem [8].

Prendendo in considerazione i fattori che attualmente non consentono allo strumento legislativo di rispecchiare e di governare l'articolazione e la complessità delle moderne società, l'autore si chiede se, piuttosto che limitar-

---

[5] U. Di Fabio, *Das Recht offener Staaten*, Tübingen, Mohr, 1998.

[6] Di cui, rispettivamente, cfr. *Der Staat – Szenen eines Rückzugs oder: von der Staatslehre zur Verfassungstheorie*, in G. Frankenberg, *Autorität und Integration. Zur Grammatik von Recht und Verfassung*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 2003, p. 171 e *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*, in *Zeitschrift für allgemeines öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2003, p. 1.

[7] T. Vesting, *Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung. 2. Bericht*, in *op. cit.*, p. 41.

[8] W. Hoffmann-Riem, *Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch. Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2005, p. 5.

si a decretare il tramonto della legge, non sia il caso di recuperare nuove forme di razionalità dell'agire normativo del Parlamento, diversificandone ad esempio le forme, l'efficacia e i procedimenti di approvazione, ovvero vincolando l'applicazione della legge stessa a criteri più elastici e flessibili di quelli propri del principio di legalità in senso stretto.

Richiamando le acquisizioni della teoria dell'organizzazione e della scienza dell'amministrazione, Hoffmann-Riem prende ad esempio in esame le possibili forme che può assumere una legge allorché semplici norme generali e astratte non siano adeguate all'oggetto da disciplinare: leggi che creano strutture organizzative, che disciplinano e organizzano l'adozione di piani, programmi e strumenti d'azione amministrativa diluiti nel tempo, che fissano criteri per la gestione del bilancio pubblico, ecc. In ognuno di questi casi, l'azione del Parlamento deve attingere ad una razionalità non più legata all'adozione della singola decisione intesa come atto di volontà, ma al raggiungimento di un risultato condiviso dai destinatari delle regole, ottenuto mediante il loro coinvolgimento nel procedimento decisionale e, di conseguenza, attraverso la ricerca di una soluzione di compromesso tra i diversi attori in gioco. La stessa attuazione della legge, poi, dovrà lasciare spazio a margini di progressivo autoadattamento delle regole così fissate alla realtà sociale, così che l'amministrazione possa avere un ruolo più arbitrale, e meno autoritativo, di concretizzazione degli interessi pubblici e privati.

Solo garantendo l'equilibrio e la connessione tra i diversi ambiti settoriali di implementazione legislativa, infatti, la legge può pensare di continuare a svolgere un ruolo di guida dell'azione normativa statale e di inclusione della complessità sociale nella tendenziale unità dell'ordinamento.

Seppur da versanti e con strumenti d'analisi diversi, l'auspicio contenuto nelle posizioni di Vesting e di Hoffmann-Riem si muove tuttavia su uno stesso binario: tanto più il diritto costituzionale appare incapace di fare fronte all'erosione dei confini e dei poteri statali, tanto più la dottrina deve trovare le formule per perseguire, più che l'estensione delle maglie regolative statali nelle forme autoritative tradizionali, una procedimentalizzazione dell'azione dei poteri pubblici (ed in particolare della legge), che possa garantire il coordinamento e la composizione delle istanze e degli interessi provenienti dalla società.

2. I diritti fondamentali nella riflessione costituzionalistica

La riflessione della dottrina tedesca sui diritti fondamentali ha trovato negli ultimi anni nuove aree d'interesse, pur senza abbandonare una tradizione scientifica che continua ad interrogarsi sul loro statuto costituzionale,

sulla loro funzione nel quadro dei rapporti tra stato e società e sui principali orientamenti metodologici sottesi alle diverse tecniche interpretative. Grazie ad una giurisprudenza costituzionale da sempre impegnata a calarli nella concretezza della realtà giuridica ad una cultura giuridica molto attenta all'evoluzione del loro significato e della loro sfera di applicazione, i *Grundrechte* costituiscono una componente essenziale degli studi costituzionalistici.

L'efficacia immediatamente vincolante loro attribuita dall'art. 1 della L.F., unitamente alla possibilità per i cittadini di fare ricorso direttamente al Tribunale costituzionale, hanno infatti comportato che sull'interpretazione dei diritti f ondamentali si trasferissero, di volta in volta, le principali problematiche legate all'evoluzione delle garanzie individuali, ai nuovi fattori di limitazione delle stesse e al ruolo delle politiche pubbliche al fine di assicurare una loro maggiore effettività.

Nel corso degli ultimi due anni, su questa scia, l'attenzione degli studiosi ha apertamente affrontato le problematiche legate ai nuovi orizzonti di applicazione dei diritti fondamentali (come quelli scaturenti dalle normative antiterrorismo o dalle sfide del pluralismo nelle moderne società multiculturali), pur senza trascurare temi più tradizionali come, ad esempio, lo statuto dell'interpretazione dei *Grundrechte*, il valore dei principi dello stato sociale e della dignità umana.

2.1. Nuovi e vecchi paradigmi interpretativi dei diritti fondamentali

Ernst-Wolfgang Böckenförde, in un celebre saggio del 1974, ricordava come il particolare ruolo dei diritti fondamentali nella Legge fondamentale facesse di ogni teoria dei *Grundrechte*, a ben vedere, una teoria sulla loro interpretazione [9]. È per questa ragione che, grazie anche ad una giurisprudenza costituzionale di rilevante spessore teorico, la dottrina tedesca ha da sempre dimostrato una grande attenzione ai temi dell'interpretazione costituzionale, affiancando ad una metodologia pragmatica incentrata sulla procedimentalizzazione del ragionamento giuridico [10] l'impiego di modelli interpretativi che ambiscono, al contrario, ad uno statuto di paradigmi gene-

---

[9] E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1974, p. 1529, ora pubblicato in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, Franfurt a.M., 1991, p. 115.

[10] Un classico esempio di questo approccio, frequente nella manualistica, è il volume di B. Pieroth-B. Schlink, *Grundrechte. Staatsrecht II*, 21. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, 2005.

rali [11]. Tra questi ultimi, la teoria del bilanciamento e la teoria dei valori costituiscono indubbiamente quelli più noti al lettore italiano, ed è proprio intorno a questi che si registra ultimamente una significativa riflessione.

La prima teoria è al centro della riflessione di K.-H. Ladeur nel breve volume dal titolo «*Critica del bilanciamento nella dogmatica dei diritti fondamentali*» [12].

La dottrina del bilanciamento, nota l'autore, ha rappresentato nella riflessione costituzionalistica il sintomo di una progressiva sovrapposizione tra concretizzazione giurisprudenziale dei diritti fondamentali [13] e spazi di azione politica demandati al legislatore o all'autoorganizzazione della società: tanto più si è estesa la prima, secondo Ladeur, tanto più si è ridotta la capacità dei secondi di trasferire la portata dei diritti all'interno del sistema di riferimento. Prendendo quindi le mosse da un approccio ordoliberale e sistemico (nel senso di Luhmann), l'autore vede sullo sfondo della tradizionale teoria sul bilanciamento una concezione dei diritti fondamentali che, trascurando il loro potenziale nel differenziare i vari sistemi sociali, fa dello stato e delle sue strutture l'elemento unificante dell'organizzazione sociale [14]. L'analisi del volume, pertanto, mira a sottrarre al bilanciamento effettuato dalla giurisprudenza costituzionale il monopolio nella definizione dei contenuti di garanzia dei diritti fondamentali, affidandolo a «sistemi cooperativi» che riflettono l'articolazione pluralista dei diversi sistemi sociali.

Per quanto problematico possa apparire l'esito prefigurato nella riflessione di questo autore, vale la pena sottolineare che critiche non dissimili trovano oggi una certa risonanza, anche se da versanti diversi, anche in settori più tradizionali della dottrina. Sono significative, da questo punto di vista, le considerazioni che un giudice costituzionale come Udo Di Fabio dedica al paradigma interpretativo che costituisce il *pendant* del bilancia-

---

[11] Per una sintesi ed una rassegna dei diversi orientamenti interpretativi, v. ora J.F. LINDNER, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, Mohr, Tübingen, 2005 e U. VOLKMANN, *Veränderungen der Grundrechtsdogmatik*, in *Juristenzeitung*, 2005, p. 261.

[12] K.-H. LADEUR, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Walter Eucken Institut, Beiträge zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik, Mohr, Tübingen, 2004.

[13] Sul tema della *Grundrechtsausgestaltung* v. ora M. CORNILS, *Die Ausgestaltung der Grundrechte*, Mohr, Tübingen, 2005.

[14] Su questo dibattito, si veda anche W. KAHL, *Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt. Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik*, in *Der Staat*, 2004, p. 167 nonché la replica di W. HOFFMANN-RIEM, *Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch. Eine Erwiderung auf Kahls Kritik an neueren Ansätzen in der Grundrechtsdogmatik*, *ivi*, p. 203.

mento, ovvero la teoria dei *Grundrechte* come «ordinamento di valori» (*Werteordnung*) [15].

Il punto di partenza dell'analisi di Di Fabio è che il richiamo ai valori nel discorso pubblico, ed in particolare nell'argomentazione del giudice costituzionale, porta con sé il rischio del soggettivismo e dell'arbitrarietà delle decisioni. Proprio la giurisprudenza costituzionale, in più di un'occasione, ha finito per assegnare a taluni diritti fondamentali (come la dignità umana, la libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa) un rango di «valori supremi» – e quindi un *surplus* di valore normativo – che ha reso difficilmente armonizzabile il loro contenuto di garanzia con le altre situazioni protette. Secondo l'autore, questa teoria merita di essere integrata, più che messa in discussione *tout court*, con una razionalità argomentativa che subordini l'impiego dei valori al quadro sistematico dei diritti contenuti nella Legge fondamentale. Così, ad esempio, il richiamo alla dignità umana non può valere in assoluto, così da escludere il confronto con valori contrapposti. Al contrario, il suo richiamo deve avvenire all'interno del tessuto complessivo della Legge fondamentale, onde individuarne la portata sulla base dell'insieme dei valori costituzionali.

In definitiva, la proposta di Di Fabio va nella direzione di una formalizzazione della teoria dei valori, che salvaguardi al tempo stesso l'unità sistematica del testo costituzionale e il ruolo decisivo del Tribunale costituzionale come sede privilegiata di emersione del contenuto valoriale delle garanzie costituzionali.

2.2. Le sorti della dignità umana

Valore costituzionale per eccellenza e, al tempo stesso, principio guida per l'interpretazione dei diritti fondamentali, la dignità umana ha rappresentato negli ultimi anni l'oggetto di una rilevante mole di studi. A fronte di una dottrina che, tradizionalmente, vedeva nell'assolutezza del principio della *Menschenwürde* l'espressione di un consenso sui valori fondanti dell'ordinamento, diversi studi degli ultimi anni ne hanno problematizzato la portata e l'interpretazione consolidata. In particolare, l'insegnamento per cui la dignità umana non costituisce un diritto fondamentale in senso stretto, bensì un valore pre-positivo che non ammette di essere bilanciato con i *Grundrechte*, è stato messo in discussione a partire dalla possibilità di richiamarsi ad esso, relativizzandolo, per affrontare e risolvere le problema-

[15] U. Di Fabio, *Grundrechte als Werteordnung*, in *Juristenzeitung*, 2004, p. 1.

tiche legate, ad esempio, all'impiego delle biotecnologie o alle misure antiterrorismo [16].

Così, prendendo spunto dalle dure critiche rivolte nel 2003 da E.-W. Böckenförde alla riscrittura del commento all'art. 1, par. 1, della L.F. redatto da M. Herdegen per il *Grundgesetz Kommentar* a cura di Maunz e Dürig [17], Martin Nettesheim si è interrogato sulle diverse dimensioni che il principio della dignità umana può avere nei moderni ordinamenti giuridici, segnati dal pluralismo e dal confronto tra diverse visioni del mondo [18]. Se da un lato, infatti, si rivelano sempre più inadeguati gli orientamenti che ne sostengono la coincidenza con qualità metafisiche proprie dell'essere umano, è pur vero, dall'altro lato, che l'attribuzione alla dignità di un'accezione comunitaria ed intersoggettiva (H. Hoffmann [19]) non può costituire, da sola, la risposta al venir meno di un suo fondamento condiviso.

In questo quadro, la *Menschenwürde* deve aprirsi ad una pluralità di significati e diventare così il crocevia di diverse visioni del rapporto tra individuo, comunità e pubblici poteri: al tempo stesso garanzia di autodeterminazione dell'individuo, componente essenziale di un'etica pubblica, principio di tutela della vita prenatale ma anche – a monte di ciò – del pluralismo delle matrici culturali di cui si alimenta il *Menschenbild* fatto proprio dalla Legge fondamentale.

A partire da una simile riflessione, quindi, è ben possibile pensare che l'interpretazione della dignità umana possa in futuro liberarsi da quella ipoteca di rigidità che ne ha sino ad oggi segnato le applicazioni concrete, contribuendo così a renderla elemento aperto di dibattito costituzionale.

---

[16] Su questi aspetti si vedano: F. Hufen, *Erosion der Menschenwürde?*, in *Juristenzeitung*, 2004, p. 313; R. Poscher, *«Die Würde des Menschen ist unantastbar»*, *ivi*, p. 756; H. Dreier, *Art. 1 Abs. 1*, in Id. (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Band I, 2. Aufl., Mohr, Tübingen, 2004.

[17] Alla riscrittura del commento in questione da parte di Herdegen, originariamente redatto da Günter Dürig e considerato il capostipite dei lavori sulla dignità umana, ha replicato duramente Böckenförde in due occasioni: in *Die Würde des Menschen war unantastbar*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 3 settembre 2003, 33 e, successivamente, in *Menschenwürde als normatives Prinzip*, in *Juristenzeitung*, 2003, p. 809.

[18] M. Nettesheim, *Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopos*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2005, p. 71.

[19] Di cui si veda *Die versprochene Menschenwürde*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1993, p. 353, trad. it. *La promessa della dignità umana. La dignità dell'uomo nella cultura giuridica tedesca*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1999, p. 620.

2.3. Stato sociale e diritti sociali tra legislazione e giurisdizione

Il tentativo di conciliare l'assenza, nel testo della Legge fondamentale, di un catalogo di diritti sociali con la caratterizzazione in senso sociale dell'ordinamento costituzionale, sancita dall'art. 20 L.F., ha da sempre costituito uno dei campi d'elezione della riflessione degli studiosi del diritto pubblico. È quindi su un terreno ampiamente dissodato, seppur in una direzione oggi più aperta alle dinamiche europee, che si è svolto nel 2004 l'incontro annuale dei giuspubblicisti, dedicato appunto a «*Lo stato sociale in Germania e in Europa*»[20].

Nella sessione di studio dal titolo «*Il principio dello stato sociale tra responsabilità individuale e assistenza pubblica*»[21], i due relatori – Christoph Enders e Ewald Wiederin – hanno cercato di mettere in luce, da diversi punti di vista, quanto l'affermazione della *Sozialstaatlichkeit* in Germania abbia conformato il rapporto tra individuo e società e come, nella vigenza della Legge fondamentale, la proclamazione in sede giurisprudenziale dei diritti sociali abbia influito sul riconoscimento degli altri diritti fondamentali.

Secondo Enders, ad esempio, l'esperienza tedesca dimostra chiaramente, a partire dalle riforme di Bismarck, quanto lo stato sociale abbia sempre assunto una funzione disciplinare, rivolta il più delle volte a iscrivere l'autonomia dei cittadini all'interno di un quadro di valori e di principi in grado di imporsi persino sui diritti classici di libertà o di partecipazione politica. Un esito del genere viene valutato problematicamente da Enders, ma a suo avviso potrebbe essere oggi scongiurato valorizzando un'idea di assistenza pubblica (*Fürsorge*) maggiormente basata su un rapporto di reciprocità tra consociati e meno sulla creazione di un ordine ideale e virtuoso che, in quanto imposto «dall'alto», sacrifica eccessivamente le istanze di autodeterminazione individuale.

Più ispirata da un approccio comparatistico è, invece, la relazione di Wiederin, il quale nota che il principio dello stato sociale è compatibile sia con un modello di riconoscimento fondato sulla dichiarazione dei diritti sociali (secondo l'esempio della Costituzione di Weimar o di quella italiana), sia con un modello incentrato sul ruolo dei compiti e delle politiche pubbliche (il cui modello è costituito dalla Costituzione francese del 1848 e dalle vigenti costituzioni austriaca e tedesca). In questo quadro, l'accento viene

---

[20] Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, *Der Sozialstaat in Deutschland und Europa*, Vol. 64, De Gruyter, Berlin, 2005.

[21] *Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge*, *ibidem*, p. 7 ss.

posto sul fatto che, a dispetto della diversità dei modelli di riconoscimento, il livello di sviluppo del moderno stato sociale solo in parte deve essere ricondotto al fondamento costituzionale dei relativi diritti fondamentali. Come dimostra proprio l'esperienza della Repubblica federale, un elevato *standard* di protezione ben può essere raggiunto attraverso istituti come i limiti al diritto di proprietà, la dignità umana o il principio d'uguaglianza, che operano come direttive di adeguamento delle politiche pubbliche a finalità socialmente rilevanti.

L'altra sessione di studio è invece stata dedicata a «*Tutela antidiscriminatoria e diritto privato*» [22]. Entrambi i relatori, Matthias Jestaedt e Gabriele Britz, si sono confrontati con il progetto di introdurre nella normativa civilistica un divieto generale di discriminazione, che si estenda come tale al di là dei limitati settori in cui simile principio è già legislativamente riconosciuto. Rivisitando il problema dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, da un lato, e il valore dei fattori di non discriminazione previsti dall'art. 3 della L.F., dall'altro, viene sottolineata dai due autori la difficoltà di trasporre a livello interno un modello tendenzialmente universalistico di tutela antidiscriminatoria come quello affermatosi nell'ordinamento comunitario.

Ad un simile esito osta, secondo Jestaedt, l'impossibilità di equiparare i vincoli di pari trattamento cui è sottoposto il legislatore ordinario (generali ed illimitati) e quelli che dovrebbero invece gravare sui privati, da ricondursi, in via del tutto eccezionale, alla violazione di specifici principi costituzionali. Né sarebbe possibile, secondo quanto sostenuto da Britz, ritenere che un simile fondamento possa rinvenirsi nella protezione di situazioni giuridiche dei soggetti genericamente svantaggiati, considerato che la struttura di una simile tutela antidiscriminatoria appare più congeniale alla protezione di individui o gruppi discriminati in ragione di caratteristiche specifiche e non generalizzabili.

All'effettività del riconoscimento dei diritti sociali e alle relative tecniche di garanzia nella giurisprudenza costituzionale è infine dedicato l'importante saggio di G. Lübbe-Wolff dal titolo «*Giustiziabilità dei diritti sociali fondamentali e compiti costituzionali*» [23]. L'autrice parte dalla constatazione che i diritti sociali richiedono, per il loro riconoscimento, un intervento positivo, la cui linea di sviluppo è segnata – in assenza di un catalogo di situazioni protette – dalle direttive-principio contenute nella Legge fondamentale (uguaglianza, protezione dell'ambiente, tutela della famiglia, ecc.). In un contesto

---

[22] *Diskriminierungsschutz und Privatautonomie*, *ibidem*, p. 298 ss.

[23] G. Lübbe-Wolff, *Justiziabilität sozialer Grundrechte und Verfassungsaufträge*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, N.F. Band 53, Mohr, Tübingen, 2005, p. 1 ss.

del genere, la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale ha svolto in più di un'occasione una funzione di supplenza del potere legislativo (ad esempio mediante l'impiego di sentenze «monito», ovvero intervenendo attivamente nella disciplina di taluni istituti di settore), che ha tuttavia reso occasionale e incompleto il modello di riconoscimento di tali diritti. Senza auspicare un *self restraint* dei giudici di Karlsruhe, l'autrice (anch'essa giudice costituzionale) propone piuttosto un modello interpretativo che faccia del riconoscimento in sede giurisdizionale dei diritti sociali il quadro positivo di realizzazione dei principi di natura sociale contenuti nella Legge fondamentale, più che non la risposta frammentaria ad un'inerzia del legislatore.

Ancora una volta, l'esigenza primaria si rivela quella di garantire che la conformazione sociale dell'ordinamento costituzionale, pur in assenza di un catalogo di diritti specifici, possa esplicarsi in maniera coerente con le ricordate direttive di adeguamento, senza compromettere il raggio d'azione delle altre situazioni protette.

2.4. I diritti fondamentali tra fattore religioso e pluralismo culturale

Un altro rilevante capitolo della riflessione scientifica sui diritti fondamentali è costituito dalle vicende della libertà religiosa in una società multiculturale ed in un ordinamento orientato al principio di laicità.

A partire dalle prime pronunce del Tribunale costituzionale sull'ostentazione negli spazi pubblici dei simboli religiosi, infatti, la dottrina si è interrogata sulla misura in cui la difesa di un principio di «neutralità attiva» dei poteri pubblici nella materia religiosa sia compatibile con l'articolazione in senso pluralista delle fedi e delle confessioni.

L'ultimo capitolo (almeno per ora) di questo percorso è costituito dalla sentenza del 24 luglio 2004 del Tribunale amministrativo federale [24], con cui è stata definitivamente respinta la richiesta di un insegnante di religione islamica, Fereshta Ludin, di essere riammessa in servizio come insegnante in una scuola del Baden-Württemberg, dopo essere stata espulsa perché contraria a svolgere le sue funzioni senza indossare il velo. La soluzione adottata dal Tribunale amministrativo, come d'altronde quella analoga del Tribunale costituzionale del 24 settembre 2003 [25], è incentrata sul margine d'autonomia di cui godono i *Länder* nel disciplinare la materia, tenendo conto dei principi contenuti nella Legge fondamentale. Questi ultimi, secondo i giudici, assegnano

[24] La sentenza si può leggere in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, p. 3581.

[25] Cfr. *BVerfGE* 108, p. 282.

comunque un rilievo preminente alla libertà negativa di religione degli alunni rispetto alla pretesa dell'insegnante. Proprio a partire da questo caso, una serie di autori si è interrogata sulle prospettive di un simile modello di soluzione dei problemi del pluralismo delle opinioni religiose, giungendo a conclusioni che, al di là del giudizio sulle vicende concrete, mettono in luce le diverse declinazioni del rapporto tra sfera pubblica, fattore religioso e principio di laicità.

Juliane Kokott, ad esempio, propone una lettura del principio di laicità che, trovando le sue linee guida nei due principi di eguaglianza e di libertà religiosa, tiene fermo il tradizionale modello collaborativo tra stato e confessioni religiose, pur ponendo quale limite all'esercizio delle pratiche religiose il consenso con i valori fondamentali (*Grundwerte*) alla base del quadro costituzionale [26]. Sulla base di ciò, il divieto di indossare il velo viene giustificato dall'autrice proprio tenendo conto delle valenze fondamentalmente discriminatorie e degradanti che esso veicola, le quali non ammettono una tutela costituzionale per il fatto di incidere sulla libertà negativa degli alunni e sulla funzione educativa (*Erziehungsauftrag*) che spetta ai genitori.

Maggiormente critici nei confronti di un simile approccio sono invece Susanne Baer e Michael Wrase, i quali rilevano che la ricostruzione dei significati che può rivestire l'esibizione del velo islamico è stata effettuata in modo assai unilaterale non solo dalla giurisprudenza, ma anche da larga parte della dottrina [27]. Appiattendo i significati di una simile pratica religiosa sul solo «rischio astratto» che essa trasmetta un'immagine degradante della donna, infatti, questo approccio viene giustamente accusato di non tenere conto delle molteplici valenze che il velo islamico può avere (culturali, di autorappresentazione, ecc.), in ciò non dissimilmente da altri simboli religiosi (come il crocifisso o la *kippah* ebraica). Di conseguenza, il trattamento discriminatorio che riceve il velo islamico rispetto a questi altri simboli nasconde, da parte dei giudici e della legislazione di taluni *Länder*, un aperto privilegio nei confronti di una visione «cristiano-occidentale» della libertà religiosa, per nulla coerente con le premesse della «neutralità attiva» iscritta nelle righe e nello spirito della Legge fondamentale [28].

---

[26] J. KOKOTT, *Laizismus und Religionsfreiheit im öffentlichen Raum*, in *Der Staat*, 2005, p. 343.

[27] S. BAER-M. WRASE, *Staatliche Neutralität und Toleranz in der «christlich-abendländischen Wertewelt»*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 2005, p. 243.

[28] In tema si veda anche F. EKARDT, *Weder Leitkultur noch multikultureller Relativismus. Gerechtigkeit und gutes Leben in der Migrationsgesellschaft*, in *Kritische Justiz*, 2005, p. 248.

2.5. Il rapporto tra libertà e sicurezza

La riflessione avviata in Germania negli ultimi anni sui rapporti tra libertà e sicurezza, pur prendendo le mosse dall'analisi delle vicende internazionali e dalle loro ripercussioni a livello interno, ha cercato di approfondire più che altro le implicazioni di teoria costituzionale e le radici storiche dell'attuale dibattito [29]. Non è un caso, quindi, che l'Associazione dei giuspubblicisti abbia deciso di dedicare la sessione principale del convegno annuale del 2003 proprio al tema «*La garanzia della libertà e della sicurezza alla luce delle diverse concezioni dello stato e della costituzione*» [30].

Il primo relatore, Winfried Brugger, mette in luce come il rapporto tra libertà e sicurezza muti di significato e di contenuto nel passaggio dalle teorie premoderne del rapporto tra individuo e potere pubblico alle moderne teorie del contratto sociale. È infatti a partire da Hobbes, secondo Brugger, che si assume consapevolezza che la libertà costituisce il *pendant* della sicurezza garantita dal sovrano e, dopo di lui, diversi momenti del costituzionalismo occidentale vedranno iscrivere i problemi legati all'ordine pubblico (largamente inteso) all'interno di una simile alternativa, scandita a livello costituzionale da un processo di alterno espandersi e restringersi dei fini dello stato. Coscienti dei rischi insiti in questo percorso, i padri del *Grundgesetz* non hanno però previsto un autonomo «diritto fondamentale alla sicurezza», provvedendo semmai ad assegnare allo Stato un relativo obbligo di protezione (*Schutzpflicht*) che, ad ogni modo, non può essere in grado di alterare la matrice oppositiva dei diritti fondamentali.

L'altro relatore, Christoph Gusy, insiste invece sulle implicazioni reciproche del rapporto tra libertà e sicurezza. Mentre l'esercizio della prima richiede necessariamente la garanzia di un quadro di tutele per gli altri consociati, Gusy rileva come la nozione di sicurezza abbia visto, nello scorcio dell'ultimo secolo, modificare il proprio contenuto originario, inteso come repressione delle minacce alla propria vita ed integrità fisica, nella direzione della *dinamicità* della tutela richiesta allo stato – la sicurezza diventa innanzitutto previsione e «gestione dei rischi» (*Risikosteuerung*) – e del suo carattere sempre più *soggettivo* – la sicurezza diventa, innanzitutto, «sensazione di essere sicuri»

---

[29] Si vedano, ad esempio: E. Denninger, *Recht in globaler Unordnung*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2005; J. Isensee (Hrsg.), *Der Terror, der Staat und das Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004; W. Brugger, *Freiheit und Sicherheit. Eine staatstheoretische Skizze mit praktischen Beispielen*, Nomos, Baden-Baden, 2004.

[30] Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, *Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse*, Vol. 63, De Gruyter, Berlin, 2004.

(*Sicherheitsgefühl*) –. Il tentativo di salvaguardare la portata di questi due principi, tuttavia, deve essere condotto non mediante l'assolutizzazione di uno ai danni dell'altro, bensì mediante l'aggiornamento degli strumenti tradizionali dello stato di diritto [31] alle nuove esigenze derivanti dalle moderne società del rischio. E ciò pare realizzabile, secondo Gusy, integrando la *politica della sicurezza*, fondata proprio sull'individuazione delle situazioni di rischio, ad una *politica della libertà*, orientata alla gestione e prevenzione di tali situazioni.

3. Organi costituzionali e organizzazione dello Stato

L'intensità della vita politica e degli sviluppi istituzionali che hanno attraversato la *Bundesrepublik* negli ultimi anni non è stata senza conseguenze per gli studi di diritto costituzionale. In particolare, è da segnalare la riflessione sul ruolo e le funzioni del Tribunale costituzionale federale, la cui crescente autorevolezza nel dibattito pubblico non esclude che gli studiosi si interroghino sul valore sempre più «politico» delle sue decisioni e sulla centralità che esso ha acquisito nelle dinamiche istituzionali, talvolta a discapito del circuito politico-rappresentativo. In secondo luogo, non può essere lasciato in ombra il dibattito che ha seguito la controversa «autosfiducia» del cancelliere Schröder nel luglio 2005: l'esame di tale vicenda dimostra infatti sino a che punto, anche nell'ordinamento tedesco, la preminenza dell'esecutivo abbia comportato una significativa trasformazione del rapporto di fiducia, nella direzione della perdita di centralità del *Bundestag* a favore del cancelliere.

3.1. Il ruolo «politico» del Tribunale costituzionale federale

Non è possibile capire l'importanza assunta dal Tribunale di Karlsruhe nel quadro costituzionale se ci si ferma solamente all'esegesi delle singole sentenze: oltre queste ultime, attraverso una ricostruzione più generale degli orientamenti giurisprudenziali, diventa più agevole capire come l'attuazione dei principi costituzionali e la conformazione delle situazioni protette dalla Legge fondamentale siano spesso state, più che in altre realtà, la conseguenza di determinate linee di indirizzo del giudice delle leggi, che rivelano, ad un'attenta analisi, la consistenza di vere e proprie dottrine di giudizio.

---

[31] Come gli obblighi di protezione gravanti sullo stato, il bilanciamento e lo scrutinio di proporzionalità per quanto concerne i diritti fondamentali.

Qual è stata, ad esempio, la concezione di democrazia che i giudici costituzionali hanno lasciato intravedere nelle proprie pronunce? A questa domanda cerca di dare una risposta Alexander Hanebeck [32], che, prendendo come punto di riferimento le sentenze sul diritto di voto a livello locale, individua tre diverse fasi della giurisprudenza del Tribunale.

In un primo momento, è stata l'autodeterminazione del singolo a costituire il cardine intorno al quale è ruotata la conformazione dei diritti politici, e da ciò è discesa un'idea di rappresentanza democratica che, oltre il circuito federale, si esplicava nei diversi livelli territoriali dell'ordinamento. Solo in una seconda fase monistica della giurisprudenza, sostiene l'autore, la democrazia è stata invece intesa come l'*unità* a livello federale del popolo come corpo elettorale, con la conseguente impossibilità di articolare la rappresentanza e il diritto di voto su un piano diverso da quello del *Gesamtvolk*. È solo con l'ultima fase, più apertamente «pluralistica», che l'ideale democratico dei giudici di Karlsruhe sembra essersi arricchito, grazie anche all'innesto dei diritti fondamentali nel discorso della rappresentanza, per ricomprendere oggi al suo interno molteplici forme e livelli di legittimazione. Questi diritti, partendo dal singolo e dalla sua libertà, valorizzano i diversi percorsi in cui il principio democratico si può concretamente articolare, a partire dall'autogoverno locale per arrivare alle autonomie funzionali.

È invece dedicato al ruolo ricoperto dal Tribunale costituzionale nei momenti centrali della storia costituzionale tedesca il complesso e articolato studio di K.-J. Grigoleit dal titolo «*Tribunale costituzionale federale e questione tedesca*» [33].

La tesi di fondo dell'autore, cui è dedicata la prima parte dell'opera, è che la giurisprudenza costituzionale svolga una innegabile funzione politica di vertice caratterizzata in senso democratico, che si differenzia dal circuito politico-rappresentativo per il fatto di *garantire* le aspettative e non di *orientarle*. Dopo questa premessa, l'autore passa in rassegna le pronunce che maggiormente hanno influenzato l'evoluzione costituzionale della Repubblica federale [34], da quelle con cui sono state affrontate e risolte le conseguenze del regime nazista, alle modalità con cui il Tribunale ha guidato il processo di riunificazione. L'idea

---

[32] A. HANEBECK, *Bundesverfassungsgericht und Demokratieprinzip – Zwischen monistischem und pluralistischem Demokratieverständnis*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 2004, p. 901.

[33] K.-J. GRIGOLEIT, *Bundesverfassungsgericht und deutsche Frage. Eine dogmatische und historische Untersuchung zum judikativen Anteil an der Staatsleitung*, Tübingen, Mohr, 2004.

[34] Oltre all'opera in discussione, ad esempio, sull'influenza della celebre sentenza *Lüth* (in *BVerfGE* 7, 198) sull'evoluzione dei diritti fondamentali, v. ora il volume a cura di T. HENNE, *Das Lüth-Urteil aus (rechts-) historischer Sicht: Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2005.

guida (non poco ottimistica) di Grigoleit è che i giudici di Karlsruhe si siano attenuti in tali circostanze ad una visione politico-costituzionale del loro ruolo, grazie alla quale sono riusciti a realizzare una base di consenso nei più difficili momenti di transizione. È il caso, ad esempio, della sentenza che, in occasione delle prime elezioni del *Bundestag* dopo la riunificazione, ha dichiarato incostituzionale la clausola di sbarramento al 5% perché discriminava i partiti dell'est (meno organizzati) rispetto a quelli dell'ovest: più che una questione meramente tecnica, sostiene Grigoleit, un espresso riconoscimento dei movimenti popolari che avevano portato alla crisi del 1989.

3.2. La (auto)sfiducia costruttiva e il ruolo dell'esecutivo

Dietro al rifiuto del *Bundestag* di rinnovare, nel luglio 2005, la fiducia al cancelliere Schröder molti hanno intravisto, più che una semplice contingenza politica, uno di quei momenti in cui appaiono più evidenti le trasformazioni degli istituti che regolano i rapporti tra parlamento e governo.

Come noto, il rigetto della questione di fiducia posta dal cancelliere ai sensi dell'art. 68 L.F. non ha avuto il significato di un vero e proprio voto di censura da parte della maggioranza parlamentare. Essa ha rappresentato piuttosto un *escamotage* con cui una coalizione di governo in difficoltà come quella «rosso-verde», pur disponendo di una maggioranza numericamente solida, è riuscita a farsi sfiduciare, obbligando così non solo il *Bundestag*, in assenza di un altro possibile cancelliere che potesse contare su una diversa maggioranza, all'autoscioglimento, ma anche il Presidente federale all'indizione di nuove elezioni.

Rifacendosi alla sentenza con cui il Tribunale costituzionale federale giudicò, nel 1983 [35], della regolarità dell'analogo autoscioglimento indotto dal burrascoso avvicendamento al cancellierato tra H. Schmidt e H. Kohl, molti autori hanno messo in luce l'anomalia di questa procedura, dato che essa avrebbe avuto luogo nonostante l'effettiva e aperta contrarietà della maggioranza ad andare al voto anticipato. Così, ad esempio, è stato rilevato che un simile ricorso all'art. 68 L.F. non è stato affatto fondato – come pretendeva la sentenza del 1983 – sulla impossibilità del governo di trovare nel *Bundestag* un supporto alla propria azione politica, bensì su una illegittima volontà dell'esecutivo di ottenere dal corpo elettorale un consenso al proprio operato [36].

---

[35] *BVerfGE* 62, 1.

[36] Su queste posizioni, seppur con diversità di accenti, v. W.-R. SCHENKE-P. BAUMEISTER, *Vorgezogene Bundestagswahlen: Überraschungscoup ohne Verfassungsbruch?*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 1844 e V. EPPING, *«Gefühltes Misstrauen» – die inszenierte Vertrauensfrage vom 1. Juli 2005*, in *Recht und Politik*, 2005, p. 197.

Se secondo i critici, pertanto, è illegittima la pretesa dell'esecutivo di dettare i tempi della legislatura, non mancano le voci di chi ritiene, al contrario, che la scelta del cancelliere rientri nel suo ambito discrezionale, e che quindi essa possa dar luogo tutt'al più a conseguenze politiche, ma certo non giuridico-costituzionali. Secondo una parte della dottrina, infatti, le norme costituzionali in questione indicherebbero solamente il procedimento da seguire, ma non attribuirebbero al voto di sfiducia un significato sostanziale tale da rendere illegittimo l'autoscioglimento, anche quando questo sia dettato dalla volontà politica di dare un nuovo impulso all'azione del governo [37].

Alla base delle diverse ricostruzioni dell'istituto della sfiducia costruttiva vi è pertanto il diverso modo di intendere i rapporti tra l'efficacia ed il valore delle norme costituzionali, da un lato, e l'autonomia che la politica deve avere per perseguire i propri fini, dall'altro lato. Mentre per taluni il grado di prescrittività delle norme costituzionali sulla sfiducia impedisce ai soggetti politici di aggirarne, pur nel rispetto della procedura, l'intima sostanza di garanzia della autodeterminazione dei parlamentari, per altri quel che va evitato, al contrario, è un'eccessiva giuridicizzazione dei rapporti politici, in esito alla quale si correrebbe il rischio di ingessare l'indirizzo politico, rendendolo dipendente da una lettura sostanzialistica del testo costituzionale.

Ad ogni modo, e al di là di questo piano d'analisi, quello che dimostra l'ulteriore svolgimento della vicenda [38], secondo la maggioranza dei commentatori, è che la conformazione del rapporto di fiducia – tradizionalmente incentrato sul ruolo «direttivo» del *Bundestag* – appare sempre più influenzata dalle esigenze proprie dell'azione di governo e dalla centralità del cancelliere.

4. Il federalismo tra prospettive di riforma e dimensione europea

Dopo esser stato considerato, per quasi un cinquantennio, un punto di forza dell'architettura costituzionale, il federalismo tedesco è ormai da qualche anno al centro di critiche e di iniziative di riforma.

---

[37] Per questa posizione, v. J. IPSEN, *Zur Regierung verurteilt? Verfassungsrechtliche Probleme der Vertrauensfrage nach Art. 68 GG*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 2201.

[38] Con la sentenza del 25 agosto 2005, infatti, il Tribunale costituzionale ha ritenuto non illegittimo né lo scioglimento del *Bundestag* conseguente alla sfiducia, né la decisione del Presidente di indire nuove elezioni, avallando così le tesi di chi ritiene lo scioglimento un potere che ben può rientrare, a talune condizioni, tra le prerogative di cui il cancelliere si può avvalere nella sua qualità di motore della politica federale (la sent. è pubblicata in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 1049, con un'osservazione di C. Starck).

Alla base di tali critiche vi è, principalmente, l'idea che la natura cooperativa dei rapporti tra federazione e *Länder*, iscritta nella L.F. e plasmata negli anni dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale [39], determini un rallentamento dei procedimenti decisionali e una confusione di responsabilità tra i diversi livelli di governo.

Oltre a sottolineare l'esigenza di una riforma del quadro costituzionale, quindi, in direzione dello snellimento delle procedure e dell'introduzione di elementi di maggiore dualismo tra *Bund* e *Länder*, la riflessione della dottrina si è concentrata su un altro aspetto rilevante dell'organizzazione federale, ovvero il coinvolgimento dei *Länder* nella attuazione del diritto comunitario, con particolare riferimento alla possibilità che questi ultimi possano accedere indirettamente alla Corte di giustizia.

4.1. La riforma del federalismo a partire dai lavori della «Commissione per la modernizzazione dell'ordinamento federale»: poteri del *Bundesrat,* sussidiarietà e rapporti finanziari

La riflessione sulle prospettive di riforma del federalismo è andata di pari passo, negli ultimi anni, con i temi affrontati nei lavori della «Commissione per la modernizzazione dell'ordinamento federale», cui era stato affidato nel 2003 il compito di elaborare delle proposte di riforma della Legge fondamentale al fine di modificare gli aspetti più discussi e più contestati dei rapporti tra centro e periferia [40]. Tanta è stata l'attenzione e l'aspettativa sui lavori della Commissione, infatti, che sui principali temi da essa affrontati si è svi-

---

[39] Su cui v., di recente, A. HANEBECK, *Der demokratische Bundesstaat des Grundgesetzes*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004.

[40] Istituita con due deliberazioni del *Bundestag* e del *Bundesrat* nell'ottobre del 2003, la Commissione era composta da 16 membri del *Bundestag* e dai 16 presidenti dei *Länder*. A titolo consultivo, facevano parte della Commissione anche quattro membri del Governo, sei membri dei parlamenti dei *Länder*, tre componenti delle principali associazioni rappresentative dei comuni e dodici esperti. A dispetto dell'entusiasmo iniziale, tuttavia, la Commissione ha concluso i suoi lavori il 17 dicembre 2004, senza il raggiungimento di alcun accordo.

Sul contesto in cui è maturato questo progetto di riforma v. ora H. MEYER, *Tentativi di riforma dello Stato federale in Germania*, in *Il Filangieri*, 2004, p. 511 e V. HAUG, *Die Föderalismusreform – Zum Ringen von Bund und Ländern um die Macht im Staat*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 2004, p. 194.

Si deve infine segnalare che, il 28 agosto 2006, è entrata in vigore un'organica legge di recisione costituzionale che, modificando ben venticinque articoli della Legge fondamentale, ha ridisegnato il funzionamento del sistema federale in una direzione non diversa da quella prospettata dalla Commissione ora citata (vedila in *BGBl.* I, p. 2034).

luppato un ampio dibattito in dottrina, cui si è accompagnata una riflessione più generale sulle prospettive della *Bundesstaatlichkeit*.

In relazione, ad esempio, ai poteri del *Bundesrat*, vero e proprio punto centrale dei progetti di riforma, da più parti e da lungo tempo è stato posto l'accento sulla necessità di arginare il potere di veto di quest'ultimo nel procedimento legislativo, con particolare riferimento all'approvazione di quelle leggi che richiedono il suo assenso (*Zustimmung*).

Dietro alla lettura estensiva, da parte dei giudici di Karlsruhe, dell'art. 84 della L.F. – che prevede tale assenso nel caso in cui una legge federale detti i criteri per la propria attuazione da parte dei *Länder* –, Edzard Schmidt-Jortzig vede infatti una sostanziale alterazione del ruolo preminente del *Bundestag* nella elaborazione dell'indirizzo politico federale [41]. L'attribuzione di un simile potere di influenza al *Bundesrat*, secondo questo autore, obbliga i due organi rappresentativi a trovare il terreno d'intesa sul piano delle concessioni reciproche, con la conseguenza che la sostanza delle decisioni finisce per dipendere interamente dagli accordi tra federazione e stati membri o, ancora meglio, tra le burocrazie partitiche presenti in seno alle due assemblee. A fronte di ciò, Schmidt-Jorzig giudica troppo timido l'operato della Commissione (che aveva deciso di confermare nella sostanza l'operatività della *Zustimmung*), e propone di modificare radicalmente il testo dell'art. 84 L.F., così da circoscrivere ad ipotesi eccezionali e giustificate la necessità di tale assenso, ad esempio per la riduzione delle risorse di cui beneficiano i *Länder*. Oltre a ristabilire l'equilibrio tra le funzioni dei due organi in questione, tale soluzione avrebbe anche il vantaggio, prosegue l'autore, di scongiurare le situazioni di stallo decisionale, garantendo così lo snellimento del procedimento legislativo.

Altro punto nevralgico della riforma è costituito dalla modifica del riparto delle competenze legislative [42]. Su ciò, nei lavori della Commissione era emersa la scelta di attribuire una serie di materie, attualmente di competenza concorrente, in gran parte alla competenza esclusiva dei *Länder* (tredici materie) e, in parte minore (cinque materie), a quella del *Bund*, al fine di ridurre la conflittualità legata all'interpretazione del criterio di sussidiarietà di cui all'art. 72, par. 2, L.F. Come contrappeso all'estensione dell'autonomia degli stati membri, inoltre, era emersa la proposta di eliminare l'operatività della «clausola di necessità» (*Erforderlichkeitsklausel*) contenuta nel medesimo

[41] E. SCHMIDT-JORTZIG, *Die fehlgeschlagene Verfassungsreform*, in *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2005, p. 19 ss.

[42] Sul punto v. W. SCHWANENGEL, *Die Malaise des deutschen Bundesstaates – Zu Möglichkeiten und Grenzen der Föderalismusreform*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 2004, p. 553.

articolo [43] per una serie di materie, con la conseguenza che, in questi casi, i *Länder* sarebbero potuti intervenire solamente fintanto che il legislatore federale fosse rimasto inerte.

Contrariamente a questo disegno di riforma, tuttavia, è stato ad esempio rilevato da Christian Waldhoff che nell'esperienza applicativa del principio di sussidiarietà – così come riformulato a partire dal 1994 e interpretato dalla successiva giurisprudenza costituzionale – la portata e il significato del criterio di ripartizione di cui al citato art. 72 dipendono in larga misura proprio dal numero e dalla rilevanza delle materie in cui i livelli di governo possono legiferare. Se la sussidiarietà ha potuto operare, a partire dalla nota sentenza del 24 ottobre 2002 sulla legge sull'assistenza geriatrica (*Altenpflegegesetz*) [44], a favore dell'autonomia dei *Länder*, ciò è potuto in sostanza avvenire perché al *Bund* residuava comunque una competenza legislativa esclusiva in molteplici e rilevanti settori [45].

La limitazione del principio di sussidiarietà nei termini anzidetti, poi, viene apertamente criticata da Schmidt-Jorzig per il fatto di alterare nella sostanza il principio della riforma del 1994, senza tuttavia proporre un modello alternativo, come sarebbe quello del graduale superamento dello schema delle competenze concorrenti [46].

D'altra parte, sulla medesima scia, più di un autore ha messo in luce proprio il fatto che la citata riforma dell'art. 72 L.F. si è ormai saldamente radicata nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale. Le sentenze dei giudici di Karlsruhe [47], dopo un periodo di incertezza, dimostrano infatti di aver accolto quell'esigenza di limitazione dei poteri della federazione che, fondandosi sull'interpretazione estensiva delle clausole come «l'uguaglianza delle condizioni di vita», aveva creato le premesse per una conformazione «unitaria» del federalismo tedesco e per una corrispondente limitazione degli spazi di autonomia legislativa dei *Länder*.

---

[43] … secondo la quale la federazione legifera nelle materie di competenza concorrente «quando e nella misura in cui la realizzazione di equivalenti condizioni di vita nel territorio federale o la tutela dell'unità giuridica o economica nell'interesse dello Stato nel suo complesso, rendano necessaria una disciplina legislativa federale».

[44] In *BVerfGE* 106, p. 62.

[45] C. WALDHOFF, *Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen*, in H. Albers, *Föderalismusreform in Deutschland – Die Kommission ist gestrandet, die Reformnotwendigkeit besteht weiterhin*, in *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2005, p. 184 s.

[46] E. SCHMIDT-JORTZIG., *op. cit.*, p. 25.

[47] Oltre alla già citata sentenza del 2002 relativa alla legge sull'assistenza geriatrica, il riferimento è alle seguenti pronunce: sent. del 16 marzo 2004 (1 BvR 1778/01, caso dei «cani da combattimento», leggibile in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2004, 597); sent. del 9 giu-

Otto Depenheuer, tra questi autori, mette in luce con efficacia come le principali direttrici di questa recente giurisprudenza – secondo la quale la federazione è tenuta a dimostrare in concreto la necessità del proprio intervento legislativo al fine di perseguire gli obiettivi contenuti nell'art. 72 L.F. – rappresentino un efficace contrappeso allo svuotamento delle competenze dei *Länder* e all'aumento dei poteri del *Bund* nel quadro del c.d. «intreccio delle politiche» (*Politikverflechtung*). Al tempo stesso, rileva però Depenheuer, l'aumento di autonomia decisionale dei *Länder* richiede a questi ultimi una maggiore responsabilizzazione, in particolare un corrispondente aumento delle capacità organizzative e decisionali, anche al fine di dare avvio, tramontata l'era del federalismo «unitario», ad una fase di progressiva diversificazione delle scelte pubbliche [48].

Strettamente connesso a tale processo di responsabilizzazione è, infine, il terzo nervo scoperto delle riforme in discussione, vale a dire il problema delle risorse finanziarie dei *Länder*.

Su questo punto, più d'uno ha criticato la resistenza della Commissione a intervenire su istituti da tempo al centro delle critiche, come i finanziamenti federali alla realizzazione di compiti di spettanza dei *Länder* (c.d. «compiti comuni», di cui agli artt. 91a e 91b L.F.) e, più in generale, tutte le forme di intervento finanziario della federazione in aree non di propria competenza (*Mischfinanzierung*) [49]. Ancor più che in passato, infatti, è stato sottolineato che l'attuazione dell'obiettivo di rafforzare l'autonomia dei *Länder* nella direzione di un federalismo più duale – obiettivo principale, come visto, dell'attuale fase di riforma – ha dovuto fare i conti con la difficoltà di semplificare il quadro delle relazioni finanziarie tra centro e periferia [50], ad esempio estromettendo il *Bund* da una serie di funzioni che oggi determinano una significativa compressione delle possibilità per i *Länder* di intervenire autonomamente.

In definitiva, quindi, il fallimento dei disegni di riforma della Commissione sembra dimostrare che alle intenzioni e ai progetti di ammodernamento e semplificazione dell'ordinamento federale, condivisi, oltre che dalle forze

---

gno 2004 (1 BvR 636/02, caso «chiusura degli esercizi commerciali», in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, 2363); sent. del 27 luglio 2004 (2 BvF 2/02, caso della «*Juniorprofessur*», in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, p. 597); sent. del 26 gennaio 2005 (2 BvF 1/03, «tasse universitarie», leggibile in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 493, oltre che *on line*, come le altre pronunce, in *www.bverfg.de*).

[48] O. DEPENHEUER, *Verfassungsgerichtliche Föderalismusreform. Chancen und Bewährungsprobe für den deutschen Föderalismus*, in *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2005, p. 83.

[49] W. SCHWANENGEL, *op. cit.*, p. 559 ss.

[50] E. SCHMIDT-JORZIG, *op. cit.*, p. 26 s.

politiche, anche da una larga fascia degli studiosi, non si accompagna una piena consapevolezza sulla direzione da imprimere a simili riforme. Oltre che le singole soluzioni tecniche, infatti, a restare tuttora irrisolte sono soprattutto le risposte agli interrogativi di fondo che emergono dalla crisi del sistema, e che sono essenzialmente legati al grado di differenziazione compatibile con un ordinamento ispirato al principio della collaborazione nonché, da un diverso punto di vista, al ruolo «tutorio» che può svolgere il *Bund* nei confronti delle aree meno sviluppate, coincidenti in larga misura con i *Länder* dell'est.

4.2. Come portare le ragioni dei *Länder* in Europa?

Non sono solamente i progetti nazionali di riforma, per quanto destinati all'insuccesso, ad alimentare la riflessione degli studiosi sulle evoluzioni del federalismo tedesco. Da questo punto, di vista, infatti, molta attenzione è stata dedicata alle trasformazioni dei rapporti tra centro e periferia che discendono dall'attuale fase di costituzionalizzazione dell'Unione europea.

Come noto, un significativo passo in avanti nella direzione del coinvolgimento dei *Länder* nella determinazione e nell'attuazione a livello nazionale delle decisioni comunitarie si è avuto in Germania con l'approvazione, nel 1992, dell'attuale art. 23 L.F. [51]. Con esso, infatti, si è dato ingresso non solo

---

[51] I cui paragrafi da 4 a 6, prima dell'approvazione della legge di revisione di cui alla nota 40, recitavano:

«4) Il *Bundesrat* deve partecipare alla formazione della volontà della Federazione nella misura in cui il suo concorso sia richiesta sul piano interno per una misura analoga, ovvero qualora i *Länder* siano competenti sul piano interno.

5) Qualora in una sfera di competenza esclusiva della Federazione vengano in gioco interessi dei *Länder*, oppure qualora la Federazione abbia ad altro titolo il diritto di legiferare, il Governo federale tiene conto della posizione del *Bundesrat*. Se sono coinvolte in maniera preponderante competenze legislative dei *Länder*, l'organizzazione di loro uffici o il procedimento amministrativo da loro disciplinato, nella formazione della volontà della Federazione deve essere considerato in modo determinante il parere del *Bundesrat*; in ogni caso deve essere tenuta ferma la responsabilità della Federazione per lo Stato nel suo complesso. Nelle questioni che possono comportare aumenti di spese o a diminuzioni di entrate della Federazione, è necessario l'assenso del Governo federale.

6) Se sono interessate principalmente competenze legislative esclusive dei *Länder*, la tutela dei diritti che spettano alla Repubblica federale di Germania quale Stato membro dell'Unione Europea deve di norma essere trasferita dalla Federazione ad un rappresentante dei *Länder* nominato dal *Bundesrat*. La tutela dei diritti si realizza con la partecipazione del Governo federale e di concerto con esso; deve essere tenuta ferma la responsabilità della Federazione per lo Stato nel suo complesso».

ad un principio generale di partecipazione dei *Länder*, attraverso il *Bundesrat*, alle questioni comunitarie, ma anche ad alcune procedure specifiche di salvaguardia delle competenze dei *Länder* di fronte all'intervento normativo delle autorità comunitarie.

In questa direzione, prendendo le mosse dai lavori della Convenzione sul futuro dell'Europa e dal progetto di introdurre, nel futuro Trattato costituzionale, una procedura preventiva sul rispetto del principio di sussidiarietà, demandata all'iniziativa ai parlamenti nazionali [52], Ferdinand Kirchhof prende in esame la possibilità che anche un singolo *Land*, investendo il *Bundesrat* della questione, possa proporre un ricorso alla Corte di Lussemburgo al fine di veder sanzionare la lesione delle proprie competenze ad opera di un atto normativo comunitario [53].

In particolare, Kirchhof si sofferma sul contrasto tra il principio per cui ogni assemblea parlamentare adotta le proprie decisioni a maggioranza, da un lato, e la possibilità, dall'altro lato, che il *Bundesrat* sia chiamato a sollevare un ricorso preventivo anche su istanza di un solo *Land*. Nell'impianto della Legge fondamentale, il *Bundesrat* non ha solamente una funzione di rappresentanza federale dell'insieme degli stati membri, che si risolve nella adozione di atti a maggioranza dei suoi membri, ma anche un essenziale ruolo di mediatore delle diverse volontà dei *Länder*, che può proprio giustificare, in casi come questo, la sua attivazione anche in presenza della richiesta di un solo *Land*.

Dall'analisi di Kirchhof, quindi, traspare con chiarezza lo sforzo di garantire, anche mediante una procedura affidata all'iniziativa di un solo *Land*, il rispetto delle competenze legislative decentrate nei confronti del diritto comunitario e, inoltre, il tentativo di assegnare al *Bundesrat* in questo procedimento una funzione di diretto rappresentante, di fronte agli organi comunitari, degli interessi dei singoli legislatori locali. Circostanza, quest'ultima, non di poco conto se si considera che i componenti del *Bundesrat* provengono dagli esecutivi locali, contribuendo quindi a rendere quest'organo la cassa di risonanza delle amministrazioni locali, più che non dei parlamenti dei *Länder*.

---

[52] Cfr. oggi il *Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità*, allegato al Progetto di Trattato costituzionale e pubblicato in *GUCE* del 16 dicembre 2004, p. 207 ss.

[53] *Zur indirekten Klagebefugnis eines deutschen Bundeslandes beim Europäischen Gerichtshof in Subsidiaritätsfragen über einen Antrag des Bundesrates*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 2004, p. 893.

5. Costituzione, identità, diritti: quali prospettive per il diritto costituzionale europeo?

La grande attenzione che la dottrina tedesca ha tradizionalmente dedicato ai processi di integrazione europea ha trovato negli ultimi anni nuova linfa nell'avvio dei lavori della Convenzione sul futuro dell'Europa e nella redazione del progetto di Trattato costituzionale. Sia che analizzasse il procedimento seguito, sia che valutasse i risultati raggiunti all'esito dei lavori, l'attuale processo costituente europeo è stato al centro della riflessione degli studiosi, i quali hanno mostrato una particolare propensione a prendere in esame le trasformazioni dell'ordinamento sovranazionale dall'angolo visuale degli strumenti concettuali con cui affrontare le nuove realtà istituzionali.

Oltre ai lavori della Convenzione, anche la materia dei diritti fondamentali[54] e delle riserve di sovranità invocate dal Tribunale costituzionale sono stati il banco di prova per la ricerca di nuove formule con cui armonizzare il diritto europeo e quello nazionale.

In una prospettiva più generale, infine, si è mossa la riflessione sulla possibilità che dall'attuale processo costituente discenda un rafforzamento dell'identità costituzionale europea che, favorendo lo sviluppo di una opinione pubblica transnazionale, potrebbe secondo taluni autori consolidare l'impianto costituzionale comunitario.

5.1. La costituzionalizzazione dell'UE tra principi e procedure

L'avvio dei lavori della Convenzione sul futuro dell'Europa e l'approvazione del progetto di Trattato costituzionale hanno dato luogo ad un ampio e diffuso dibattito in dottrina, in cui è largamente prevalsa l'attitudine a valutare i risultati raggiunti non solo sulla base delle aspettative di democratizzazione dell'ordinamento comunitario, ma anche alla luce della continuità (o della discontinuità) delle nuove forme di articolazione del potere rispetto alle categorie classiche del costituzionalismo.

Pur non mancando le critiche al processo costituente europeo che riprendono i motivi portanti della celebre sentenza «Maastricht» del Tribunale costituzionale, e quindi i rischi di una prevalenza incondizionata del diritto

---

[54] Per una trattazione generale, v. H.-J. PAPIER-D. MERTEN, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band I: Entwicklung und Grundlagen*, Müller, Heidelberg, 2004.

comunitario sui principi fondamentali del *Grundgesetz* [55], le principali obiezioni hanno investito le effettive capacità del progetto di Trattato di superare il carattere prevalentemente intergovernativo della costruzione europea e di procedere verso un'evoluzione in senso propriamente costituzionale degli assetti di governo sovranazionali.

Andreas Fisahn, basandosi su una premessa neocontrattualistica, si chiede ad esempio in che misura il progetto elaborato dalla Convenzione sia in grado di assicurare un consenso tra i cittadini europei che, oltre ad essere il frutto dell'accettazione della sostanza politica dell'Unione europea, rifletta un'idea di costituzione come quadro aperto al futuro (*zukunftsoffen*) [56]. Incentrando la sua analisi proprio sul principio di «apertura» delle carte costituzionali – inteso come «possibilità di adottare, in futuro, scelte politiche fondamentali differenti, di decidere tra diversi indirizzi politici e di poterli selezionare di volta in volta» [57] – l'autore sostiene che il progetto di costituzione europea rimane ancorato ad una visione sostanzialmente chiusa delle dinamiche costituzionali, in cui prevalgono, in linea di continuità con il percorso dell'integrazione europea, le rigidità e i vincoli della componente intergovernativa rispetto al carattere, appunto, *aperto* del principio democratico-rappresentativo. A riprova di ciò, Fisahn prende in esame alcuni aspetti tecnici del progetto – come la procedura di revisione del trattato (in cui permane la regola dell'unanimità), gli ancora limitati poteri legislativi del Parlamento europeo o la sostanziale irresponsabilità della Commissione – per sottolineare la persistente limitazione del potere di autoorganizzazione democratica dell'Unione, a favore del peso degli accordi tra i governi dei paesi membri. Ma il punto più convincente dell'analisi è quello in cui ad essere oggetto di critica è la scelta di attribuire rango costituzionale non solo alle *procedure* per la determinazione delle scelte politiche, ma anche alle medesime *scelte* di fondo economico-sociali delle politiche europee, contenute nella parte III del progetto di trattato costituzionale. Riducendo il potere di scegliere in futuro principi e soluzioni diverse, vincolando così «il futuro al presente», il trattato costituzionale finisce per diventare secondo l'autore «una dittatura dell'oggi sul domani» [58].

---

[55] Cfr., tra gli altri, H.H. RUPP, *Grundgesetz und Europäischer Verfassungsvertrag*, in *Juristenzeitung*, 2005, p. 741, che sottolinea con forza la necessità di un *referendum* popolare come unico strumento per conferire legittimità alla futura costituzione europea.

[56] A. FISAHN, *Die europäische Verfassung – ein zukunftsoffener Entwurf?*, in *Kritische Justiz*, 2004, p. 381.

[57] *Ivi*, p. 384.

[58] *Ivi*, p. 385.

Altre voci critiche sulla costituzione europea, come quella di Jörn Sack dalle colonne di *Der Staat*, rilevano più tradizionalmente come, ancora una volta, l'incompiutezza del disegno di riforma delle istituzioni europee si sia associato ad una svalutazione del principio rappresentativo, con gravi conseguenze sulla creazione di una sfera pubblica europea. In relazione al Parlamento europeo, ad esempio, viene osservato da questo autore che la limitazione delle sue funzioni non rileva solamente nell'ottica della forma di governo comunitaria, ma anche come ostacolo ad una piena e consapevole esplicazione del diritto di voto dei cittadini europei in occasione dell'elezione dei suoi componenti [59].

Cercare di afferrare realtà nuove sulla base dei concetti classici del costituzionalismo è, invece, l'essenza dello sforzo intrapreso da Armin von Bogdandy in un importante saggio dal titolo «*La costituzionalizzazione del diritto pubblico europeo nella repubblica europea*» [60].

L'autore parte dalla premessa per cui l'attuale processo costituente europeo, e il progetto di Trattato costituzionale che ne è stato l'esito, rappresentano un indubbio salto di qualità nella fondazione dell'ordinamento giuridico comunitario. Da un principio incrementale di legittimazione della costruzione comunitaria, in cui quest'ultima si giustificava per la volontà degli stati membri di creare una «unione sempre più stretta dei popoli europei», si passa oggi ad una natura propriamente costituzionale dei principi fondamentali dell'Unione, testimoniata, in primo luogo, dall'impiego di un vocabolario adatto a questa nuova realtà e, in secondo luogo, dal rilievo fondativo del Trattato costituzionale rispetto alla natura semplicemente emendativa dei precedenti trattati.

Prendendo spunto dalla novità di un simile percorso di costituzionalizzazione, l'autore individua la peculiarità del costituzionalismo europeo nell'emergere di un repubblicanesimo che, travalicando i confini degli stati nazionali, non rimane più relegato nell'ambito del discorso statalistico o nazionalistico, per operare all'interno degli ambiti propri di una collettività federale (*föderales Gemeinwesen*). I caratteri essenziali di questo principio repubblicano vengono desunti dalla tradizione del costituzionalismo nazionale e riattualizzati per il nuovo contesto sovranazionale nell'ottica di una

---

[59] J. SACK, *Die Staatswerdung Europas – kaum eine Spur von Stern und Stunde. Der Entwurf einer Verfassung für Europa in seinen tragenden Teilen kritisch abgeklopft und bewertet*, in *Der Staat*, 2005, p. 67, in part. p. 84 ss., ma v. anche T. VON DANWITZ, *Richtungsentscheidungen des Verfassungsvertrags für die Europäische Union – Versuch einer ersten Bewertung*, in *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2005, p. 1.

[60] A. VON BOGDANDY, *Konstitutionalisierung des europäischen öffentlichen Rechts in der europäischen Republik*, in *Juristenzeitung*, 2005, p. 529.

teoria costituzionale *ex parte civium* [61]: la centralità del ruolo della legge, una tutela effettiva dei diritti fondamentali e la presenza di istituzioni rappresentative sono i capisaldi del costituzionalismo comunitario, cui il Trattato costituzionale ha dato una espressa centralità nel quadro dei principi fondanti dell'Europa che verrà.

Per quanto audace, la riflessione di von Bogdandy rivela tuttavia una certa incompiutezza proprio nella sua fase ricostruttiva, non solo per l'esiguità e l'ambivalenza delle forme e degli istituti da cui emergerebbe, nel corpo del Trattato costituzionale, un simile principio repubblicano, ma anche – più alla radice – per l'attitudine a trasporre sul livello sovranazionale taluni concetti chiave del costituzionalismo statualistico (legge, diritti fondamentali, rappresentanza), senza tenere conto sino in fondo delle trasformazioni che essi subiscono in un simile processo.

5.2. Dal dibattito sulla costituzione al dibattito sull'identità costituzionale europea

Il dibattito sulla costituzionalizzazione dell'UE non ha avuto ad oggetto, tuttavia, solamente il grado di innovatività del progetto di Trattato costituzionale rispetto ai precedenti trattati comunitari, ma anche la sua idoneità a contribuire al radicamento dei principi e dei valori che ne sono alla base in una sfera sempre più coincidente con l'insieme dei popoli europei e, con esso, alla formazione di una identità europea.

Interrogandosi sui diversi modi possibili di intendere un'identità costituzionale europea, infatti, alcuni autori si sono soffermati ad esaminare se e secondo quali percorsi sia possibile individuare nel progetto di Trattato un atto in grado non solo di rivendicare, nella più ampia sfera pubblica europea, un'autorità ed un consolidamento analogo a quello delle costituzioni nazionali, ma anche – a monte di ciò – di fondare un simile orizzonte costituzionale condiviso.

In un'ottica di continuità rispetto alle scelte fondamentali della costruzione comunitaria si è mossa, ad esempio, la riflessione di Christian Calliess, il quale individua nell'Unione europea come «comunità di valori» (*Wertegemeinschaft*) la precondizione essenziale perché la futura costituzione possa

---

[61] Ripercorrendo l'ideale repubblicano da Kant ai *Federalist Papers*, von Bogdandy rileva che «il punto non è mai quello di costituire in senso repubblicano solo ed esclusivamente gli Stati. Al centro delle riflessioni, al contrario, c'è la fondazione e l'ordine da assegnare al potere politico in relazione ai sudditi soggetti al diritto», *ivi*, p. 536.

operare come fattore di identità e di integrazione [62]. In particolare, Calliess richiama la attuale maggiore articolazione dei valori fondamentali dell'UE rispetto al passato dell'integrazione solamente economica per sottolineare quanto essi possano contribuire, una volta recepiti nel progetto di Trattato, a enfatizzarne il ruolo sostanzialmente costituzionale.

I diritti fondamentali e il preambolo contenuti in tale progetto sarebbero, in particolare, i punti in cui emerge più chiaramente il nucleo di valore del costituzionalismo comunitario, che si alimenta del patrimonio accumulato in mezzo secolo di trattati e politiche europee: dall'integrazione economica ai valori del mercato, dalla sussidiarietà alla protezione dell'ambiente, dalla tutela dei diritti al principio della solidarietà. Una simile identità fondata sui valori deve essere poi integrata, secondo l'autore, da una «unione di valori» (*Werteverbund*) che riabbracci anche gli ordinamenti costituzionali nazionali, al fine di predisporre, grazie ai criteri procedurali contenuti nello stesso Trattato costituzionale (come la leale collaborazione o il principio dell'attribuzione di competenze), dei meccanismi di risoluzione dei conflitti tra i valori potenzialmente antagonisti. Solo in questo modo, ci si potrà aspettare dalla costituzione europea una funzione integrativa della realtà sociale e, al tempo stesso, la costruzione di un'identità sovranazionale che non cancelli le acquisizioni del costituzionalismo nazionale.

Più attento a evidenziare i rischi connessi alla creazione di un'identità costituzionale come «identità collettiva» è invece Armin von Bogdandy. Questi, pur mettendo in evidenza alcuni punti del progetto di Trattato in cui sembrano emergere i tasselli di una «politica europea dell'identità incentrata sulla costituzione» (*verfassungsgestützte europäische Identitätspolitik*), auspica il consolidamento di un'identità europea intesa come ambito in cui il singolo, nel quadro delle *chances* di libertà che dischiude l'ordinamento comunitario, può liberamente perseguire i propri interessi [63].

Rifacendosi anche alle acquisizioni della psicologia sociale e alle teorie sulle «grandi narrazioni», von Bogdandy individua le componenti dell'identità costituzionale europea nell'attenzione prestata dal Trattato alla natura comune del patrimonio culturale europeo e alle prospettive di un futuro inteso come comunità di destino (*Schicksalgemeinschaft*). Basti pensare, su questa scia, al preambolo e al richiamo (eliminato nella versione definitiva) al tucidi-

---

[62] C. Calliess, *Europa als Wertegemeinschaft – Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht?*, in *Juristenzeitung*, 2004, p. 1033.

[63] A. von Bogdandy, *Europäische Verfassungspolitik als Identitätspolitik. Theoretische Verortung und Kritik*, in *Kritische Justiz*, 2005, p. 110, ma dello stesso autore v. anche *Europäische Verfassung und europäische Identität*, in *Juristenzeitung*, 2004, p. 53.

deo epitaffio di Pericle come sottolineatura di una comune provenienza storico-culturale (la cultura greca), all'enfasi ivi posta sullo «spazio europeo» come «spazio privilegiato della speranza umana» in cui i popoli d'Europa sono chiamati a «forgiare il loro comune destino», in un'ottica per cui l'Europa è chiamata ad autopercepirsi come entità che si distingue dal «resto del mondo» (art. I-3, par. 4).

Piuttosto che sulla ricerca di un'identità fondata *qui ed ora* su un testo costituzionale (peraltro dalle alterne e non prevedibili fortune), la direzione nella quale si muove l'autore è quella della costruzione progressiva delle condizioni affinché la costituzione europea possa operare nel vivo dei dibattiti politici e sociali. Una costruzione affidata solo in maniera limitata all'»integrazione attraverso il diritto costituzionale» (come lascia invece intravedere Calliess, richiamando la *Integrationslehre* smendiana), ma che trova il suo motore nell'azione degli individui, singoli e associati, per il perseguimento dei loro interessi attraverso gli strumenti (procedurali e sostanziali) offerti dal quadro costituzionale comunitario.

5.3. I diritti fondamentali sovranazionali e le riserve statali di sovranità nella giurisprudenza costituzionale

Nel dibattito sulla costituzionalizzazione dell'ordinamento europeo nel suo complesso (comprensivo pertanto, oltre che dell'UE, anche del sistema della CEDU) un ruolo fondamentale, come si è visto, è assegnato ai diritti fondamentali di matrice sovranazionale, la cui espansione ed effettività vengono considerate ogni giorno di più il segno di una acquisita maturità costituzionale.

In questo ambito, dopo un periodo di relativo consolidamento in Germania delle dinamiche giurisdizionali tra ordinamento interno e sistemi europei di tutela dei diritti (successivamente, almeno, all'ordinanza del 2000 sul «mercato delle banane» [64]), si è assistito negli ultimi due anni alla ripresa di un percorso giurisprudenziale del Tribunale di Karlsruhe in cui, sulla scorta della celebre sentenza Maastricht, le potenzialità espansive dei meccanismi europei di tutela dei diritti sono state limitate sul piano interno al fine di mantenere un'autonomia decisionale in capo alle autorità nazionali.

Il caso che più ha fatto discutere è quello in cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della legge tedesca che ha attuato la decisione quadro

[64] In *BVerfGE* 102, p. 147.

comunitaria sul mandato d'arresto europeo [65]. In quell'occasione, è stata censurata la modalità con cui il legislatore tedesco ha dato attuazione al diritto comunitario proveniente dal c.d. terzo pilastro, in particolare per il fatto di non aver tenuto nel debito conto la relazione che l'art. 16 della L.F. – che disciplina i presupposti dell'estradizione – istituisce tra cittadinanza e sovranità statale. Pur non ricollegandosi formalmente al filone giurisprudenziale sui rapporti tra ordinamento nazionale e comunitario, infatti, i giudici costituzionali hanno rilevato che la procedura automatica di estradizione contenuta nella normativa comunitaria non presenta le medesime tutele che invece offre, a livello nazionale, il rispetto del principio dello stato di diritto.

Ripercorrendo le ampie motivazioni della sentenza, Christian Tomuschat ha rilevato come, alla base di essa, si debba tra l'altro ravvisare una critica sostanziale alle pretese regolative dell'UE in questo settore. Alla sottrazione alle autorità nazionali del potere di individuare le fattispecie di reato per le quali opera il mandato europeo (con la conseguente sottoposizione dei «propri» cittadini ad un diritto penale di marca sovranazionale), non si accompagnerebbe, secondo i giudici, una cornice di legalità sovranazionale che possa compensare il venir meno delle garanzie a livello nazionale [66]. In altre parole, alla sottrazione del potere allo stato di continuare a stabilire un legame tra diritto penale e criterio di cittadinanza (*Entstaatlichung*), si aggiunge la tradizionale sottolineatura di un *deficit* democratico europeo, che in questo caso giustifica ancora di più, data la centralità degli interessi in gioco, l'annullamento della legge di attuazione.

Se non che, rileva Tomuschat, un simile atteggiamento merita di essere criticato perché non considera quanto e come siano aumentati, proprio nell'ambito del terzo pilastro, i poteri del Parlamento europeo. Essi, da metro di giudizio – nella sentenza Maastricht – del carattere democratico dell'UE, diventano in questa sentenza la causa portante di una inammissibile espropriazione dei poteri nazionali ad opera delle istituzioni europee. Come a dire, quindi, che dopo aver rimproverato all'Unione europea un carattere scarsamente democratico, ci si lamenta oggi, una volta che questa democratizzazione si è rafforzata, dell'eccessiva ingerenza della Comunità negli ambiti statali proprio in ragione dei poteri troppo ampi del Parlamento europeo [67].

Non molto diverso è, infine, l'argomento prescelto dal Tribunale costitu-

---

[65] Sent. del 18 luglio 2005, 2BvR 2236/04. Per un'analisi della sentenza cfr. J. VOGEL, *Europäischer Haftbefehl und deutsches Verfassungsrecht*, in *Juristenzeitung*, 2005, p. 801.

[66] C. TOMUSCHAT, *Ungereimtes/Zum Urteil des Bundesverfassungsgericht vom 18. Juli 2005 über den Europäischen Haftbefehl*, in *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2005, p. 453.

[67] *Op. cit.*, p. 455 ss.

zionale per limitare, sul piano interno, l'efficacia della CEDU e delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo rispetto al quadro dei diritti fondamentali contenuti nella Legge fondamentale.

In una sentenza del 14 ottobre 2004, lo stesso secondo Senato del Tribunale ha infatti respinto un ricorso con cui veniva lamentato il mancato rispetto, da parte dei giudici nazionali, di un pronunciamento della Corte di Strasburgo in materia di diritto di visita del padre biologico al proprio figlio adottato, e ciò sulla base del fatto che l'impronta dualistica dei rapporti tra ordinamento interno ed internazionale non attribuisce alla CEDU una funzione ulteriore rispetto a quella di un mero sussidio interpretativo dei diritti fondamentali nazionali. Così, la CEDU – in ragione di una ineliminabile riserva di sovranità nazionale – non potrebbe, secondo il Tribunale, obbligare le autorità nazionali al rispetto di «atti di autorità non tedeschi» (*nichtdeutsche Hoheitsakte*) come le sentenze della Corte di Strasburgo, poiché essi sfuggono ai limiti e al controllo contenuti nella Legge fondamentale [68].

Le premesse teoriche della sentenza sono state analizzate da Stefan Mückl, che in particolare si è occupato di ricostruire l'efficacia delle pronunce della Corte di Strasburgo nel diritto interno e, di conseguenza, di risolvere i conflitti che possono sorgere con le sentenze del Tribunale costituzionale [69]. Piuttosto che drammatizzare i conflitti di giurisprudenza, l'autore propone di attribuire alla giurisprudenza europea una funzione di orientamento interpretativo del diritto interno, in grado di prevalere anche sulle pronunce del giudice delle leggi, salva però la persistenza di un nucleo intangibile di principi supremi che siano espressione (analogamente a quanto avviene in relazione all'ordinamento comunitario) dei «principi fondanti della costituzione» (*tragende Grundsätze der Verfassung*). In questo modo, da un lato, verrebbe salvaguardata l'efficacia della Convenzione nel diritto interno e, dall'altro lato, si intenderebbe la «riserva di sovranità» in un'accezione compatibile con lo sviluppo e il consolidamento di una prassi collaborativa tra giudice europeo e nazionale.

Da un diverso versante, l'accento posto dalla sentenza sulla retorica della sovranità e, a seguire, sullo scarso grado di vincolatività della CEDU nel diritto interno ha attirato su essa le critiche di Ingolf Pernice che, mettendo in dubbio la premessa dualistica adottata dal Tribunale, sottolinea al contrario la necessità di attribuire alla Convenzione e alle pronunce della Corte di

---

[68] In *BVerfGE* 111, 307 (noto come caso *Görgülü*).

[69] S. MÜCKL, *Kooperation oder Konfrontation? – Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte*, in *Der Staat*, 2005, p. 403.

Strasburgo un valore propriamente sussidiario, di *ultima ratio*, rispetto alla possibile inefficacia del sistema nazionale di tutela dei diritti fondamentali[70]. Oltre questo piano, le condivisibili perplessità di Pernice investono anche il riconoscimento di una apertura della Legge fondamentale al diritto internazionale (*Völkerrechtsfreundlichkeit*) che, declinata nella sentenza in questione in chiave statocentrica, fa sì che la dimensione europea (comprensiva della CEDU) venga ancora letta dai giudici di Karlsruhe nell'ottica di un ordinamento internazionale di tipo classicamente interstatuale, disconoscendo così le evoluzioni e le peculiarità dell'Europa come «comunità di diritto» (*Rechtsgemeinschaft*).

In conclusione, quindi, l'impressione è che, sul piano dei rapporti tra sistema nazionale ed europeo di tutela dei diritti fondamentali, la giurisprudenza restrittiva del Tribunale costituzionale federale sia stata nel complesso accolta criticamente dalla dottrina, la quale ha di contro sottolineato un certo irrigidimento nelle posizioni del Tribunale nei rapporti con l'ordinamento europeo, frutto di una visione dei diritti fondamentali ancora eccessivamente ancorata al binomio statualità-sovranità.

---

[70] I. Pernice, *BVerfG, EGMR und die Rechtsgemeinschaft*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2004, p. 705.

Orientamenti del dibattito costituzionalistico negli Stati Uniti e in Canada (2004-2005)

di *Elisa Olivito*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Libertà e separazione dei poteri nell'emergenza costituzionale. – 3. Eguaglianza e azioni positive «avanguardiste»: *Grutter* e *Gratz*. – 4. L'eredità di *Lawrence v. Texas* per le rivendicazioni degli omosessuali e l'approccio canadese al *same-sex marriage*. – 5. Diritto islamico, tribunali arbitrali e diritti delle donne: il caso dell'*Ontario Arbitration Act*. – 6. Conflitti sociali e nuove emergenze tra legislatore e giudice supremo.

1. Premessa

Un excursus del dibattito costituzionale che nel biennio appena scorso ha interessato il Canada e gli Stati Uniti rappresenta uno strumento prezioso per comprendere le questioni che la dottrina nordamericana sente come maggiormente pressanti e rispetto alle quali può rivelarsi utile esercizio di riflessione l'individuazione delle affinità ovvero delle asimmetrie ravvisabili nel confronto con problematiche parimenti discusse in ambito europeo e più in particolare in quello italiano. La disamina delle prospettazioni analitiche offerte da quella dottrina promette una produttiva esplorazione dei profili e degli elementi che fanno di argomenti dibattuti in contesti diversi il centro di indagini e di soluzioni sovente difformi; lo spostamento dello sguardo oltreoceano mette in condizione di meditare anzitutto sulle strade che in ambienti a noi più vicini vengono intraprese su tematiche affini e sulle soluzioni avanzate nelle discussioni costituzionali che ne seguono. La sensazione che pianamente se ne ricava è quella di una ricorrente somiglianza dei temi dibattuti e, allo stesso tempo, di una stimolante vicinanza delle sensibilità costituzionali manifestate verso le incognite emerse. Il pensiero corre alle misure anti-terrorismo e al riaffiorare dei nodi propri del rapporto libertà/sicurezza; ai significati dell'eguaglianza costituzionale e al suo differente atteggiarsi di fronte agli squili-

bri ereditati dal passato (azioni positive) e alle rivendicazioni affermatesi nel presente (orientamento sessuale); si considerino ancora la complessità dei problemi posti dalle società multiculturali e le dissonanze che in esse acquistano nuova pregnanza. In stretta correlazione con i temi evidenziati si presenta infine un elemento trasversale di analisi, definito dagli spazi e dal ruolo giocati al loro interno dagli organi costituzionali e modulato intorno alle interdipendenze istituzionali determinatesi tra corti, legislatori ed esecutivi.

2. Libertà e separazione dei poteri nell'emergenza costituzionale

La risposta dell'apparato istituzionale statunitense agli attacchi dell'undici settembre 2001 ha prestato il fianco a numerose critiche da parte della dottrina, che delle soluzioni adottate ha contestato ora l'arditezza e l'ambiguità intrinseche ora l'incapacità di proiettarsi oltre la contingenza degli avvenimenti occorsi. L'accelerazione della lotta al terrorismo ha trovato il suo centro di propulsione nel Presidente che – come Comandante in Capo dell'esercito – ha potuto fare affidamento sull'intera compagine governativa per attuare una politica estera e di difesa oltremodo aggressiva; il distanziamento dagli equilibri istituzionali affermatisi nel segno delle prescrizioni costituzionali e le correlate ripercussioni sul sistema di garanzie delle libertà fondamentali hanno pertanto suscitato un vivace dibattito sulla percorribilità della strada intrapresa e sulla possibilità di stabilizzarne *pro futuro* la prospettiva.

Le innumerevoli questioni messe in campo dalle decisioni del Governo statunitense non hanno evidentemente costituito per la dottrina terreno vergine su cui confrontarsi, ma hanno offerto nuova occasione per riflettere sulla natura dei poteri emergenziali, alla luce delle esperienze e dei rimedi già sperimentati in passato [1]; l'azione degli attori istituzionali al centro del dibattito – Presidente e Dipartimenti del Governo, Congresso, Corte Suprema – ha ancora una volta ammonito che il delicato equilibrio tra libertà e sicurezza proprio delle fasi emergenziali si gioca sul riparto di poteri e sul relativo esercizio. In tal senso, ad esempio, i due principali provvedimenti adottati dal Congresso in seguito a quegli eventi – AUMF [2] e USA PATRIOT Act [3] – qua-

[1] Per una lettura dei provvedimenti post-11 settembre alla luce delle soluzioni accolte per passate situazioni emergenziali vedi in special modo P.O. GUDRIDGE, *Remember Endo?*, in *Harvard L. R.*, 2003, p. 1933; M. TUSHNET, *Defending* Korematsu*?: Reflections on Civil Liberties in Wartime*, in *Wis. L. R.*, 2003, p. 273.

[2] Authorization for Use of Military Force, Pub. L. No. 107-40, 115 Stat. 224 (2001).

li poteri hanno attribuito all'Esecutivo per far fronte ad avvenimenti eccezionali? La situazione emergenziale generata dagli attacchi corrisponde ai presupposti che la Costituzione fissa perché in capo al Congresso e al Presidente possano scattare speciali prerogative (art. 1, parr. 8 e 6, art. 2, par. 2)? E quali congegni sono immaginabili per contenere le degenerazioni cui il sistema può andare incontro in tali evenienze? L'enormità dei problemi da affrontare e la risolutezza della linea d'azione imboccata dall'Esecutivo hanno imposto una seria riflessione su tematiche ormai note al costituzionalismo, riproponendone sotto rinnovata veste la centralità e rilevanza.

Nella ricerca di espedienti efficaci, ma congrui – rispetto all'emergenza da fronteggiare così come al complessivo impianto costituzionale – l'interesse della dottrina si è focalizzato sulla ricognizione di dispositivi in grado di fronteggiare l'unilateralità dell'intervento governativo, altrimenti incline a prendere il sopravvento di fronte ad accadimenti improvvisi e di eccezionale gravità; nondimeno, l'ambito entro cui rintracciare i termini del compromesso tra opposte esigenze è stato inteso secondo gradazioni affatto diverse, ciascuna delle quali propende per l'uno o per l'altro fattore in gioco. L'eredità di un passato più volte investito dal dilemma libertà/sicurezza (II° guerra mondiale, guerra fredda e maccartismo, Vietnam) ha pesato su una discussione che, nel tentativo di rinvenire risposte adeguate alla nuova emergenza, ha visto volgere costantemente lo sguardo indietro; gli orientamenti assunti dalle istituzioni federali durante le precedenti esperienze hanno segnato la considerazione del percorso appena intrapreso e la delineazione di orientamenti analitici eterogenei. In particolare, l'indulgenza con cui la Corte Suprema ha spesso sanzionato le misure draconiane adoperate dal Governo durante le emergenze ha spinto alcuni a un atteggiamento prudenziale verso espedienti che si accontentino di porre l'ultima parola in mano ai giudici, prediligendo al contrario un approccio fondato sul rapporto legislativo/esecutivo.

Lungo questa linea si muove la prospettazione di Bruce Ackerman che, nell'intento di andare oltre la contingenza dell'undici settembre, propone d'introdurre negli odierni tessuti costituzionali (non solo in quello statunitense) un nuovo apparato emergenziale [4]; nella sua ricostruzione, difatti, il circolo vizioso di misure repressive di norma adottate in risposta a un attacco, e poi

---

[3] Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required To Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001, Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272.

[4] Cfr. B. Ackerman, *The Emergency Constitution*, in *Yale L. J.*, 2004, p. 1029; Id., *This Is Not a War*, in *Yale L. J.*, 2004, p. 1871 (trad. it. *La costituzione di emergenza. Come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, Meltemi, 2005).

protratte in prevenzione di un attacco successivo, può trovare rimedio soltanto attraverso l'approvazione di una legge-quadro [5], che affidi la soddisfazione delle pressioni rassicurative sollevate dall'opinione pubblica alla proclamazione di uno stato di emergenza temporaneo. A suo avviso, ferma restando la necessità di addivenire a misure restrittive delle libertà fondamentali per far fronte a eventi terroristici, il macchinario emergenziale su cui fare affidamento deve essere tale da consentire al Governo un intervento efficace sì, ma non indebitamente prolungabile; in questo senso, la soluzione data dalla possibilità di sospensione dell'*habeas corpus* (quando, nel caso di ribellione o invasione, la pubblica sicurezza lo richieda) [6] si dimostra inadeguata poiché, mancando di indicazioni procedurali, lascia ai giudici la decisione ultima sulla sussistenza dei presupposti indicati. Meglio sarebbe dunque affidarsi a un sistema temporalmente strutturato, che consenta all'Esecutivo di rispondere con decisione nell'immediatezza di un attacco (previa provvisoria autorizzazione parlamentare), ma sottoponga la continuazione dell'intervento all'approvazione periodica da parte del Congresso, secondo un meccanismo di maggioranze qualificate crescenti. Il c.d. *supermajoritarian escalator*, supportato da obblighi di informazione nei confronti delle minoranze parlamentari, realizzerebbe in tal modo un soddisfacente congegno di *checks and balances*: il Governo sarebbe messo in grado di assumere le determinazioni necessarie a scopi di protezione e prevenzione, ma la continuata sottoposizione del suo operato al voto del Congresso garantirebbe dall'abuso di un'azione unilaterale, evitando la normalizzazione dello stato di emergenza.

Ma l'equilibrio che Ackerman confida di trovare in una struttura emergenziale politicamente responsabilizzata poggia su incongruenze e concessioni che altri autori non hanno mancato di sottolineare; la durata dei poteri emergenziali costituisce difatti una variabile dipendente, il cui peso fortemente deriva dalla previa risoluzione di un'ulteriore incognita: di che natura sono i poteri attribuiti all'Esecutivo nel corso del periodo temporalmente circoscritto? [7] Il bilanciamento tra libertà e sicurezza procede innanzitutto dalla configurazione delle iniziative intraprendibili, dal loro contenuto e dall'espansione materiale; in virtù di ciò, a ciascuna misura corrispondono questioni distinte, non neces-

---

[5] Sebbene consapevole delle implicazioni costituzionali della sua proposta, Ackerman preferisce indicare per gli USA la strada del *framework statute*, in considerazione delle difficoltà procedurali che l'art. V della Costituzione pone agli emendamenti formali. Cfr. B. ACKERMAN, *The Emergency Constitution*, cit., p. 1077.

[6] Art. I, § 9, cl. 2, Cost. USA.

[7] In questi termini vedi D. COLE, *The Priority of Morality: The Emergency Constitution's Blind Spot*, in *Yale L. J.*, 2004, p. 1756.

sariamente riducibili a un problema temporale. A minacce diverse non possono che fare da contraltare risposte articolate, che nella limitazione temporale non è da escludersi rinvengano un intralcio in termini di efficacia. Di non poco momento può ritenersi inoltre l'inclusione tra i poteri emergenziali di una detenzione preventiva indiziaria, sulla base di ridotti requisiti procedimentali, senza le garanzie probatorie altrimenti richieste per procedervi e al solo fine di ingenerare nei cittadini un senso di maggior sicurezza; in proposito, la previsione di un indennizzo economico per i soggetti ingiustamente arrestati e la sottoposizione delle misure adottate a un sommario controllo giudiziario non sembrano essere un accettabile contrappeso alla contrazione – seppur temporanea – di garanzie costituzionali essenziali, irrinunciabili per coloro che poca influenza hanno presso gli organi politici e che rischiano di rimanere vittime di pericolosi pregiudizi e conformanti stereotipi [8]. L'idea di riporre una sconfinata fiducia nel legislativo, percepito come organo maggiormente attrezzato contro gli sconfinamenti dell'Esecutivo, sottovaluta l'ascendente di cui quest'ultimo comunque gode in periodi di crisi e la deferenza che anche il Congresso tende a mostrare nei confronti delle sue iniziative.

Per di più, l'invocazione di una *Emergency Constitution*, costruita su un parziale ma significativo allontanamento dalle guarentigie costituzionali, sebbene sia indotta da legittime preoccupazioni in ordine alle degenerazioni istituzionali sperimentabili in momenti di allarme, non soltanto dà per scontata la strada dell'abdicazione del diritto costituzionale «ordinario», ma poggia su premesse motivazionali di dubbia rilevanza [9]. L'accessibilità di un distinto impianto emergenziale, che fa propria l'idea di «necessità» come fonte di poteri governativi straordinari, esprime anzitutto una disinvolta disponibilità ad abbandonare il terreno del diritto costituzionale nella sua configurazione sistematica. La propensione verso accorgimenti alternativi all'ordinario armamentario costituzionale ostenta una refrattarietà a ricomporre in sistema la complessa stratificazione di argomenti, interpretazioni e traduzioni che accompagnano i disposti costituzionali e al tempo stesso disconosce il contributo che ad essi deriva dall'ammissione degli errori commessi e dalla loro «metabolizzazione» [10]: la pronta correzione degli sbagli compiuti in momenti di emergenza è la dimostrazione delle risorse che il diritto costituzionale è comunque in grado di offrire, senza che vi sia necessità di allontanarsene. Il

---

[8] Cfr. D. Cole, *op. cit.*, p. 1766.

[9] Per queste osservazioni vedi L.H. Tribe-P.O. Gudridge, *The Anti-Emergency Constitution*, in *Yale L. J.*, 2004, p. 1801.

[10] Il riferimento è per primo a *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944) e all'acquiescenza della Corte Suprema verso i provvedimenti di confinamento dei cittadini di origine giapponese.

distacco dai meccanismi che comunemente lo conformano trascura per di più gli scompensi e il diverso funzionamento che gli elementi del sistema mantenuti mostrano di avere nel diverso contesto dello stato di emergenza. D'altronde, la stessa possibilità di addivenire alla dichiarazione di un regime eccezionale – principalmente allo scopo di soddisfare un *reassurance rationale* – si rivela sproporzionata, nella misura in cui ciò che al Governo dovrebbe premere è un'azione di effettiva prevenzione e protezione dagli attacchi terroristici, più che una qualsiasi rassicurazione (magari ingiustificata) dei cittadini. In definitiva, ad un impianto *extra ordinem* che – come quello di Ackerman – lascia indefinita la questione centrale del contenuto dei poteri esercitabili, sembrano preferibili congegni tali da assegnare all'Esecutivo un potere costante, ma adeguatamente congegnato, che non trascuri il ruolo importante che i giudici possono giocare nelle dinamiche emergenziali e che non posponga indefinitamente le garanzie dei diritti fondamentali. L'individuazione di simili congegni dovrebbe pertanto passare attraverso un'attenta ricostruzione delle risorse costituzionali disponibili e, se non sufficienti, attraverso un'accorta modifica delle incompletezze che ne segnano il funzionamento in periodi di crisi [11].

Ma alle discussioni di quanti si affannano a delineare i giusti termini entro cui approcciare le sfide del terrorismo, come pure l'ambito da cui è utile porsi (stato di emergenza/diritto costituzionale), si oppone il convincimento di chi ritiene opportuno partire piuttosto dai provvedimenti già adottati in merito, così da valutarne l'esatta portata e l'effettiva tenuta alla luce di più ampie considerazioni. Al riguardo, la scarsa attenzione prestata ai contenuti dell'AUMF, l'atto congressuale che ha dato inizio alle operazioni post-11 settembre, è imputata a un fraintendimento sulla natura del conflitto in corso; si contesta cioè che la c.d. guerra al terrorismo possa essere investigata come qualcosa di estraneo alle prescrizioni valevoli in tempo di guerra e che perciò necessiti di risposte diverse, ancora a venire [12]. La differente prospettiva da cui si propone di partire pone al centro della disamina l'autorizzazione del Congresso, che in tempi di guerra rappresenta per l'Esecutivo la *conditio sine*

---

[11] Cfr. L.H. TRIBE-P.O. GUDRIDGE, *op. cit.*, p. 1837; propende per il ricorso all'*amendment process* dell'art. V, che richiederebbe meno tempo che aspettare un'evoluzione dell'attuale assetto costituzionale tale da risolvere i problemi in questione, M. TUSHNET, *Controlling Executive Power in the War on Terrorism*, in *Harvard L. R.*, 2005, p. 2682.

[12] Si pongono dalla prospettiva dell'AUMF e della sua attenta analisi C.A. BRADLEY-J.L. GOLDSMITH, *Congressional Authorization and the War on Terrorism*, in *Harvard L. R.*, 2005, p. 2047 e C.R. SUNSTEIN, *Administrative Law Goes To War*, in *Harvard L. R.*, 2005, p. 2663. L'accusa di astrattezza è mossa in particolare a D. COLE, *Enemy Aliens*, in *Stanford L. R.*, 2002, p. 953, nonché a B. ACKERMAN, *The Emergency Constitution*, cit., p. 1034.

qua non per l'assunzione delle iniziative utili [13]; la conformazione dell'atto approvato dopo gli attacchi del 2001 rappresenterebbe allora il primo elemento da cui partire per frenare l'unilateralismo del Governo, ricercando al suo interno i parametri di determinazione dei limiti e della legittimità dell'azione presidenziale. Non è quindi reputata necessaria la messa in opera di un quadro emergenziale generale – valevole cioè indipendentemente dalle contingenze affrontate – ma si suggerisce piuttosto di partire dal materiale normativo offerto dall'AUMF per disegnarvi attorno i contorni di un'auspicabile delimitazione delle misure governative.

Tuttavia, sfruttando l'elevato grado di genericità e indeterminatezza che ne caratterizza il contenuto, l'interpretazione che dell'autorizzazione congressuale viene avanzata è tale da ampliarne notevolmente il perimetro inclusivo – e conseguentemente le operazioni in base ad essa effettuabili – in un crescendo di dilatazioni semantiche che finiscono per ridurre quell'atto a mera formalità; questioni rilevanti quali l'identificazione dei c.d. *enemy aliens*, la possibilità di istituire commissioni militari per giudicarli, la limitazione geografica e temporale nell'uso della forza e della detenzione vengono diluite nella genericità del vocabolario utilizzato dall'AUMF, che diventa in tal modo un contenitore adattabile *ex post* a provvedimenti presi in assenza di dibattito parlamentare. Così, preoccupazioni concernenti un'implicita delega in bianco al Presidente e la pretesa di autorizzazioni rispondenti a una chiara attestazione di potere vengono infine superate attraverso un imprecisato richiamo all'autorità che la Costituzione pone in modo indipendente in capo al Presidente (art. 2) [14].

Nonostante la diversità di accenti e di impostazioni metodologiche, sembra nondimeno delineabile una tendenza a indagare le questioni (ri)aperte dall'escalation terroristica in chiave essenzialmente istituzionale; nella consapevolezza che l'inasprimento e la metamorfosi delle minacce alla sicurezza nazionale spingono verso una rimodulazione degli equilibri correnti, l'aspettativa di una rimeditata combinazione libertà/sicurezza viene per lo più riposta nella predisposizione di scandite successioni procedurali, in grado di assicurare un efficace appagamento delle esigenze difensive senza frustrare le istanze garantiste. Dal dibattito, dunque, più che una netta e rigida contrapposizione tra *civil libertarians* ed *executive unilateralists* [15], affiora semmai una propensione

---

[13] La Corte Suprema ha più volte deciso della legittimità delle azioni governative in tempo di guerra sulla base dell'esistenza e della struttura di una previa autorizzazione congressuale; vedi da ultimo *Hamdi v. Rumsfeld*, 124 S. Ct. 2633 (2004).

[14] Cfr. C.A. BRADLEY-J.L. GOLDSMITH, *op. cit.*, p. 2100; C.R. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 2671.

[15] Per tale esemplificazione vedi S. ISSACHAROFF-R.H. PILDES, *Between Civil Libertarianism and Executive Unilateralism: An Institutional Process Approach to Rights During Wartime*, in *Theoretical Inquiries L.*, 2004, p. 1.

a ricondurre in ambito istituzionale le sollecitazioni concernenti la tutela dei diritti: sebbene sia comunemente avvertita la necessità di contenere il predominante interventismo dell'Esecutivo in periodi di allarme sociale, la tempistica e la misura dell'intervento degli altri poteri – come contrappeso e a garanzie di altre esigenze – vengono invece calibrate secondo differenti espedienti. Ciò su cui si discute è il momento in cui, ad esempio, Congresso e giudici possono/debbono pronunciarsi sulle misure adottabili o adottate dal Presidente e dagli organi che lo supportano; così come altrettanto controversi sono l'estensione e i termini dell'altrui ingerenza, nonché i requisiti formali (veste dell'atto) e sostanziali (contenuto dell'atto) cui attenersi. Uno svolgimento interattivo, a più voci, delle azioni anti-terroristiche appare come un valido strumento per frenare abnormi deviazioni dai processi democratici, mediante un sistema di reciproci contenimenti rimesso in primo luogo alla separazione e alla differente derivazione degli organi coinvolti [16].

Ma la configurazione «bilaterale» dei poteri spendibili durante un'emergenza, essenzialmente affidata al coinvolgimento del Congresso nei provvedimenti governativi, né è da considerarsi una strada costituzionalmente obbligata né tanto meno offre una soluzione immediatamente esaustiva. Da un lato, infatti, la laconicità del testo costituzionale sulla sostanza e sulla distribuzione dei poteri in tema di sicurezza (e di guerra) fa propendere alcuni per una diversa lettura delle disposizioni implicate (art. I, parr. 8 e 10, art. II par. 2, art. III), che – unitamente all'originaria volontà dei Costituenti – sembrerebbero piuttosto lasciar spazio a un assetto flessibile dei poteri in discussione; la previa autorizzazione congressuale per l'esercizio presidenziale dei poteri di guerra rappresenterebbe in tal senso una soltanto delle differenti modalità di attuazione costituzionale, non esclusiva e neppure vincolata [17]. L'affermazione di una variabilità nel processo decisionale percorribile viene allora fatta dipendere dalla deliberata genericità nella formulazione dei disposti costituzionali, che sarebbe tesa a garantire una risposta conformata alla tipologia degli attacchi, all'andamento delle relazioni internazionali e all'evoluzione dei rapporti interni; posta in questi termini la questione, non sarebbe pertanto da escludersi che l'inconsueta natura delle attuali minacce alla sicurezza nazionale dia legittimamente corso ad operazioni preventive e proceduralmente più snelle dell'Esecutivo, non intralciabili quindi da un preliminare intervento del Congresso [18].

---

[16] Cfr. S. Issacharoff-R.H. Pildes, *op. cit.*, p. 2.

[17] Declina un'interpretazione univoca delle clausole costituzionale richiamate J. Yoo, *War, Responsibility, and the Age of Terrorism*, in *Stanford L. R.*, 2004, p. 795.

[18] Cfr. J. Yoo, *op. cit.*, p. 816.

D'altro canto, l'individuazione di meccanismi di cooperazione istituzionale nell'adempimento di compiti di sicurezza rischia di rivelarsi una solo apparente protezione contro i rischi di travalicamento governativo; nella misura in cui il rinvenimento di un convincente bilanciamento tra libertà e sicurezza viene lasciato ad espedienti meramente procedurali, che non richiedono alcun carattere di sostanzialità agli atti da adottare, le interazioni istituzionali cui ci si affida rischiano di divenire decisamente illusorie [19]. La stessa richiesta di una previa autorizzazione congressuale non è *di per sé* sufficiente, qualora si manchi di precisarne in minima parte i contorni; potrebbe invero il Congresso limitarsi a un atto di approvazione dell'intervento governativo del tutto generico e privo di qualsivoglia puntualizzazione. Rispettata in questo caso la forma del bilateralismo istituzionale, l'indeterminatezza dell'atto nei suoi contenuti ne permetterebbe un'interpretazione larga da parte degli organi chiamati ad applicarlo – Governo in prima battuta, giudici in seconda istanza. Rimarrebbero di conseguenza scoperte – e perciò aperte a generose deduzioni – questioni attinenti innanzitutto all'estensibilità della prima autorizzazione ad azioni successive (e non necessariamente collegate a quella che vi ha dato corso) e alla strutturazione dei poteri concretamente esercitabili. Non è del resto da escludersi che l'andamento dei rapporti tra Congresso, Presidente e rispettivi elettorati sia tale da determinare una vistosa acquiescenza del primo alle richieste del secondo [20]; la dinamicità di questi rapporti e i movimenti prodotti dal contesto emergenziale potrebbero infatti restringere considerevolmente gli spazi di manovra altrimenti a disposizione del Congresso per contrastare l'unilateralità presidenziale.

A dimostrazione della plausibilità degli appunti testé riferiti può senz'altro richiamarsi la recente approvazione congressuale dell'atto di rinnovo delle disposizioni maggiormente contestate del PATRIOT Act [21]; nonostante il dibattito accesosi in Senato in prossimità della prima scadenza dell'atto – che aveva fatto pensare alla possibilità di un suo superamento o, quanto meno, di una sua sostanziale modifica – il Congresso ha infine dato il suo assenso, apportando al testo dei ritocchi molto blandi a tutela della libertà fondamen-

---

[19] Per queste contestazioni vedi M. TUSHNET, *op. ult. cit.*, p. 2677. Si trovano costretti a constatare la rilevanza di simili obiezioni gli stessi fautori dell'*institutional approach*: S. ISSACHAROFF-R.H. PILDES, *op. cit.*, p. 36.

[20] Cfr. M. TUSHNET, *op. ult. cit.*, p. 2678.

[21] USA PATRIOT Improvement and Reauthorization Act of 2005, Pub. L. No. 109-177, approvato dalle due Camere e poi passato alla firma del Presidente il 9 marzo 2006, il giorno precedente la scadenza delle 16 disposizioni rinnovate. Per tre di queste è stato disposto un rinnovo di quattro anni (fino al 31 dicembre 2009); le restanti disposizioni sono invece divenute permanenti. Il testo dell'Atto è rinvenibile al seguente indirizzo: *www.govtrack.us/data/us/bills.text/109/h3199.pdf*.

tale e riconsegnando nelle mani del Presidente e dell'Esecutivo un insieme di poteri particolarmente estesi e penetranti. Le dispute della dottrina sulle innumerevoli questioni finora sollevate non sono dunque destinate a spegnersi, rinvenendo altresì in questo ultimo passaggio del dialogo interistituzionale sulla lotta al terrorismo un ulteriore motivo di discussione.

3. Eguaglianza e azioni positive «avanguardiste»: *Grutter* e *Gratz*

Dopo il brusco arresto del 1995 – anno nero per le politiche preferenziali [22] – e il ridimensionamento decretato per le azioni positive negli appalti pubblici [23], nel 2003 la Corte Suprema ha avuto nuova occasione per pronunciarsi sulla costituzionalità di tali misure; questa volta, però, a far capolino sul banco di prova sono stati i programmi di ammissione dell'Università del Michigan, che nell'appartenenza razziale indicavano un fattore rilevante per la valutazione delle domande. L'attesa per la decisione dei casi *Grutter* [24] e *Gratz* [25] era alta: erano ormai trascorsi venticinque anni dall'ultima pronuncia della Corte sull'*affirmative action* in materia di istruzione (*Bakke*) [26] e dalla sentenza erano scaturiti, più che punti fermi, comprensibili tentennamenti (ben sei erano state infatti le opinioni deliberate dai giudici). Al di là del giudizio di merito, la dottrina ha salutato con favore le due recenti pronunce, rinvenendovi un valido pretesto non soltanto per mettere a punto la giurisprudenza della Corte in materia, ma più in generale per ripensare i termini di una questione – la segregazione razziale – che, seppur legalmente bandita, da sempre affligge l'ordinamento statunitense. Il circuito di discussioni e scontri innescato dalle ambiguità di *Bakke* si è in modo naturale riversato su *Grutter* e *Gratz*, nella speranza di rintracciare in esse più solidi appigli a favore ovvero contro una certa idea di azioni positive e, conseguentemente, di eguaglianza [27].

---

[22] Il riferimento va ad altre due importanti pronunce – questa volta intervenute in ambito europeo – che hanno visto la bocciatura dell'*affirmative action* rispettivamente nel settore del lavoro e nell'accesso alle cariche elettive. Cfr. Corte giust., sent. *Kalanke*, causa C-450/93, in *Racc.*, 1995, p. 3051; Corte cost., sent. 12 settembre 1995 n. 422, in *Giur. cost.*, 1995, 3, p. 3255.

[23] *Adarand Constructors, Inc. v. Pena*, 515 U. S. 200 (1995).

[24] *Grutter v. Bollinger*, 123 S. Ct. 2325 (2003).

[25] *Gratz v. Bollinger*, 123 S. Ct. 2411 (2003).

[26] *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U. S. 265 (1978).

[27] Sulla differente sensibilità alle azioni positive di Canada e Stati Uniti vedi L.R. BROOKS,

Che la legittimità dei meccanismi preferenziali in discussione dipenda in massima parte dalla conformazione della preferenza accordata e che l'attribuzione di una riserva rigida di posti ne comprometta irrimediabilmente la costituzionalità sono convinzioni che la Corte Suprema ha a più riprese e con varia intonazione rese esplicite – tant'è nei casi in esame la discriminante, che per il programma di ammissioni esaminato in *Gratz* ha portato a una declaratoria di illegittimità, è stata data dalla flessibilità e dall'assenza di automatismi del diverso sistema considerato in *Grutter*. Il passaggio decisivo, che nelle due sentenze viene invece rimarcato, è lo spostamento da un metro di giudizio rivolto al passato a un parametro di valutazione proiettato in avanti: il fondamento giustificativo delle azioni positive non trova più supporto nell'argomento compensativo, bensì muove autonomamente da considerazioni di progressione sociale [28]. Un programma di ammissioni universitarie e post-universitarie, che affianchi ad altri criteri di giudizio l'appartenenza a gruppi minoritari sottorappresentati, non si giustifica perché diretto a compensare i membri di alcune minoranze delle discriminazioni sofferte sulla base di passate preclusioni etniche e razziali; esso trae al contrario legittimazione da motivazioni che guardano al futuro e che vedono in un maggiore grado di integrazione un obiettivo da conseguire primariamente a livello istituzionale. Il perseguimento di una composizione differenziata del corpo studentesco, attraverso la partecipazione di studenti che ne arricchiscano la diversità dei punti di vista, diviene così un *compelling state interest*, il solo in grado di passare indenne il rigoroso scrutinio cui la Corte sottopone classificazione sospette come quelle razziali [29]. Il riconoscimento che le politiche preferenziali sensibili alla diversità razziale rispondono a un interesse stringente dell'ordinamento – ovverosia quello di far penetrare nelle istituzioni scolastiche la diversità distintiva della società statunitense – riprende la celeberrima opinione concorrente del giudice Powell nel caso *Bakke*; opinione che tuttavia, nella sua indeterminatezza, aveva dato adito a interpretazioni così disparate da lasciare imprecisata la misura in cui la razza poteva esser assunta come fattore rilevante di decisione.

Affirmative Action in Higher Education: What Canada Can Take from the American Experience, in *Windsor Y. B. Access to Just.*, 2005, p. 193.

[28] Sottolinea l'importanza di questo movimento K.E. KARST, *The Revival of Forward-Looking Affirmative Action*, in *Columbia L. R.*, 2004, p. 60; vedi inoltre B.W. LEACH, *Race as Mission Critical: The Occupational Need Rationale in Military Affirmative Action and Beyond*, in *Yale L. J.*, 2004, p. 1100.

[29] Sullo *strict scrutiny* e sugli altri standard di controllo adoperati dal giudice supremo nei confronti delle classificazioni sospette, perché in contrasto con l'eguaglianza formale, vedi S. B. GOLDBERG, *Equality Without Tiers*, in *Southern California L. R.*, 2004, p. 481; S. ECKES, *Race-Conscious Admissions Programs: Where Do Universities Go From* Gratz *and* Grutter*?*, in *J. of L. and Education*, 2004, p. 22.

Diversamente in *Grutter* e *Gratz*, dove la Corte – oltre a definire con maggiore esattezza il margine entro cui la razza può acquisire rilievo – indica i motivi per cui una combinazione eterogenea di studenti realizza un interesse pubblico e nel farlo rende evidente che la traiettoria si è spostata in avanti: il traguardo a cui pensare è la creazione di una classe dirigente che goda di legittimità agli occhi dei cittadini e il raggiungimento di tale risultato è legato a una configurazione dell'apparato istituzionale che rispecchi la multiforme composizione etnica e razziale della società. L'introduzione di accorgimenti «affermativi» in ambito universitario si scopre così strumentale alla costruzione di un sistema educativo che, nell'*includere* persone di diversa estrazione sociale, da un lato consente il futuro accesso di alcuni soggetti ai gradi più alti della dirigenza, dall'altro ipoteca una maggiore apertura e predisposizione alla diversità di chi altrimenti è spinto a formarsi in ambienti artificiosamente compatti. Uno standard più alto di eterogeneità è quindi in duplice senso ritenuto funzionale ad assicurare l'integrazione razziale, sia perché porta all'interno delle istituzioni la varietà sociale che vi sta a monte, sia perché, correlativamente, ne aumenta una ricettività in altro modo tarata su grandezze omogenee [30].

Ma l'eccessiva sottolineatura dell'avanzamento della Corte verso una *forward-looking justification* – quantomeno per le azioni positive in tema di istruzione – non riesce ad eludere le perplessità e le incongruenze che la «nuova» prospettiva comunque si trascina dietro. La sensazione è che l'insistenza su una proiezione in avanti dei correttivi razziali sia più che altro determinata dallo sforzo dei giudici di innalzarne il livello di tollerabilità, legandone le sorti finora travagliate a un ipotizzato accrescimento dell'intera Nazione; come a dire che, se finora le politiche di ammissione preferenziale sono state osteggiate dagli appartenenti alla maggioranza per i costi che essi ne pagano, l'accusa di produrre *reverse discriminations* può essere disinnescata rimarcando i vantaggi che, *in nuce*, l'intera società ne ricava. Sembra in questo modo prender forma il tentativo di legittimare le azioni positive mediante un camuffamento delle reali motivazioni che ne presiedono l'adozione e ne determinano la sostanza: la fortissima segregazione razziale che *di fatto* connota anche le istituzioni universitarie e i meccanismi di perpetuazione che vi

---

[30] Per un dibattito, in termini statistici, sull'effettivo impatto delle azioni positive sul numero di avvocati di colore (il caso *Grutter* concerneva infatti il programma di ammissioni della *Law School* dell'Università del Michigan) vedi R. SANDER, *A Systematic Analysis of Affirmative Action in American Law Schools*, in *Stanford L. R.*, 2004, p. 367; I. AYRES-R. BROOKS, *Does Affirmative Action Reduce the Number of Black Lawyers?*, in *Stanford L. R.*, 2005, p. 1807; D.L. CHAMBERS-T.T. CLYDESDALE-W.C. KIDDER-R.O. LEMPERT, *The Real Impact of Eliminating of Affirmative Action in American Law Schools: An Empirical Critique of Richard Sander's Study*, in *Stanford L. R.*, 2005, p. 1855.

presiedono. Ed invero proprio chi si premura di rilevare le argomentazioni «avanguardiste» che sostengono la sentenza *Grutter* è costretto a riconoscere che in ogni caso – come a buon diritto il giudice Ginsburg osserva – le azioni positive intanto hanno un senso in quanto si ammetta l'esistenza di barriere pregresse che, pervenute fino ad oggi, continuano pur sempre a definire la condizione di svantaggio degli appartenenti a certe minoranze razziali [31]. Dunque, si ritiene che per questi strumenti *debba* esservi spazio in considerazione innanzitutto della sistematica svalutazione che oggi colpisce alcuni soggetti a causa di retaggi del passato; una siffatta constatazione impedisce pertanto di sganciare completamente dall'argomento compensativo interventi calibrati su un apprezzamento «positivo» delle relazioni razziali.

Del resto, quand'anche si ravvisi il fondamento di tali trattamenti in un interesse che guarda all'integrazione razziale (delle istituzioni e nelle istituzioni), l'obiezione che i membri delle minoranze supportate sovente muovono nei loro riguardi sembra uscirne rafforzata: le azioni positive sono mosse dall'intento di cooptare il *diverso* nel sistema della maggioranza, smobilitandone anziché accogliendone la diversità di cui – volente o nolente – si fa portatore. Per di più, la preponderanza accordata ai benefici collettivi, che incidentalmente scaturiscono nelle professioni da un corpo studentesco diversificato, dà agevolmente adito alle provocatorie illazioni di alcuni giudici dissenzienti (Thomas e Scalia, in particolare); essi infatti si mostrano contrariati dall'implicita dilatazione che supporta questa inconsueta legittimazione dell'*affirmative action*, rintracciandovi un pericoloso precedente atto a trasmettersi al di là dell'istruzione superiore. Se si mettono in salvo dispositivi ordinati secondo le origini razziali e vi si ricollegano vantaggi che – oltre all'ambito accademico – si comunicano altresì all'esterno, poiché elevano le capacità inclusive degli ambienti lavorativi cui danno accesso, si può essere indotti a credere che scelte similmente orientate dalla razza possano farsi in qualunque altro contesto suscettibile di riceverne analogo profitto. Si aprirebbe in questo modo il campo a criteri di assunzione discriminatori, giustificati sulla base di un supposto ritorno in termini di eterogeneità razziale del settore interessato; si verrebbe cioè a considerare la razza come un fattore rilevante nella valutazione delle qualificazione professionale determinativa dell'assunzione.

A tal proposito, la diffidenza che siffatte osservazioni esprimono verso gli strumenti di scelta preferenziale sono sintomo di una certa lettura dell'*Equality Clause* (XIV emendamento), che del disposto costituzionale predilige uno dei molteplici significati ricondottivi dalla dottrina: un divieto di discriminazioni in chiave anti-classificatoria. Le discussioni innescate da *Grutter* e

[31] Cfr. K.E. KARST, *op. cit.*, p. 70.

Gratz riprendono infatti le innumerevoli dispute sorte intorno all'eguaglianza costituzionale e alla giurisprudenza della Corte Suprema che ne ha accompagnato l'implementazione e l'evoluzione; contrasti, ad esempio, si sono da ultimo presentati in occasione delle rievocazioni organizzate per *Brown* [32], con cui ha avuto inizio il processo di smantellamento della segregazione razziale. Dal punto di vista dell'eguaglianza le due recenti pronunce sull'*affirmative action* prestano il fianco a ricostruzioni alquanto diverse che, preferendo rimarcarne ora l'uno ora l'altro aspetto, arrivano a leggervi traduzioni affatto diverse del principio in questione, che variano in corrispondenza della prospettiva adottata. Chi ad esempio muove da una lettura dell'eguaglianza tesa ad evidenziarne la *ratio* in prevalenza antidiscriminatoria sceglie di dar risalto ai profili di quelle sentenze che avallerebbero un siffatto inquadramento concettuale, così da restringere gli spazi entro cui distinzioni basate sulla razza possano trovare fondamento [33]; l'eguaglianza costituzionale sottintenderebbe così un forte impegno contro determinazioni che assumano l'appartenenza razziale a motivo di considerazione e che definiscano in base a quella il trattamento da riservare agli individui. Osservato sotto il profilo «oggettivo», un siffatto mandato viene inteso fornire un pertinente principio direttivo, che dei pubblici poteri richiede una configurazione conforme all'aspirazione di una società non-razziale, priva appunto di atti classificatori; in maniera equivalente, alla sua sembianza «soggettiva» viene fatta corrispondere una conforme pretesa a ricevere un trattamento indifferente alla razza.

Ma dal momento che il divieto di discriminazione viene inteso nella sua veste più riduttiva – ovverosia come un divieto che guarda all'esplicito intento discriminatorio dell'intervento pubblico più che alle sue indirette ed effettive conseguenze avverse – per l'impostazione appena esposta si profila un'evidente aporia, se raffrontata con la copertura giurisprudenziale delle azioni positive: qualora si accolga l'eguaglianza costituzionale come freno soltanto alle classificazioni apertamente fondate sulla razza, che via d'uscita può esservi per programmi di ammissione differenziale come quelli adottati dall'Università del Michigan? Di fronte a una simile incongruenza, la tenuta dell'*anticlassification approach* viene scaltramente fatta dipendere dai paletti che anche *Grutter* pone ai dispositivi preferenziali. Le limitazioni appostevi divengono in altre parole indice di una ridotta tolleranza della Corte Suprema verso tali congegni, desunta nel caso di specie dalla richiesta di: *a)* sottoporre ciascuna candidatura a un esame individualizzato e non sottratto alla competizione con altri aspiranti; *b)*

---

[32] *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954). Vedi al riguardo gli interventi apparsi su *Harvard L. R.*, 2004, n. 5.

[33] Cfr. F.I. MICHELMAN, *Reasonable Umbrage: Race and Constitutional Antidiscrimination Law in the United States and South Africa*, in *Harvard L. R.*, 2004, p. 1378.

procedere a una valutazione della provenienza razziale che non sia da sola determinativa della scelta finale, ma venga soppesata unitamente ad altri fattori; infine, *c)* addivenire alla scelta di meccanismi che rispondano in modo stringente agli interessi pubblici perseguiti. Da questo insieme di requisiti deriverebbe perciò la conferma di un'eguaglianza che rifiuta la possibilità per gli apparati pubblici di fare della razza la sola caratteristica rappresentativa di una persona, quand'anche nella forma di discriminazioni alla rovescia [34].

La rilevazione dei confini tracciati attorno agli espedienti preferenziali tralascia a ogni buon conto di sciogliere un nodo che sembra al contrario imprescindibile e la cui (intenzionale) dimenticanza rende parziale e insoddisfacente il quadro finora offerto; il diverso elemento da cui è preferibile partire attiene semmai alle ragioni che sottendono l'adozione di una politica di azioni positive e che ne esplicitano il bisogno di ricorrervi – non «nonostante», ma «a motivo» dell'eguaglianza costituzionale. Tramite esse trova difatti riscontro una differente disposizione dei significati dell'eguaglianza, che a un'accezione anti-classificatoria propone di affiancare – se non contrapporre – un prevalente contenuto anti-subordinante: la comune attenzione per l'*individuo* lascia così il posto a una spinta opposta e contraria verso i *gruppi* [35]. Apprezzata da questa angolazione, l'*Equality Clause* prescrive ai pubblici poteri di rispondere anche a quelle pratiche che, pur mostrandosi all'apparenza neutre, producono effetti sproporzionalmente sfavorevoli nei confronti di gruppi ancora esclusi; in questo senso essa legittima interventi volti a recidere le condizioni fattuali di subalternità sociale, perpetuate da indirette forme di divisione razziale. La persistenza di odiosi patti di esclusione sociale rinviene pertanto in quella clausola non uno sterile impegno a un'astensione classificatoria, bensì una sollecitazione ad adoperarsi in favore dei gruppi, quando affetti da diffuse forme di emarginazione. E se, a cinquant'anni da *Brown*, le istituzioni si avvalgono di strumenti preferenziali per garantire un accesso plurale ai livelli superiori dell'istruzione [36], tale scelta trova sostegno

---

[34] Cfr. F.I. MICHELMAN, *op. cit.*, p. 1395.

[35] Cfr. R.B. SIEGEL, *Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over* Brown, in *Stanford L. R.*, 2004, p. 1470. Per una discussione dei significati dell'eguaglianza costituzionale nel contesto canadese, alla luce di una decisione molto criticata della Corte Suprema in materia di disabilità e diritti sociali (*Auton v. British Columbia*, [2004] 3 S.C.R. 657), vedi E. CHADHA-C.T. SHELDON, *Promoting Equality: Economic and Social Rights for Persons with Disabilities under Section 15*, in *National J. of Const. L.*, 2004, p. 27; M. FINLEY, *Limiting Section 15(1) in the Health Care Context: The Impact of Auton v. British Columbia*, in *U. Toronto Fac. L. R.*, 2005, p. 213.

[36] Sulla condizione tuttora segregata del sistema scolastico statunitense, derivante anche dalla crescente presa dell'*identity politics* vedi R.T. FORD, Brown*'s Ghost*, in *Stanford L. R.*, 2004, p. 1305.

in un'eguaglianza costituzionale *di per sé* non refrattaria alla considerazione della razza, ma piuttosto votata all'eliminazione degli effetti perversi che ad alcuni gruppi derivano da una falsa e perniciosa neutralità. L'apprezzamento di quel fattore viene dunque letto nell'ottica di un principio che a un'irreale parificazione antepone una realistica e adeguata diversificazione e che soltanto di fronte alle contestazioni incontrate sul percorso della sua implementazione si è strategicamente mimetizzato dietro un discorso di apparente livellamento.

Accolta questa diversa interpretazione dell'architettura egalitaria costituzionale, è giocoforza desumere dalle sentenze *Grutter* e *Gratz* un equivalente messaggio, utile a fungere da contraltare ai tentativi di contrazione dell'*affirmative action policy*; l'accentuazione da parte dei giudici della finalità diversificante, indicata come distintiva delle azioni intraprese dalle università statali, segnalerebbe il rilievo che i valori anti-subordinanti continuano ad avere nell'interpretazione e nell'attuazione dei disposti costituzionali. Il richiamo dell'interesse pubblico ad avere un corpo studentesco differenziato per appartenenza ed esperienza di vita – e il legame che la Corte costruisce con il correlato passaggio nel mondo professionale – segnerebbe al riguardo un'esortazione a far sì che nessun gruppo rimanga escluso dalla partecipazione alla vita pubblica, a causa di una sistematica estromissione dalle posizioni di potere cui l'università apre le porte. In questo modo i giudici danno prova di intendere le mire discriminatorie ascrivibili ad un atto governativo non in astratto, ma tenendo in ferma considerazione la posizione di superiorità/soggezione che il gruppo beneficiato/danneggiato occupa; in conseguenza di ciò, la piena legittimità costituzionale di strumenti che, come le azioni positive, assumono a criterio di decisione la razza deriva dall'essere provvedimenti di cui si avvantaggiano gruppi diversamente lasciati ai margini [37].

4. L'eredità di *Lawrence v. Texas* per le rivendicazioni degli omosessuali e l'approccio canadese al *same-sex marriage*

Il nuovo millennio ha senza dubbio aperto nuovi scenari per le rivendicazioni degli omosessuali, imprimendo una spinta da tempo attesa al componimento delle correlative questioni; i contrasti sull'inclusione dell'orientamento sessuale tra i fattori di riconoscimento «attivo» – attraverso l'eliminazione degli ostacoli che frequentemente lo rendono motivo di discriminazione –

[37] Cfr. R.B. Siegel, *op. cit.*, p. 1541.

hanno acquisito crescente visibilità, riscuotendo l'attenzione dell'agenda pubblica. Di fronte a questi temi ciascun ordinamento ha mostrato di avere una differente sensibilità e di avvicinare le problematiche annessevi secondo traiettorie e modalità di risoluzione assai diverse; nelle loro maglie si sono peraltro insinuate diatribe ancor più ampie, che attengono alla capacità istituzionale di fronteggiare le tensioni sociali proprie delle società pluralistiche e, congiuntamente, ai rapporti tra gli organi chiamati a darvi risposta.

Emblematico di questa eterogeneità di vedute è il dibattito scaturito dalla sentenza *Lawrence v. Texas* [38], con cui la Corte Suprema degli Stati Uniti, rovesciando una sua precedente pronuncia [39], ha giudicato incostituzionale la legge texana che puniva come reato i rapporti sessuali omosessuali. Al di là del dispositivo – che appariva scontato, vista tra l'altro la consumata disapplicazione della legge – la decisione è divenuta oggetto di insistente interesse più di tutto per i molteplici messaggi ad essa ricollegabili e per le opportunità di cambiamento cui sembra schiudere la vista: la salienza di *Lawrence* discende in altre parole non da ciò che statuisce, ma semmai dai percorsi argomentativi che segue e da ciò che preferisce … non dire. Le riflessioni costituzionali cui la sentenza esorta sono tali da aver portato più d'uno a rintracciarne l'equivalente storico, per importanza e spessore, in *Brown* [40]; l'accostamento è indotto – oltre che dal comune *overruling* giurisprudenziale [41] – dagli sbocchi legislativi non espressi eppure consentiti dai due pronunciamenti, nonché dalle sottostanti implicazioni sociali. La posizione cruciale che in *Lawrence* prende corpo è da rinvenire non nella mera espunzione della prescrizione penale texana, bensì nella bocciatura di una criminalizzazione che *di per sé*, ovverosia indipendentemente dall'effettiva applicazione della norma, è idonea a determinare uno stigma per un intero gruppo di persone: la previsione dell'intervento penale è comunque destinata a ripercuotersi sull'identità degli omosessuali, addossandovi contenuti stereotipati e decurtandone le aspettative di libera espressione [42].

---

[38] 539 U.S. 558 (2003).

[39] *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

[40] Sono di questo avviso, ad esempio, L.H. Tribe, *Lawrence v. Texas: The «Fundamental Right» That Dare not Speaks Its Name*, in *Harvard L. R.*, 2004, p. 1893; M.J. Klarman, *Brown and Lawrence (and Goodridge)*, in *Mich. L. R.*, 2005, p. 431.

[41] Il precedente rovesciato da *Brown* è *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

[42] Si segnala, per inciso, un passaggio della sentenza che per altri motivi ha ricevuto l'attenzione della dottrina: in *Lawrence* la Corte Suprema espressamente utilizza l'argomento comparativo a sostegno della decisione. Il referente giurisprudenziale straniero indicato nella *majority opinion* come strumento di interpretazione costituzionale è *Dudgeon v. UK* (1981), con cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato che il divieto di atti omosessuali

Per le potenzialità del significato attribuitovi la decisione si presta a complesse ricostruzioni, ognuna delle quali giunge a indagarne il *proprium* costitutivo da un'angolazione diversa, eleggendo a criterio di osservazione l'una ovvero l'altra parte di cui si compone. Dall'analisi della pronuncia è innanzitutto rilevabile un fitto intreccio di argomenti che, nel fare assegnamento al contempo su eguaglianza e *due process*, delinea il proponimento della Corte di riferirsi alla libertà in termini sostanziali e relazionali; si eleva dunque a motivo di attenzione un'esigenza di pari dignità, il cui effettivo appagamento dipende dalla considerazione dei rapporti intrattenuti e dal riguardo per strutture sociali in trasformazione [43]. La libertà di cui i giudici domandano rispetto concerne l'aspirazione individuale all'autodeterminazione personale, che prende nondimeno necessaria forma nell'interazione soggettiva; la dichiarata incostituzionalità della sanzione penale intende perciò attestare il riconoscimento della libertà di impegnarsi in relazioni intime, i cui contenuti e confini non sono delineabili dall'esterno se non nel bilanciamento con corrispondenti diritti soggettivi e validi interessi generali. Trattasi quindi di una libertà «innominata», che la Corte rifiuta di racchiudere in una data formula espressiva perché configurabile – prima ancora che in virtù degli atti effettuabili – nell'ottica dei rapporti intrattenibili; assunta tale prospettiva, risulta evidente come il divieto penale di sodomia venga censurato poiché criminalizza atti sessuali per il cui tramite passano le relazioni omosessuali. La discriminatoria limitazione che in questo modo deriva all'intimità degli omosessuali è peraltro da condannarsi per l'opprimente dilatazione spaziale, che nel mentre sembra arrestarsi alla dimensione privata, in verità spinge i suoi effetti fino alla soglia dello spazio pubblico: l'indebita restrizione che essa pone alle virtualità relazionali degli omosessuali nasconde un condizionamento che lambisce e profondamente modella la sfera sociale, dal momento che trasversalmente marchia il perimetro di disvelamento dei rapporti omosessuali e la comunicabilità all'esterno dell'identità che su di essi viene costruita [44].

---

costituisce una violazione dell'art. 8 della Convenzione europea. Per un commento sul significato e l'opportunità del richiamo giurisprudenziale al referente comparato vedi N. LUND-G.O. MCGINNIS, *Lawrence v. Texas* and Judicial Hubris, in *Mich. L. R.*, 2004, p. 1555; J.L. LARSON, *Importing Constitutional Law from a «Wider Civilization»:* Lawrence *and the Rehnquist Court's Use of Foreign and International Law in Domestic Constitutional Interpretation*, in *Ohio St. L. J.*, 2004, p. 1283; V.C. JACKSON, *The Supreme Court, 2004 Term – Comment. Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagment*, in *Harvard L. R.*, 2005, p. 109; J. WALDRON, *Foreign Law and the Modern Ius Gentium – The Supreme Court, 2004 Term Comment*, in *Harvard L. R.*, 2005, p. 129; E.A. YOUNG, *The Supreme Court, 2004 Term – Comment. Foreign Law and the Denominator Problem*, in *Harvard L. R.*, 2005, p. 148.

[43] Cfr. L.H. TRIBE, *op. cit.*, p. 1898.

[44] Cfr. L.H. TRIBE, *op. cit.*, p. 1936; P.S. KARLAN, *Foreword: Loving Lawrence*, in *Mich. L. R.*, 2004, p. 1458.

La propagazione della condanna penale oltre l'ambito squisitamente privato è individuabile, d'altro canto, nell'implicito progetto di contenimento cui essa aspira e a cui accorda una sembianza simbolica, ma efficace; il divieto riecheggia infatti le resistenze dei gruppi religiosi e tradizionalisti al riconoscimento di diritti agli omosessuali e ne adotta il perentorio richiamo alle leggi della natura come presupposto di uno stigma istituzionalizzato e perciò pervasivo. L'ingerenza del penale nelle determinazioni sessuali traduce una vocazione alla *body politics*, che sfrutta in questo caso il riferimento ossessivo al disgusto e ai pericoli del contagio per demonizzare ed emarginare un intero gruppo di persone; tale orientamento, che nel pregiudizio trova il suo principale alleato, è strettamente funzionale al tentativo di imporre confini prestabiliti, conservando attraverso l'esclusione un'identità eretta su valori morali auto-evidenti [45]. A siffatte manovre si contrappone *Lawrence* che, ponendosi ben oltre il campo della sessualità, rigetta espressamente l'argomento secondo cui il senso maggioritario della morale possa *da solo* essere motivo sufficiente per vietare una pratica; ciò che i giudici respingono è l'idea che una maggioranza possa servirsi della forza dello Stato per affermare su altri il proprio codice morale [46]. Un simile sbocco, rinnegando i meccanismi di funzionamento di una società pluralisticamente fondata, sconfesserebbe le aspirazioni di una Costituzione storicamente votata a impedire la creazione di cittadini di seconda classe [47]. E che la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legge texana, pensi primariamente a tale imperativo è reso evidente dalla costante oscillazione tra un approccio che guarda alla questione in termini di eguaglianza e un altro che trasferisce l'analisi sui binari della libertà; nessuno dei due canoni, invero, se isolato dall'altro, potrebbe sostenere una soddisfacente valutazione delle questioni in gioco, in considerazione della peculiare intersecazione di riflessi pubblici e privati che connota le preclusioni anti-omosessuali. Non si pone un mero problema di riservatezza e libera esplicazione sessuale, poiché le proibizioni che vi sono pertinenti investono in modo incidentale lo status di persone respinte come gruppo: la demarcazione penale della loro intimità non è soltanto una privazione di libertà, ma contestual-

---

[45] Ripercorre le tappe del movimento tradizionalista contro gli omosessuali, evidenziandone la collusione con l'apparato pubblico, W.N. ESKRIDGE, *Body Politics: Lawrence v. Texas and the Constitution of Disgust and Contagion*, in *Florida L. R.*, 2005, p. 1011; *contra* C. WOLFE, *Moving Beyond Rethoric*, in *Florida L. R.*, 2005, p. 1065.

[46] Per una riflessione sullo spazio che la morale pubblica ha avuto nella giurisprudenza della Corte Suprema e sui margini entro cui possa condividersi il rifiuto dei giudici di assecondare atti motivati dalla morale maggioritaria vedi S. B. GOLDBERG, *Morals-Based Justifications for Lawmaking: Before and After Lawrence v. Texas*, in *Minn. L. R.*, 2004, p. 1233.

[47] Cfr. W.N. ESKRIDGE, *op. cit.*, 1055.

mente determina una condizione di subalternità che in un'appartenenza identifica la negazione di spazio pubblico [48].

Ad ogni modo, il plauso con cui *Lawrence* è stata salutata non è privo di cenni critici, tesi a smorzare l'entusiasmo (ovvero il disappunto) di chi vi intravede una pronuncia di stampo «libertario» [49]: le aperture desumibili dalle parole – nonché dai silenzi – dei giudici devono fare i conti con le contrastanti implicazioni derivanti anch'esse dalle prospettive dischiuse. È infatti da tenere presente che la depenalizzazione dei rapporti omosessuali non necessariamente sottintende un proposito di deregolamentazione, giacché di per sé non preclude l'intervento dello Stato nella sfera della sessualità; eludendo rilevanti aspetti intrecciati alla premessa anti-discriminatoria, la Corte in realtà lascia intendere che tuttora permangono margini importanti di regolazione dell'omosessualità. Lo spettro di questioni ancora assoggettabili all'ingerenza statale sembra potersi individuare innanzitutto «per negazione», per via degli ambiti che ancora segnalano agli omosessuali l'esistenza di terreni impervi o invalicabili: la tentazione di normalizzare non si dissolve; può semmai cambiare veste, convogliando su settori (lavoro, famiglia, comunicazione) la cui demarcazione eterosessuale corrisponde a una forma indiretta di addomesticamento [50]. È su ognuno di questi campi che si preannuncia lo scontro tra istanze di pieno riconoscimento da una parte e tentativi di incombente accerchiamento dall'altra; nel mezzo ritroviamo sempre i giudici, chiamati a mediare tra le due forze e a indicare la misura e le modalità secondo cui la sessualità può immettersi nel dominio pubblico.

D'altronde, l'insinuazione secondo cui le reticenze della Corte Suprema su alcuni punti danno modo di pensare alla persistenza di spazi regolativi in materia di omosessualità è da valutarsi anche per il potenziale di trasformazione e per la spinta in avanti cui potrebbe essere indirizzata. Al riguardo, lo scenario che si delinea all'orizzonte non sembra affatto inverosimile, se si considerano i toni apocalittici di cui il giudice Scalia si avvale nell'opinione dissenziente per rappresentare *Lawrence* come un imprudente vaso di Pandora. Le cautele argomentative dei giudici di maggioranza e gli allarmanti presagi del giudice dissenziente sono in fondo accomunati dalla medesima preoccupazione, costantemente presente nelle discussioni sull'orientamento

---

[48] Cfr. P.S. KARLAN, *op. cit.*, p. 1457. Per una lettura della sentenza che invece scorge unicamente il riconoscimento di un diritto confinato alla sfera intima vedi D. CARPENTER, *Is Lawrence Libertarian?*, in *Minn. L. R.*, 2004, p. 1140.

[49] Così W.N. ESKRIDGE, *op. cit.*, p. 1013.

[50] Sugli spazi di regolamentazione dell'omosessualità ancora a disposizione nonostante (ovvero a causa di) *Lawrence* vedi N.D. HUNTER, *Sexual Orientation and the Paradox of Heightened Scrutiny*, in *Mich. L. R.*, 2004, p. 1528.

sessuale: una decisione che censuri la condizione di disparità degli omosessuali, se non attentamente soppesata nelle enunciazioni proposte, può esser letta come un mascherato nulla osta al riconoscimento dei matrimoni tra omosessuali (e dei diritti connessivi). Forse anche questo per i giudici ha costituito motivo per non basare la definizione del caso unicamente sulla clausola costituzionale di eguaglianza, perché ciò avrebbe obbligato a riconoscere la conseguenziale inconsistenza di ogni disciplina comportante un diverso trattamento per gli omosessuali [51]. Spetta così al giudice O'Connor affrettarsi a precisare che la legge esaminata riguardava comportamenti tenuti nell'intimità e che dunque dalla sua incostituzionalità non scaturisce immediatamente l'arbitrarietà di qualsiasi distinzione legislativa tra omosessuali e eterosessuali, se rispondente a un legittimo interesse statale.

Tant'è, le velate rassicurazioni della Corte non sono parse sufficienti a evitare le barricate innalzate a difesa della famiglia «tradizionale» e neppure a respingere le incongruenze evidenziate in dottrina rispetto a siffatte puntualizzazioni. Da un lato è infatti innegabile l'irriducibilità di *Lawrence* a una mera decisione di questioni concernenti la condotta sessuale, in virtù delle ricadute che immancabilmente ha su versanti meno privati; per i significati che di riflesso riversa all'esterno, non convince una raffigurazione della sfera pubblica del tutto impermeabile alle determinazioni prese a difesa di quella privata [52]. In proposito, quale miglior esempio può portarsi della reciproca influenza tra i due ambiti se non quello della regolamentazione del matrimonio e delle situazioni soggettive che vi ruotano intorno? Gli stessi giudici, peraltro, più volte rimarcano che il peccato originale imputabile alla legge texana è, prim'ancora che il divieto in sé, l'etichettatura che di alcuni soggetti viene in tal modo assecondata e la conseguente sottrazione di dignità che ne riduce le attese di libera espressione. D'altro lato, alle contrazioni interpretative in cui la Corte cerca di confinare la sentenza è facilmente contestabile un'evidente aporia: una volta scartata la possibilità di addurre la morale pubblica (*id est* maggioritaria) come *ratio* giustificativa di un intervento legislativo, a quale altro legittimo interesse potrebbe ricorrere il legislatore per mantenere la sussistente disparità di trattamento tra coppie omosessuali ed eterosessuali in materia – tra l'altro – di matrimonio [53]? Ammesso dunque il pervicace scompenso che una criminalizzazione – se anche non portata ad esecuzione – addossa sugli omosessuali, risulta senz'altro contraddittorio non trarre da ciò tutte le inerenti conseguenze.

---

[51] Cfr. P.S. KARLAN, *op. cit.*, p. 1459.

[52] Per queste osservazioni vedi L.H. TRIBE, *op. cit.*, p. 1945.

[53] Così M.J. KLARMAN, *op. cit.*, p. 451.

E se per gli Stati Uniti c'è chi assicura che è solo una questione di tempo e che i matrimoni tra omosessuali, sebbene non a breve, finiranno per godere della giusta attenzione finanche presso la Corte Suprema [54], a più dirette conclusioni è invece già arrivato il Canada. Qui la questione riscuote da tempo maggiore visibilità, a dimostrazione della sostanziale diversità di approcci che anche in questo campo connota i due ordinamenti e che in buona sostanza può farsi risalire a un diverso modo di affrontare i temi dell'eguaglianza e della differenza [55]. Le controversie sull'ammissibilità di unioni coniugali tra persone dello stesso sesso hanno visto un'iniziale, ma decisiva, soluzione a livello provinciale: le Corti d'Appello dell'Ontario, del Quebec e della British Columbia per prime hanno riconosciuto come discriminatoria l'esclusione degli omosessuali dalla celebrazione dei matrimoni civili, in un caso (Ontario) disponendo l'accesso indifferenziato all'istituto. Il Governo canadese, pur manifestando l'intenzione di non voler ricorrere contro le decisioni provinciali e di voler presentare in materia un apposito disegno di legge, non ha proseguito direttamente sulla strada legislativa, decidendo di rivolgersi alla Corte Suprema tramite la richiesta di una *reference* [56]. In questo modo le autorità federali, sfruttando una sorta di controllo preventivo di costituzionalità, si sono affidate in via prudenziale alla Corte al fine di ottenere un autorevole *imprimatur* del provvedimento successivamente adottato. Accolti tre dei quattro quesiti sottoposti dal Governo, i giudici hanno risposto in senso favorevole alla proposta modifica legislativa [57], affermandone la piena compatibilità sia con il principio di eguaglianza sia con la libertà religiosa, così come riconosciuti dalla Carta canadese dei diritti e delle libertà; il responso ha dato pertanto un ufficiale via libera al progetto, definitivamente varato nell'estate dello scorso anno [58].

Un profilo tenuto in particolare considerazione dal Governo e dalla Corte ha riguardato per l'appunto la misura entro cui l'istituto del matrimonio possa – ovvero debba – aprirsi a nuove istanze, in forza delle controproducenti

---

[54] Cfr. L.H. TRIBE, *op. cit.*, p. 1951.

[55] Sull'evoluzione dell'eguaglianza secondo la Carta dei diritti del 1982 e sulle nuove istanze che ne qualificano l'implementazione vedi B. PORTER, *Twenty Years of Equality Rights: Reclaiming Expectations*, in *Windsor Y.B. Access to Just.*, 2005, p. 145.

[56] *Reference Re Legal Capacity of Marriage*, [2003] S.C.C.A. No. 325 (QL).

[57] Per una dettagliata analisi dei quesiti proposti vedi J. RADBORD-M. MCCARTHY, *Marriage (P)reference - Equality, Dignity and Individual Voices*, in *National J. of Const. L.*, 2005, p. 217; vedi inoltre M. BAILEY, *Same-Sex Relationships Across Borders*, in *McGill L. J.*, 2004, p. 1007.

[58] Cfr. BILL C-38, *An Act respecting certain aspects of legal capacity for marriage for civil purposes*, entrato in vigore il 20 luglio 2005. Conformemente alle indicazioni della Corte, la legge contiene un'espressa clausola di tutela della libertà religiosa, che esclude per i funzionari delle diverse confessioni l'obbligo di celebrare matrimoni contrari al loro credo (art. 3).

significazioni che il mantenimento di anguste delimitazioni avrebbe sui percorsi inclusivi intrapresi dall'eguaglianza costituzionale; un'interpretazione evolutiva di questo principio presuppone invero un'esatta consapevolezza degli effetti emarginanti che la discriminatoria definizione dei confini matrimoniali distribuisce su alcuni soggetti. Analogamente a quanto evidenziato per *Lawrence*, anche il caso canadese è disputato nei termini di una più ampia questione collettiva, che concerne la negazione di pieno riconoscimento delle relazioni omosessuali e l'assunzione di soffocanti stereotipi ai fini di esclusione sociale; attraverso il tema del matrimonio e delle sue trasformazioni passano istanze attinenti più in generale ai rapporti tra gruppi dominanti e gruppi minoritari, le cui esigenze riescono di norma a conquistare la scena pubblica solo appropriandosi di schemi maggioritari consolidati [59]. Le differenze di cui certi gruppi domandano non la cancellazione, ma un positivo apprezzamento sembrano distorcersi e/o neutralizzarsi mediante un'allusiva ricerca degli elementi di comparazione su cui modellarne le rivendicazioni, nonché attraverso un ricorrente richiamo alla dignità umana come strumento di riconduzione degli squilibri di gruppo sui più sicuri terreni delle libertà individuali [60].

5. Diritto islamico, tribunali arbitrali e diritti delle donne: il caso dell'*Ontario Arbitration Act*

La forte vocazione multiculturalista del Canada, iscritta finanche in quella Carta dei diritti ormai a pieno titolo parte del suo *humus* costituzionale [61], spinge spesso a rappresentarne la struttura sociale secondo l'immagine dell'*ethnic mosaic*, in virtù del caratteristico mandato verso i legami comunitari di cui da tempo l'apparato istituzionale fa mostra; la coesistenza su uno stesso territorio di minoranze indigene, linguistiche e religiose si è tradotta nella vocazione pubblica ad accogliere l'influenza che i relativi legami di appartenenza esercitano sulle relazioni intersoggettive, attraverso l'assegnazione di significativi spazi autarchici ai gruppi considerati collettori di identità culturali *particolari*. La rilevanza assegnata alle pratiche e ai vincoli di fedeltà di cui

---

[59] Cfr. P.S. KARLAN, *op. cit.*, p. 1460.

[60] Per una critica al crescente utilizzo della dignità umana come argomento – anche giurisprudenziale – di deliberazione vedi J. RADBORD-M. MCCARTHY, *op. cit.*, p. 243.

[61] Si consideri per tutti l'articolo 27, che dispone l'obbligo di dare della Carta un'interpretazione conforme alla preservazione e al rafforzamento del patrimonio multiculturale dei canadesi.

i singoli membri rivendicano il riconoscimento – e che si manifesta nei settori e secondo i criteri più disparati – da sempre si accompagna alle numerose obiezioni mossevi contro e che si dirigono all'indirizzo di un sistema reputato foriero di frammentazione sociale; tra queste, crescente interesse viene prestato alle incongruenze che un'eccessiva attenzione ai rapporti comunitari può creare rispetto alle condizioni di vulnerabilità e agli squilibri interni alle minoranze appoggiate.

Al riguardo, la proposta dell'*Islamic Institute of Civil Justice* di istituire nell'Ontario organismi arbitrali (*arbitration tribunals*), cui demandare la risoluzione di dispute in materia civile, ha innescato in tutto il Paese un acceso dibattito; l'istituzione di tali organismi intende(va) consentire la definizione secondo il diritto islamico (*Sharia*) di controversie concernenti in particolar modo il diritto di famiglia [62]. Il progetto è stato formulato sulla base dell'*Ontario Arbitration Act* [63], che tuttora prevede per le parti di una controversia un'ampia possibilità di pervenire *volontariamente* e *consensualmente* ad accordi arbitrali; attraverso tali accordi la composizione della controversia, sorta in settori non esclusi dal campo di applicazione dell'Atto (art. 2.1), è rimessa alla decisione di un tribunale arbitrale. Poiché nel pronunciarsi sull'oggetto dell'accordo l'arbitro (o il collegio arbitrale) è tenuto ad applicare «le regole di diritto indicate dalle parti ovvero, se non vi è stata alcuna indicazione, quelle che ritiene appropriate nelle circostanze del caso» (art. 32.1), tale strumento consente di selezionare un insieme di regole che differiscono in parte dalle leggi dell'Ontario e che sono più rispondenti ai valori condivisi dalle parti.

La proposta della comunità islamica di Toronto, indirizzandosi in questa direzione, ha trovato il suo precedente nell'istituzione di tribunali arbitrali (*Beis Din*) da parte di molte comunità ebraiche dell'Ontario, che da tempo fanno ricorso all'*Arbitration Act* per risolvere questioni concernenti lo status civile dei loro appartenenti secondo dettami maggiormente rispondenti alla religione ebraica. L'annuncio dell'*Islamic Institute* – riportato dai *media* con accenti sensazionalistici e razzisti – ha dato vita alle numerose proteste di chi in simili iniziative intravede un pericolo per i diritti delle donne di religione islamica, sottratte in questo modo alla «protezione della legge» ed esposte a restrittive e tradizionalistiche interpretazioni della Sharia [64]; in seguito alla richiesta di

---

[62] Sulla vicenda vedi N. BAKHT, *Family Arbitration Using Sharia Law: Examining Ontario's Arbitration Act and Its Impact on Women*, in *Muslim L. J. of Human Rights*, 2004, p. 1, rinvenibile sul sito *www.bepress.com/mwjhr*.

[63] *Arbitration Act*, S. O. 1991, c. 17.

[64] Per il dibattito suscitato tra le associazioni femminili islamiche vedi i numerosi com-

modificare l'Atto, così da escludere il ricorso all'arbitrato in materie afferenti il diritto di famiglia, il Governo dell'Ontario ha commissionato un'indagine per «esaminare l'impatto che l'uso dello strumento arbitrale [nel campo della famiglia] può avere su persone vulnerabili, incluse donne, disabili e anziani» ed eventualmente procedere alle opportune modifiche legislative [65].

Il caso dei tribunali arbitrali islamici è indice di un rinnovato interesse verso le complesse dinamiche familiari, le cui problematiche sono da ultimo tornate alla ribalta in relazione ai cambiamenti multiculturali e ai movimenti rivendicatori che ne sono seguiti. La vicenda ha portato sotto i riflettori un argomento da tempo dibattuto in dottrina, secondo cui la c.d. «privatizzazione della giustizia» su questioni concernenti la famiglia – attraverso strumenti quali la mediazione e l'arbitrato ovvero, più in generale, attraverso la collocazione di questa sfera di dominio personale *al di fuori* della vita *politica* – ha su alcuni soggetti degli effetti sproporzionati in termini di costi. Le differenziazioni e i ruoli sui quali si struttura l'ambiente domestico sono infatti ordinati secondo linee di genere, che al suo interno definiscono una divisione del lavoro e una distribuzione del potere sfavorevoli alle donne; in proposito, l'accusa mossa è che lasciare scoperto il campo delle dispute familiari, comprimendolo sul *libero* accordo delle parti, corrisponde non a una benevola astensione, bensì a un sostanziale condono dei distorti meccanismi distributivi che vi si consolidano [66]. Conseguentemente, il proponimento di demandare la composizione di dispute familiari a organismi istituiti per arbitrare secondo il diritto islamico è sembrato utile a identificare la soglia oltre la quale gli accorgimenti multiculturalisti non dovrebbero spingersi, a causa degli effetti perversi che in tal caso avrebbero sui diritti delle donne. Le critiche piovute sulla proposta dell'*Islamic Institute* per certi versi riassumono le perplessità di cui le misure di salvaguardia dell'identità culturale sono circondate; l'attuazione di un simile progetto porta infatti alla luce le incognite che si nascondono dietro strumenti di «positivo» apprezzamento della diversità culturale. Quando la rivendicazione di prerogative culturalmente diffe-

---

menti contenuti nei siti web della *National Association of Women and the Law* (*www.nawl.ca*), del *Canadian Council of Muslim Women* (*www.ccmw.com*) e della *National Organization of Immigrant and Visibile Minority Women of Canada* (*www.noivmwc.org*); sulla proposta dell'*Islamic Institute* vedi il sito *http://muslim-canada.org.*

[65] I risultati dell'indagine e le proposte di modifiche legislative presentate dalla responsabile Marion Boyd possono consultarsi sul sito *www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/boyd/executivesummary.pdf.*

[66] Per una ricostruzione della vicenda nell'ottica delle ricadute che avventate politiche multiculturaliste possono avere sulle donne vedi A. SHACHAR, *Religion, State, and the Problem of Gender: New Modes of Citizenship and Governance in Diverse Societies*, in *McGill L. J.*, 2005, p. 61.

renziate passi attraverso l'appartenenza a una comunità – che delle esigenze dei singoli membri si fa interprete e mediatrice – quanto rappresentativo e veritiero deve considerarsi il ritratto consegnato all'esterno di un'identità di cui si chiede un «positivo» apprezzamento? E a chi spetta stabilire il carattere «autentico», e perciò vincolante, di certi ruoli e tradizioni? Nel caso dei tribunali arbitrali viene posto inoltre il problema di stabilire a quale interpretazione della *Sharia* essi sarebbero chiamati a prestar fede e in che misura dovrebbero ritenersi vincolati al rispetto della Carta canadese dei diritti e delle libertà [67].

Nondimeno, l'arbitrarietà e le difficoltà insite nell'accoglimento di istanze multiculturali non costituisce motivo sufficiente per sorvolare su un punto centrale, la cui noncuranza sembra indice di una preconcetta indisponibilità al confronto. L'annuncio dell'organizzazione islamica ha toccato un nervo scoperto del diritto di famiglia canadese, atteso che la legislazione dell'Ontario già prevedeva un meccanismo di aggiudicazione arbitrale per le contese familiari; tuttavia, il fatto che di esso si fossero servite altre confessioni religiose non aveva finora suscitato molta preoccupazione. L'avvertimento, di sicura rilevanza e spessore, secondo cui la formazione di quei tribunali può avere pesanti ripercussioni sulle donne appartenenti alle comunità interessate è sembrato però scontare un forte limite nel suo essere uni-verso, perché noncurante dei rischi cui *in ogni caso* le donne sono esposte in un sistema di giustizia familiare arbitrale; la parzialità riscontrabile nell'inquadramento del caso evidenzia in tal senso uno dei più frequenti difetti del dibattito sulle problematiche multiculturali: la demonizzazione delle mancanze dell'*altro*, nonostante e forse proprio a motivo delle nostre carenze.

6. Conflitti sociali e nuove emergenze tra legislatore e giudice supremo

Dall'analisi dei temi or ora segnalati emerge con chiarezza la centralità di un profilo che, sebbene poliedrico nella conformazione espressiva, tende a riproporsi con regolarità per ciascuna delle problematiche vagliate; nel dibattito costituzionale statunitense e canadese esso si presenta sotto le sembianze di un comune filo conduttore, che percorre sistematicamente la disamina delle questioni più controverse. Un punto nodale delle ricostruzioni offerte in relazione alle vicende indicate è difatti rappresentato dallo spazio al loro interno ritagliabile per le Corti Supreme, in considerazione del ruolo effettivamente svoltovi e

[67] Cfr. A. SHACHAR, *op. cit.*, p. 64.

della natura dei poteri assegnatigli; la posizione assunta e i tramiti discorsivi impiegati dal giudice supremo rispetto ai casi rilevati divengono pretesto per una più articolata riflessione sulla qualità del loro operato e sugli ambiti entro cui esso dovrebbe essere circoscritto. Argomento necessitato di discussione è la strutturazione dei rapporti tra Corte Suprema, Esecutivo e Parlamento, immancabilmente sottoposta a rinnovata attenzione in periodi di importanti fluttuazioni istituzionali e di profondi cambiamenti sociali; le rimodulazioni cui tali evenienze danno corso premono in primo luogo su equilibri fino a quel momenti pensati come esaustivi e duraturi, mostrandone la sopravvenuta inadeguatezza.

Una sensazione di iniziale smarrimento circa la sorte di fondamentali garanzie costituzionali ha ad esempio contrassegnato la reazione della dottrina americana di fronte all'energica controffensiva messa in piedi dal Governo degli Stati Uniti dopo gli attacchi dell'11 settembre; la consistenza dei provvedimenti adottati e l'unilateralità distintiva dei percorsi procedurali prescelti ha lasciato pochi dubbi sulla straordinarietà delle misure intraprese, rispetto alla «normalità» dei molteplici livelli decisionali altrimenti operanti e alla funzionalità garantistica degli usuali contrappesi istituzionali. Nella convinzione che la pervasività della minaccia terroristica reclami risposte risolute – e se del caso più invasive di quelle ordinariamente ammissibili – l'individuazione di un soddisfacente equilibrio tra libertà e sicurezza viene fatta altresì dipendere da un ripensamento dell'apporto giudiziario, sul piano della tenuta costituzionale degli accorgimenti predisposti e delle interazioni istituzionali esigibili; in particolare, il ridimensionamento del ruolo rivestito dalla Corte Suprema – chiamata a un atteggiamento di *self-restraint* – e la contrazione del suo campo d'azione vengono entrambi giudicati rispondenti al soddisfacimento delle istanze di difesa così come a premesse democratiche e di libertà [68]. Respinta l'opportunità di un'inclinazione massimalista – sia essa sbilanciata verso una protezione assolutizzata dei diritti costituzionali ovvero tendente a giustificare qualsivoglia decisione presa in nome della sicurezza – la strategia appoggiata da alcuni è invece quella di un approccio minimalista [69], che all'inflessibilità di un orientamento irrigidito sull'uno o sull'altro lato della dicotomia preferisca una posizione di basso profilo.

Tale criterio di deliberazione si tradurrebbe per i giudici nella predilezione

---

[68] Sul ruolo che Ackerman ritaglia per i giudici nel funzionamento della proposta *Emergency Constitution* e sulla relativa distinzione tra compiti di *macromanagement* e *microadjudication* vedi B. ACKERMAN, *The Emergency Constitution*, cit., p. 1066; ID., *This Is Not a War*, cit., p. 1094. Per una critica vedi D. COLE, *The Priority*, cit., p. 1761; L.H. TRIBE-P.O. GUDRIDGE, *The Anti-Emergency Constitution*, cit., p. 1832.

[69] Per una dettagliata esposizione dell'approccio *minimal* vedi C.R. SUNSTEIN, *Minimalism At War*, in *Supreme Court R.*, 2004, p. 47.

di decisioni che, limitandosi a risolvere interrogativi specifici, non si avventurino nella definizione di più generiche problematiche di diritto costituzionale; prendere una posizione netta rispetto a questioni altamente controverse – come quelle riguardanti la misura, il contenuto e i limiti di una libertà ovvero di un potere – vorrebbe dire precludersi la possibilità di ricalibrature e aggiustamenti futuri, particolarmente importanti quando si tratti di far fronte a minacce in costante evoluzione. In questo senso le pronunce della Corte Suprema sulle operazioni e sulle modalità di condotta governative nella lotta al terrorismo [70] sarebbero meritoriamente da catalogare all'interno di una linea d'azione minimalista poiché, preferendo enunciati circoscritti e modellati sul singolo caso, eviterebbero le insidie di determinazioni giudiziarie oltremisura amplificate e generalizzate; queste ultime mal si presterebbero all'accertamento di un apprezzabile bilanciamento tra contrapposte esigenze, a causa della lontananza, della Corte Suprema in particolare, dai circuiti deliberativi democraticamente responsabilizzati. Le sentenze adottate dal giudice supremo in tempo di guerra – incluse quelle concernenti la lotta al terrorismo – si attesterebbero lungo una siffatta parabola restrittiva, che si qualifica per la regolare presenza di tre elementi: 1) la richiesta di una chiara autorizzazione congressuale, necessario requisito per il compimento da parte dell'Esecutivo di operazioni incidenti su interessi costituzionalmente protetti; 2) l'assicurazione di imparziali accertamenti e dell'accesso ai tribunali per coloro che vengono sottoposti a misure detentive; 3) la propensione dell'organo a non adottare decisioni oltremodo puntuali e strutturate, così da non porre controproducenti ipoteche sugli svolgimenti futuri [71].

Le cautele di cui si ritiene di dover circondare i pronunciamenti della Corte – soprattutto su questioni di particolare rilievo – vengono peraltro riportate su un livello di più vasta portata, che è inteso in generale riferirsi al carattere pluralistico e frammentato delle società contemporanee e massimamente di quella americana. La diffidenza manifestata nei confronti di questa istitu-

---

[70] Cfr. *Hamdi v. Rumsfeld*, 124 S. Ct. 2633 (2004); *Rasul v. Bush*, 124 S. Ct. 2686 (2004); *Rumsfeld v. Padilla*, 124 S. Ct. 2711 (2004).

[71] Cfr. C.R. SUNSTEIN, *op. ult. cit.*, p. 51 e in un analogo significato W.N. ESKRIDGE, *Pluralism and Distrust: How Courts Can Support Democracy by Lowering the Stakes of Politics*, in *Yale L. J.*, 2005, p. 1318. Critiche alle succitate sentenze della Corte Suprema arrivano invece da chi vi intravede un atteggiamento di eccessiva deferenza verso il Governo, in virtù soprattutto dell'ambiguità e dell'indeterminatezza che complessivamente le caratterizza e dei numerosi spazi di manovra lasciati all'Esecutivo; in proposito vedi A. ELGART, Hamdi v. Rumsfeld*: Due Process Requires That Detainees Receive Notice and Opportunity to Contest Basis for Detention*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties L. R.*, 2005, p. 239; M.B. OSBORN, Rasul v. Bush*: Federal Courts Have Jurisdiction over Habeas Challenges and Other Claims Brought by Guantanamo Detainees*, *ivi*, 2005, p. 265.

zione è da addebitarsi principalmente al carattere non elettivo dei membri che la compongono e ad una permanenza in carica smisuratamente lunga; entrambi i fattori vengono considerati motivo di intralcio a un'indebita intromissione nei meccanismi della politica, attraverso la definizione di casi che meglio sarebbe lasciare al libero gioco democratico e che il potere legislativo è prima d'ogni altro chiamato a risolvere. Ciononostante, il risalto della caratterizzazione pluralistica dell'ordinamento, riprodotta dalla Costituzione sul piano dell'organizzazione istituzionale, non è preso a pretesto per un complessivo sottodimensionamento del *judicial review*, ma è introdotto per sottrarre terreno a un attivismo giudiziario distortivo del corretto funzionamento del sistema; la critica è dunque rivolta a quelle decisioni con cui la Corte Suprema, appropriandosi di un ruolo non suo finisce per imporre soluzioni che in maniera prematura troncano processi riformatori ancora in corso. La spessore del ruolo assegnato alla Corte sarebbe invece da rintracciare nella capacità di pervenire a determinazioni graduate, che pur curandosi delle istanze minoritarie e dei movimenti sociali che le accompagnano, lascino l'ultima parola ai processi democratici di aggiudicazione [72].

Il modello vagheggiato guarda all'organo come a un credibile prolungamento dell'odierno assetto democratico solo a condizione di una sua propensione a sostenere, anziché ostacolare, le dinamiche pluralistiche, attraverso lo sfruttamento di tecniche decisionali idonee a ridimensionare la posta politica in gioco; diversamente, un'accentuata predisposizione a sostituirsi al Parlamento nell'implementazione di cambiamenti di rilievo costituzionale determinerebbe un pericoloso innalzamento delle controspinte al mantenimento dello *status quo*. La pretesa agevolazione degli svolgimenti pluralistici pretenderebbe allora, da parte della Corte, una predilezione per decisioni di natura «inclusiva», che siano tali cioè da non escludere definitivamente dalla competizione gruppi dissenzienti; viceversa, una risoluzione di casi che veda addossare su alcuni gruppi il senso di una sconfitta definitiva o di una forzata assimilazione li indurrebbe a un ulteriore arroccamento su posizioni estremistiche, sconfessando al contempo la struttura partecipata e dialogata dei processi democratici. L'impegno della Corte dovrebbe, quindi, profondersi nella messa in opera di quelle clausole di neutralità (*equal protection, due process, no establishment*) su cui la Costituzione fa pieno assegnamento per garantire alle istanze pluralistiche un campo neutro di genuino confronto [73].

In questa prospettiva, sentenze come *Lawrence v. Texas* sono prese ad esempio di come la Corte possa occuparsi di controversie che racchiudono

---

[72] Cfr. W.N. Eskridge, *op. ult. cit.*, p. 1293.

[73] Cfr. W.N. Eskridge, *op. ult. cit.*, p. 1301.

questioni sociali complesse, evitando tuttavia di indicarne la soluzione conclusiva; il giudizio sulla *sodomy law* texana viene infatti condotto in modo da lasciare aperti spiragli significativi al problema dei matrimoni omosessuali, senza d'altra parte sottrarlo all'agenda politica e alla sua definizione da parte del corpo legislativo [74]. Una simile impostazione offre un buon modello per ragionare sui rapporti che il giudice supremo è in grado di intrattenere con i movimenti di riforma espressi dalla società e con i conflitti sociali che questi si portano dietro: rispetto alla richiesta di forti cambiamenti politici, sociali e culturali – avanzati da gruppi minoritari ed emarginati – quale atteggiamento è bene aspettarsi dall'organo supremo di controllo costituzionale? Alla Corte si potrebbe ad esempio chiedere di astenersi dal prendere posizione su temi ancora osteggiati, perché ciò comporterebbe – attraverso l'invalidazione di atti legislativi – l'intrusione nel processo decisionale democratico; al contrario, si potrebbe propendere per una Corte che incalzi riforme ancora in embrione, a difesa di chi in quel processo fatica a contare e contro la tirannia della maggioranza [75]. Tra le due alternative, contro e a favore della quale possono portarsi diversi argomenti [76], è parso ad altri più utile immaginarne una terza, che sia d'aiuto a individuare un diverso modo in cui le decisioni della Corte possono essere velatamente *countermajoritarian*: di fronte a una realtà di importanti trasformazioni sociali e all'emersione di una differente attitudine verso certi temi, la Corte potrebbe mostrarsi incline a non eludere le nuove istanze che dinanzi a lei comunque si affacciano, senza però dimenticare le difficoltà che un cambiamento privo di un adeguato riscontro politico e sociale necessariamente incontra.

La piena consapevolezza dell'appoggio esterno che siffatte determinazioni domandano dovrebbe invero spingere il giudice supremo ad adottare una strategia misurata, che consenta di dare accoglienza in maniera riflessa a rivendicazioni nuove e inascoltate, aprendo allo stesso tempo un canale di dialogo con il ramo legislativo; dal puntuale intervento di quest'ultimo, necessario per accompagnare fattivamente gli avanzamenti abbozzati, dipende infatti l'indispensabile attuazione della pronuncia giudiziaria. In quest'ottica sarebbero da leggersi sentenze come *Brown* e *Lawrence* che, quantunque implicitamente proiettate oltre l'ambito dell'istruzione e delle relazioni intime, hanno dimostrato di voler rifuggire un'aperta presa di posizione sul tema dei matrimoni interrazziali e omosessuali. Simili cautele sarebbero da addebi-

---

[74] Vedi ancora W.N. Eskridge, *op. ult. cit.*, p. 1317.

[75] Per un'analisi sul ruolo della Corte nei confronti dei cambiamenti sociali e sulle diverse posizioni osservabili vedi M.J. Klarman, *Brown and Lawrence*, cit., p. 440.

[76] Cfr. R.A. Posner, *The Supreme Court, 2004 Term - Comment. Foreword: A Political Court*, in *Harvard L. R.*, 2005, p. 31.

tarsi alle maggiori resistenze che cambiamenti imposti dai giudici sono destinati a fronteggiare rispetto a quelli indotti dalle istituzioni elettive, con il rischio di barricamenti e ostruzionismi maggioritari tesi a rallentare il corso di rinnovamenti già avviati [77]. La circospezione richiesta alla Corte Suprema quando intervenga su questioni «sensibili» – una circospezione che in modo analogo interessa l'omologa istituzione canadese [78] – viene del resto letta come un'implicita conferma della sua supposta natura politica, sostenuta con riferimento soprattutto al giudizio di costituzionalità; la pretesa di un auto-contenimento sarebbe cioè da attribuirsi ai margini di manovra che tale organo comunque possiede e all'incommensurabilità del controllo che le è proprio [79]. La politicità accollatale viene intesa nel senso della titolarità di un potere che, nel suo concreto esercizio, si scopre avere una discrezionalità assai vicina a quella del legislatore, ma che pur tuttavia non trova un corrispondente contrappeso nella responsabilità che invece denota l'attività del secondo. Il vincolo del testo costituzionale – per la sua formulazione «aperta» e la manovrabilità interpretativa, unitamente all'improbabilità di una revisione – dilaterebbe, più che comprimere, la virtualità discretiva della supervisione svolta dalla Corte, accentuandone l'assenza di limiti «giuridicamente» verificabili; il rimedio alla scontata espansione di una funzione dai confini sfuggenti sarebbe perciò da rimettere a un giudice supremo che, consapevole di ciò, rinvenga la sua propria misura nella struttura istituzionale che lo circonda e nel giusto peso che ritiene di dover assegnare alle determinazioni degli altri organi [80].

Ma quand'anche si accolga un orientamento che chieda al giudice delle leggi di astenersi da indebite incursioni nei domini della politica, rimane ancora indeterminata la soluzione del profilo da cui quella premessa dipende; occorre in altre parole intendersi sui parametri in base ai quali desumere il carattere più o meno «politico», e dunque invasivo, delle decisioni della Corte. Se invero si procede da un'idea di biasimo verso pronunce di timbro politico, perché discre-

---

[77] Per questa lettura delle due sentenze e per la proposta di una differente strategia decisionale vedi ancora M.J. KLARMAN, *op. cit.*, p. 446.

[78] Sul dibattito canadese concernente i termini entro cui può parlarsi di *judicial activism* vedi da ultimo lo scambio di opinioni apparso sul *McGill Law Journal*: S. CHOUDHRY-C.E. HUNTER, *Measuring Judicial Activism on the Supreme Court of Canada: A Comment on Newfoundland (Treasury Board) v. NAPE*, in *McGill L.J.*, 2003, p. 525; C.P. MANFREDI-J.B. KELLY, *Misrepresenting the Supreme Court's Record? A Comment on Sujit Choudhry and Claire E. Hunter, "Measuring Judicial Activism on the Supreme Court of Canada»*, in *McGill L. J.*, 2004, p. 741; S. CHOUDHRY, C. E. HUNTER, *Continuing the Conversation: A Reply to Manfredi and Kelly*, in *McGill L. J.*, 2004, p. 765.

[79] La Corte Suprema (rispettivamente statunitense e canadese) è ritenuta un organo essenzialmente politico da R.A. POSNER, *op. cit.*, p. 39 e C.P. MANFREDI-J.B. KELLY, *op. cit.*, p. 763.

[80] Così R.A. POSNER, *op. cit.*, p. 75.

zionali, diviene di riflesso sfuggente il criterio stesso attraverso cui è dato pervenire a un simile giudizio; di queste incertezze nell'analisi è ad esempio testimone il dibattito che di recente ha interessato la Corte Suprema canadese, divenuta massima protagonista dei diverbi costituzionali soprattutto in seguito all'approvazione della Carta dei diritti e delle libertà (1982). Le valutazioni della dottrina in ordine alla natura e agli effetti del controllo di costituzionalità sembrano difatti segnate da un pregiudiziale disaccordo sulle modalità mediante le quali può misurarsene il tasso di politicità e di inopportuno attivismo: nel condurre indagini attinenti agli sconfinamenti della Corte in campi di altrui competenza, il risultato cui si approda è evidentemente influenzato dagli assunti di partenza [81]. In proposito, le variazioni negli esiti della ricerca scaturiscono innanzitutto dalla scelta tra un metodo meramente quantitativo e un altro insieme qualitativo, a seconda che si proceda tenendo complessivamente conto di tutte le pronunce di incostituzionalità da cui organi democraticamente eletti escono «sconfitti» ovvero si introducano considerazioni riguardanti i limiti costituzionali che quegli organi incontrano e che pertanto compromettono davanti alla Corte la sopravvivenza degli atti adottati. A ciò si aggiungano i differenti sbocchi ottenibili nell'ipotesi in cui l'operato del giudice supremo venga apprezzato attraverso il ricorso a ulteriori distinzioni, relative al parametro costituzionale utilizzato, ai diritti costituzionali in discussione e al periodo in cui la decisione interviene. In definitiva, l'impronta di politicità che si ritiene di poter addossare sulla Corte Suprema inevitabilmente risente del metro di valutazione adottato, parimenti sfuggente e non racchiudibile in formule sintetiche.

---

[81] Le diverse conclusioni cui in Canada giungono al riguardo costituzionalisti da un lato e politologi dall'altro sono determinate principalmente dai diversi parametri utilizzati: cfr. S. CHOUDHRY-C.E. HUNTER, *op. cit.*, p. 531; C.P. MANFREDI-J.B. KELLY, *op. cit.*, p. 744.

III

FORUM

Le riforme costituzionali dopo il referendum del 25-26 giugno 2006

GAETANO AZZARITI

Abbiamo predisposto sei domande per questo nostro incontro, le prime due riguardano il metodo delle revisioni costituzionali, le restanti quattro il merito. È evidente che la schematizzazione è di comodo, poiché è innegabile che in materia di riforme costituzionali il metodo e il merito vanno spesso guardate assieme. Credo che dopo le stagioni delle «grandi riforme» ed il referendum costituzionale di giugno, sia d'obbligo iniziare con una valutazione d'insieme sulle riforme e la loro utilità. La prima questione che vi sottoponiamo, dunque, non va intesa come limitata strettamente alla «procedura» o ai «procedimenti» della revisione, ma vi chiediamo anche una valutazione di «merito» delle riforme del recente passato.

I Domanda:

A vostro giudizio la stagione delle revisioni costituzionali con procedimento speciale, diverso da quello previsto dall'art. 138 Cost., è finita?

LEOPOLDO ELIA

La riforma della seconda parte della Costituzione, bocciata con il referendum del 25-26 giugno 2006, era stata adottata secondo la procedura ordinaria dell'art. 138 Cost. A prima vista, dunque, sembrerebbe che questa vicenda non c'entri nulla con i procedimenti speciali, caratterizzati dall'intervento delle Commissioni bicamerali De Mita-Jotti prima e D'Alema poi. In realtà, l'esperienza consumata il 25 giugno 2006 coinvolge anche, per una dimensione non secondaria, il metodo che era alla base di quei procedimenti speciali secondo i quali l'*iter* della revisione si doveva concludere con un referendum obbligatorio di carattere globale, in quanto riferito ad un «progetto organico» di revisione che investiva l'intera parte seconda del testo costituzionale. Come è noto, sia da parte di una qualificata dottrina che da autorevoli costituenti (basti citare Dossetti), si è elevata una critica argomentata e decisa contro l'eterogeneità delle questioni, sulle quali era costretto a pronunziarsi l'elettore con un sì o con un no. Riguardo al voto del 25 giugno la critica si rivolgeva in particolare contro l'unicità della scelta in presenza di modificazioni così diverse come quelle concernenti il federalismo (versione *devolution*) e la forma di governo a premierato fortissimo. Né sembra pertinente richiamare a favore dell'eterogeneità nel referendum costituzionale il referendum del 2001 sul Titolo V, appunto perché in quel caso la scelta dell'elettore riguardava più articoli compresi però in un unico titolo della parte seconda.

Né prova a favore dell'eterogeneità il voto popolare cui sono sottoposte nuove

costituzioni, poiché in quelle circostanze prevale il giudizio sull'atto formativo di un nuovo ordine costituzionale rispetto agli specifici contenuti della nuova Carta. Si può aggiungere che il voto globale in sede di revisione su testi relativi a più titoli assume una connotazione plebiscitaria a danno della valenza oppositiva che il referendum costituzionale dovrebbe mantenere. In conclusione la scelta referendaria del 25 giugno ha valorizzato due tendenze significative del nostro ordinamento: il ricorso alla procedura ordinaria *ex* art. 138 (preferibilmente con un quorum parlamentare elevato ai due terzi o ai tre quinti) e il ricorso ad emendamenti «puntuali» più vicini ai precedenti statunitensi, sia pure nel quadro di una revisione con procedimento meno aggravato di quello d'oltreoceano. Naturalmente ciò vale per il nostro ordinamento, mentre altrove le costituzioni possono prevedere anche revisioni dell'intero testo costituzionale.

Paolo Ridola

Ritengo che l'esperienza dei procedimenti speciali debba ritenersi superata e non più riproponibile, perchè essa è stata controversa sul piano costituzionale e sostanzialmente improduttiva dal punto di vista politico. I procedimenti speciali fino ad ora sperimentati sono stati incentrati sul ruolo di una commissione bicamerale, concepita come uno strumento più duttile per il raggiungimento di larghe intese e come la sede particolarmente idonea a favorire il compromesso fra le forze politiche. Ma l'esperienza della Bicamerale D'Alema, così come quella precedente della Commissione Jotti-De Mita, che pure operò in un clima politico molto diverso, hanno dimostrato che il procedimento speciale si è rivelato piuttosto uno strumento di radicalizzazione della discussione sulle riforme costituzionali. Aggiungo peraltro che, se ciò è avvenuto – e mi sembra che le vicende dei processi di riforma succedutesi nell'ultimo quindicennio lo confermi –, ciò è dipeso anche, in larga misura, dall'affermarsi di una lettura «spuria», o quanto meno molto discutibile, della funzione del referendum *ex* art. 138, la quale non è stata priva di risonanze anche nel dibattito scientifico. Mi riferisco alla previsione della consultazione popolare obbligatoria, che ha conferito al referendum di revisione costituzionale una indubbia torsione plebiscitaria, trasformandolo da strumento eventuale a disposizione di minoranze, ed anzitutto di quelle parlamentari, in funzione oppositiva nei confronti della maggioranza parlamentare, in passaggio necessario per amplificare la decisione di questa e per conferirle un plusvalore legittimante di tipo plebiscitario. Concludo su questo primo quesito: se rifletto sulla esperienza degli ultimi anni, sono dell'opinione che proprio questa valenza oppositiva, antagonistica del referendum si sia rivelata come un elemento di vitalità del modello dell'art. 138. È questo uno spunto di riflessione che ritengo significativo allo scopo di rimarcare la collocazione del procedimento di revisione costituzionale nel quadro delle garanzie costituzionali, e di sottolineare il ruolo peculiare che esso gioca come elemento caratterizzante di una democrazia attenta ai contropoteri. Sotto questo profilo, anche la vicenda del referendum del 25 e 26 giugno del 2006 mi sembra emblematica, in quanto tale referendum è stato il risultato di una

forte mobilitazione della società civile, che si è dispiegata al di là degli schieramenti dei partiti e, aggiungerei, *nonostante* talune reticenze e astuzie delle posizioni ufficiali di questi. Il referendum del 2006 si è rivelato dunque anzitutto come un tipico strumento per attivare «controforze», secondo l'espressione di Mortati, rispetto alle dinamiche del principio maggioritario, ed inoltre come occasione di diffusione di una *pedagogia costituzionale*: ricordo il ruolo assai rilevante che hanno giocato nella vicenda referendaria la discussione nelle scuole, così come la rete di associazioni attive nella campagna elettorale. Questo è, mi sembra, l'elemento di riflessione più profonda che emerge dal referendum del 25 e 26 giugno: il referendum di revisione come manifestazione di un diritto di difesa dell'ordine costituzionale, come perno di quel legame forte fra guarentigie costituzionali e diritto di resistenza, che già Orlando aveva intuito in un suo lontano scritto.

Antonio Baldassarre

Anche se con un'opinione concorrente, mi sento di pervenire alle stesse conclusioni cui sono giunti Leopoldo Elia e Paolo Ridola negli interventi precedenti.

Ritengo, infatti, che sia difficile ipotizzare per il prevedibile futuro forme di revisione diverse da quelle previste dall'art. 138 Cost., volte a stabilire riforme parziali e settoriali, comunque in armonia con i valori fondanti della Costituzione vigente. Dicendo ciò, mi baso su due motivi fondamentali: uno di carattere costituzionale, l'altro squisitamente politico.

Il primo motivo è dato dal fatto storico che l'attuale Costituzione repubblicana, pur se necessita indubbiamente di aggiustamenti e di adeguamenti dovuti al maturare di situazioni nuove, gode, nel suo impianto generale, di una forte legittimazione popolare. Scriveva Rudolf Smend che tale legittimazione distingue una costituzione – che, per lui, era in ogni caso una «costituzione vivente» – da un «pezzo di carta», *Stückpapier*, chiamato costituzione.

Al di là del fatto che, nella storia ultracinquantennale della Repubblica italiana, ogni forza politica rilevante ha tentato di tirare dalla sua parte la Costituzione, i valori di libertà individuale e di gruppo e i principi di giustizia sociale in essa consacrati fanno parte dell'attuale identità del popolo italiano. E lo stesso deve dirsi di certi principi di organizzazione costituzionale – come, ad esempio, il parlamentarismo e il pluralismo istituzionale e delle autonomie territoriali – e di certe istituzioni, come il Capo dello Stato o la Corte costituzionale, ma anche i giudici e le forze dell'ordine. Ritengo che l'ampio tentativo di riforma costituzionale fallito nella legislatura precedente, a parte ogni discorso sulla (cattiva) qualità della proposta, abbia enormemente sottovalutato la forte legittimazione dell'attuale costituzione, che non è stata indebolita neppure da una pratica parlamentare e politica sconfortante, spesso al limite della tollerabilità. Se così non fosse stato, quei riformatori non avrebbero proposto modifiche che incidevano profondamente, e negativamente, sul sistema parlamentare e tendevano a sterilizzare figure come quella del Presidente della Repubblica e organi di garanzia, come la Corte costituzionale.

L'altro motivo tocca, invece, la politica contingente, anzi un aspetto della politica che vorrei che fosse contingente ma che ormai, permanendo da troppo tempo, rischia di produrre effetti negativi di lungo periodo. Non si può ipotizzare un'ampia revisione costituzionale – magari partendo da un'ipotesi elaborata da una Commissione bicamerale o da una Convenzione – in una situazione di vasto e profondo conflitto tra i due opposti schieramenti politici. La costituzione stabilisce, infatti, i principi e le istituzioni comuni a tutte le forze politiche, ossia le regole del gioco che ogni *player* accetta come base comune del proprio «gioco». Nel caso di una radicale divisione tra maggioranza e opposizione, ogni proposta di revisione di ampio respiro verrà vissuta da ciascuna delle parti in causa come nei due ultimi tentativi (uno andato in porto, nel 2001, e uno fallito), cioè come la riforma di una parte contro l'altra parte. Il significato e la funzione della costituzione verrebbero, così, frustrati sin dall'inizio.

Inoltre, in presenza di profonde divisioni sui valori di fondo che oppongono, non soltanto la maggioranza alla minoranza, ma anche i singoli partiti che formano i due schieramenti, l'ipotesi di un'ampia revisione si rivela, nei fatti, impraticabile. In fin dei conti la riforma del Titolo V ha avuto successo, nel senso che è stata approvata dalla maggioranza dell'epoca, poiché era volta ad acquisire il consenso del partito della Lega e indurla a far corpo con la stessa maggioranza nelle successive elezioni: si trattava, cioè, di una strumentalizzazione della revisione costituzionale ai fini di una tattica politica del tutto contingente. Questo scopo ha reso quiescenti i potenziali nemici della revisione all'interno della maggioranza dell'epoca, per il semplice fatto che, se la manovra fosse riuscita, ogni partito formante la medesima maggioranza ne avrebbe avuto un beneficio: quello di restare maggioranza. Le cose, poi, sono andate diversamente, ma quella indicata era l'aspettativa comune di tutti i partiti della maggioranza al governo nel 2001. Oggi ho l'impressione che non vi sia neppure lo spazio per manovre di piccolo cabotaggio, come quella che ha condotto alla revisione del Titolo V.

Riguardo all'uso del *referendum* nelle revisioni costituzionali *ex* art. 138 Cost., mi permetto due notazioni critiche su alcune affermazioni fatte da Ridola e da Elia.

Se ho ben inteso le sue parole, Ridola sembra distinguere i *referendum* aventi una carica plebiscitaria da quelli che non l'avrebbero. In realtà, in base allo studio dei *referendum* che anni fa ho svolto in America nell'ambito di corsi seminariali che ho tenuto a Yale, mi sembra pressoché utopistico pensare che vi possano essere voti popolari che non abbiano un effetto plebiscitario. Certo, è questione di misura. In alcuni casi, infatti, l'effetto è massimo, nel senso che, come è avvenuto in Francia con Napoleone III o anche negli Stati americani a cavallo fra il XIX e il XX secolo con il Movimento Populista, i voti popolari vengono scientemente inseriti in una strategia essenzialmente volta all'acquisizione del consenso popolare da parte di una persona (un *leader*) e/o da parte di un partito. In altri casi, come in Svizzera (dove la pratica dei voti popolari è un fenomeno ordinario), l'effetto plebiscitario è, invece, più ridotto. Tuttavia, questa differenza è solo in minima parte riconducibile alla disciplina giuridica della consultazione popolare, ma dipende in gran parte dai caratteri del sistema politico e dalle istituzioni volte a formare l'opinione pubblica.

Se tutto ciò corrisponde alla realtà, è difficile pensare che, nelle condizioni attuali del sistema politico italiano e del sistema oligopolistico della televisione e della stampa che lo caratterizza, un voto popolare non abbia, in ogni caso, un significativo effetto plebiscitario. Oggi in Italia la politica è fortemente personalizzata: la gente vota i *leader* e se ne infischia, per lo più, dei partiti. Questi ultimi, a loro volta, hanno totalmente perduto il loro carattere di partiti di massa e sono, ormai, partiti di quadri, i cui dirigenti sono in un perenne e problematico rapporto con una base che ha ormai perduto qualsiasi senso di appartenenza e si riconosce, peraltro occasionalmente, in questo o quel partito ora per un legame clientelare (legato alle possibilità di occupazione, di reddito, etc.), ora per un labilissimo rapporto dovuto a estemporanei movimenti basati su flussi di opinione (ad es.: «Berlusconi è un pericolo per la democrazia») o sull'incidenza delle politiche annunciate sulla propria personale capacità di reddito.

Inoltre, non va mai dimenticato che viviamo in quella che, vari decenni fa, Guy Debord ha chiamato la «società-spettacolo»: una società che è una forma degenerata della «società della comunicazione (di massa)» e nella quale il tipo di messaggio inviato alla gente è estremamente semplificato, non-razionale e volgarizzato. L'«antintellettualismo» di questa società – nel senso specificato da Hofstader per la società americana – è la spia principale della «cultura» dominante, cui peraltro corrisponde una perdita di ruolo degli stessi intellettuali, conseguente all'esistenza di una società che non ha più in se stessa le leve del proprio progresso, ma è eterodiretta da una razionalità ad essa esterna, la razionalità del mercato globale. La riduzione del «popolo (sovrano)» a «pubblico (manipolato)» fa sì che la «verità» della politica sia misurata, non in base a parametri razionali di «bene comune», ma in base all'«accettazione» a-razionale dell'«attore» ritenuto in grado di aver successo nelle elezioni da parte dei segmenti sociali sui quali si reggono le *élites* dominanti. La «finanziarizzazione» della politica non è certo un fenomeno solo italiano e l'importanza assunta dai (sempre più elevati) contributi per l'acquisizione del consenso e, talora, per la conquista della *leadership* all'interno di un partito o di una coalizione segnala ormai una modifica strutturale del «gioco» democratico e delle sue principali regole di funzionamento. In questa società la politica come «mediazione» fra una pluralità di interessi sociali sta cedendo il passo a forme di compromesso interne alle *élites* sociali, tipiche di società altamente «corporatizzate», nelle quali i ceti medi, con le loro espressioni culturali tipicamente universalizzanti, si stanno avviando verso un declino storico difficilmente reversibile.

Insomma, in questi ultimi decenni la democrazia italiana – anche se non solo quella italiana – ha subito cambiamenti strutturali sui quali gli intellettuali (salvo rare eccezioni) tacciono, mancando così al loro compito storico di «coscienza critica». Per effetto di tali cambiamenti il complessivo sistema democratico ha assunto una connotazione «populistica» (Y. Meny) o «plebiscitaria» (anche se in un senso diverso da quello preconizzato da Max Weber o da quello auspicato da Carl Schmitt), in conseguenza della quale il distacco, ormai strutturale, fra *élites* (sempre più ricche e potenti) e masse (sempre più povere e impotenti) connette inevitabilmente a qualsiasi misura sottoposta al voto popolare un effetto plebiscitario, qualunque siano le con-

tromisure che si intraprendano sul piano della disciplina giuridica delle consultazioni popolari.

Mi permetto di dissentire anche sul rilievo svolto da Leopoldo Elia sull'esigenza che al *referendum* previsto dall'art. 138 Cost. sia applicato il requisito dell'ammissibilità, consistente nell'«omogeneità» dell'oggetto del voto popolare. Questa tesi, originariamente enunciata da Alessandro Pace, si scontra con tutta l'esperienza giuridica che si è formata all'estero (Svizzera, Stati americani, Germania) in materia di voti diretti del popolo.

In effetti, in Italia, a causa di un'equivoca interpretazione di diritto comparato risalente a Costantino Mortati (che erroneamente scambiò il voto popolare chiamato «iniziativa popolare», *Volksinitiative*, con la proposta popolare di una legge parlamentare), si è soliti dare a tutti i voti popolari il nome di «*referendum*». Tuttavia, come ha mostrato anche il bel commento di Massimo Luciani sull'art. 75 Cost., ciò non corrisponde affatto né alla tradizione referendaria (inclusa quella dell'antica Roma, da cui proviene il nome), né all'esperienza comunemente registrata nell'epoca moderna in tutti i Paesi a maggior diffusione referendaria. In questi ultimi, infatti, si distinguono due forme di voto popolare diretto: uno, chiamato «*referendum*», è un voto popolare diretto che ha ad oggetto un testo di legge approvato da chi detiene il potere di legislazione (ordinaria o costituzionale) prima che quel testo entri in vigore, al fine di confermarne, o no, la valida efficacia; il secondo, chiamato «iniziativa popolare» e disciplinato in una varietà di forme («iniziativa diretta» o «indiretta», «esplicita» o «implicita», etc.), consiste, invece, in un voto popolare su una proposta elaborata da una frazione dell'elettorato riguardo a una certa materia, voto che può svolgersi ora come un procedimento di legislazione (ordinaria o costituzionale) interamente al di fuori di qualsiasi intervento parlamentare (cioè come un vero e proprio procedimento legislativo interamente popolare), ora come proposta che il parlamento fa propria con un voto che ne approva il testo, o il contenuto essenziale dello stesso, e la trasforma così in una legge parlamentare, ora come una proposta popolare che viene affiancata da una proposta alternativa di provenienza parlamentare per essere direttamente votata, insieme a quest'ultima, dall'elettorato (che col suo voto sceglie fra la proposta parlamentare e quella popolare).

Nell'esperienza straniera il requisito di ammissibilità o di legittimità consistente nell'«omogeneità» dell'oggetto del voto popolare diretto è, senza eccezione alcuna, applicato soltanto alla «iniziativa popolare» (sin dalla fine del secolo XIX). Al «*referendum*» propriamente detto non è invece applicato, per la semplice ragione che esso non è concepito come atto di legislazione popolare, ma è configurato come «atto di controllo» della deliberazione parlamentare del testo legislativo sottoposto al voto popolare diretto. Per tale motivo il «*referendum*» (propriamente detto) da sempre viene ritenuto ammissibile qualunque sia il contenuto della delibera legislativa (ordinaria o costituzionale) sottoposta al voto referendario: l'unica condizione che si richiede sotto il profilo del contenuto è che l'oggetto del voto referendario sia esattamente lo stesso della deliberazione parlamentare (in sede legislativa o in sede costituzionale). E ciò vale anche nel caso in cui, come è previsto in Svizzera, si proceda a una «revisione totale» della costituzione.

Mi si potrebbe obiettare che, in base alle mie affermazioni, si dovrebbe considerare illegittima anche la trentennale esperienza della Corte costituzionale italiana che esige l'«omogeneità» della richiesta referendaria come requisito di ammissibilità del *referendum* abrogativo di cui all'art. 75 Cost. In realtà, un'obiezione del genere sarebbe estremamente debole sotto il profilo giuridico, perché il *referendum* abrogativo, per come s'è imposto nella prassi giuridica italiana, ha un carattere molto ambiguo se viene confrontato con le definizioni sopra ricordate, invalse nei Paesi a maggiore tradizione referendaria. Infatti, il *referendum* abrogativo *ex* art. 75 Cost. ha un carattere che è tipico dell'«iniziativa popolare» ed è proprio quello che ha indotto i legislatori svizzeri e americani a prevedere l'«omogeneità» dell'oggetto come requisito di ammissibilità o di legittimità dell'«iniziativa popolare»: e cioè il potere dei promotori di determinare, secondo la loro discrezionalità, l'oggetto del voto popolare. È chiaro che, essendo ammessa tale possibilità, quello previsto dall'art. 75 Cost. si distacca su questo punto dal modello del «*referendum*» (propriamente detto), nel quale i promotori non hanno, per definizione, alcun potere di ritagliare l'oggetto del voto popolare. La natura «anomala» del nostro *referendum* abrogativo rispetto alle classificazioni giuridiche concordemente invalse nel diritto straniero traspare anche da un commento pubblicato in America – si tratta del volume *Referendums* curato, anni fa, da Austin Ranney – nel quale il nostro *referendum* abrogativo viene incluso tra le ipotesi di «iniziativa popolare legislativa». In ogni caso, questo peculiare carattere del *referendum* abrogativo non si ritrova nel *referendum ex* art. 138 Cost., rispetto al quale, perciò, non ha senso invocare il requisito dell'«omogeneità».

In proposito, tuttavia, mi si potrebbe fare un'ulteriore obiezione. Si potrebbe dire che le classificazioni emerse nei Paesi con maggiore esperienza referendaria sono irragionevoli, mentre l'idea di Pace, ripresa ora da Elia, potrebbe essere considerata come ragionevole o, se si preferisce, come maggiormente ragionevole. Con tutta la simpatia che posso avere per Pace o per Elia, mi viene difficile aderire a questa ipotetica prospettazione. Anzi, a dire il vero, proprio la loro tesi mi pare irragionevole, se non altro perché introduce un limite, non scritto e neppure implicito, al potere di revisione costituzionale. Se fosse vera la tesi criticata, infatti, quest'ultimo potere risulterebbe costretto a operare soltanto su ipotesi assolutamente circoscritte e puntuali.

Una tale «intoccabilità» della costituzione, in realtà, non avrebbe alcun analogo negli ordinamenti democratici stranieri e implicherebbe una «sacertà» della costituzione – simile a quella delle leggi divine – che impedirebbe aggiornamenti pur resi necessari dall'evoluzione storica. E ciò dico riferendomi a un Paese, come l'Italia, che nel panorama europeo è quello che ha proceduto al minor numero di emendamenti o di revisioni costituzionali, pur in presenza di mutamenti epocali e di trasformazioni profonde della vita giuridica (come, ad esempio, l'istituzione e il funzionamento dell'Unione Europea) che hanno innovato lo scenario costituzionale reale. Non v'è dubbio, a mio avviso, che i principi inviolabili della Costituzione repubblicana non possano essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale, ma prevedere l'ulteriore limite al potere di revisione costituzionale relativo al preteso vincolo che possa fare soltanto modifiche puntuali comporterebbe un'irragionevole e, per me, ingiustificabile degradazione del potere di revisione costituzionale, la cui discrezio-

nalità legislativa verrebbe abbassata a un livello che non sarebbe neppure comparabile con quello del legislatore ordinario.

Per quanti limiti si possano prevedere alla revisione costituzionale, si deve pensare che, nel sistema costituzionale, essa è la forma più alta di legislazione e che non è ragionevole ipotizzare un presunto limite al *referendum* (di cui all'art. 138 Cost.), che finirebbe inevitabilmente per tradursi in un (inappropriato e, peraltro, facilmente aggirabile) limite al potere di revisione costituzionale, peraltro privo di qualsiasi parallelismo con i limiti posti alla legislazione ordinaria.

Il maldestro tentativo della maggioranza di centro-destra di rivedere numerose norme della Costituzione va analizzato per quello che è stato: un tentativo di riformare la Costituzione minando gravemente il sistema parlamentare ed eliminando, di fatto, i controlli sulla maggioranza politica che la stessa Costituzione intesta a istanze «neutrali», peraltro connotate da una forte legittimazione, come il Capo dello Stato e la Corte costituzionale. Il popolo italiano ha capito bene il senso complessivo e la pericolosità di questo abborracciato progetto e, di conseguenza, l'ha respinto. Vi sono momenti storici nei quali i problemi vanno affrontati direttamente, confidando sul desiderio di libertà e sul consenso dell'opinione pubblica, anziché essere combattuti con teorie giuridiche discutibili e in problematico rapporto con i principi-base del sistema costituzionale italiano e di quelli democratici in generale.

Giuseppe De Vergottini

Per quanto riguarda le questioni di metodo, credo che il problema posto dal primo quesito meriti una risposta un po' articolata, nel senso che se ci limitiamo all'esame della situazione contingente probabilmente possiamo pensare che la questione è oggi superata in quanto l'attuale maggioranza e l'attuale governo sono sicuramente orientati verso interventi minimali di riforma. Si tratterebbe infatti di procedere a riaggiustamenti del regime delle competenze come disciplinate dalla legge costituzionale del 2001, anche tenendo conto di quello che è il contributo offerto dalla copiosa giurisprudenza della Corte costituzionale. Particolarmente indicativo è l'orientamento emerso in questi giorni in occasione degli interventi del Ministro per le riforme e di parlamentari della maggioranza nel corso delle audizioni organizzate dalle Commissioni affari costituzionali di Camera e Senato. L'atteggiamento che emerge dalla lettura degli stenografici delle audizioni è decisamente a favore di interventi limitati ma, ad un tempo, in questi dibattiti è emersa in modo ripetuto, anche se ho l'impressione minoritario, la insistente richiesta di un intervento a favore del varo della seconda camera come camera delle autonomie. Cioè da una parte emerge una tendenza realistica, che tiene conto di quello che è il risultato del referendum del giugno 2006, che intende evitare di toccare alcune parti della costituzione, con la ferma convinzione della esigenza di limitare gli interventi a un completamento e a una ridefinizione di alcuni termini del Titolo V della parte seconda. D'altra parte però contemporaneamente emerge l'insoddisfazione per quello che è l'attuale regime di quelli che dovrebbero essere i rapporti collaborativi Stato-Regioni. E siccome lo sno-

do classico di questi rapporti negli ordinamenti federali è la seconda camera si domanda con insistenza di intervenire sull'attuale configurazione del bicameralismo paritario, modificando radicalmente l'ordinamento del Senato per impostare soluzioni che conducano alla Camera delle Regioni o al Senato federale. Ed è chiaro che la nomenclatura formale da utilizzarsi in proposito avrebbe importanza relativa. Quello che sembra rilevare è che, anche se al momento si tratta di mettere in cantiere interventi minimali, non è credibile pensare di escludere che a medio termine si ripresenti attuale l'esigenza di operare per giungere a riforme più profonde. E l'insistenza con cui si continua a chiede la riforma del Senato, come dimostrano gli interventi nelle audizioni che ho appena ricordato, appare in proposito assai indicativa. Tra l'altro anche esponenti della maggioranza riconoscono che solo la camera delle autonomie sarebbe in grado di soddisfare le aspettative delle Regioni e delle altre realtà territoriali. Quindi in prospettiva rimane soltanto rinviata la soluzione del problema di una riforma che vada oltre il ritocco del Titolo V. E a questo proposito credo che occorra riflettere sul metodo da seguirsi per le grandi riforme e domandarsi se l'attuale normativa costituzionale in tema di revisione sia adeguata allo scopo. Riemerge a questo punto la insoddisfazione per l'insufficienza dell'art. 138.

Se ci distanziamo un attimo in prospettiva da quelli che sono i problemi contingenti, rimane a mio parere il fatto che la attuale Costituzione contiene un regime della revisione che si è rivelato adeguato per i semplici emendamenti puntuali di clausole costituzionali, come sono stati quelli svolti fino alla riforma del 2001, che sono stati tutti interventi finalizzati al ritocco di puntuali clausole costituzionali, con la tecnica dell'emendamento, che qualora fossero andati al referendum sarebbero stati riconducibili a quesiti omogenei. A questa tecnica dell'emendamento puntuale delle clausole per cui si è rilevato sufficiente l'art. 138, non corrisponde un metodo di intervento che consenta di affrontare in modo soddisfacente le riforme organiche, le riforme diciamo di larghe parti della Costituzione, e comunque le riforme che implichino degli interventi su argomenti disparati non rapportabili a omogeneità e sistematicità. In altre parole noi non abbiamo nella nostra Costituzione quello che c'è in Spagna, che c'è in Austria, che c'è in Svizzera, cioè non abbiamo procedimenti differenziati per revisioni totali o organiche della Costituzione. Non abbiamo, per esempio, il sistema della doppia legislatura con scioglimento delle assemblee in cui inizia il processo di revisione e la decisione terminale alle assemblee elette successivamente, metodo che, come voi sapete, era stato discusso anche in sede di Assemblea Costituente, quando il richiamo alla doppia legislatura inserita appunto nel procedimento di revisione era considerato una delle opzioni possibili. Ma anche i lavori della bicamerale D'Alema o proposte successive hanno preso in considerazione l'ipotesi del doppio livello di intervento in materia di revisione costituzionale. In pratica si è parlato di moduli che implicavano maggioranze aggravate, lo scioglimento e il ricorso al sistema della doppia legislatura, implicavano quesiti differenziati in sede di referendum confermativo, nonché, e questo è abbastanza interessante, il ricorso a doppia maggioranza popolare dei votanti e delle Regioni per le materie che interessassero i rapporti di competenza Stato-Regioni con riferimento alla forma di stato.

In realtà l'insoddisfazione per l'attuale formulazione dell'art. 138 non è recente.

Essa è già emersa in passato come dimostra il dato storico del ricorso alle commissioni bicamerali tramite le leggi costituzionali del 1993 e del 1997. Tali leggi fecero ricorso ai procedimenti aggravati di rottura del 138, introducendo in via straordinaria procedimenti differenziati di revisione proprio in vista della adozione di riforme organiche e non di singoli emendamenti. Le due bicamerali costituiscono due episodi storici che non sono destinati a chiudere definitivamente il problema. Occorrerebbe quindi porsi l'interrogativo circa l'atteggiamento da seguirsi nel caso che si presentasse l'esigenza di procedere nuovamente a una riforma organica del testo costituzionale: nuova legge di rottura destinata a introdurre un procedimento di revisione *straordinario,* da utilizzarsi solo per il caso puntuale che il Parlamento volesse disciplinare, oppure introduzione di un procedimento *speciale*, differenziato da quello ordinario, a valere nel tempo per una durata indeterminata?

Sono perfettamente consapevole che politicamente il problema è oggi accantonato e quindi si potrebbe ritenere inutile arrovellarci su una questione che in questo momento rischia di apparire del tutto marginale. Ma voglio insistere che in prospettiva non possiamo affatto escludere che il problema della grande riforma riemerga, come dimostra la tenacia con cui gli esponenti politici regionali insistono sulla introduzione della camera delle autonomie. Non dimentichiamo che, piaccia o non piaccia, a parte l'armonia che ci può essere oggi a livello politico, esiste, ed è molto sentito, a livello locale il problema di un aggancio forte col potere centrale e questo aggancio forte l'unico modo per averlo è un inserimento nel processo legislativo con possibilità di forme di collaborazione e di vera e propria concertazione e codecisione a livello di seconda camera. La soluzione del problema è quindi soltanto rinviata ed è per questo che credo sarebbe lungimirante affrontare oggi la scelta sul metodo della revisione anticipando quelle future sul merito. E in proposito dovremmo fare ordine introducendo un doppio procedimento, uno per gli emendamenti semplici, contingenti e specifici, monotematici, e uno per le revisioni che investono settori organici o comunque temi differenziati.

Come dimostra l'esperienza delle bicamerali, una riforma organica della Costituzione potrebbe ad un tempo toccare la forma di governo, le garanzie, i rapporti Stato/Regioni, sfiorando anche il regime dei diritti. E ciò starebbe a confermare come sarebbe opportuno riflettere almeno su una modifica delle norme sulla sottoposizione a referendum, come ricordava Elia, in quanto presentare ai votanti un unico quesito rischia di risultare sviante. Per cui credo, e qui mi sento di dissentire da quello che diceva prima Antonio, che se domani dovessimo tornare in sede referendaria dovremmo tenere conto del fatto che il corpo elettorale possa orientarsi in modo diverso quanto ai diversi gruppi di questioni oggetto della riforma. Potrebbe benissimo essere favorevole a una porzione degli emendamenti costituzionali, essere contraria all'altra. Quindi perché non consentire un approccio articolato dei votanti? In Svizzera questo accade sistematicamente e nessuno si scandalizza che certi quesiti vengano respinti e altri accettati.

Conclusivamente sul punto riterrei essenziale operare una scelta coraggiosa ripensando il 138, evitando così, in prospettiva, di dover ricorrere nuovamente a procedimenti di rottura che è un modo per non risolvere il problema. L'idea sarebbe

quindi quella di superare le inadeguatezze del procedimento unico di revisione e, ad un tempo, di evitare di ricadere nella logica del procedimento straordinario introducendo un procedimento speciale per le grandi riforme che si aggiunga a quello ordinario da confinarsi ai semplici emendamenti. Il procedimento differenziato per le grandi riforme darebbe tranquillità sotto il profilo dei confini da mantenersi fra potere costituente – il cui richiamo periodicamente riemerge e che opera come incentivo alla instabilità costituzionale nel momento in cui si minaccia la continuità della vigenza della Costituzione – e poteri costituiti, essendo evidente che il procedimento differenziato consentirebbe di riaffermare la continuità costituzionale.

Massimo Luciani

Quello che diceva adesso Giuseppe si lega al secondo quesito. Una volta assodato che il metodo di rottura o comunque in deroga all'art. 138, per ragioni politiche, come diceva prima il prof. Baldassarre, oppure per ragioni di carattere strutturale, non è praticabile adesso, e secondo alcuni non lo sarà mai, una volta assodato questo, residuando la strada dell'art. 138, c'è da chiedersi se valga o meno la pena di rivedere l'art. 138. Qui mi permetto di dire soltanto che quando noi abbiamo concepito queste domande, ci riferivamo certamente al quesito sulla maggioranza (la nota proposta di innalzare la soglia per la praticabilità della revisione prevista dall'art. 138), ma ci riferivamo anche a qualsiasi altra ipotesi di riforma dell'art. 138 che ne modificasse il procedimento.

La domanda ha questa ampiezza, non si confina soltanto alla questione delle soglie.

Gaetano Azzariti

Dato che la tendenza tra di voi è a ritenere finita la stagione neocostituente allora mi farebbe piacere sapere le vostre opinioni sulle correnti proposte «neocostituenti». Sono infatti ancora forti, ed in alcuni casi sostenute da autorevoli esponenti politici, le richieste di assemblea costituente, di convenzioni, di commissioni bicamerali. Non so se possa dirsi – per riprendere quello che diceva Antonio Baldassarre – che queste sono proposte di natura meramente politica, prive di futuro. In ogni caso mi sembra che, nonostante quanto da voi tutti concordemente ritenuto, non può nascondersi una disponibilità della politica a seguire ancora le vecchie strade, molto diverse da quelle da voi indicate.

Massimo Luciani

Possiamo rispondere insieme a queste due domande: come mai la politica ancora si attarda ad una proposta di ipotesi di assemblea costituente o di commissioni spe-

ciali e, una volta risposto a questo, quali sono e se ci sono riforme necessarie dell'art. 138, ed eventualmente queste quali sarebbero.

II Domanda:

È opportuno o necessario rivedere l'art. 138 Cost. prima di procedere ad altre revisioni della Costituzione?

Giuseppe De Vergottini

Molto semplicemente io torno sulla pista che ho seguito un attimo fa.

Comincerei col fare una affermazione che penso sia condivisibile: il ritardo nel chiarire anche il metodo di intervento da seguirsi per le riforme, differenziando il procedimento diretto all'emendamento di clausole puntuali da quello necessario per le grandi riforme, conduce a risultati pericolosi per la stabilità dell'assetto costituzionale. Parlare di diverse sedi di riforma, e quindi portare la discussione sull'assemblea costituente, sulla commissione bicamerale, sulla convenzione, o sui vari moduli possibili che ci indica l'esperienza comparata senza avere la capacità di pensare alla basilare distinzione fra emendamenti e revisioni organiche, cioè i due procedimenti di cui parlavo prima, è un non senso.

Inoltre, parlare di assemblea costituente, evocando quindi il ricorso a un nuovo potere fondante che implichi inevitabilmente il rischio della discontinuità rispetto al regime attuale, è un gioco spregiudicato a mio parere estremamente pericoloso perché è un modo per delegittimare il fulcro delle scelte costituzionali. Queste reiterate suggestioni servono a poco perché sono solamente *escamotage* politici contingenti, ma da un punto di vista della tenuta del sistema sicuramente rischiano di indebolire anziché rafforzare. Per cui per me l'idea dell'assemblea costituente sembra assolutamente non pertinente e credo che non meriti ulteriori discussioni. L'idea di ripercorrere la strada della commissione bicamerale sarebbe coerente col proposito di trovare una nuova soluzione del problema della riforma tramite un procedimento straordinario, in deroga parziale all'art. 138, ma senza affrontare in modo definitivo la questione del metodo delle grandi riforme. Quindi la strada maestra quanto alla scelta del metodo da utilizzarsi per le grandi riforme è quella seguita da ordinamenti che condividono principi di fondo vicini ai nostri, quali quelli che ho prima citato: differenziare il procedimento ordinario di revisione da quello speciale per le grandi riforme. A parte il fatto che la soluzione spagnola è stato criticata dal punto di vista della sua attuabilità dalla dottrina iberica, mi pare che l'idea di differenziare la protezione della parte sui diritti e della parte sugli istituti caratterizzanti la Costituzione, ivi comprese chiaramente le autonomie territoriali, rispetto a quello che è l'insieme delle disposizioni costituzionali risponda a un criterio sicuramente giustificabile dal punto della razionalità costituzionale. Conclusivamente non vedo ostacoli quanto alla razio-

nalità di un ripensamento dei procedimenti nel senso illustrato. Piuttosto sarebbe utile confrontarsi sul come strutturare il procedimento speciale. In astratto si potrebbe riconsiderare il metodo della doppia legislatura che porterebbe il dibattito sulle riforme al livello di riflessione pre-elettorale, con una sensibilizzazione dell'opinione pubblica che tramite il voto si esprimerebbe anche su quelle che sono le scelte di riforma del fondo della costituzione, dando al parlamento eletto dopo lo scioglimento una sorta di mandato degli elettori all'indirizzo sulle riforme togliendo significato al referendum confermativo successivo. Ma abbiamo già indicato come questa soluzione non appaia oggi persuasiva, essendo preferibile orientarsi verso semplici correttivi dell'attuale impostazione dei rapporti fra voto parlamentare e *referendum*. Occorrerebbe ragionare sulle maggioranze parlamentari da prevedersi, sul modo di congegnare il *referendum* confermativo al fine di evitare situazioni conflittuali tra rappresentati e rappresentanti. Quindi le opzioni in concreto possono essere molto articolate e tutte da verificarsi. Dal punto di vista pratico occorre realisticamente tener presente che quella che potrebbe apparire una linea di azione razionale rischia di essere sconfitta da quelle che sono le esigenze della politica che di solito tende a darci un rimedio contingente per l'emergenza del momento. A scelte che richiederebbero una certa capacità prospettica di fare un dibattito serio che conducesse alla revisione dell'art. 138 rischia di contrapporsi il sopravvenire della esigenza di nuove riforme che investano ampie spazi costituzionali e che facciano riproporre il bisogno di non sottrarre le scelte parlamentari a conferme referendarie. E allora ecco che si ripresenterebbe l'emergenza e la sua soddisfazione tramite una soluzione *ad hoc* che finirebbe per essere ispirata alle precedenti leggi di rottura che hanno generato le bicamerali. Saremmo di nuovo nella spirale della precarietà, dei procedimenti straordinari, e non avremmo certo risolto il problema dell'apprestamento di un procedimento differenziato speciale da inserire stabilmente in costituzione.

Antonio Baldassarre

Nel ribadire il mio accordo con coloro che ritengono che non sia opportuna, né forse realisticamente praticabile, la via della Convenzione o quella di una Commissione bicamerale *ad hoc*, aggiungo che il problema della revisione costituzionale della procedura prevista dall'attuale art. 138 Cost. non può porsi, a mio avviso, isolatamente dalla questione del sistema elettorale.

Capisco chi dice che, poiché quest'ultimo sistema è divenuto maggioritario, un articolo, come il 138, che è stato approvato dal Costituente sulla base della previsione di un sistema elettorale proporzionale, debba essere rivisto al fine di impedire che, come è già avvenuto o si è tentato di fare, in passato, le revisioni costituzionali siano utilizzate in funzione di interessi «egoistici» della maggioranza politica, frustrando così la ragione e il senso delle stesse norme costituzionali (cioè il loro essere norme condivise) e finendo per «politicizzare» pure la Costituzione (che è stata pensata sin dall'inizio come forma di neutralizzazione della politica).

Tuttavia, il punto decisivo da cui occorre partire è dato dalla questione di quale

sia il grado «maggioritario», se così si può dire, della legge elettorale. Perché se questo grado non è elevato, com'è attualmente (almeno per il sistema previsto per il Senato), l'introduzione di maggioranze molto più alte di quelle ora vigenti finirebbe per impedire le pur minime (e necessarie) modifiche della Costituzione. Se, invece, il grado «maggioritario» della legge elettorale fosse elevato (come è attualmente per la sola Camera dei Deputati), si incentiverebbe il comportamento opposto, di modo che ogni maggioranza si farebbe la «sua» costituzione. Oggi, comunque, il carattere bicamerale del Parlamento, per il quale il sistema elettorale per il Senato non è in grado di produrre maggioranze ampie, sconsiglia, *rebus sic stantibus*, una revisione dell'art. 138 Cost., nel senso che prevedere maggioranze qualificate più elevate di quelle attualmente previste paralizzerebbe ogni esigenza di revisione costituzionale.

Certo, occorre anche considerare che la legge elettorale attuale è la peggiore che ci si potesse aspettare: affida un potere sproporzionato alle segreterie dei partiti, rompe ogni legame tra candidato ed elettori, identifica le sorti elettorali di un partito o di una coalizione con quelle del *leader*, favorisce una curvatura plebiscitaria del sistema politico, incentiva campagne elettorali demagogiche e ad effetto, disincentiva la discussione sui problemi concreti, squilibra il rapporto tra l'una e l'altra Camera, rende strutturalmente problematica la formazione di una significativa maggioranza numerica al Senato. E qui mi fermo, anche se potrei continuare. Chi ama la democrazia non può avere a simpatia tale legge elettorale. Perciò, quando sento dire da autorevoli politici che la legge elettorale vigente ha bisogno solo di qualche ritocco, mi corrono dei brividi lungo la schiena, perché ciò mi induce a riflettere su quanto sia diventata ottusa la sensibilità democratica di certi politici. Fra questi c'è, persino, chi costantemente definisce «proporzionale» la legge elettorale vigente. Eppure si tratta di politici di lunghissimo corso, forse troppo lungo se non ha ancora capito che i sistemi elettorali proporzionali presuppongono l'esistenza di una ragionevole proporzione fra i voti riportati dalle singole liste e i seggi assegnati a ciascuna di esse.

Il problema di una nuova legge elettorale è, dunque, aperto. Ma, per essere sincero, non considero il *referendum* abrogativo di cui si parla in questi giorni come una soluzione auspicabile del problema stesso, sia perché, se avesse successo, non risolverebbe alcuno dei difetti che ho cercato di porre prima in luce, sia perché dubito profondamente che possa avere *appeal* tra gli elettori. Questi, infatti, si sono mobilitati quando c'era da prendere decisioni che segnavano una svolta, quando, cioè, si trattava di passare da un sistema proporzionale a uno maggioritario. Ma in questo caso il quesito verterebbe sulla scelta tra un sistema maggioritario e un altro maggioritario ritenuto, a torto o a ragione, più efficace. Il popolo, insomma, sarebbe mobilitato per una scelta sostanzialmente tecnica e sarebbe chiamato a fare valutazioni tecniche. È una cosa che potrebbe attirare l'attenzione di giuristi o di esperti di sistemi elettorali, non certo della gente comune, alla quale oggi interessa che le maggioranze siano coese ed efficaci e prendano le decisioni giuste piuttosto che come distribuire il premio di maggioranza fra le liste di una coalizione.

Insomma, assumendomi i rischi di una previsione, dico che il *referendum* abrogativo sulla legge elettorale sarà probabilmente un *flop*, nonostante il pompaggio dei

principali giornali italiani, che, peraltro, sono letti da pochi e stanno diventando sempre più illeggibili anche per le persone colte. L'unica opportunità di successo che può avere il *referendum* dipende dal fatto che, se si arriverà al voto popolare, questo sia caricato di una valenza politica antigovernativa e diventi uno strumento per dare corpo a un dissenso contro la maggioranza in carica. Ma, considerato che i promotori del *referendum* sono più vicini alla maggioranza attuale che all'opposizione, se così fosse, significherebbe che qualcuno sta sbagliando i suoi calcoli.

Certo, se i promotori del *referendum* abrogativo riuscissero a ottenere le sottoscrizioni richieste, questo fatto potrebbe accelerare la riforma della legge elettorale per via parlamentare. Ma anche in tal caso la richiesta referendaria opererebbe contro il governo attuale, il quale pensa probabilmente di porre mano a una nuova legge elettorale verso la fine delle legislatura. Anche sotto tale profilo mi sfugge il senso della iniziativa referendaria, mentre comprendo di più il fatto che l'opposizione, quantomeno nei suoi partiti maggiori, l'abbia cavalcata (almeno fino allo *stop* di Bossi).

Il mio auspicio è che la nuova legge elettorale sia approvata dal parlamento e che sia tale da poter raccogliere un ampio consenso tra le forze politiche. Sul merito della nuova legge ritengo che l'opzione verso un sistema maggioritario sia ormai condivisa dalla grande maggioranza della popolazione, di modo che un ritorno a un sistema proporzionale sarebbe, a mio avviso, impopolare, anche perché le generazioni meno giovani (che sono le più numerose) ricordano ancora quanto un sistema fondato su meccanismi proporzionali e sulle preferenze abbia contribuito alla degenerazione e al declino della classe politica. Inoltre, un sistema che favorisse il farsi e il disfarsi delle maggioranze governative sulla base della libera competizione parlamentare, come quelli auspicati velleitariamente dai partiti che puntano a creare un «grande centro», incrementerebbe la persistente tendenza delle *élites* politiche all'autoreferenzialità, a fare discorsi che solo esse comprendono e che sono lontani mille miglia dai problemi reali del Paese. Infine, l'auspicio di un ritorno al proporzionale sconta una discutibile analisi delle tendenze attuali della società, poiché queste, mentre mostrano una spinta strutturale verso la polarizzazione sociale (in termini di redditi, costumi, cultura), nello stesso tempo non presentano affatto le condizioni che hanno favorito in passato l'identificazione di un partito o di alcuni partiti con lo Stato (esistenza di partiti antisistema, sistema mondiale bipolare, ecc.).

Se, dunque, l'idea di una democrazia basata sull'alternanza al governo fa ormai parte della cultura nazionale, occorre però dire che non risulterebbe accettabile un sistema elettorale che dovesse prevedere meccanismi maggioritari così elevati da rendere inutile o puramente apparente qualsiasi confronto parlamentare. In fin dei conti, nel recente fallimento del tentativo di riforma costituzionale del centro-destra ha sicuramente giocato l'avversione contro il progetto berlusconiano di riduzione dei poteri di controllo del parlamento. Se, insomma, si ritiene che il parlamentarismo debba essere salvaguardato nella sua sostanza, non si dovrebbe approvare una legge elettorale che tenda a conferire al partito o alla coalizione vincente un vantaggio di seggi tale da rendere il parlamento semplicemente la vetrina della forza della maggioranza, o un noioso votificio eterodiretto. Bisogna essere coerenti: il parlamentarismo va conservato soltanto se si riconosce il valore di un effettivo confronto parla-

mentare, vale a dire se si riconosce alla maggioranza una quantità di seggi sufficiente a governare e alla minoranza una forza che non la costringa a subire in ogni caso i *diktat* di chi governa e a rendere velleitaria ogni sua posizione. In caso contrario meglio sarebbe un sistema presidenziale o semipresidenziale.

Se ciò ha un senso, allora l'auspicio è quello di una legge elettorale il cui meccanismo di trasformazione dei voti in seggi non conduca alla formazione di maggioranze schiaccianti, ma permetta piuttosto la creazione di maggioranze sufficienti a governare: insomma, per fare un esempio, un 40/45% dei voti non può divenire un 60/65% di seggi. Il favore verso un sistema maggioritario non può equivalere al favore verso maggioranze drogate.

In questo contesto la riforma dell'attuale art. 138 Cost., nel senso di introdurre la previsione di maggioranze più elevate delle attuali per l'approvazione di leggi di revisione costituzionale, potrebbe non apparire necessaria, anche perché di fronte a una revisione approvata in parlamento con una maggioranza inferiore ai 2/3 c'è sempre il contrappeso rappresentato dal *referendum.*

Va anche tenuto presente che ogni discorso sulla riforma dell'art. 138 Cost. deve tener conto del fatto storico che in Europa l'Italia è il Paese in cui s'è manifestata costantemente una troppo forte ritrosia a rivedere le norme costituzionali, pur quando le riforme sembravano necessarie. Forse perché si tratta di società più stabili e con una maggiore condivisione dei valori di fondo, la Germania, la Francia e la Spagna guardano alle revisioni costituzionali con molta maggiore serenità e con minore conflittualità di quanto non faccia l'Italia. Certo, in quei Paesi a nessuno verrebbe l'idea di usare la riforma della Costituzione per fini di parte, come è avvenuto in Italia nel 2001 e come si è tentato di fare nel 2005. Ma questa è la spia della nostra storica immaturità democratica e dello scadente livello della nostra classe politica.

Giuseppe De Vergottini

Se posso interloquire su quanto sta dicendo adesso Antonio Baldassarre, vorrei solo dire che quando parlavo prima di due procedimenti differenziati, intendevo in particolare insistere sul fatto che per quelle che in altri ordinamenti sono chiamate revisioni totali mi sembra indispensabile una verifica popolare tramite il ricorso necessario al *referendum* confermativo. Quando si toccassero principi qualificanti fissati nelle scelte iniziali del Costituente, quali la rappresentanza in caso di introduzione di una diversa scelta dei componenti del Senato riformato, sembra emergere in modo forte l'esigenza di interpellare il sovrano. È evidente infatti come in casi simili emerga la contiguità tra potere costituente e potere di revisione. Vale a dire che, nel momento in cui si modifichi sensibilmente l'aspetto costituzionale, il modo più lineare e più corretto di procedere è di far fare un passo indietro alla rappresentanza politica a favore del titolare della sovranità, per cui il *referendum* non è qualcosa che può esserci o non esserci ma è qualcosa che deve esserci. In proposito ci si potrebbe limitare ad aggiungere un comma all'art. 138.

Antonio Baldassarre continua …

Per la verità, io partivo da una premessa diversa. Se si dovesse pensare a un'ampia riforma della Costituzione, ritengo che non sia opportuno seguire il procedimento previsto dall'art. 138 Cost., ma mi sembra preferibile istituire una procedura *ad hoc*, sul tipo di una Convenzione o, nel caso di riforme radicali, un'Assemblea Costituente. Di riforme del genere, però, ho detto che non ne vedo le ragioni, né mi pare che vi sia il clima politico adeguato. Al contrario, proprio perché incontra i limiti della «forma repubblicana» e, in genere, dei valori costituzionali fondamentali, l'art. 138 Cost. mi sembra pensato soltanto per revisioni parziali della Costituzione. Su questa base, e sempreché non si adottino leggi elettorali fortemente maggioritarie, l'attuale art. 138 Cost. mi sembra realizzare un giusto *mix* tra esigenze della maggioranza e tutela delle minoranze. Perciò, in queste condizioni, non vedo la necessità di una riforma di tale articolo della Costituzione, tanto più se si tiene conto della scarsa propensione del Parlamento italiano a promuovere revisioni costituzionali.

Il Prof. De Vergottini ha citato l'esempio della Svizzera e dell'Austria. Tuttavia, devo dire che in questi Paesi, almeno così mi sembra di ricordare, sono espressamente previste anche «revisioni totali» della costituzione. Perciò lì si comprende che l'intervento diretto del popolo nel processo costituente sia obbligatorio. In Svizzera la revisione totale della costituzione può avvenire anche attraverso la «iniziativa popolare» e, dunque, con un procedimento interamente popolare, che potrebbe non richiedere alcuna votazione parlamentare.

Gaetano Azzariti

Ma l'incidenza del sistema elettorale non è determinante? L'attuale art. 138 è stato pensato nella prospettiva proporzionalistica, ciò ha sostenuto – sino al 1993 – la rigidità costituzionale ed ha impedito revisioni costituzionali effettuate a «colpi di maggioranza». La modifica dei sistemi elettorali (compreso l'attuale), tutti distorsivi della rappresentanza parlamentare non pone la questione che l'eventuale amplissima maggioranza parlamentare (di cui tu parli) possa essere in realtà artificiale e in via di fatto risultare ridotta rispetto alla sua consistenza sociale?

Paolo Ridola

Rispondo anzitutto alla domanda di Gaetano Azzariti sulle prospettive di una nuova fase costituente. Sono convinto non vi sono le condizioni per aprire una fase costituente. In primo luogo perchè ritengo che la Costituzione non richieda dei processi palingenetici, ma interventi robusti di «ordinaria manutenzione». Vi sono poi alcune considerazioni di ordine più generale e teorico, sulle quali tornerò fra poco. Vengo intanto alla questione relativa alla «tenuta» del modello dell' art. 138.

Ho già detto che l'esperienza italiana dimostra che il procedimento delineato dall'art. 138 ha potenzialità non trascurabili nel quadro di una democrazia attenta ai contropoteri. Ciò mi consente di anticipare la mia conclusione. Sono convinto infatti che l'art. 138 non sia bisognoso di modifiche, in quanto la sua formulazione lascia spazio – questo mi sembra il punto centrale – ad una utilizzazione molto duttile del modello che esso prefigura. Nutro perplessità, peraltro, su letture troppo rigide dell'art. 138, riproposte anche autorevolmente negli ultimi anni, le quali sono ancora troppo condizionate, a mio avviso, del clima politico-costituzionale degli anni della Costituente, segnati, come è noto, da contrapposizioni ideologiche radicali e dal bisogno delle forze politiche di mettere al riparo, attraverso il procedimento di revisione, gli accordi raggiunti in sede costituente anche in funzione di garanzia reciproca contro possibili sovvertimenti degli equilibri politici. Un clima caratterizzato, in definitiva, da un tasso ridotto di *secolarizzazione politica* e da un certo diffuso e conseguente *horror* per un uso del procedimento di revisione che andasse aldilà di modificazioni puntuali e marginali del testo costituzionale. Sono convinto invece che occorra inquadrare il problema della funzionalità del procedimento di revisione oggi vigente in un contesto politico-istituzionale sensibilmente mutato, ed essere consapevoli del clima di sostanziale e diffusa condivisione intorno ad alcune fondamentali direttrici di orientamento e di sviluppo racchiuse nel testo costituzionale. Ritengo necessaria questa premessa per sviluppare la riflessione sulla capacità di tenuta del modello dell'art. 138 sotto due profili, la questione dell'ampiezza dei contenuti della revisione, e quella delle larghe intese, del livello particolarmente elevato di consenso, necessari per rivedere il testo costituzionale. Sul primo punto. Non sono dell'opinione che la Costituzione consenta, attraverso l'art. 138, solo revisioni *puntuali* della Carta e non anche – si intende entro la cornice dei limiti materiali del potere di revisione – revisioni *organiche*: parlo di revisioni *organiche*, cioè di revisioni ampie corrispondenti ad un disegno di trasformazione coerente, le quali possono non risultare necessariamente *eterogenee* nei contenuti, ed anzi, in principio, non lo sono. La mancata articolazione del procedimento, attraverso modelli di aggravamento differente secondo l'ampiezza dei contenuti da sottoporre a revisione (il modello sul quale si fonda, ad esempio, la distinzione tra revisione totale e revisione parziale in Austria, Svizzera, Spagna), non mi sembra argomento per escludere che l'art. 138 possa essere utilizzato anche per sottoporre a revisione parti organiche del testo costituzionale. Sono molto attratto, come De Vergottini, da queste esperienze comparatistiche. Occorre osservare peraltro che queste esperienze dimostrano che la stessa articolazione tra revisioni totali e revisioni parziali, pur dove è stata positivamente prevista, si è prestata ad applicazioni flessibili. È emblematica l'esperienza dell'Austria, che pure è stata fortemente condizionata dalla concezione kelseniana della rigidità costituzionale: segnalo, ad esempio, che la revisione del 1929, che pure modificò profondamente la forma di governo, fu realizzata come revisione parziale, mentre l'introduzione dell' *Europa-Artikel* come *Gesamtänderung der Verfassung*; ed è forse ancor più significativo che la dottrina austriaca (Merkl, Antoniolli) abbia sempre insistito sul punto che, anche in caso di revisione totale, vi sono *Strukturprinzipien* invalicabili,

perché immanenti all'ordinamento costituzionale. Lascio da parte il problema centrale, che sta sullo sfondo del discorso. Occorre domandarsi infatti se, nella realtà attuale, lo Stato costituzionale contemporaneo, l'apprezzamento sulle procedure di revisione totale e, più in generale, la stessa distinzione tra potere *costituente* e potere (*costituito*) di revisione non meritino un ripensamento, e se non meriti di essere ripensata l'idea stessa, derivata dalla tradizione rivoluzionaria in Francia, del potere costituente come espressione di una rottura radicale, di un atto instaurativo di un ordine integralmente nuovo. Aderendo all'impostazione teorica di Peter Häberle, proprio la previsione di procedure di revisione totale starebbe a dimostrare la necessità di un ripensamento, poiché in un'epoca in cui sono diffusamente radicati principi culturali comuni, tali principi vincolano o *addomesticano* lo stesso potere costituente. Il quale allora tende a configurarsi come un *processo*, come un potere permanente di aggiornamento continuo dei testi costituzionali agli sviluppi delle società pluralistiche, ad opera di una *società aperta*. Lascio da parte questo problema di fondo, ma mi limito ad osservare che la risposta a questi interrogativi richiederebbe comunque una consapevolezza attenta al contesto dei singoli paesi, al livello di profondità dei *cleavages* del conflitto politico-sociale. Non sono convinto del tutto, in definitiva, che la tendenza alla universalizzazione di un patrimonio costituzionale comune ci abbia proiettato – in uno scenario di *fine della storia* –, in una realtà del tutto pacificata dai conflitti e dagli antagonismi sociali. Sono peraltro altrettanto convinto – vengo al secondo punto, quello dell'ampiezza del consenso necessario (o auspicabile) per i processi di revisione – che anche questo profilo meriti un ripensamento incentrato sul nesso fra innovazione costituzionale e secolarizzazione politica, il filo rosso che collega, in definitiva, le riflessioni che sto svolgendo. Non può lasciare indifferente lo studioso quel che è accaduto nell'ultimo quindicennio: la via delle procedure speciali si è arenata, quella della formazione di tavoli di intesa «convenzionali» non è mai decollata, mentre, per converso, le revisioni del biennio 1999-2001, andate a buon fine, e quella del 2005, impigliatasi nel referendum, hanno superato la fase parlamentare con (risicate) maggioranze politiche (di segno diverso) anziché attraverso larghe intese. Di fronte a questi sviluppi, penso che occorra domandarsi se, in un contesto politico secolarizzato, esiti siffatti siano indicatori di una *patologia* della revisione costituzionale o di una *fisiologia*. È chiaro che, dalla risposta a questo interrogativo, può essere condizionata la scelta delle alternative percorribili. Quella di un rafforzamento delle garanzie del procedimento parlamentare dell'art. 138, in quanto un sistema elettorale *orientato* in senso maggioritario spinga nella direzione, ad esempio, di un ulteriore aggravamento delle maggioranze speciali, come premessa per la ricerca di un «tavolo» parlamentare di concertazione per le riforme (o come deterrente nei confronti di scenari di radicalizzazione dei processi riformatori). O quella della salvaguardia – come essenziale baluardo contro l'embricazione (o l'assorbimento) del potere di revisione costituzionale nelle dinamiche del principio maggioritario – della funzione *oppositiva* del referendum, sulla quale le minoranze parlamentari, il tessuto delle autonomie (l'iniziativa dei consigli regionali può risultare particolarmente importante su progetti di revisione che incidono sul riparto delle competenze), le articolazioni

della società civile sono chiamate alla *mobilitazione* dell'opinione pubblica. In questo senso, quello della valorizzazione di un *dissenso attivo* nelle dinamiche di innovazione costituzionale, non sarei, da ultimo, favorevole all'introduzione di un *quorum* di partecipazione.

Giuseppe De Vergottini

Se ho ben capito l'intervento di Paolo Ridola parte dal presupposto di una soddisfazione per il 138 che risulterebbe sufficiente. Ma io vorrei solamente notare, riagganciandomi implicitamente a quanto ho detto prima, che in realtà il fatto che il 138 sia o possa essere considerato inadeguato agli interventi di riforma organica discende storicamente dal fatto che i procedimenti *ad hoc* sono stati previsti di volta in volta in passato. Le due bicamerali del '93 e del '97 sono la conseguenza del fatto che ci si è resi conto del fatto che la carenza dell'art. 138 era tale da giustificare sia l'esigenza di portare nell'ambito di commissioni *ad hoc* la fase preparatoria sia di devolvere alla decisione finale del corpo elettorale l'assenso o meno della riforma. Per cui in realtà una differenziazione dei procedimenti anche se in via temporanea, e quindi caso per caso, è stata già prevista in passato. L'operazione che si dovrebbe prospettare oggi è nella direzione della eliminazione della tecnica della rottura dell'art. 138 provvedendo a modificarlo in modo permanente, Questa è la mia ferma opinione.

Leopoldo Elia

Colgo l'occasione per ribadire, malgrado il dissenso di Baldassarre, l'esigenza di un quesito relativamente omogeneo nell'ambito del procedimento di revisione costituzionale, non già per ricalcare tutte le condizioni imposte dalla Corte costituzionale al referendum abrogativo ma perché su questo punto è necessario salvaguardare la libertà di scelta dell'elettore: si tratta dunque di una coerente attuazione del principio democratico, perciò credo che questa esigenza resti ferma anche se si concepisce il referendum costituzionale, secondo Baldassarre, come un intervento popolare di controllo sulle deliberazioni parlamentari. Anzi, è proprio all'interno della fase parlamentare che dovrebbe realizzarsi, ad opera dei Presidenti delle Camere, una delimitazione del *thema decidendum*, tale da farlo rientrare nel canone di omogeneità prima richiamato. È evidente che questo canone, se osservato, contribuirebbe alla razionalità della scelta referendaria, evitando in qualche misura gli eccessi di apriorismo e di passionalità.

L'esperienza della tentata revisione nel corso della XIV Legislatura repubblicana ha anche stimolato Andrea Manzella a porre il problema dell'attualità (o meglio della attuale validità) del «compromesso Picella», dal nome del Segretario generale del Senato durante la presidenza Merzagora: la soluzione relativa alla seconda deliberazione del procedimento di revisione, accolta nei regolamenti parlamentari vigenti, preclude sia la presentazione di emendamenti sia la votazione articolo per articolo

del testo già approvato in prima deliberazione da ciascuna Camera.

Ad avviso di Manzella queste differenze rispetto al modello dell'art. 72 Cost. si giustificavano soltanto (quando le due Camere erano elette in base ad un sistema proporzionale poco selettivo) con la finalità di abbreviare i tempi del procedimento di revisione: ma ciò era ammissibile in quanto il proporzionalismo, in una versione fortemente proiettiva, garantiva che la revisione stessa non poteva essere adottata senza un largo consenso fin dalla prima deliberazione. Venuta meno questa condizione che favoriva la rigidità della Carta, bisognerebbe tornare alle regole dell'art. 72 Cost. pure nella seconda deliberazione. D'altronde è noto che anche una deliberazione assunta a maggioranza strettissima può provocare grandi conseguenze istituzionali (basti pensare alla nascita della terza repubblica in Francia). Questa constatazione di rigidità attenuata è comunque significativa perché può promuovere il rimedio, che più volte è stato suggerito, di una elevazione della maggioranza qualificata necessaria per la seconda approvazione: portandola a due terzi dei componenti le Camere ed anche a tre quinti; resterebbe aperta la possibilità del referendum (ad esempio se non si raggiungessero i quattro quinti): a parte i precedenti di questo tipo nella costituzione statunitense, nella Legge fondamentale tedesca, e in altri ordinamenti, dovrebbe prevalere in Italia l'esigenza di recuperare la garanzia della rigidità, altrimenti variabile a seconda dei sistemi elettorali adottati nel volgere delle legislature.

Più ancora che alle differenze di seggi attribuiti alla maggioranza con il premio stabilito nella legge n. 270 del 2005, si pensi al largo distacco tra eletti della maggioranza e quelli della opposizione realizzatosi nel 2001 in base alle leggi elettorali nn. 276 e 277 del 1993, malgrado una assai minore differenza di voti.

L'elevazione del quorum per la revisione ha evidentemente anche lo scopo di non indurre in tentazione le diverse maggioranze che si alternano dall'intraprendere, con la consapevolezza della onnipotenza, il procedimento previsto dall'art. 138: non v'è dubbio che la possibilità di referendum confermativo dovrebbe produrre un sicuro effetto dissuasivo specie dopo l'evento 25 giugno 2006; ma è anche vero che la verifica referendaria presenta pur sempre un notevole carattere di aleatorietà. La riforma dell'art. 138 con l'aumento del quorum di approvazione, mancata nel primo semestre della nuova legislatura, aumenta il sospetto che qualcuno nella maggioranza e nell'opposizione, pensi di utilizzare la vigente procedura prevista nell'art. 138 Cost. per tentare l'approvazione di qualche riforma della Costituzione a maggioranza ristretta. Sarebbe così rilevante eliminare timori e preoccupazioni fondate su queste eventualità che mi sentirei di raccomandare una riforma dell'art. 138 Cost. anche se approvata da una maggioranza molto esigua: la contraddizione è soltanto apparente perché l'intento garantista giustificherebbe questa eccezione.

Gaetano Azzariti

Passiamo ora alle domande relative al «merito» delle riforme. Esse riguardano, anzitutto la necessità stessa di ulteriori interventi sul testo costituzionale, poi – se ritenute

necessarie – vi chiederemmo di indicarci quali ed entro che limiti esse possano o debbano essere perseguite.

III Domanda:

Qual è – se vi è – la parte della Costituzione che abbisogna di modificazioni più urgenti o profonde?

Antonio Baldassarre

Darò una risposta globale, relativa a tutti punti contenuti nella domanda, anche quelli che s'è detto di trattare successivamente.

Contrariamente a quanto sostiene Paolo Ridola, sono convinto, in armonia con la costante giurisprudenza della Corte costituzionale, che nella nostra Costituzione vi sia un nucleo di valori e di principi inviolabili, non modificabili nel loro «contenuto essenziale» con il procedimento di revisione costituzionale, qualunque esso sia (art. 138, Convenzione, Commissione bicamerale). Non so – e, sinceramente, mi importa poco – se tale inviolabilità debba ricollegarsi a una teoria del «potere costituente» (come avviene per lo più nei Paesi dell'Europa continentale) o a una teoria dei «diritti originari del popolo» e, dunque, a un dualismo fra «popolo» e «istituzioni rappresentative» (come negli Stati Uniti d'America) o, ancora, a una qualsiasi altra teoria filosofico-politica (neo-contrattualismo, consuetudine costituzionale, ecc.). Ma – come abbiamo dibattuto nell'ultimo convegno organizzato all'Istituto Sturzo da Federico Spantigati (la memoria del quale è forte in tutti gli amici e i colleghi) sulla «normatività della Costituzione» – ipotizzare, come fa il carissimo Peter Häberle, che il «potere costituente» si sia «quotidianizzato» e identificare questo con qualsiasi mutamento interpretativo e con l'inevitabile evoluzione del senso del testo costituzionale significa, a mio avviso, de-normativizzare la Costituzione e porre sul trono di quest'ultima la legislazione o la giurisprudenza, se non un vago sentimento costituzionale della società: in una parola, significa de-costituzionalizzare la Costituzione (così s'è espresso, qualche tempo fa, anche Erhard Denninger). E la stessa cosa vale nei confronti della teoria di Gustavo Zagrebelsky, per il quale i principi costituzionali avrebbero di per sé un significato altamente problematico, non stabilirebbero alcun ordine o gerarchia fra loro e godrebbero semplicemente di una presunzione relativa di validità confermabile o negabile dalle generazioni di volta in volta presenti (attraverso chi? i giudici? il legislatore? i movimenti di opinione?).

Si tratta di teorie, più filosofiche che giuridiche, nelle quali fanno premio un pluralismo assoluto o un relativismo illimitato. La norma costituzionale viene ridotta a «punto di vista» o a «punto di partenza» e il diritto diventa «topica». Il

discorso ci porterebbe lontano e non può essere adeguatamente svolto in questa sede. Tuttavia, mi preme dire soltanto che teorie simili negano o revocano in dubbio una funzione storica che nell'epoca moderna è stata sempre riconosciuta alla Costituzione: fornire a un popolo l'identità in termini di valori comuni. Mi sembra storicamente contestabile l'ipotesi che il popolo italiano, come quello tedesco, o quello americano, non riconosca, o non riconosca più, la sua identità collettiva nei valori di dignità umana, di libertà, di giustizia sociale e di pace: perché questi sono i valori solennemente sanciti nella Costituzione italiana come in quella di qualsiasi Paese occidentale. Certo, come tutti i valori che vivono e si evolvono grazie alla loro effettiva condivisione nella società, i valori costituzionali non sono cristalli immodificabili che i nostri padri fondatori ci hanno donato chiudendoli in uno scrigno al quale non abbiamo accesso. Essi si evolvono nel loro significato effettivo giorno per giorno poiché vivono con noi e si arricchiscono, o si impoveriscono, con noi. Ma l'impronta archetipica che ad essi è stata data – il «principio di giustizia» che in essi è stato infuso, direbbe Aristotele – guida l'intera vita giuridica della società, almeno finché questa vi si riconosce, nella direzione inizialmente impressa. Quando ciò non avviene, o non avviene più, vuol dire che il senso dei valori costituzionali s'è spento o s'è inaridito e che, al loro posto, altri valori, o disvalori, dominano e si impongono di fatto.

Come sottolineavo in precedenza, allorché mi riferivo alla bocciatura popolare del progetto di riforma costituzionale del centro-destra, non credo affatto che i principi relativi alla dignità-libertà umana, all'eguaglianza, alla giustizia e alla pace e, persino, al parlamentarismo e al ruolo dei custodi imparziali della Costituzione, siano divenuti oggi problematici o muti. Mi sembra, al contrario, che formino parte integrante dell'identità collettiva della società italiana. Inoltre, devo aggiungere che opinioni, come quelle ora criticate, mi sembrano in controtendenza storica. Oggi che si stanno appannando i fattori di integrazione legati ai miti ottocenteschi delle singole nazionalità, con i loro caratteri «individualizzanti» (lingua, religione, cultura e, persino, la razza), e si sta sviluppando un duplice processo di grande importanza, per il quale, da un lato, si formano entità politiche statali dove convivono culture diverse e, dall'altro, stanno sviluppandosi rapporti economici e di comunicazione aventi un carattere globale, l'integrazione, sull'uno e sull'altro versante, intorno ai valori della dignità umana e della giustizia, propri del costituzionalismo occidentale, emerge come l'unica via praticabile e, comunque, l'unica degna di essere tentata al fine di assicurare una convivenza tra le persone e i popoli fondata sul rispetto reciproco.

È mia impressione che il pensiero costituzionale europeo si stia rattrappendo sugli schemi elaborati un secolo fa attraverso la reinterpretazione giuridica delle grandi filosofie del secolo precedente – quella di Kant innanzi a tutti – non tenendo conto, però, che principi e modelli elaborati per società poste al riparo da ogni conflitto culturale di natura radicale, per effetto dell'identità nazionale e della presenza del potere «onnipotente» dello Stato, non possono più valere in società aperte a ogni corrente culturale e nelle quali il potere dello Stato si è profondamente indebolito. In questo rinnovato scenario lo spontaneismo pluralista, privato di qualsiasi fattore nor-

mativo unificante, rischia di essere più funzionale a una conflittualità permanente che a una convivenza pacifica tra i diversi. D'altra parte, come hanno ben intuito le giurisdizioni costituzionali dei Paesi occidentali e le emergenti giurisprudenze degli organismi internazionali (ONU, WTO, etc.), le uniche possibilità di integrazione giuridica tra le società aperte del mondo globale possono essere date dal comune rispetto dei valori universali della dignità umana, dei diritti umani e della giustizia. Per questo alle costituzioni, sempreché non siano depauperate della loro normatività, spetta oggi un grande e rinnovato ruolo, sia in direzione delle singole società nazionali, sia in direzione dei rapporti internazionali globali, sia come anello di congiunzione tra il piano nazionale e quello globale. Tanto che non a torto si parla da più parti di «costituzionalizzazione della società» (come fa, ad esempio, Günther Teubner) e di «costituzionalizzazione del mondo globale» (come fanno Philip Allott, Francisco Orrego Vicuña e, da ultimo, Jürgen Habermas).

Per tutti i motivi indicati, mantenere salda la normatività e la inviolabilità dei valori costituzionali fondamentali è una precondizione la cui sorte non può dipendere dai ghirigori, più o meno ispirati, di qualche giurista. Un'analisi dell'evoluzione della pratica giurisprudenziale mostra, in modo ben più imperioso di qualsiasi teoria costituzionale, che l'affermazione, nei rapporti concreti, dei valori universali sui quali si fondano le costituzioni dei Paesi occidentali è la via sulla quale s'è già saldamente avviata l'integrazione fra gli ordinamenti e fra i popoli. E la mia speranza è che questo processo non sia indebolito, ma diventi sempre più forte ed esteso.

Ecco perché non è indifferente oggi affermare che la nostra Costituzione, come le altre dei Paesi occidentali, riconosce la sua essenza inviolabile nei diritti fondamentali della persona umana e nei principi che ne garantiscono l'effettivo godimento, come la divisione dei poteri, la legalità, il decentramento, la sussidiarietà e così via. Ed ecco perché, a mio avviso, è in controtendenza storica ipotizzare che quei principi valgono se e nella misura in cui la società presente ritiene che debbano valere. Credo, al contrario, che in quei principi e valori sta il nostro DNA costituzionale, la nostra identità storica, che perciò va salvaguardata e protetta sopra ogni altra cosa.

Ho fatto questa lunga premessa per concludere che, secondo me, i temi tradizionali delle riforme costituzionali – come la forma di governo o il Titolo V – non mi sembrano cruciali. Si tratta di argomenti rispetto ai quali, a mio avviso, sono sufficienti pochi ritocchi, come la disciplina dell'interesse nazionale nel Titolo V o il potere di scelta dei ministri da parte del *Premier* e l'imputazione allo stesso della politica governativa (anche se ciò può, ovviamente, realizzarsi soltanto se si semplifica il pluripartitismo attuale). Più importante è, invece, modificare la Costituzione per introdurvi principi che regolino in modo più congruo i rapporti fra lo Stato italiano e l'Unione Europea.

In passato nel mondo politico l'intoccabilità dei principi supremi (nel loro «contenuto essenziale») è stato maldestramente interpretato come intoccabilità di tutta la Prima Parte della Costituzione, finanche delle virgole. In realtà, lo sviluppo dei rapporti tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario s'è spinto così avanti che è difficile continuare a fingere che nulla sia successo sotto il profilo

costituzionale. Le sentenze della Corte costituzionale sono ancora ferme alla formula che Antonio La Pergola ha ripreso dai dibattiti iniziali sul sistema federale americano: «ordinamenti separati, ma coordinati». In realtà – e questa tendenza risulterà ancor più ingigantita se e quando si concluderà il processo di approvazione del Trattato Costituzionale – oggi siamo ben oltre il «coordinamento». Le forme di integrazione – tanto a livello normativo, quanto a livello giurisdizionale – sono molteplici e, a mio avviso, abbisognano di una copertura costituzionale attraverso un emendamento aggiuntivo dell'attuale art. 11 o la formulazione di un nuovo art. 11 *bis*.

Se la Corte costituzionale dice che le sentenze della Corte di Giustizia Europea sono diritto vincolante nell'ordinamento interno e se la Corte di Cassazione afferma che i principi affermati dalla Corte Europea dei Diritti Umani vanno applicati direttamente da ogni giudice nazionale, mi sembra strano che tutto ciò avvenga senza che la Costituzione, pur citando l'ordinamento comunitario (art. 117 Cost.), dica qualcosa sui vincoli derivanti allo Stato italiano dalla sua appartenenza all'Unione Europea. Se, poi, sarà approvato il Trattato Costituzionale Europeo, si porranno sicuramente dei problemi in ordine ai rapporti fra la garanzia dei diritti fondamentali, così come funzionerà a livello comunitario, e quella assicurata agli stessi diritti al livello della Costituzione nazionale. Si tratta di problemi che è bene siano risolti con un principio stabilito in Costituzione: ad esempio, predisponendo una sorta di clausola del trattamento più favorevole per la persona, di modo che possa prevalere, a livello giurisdizionale, la giurisprudenza di volta in volta più «garantista».

Ritengo, poi, che la riforma del Titolo V abbia reso indifferibile una revisione del nostro bicameralismo, in modo da istituire, al fianco di una Camera volta a rappresentare la nazione intera, una «Camera delle Regioni», sul modello degli Stati federali. Con la Riforma del 2001, infatti, le Regioni sono divenute «enti politici originari» e, perciò, poste sullo stesso piano dell'ordinamento statale. Ciò esige una forma di coordinamento legislativo più coerente dell'attuale, una forma che difficilmente può prescindere da riforme come quella indicata.

Anche l'art. 21 Cost. andrebbe integrato, anche se mi rendo conto che, finché il sistema politico italiano sembra essere caratterizzato dalla dinamica «berlusconismo-antiberlusconismo», quella da me auspicata resterà una pia illusione. Tuttavia, è senza senso che nella Costituzione non vi sia alcun principio né sulla comunicazione radiotelevisiva, né su quella informatica.

Non trascurerei, poi, alcune riforme riguardanti la legislazione ordinaria, che avrebbero, tuttavia, una grande influenza sul funzionamento della forma di governo. Oltre alla riforma elettorale, della quale ho già parlato, credo che un'importante riforma possa essere quella della legge finanziaria. Oggi l'approvazione di tale legge tiene occupato il Parlamento per un quarto abbondante del suo tempo e con processi davvero sconcertanti. L'esempio dell'ultima finanziaria, che, per più di un mese, cambiava ogni giorno, ha mostrato quanto sia necessaria una riforma in tale materia, che sia diretta a semplificare l'*iter* e a limitare i poteri di emendamento del disegno di legge una volta presentato in Parlamento. Inoltre non è tollerabile che

in un ordinamento evoluto, come quello italiano, vi sia una legge, praticamente illeggibile, come quella finanziaria. In ciò si dimostra un disprezzo massimo, non solo verso chi dovrà applicare la legge, ma soprattutto verso il cittadino. Si potrebbe anche pensare a una legge che prevedesse soltanto le grandezze finanziarie e i tetti di spesa da rispettare, rinviando le discipline giuridiche conseguenti a leggi più particolari.

Gaetano Azzariti

Scusa Antonio, ma se capisco bene la tua valutazione sul primo comma dell'art. 117 è assolutamente negativa: sostanzialmente priva d'effetti per quanto concerne il vincolo comunitario.

Antonio Baldassarre

No a parte la *sedes materiae* discutibile, ma io penso a qualcosa di più complesso a qualcosa di più esplicito e anche di più preciso.

Giuseppe De Vergottini

In parte riprenderei gli argomenti che portava Antonio Baldassarre. Se ragioniamo sulle ipotesi astratte di modifica, i casi di intervento sarebbero in realtà numerosi. Diventa più problematico accordarci sul fatto che siano più o meno ungenti. Non voglio entrare nei particolari perché non c'è tempo, ma sono d'accordo che sarebbe opportuna una clausola europea che aggiorni l'art. 11 sulla falsariga di quanto già avvenuto per numerose altre costituzioni. Quando all'inizio nel 1952 fu adottata la legge di autorizzazione alla ratifica del trattato sulla Comunità carbo-siderurgica, probabilmente nessuno aveva riflettuto seriamente su quelle che sarebbero state le modifiche radicali che sarebbero state apportate alle competenze degli organi costituzionali e a quelle delle Regioni. Nessuno si è posto il problema di quali incidenze il trattato e gli atti derivati avrebbero avuto sui diritti sociali. Dunque una carenza imperdonabile di preveggenza; successivamente aggravata dal trattato sulla Comunità economica del 1957 e poi dai trattati successivi, fino alla più sconvolgente idea di varare una affrettata e pasticciata «costituzione europea», per il momento congelata, ma anch'essa affrontata ricorrendo alla tradizionale fonte della legge ordinaria. Dunque, si è profondamente modificata la Costituzione senza far ricorso a leggi costituzionali e in via di prassi attuativa, la Corte costituzionale ha dato un aiuto determinante trovando un appiglio giustificativo nell'art. 11, che come è a tutti noto aveva all'origine ben diverse finalità. Quindi sarebbe auspicabile una clausola europea, come sarebbe auspicabile una clausola di parziale correzione dell'art. 78 a proposito delle missioni di pace all'estero. Sappiamo che tale disposizione non è appli-

cata con riferimento allo stato di guerra ma sappiamo anche che ben altre sono le esigenze dell'uso della forza armata nel campo delle relazioni internazionali quali maturate nella prassi degli ultimi decenni. Il problema di una disciplina delle missioni di pace esiste, e gli interventi parlamentari e governativi che ci sono stati in questi anni sono stati prevalentemente giustificati con l'esigenza di rispettare impegni internazionali nel quadro di organizzazioni di sicurezza collettiva, di nuovo facendo sponda sull'art. 11. Aggancio faticoso, indiretto e troppo impreciso, tenendo conto della rilevanza e delicatezza dell'argomento. Finché rimarrà questo assetto della politica internazionale che comporta la essenzialità dei nostri accordi di sicurezza collettiva, l'esigenza di affrontare le emergenze disciplinate da tali accordi rimarrà presente e non dovrebbe essere gestita con strumenti costituzionali assolutamente inadeguati.

Vorrei poi richiamare nuovamente come urgente il bisogno di affrontare il problema della seconda camera. Noi abbiamo un assetto delle forze politiche tendenzialmente centralista, abbiamo di riflesso un Parlamento che, nonostante la varietà delle sue componenti, alla fine finisce per andare verso normative di legge e interventi di indirizzo che sono tendenzialmente favorevoli al potere centrale. È quindi comprensibile l'aspettativa delle autonomie territoriali di avere una voce nella sede parlamentare e in particolare nel procedimento legislativo. Il problema della seconda camera, anche se accantonato, rimane sullo sfondo in quanto probabilmente soltanto in tale sede potrebbe soddisfarsi il principio di collaborazione che emerge oggi dalle clausole costituzionali, ma che è stato molto incisivamente trattato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Dobbiamo considerare che qui non basta più la formula del coordinamento che prevede una posizione preferenziale del potere centrale. Ci si sposta dal coordinamento alla collaborazione, dalla collaborazione ci si sposta alla concertazione che è qualcosa di più, per arrivare alla co-decisione. La gamma delle possibili articolazioni collaborative, estremamente ricca, dovrebbe avere come centro di riferimento la seconda Camera, in una prospettiva compatibile con gli orientamenti della Corte costituzionale, arrivando a modalità concertative che portino alle forme sostanziali di accordo e di decisione che evitino o riducano le situazioni conflittuali che, se non trattate tempestivamente, refluiscono inevitabilmente sulla Corte costituzionale. È questa la traiettoria logica che abbiamo presente ed è per questo che la sede ottimale sarebbe la seconda Camera.

Leopoldo Elia

Quanto alla prima domanda, ho già accennato nelle risposte precedenti che, a mio avviso, per una effettiva chiarificazione tra le parti ed un autentico rasserenamento del bipolarismo italiano sarebbe molto utile la riforma dell'art. 138 nel senso garantista già illustrato. In realtà oggi la riforma più urgente riguarda una legge di rilievo costituzionale e cioè la pessima legge elettorale n. 270 del 2005, di cui si impone l'abrogazione o una seria revisione. In particolare è necessario riallacciare un rapporto tra elettori ed eletti sul piano territoriale, ridimensionando il potere dei vertici di partito di «nominare», attraverso le candidature con liste bloccate in grandi circo-

scrizioni, i componenti delle Camere. È veramente paradossale che, mentre diminuisce la capacità di rappresentanza dei partiti, si accrescano i mezzi a disposizione dei loro apparati per predeterminare la composizione dei gruppi parlamentari.

Un'altra necessità che rende urgente l'intervento del legislatore è la richiesta di un referendum abrogativo di alcuni articoli della legge n. 270 del 2005. A mio avviso il referendum non risolve, né lo potrebbe, i principali problemi aperti dalla riforma approvata dalla maggioranza di centro-destra. D'altra parte la sua ambivalenza era percepibile abbastanza presto e non ha tardato a manifestarsi anche a chi, come Giuliano Amato, all'inizio del dicembre 2006, denunciava giustamente il gravissimo pericolo che il referendum diventasse il canale per il trionfo dell'anti-politica come nel 1993. Ma è nella esiguità delle modifiche richieste che si cela la prospettiva più dannosa: sia che il referendum venga approvato, sia che venga respinto, l'effetto principale è di consolidare i capisaldi della legge che ha «avvelenato i pozzi» in prossimità delle elezioni politiche del 2006.

Quanto alla revisione della legge vigente è giusta la ricerca di una soluzione in grado di essere condivisa da uno schieramento parlamentare che vada oltre la maggioranza; purché sia ben chiaro che la soluzione inadeguata non diventa buona perché riceve l'assenso di molti gruppi e perché evita il referendum.

Per il Titolo V varato nell'ottobre del 2001 con il sì del referendum confermativo sono nate alcune anomalie della nuova disciplina, già segnalate dalla dottrina, specie a proposito del riparto delle competenze per materia tra legislazione esclusiva dello Stato e legislazione concorrente. Se si trovasse un consenso largo su queste correzioni, si potrebbe intraprendere al più presto il procedimento previsto dall'art. 138 Cost. Ma l'accento dell'urgenza cade piuttosto sulle riforme da adottare con legge ordinaria: e ciò perché il Titolo V, privo di norme transitorie per facilitarne l'attuazione, è rimasto finora carente della legislazione statale richiesta da vecchie e nuove norme dallo stesso titolo. Basti pensare all'art. 119 Cost. in tema di federalismo fiscale. Ma l'esigenza più impellente deriva dalla necessità di una legge che – come la precedente legislazione delegata, ispirata da Bassanini, per l'attività amministrativa e normativa delle regioni – precisi i settori di materia che spettano allo Stato e quelli di spettanza regionale mentre dalla normativa sui poteri degli enti locali potranno giungere altre precisazioni che aiutino a far ordine e a diffondere una certa dose di certezza. Senza dubbio la Corte costituzionale ha acquisito molti meriti svolgendo un compito di «supplenza non gradita» al fine di risolvere le troppe controversie insorte tra Stato e Regioni a seguito della riforma costituzionale: soprattutto per fissare il reale contenuto delle materie di competenza esclusiva dello Stato. Ma è necessario l'intervento del legislatore statale soprattutto per circoscrivere l'effettiva ampiezza del potere legislativo regionale, residuale ma non esclusivo, nelle materie di grande importanza non nominate negli elenchi dei commi due e tre dall'art. 117 Cost. (agricoltura, industria, turismo, ecc.). Bisogna che il Parlamento faccia la sua parte per stabilire quanto è richiesto dalla tutela della unità giuridica ed economica della Repubblica perché il rapporto tra Stato e Regioni non si esaurisca in una relazione spesso opaca tra esecutivo nazionale ed esecutivo regionale. Comunque si vorrebbe evitare che il contenzioso Stato-Regioni si mantenga al livello così elevato degli ulti-

mi anni, anche se alla fine del 2006 si è manifestata una lieve flessione delle questioni sollevate in via diretta: ciò malgrado sono ancora pendenti circa 230 controversie di questo tipo cui fanno riscontro altrettante questioni sollevate in via incidentale. Tuttavia nel nostro caso i dati statistici contano fino ad un certo punto perché le questioni sollevate in via diretta dallo Stato o dalle Regioni si presentano generalmente più impegnative, spesso riguardando disposizioni delle leggi finanziarie impugnate da più Regioni in diversi settori.

Sulla forma di governo riterrei utile un intervento migliorativo per ragioni obbiettive di «buon andamento costituzionale» ma anche per liberarci dalla ossessione (particolarmente forte a partire dagli anni ottanta fino alla passata legislatura ed oltre) del potere governativo debole se comparato alle situazioni di altre democrazie ed alle condizioni poste dall'ordine del giorno Perassi votato nella seconda sottocommissione della Commissione dei settantacinque dell'Assemblea Costituente. Orbene, quell'ordine del giorno, specie a partire dalla riforma elettorale del 1993, è stato in larga misura attuato con il prodursi anche in Italia del «fait majoritaire»: da questo punto di vista pure la contestatissima legge n. 270 del 2005 non ha mutato l'assetto raggiunto già nel 1994, ma soprattutto nel 1996 e nel 2001. Tuttavia può essere utile, per le ragioni ora dette, «europeizzare» taluni aspetti della nostra forma di governo parlamentare. Così, per enucleare meglio la figura del Presidente del Consiglio rispetto ai ministri, è sufficiente farlo eleggere da una assemblea parlamentare come in Germania il Cancelliere, oppure prevedere, come in Spagna, che il vertice di governo riceva da solo la fiducia. Inoltre si può affermare, a favore dello stesso Presidente del Consiglio, il potere di revoca dei ministri, preferibilmente da esercitare mediante un decreto del Presidente della Repubblica su proposta del vertice di governo. Si può pure prevedere, come in Germania e in Spagna, la sfiducia costruttiva nei confronti del vertice del potere governativo secondo i moduli tedesco e spagnolo, ben diversi da quelli adottati nella riforma bocciata dal corpo referendario il 25 giugno . Infine si potrebbe anche «circostanziare» il potere di scioglimento delle Camere da parte del Capo dello Stato, secondo il modello dell'art. 68 della Legge fondamentale tedesca a norma del quale, in caso di sfiducia non costruttiva, il Cancelliere può chiedere al Presidente della Repubblica lo scioglimento del Bundestag. Perché ritengo che dobbiamo muoverci nell'ambito del diritto costituzionale in vigore nel continente europeo? Innanzitutto perché il costituzionalismo «vissuto» nella democrazie mature pone una chiara alternativa: se si sceglie la forma di governo parlamentare allora il vertice dell'esecutivo può essere sfiduciato senza che la sua caduta interrompa automaticamente la legislatura, ma il Premier può anche porre la questione di fiducia e a certe condizioni contribuire allo scioglimento della Camera che lo ha sfiduciato; oppure si può scegliere la forma di governo presidenziale con un vertice dell'esecutivo di durata predeterminata e con ampi poteri ma privo della facoltà di porre la questione di fiducia alle Camere e tanto meno del potere di scioglierle. A parte il caso della forma direttoriale elvetico, *tertium non datur* . Le forme ibride che accoppiano alla durata fissa del Premier o del Presidente eletto direttamente dal popolo il suo potere, in prima o interposta persona, di porre al Parlamento la questione di fiducia e di scioglierlo, non risolvono il problema della responsabi-

lità politica e creano situazioni di squilibrato accentramento di potere (premierato o presidenzialismo assoluto). È significativo che in alcuni ambienti francesi, alla vigilia delle elezioni presidenziali di quest'anno, si sia diffuso un motivato timore di presidenzialismo assoluto dopo le dichiarazioni del candidato dell'UMP Sarkozy favorevole ad un ruolo piuttosto sbiadito del suo futuro Primo ministro, secondo la prassi a suo tempo instaurata dal Presidente De Gaulle.

Inoltre in Italia il referendum del 25 giugno 2006 ha manifestato una netta ripulsa del premierato assoluto, oltre che della *devolution*, bocciando con il voto il semipresidenzialismo all'italiana, realizzato nelle Regioni e nei maggiori Comuni, che si voleva trasferire a livello nazionale (non si dimentichi che il disegno di riforma presentato dal governo Berlusconi, proponeva proprio questa trasposizione senza ricorrere alla aberrante sfiducia costruttiva inserita durante l'iter parlamentare). A tale trasposizione non si potrebbe pervenire dopo il referendum nemmeno sulla scia della scelta di un sistema elettorale per le camere simile a quello approvato per eleggere i Consigli regionali.

Naturalmente non dimentico che altri temi dovrebbero essere affrontati per una riforma di maggior respiro: cito a titolo di esempio il bicameralismo ed una effettiva distinzione tra potere di indirizzo e potere di gestione nell'ambito dei ministeri. Ma queste ed altre questioni richiedono approfondimenti che sono mancati, quantomeno nel personale politico. Da ultimo, non credo che le riforme costituzionali da me proposte richiedano di per sé un accrescimento delle garanzie. Semmai, fin da ora sarebbe auspicabile affidare alla Corte costituzionale l'ultima parola in tema di contestazioni di elezioni nelle Camere parlamentari; introdurre anche nella giustizia costituzionale la *dissenting opinion*, dopo la «conferma» della Costituzione nel referendum; approvare uno statuto delle opposizioni.

Paolo Ridola

Mi atterrò al carattere generale di questa domanda, con alcune osservazioni molto rapide. Ho già detto che, in un contesto politico secolarizzato, come quello attuale, occorre muoversi, piuttosto che in una prospettiva di *palingenesi* costituzionale (questa è stata, a mio avviso, la contraddizione di fondo del progetto respinto dal referendum, così come è questa l'aporia delle proposte ricorrenti di aprire una *stagione costituente*), in quella di interventi su parti della Costituzione, che si configurino come interventi di «ordinaria manutenzione». Ciò che, in concreto, può non essere un obiettivo poco ambizioso, come tenterò di illustrare più avanti occupandomi del regionalismo e della forma di governo. Ma segnalo per ora alcune questioni di ordine generale. La prima riguarda il raggio di azione della riforma costituzionale in relazione ai limiti materiali del potere di revisione. Ciò mi consente anche di rispondere ai rilievi di Antonio Baldassarre. Credo infatti che sulle trasformazioni dei processi costituenti nello stato costituzionale contemporaneo la discussione scientifica sia molto aperta ed abbia fatto emergere posizioni diverse, rispecchiate anche dal dibattito cui partecipiamo oggi. Ma ritengo fuori

discussione che vi sia un nucleo essenziale che *resiste* ai processi di revisione costituzionale. Da questo punto di vista, una codificazione dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale, richiamati dalla giurisprudenza costituzionale come limiti invalicabili del potere di revisione, non mi sembra utile né scientificamente plausibile. La Costituzione offre già una griglia a maglie larghe di principi, che sono espressione di una *Wertordnung*, e questo assetto di valori fondamentali, in coerenza con la loro natura di orientamenti di tipo storico-assiologico, non è suscettibile di essere costretto all'interno di costruzioni dogmatiche. Il punto importante, sul quale vorrei richiamare l'attenzione, è che questo limite dei principi supremi deve ritenersi operante anche rispetto alle revisioni della seconda parte della Costituzione. Questa rappresenta, a mio avviso, la sfida decisiva alla giurisprudenza sui principi supremi, perché questo è il terreno sul quale le virtualità espansive che essi sono capaci di esprimere possono manifestarsi in modo particolarmente incisivo. Voglio esprimermi più chiaramente: le revisioni che riguardano l'assetto della forma di governo, e che puntino alla valorizzazione di poli ad investitura plebiscitaria, dovrebbero essere valutate non solo alla stregua della loro compatibilità con il principio democratico astrattamente inteso, ma in rapporto al tipo di pluralismo che con il principio democratico si connette strettamente. Considerare il principio democratico come radicato nel popolo inteso come una unità monolitica ovvero nel tessuto di una società articolata pluralisticamente (mi richiamo qui alla nota dicotomia elaborata da Ernst Fränkel), può evidentemente condurre ad apprezzare in modo differente le modifiche della forma di governo relative, ad esempio, all'elezione del capo dello stato o all'investitura del premier. Con riserva di tornare su questo punto rispondendo ad una delle domande successive, mi soffermo ora sulla questione dell'inserimento nella Costituzione di un «articolo europeo», così come è stato fatto in Austria, in Francia e in Germania. Sono convinto che, a causa del rafforzamento del processo di integrazione europea e della crescita delle competenze dell'Unione, nuovi e più complessi problemi si pongano al diritto costituzionale interno, che l'art. 11 abbia oggi esaurito le virtualità sulle quali la giurisprudenza costituzionale ha potuto costruire, dagli anni Settanta, le sue ben note aperture diritto comunitario, e che il nuovo testo del primo comma dell'art. 117 non abbia rappresentato, sotto questo profilo, una novità significativa. L'introduzione di un «articolo europeo» dovrebbe porsi almeno un duplice obiettivo. Quello, in primo luogo, di definire i compiti dei diversi livelli statali della *governance* multilivello europea, sia sul piano della forma di governo (con riferimento ai rapporti fra parlamento e governo nella fase ascendente ed in quella discendente), sia su quello delle interferenze con il sistema delle autonomie. La legislazione ordinaria, dalla Legge La Pergola del 1989 fino alla Legge Buttiglione del 2005, ha già peraltro elaborato in materia alcuni principi ed orientamenti importanti, che sarebbe forse opportuno trasferire a livello costituzionale. Un secondo obiettivo dovrebbe mirare a definire meglio la dottrina dei *controlimiti*, che la Corte costituzionale ha evocato, ma non tematizzato adeguatamente, come mi pare che abbia fatto il *Bundesverfassungsgericht* tedesco con riferimento sia allo standard di protezione dei diritti fondamentali (sentenze *Solange*), che alla clauso-

la di salvaguardia dell'autonomia dei *Länder* e al principio della democrazia parlamentare (*Maastricht-Urtei)*, che, infine, nella sentenza sul mandato d'arresto europeo, al richiamo ad un nucleo insopprimibile della statualità. Ricordo infine che la codificazione del principio di sussidiarietà e, nel trattato costituzionale, delle ramificazioni organizzative e procedimentali di esso (nel protocollo sulla sussidiarietà ed in quello sul ruolo dei parlamenti nazionali), fanno ritenere assai utile che questo *corpus* di disposizioni *costituzionali* trovi corrispondenza nelle costituzioni degli stati membri.

Gaetano Azzariti

Adesso dobbiamo stabilire come procedere perché in realtà avete già fornito un quadro completo, puntuale, non soltanto sulla necessità e dei limiti delle riforme costituzionali ma anche su quali siano le riforme più urgenti. Mi sembra interessante rilevare come alcuni di voi, Baldassarre ed Elia in particolare, sostenessero che più che riformare la costituzione sia necessario riformare la legge elettorale e la legge finanziaria: due leggi che stanno al di fuori del testo costituzionale.

Noi abbiamo predisposto tre domande specifiche, relative rispettivamente al Titolo V, alla forma di Governo e al sistema delle garanzie. Direi che possiamo accorparle e ciascuno di voi può sviluppare i singoli temi, anche – se lo ritenete opportuno – ritornando su quanto già detto in precedenza per approfondire.

IV, V e VI Domanda:

a) È necessario un «aggiustamento» del Titolo V della Parte II?

b) È necessario intervenire sulla forma di governo, e se sì in quale direzione?

c) Se gli interventi sulla forma di governo andassero nel senso di un rafforzamento della legittimazione e dei poteri del Governo, occorrerebbe intervenire sul sistema delle garanzie, e se sì in quale direzione?

Paolo Ridola

Tratterò anzitutto il punto relativo all' «aggiustamento» della riforma del Titolo V, muovendo da una premessa, che ritengo necessaria. Sono dell'opinione che ogni tentativo di riforma (o di ulteriore riforma) del regionalismo debba tener conto che le autonomie territoriali operano all'interno della *governance* europea multilivello, che non è federale in senso proprio, ma si è progressivamente evoluta e strutturata secondo soluzioni di tipo (o di derivazione) federale, e più precisamente come un *federalismo* (uso questo termine che sottolinea il carattere dinamico, processuale di

questo assetto) sussidiario. Se questo è vero, la costruzione di un *gemeineuropäisches Verfassungsrecht* richiede «congegni di raccordo» fra i diversi livelli sovrastatale, statuale ed infrastatuale, di una *governance* unitaria, e dovrebbe postulare, in linea di principio, una sempre più accentuata omologazione dei livelli infrastatuali di decentramento territoriale. Uno sviluppo, peraltro, che incontra plausibili resistenze non solo in tradizioni storiche molto diverse, ma nella attuale crescente disarticolazione dei modelli di decentramento territoriale in Europa: dove convivono modelli federali molto strutturati (in Germania e in Austria), stati regionali (in Spagna e in Italia), la regionalizzazione francese a forte connotazione partecipativa, la *devolution*, un assetto federale presecessionista (in Belgio). All'interno di questo ventaglio di esperienze così eterogenee, perseguire processi di omologazione è evidentemente non solo illusorio, ma rischia di sacrificare componenti importanti dell'identità costituzionale europea, che non può non preservarsi *plurale*. Ciò non ha impedito, peraltro, che fra questi modelli sia in atto da tempo un processo di interferenze e condizionamenti reciproci, di recezioni incrociate, che hanno messo in discussione, fra l'altro, lo stesso crinale di distinzione fra stati regionali e stati federali. Faccio questa premessa, perché occorre essere consapevoli che di questo scenario di sviluppi del decentramento territoriale in Europa anche l'evoluzione del regionalismo italiano ha risentito. La riforma del 2001 – può dirsi in estrema sintesi – si è sforzata di razionalizzare, quanto meno nell'ispirazione di fondo, un modello di regionalismo cooperativo, solidale e sussidiario, in una sostanziale linea di continuità con gli sviluppi che, a partire dalla fine degli anni Settanta e poi soprattutto dagli anni Ottanta si erano affermati, a Costituzione invariata, nella legislazione ordinaria e nella giurisprudenza costituzionale. È uno sforzo che personalmente condivido, e vorrei pertanto spezzare una lancia in difesa della riforma del 2001, che pure ha suscitato reazioni spesso arcigne nella comunità scientifica. Il modello regionale disegnato in sede costituente, costruito su *competenze* ripartite in modo tendenzialmente rigido, doveva fare argine ad una tradizione centralistica radicata ed aveva una funzione evidente di protezione dell'autonomia regionale. Esso lasciava decisamente in ombra, peraltro, il legame *sistemico* fra la funzionalità della *costituzione delle autonomie* ed i principi della *costituzione economica*, e trascurava che l'obiettivo della rimozione degli squilibri economico-sociali, anzitutto riconducibile all'art. 3, secondo comma, chiama stato e regioni, e dunque il sistema delle autonomie globalmente, alla sua realizzazione. Che questo quadro sistemico dovesse spingere nella direzione di assetti fondati, piuttosto che su un quadro rigido di competenze, sull'adeguatezza (sussidiaria) dei livelli di governo rispetto al raggiungimento di comuni obiettivi unitari, la letteratura tedesca, spagnola, ed in parte quella statunitense lo avevano sostenuto da qualche decennio, con l'occhio evidentemente rivolto alla storia (peraltro molto diversa) di quelle esperienze. Occorre riconoscere che la riforma del 2001 si è mossa su questo terreno, sebbene con contraddizioni, non poche incertezze e soluzioni non sempre soddisfacenti. Lasciando da parte numerose delle questioni aperte dalla riforma del 2001 (fra di esse, in primo luogo quella del federalismo fiscale), mi limito a segnalarne tre. In primo luogo, il contrasto fra l'assetto delle funzioni amministrative nel nuovo art. 118, ispirato ad un modello flessibile di tipo sussidiario, e la

nuova ripartizione delle competenze legislative, ancora incentrata sul principio della separazione. Quanto questa opzione renda difficile la funzionalità di un regionalismo sussidiario, mi sembra confermato dalle difficoltà cui sta dando luogo, in sede applicativa, la clausola di riserva ad una competenza *esclusiva* statale di un ambito che richiede invece soluzioni duttili, quale quello della determinazione dei c.d. livelli essenziali. L'idea guida, in breve, mi sembra ancora quella che esigenze unitarie di omogeneità delle condizioni di vita e di unità dell'ordinamento debbano trovare soddisfazione essenzialmente attraverso la griglia delle competenze esclusive. La stessa Corte costituzionale ha ritenuto non soddisfacente questo impianto, e con una giurisprudenza non pacifica e non priva di resistenze e contraddizioni, ha tentato di leggere la riforma delle competenze legislative (con la sentenza n. 303 del 2003) nella cornice del principio di sussidiarietà e attraverso le lenti offerte da esperienze federali molto strutturate (e peraltro molto diverse) ed il richiamo alla *supremacy clause* statunitense ed alla *konkurrierende Gesetzgebung* tedesca. In ogni caso, questo resta un problema, a mio avviso, aperto (lo aveva avuto presente – occorre riconoscerlo – il progetto del 2005, sebbene all'interno di un quadro molto pasticciato): quello di collocare la nuova articolazione delle competenze all'interno di un *plafond* di obiettivi unitari, sui quali organizzare un reale assetto di *concorrenza* fra stato e regioni. Un secondo problema aperto è che un regionalismo fondato sulla concorrenza nel perseguimento di obiettivi comuni richiede congegni e procedure di raccordo adeguati. Il regionalismo sussidiario, in breve, esige procedimenti attraverso cui rendersi operante, come dimostra l'esperienza comunitaria, nella quale la procedimentalizzazione del principio di sussidiarietà è strumento di efficienza e ad un tempo argine allo svuotamento delle competenze degli stati. Si profila qui il nodo (irrisolto) del bicameralismo e del rapporto fra bicameralismo e autonomie, che reclama finalmente una soluzione, ma pone anche difficoltà. Il modello *Bundesrat*, al quale gran parte della dottrina italiana guarda con fiducia, presenta limiti di esportazione non trascurabili, perché recessivo in Germania, ove è uscito sensibilmente ridimensionato dalla *Verfassungsänderung* del 2006, e dove è comunque radicato in una tradizione storica di stati territoriali molto lontana dalla nostra. Nel nostro paese, mi sembrano due gli elementi ricorrenti nel dibattito: il radicamento storico del municipalismo, senz'altro più forte e sentito di quello delle regioni, e l'idea degli enti autonomi come enti esponenziali di collettività locali, e dunque il legame del tema del bicameralismo con quello del raccordo fra assemblee elettive. Non posso andare oltre, ma credo che il dibattito sulla camera delle autonomie dovrebbe (ri)partire da qui. Un'ultima questione, con la quale ordinamenti decentrati più strutturati del nostro si sono misurati, riguarda il cosiddetto regionalismo competitivo: è questo, mi sembra, il filo conduttore della discussione sulla riforma del *Bundesstaat* in Germania fra la crisi del federalismo cooperativo introdotto nel 1969 e la *Verfassungsänderung* del 2006, così come è questa una ferita tuttora aperta del regionalismo solidale spagnolo, sottoposto alle spinte del separatismo basco e catalano, che costituiscono non solo un problema di identità culturale, ma di struttura economica della società. Sono esperienze non prive di eco nel nostro paese, nel quale da qualche decennio il

dualismo fra nord e sud ha assunto una fisionomia nuova e più complessa, sfociata in una domanda più forte di regionalismo *competitivo*. La riforma del 2001, in parte influenzata dal modello spagnolo del processo autonomistico, ha prefigurato, attraverso l'art. 116 ult. co., una soluzione di regionalismo differenziato, la cui praticabilità – occorre osservare – dovrebbe fare i conti peraltro proprio con le aporie emerse nell'esperienza spagnola in occasione della riforma degli statuti catalano e basco. Su un versante parzialmente diverso si situa la recente riforma dello stato federale in Germania, un'esperienza che sarebbe opportuno avere presente nella prospettiva di «aggiustamenti» del Titolo V. Mi riferisco, in particolare, al nuovo testo dell'art. 72 GG ed alla riarticolazione della *konkurrierende Gesetzgebung*, realizzata attraverso l'innesto, sul tronco della competenza federale giustificata da esigenze unitarie, di ambiti materiali sui quali i *Länder* possono attivare, in funzione competitiva, una propria *abweichende Regelung*. È un modello sul quale ritengo utile riflettere, perché l'innesto di elementi di competizione passa attraverso i congegni flessibili della competenza concorrente. Dopo la riforma, la Germania si indirizzerà verso un intreccio inedito fra cooperazione e concorrenza, realizzato attraverso un assetto di rapporti fra *Bund* e *Länder* più dinamico, meno ingessato e pachidermico della riforma del 1969, fondato sul *trial and error* di un *experimenteller Föderalismus*. Passo ora a trattare alcuni aspetti riguardanti la forma di governo. Dal dibattito che ha accompagnato il progetto di riforma del 2005 e che lo ha seguito poi negli ultimi mesi, emergono fondamentalmente due nodi cruciali, la legge elettorale e i poteri del Primo Ministro. Sul primo punto, io credo che siano maturi i tempi per tentare un bilancio spregiudicato dell'esperienza aperta dal referendum e dalla riforma del '93. Un bilancio dal quale emergono dubbi sulle capacità di prestazione della riforma in senso maggioritario. Che non ha prodotto la semplificazione del sistema di partiti, che ha favorito alleanze elettorali aggregate attorno ad una leadership senza riuscire a garantire ad essa la guida politica della coalizione, né ha dato solidità e coesione reale alle coalizioni di governo. Che non ha contribuito a rinnovare il sistema dei partiti né la loro istituzionalità interna, e non ha sostanzialmente modificato né la *Parteienverdrossenheit* né una condizione di disincanto diffuso dalla politica nell'opinione pubblica. Sono consapevole che, soprattutto in tempi di rinnovati fervori referendari in senso maggioritario, il mio è un giudizio controcorrente, e comunque *tranchant*. Ma io credo che su tutto questo occorra riflettere, come anche sulle ragioni per le quali il processo aggregativo ha funzionato, in misura e con formule elettorali diverse, a livello regionale e locale, in un quadro di maggiore frammentazione delle domande, e non ha invece funzionato a livello centrale. Mi chiedo perché, e provo a delineare qualche risposta, o forse a sollevare qualche dubbio. Non sarà forse che gli sprazzi della «politica assoluta», che a livello nazionale sono sopravvissuti alla sua crisi generalizzata, richiedono ancora attori con identità politiche più chiare e visibili? E non sarà forse che le grandi scelte dell'indirizzo politico, quelle macroeconomiche, della collocazione internazionale, della politica criminale e della giustizia, o quelle relative a questioni ad alto contenuto etico lasciano ancora aperti spazi più consistenti al confronto parlamentare ed alla mediazione politico-partitica? O non sarà infine che la secolarizzazione politica della società italiana non ha ancora

raggiunto un livello tale da far ritenere maturo il tempo di una politica interamente strutturata (e non soltanto appiattita) su grandi schieramenti alternativi? Confesso che questo groviglio di perplessità mi ha fatto ritenere non implausibile, nel 2005, il ritorno al proporzionale, sebbene esso sia stato realizzato in un contesto per più versi aberrante (penso al meccanismo delle liste bloccate) e truffaldino (penso all'incastro dei premi e delle soglie di sbarramento). Non riesco ad intravedere gli esiti del dibattito sulla riforma elettorale che si è riaperto in modo confuso da qualche settimana. Ma sono convinto che, volendo partire dalla considerazione del sistema attuale, sia in ogni caso ineludibile restituire trasparenza al sistema proporzionale, riallinearlo alle esigenze del rispetto della eguaglianza delle *chances*, collocarlo nella cornice di *regole* del processo politico, di cui il momento elettorale è elemento centrale, ma non esclusivo. Su questo terreno, sono d'accordo con Antonio Baldassarre, alcune riforme necessarie non richiedono la revisione della Costituzione, ma modifiche legislative o dei regolamenti parlamentari. Si profila qui anzitutto il nodo della regolazione dei partiti. Le difficoltà di riallineamento determinate dallo sfaldamento del sistema partitico del '92 e la diversificazione delle formule organizzative cui gli attuali soggetti politici si sono rifatti rendono implausibile (ed a mio avviso incostituzionale, perché lesivo della *Chancengleichheit*) un intervento regolativo globale sulla istituzionalità interna dei partiti, ma non quello sulle attività dei partiti che incidono direttamente sulla formazione degli organi dello stato (ad es. attraverso la selezione delle candidature). Si profila poi il nodo di una disciplina *di sistema* del finanziamento della politica, che tenga conto delle interdipendenze e della necessità di ricomporre secondo nessi sistemici spezzoni di legislazione incidenti su ambiti svariati, ma collegati (finanziamento pubblico, trasparenza finanziaria dei soggetti politici, conflitto di interessi, accesso ai mezzi di informazione, regime delle ineleggibilità e delle incompatibilità, ecc.). Si profila, infine, la necessità di una revisione organica dei regolamenti parlamentari, che, dopo le riforme incrementali susseguitesi dal 1971, affronti in particolare alcuni problemi aperti. Anzitutto quello di uno statuto dell'opposizione, da configurare, peraltro, non in una prospettiva di «separazione», tenendo conto, cioè, che vi sono ambiti, quello, ad esempio, delle leggi di bilancio e finanziarie, nei quali l'esigenza di assicurare tempi certi e corsie preferenziali alla manovra governativa è essenziale, ma lo è altrettanto quella di preservare spazi al confronto con l'opposizione, anche perché tale confronto può stimolare ed aiutare la maggioranza – come è accaduto anche di recente – a superare contrasti e contraddizioni interne. Quanto al secondo punto, relativo alla figura del primo ministro, ritengo che il tema debba essere inquadrato in una cornice più ampia, e con maggiore consapevolezza delle trasformazioni del parlamentarismo prodotte dall'impatto delle forme del politico del Novecento sugli assetti di governo delle democrazie. La lettura di questo processo di trasformazione, che il progetto respinto dal referendum ha accolto, mi è apparsa molto rozza: poteri del primo ministro sottratti alle dinamiche del rapporto fra maggioranza e opposizione, ed anzi blindati dalla neutralizzazione delle prerogative dell'opposizione parlamentare; poteri rafforzati dall'esautoramento del ruolo di garanzia del Presidente della Repubblica e dalla previsione di un ventaglio di ipotesi di scioglimento, che di questo esaltavano non la fun-

zione di riequilibrio delle dinamiche della forma di governo, ma solo il potenziale scatenante di conflittualità all'interno di questa. Non mi soffermo oltre su questi aspetti, che sono stati peraltro oggetto di critiche severe e pressoché generalizzate da parte degli studiosi. E tuttavia, la ripresa del dibattito sulle riforme costituzionali non potrà trascurare, a mio avviso, i grandi nodi problematici del rapporto fra parlamentarismo e democrazia. Giacchè la democratizzazione ha sottoposto il parlamentarismo a tensioni, a sfide che sarebbe ingenuo sottovalutare: dall'impatto con il pluralismo, con il conflitto politico sociale ed oggi con la complessità sociale, alla gestione delle congiunture economiche e degli stati di crisi. Del resto, a partire dagli anni Trenta del '900, la *combinaison* fra parlamentarismo e democrazia – per riprendere il tema di un saggio di Carré de Malberg – ha rappresentato un problema, che ha suscitato risposte divergenti, quella di una sostanziale inconciliabilità, o del superamento del parlamentarismo nella democrazia – è la linea che, dal discorso di Bayeux del 1946 percorre gli itinerari della V Repubblica –; o la risposta della razionalizzazione del parlamentarismo, in funzione della costruzione di una democrazia di partiti incentrata sulla rappresentanza politico-partitica – è, questa, una posizione diffusa nella cultura costituzionale dell'antifascismo europeo fra le due guerre e che ha largamente influenzato le costituzioni europee del secondo dopoguerra –. È chiaro che l'idea di una democrazia che *supera* la rappresentanza nel rapporto diretto, plebiscitario fra la leadership politica ed il popolo, un'idea da più parti emersa nella discussione italiana sulle riforme, cela equivoci gravi che debbono essere denunciati. Perché prefigura un assetto di governo adeguato (forse) ad una complessità sociale che richiede risposte a domande di società frammentate, non aggregabili dagli stili e dai tempi lunghi della mediazione rappresentativa, ed altresì congeniale (forse) ai nuovi stili della comunicazione politica prodotti dalla crisi della *politica assoluta* e della legittimazione dei partiti. Ma comporta anche – e su questo il fallimento del progetto del 2005 dovrà far riflettere, spero, entrambi gli schieramenti – sacrifici gravi (e inaccettabili) in termini di pluralismo, generati dall'equivoco che il popolo che dialoga con il suo leader sia un soggetto indifferenziato, inarticolato, non espressivo di un tessuto sociale pluralistico. Certo, la crisi del governo di primo ministro nel rozzo formato del progetto del 2005 rinvia al nodo del ruolo delle assemblee rappresentative in una democrazia dominata dalla complessità sociale. È vero che, nonostante alcune riforme regolamentari (quella del '97 alla Camera), il nodo del «parlamento decidente» resta ancora aperto ed irrisolto. Mi chiedo però se, in società percorse da fratture identitarie molteplici, che toccano gli strati profondi dell'etica e dei valori della convivenza prima che quelli degli interessi, la funzione delle assemblee parlamentari come arena di una comunicazione pluralistica non costituisca una risorsa essenziale ed imprescindibile: una risorsa, aggiungo, che si affida alle virtualità dell'agire attraverso il procedimento, che opera, ad un tempo, come fattore di razionalizzazione della complessità e come strumento di una sfera pubblica comunicativa. Anche su questo non posso dire di più, ma sono convinto che il discorso delle riforme debba (ri)partire anche di qui, dalle grandi opzioni sul rapporto fra democrazia e parlamentarismo. Anche perché – concludo davvero –, dopo

tante ricorrenti e fondatissime denunzie del deficit democratico dell'Ue, gli assetti di governo europei sembrano muoversi nella direzione di un rafforzamento crescente del polo parlamentare della *governance* multilivello: mi limito a menzionare l'ampliamento progressivo delle procedure di decisione, il coinvolgimento dei parlamenti nella procedimentalizzazione del principio di sussidiarietà, la valorizzazione dei raccordi fra Parlamento europeo e parlamenti nazionali. In previsione della riapertura della stagione delle riforme, questo, di un coordinamento più stretto fra gli assetti istituzionali interni e gli assetti istituzionali europei, è un profilo che dovrebbe essere considerato più attentamente di quanto sia stato fatto nel dibattito che è sfociato poi nel progetto 2006.

Antonio Baldassarre

Vorrei brevemente controbattere alle osservazioni di Paolo Ridola riguardanti l'auspicio di un ritorno al sistema elettorale proporzionale, se tale definizione viene usata in senso tecnico, e non in quello approssimato diffuso nel mondo politico.

In generale, non si può parlare dei sistemi elettorali in astratto. Non esiste un sistema teoricamente migliore di un altro. Il sistema migliore è quello che si adatta meglio alle condizioni storiche di una certa società in modo da favorire, in modo bilanciato, un'equa rappresentanza politica e una sufficiente stabilità dei governi. Ad esempio, all'indomani dell'approvazione della Costituzione, sarebbe stato davvero pericoloso per le sorti della democrazia italiana se non vi fosse stato un sistema proporzionale, che, sin dalla prima legislatura, ha costretto le opposte parti politiche a dialogare e a collaborare nel procedimento legislativo. Senza un sistema proporzionale l'evoluzione in senso democratico del Partito Comunista Italiano sarebbe stata probabilmente molto più lenta. Oggi, però, la situazione è molto diversa e, con altrettanta probabilità, la reintroduzione di un sistema proporzionale favorirebbe l'instabilità governativa e il trasformismo e, inoltre, danneggerebbe un decente funzionamento della nostra democrazia.

Sotto quest'ultimo profilo, vorrei sottolineare che un sistema proporzionale potrebbe corrispondere a un certo ideale democratico, come riteneva ad esempio John Stuart Mill, ove fosse accompagnato da un'intelaiatura sociale organizzata sul territorio e da partiti costituenti una vera palestra di partecipazione politica, com'erano, specie all'inizio dell'esperienza repubblicana, i partiti di massa italiani. Oggi, questi ultimi sono scomparsi, le sezioni non ci sono più e le poche rimaste funzionano più che altro per fruire dei servizi di bar (dove ci sono) e della visione in comune delle partite di calcio alla televisione. I partiti sono divenuti organizzazioni di quadri, di dirigenti i quali sono preparati per la gestione del potere sia negli enti locali sia nelle numerose società proliferate intorno agli enti locali. Ogni dirigente politico pensa alla propria clientela e alla ricerca di finanziamenti da parte delle imprese (beneficiate o da beneficiare) al fine di mettersi in condizione di scalare la gerarchia del potere partitico e ampliare la sua clientela (le due cose interagiscono l'una con l'altra). D'altra parte, la comunicazione mediatica e tecnologica ha fatto

deperire tutte le forme di comunicazione personale e ha concorso alla distruzione di ogni radicamento sociale. I circoli culturali hanno chiuso o sono stati asserviti da un politico locale per farne uno strumento di propaganda personale o, al massimo, per sdebitarsi per la benevolenza di qualche televisione che gli ha dato spazio organizzando la presentazione di un inutile libro scritto dal giornalista che l'ha ospitato. Ognuno passa la giornata lavorando, facendo le spese e sedendosi davanti alla televisione per ascoltare messaggi, che, non potendo superare il limite temporale di qualche secondo, sono inevitabilmente semplificati, apodittici e, soprattutto, diretti a persuadere, non a ragionare o a riflettere.

In un contesto del genere i vecchi discorsi sulla «maggiore democraticità» del sistema proporzionale non hanno più alcun valore. La reintroduzione di un sistema proporzionale, anzi, avrebbe il solo significato di sottoscrivere una delega in bianco al proprio eletto (o al proprio partito), volta a ricercare in Parlamento gli equilibri politici da lui ritenuti più convenienti. Non è un caso che, a parte i partiti di estrema sinistra nei quali l'ideologia oscura ogni analisi del reale, un sistema proporzionale è auspicato dai piccoli partiti di centro che pensano con quella riforma di poter governare sempre, ora con la destra ora con la sinistra. Per fortuna, si tratta di un disegno velleitario e, per di più, gestito con i piedi, un disegno che non ha alcuna possibilità di essere realizzato.

Oggi, in un mondo globalizzato nel quale le relazioni internazionali contano moltissimo, la stabilità dei governi è un bene irrinunciabile. Uno Stato che non possa garantire una continuità politica è inesorabilmente votato al declino. Ecco perché non possiamo permetterci un sistema proporzionale, tanto più se consideriamo che abbiamo partiti politici che, per salvare il loro «particulare», sono disposti a qualsiasi cosa, anche a crisi reiterate. Né abbiamo, purtroppo, una classe politica di un qualche livello. Perciò dobbiamo pensare a vincoli costituzionali che li obblighino a durare una volta che siano al Governo.

Per tali motivi un sistema maggioritario non ha, razionalmente, alternativa. Certo, mi rendo conto che in una società fortemente corporativizzata come quella italiana è molto difficile formare maggioranze coese, che riescano a sfuggire ai veti di questo o di quell'altro segmento sociale. Ma, mentre un sistema proporzionale, essendo ristretto a poche varianti, non ha praticamente antidoti contro i suoi mali, al contrario i sistemi maggioritari (che, una volta, uno studioso americano ha censito in un numero che supera i cento) possono essere modulati molto diversamente. Fra questi ve ne sono alcuni che favoriscono l'aggregazione dei partiti su basi politiche, piuttosto che su basi di schieramento. Certo, dobbiamo sperare che le forze politiche facciano uno sforzo verso l'acculturamento in materia elettorale, poiché le proposte che sento dire in giro non risolverebbero nessuno dei problemi che oggi fanno funzionare male i sistemi maggioritari.

Sugli altri punti ho poco da aggiungere. Sulla legge finanziaria vorrei precisare che non mi riferivo soltanto all'ultima approvata dal Parlamento. Ho portato questo caso solo come esempio. Ma il problema esiste da anni e credo che sia giunto il tempo per risolverlo.

Sul Governo sono d'accordo con Leopoldo Elia. Vorrei solo aggiungere che, se si vuole introdurre la sfiducia costruttiva, per coerenza bisogna prevedere anche l'ele-

zione parlamentare del *Premier*, esattamente come avviene in Germania. Se così non si facesse, si creerebbe un'asimmetria veramente irrazionale, per la quale un Primo Ministro praticamente investito dal popolo verrebbe rimosso e sostituito con un semplice voto parlamentare.

Sul c.d. statuto dell'opposizione sento da anni molte parole, ma non mi sembrano tanto decisive in relazione a una migliore funzionalità del Parlamento. La miglior garanzia per l'opposizione è quella di prevedere sistemi elettorali che, pur essendo maggioritari, non riducano la presenza delle minoranze a un ruolo marginale.

Infine, sul regionalismo non sono favorevole a formule troppo rigide. Se si prende l'esperienza federale americana o quella tedesca, si può constatare che, nel corso della loro storia, essi hanno funzionato in modo diverso a seconda che il pendolo oscillasse verso le autonomie oppure verso lo Stato centrale. In America, nei due secoli di storia costituzionale si sono avuti periodi di federalismo cooperativo che si sono alternati con periodi di federalismo competitivo. Perciò, niente formule rigide stabilite a tavolino. Piuttosto sarebbe opportuno fissare le condizioni di una flessibilità di rapporti che la storia si incaricherà di modulare di tempo in tempo.

Giuseppe De Vergottini

Io riprenderei quelli che nell'ordine erano i quesiti cercando di accorparli, come mi sembra si sia in parte fatto fino ad adesso, scusandomi anche per la sintesi. Per quanto riguarda il punto se sia o meno necessario l'aggiustamento del Titolo V qui direi che siamo in linea con quello che mi sembra sia il proposito che è maturato a livello di maggioranza e quello che è emerso anche nelle audizioni in corso delle commissioni riunite di Camera e Senato. Sicuramente sono necessari degli interventi di razionalizzazione soprattutto sulla definizione delle competenze esclusive statali e di ridefinizione di alcune materia quali energia, comunicazione, lavoro, professioni, che è in linea con quanto mi pare emerge già dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. In proposito sarebbe sufficiente esaminare con attenzione la relazione del Presidente Marini di qualche mese fa da cui emergono le linee auspicabili di una razionalizzazione dell'attuale sistema delle competenze. Io sarei contrario all'ipotesi di incidere sulle competenze concorrenti rafforzando in modo netto le competenze esclusive, sarei contrario ad andare verso un rafforzamento del dualismo di competenze statali e regionali. Da un punto di vista astratto forse è un disegno da tener presente, da un punto di vista pratico però chiunque abbia conoscenza di come si svolgono i rapporti che riguardano non soltanto le competenze concorrenti ma anche quelle esclusive sa che in realtà siamo sempre alla ricerca di modalità collaborative per cui l'idea di una separazione netta non ha molto senso. Piuttosto, occorre che vadano valorizzati gli strumenti collaborativi. Abbiamo fatto già riferimento in precedenza alla valorizzazione della Commissione bicamerale e a una razionalizzazione del sistema delle Conferenze Stato-Regioni come sedi di consultazione e concertazione. In pratica, in realtà, i moduli organizzativi su base collaborativa sono presenti in tutti gli ordinamenti che intendono valorizzare le autonomie, e non solo in ordi-

namenti federali e regionali. Quindi li troviamo nel sistema delle Conferenze settoriali in Spagna, ma anche nel *Joint Ministerial Committee* istituito in Gran Bretagna. Si tratta di strutture organizzative dotate di continuità. L'importante appunto è la continuità della collaborazione. All'interno dell'organo si definiscono procedure di decisione che tendenzialmente affermano un modulo basato sulla parità dei partecipanti anche se di fatto finisce quasi sempre per prevalere un ruolo preferenziale del potere centrale. Però resta il fatto che questi moduli collaborativi vanno, credo, ricercati e rafforzati. È chiaro che parlare di queste soluzioni organizzative è ben più riduttivo della idea della Camera delle regioni e del superamento del bicameralismo perfetto che rimarrebbe in realtà tale fino a che non si avesse la forza di incidere sul criterio di selezione della rappresentanza . Qui mi permetto di fare una chiosa a quanto Leopoldo Elia diceva prima, che prima parlava della fiducia in una sola assemblea. Ecco io non credo che sia comunque opportuno pensare a differenziazioni delle funzioni delle due Camere a parità o a tendenziale equivalenza dei criteri di rappresentanza; in una delle precedenti commissioni bicamerali si era giocato sulla differenziazione delle funzioni lasciando sostanzialmente invariato il criterio di selezione della rappresentanza e col mantenimento di una legislazione elettorale che consentiva una sostanziale omogeneità politica delle due camere. Se rimangono i criteri di rappresentanza simili, giocare soltanto in modo un po' ingegneristico sulle funzioni, mi sembra veramente un fuor d'opera. Anche il Senato Federale della passata riforma, in cui la rappresentanza rimaneva una rappresentanza sostanzialmente nazionale politica non si allontanava dall'idea di mantenere una rappresentanza politica nazionale nella seconda camera. L'espediente consistente nel privare il Senato della investitura fiduciaria non escludeva che il Governo dovesse cercare un rapporto collaborativo anche con tale assemblea con quello strano meccanismo dell'intervento del Presidente della Repubblica che avrebbe consentito di porre la questione di programma e quindi riconoscendo al Senato una chiara funzione politica. Rimedi di questa portata non cambierebbero in modo persuasivo l'assetto attuale del bicameralismo che rimarrebbe nella sostanza un bicameralismo perfetto con criteri di rappresentanza simili e funzioni sostanzialmente equivalenti nella sostanza soltanto più farraginose e complicate da gestire.

Un ulteriore punto sollevato negli interventi precedenti riguarda la legge elettorale. Sono d'accordo che in realtà ci sono interventi a livello di legislazione ordinaria che hanno un peso importantissimo sul funzionamento del Parlamento e sui rapporti Parlamento-Governo e che possono essere disciplinati anche senza disturbare eventuali revisioni costituzionali. Ho sentito, mi pare Paolo Ridola, interventi a favore della legge proporzionale e quindi critiche sulla legge maggioritaria. Personalmente sono un sostenitore della legge tendenzialmente maggioritaria perché a mio modesto parere è una delle modalità attraverso cui si può consolidare la bipolarizzazione che è molto importante ed essenziale. Quello che non è stato detto, nel mettere in evidenza i lati negativi della legge maggioritaria, è che in realtà in questi dieci o dodici anni, fortunatamente si è verificata una situazione sotto alcuni profili del tutto apprezzabile data dal fatto che il corpo elettorale si sia sentito corresponsabile della scelta del Presidente del Consiglio. Si tratta di un acquisto molto importante come

è molto importante, o addirittura forse ancora più importante, il fatto che con una parziale modificazione di quelli che erano alcuni dei difetti del funzionamento del nostro sistema politico, cioè la formazione delle coalizioni di governo dopo le elezioni, abbiamo avuto la formazione delle coalizioni prima delle consultazioni elettorali. Per la prima volta gli elettori hanno avuto il grande vantaggio di sapere in anticipo le aggregazioni dei partiti e il nome del candidato *leader*. Si tratta veramente di una conquista molto importante che ci ha messo in linea con la maggior parte dei paesi europei. Potrebbe darsi che qualcuno non sia interessato a fare raffronti comparativi con quello che capita in Spagna, in Germania, in Austria, in Francia. Resta però il dato oggettivo che la modifica di cui parliamo risponde a criteri di chiarezza e trasparenza politica che dovrebbero essere visti positivamente come indici di democrazia politica. L'altro aspetto positivo, di solito legato alla bipolarizzazione, e che in realtà abbiamo avuto, è l'alternanza. In altre parole, la legge maggioritaria non è l'unico modo per arrivare alla bipolarizzazione o per consolidarla. Comunque è uno dei coefficienti che rafforzano o consolidano una possibile bipolarizzazione che a mio parere rappresenta con certezza un aspetto positivo del funzionamento del sistema politico e che bene o male ha sanato o ha fatto superare una serie di criticità sulla governabilità che erano patrimonio di dibattito culturale dagli anni '70 del secolo scorso in avanti. Detto questo, e qui non ripeto quello che ha già detto Leopoldo Elia che ci ha fatto un elencazione esauriente dei possibili interventi interessanti la forma di governo, in una logica bipolare sarei favorevole, dopo le elezioni, alla fiducia presunta a favore del Presidente del Consiglio senza bisogno di un voto espresso, salvo chiaramente le votazioni esplicite sulla sfiducia. Sarei favorevole alla fiducia al solo Presidente del Consiglio, ai poteri di revoca, tramite il Presidente della Repubblica però sempre in base a un scelta determinante del Presidente del Consiglio, ad un controllo governativo dell'ordine del giorno delle due Camere, all'appello agli elettori e quindi al potere di scioglimento su richiesta del Presidente del Consiglio. So che su quest'ultimo punto Leopoldo Elia è stato molto critico in passato, però io credo che se ci fosse una maturità del sistema politico e una affidabilità degli attori politici il principio del potere governativo di scioglimento dovrebbe essere pacifico. Sappiamo che nelle democrazie consolidate che operano in un quadro bipolare, come in Gran Bretagna, è radicato un ruolo forte della guida del Governo che decide di presentarsi agli elettori in base alle proprie scelte. Vorrei fare ora un'aggiunta, che segue quello che ho sentito prima sul ruolo del Parlamento. Credo che, mi pare sia stato Ridola a richiamare l'argomento, sia importantissimo che gli interventi di razionalizzazione vedano il Parlamento come il luogo forte non solo della rappresentanza ma soprattutto del confronto politico e delle ragioni politiche, però non dimentichiamo che in un sistema a democrazia forte e consolidata, nonostante tutte le criticità, che ha l'Italia in questi anni, il fatto che ci sia un pluralismo forte nel paese, che non è solo quello dei partiti ma anche quello di identità territoriali autonome, delle associazioni, dei movimenti di opinione e soprattutto dei mezzi di informazione, non possa non avere un grande peso, finendo per essere sostanzialmente una sorta di contropotere anche se non costituzionalmente disciplinato come tale. Cioè, in altre parole, a mio parere una opinione pubblica forte comporta inevitabilmente una ampia

garanzia dell'informazione e la presenza di mezzi di informazione efficienti finisce per essere in tutte le democrazie mature un reale contropotere a quelli che sono i poteri formalmente strutturati come istituzioni in Costituzione. Credo quindi che dobbiamo anche tener presenti quei contrappesi e quelle garanzie che non assurgono a strumenti congegnati come istituzioni costituzionali. Queste garanzie non entrano specificamente nel filone dei quesiti propostici e non mi sembra rientrino fra gli eventuali propositi di riforme costituzionali, però credo che la forza del diritto di informazione e quindi del sistema delle comunicazioni, sia una vera garanzia che finisce per essere in concreto il vero contropotere. Quindi, anche spostandomi sull'ultimo quesito, quello delle garanzie, vorrei insistere sul richiamo alle garanzie non istituzionalizzate.

Come strumenti di garanzia formalizzati in Costituzione, attribuisco molta importanza allo Statuto dell'opposizione, su cui mi pare che anche a livello politico ci dovrebbe essere sostanzialmente un accordo. Si tratta di avere la capacità di distinguere tra semplice garanzia delle minoranze politiche e garanzia dell'opposizione come istituzione perché sappiamo che l'opposizione come istituzione è il modo di consolidare anche dal punto di vista organizzativo la bipolarizzazione in Parlamento. Sotto questo profilo è appena il caso di ricordare che nelle diverse proposte depositate in Parlamento nelle passate legislature la tendenza è stata quella di limitarsi a formalizzare la garanzia delle minoranze parlamentari, rimanendo sfumato il riconoscimento della opposizione come controparte istituzionale del Governo. Ultimo esempio in tale senso era il testo dell'ultima non riuscita riforma che in realtà offriva garanzie delle minoranze più che garanzia di un opposizione come istituzione. Aggiungerei anche il prevedere il ricorso alla Corte costituzionale dei rappresentanti delle minoranze di opposizione. Quella che forse è più matura e più semplice è la costituzionalizzazione delle autorità di garanzia, su cui mi pare vi sia da tempo un largo consenso, e che bene o male sono realtà che hanno da tempo largamente modificato il raccordo sia con l'amministrazione che con la giurisdizione e che quindi andrebbero chiaramente recepite a livello costituzionale.

Paolo Ridola

Solo notazioni brevissime sul tema del potenziamento delle garanzie. Desidero però rispondere anzitutto all'obiezione di De Vergottini sul rapporto tra sistema proporzionale e polarizzazione. Io personalmente auspico una polarizzazione del quadro politico, segnalo tuttavia che questo effetto di polarizzazione del quadro politico spesso si è realizzato nella cornice dei sistemi elettorali proporzionali, adeguatamente corretti, meglio che all'interno di sistemi di tipo maggioritario: l'esempio spagnolo e quello tedesco sono, da questo punto di vista, emblematici. Per converso, nell'esperienza francese il legame tra polarizzazione e sistema maggioritario ha fatto emergere nella storia della V Repubblica, come è noto, momenti di difficoltà. Sul sistema delle garanzie: sono d'accordo anch'io sull'esigenza di uno statuto dell'opposizione come anche su quella di una razionalizzazione dell'universo delle autorità di

garanzia cresciuto forse a dismisura negli ultimi anni. Aggiungo qualcosa solo sul ruolo della Corte costituzionale. Ho l'impressione che la Corte costituzionale italiana abbia manifestato e manifesti una certa difficoltà a trovare la propria collocazione all'interno di un sistema con propensione al maggioritario. Sappiamo benissimo che organi assai forti e autorevoli di giustizia costituzionale convivono con sistemi di tipo maggioritario e all'interno di logiche di tipo maggioritario. Per superare questa situazione di difficoltà, guarderei con attenzione e con favore a due innovazioni, l'una delle quali, cioè l'introduzione della legittimazione delle minoranze parlamentari dinanzi alla giustizia costituzionale, richiede una revisione della Costituzione. Quanto all'altro strumento, l'introduzione della *dissenting opinion*, sono convinto anch'io, con il professor Elia, che i tempi siano maturi per un ripensamento. Non trascuro l'obiezione sui rischi della politicizzazione della Corte. Rispondo che la *dissentig opinion* innesca un processo più articolato, perché non dà trasparenza solo ai contrasti sulla decisione, ma soprattutto ai percorsi argomentativi, ed in tal modo non produce solo responsabilizzazione degli schieramenti, ma rende visibile nella sfera pubblica il pluralismo che si scarica sulle corti.

IV

I LIBRI

Luigi D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano, 2005

Recensione di *Francesco Viola*

Da qualche tempo è dato constatare un moltiplicarsi delle incursioni dei giuristi nelle problematiche solitamente abbandonate (e di buon grado) alle cure dei filosofi del diritto. In passato ciò avveniva solo in casi circoscritti che riguardavano il coronamento di un percorso di studi giuridici elevatosi dalla mera tecnica alla vera e propria scienza e, infine, proteso verso le altezze della sapienza giuridica. I grandi giuristi del passato e del presente sono stati e sono anche teorici e filosofi del diritto. Ma oggi l'interesse per la speculazione filosofica sul diritto è pervasivo e attrae anche le giovani generazioni di giuristi. Le ragioni di ciò sono facilmente comprensibili.

Nelle epoche di stabilità giuridica, qual è stata ad esempio quella della codificazione, si consolida una tecnica del diritto dotata di procedure certe, di concetti e categorie univoche e di formali test di validità normativa. Ciò rende più facile l'individuazione del diritto positivo e la sua distinzione da ciò che diritto non è. In ogni caso questi compiti possono ben essere assolti facendo ricorso ai «fatti sociali», a cui convenzionalmente si ricollegano le norme giuridiche. Conseguentemente, il ruolo della teoria e della filosofia del diritto è *esterno* rispetto al costituirsi della pratica giuridica, cioè è descrittivo dei processi di normazione consolidati nonché esplicativo della struttura normativa dei sistemi giuridici. Ciò vuol dire che i giuristi non hanno certamente bisogno dei teorici del diritto per la costruzione della giuridicità positiva, ma semmai solo per comprendere meglio ciò che la scienza giuridica va operando. È inutile dire che questa non è più la situazione del nostro tempo. Da una parte, l'epoca della codificazione è ormai in frantumi senza essere superata del tutto; dall'altra, la nuova epoca giuridica che si profila, quella della costituzionalizzazione del diritto, non solo è ancora un cantiere aperto, ma prefigura per la cultura giuridica, per la teoria e filosofia del diritto, cioè per le discipline metapositive, un ruolo in certo qual modo *interno* alla costruzione dell'esperienza giuridica. L'ordinamento giuridico non può più essere concepito come un assetto già costituito una volte per tutte. Più che qualcosa già ordinata esso si pone come un ordinarsi e riordinarsi incessante. I princìpi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato, che ne assicuravano la chiusura, sono ora sostituiti dai princìpi costituzionali, che assolvono la loro funzione rimandando ad altro da sé, a qualcos'altro che appartiene ad un mondo tradizionalmente considerato non solo come metapositivo, ma anche come metagiuridico. Si tratta del mondo dei valori e delle loro controverse interpretazioni, senza il quale il nuovo diritto positivo non potrebbe farsi valere e neppure funzionare. Tutto ciò costringe il giurista non solo a ricorrere a competenze altre, ma soprattutto a rivedere la metodologia giuridica, sviluppando nuove procedure argomentative al fine di introiettare nella scienza giuridica le nuove istanze della giuridicità.

Se questa è la situazione dell'esperienza giuridica del nostro tempo (ma sono convinto che nella sostanza è sempre stato così in tutti i tempi), non c'è affatto da stupirsi nell'imbattersi in testi di giovani scienziati del diritto dal taglio decisamente filosofico e neppure che ciò sia più frequente nell'ambito della scienza del diritto costituzionale. Ed è proprio in ragione di questa apertura alla dimensione filosofica che mi permetto di discutere l'ampia e rilevante ricerca di Luigi D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema* (Giuffrè, Milano, 2005), ben consapevole della mia incompetenza sotto il profilo strettamente giuridico-positivo. Tuttavia, nel momento in cui il giurista, seppur con ottime ragioni, esce dalla sua torre d'avorio, deve accettare i rischi della giungla, in cui sono appostate tribù appartenenti a differenti settori scientifico-disciplinari, e Luigi D'Andrea ne è perfettamente consapevole.

L'ambito di ricerca del nostro Autore è molto vasto (tanto da prevedere un secondo

volume) e riguarda la perlustrazione della presenza del principio di ragionevolezza all'interno del sistema giuridico italiano segnato dai processi di costituzionalizzazione. La ragionevolezza, di cui qui si parla, non si riduce a quella chiamata in causa nel sindacato di costituzionalità e neppure, più generalmente, a quella a cui si fa ricorso nei processi interpretativi sul piano giurisprudenziale, ma è considerata ben più ampiamente come un elemento strutturale del costituzionalismo contemporaneo, di cui quello italiano è assunto come espressione paradigmatica. D'Andrea ribadisce ripetutamente la sua tesi centrale: la ragionevolezza, in quanto presidia alla logica dei valori, ha una funzione architettonica del sistema giuridico. Si tratta, pertanto, di un concetto generale di ragionevolezza, di una categoria concettuale e valorativa che comprende dentro di sé differenti sottospecie applicative. In questo la ricerca si distingue nettamente da altre recenti, pur degne di grande rilievo, dedicate al giudizio di ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità o, comunque, in ambiti strettamente giurisprudenziali. Qui, invece, si vogliono investigare le ragioni più profonde per cui tale giudizio è divenuto il nucleo centrale non solo delle decisioni della Corte costituzionale, ma anche dei giudici ordinari e amministrativi, e, quindi, un'assoluta novità nel campo dell'argomentazione giuridica contemporanea. La tesi del carattere architettonico della ragionevolezza è verificata, mostrandone efficacemente la pervasività in tutti i settori del sistema giuridico secondo quanto già sottolineato, tra gli altri, da Livio Paladin. Il bersaglio polemico è rappresentato dal «positivismo legalistico» e dalla sua tendenza a ridurre tutto il diritto all'ambito della legge e a costruirlo come un universo chiuso e autoreferenziale.

A tutta prima questa transvalutazione della ragionevolezza da concetto logico e argomentativo a valore, anzi – come sostiene l'Autore – a *metavalore* o, addirittura, a «trascendentale» dei valori costituzionali, sì da assurgere allo stesso piano della dignità umana, lascia perplessi. Sembra che, a parte il nome, vi sia ben poco di comune tra la ragionevolezza come valore e la ragionevolezza come tecnica argomentativa e che mettere insieme l'una con l'altra possa indebolire i recenti e benemeriti tentativi di dotare la seconda di procedure certe e affidabili che costituiscano vincoli significativi nei confronti della deriva politica dei giudizi delle corti costituzionali. Tuttavia è pur vero che la comunanza del nome non è casuale ed indica una relazione densa d'implicazioni teoriche e filosofiche, che è merito dell'Autore l'avere posto all'attenzione dei costituzionalisti e dei filosofi del diritto.

A ben vedere c'è anche un altro uso della ragionevolezza, ancora più basilare, ed è quello che s'identica con l'uso della ragione nel campo delle scelte pratiche e delle azioni umane. Si tratta ovviamente della ragion pratica, che è un conoscere per decidere e per agire e che ha uno statuto proprio, poiché nel campo dell'azione umana il rigore logico assoluto non solo non è raggiungibile, ma anche non è neppure desiderabile se vogliamo – come dovremmo – far cominciare la libertà umana sin dall'uso della ragione. Ciò che è ragionevole non è logicamente cogente in modo assoluto, è legato alla presenza di determinate circostanze ed è sempre aperto ad una riconsiderazione e ad una revisione. Eppure deve essere in grado di fornire una giustificazione valida dell'azione o della decisione. Questo concetto ampio e fondamentale di ragionevolezza – come ha già notato Robert Alexy – applicato al diritto conduce a giustificare l'esigenza e l'esistenza del diritto positivo e dei suoi processi d'istituzionalizzazione. In questa linea di pensiero ci si può spingere ancora oltre fino al punto di giustificare, sempre in nome della ragionevolezza, la necessità morale dello Stato costituzionale di diritto, dei suoi princìpi e delle sue istituzioni fondamentali e caratterizzanti. Ma qui siamo ovviamente nel campo filosofico generale e nella sua applicazione alla riflessione filosofico-giuridica. Certamente si potrebbe mostrare che tutti gli altri usi della ragionevolezza derivano da questa fonte originaria, ma dubito che il giurista sia direttamente

interessato ad una problematica del genere.

Tornando alla distinzione tra ragionevolezza come valore e come tipo di giudizio giuridico, debbo ricordare che in qualche modo essa è presente anche nel pensiero di John Finnis, che è il più rilevante giusnaturalista del nostro tempo. Finnis chiama «valori fondamentali» i beni ultimi che conferiscono intelligibilità all'azione umana e chiama «esigenze della ragionevolezza pratica» quei princìpi ulteriori, che ci consentono di entrare nel campo propriamente morale e giuridico e nell'argomentazione che permette di stabilire le norme morali e giuridiche dell'azione umana. Ebbene, tra i valori fondamentali Finnis annovera anche la stessa ragionevolezza pratica, che così è al contempo un valore e un metodo di determinazione delle norme morali e giuridiche.

Se vogliamo accostare la concezione di Finnis a quella sostenuta da Luigi D'Andrea, c'è una differenza non trascurabile. Finnis si riferisce direttamente ai valori fondamentali degli esseri umani, cioè a quegli orizzonti di bene all'interno dei quali le persone ritagliano i loro particolari piani di vita e i loro progetti esistenziali. La ragionevolezza come valore della persona umana indica l'esigenza che le sue scelte non siano fatte a caso e non siano contraddittorie tra loro, ma siano argomentate e, appunto, ragionevoli. Per questo la ragionevolezza è un bene fondamentale tra gli altri. La ragionevolezza come valore, di cui parla D'Andrea, non è una virtù delle persone, ma invece una virtù delle istituzioni giuridiche e politiche. Essa indica che anche una comunità politica ha il problema di mettere ordine tra i suoi valori fondamentali specie nel momento in cui si devono prendere decisioni in situazioni di conflitto. La centralità costituzionale della ragionevolezza significa che tale comunità rigetta l'autoritarismo o, comunque, il primato cieco della volontà sovrana e chiede alle sue istituzioni che adottino procedure che pervengano a decisioni motivate e argomentate. In questo si può senz'altro vedere il riflesso del fatto che nel costituzionalismo contemporaneo la persona e la sua dignità sono il valore o il plesso di valori dominanti. Se la ragionevolezza è un bene fondamentale della persona, dovrà essere presente in istituzioni che intendano tutelare e promuovere i beni della persona. Per questo assume un ruolo «architettonico», anche se questa qualificazione potrebbe suggerire (cosa che l'Autore certamente non pensa) un compito logico-sistematico proprio di tempi passati e non già quei processi incessanti di sistematizzazione del diritto che oggi somigliano più alla tela di Penelope che alle costruzioni stabili e definitive.

Dunque, è possibile ancorare la concezione della ragionevolezza come valore costituzionale fondamentale a concezioni filosofiche di base riguardanti la persona umana. Ma, quando D'Andrea da giurista considera la ragionevolezza come un valore cardine del sistema costituzionale intende certamente qualcosa di ancora più specifico. Per rendersene ben conto bisogna ricordare questa perspicua affermazione di Antonio Ruggeri: «la ragionevolezza può esser vista, ad un tempo, e sia pure con una evidente, inevitabile semplificazione, quale *concetto-mezzo* e *concetto-fine*. È una «tecnica», se così può dirsi, alla quale può (e deve) costantemente farsi ricorso nei processi decisionali, ma è anche una meta verso cui i processi stessi devono tendere: uno strumento per la soddisfazione di valori ma anche, proprio per ciò, esso stesso un valore, senza il quale gli «altri» valori vedrebbero gravemente compromessa la possibilità di una loro apprezzabile (se non pure compiuta, nei limiti segnati dalla loro storicizzazione) realizzazione» (*Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in «Diritto e società», 2000, 4, pp. 569-570). Qui si vuol dire che il modo di praticare una costituzione, cioè di interpretare e di argomentare alla sua luce, è un valore costituzionale funzionale alla realizzazione dei valori fondamentali. Si vuol dire che la costituzione non è una tavola di valori e di princìpi da applicare nel modo automatico della sussunzione, che è l'idea direttiva della razionalità propria della dogmatica tradizionale, ma è un insieme di orienta-

menti che solo nel concreto assumono un volto definito e una composizione organica.

La costituzione come testo è una grammatica di valori che serve per elaborare discorsi particolari, in cui si realizza il senso del diritto e della giustizia. Pertanto, poiché il concetto di costituzione comprende propriamente non solo il testo ma anche i processi interpretativi e applicativi del testo, allora i valori che governano la correttezza di questi processi sono altrettanto importanti e fondamentali di quelli che attraverso di essi s'intendono realizzare. La ragionevolezza è un valore funzionale, ma ciò non significa che sia meramente strumentale, poiché senza di essa gli altri valori perderebbero la loro capacità di comunicare e di dialogare. Se non vi fosse un luogo in cui i valori si confrontano, cioè quello che l'Autore chiama la «logica dei valori», allora questi entrerebbero nella storia e nella vita sociale come istanze supreme ma irrelate, come tiranni esigenti l'un contro l'altro armati. Il politeismo dei valori è proprio questo: non significa semplicemente che i valori sono molteplici, ma soprattutto che sono inconciliabili, cioè che ogni pretesa composizione non è «ragionevole», ma è nella sostanza un atto di forza o una necessità fattuale dettata dall'imperativo della sopravvivenza e della convivenza. Ma, se così fosse, allora il senso di una costituzione sarebbe reso vano dai processi di applicazione della costituzione stessa. Il politeismo dei valori è tale proprio perché non ammette nell'Olimpo degli dei il valore della ragionevolezza, ma, così facendo, esclude che gli dei s'interessino delle vicende umane o, fuor di metafora, che i valori siano praticabili.

Tutto ciò è perfettamente comprensibile in considerazione dell'assetto che lo Stato costituzionale del diritto è venuto assumendo nella sua evoluzione storica. Innanzi tutto, la presenza di valori e di diritti positivizzati, da una parte, introietta nel sistema giuridico la legittimità dell'assolutezza delle pretese, ma, dall'altra, esige, in virtù della positivizzazione, che quest'assolutezza accetti la negoziazione con la storia, le circostanze, l'alterità e il bene comune. Tuttavia, poiché qui non si ha a che fare con interessi disponibili, ma nella sostanza con la stessa dignità umana, allora questa regola di concretizzazione e di composizione deve essere fornita in certo qual modo di una sua oggettività. Ciò è possibile solo in riferimento alla ragione e ai suoi processi di giustificazione delle scelte. Poiché, però, non si ha qui a che fare soltanto con i mezzi, ma ancor più radicalmente occorre ragionare sui fini ultimi e sulla loro composizione concreta in relazione al rispetto «conveniente» della dignità umana, la razionalità astratta è inadeguata, perché usa l'accetta ed è insensibile alla particolarità dei casi concreti e delle circostanze. Ed in effetti appartiene allo spirito del costituzionalismo l'esigenza che la dignità umana non sia soltanto proclamata in astratto, quanto soprattutto sia rispettata nei casi concreti nella misura massima del possibile. Ed allora, in queste condizioni, la ragionevolezza è necessaria, sia per lo statuto di «fine ultimo» (cioè non subordinato) dei diritti fondamentali, sia per l'esigenza di andar incontro alle attese dei particolari accadimenti della vita, alla giustizia del caso concreto (cfr. G. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, cit., pp. 189-190).

In un regime etico-giuridico governato dalla morale dei diritti, qual è quello attuale, il principio del dovere, necessario per la praticabilità di ogni etica e inteso come misura e come ordine, in una parola e in senso generale come «regola», è tutto concentrato nella ragionevolezza. Questa trasforma i valori in princìpi e questi in regole. Questo valore – come s'è detto – esprime per l'individuo l'esigenza di dare alle proprie azioni, abitudini e pratiche un ordine generale nel rispetto dell'integrità e dell'autenticità e, per le comunità, è l'istanza di armonizzare le aspettative dei consociati in modo da garantire insieme la certezza e la giustizia. Alla fin dei conti tutta l'impresa giuridica si giustifica sulla base della ragionevolezza pratica, cioè della necessità di coordinare le azioni sociali non in qualsiasi modo, ma secondo equità e giustizia. È merito dell'Au-

tore l'avere inteso questa problematica non solo come necessario presupposto di una scienza del diritto costituzionale, ma anche come necessariamente interna ad essa.

La difficoltà che vedo risiede soprattutto nel modo in cui l'Autore intende la distinzione tra i valori e i princìpi d'azione, che egli giudica puramente «nominalistica». La sua preoccupazione – mi sembra – è quella che una distinzione troppo accentuata possa allontanare o indebolire la presenza forte dei valori sostanziali nella stessa struttura costituzionale e introdurre una dimensione compromissoria che svuoterebbe il ruolo proprio della ragione, specie in regime di pluralismo. La piena sostituzione dei valori con i princìpi permetterebbe la negoziazione dei valori. Questo timore non è infondato e può essere suffragato da molti esempi non edificanti di pratica dei principi. Tuttavia non credo che questo pericolo possa essere scongiurato, vedendo nei princìpi solo la mera trascrizione o la «veste giuridica» dei valori. Questo è troppo poco per consentire ai valori di dialogare fra loro. I princìpi possono mettere in comunicazione i valori solo a condizione che abbiano uno statuto normativo proprio e non siano soltanto i valori sotto altre spoglie. Di conseguenza, quei pericoli paventati sono meglio evitati se si edifica una teoria adeguata dei princìpi costituzionali e si precisano opportunamente i loro rapporti con i valori, da una parte, e con le regole giuridiche dall'altra. Come molto efficacemente ha scritto Gustavo Zagrebelsky, «il nesso di congruenza tra valori-princìpi-regole è costitutivo della validità del diritto, è un assioma che precede addirittura il diritto costituzionale posto; è qualcosa che viene prima dello stesso potere di fare una costituzione».

A ben guardare, non credo che nella sostanza l'Autore sia in disaccordo con queste ultime considerazioni. Alla fin dei conti, si tratta di vedere come usiamo i nostri concetti. Il concetto di «valore» qui nella sostanza è usato in un modo che è molto vicino a quello di «principio». D'altronde, i valori costituzionali sono positivizzati e con ciò stesso si trasformano in princìpi. Questa «veste giuridica» non è puramente estrinseca, ma conferisce una dimensione pratica che manca di per sé al valore astrattamente inteso. Il valore in senso proprio indica una rilevanza morale, ma ancora non dice come e quando debba essere realizzato, in quale misura e a quali condizioni. Insomma, il valore non è di per sé operativo e, se lo fosse, si presenterebbe come un'istanza assoluta e incommensurabile. I valori di per sé non confliggono, ma sono come le stelle del cielo: ognuno brilla di luce propria. Il conflitto sorge quando i valori si calano nelle nostre pratiche di vita e nelle particolari circostanze sociali. Siamo noi a disegnare le mappe celesti. Per questo preferisco che il giurista parli di «princìpi» senza però dimenticare i valori a cui essi sono orientati. Ma mi rendo conto che la questione è puramente stipulatoria se si usa il linguaggio dei valori in modo più flessibile e già circostanziato. E mi sembra che l'Autore sia ben consapevole di questa problematica, sì da viverla in modo sofferto e quasi tragico. Da una parte, egli sostiene che i valori sono relazionali «ontologicamente» o per essenza, sicché in ognuno è presente l'istanza di realizzazione di tutti gli altri, ma, dall'altra, riconosce che essi sono tali in quanto positivizzati e che il principio di ragionevolezza ha uno «statuto debole». Insomma, tra la logica compromissoria, da una parte, e la tirannia dei valori, dall'altra, si sceglie opportunamente di puntare sul lavorio incessante della ragione giuridica che controlla la varietà degli ordinamenti dei valori, ben conscia della loro relatività ma fiduciosa di difenderli dall'arbitrarietà.

Un'ulteriore conferma dell'attenzione dell'Autore per l'aspetto dell'implementazione dei valori costituzionali si può trarre dall'insistenza sul tema della congruità degli atti giuridici alla sfera del fatto e dal ruolo significativo ed emblematico assegnato al bilanciamento dei princìpi.

È stato già più volte notato che la costituzionalizzazione del diritto conduce necessariamente alla centralità del fatto e del caso concreto. Si possono dare diverse spiega-

zioni di questo passaggio dall'attenzione per la norma generale astratta alla rilevanza che il caso concreto richiede da parte della stessa scienza giuridica. Sta di fatto che si recupera in tal modo la specificità del diritto nei confronti della politica. Se questa guarda alla giustizia delle istituzioni, l'altro deve rispondere alla richiesta di giustizia che proviene dal caso concreto. Il diritto non mira direttamente ad una società giusta, ma al giusto in concreto, all'azione giusta, alla relazione giusta. Dal fatto sorge la domanda della giustizia giuridica e la risposta si trova nel processo di formazione della regola che si applica al caso concreto e che è al contempo adatta a quel caso nella sua particolarità significativa e valevole per tutti gli altri casi simili.

Se vogliamo cercare le ragioni più profonde di questa svolta rispetto alla dogmatica codicistica e generalizzante, dobbiamo – io credo – ancora una volta cercarle nel principio personalistico che si trova alla base delle costituzioni contemporanee e che ha dato vita al pluralismo. Le persone sono per definizione incomparabili e richiedono l'eguaglianza nella diversità. Ma è estremamente difficile trattare in modo eguale persone diverse. I casi concreti sono diventati normativi, perché le persone singole sono diventate normative per il diritto positivo. In fondo dietro la domanda di giustizia che si leva dal caso concreto sta il rispetto che dobbiamo alla dignità delle persone coinvolte nella particolare situazione giuridica. L'affermazione che la natura relazionale dei valori si coglie proprio nei confronti del fatto è una conferma che questi valori sono sempre visti nella loro operatività storica, nel loro emergere dal mondo dei bisogni e degli interessi dei consociati, piuttosto che calare dal cielo dei concetti. Ma ciò non vuol dire affatto che i valori siano tutti interni al dettato costituzionale. Al contrario bisogna riaffermare – come fa l'Autore – «il carattere irrimediabilmente esterno dei valori fondamentali», che non sono creati dal diritto positivo, ma ad esso provengono dalla cultura socio-politica di sfondo. L'appello dei valori viene dai casi concreti e, quindi, viene dalla realtà sociale, che già presenta in certo qual modo un ordinamento unitario dei valori non solo presupposto da quello costituzionale, ma anche sempre presente come sua costante misura di riferimento. Quindi, è evidente che i valori di cui si parla sono quelli già storicizzati e praticati nella cultura socio-politica di base. Ed è per questo che in quest'ottica si può correttamente parlare indifferentemente di «valori» o di «princìpi».

Certamente le cose si complicano quando quest'unità culturale di base non è più data in modo stabile e univoco. Ed allora il diritto stesso e la costituzione come processo assumono un ruolo attivo e partecipativo nell'edificazione dello stesso ordinamento storico e sociale dei valori. La dialettica tra esterno ed interno diviene, pertanto, un aspetto centrale degli ordinamenti costituzionali contemporanei e sancisce il superamento della separatezza del diritto dalla società. Non si possono più ripartire in modo netto le competenze, sì da dire, ad esempio, che al diritto spetti la dimensione procedurale e alla società quella sostanziale, poiché la ragionevolezza deve essere percepita anche come un valore sociale per poter essere ben praticata anche a livello tecnico-giuridico.

È proprio per meglio cogliere e affrontare la situazione presente, in cui gli ordinamenti sociali dei valori sono in crisi e in via di rielaborazione, preferisco riservare il termine di «valore» ad un modello astratto di bene umano o di stato di cose desiderabile o rilevante, modello non certo definibile a priori (ogni definizione implica una qualche concretizzazione storica) e, tuttavia, in grado di costituire una misura paradigmatica implicita della storicizzazione dei valori. Solo così si potrà consentire un dialogo tra modi differenti intraculturali e interculturali d'intendere gli *stessi* valori. Insomma, un valore in qualche modo deve essere identificabile per poter essere riconosciuto nelle sue variegate applicazioni storiche, altrimenti non resterebbe altro che un dialogo tra sordi in cui la ragionevolezza è impossibile.

Anche il modo di considerare il bilanciamento dei valori e degli interessi è condizionato dalla configurazione del rapporto tra gli orizzonti generali del bene umano, la cultura socio-politica di fondo e i processi costituzionali. L'orientamento del nostro Autore è quello di avvicinare molto il bilanciamento all'interpretazione e ciò ben si comprende alla luce della concezione che guarda i valori costituzionali come un'interfaccia della realtà sociale. Il fatto è che l'interpretazione costituzionale porta in se stessa un tasso di argomentazione ben superiore a quello presente nell'interpretazione della legge ordinaria. Conseguentemente, il rapporto tra interpretazione e bilanciamento non si può stabilire in astratto, ma dipende dalle relazioni tra la cultura sociale e la pratica costituzionale. Quando si può affermare che la prima presenta un assetto sufficientemente stabile, allora l'indeterminatezza normativa è meno elevata e il bilanciamento corre lungo binari in buona parte prevedibili e, quindi, più vicini all'attività interpretativa in senso stretto. Ma, quando l'ordinamento dei valori è messo in discussione sul piano sociale, allora – come si diceva – l'interpretazione costituzionale deve affrontare scelte di tipo etico e politico che la spingono al di là dei confini tradizionalmente assegnati all'attività interpretativa. Ed è proprio in questi casi che il principio della ragionevolezza rivela tutta la sua centralità, poiché, per quanto sia flessibile e aperto a soluzioni differenti, costituisce pur sempre un vincolo che esclude quelle irragionevoli e palesemente ingiuste. In realtà quella che chiamiamo «interpretazione costituzionale» è un'attività complessa in cui interpretazione e argomentazione si rincorrono l'un l'altra fino al punto di confondersi inestricabilmente.

Queste sono solo alcune delle riflessioni che la lettura di questo libro può suscitare ad uno studioso di filosofia e teoria del diritto. Esso conferma in modo emblematico che la scienza giuridica contemporanea è direttamente interessata dalle tematiche della filosofia dei valori e della filosofia della cultura. Proprio perché il giurista ha a che fare con i princìpi deve occuparsi dei criteri del loro trattamento. Ma questi a loro volta hanno un carattere metapositivo e rinviano alla cultura della società in cui il giurista opera. E tuttavia ciò ancora non basta, perché la moralità positiva, specie nel regime del pluralismo, presenta conflitti di interessi e tensioni fra i valori fondamentali che solo la moralità critica può affrontare e sperare di risolvere in qualche modo accettabile. E, dunque, ancora una volta il ricorso alla ragionevolezza è d'obbligo a conferma dell'intuizione centrale di questa ricerca. Il costituzionalismo e il pluralismo sono nemici del volontarismo positivistico e possono ben funzionare solo sulla base della convinzione che il diritto è materia di ragione e non già di arbitrio.

Replica

dell'*Autore*

Desidero innanzitutto ringraziare Franco Viola per la recensione al mio lavoro monografico sul principio di ragionevolezza: se certamente (e consapevolmente!) mi sono avventurato in territori tradizionalmente presidiati dalla tribù dei cultori della filosofia del diritto e della teoria generale del diritto, accettando «i rischi della giungla» (d'ora in avanti, le espressioni virgolettate sono fedelmente riportate dalla recensione), ho però avuto la fortuna di imbattermi in un esponente di quella tribù non ostile (anzi, davvero benevolo) nei miei confronti.

Come segnala il mio recensore, la tesi centrale sostenuta nel libro si risolve nel rifiuto della tesi, largamente accreditata nella dottrina dominante, secondo cui la ragionevolezza si configura come un mero criterio giurisprudenziale, cui fare ricorso nell'ambito dei processi interpretativo/applicativi delle disposizioni normative, a favore di una prospettiva che ravvisa in essa l'autentica cifra del modello di Stato costituzionale, «un elemento strutturale del costituzionalismo contemporaneo». Così è, perché la ragionevolezza si presenta come «logica dei valori» (secondo la felice espressione di A. Baldassarre), ed i valori, autentici «sovrani oggettivi» (Silvestri) degli ordinamenti costituzionali del nostro tempo, si caratterizzano in quanto grandezze normative relazionali, essendo necessariamente in rapporto, per un verso, con la concreta realtà degli interessi sociali, la cui effettiva soddisfazione essi pretendono (in tale soddisfazione quasi risolvendosi); per altro verso, con la cultura della comunità politica, in forza della quale essi prendono vita ed entro la quale assumono forma e contenuti socialmente apprezzabili; per altro verso ancora, con gli altri valori, secondo relazioni ora felicemente sinergiche, ora (e quanto spesso!) dolorosamente conflittuali. Dunque, ogni manifestazione di potere pubblico in seno all'ordinamento (quale che sia la specifica funzione esercitata) deve connotarsi per l'attitudine a garantire congrua tutela agli interessi comunitari, a comporre in modo equilibrato le diverse esigenze configgenti, ad offrire una argomentata giustificazione della decisione adottata. Ed infatti una lettura della giurisprudenza costituzionale e comune relativa al sindacato di ragionevolezza consente di individuare le due coordinate attorno alle quali si possono raccogliere tutte le manifestazioni giuridicamente significative del principio di ragionevolezza: l'esigenza di congruità degli atti giuridici alla sfera del fatto, al mondo dei concreti interessi sociali, e l'esigenza di un bilanciato equilibrio tra i diversi principi coinvolti dalle diverse fattispecie, dai singoli casi giuridicamente rilevanti. Ebbene, mi sembra che, precisamente in quanto al cuore dei sistemi costituzionali si collocano i valori fondamentali (in posizione «sovrana», come si è sopra accennato), l'intero ordinamento si struttura e si modella in funzione della soddisfazione di tali due esigenze: ciò significa che al principio di ragionevolezza compete un ruolo architettonico nel sistema complessivo, del quale plasma intimamente i profili organizzativi e procedurali, tesse l'ordito fondamentale, orienta la fisiologica dinamica. Se non fosse il principio di ragionevolezza (in quanto «logica dei valori») a intimamente strutturare il sistema e plasmarne la dinamica, i valori, secondo le osservazioni del mio recensore, «entrerebbero nella storia e nella vita sociale come istanze supreme ma irrelate, come tiranni esigenti l'un contro l'altro armati»; si avrebbe allora «il politeismo dei valori» che si traduce non già nella semplice pluralità dei valori, la quale appartiene indeclinabilmente al costituzionalismo contemporaneo, ma nella inconciliabilità degli stessi, essendo «ogni pretesa composizione [...] nella sostanza un atto di forza o una necessità fattuale dettata dall'imperativo della sopravvivenza e della convenienza».

Mi pare che la maggiore perplessità sollevata da Franco Viola riguardi il mio giudizio in ordine alla natura puramente «nominalistica» della distinzione tra valori e principi. So bene che la relazione sussistente tra

valori e principi è questione vivacemente dibattuta, specialmente nell'ambito della tribù dei filosofi e dei cultori di teoria generale del diritto, e che tale questione implica e involge nodi problematici davvero ardui ed intricati. Tuttavia, a me pare, lo confesso, che, se ci si muove sul terreno del diritto positivo, dell'interpretazione e della ricostruzione dell'esperienza giuridica, non si dia la possibilità di utilmente distinguere (e tantomeno contrapporre) valori e principi, non casualmente nel linguaggio dei giuristi di regola fungibili. Come osserva lo stesso recensore, in ordinamenti assiologicamente qualificati, i valori costituzionali, precisamente in quanto positivizzati, «si trasformano in princìpi»; ed inoltre, allorquando si faccia riferimento all'«operatività storica» dei valori, alla loro storica emersione nel contesto di una comunità politica, e dunque ai valori «già storicizzati e praticati nella cultura socio-politica di base», «si può correttamente parlare indifferentemente di 'valori' o di 'princìpi'». Piuttosto, mi pare opportuno evidenziare i rischi che, dal punto di vista del giurista, reca con sé la distinzione tra valori e principi, qualora per tale via si affermi la natura pre- o meta-giuridica dei primi, irrimediabilmente «altro» dall'ordinamento positivo, e intrinsecamente giuridico-normativa (in senso formale) dei secondi: in questa prospettiva, il giurista dovrebbe avere riguardo soltanto per i principi, in quanto traduzione in termini giuridico-formali dei valori sociali e politici – per così dire – sottostanti al sistema normativo. Al riguardo, conviene sottolineare, per un verso, che tratto essenziale del costituzionalismo contemporaneo è la positivizzazione dei valori fondamentali della comunità politica (e, si può per inciso osservare, raccogliendo un'opportuna osservazione di Franco Viola, grazie anche a tale formalizzazione meglio possono stimolare ed orientare il necessario dialogo intraculturale e interculturale intorno alla loro storica configurazione); e, per altro verso, che i principi costituzionali (cioè appunto i valori assunti al vertice gerarchico dell'ordinamento normativo) «assolvono la loro funzione rimandando ad altro da sé, a qualcos'altro che appartiene ad un mondo tradizionalmente considerato non solo come metapositivo, ma anche come metagiuridico». In realtà,come sopra si è segnalato, appartiene ai valori (o, se si vuole, ai principi) una natura relazionale, giacché essi dicono necessariamente rapporto con il mondo degli interessi, con la cultura diffusa in seno alla comunità civile, nonché tra di loro: per tale ragione, carattere peculiare dei sistemi giuridici del nostro tempo è l'incessante processo osmotico che si innesca tra dimensione giuridico-formale (il testo normativo e, in genere, dell'atto espressivo di potere pubblico) e universo dell'effettività (realtà sociale, cultura civile, specifici casi concreti: insomma, il contesto), e che attraversa e connota ogni momento del complesso processo di positivizzazione del diritto (predisposizione normativa, interpretazione delle disposizioni normative e attuazione/esecuzione/applicazione delle stesse, qualificazione degli atti giuridici). Mi pare che alla luce di tale considerazione possa spiegarsi perché, nella ricostruzione teorica da me patrocinata, il «bersaglio polemico» sia rappresentato dal «positivismo legalistico», che pretende di ridurre tutto il diritto alla dimensione formale della legge, configurando l'ordinamento giuridico come un universo chiuso ed autoreferenziale, e possa anche fugarsi del tutto il dubbio (avanzato dal recensore) che riconoscere alla ragionevolezza una funzione architettonica possa significare attribuirle un «compito logico-sistematico proprio di tempi passati»: in tanto la ragionevolezza può assolvere la propria funzione, in quanto inneschi, alimenti ed orienti i processi osmotici entro i quali (ed in forza dei quali) incessantemente si compie il complessivo processo di sistematizzazione del diritto (che perciò, come nota Franco Viola, tende ad assomigliare più alla tela di Penelope che ad un edificio stabile e definitivo).

Porre al cuore del sistema una inesauribile dialettica tra forma giuridica e realtà effettuale significa anche riconoscere alla seconda un'attitudine parametrica che nell'astratto e rarefatto «positivismo legalisti-

co», nella generalizzante dogmatica codicistica le era radicalmente preclusa; le decisioni dell'apparato pubblico devono certo rispettare le prescrizioni legislative, ma in tanto risulteranno conformi al sistema normativo in quanto si mostreranno congrue alla specifica realtà dei casi concreti, alle istanze ravvisabili nel contesto, che perciò assumono la capacità di esprimere profili vincolanti nei confronti del pubblico potere. Acutamente, il mio recensore riconduce tale attitudine normativa della sfera effettuale al principio personalista che permea e – per così dire – racchiude la sintesi delle costituzioni contemporanee: «i casi concreti sono divenuti normativi, perché le singole persone sono diventate normative per il diritto positivo. In fondo, dietro la domanda di giustizia che si leva dal caso concreto sta il rispetto che dobbiamo alla dignità delle persone coinvolte nella particolare situazione giuridica». Insomma, se per il diritto rileva ogni persona, con i suoi specifici bisogni ed i suoi particolari interessi, è in considerazione di tale individua realtà che occorre calibrare la decisione del pubblico apparato; per parafrasare Dworkin, si può sostenere che per «prendere sul serio» i valori, occorre «prendere sul serio» i fatti. Ciò presenta rilevanti conseguenze in ordine agli equilibri complessivi del sistema, il quale tende a trovare il proprio baricentro nelle funzioni di *legis executio*, essendo gli atti normativi chiamati a strutturarsi così da consentire (e, per quanto possibile, prescrivere) atti amministrativi e giurisdizionali ponderati e congrui rispetto alle singole vicende.

Le ultime osservazioni schiudono lo sguardo sul senso di sgomento e finanche di sofferenza che ho attraversato nella stesura del mio lavoro e che è stato rilevato dal recensore: sono sentimenti che in me sono stati suscitati dalla netta percezione di una condizione in qualche modo paradossale che connota il costituzionalismo contemporaneo. Esso coltiva una altissima pretesa (certo squisitamente giuridica, ma carica di una indubbia pregnanza etica): edificare l'intero sistema intorno all'esigenza di garantire effettiva protezione ai molteplici valori fondamentali emersi nel corso dell'evoluzione secolare della civiltà occidentale, tutelare la dignità di ogni uomo, anche dei più deboli (anzi, in un certo senso soprattutto dei più deboli …) e nelle situazioni più difficili; innervare intimamente di tale esigenza ogni istituto che compone il diritto positivo; finalizzare in tale direzione ogni manifestazione di pubblica autorità; sostenere ed alimentare una crescita della comunità politica intorno a tali valori: insomma, delineare un ordinamento abitato ed animato dai valori fondamentali, autentico cuore pulsante del sistema. Ma chiara (ed ammonitrice!) deve restare la consapevolezza non solo delle inevitabili lacune e carenze di questo o quell'istituto, di questo o quell'atto, di fronte a singole istanze assiologiche pure positivamente sancite, ma, più radicalmente, dell'inadeguatezza rispetto a tale compito che comunque appartiene ad ogni realizzazione storica: i valori fondamentali, infatti, presentano un'irriducibile alterità rispetto ad ogni forma di concretizzazione (tanto normativa che fattuale), manifestano l'irresistibile attitudine a sottrarsi ad ogni forma di definitivo inveramento, ponendosi sempre all'orizzonte dell'esperienza comunitaria, quali fattori di critica degli assetti vigenti (giuridici e sociali) e, soprattutto, di trasformazione/evoluzione del sistema, magari lungo strade ed in forme per l'innanzi neppure intraviste.

VITTORIO ANGIOLINI, *Il diritto degli individui*, Giappichelli, Torino, 2005; ANTONINO SPADARO, *Dai diritti «individuali» ai doveri «globali». La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Soveria Mannelli, Rubbettino (CZ), 2005 *

Recensione di *Antonio D'Aloia*

1. Quando mi è stato assegnato il compito di introdurre alla lettura e al dibattito sui volumi di Angiolini e Spadaro, guardando i titoli (non avevo ancora avuto l'occasione di leggere i due lavori) si poteva avere l'impressione di una opposizione (del tipo Angiolini v. Spadaro), ovvero di una linea di progressione (del tipo da Angiolini a Spadaro).

In realtà, i due libri coprono aree tematiche che sono in parte collegate e perfino intrecciate, in parte però reciprocamente estranee o forse indipendenti, sebbene (come impronta comune) in entrambi i casi c'è un'interrogazione complessiva che investe il diritto, nella sua oggettiva configurazione, nella sua capacità di essere di nuovo, come propone Spadaro, un fattore di guida e di orientamento dei processi economici e politici, di diventare ancora una volta l'elemento iniziale o determinante della sequenza che comprende anche la politica e l'economia (senza mai dimenticare, come ci ricorda G. FERRARA, 2006, che «… da νόμος deriva νόμισμα …»).

L'oggetto della riflessione di Spadaro è, in estrema sintesi, l'eguaglianza *oltre* lo Stato, ed è un ambito materiale, appunto quello del coinvolgimento dei contenuti dell'eguaglianza nelle dinamiche della mondializzazione dell'economia, che in effetti comprende almeno due prospettive di indagine:

a) una per così dire «interna», legata ai riflessi conformativi dell'economia 'deterritorializzata' sulla definizione delle politiche economiche e sociali nazionali, e in ultima analisi sulla sovranità economica stessa degli Stati, sui margini di autonomia delle istituzioni territoriali nel produrre dinamiche redistributive e solidaristiche che si basano su un certo grado di controllo dei fenomeni economici;

b) un'altra «esterna», incentrata sulle asimmetrie e sulle disuguaglianze che caratterizzano il mondo globalizzato, e che chiamano in gioco, e per certi versi spiazzano, un disegno costituzionale di solidarietà e di eguaglianza, che non può essere solo «nazionale», muovendo inevitabilmente, per la forza propria che hanno certi principi oltre che per il contesto e la struttura formale delle norme costituzionali, verso obiettivi di condivisione universale (almeno tendenziale e su livelli minimali) dei valori di dignità umana e di libertà dal bisogno, valori che al contrario perdono credibilità se costretti in una dimensione egoistico-territoriale.

«Il diritto degli individui» di Angiolini invece è uno studio sul diritto, sulla regola giuridica e sul complesso delle regole giuridiche, vale a dire sull'ordinamento, dove ad ogni modo sono proprio i diritti, nella complessità della declinazione contenutistica che li caratterizza, a fungere da chiave di lettura dominante; perché – come afferma in un punto del suo lavoro Angiolini – «*in un contesto in cui sbiadisce l'immagine della sovranità dello Stato, e riaffiora la ineliminabile eventualità che qualunque regola sia rifiutata da chi dovrebbe osservarla, è persino intuitivo che il filo conduttore di ogni discorso sul diritto non può che prendere le mosse dalle attese o pretese soggettive, individuali o*

---

* Il presente lavoro è il frutto di un confronto incrociato di due libri molto interessanti: *Il diritto degli individui* di Vittorio ANGIOLINI (Giappichelli, Torino, 2005), e *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali". La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, di Antonino SPADARO [Soveria Mannelli, Rubbettino (Cz) 2005]. Ho avuto l'opportunità di discuterne, insieme agli autori, nell'ambito dei Seminari del Dottorato in Giustizia Costituzionale e Diritti fondamentali dell'Università degli Studi di Pisa (25 maggio 2006), coordinato dal Prof. Alessandro Pizzorusso, che ringrazio per avermi invitato.

collettive, al cui equilibrio l'ordinamento stesso non può che adattarsi …».

Si ha quasi la sensazione, particolarmente in alcuni casi, se posso aggiungere subito qualche spunto alle riflessioni di Angiolini, che i diritti agiscano come elementi di ricostruzione del diritto oggettivamente inteso, modificandone la struttura e la razionalità intrinseca, quasi creando un 'nuovo' diritto, o meglio un nuovo modo del diritto di rapportarsi ai problemi umani e sociali.

E in fondo, una conferma di questa chiave di lettura sembra emergere da categorie come i «diritti della coscienza», o collegati al fenomeno del multiculturalismo, che premono affinché le strutture giuridiche (del diritto legislativo e giurisprudenziale) acquisiscano la cifra del pluralismo, e il diritto si proponga e si rigeneri come fattore di maturazione di valori comuni e di ricerca di ipotesi regolative condivise; o i diritti delle biotecnologie (per usare un'espressione di sintesi) che evidenziano un condizionamento inusuale del diritto da parte della dimensione scientifica dei problemi; infine, i diritti (o, se si preferisce, agli interessi) delle generazioni future, che chiedono al diritto e alle politiche del diritto di assumere il futuro e gli effetti che su di esso possono produrre le decisioni del tempo presente come prospettiva di orientamento e di definizione di obblighi, responsabilità, politiche, di rilanciare per la condizione dell'uomo contemporaneo il paradigma soggettivo dell'*ospite*, per il quale è fondamentale (come è stato efficacemente sostenuto: ARMELLINI, 2001) *ritrovare il diritto, si badi bene, non continuare solo nell'insistita ricerca e conseguente rivendicazione dei diritti, …*».

A questa stregua, i diritti finiscono con l'esprimere un'autorità, vale a dire un loro carattere oggettivo, ordinamentale, e perciò dovrebbero essere visti come norme giuridiche, anziché soltanto come pretese soggettive, come espressione di un potere critico (quello delle minoranze, dell'opinione pubblica, degli individui, delle fedi, delle concezioni etiche, ….) che si riflette in senso modificativo sui modi di essere dei poteri istituzionali, sulle forme della loro azione (in tema, v. PALOMBELLA, 2001; e D'ALOIA, 2003).

2. Sono i diritti, in fondo, a giustificare nell'analisi di Angiolini, la prescrittività stessa della regola giuridica e dell'ordinamento giuridico come sistema organizzato di regole.

Ed è interessante che, per dimostrare questo assunto, l'A. parta dal diritto di rifiutare l'osservanza della regola giuridica, dal mito di Antigone, dalla ribellione alle leggi degli uomini che in quel caso avviene per affermare le leggi degli dei e della coscienza.

Il diritto non ha una forza vincolante propria; nemmeno la Costituzione ce l'ha, «*non c'è alcun vincolo che possa essere imposto giuridicamente senza l'adesione, almeno implicita e soltanto passiva, di colui al quale spetta ottemperare a quel vincolo*»; la stessa pena di morte, paradossalmente, proprio a causa della sua irreparabilità, «*piuttosto di essere il trionfo della forza del diritto, … è invece il segno della sua impotenza*», è «*il fallimento totale della prescrittività della regola umana nei confronti di chi la subisce, poiché questi ne viene dispensato dall'osservanza non solo della regola per la cui violazione è condannato, bensì di qualunque altra regola dell'uomo*».

Fermo restando che la prescrittività delle regole giuridiche è sempre relativa, e potremmo dire imperfetta, perché «*non c'è forza o umano potere suscettibile di scongiurare la repulsa della regola giuridica ad opera dell'individuo*», la ricerca di un suo fondamento non può essere elusa, e qui l'analisi di Angiolini sul diritto come ordinamento si intreccia appunto con il tema della soggettività, dei diritti dell'individuo, in una forma diversa e in un certo senso inedita rispetto alle ricostruzioni più usuali delle ragioni della prescrittività delle regole giuridiche.

L'adesione dell'individuo non è omologabile ad un consenso, o ad un accordo tra consociati, se non – dice Angiolini – «*in un'accezione larga ed approssimativa, …, come metafora o figura retorica …*»; e d'altra parte, nemmeno può funzionare, o perlomeno rischia di diventare in modo crescen-

te irrealistico e persino rischioso, il riferimento alla condivisione di valori etici e politici, soprattutto nel tempo del multiculturalismo, dello scambio non sempre reciprocamente ordinato di culture, paradigmi etici e religiosi diversi e distanti, dei movimenti di persone, beni e attività che appannano (per usare l'espressione dell'A.) frontiere e divisioni tra i popoli e le nazioni.

Sono due, o forse una sola alla fine, le basi dell'adesione dell'individuo alla regola giuridica e all'ordinamento:

a) la necessità dell'interdipendenza e della convivenza solidale tra soggetti di una società organizzata, come espressione naturale e non rinunciabile dei bisogni umani;

b) lo scambio adesione-garanzia, per cui «*non sono le regole dell'ordinamento, supposte come sovraordinate, a concedere o ad accordare diritti soggettivi agli individui, ma sono viceversa questi stessi individui che, per ricevere protezione delle loro posizioni soggettive, soggiacciono e non si sottraggono alle regole dell'ordinamento*».

In sostanza, il «mistero» del diritto e della sua vincolatività risiede su una sorta di principio di non contraddizione, nel senso che l'uomo si sottomette alla regola giuridica per convivere, più o meno pacificamente, con altri uomini, mentre se rifiuta l'osservanza della regola giuridica, non può poi pretendere di essere difeso nei confronti della altrui inosservanza che si ripercuote negativamente sui suoi interessi (anche per G. FERRARA, 2006, «è la scoperta della cooperazione come utilità fondamentale e non rinunciabile che produce i rapporti umani, che determina la fuga dall'isolamento, che impone la socialità»).

In questa visione razionale del fenomeno giuridico, diritti e doveri trovano una collocazione non più o non tanto oppositiva, ma reciprocamente 'rovesciata', essendo gli uni (i doveri) il riflesso ineludibile degli altri (i diritti): «*siccome l'individuo aderisce a regole eteronome che gli riconoscono una protezione dei diritti soggettivi, egli non può, se non cadendo in contraddizione e perdendo titolo ad invocare quella protezione delle proprie pretese soggettive, non ottemperare ai doveri e agli obblighi giuridici che le medesime regole obiettive gli ingiungono di osservare, …*», …

Da un diverso (ma complementare) versante, inoltre, l'adesione alla prescrittività della regola ha come contraltare l'eteronomia della regola giuridica, potremmo dire il bisogno di eteronomia, in quanto la scelta di aderire e di osservare le regole giuridiche può avere un senso e un riconoscimento nella garanzia di protezione offerta da una posizione di «terzietà».

La parte sulla quale vorrei provare ad insistere, anche perché evidenzia alcuni primi punti di contatto e di appoggio reciproco con la prospettiva di Spadaro, è l'immagine complessa della soggettività che viene proposta, il suo essere fatta da diritti e doveri che si tengono insieme, ed hanno bisogno gli uni degli altri.

Se proviamo ad approfondire questa intuizione, la rappresentazione di *diritti* e *doveri* come entità giustapposte, che si limitano reciprocamente alla ricerca del giusto equilibrio in rapporto alla fattispecie nella quale vengano ad applicazione, mantenendo però una distinta identità, è affiancata da un modello relazionale in cui i secondi sono dentro la struttura sostanziale dei primi, ne costituiscono parte integrante, plasmandone il contenuto e il profilo assiologico.

Uno spunto che mi sembra coerente con la prospettiva assiologica di una norma come l'art. 2 della nostra Cost., che costruisce il personalismo costituzionale proprio sulla stretta correlazione fra il godimento dei diritti e l'adempimento dei doveri inderogabili, nel quadro di una concezione della vita associata come «vita nella quale tutti sono solidali con il destino di ognuno» (Capograssi), e dove la libertà richiede responsabilità e consapevolezza delle sue implicazioni anche nei confronti degli altri (AMATO, 1990).

3. Abbiamo accennato, in premessa, ad un terreno comune, più correttamente forse ad uno sfondo comune alle riflessioni di Angiolini e di Spadaro: il fenomeno della globalizzazione, che per entrambi è un dato

fattuale con il quale bisogna fare i conti, a prescindere dalle narrazioni – spesso mitologiche ed epocali – che hanno contrassegnato in questi ultimi 15/20 anni le analisi di parte giuridica sugli effetti dei processi di estroversione dell'economico.

Spadaro lo dice espressamente, aggiungendo che «*non possiamo imputarle (alla globalizzazione) tutto il male che accade, né tutto il bene, ad essa essendo riconducibili contemporaneamente fattori positivi e negativi*».

La posizione di questo A. è ancora più netta, e da parte mia condivisibile, quando ammette che non è facile dire, sempre e automaticamente, che le diseguaglianze nel mondo globalizzato crescono, senza tener conto che forse, per converso, proprio in conseguenza del processo di globalizzazione, non sia possibile parlare di una nuova generazione di diritti umani, ecologici, informatici, alla pace, all'autodeterminazione dei popoli.

Non è casuale, a questo punto del lavoro di Spadaro, la citazione del pensiero dello studioso indiano Bhagwati, secondo cui la gente nutre sentimenti anti-globalizzazione soprattutto nei Paesi ricchi del Nord, mentre nei Paesi poveri la maggior parte dei policy makers e dell'opinione pubblica, considera la globalizzazione una forza positiva, capace di generare dinamiche di sviluppo.

A parte ciò, va respinta l'idea che gli Stati siano stati estromessi completamente dal governo delle dinamiche economiche e sopranazionali, non fosse altro perché «*… le istituzioni internazionali e sopranazionali) non sono istituzioni separate e contrapposte al livello statale. Sono gli Stati che le hanno originate, si muovono come loro membri, partecipano alla loro gestione. Essi devono dunque elaborare idee e comportamenti concreti circa i loro compiti e il loro funzionamento, e contribuire a definirne le regole e l'esercizio*» (ALLEGRETTI, 2002).

D'altro canto, sono visibili (sebbene ancora parziali ed incompiuti) elementi e processi che lasciano pensare ad una progressiva presa di coscienza da parte delle istituzioni internazionali (anche quelle maggiormente connotate in chiave tecnocratica ed economica) dei profili della solidarietà e della 'qualità della vita' (PINELLI, 2000).

È sufficiente, sul punto, richiamare l'esperienza, magari non ancora radicata sul piano dell'effettività, di introdurre clausole sociali nelle relazioni commerciali tra Stati o nelle politiche commerciali degli organismi internazionali, o il dibattito sui c.d. *core labor standards* che tutti i Paesi dovrebbero impegnarsi a rispettare come nucleo minimo di una Costituzione sociale diffusa, che evidenziano come, seppur faticosamente, i temi dell'eguaglianza e della solidarietà tendono a riproporsi al livello di svolgimento delle dinamiche economiche; e la loro centralità comincia ad avvertirsi (o a ricostituirsi) anche a livello di opinione pubblica mondiale (TRUJILLO, 2004, parla di «un condiviso senso di ingiustizia»), e questo elemento avrà senz'altro un peso nella conformazione delle politiche degli stati e dei soggetti internazionali.

4. In particolare, è l'impatto della globalizzazione sui diritti ad essere – più o meno direttamente ed espressamente – al centro della ricostruzione interpretativa dei nostri due Autori.

Ma c'è anche un movimento di segno opposto: sono i diritti a cercarsi i propri strumenti di tutela anche fuori dal contenitore statale, o a contestare la stessa dimensione statale, e facendo questo, producono a loro volta una dinamica di tipo sovra-statale, o comunque non coincidente con il diritto prodotto dallo Stato; ad essere, come dice Angiolini (p. 6) «*… il germe di un diritto che vada al di là di quello statale, per dare risposta immediata a pretese e rivendicazioni di libertà degli individui*».

È un problema, questo, che non si esaurisce nella classica proiezione 'universalistica' di taluni diritti, qualificati come connotazioni essenziali dell'umanità. È la ricerca dei meccanismi più idonei a garantire le proprie posizioni soggettive; una ricerca che non si esaurisce più nell'ambito statale, e nella sollecitazione delle istituzioni statali

(il caso emblematico è rappresentato dalla sempre maggiore penetrazione dell'intervento della CEDU), costringendo perciò – come nota attentamente Angiolini – «*la stessa legislazione, l'amministrazione e la giustizia statali ad avere a che fare … con il diritto e la giustizia sopranazionali*».

Sono ormai molteplici le manifestazioni di questa estroversione anche del diritto giurisprudenziale, o dell'uso della risorsa giurisprudenziale per ottenere protezione e garanzia dei proprio diritti, il che avvalora l'ipotesi ricostruttiva di molti autori sul diritto globalizzato come diritto essenzialmente o principalmente giurisprudenziale (Mattei), dove il giudicare è sempre più parte integrante e ineliminabile del processo di costruzione del diritto (sono assai interessanti, in tema, le pagine di Angiolini su «Regola giuridica ed interpretazione»).

Un fenomeno che coinvolge anche quei settori del diritto più intrinsecamente e storicamente legati alla dimensione nazionale. Penso al diritto penale, dove queste esperienze di globalismo giuridico (l'espressione è di Danilo Zolo), sono mossi soprattutto da una duplice pressione, che viene:

a) dalla qualità dei soggetti 'criminali', che sono sempre più gli Stati, i loro Capi 'provvisori', o – da un diverso punto di vista – le grandi organizzazioni criminali;

b) e appunto dalla forza che esprimono le rivendicazioni legate ai diritti (umani, fondamentali, …), i quali, da contenuto essenziale di ogni discorso sulla sovranità e sul costituzionalismo (O. CHESSA, 2002), ne diventano al tempo stesso, e paradossalmente (si è parlato finanche, con enfasi polemica, di «usurpatismo dei diritti dell'uomo»: così A. PELLET, 2001, 3 ss.), uno strumento di limitazione e di 'contestazione proprio delle sue manifestazioni principali, il potere costituente, la giurisdizione, le immunità.

Gravità 'estrema' e 'disumanità' delle offese ai diritti umani (genocidio, altri crimini contro l'umanità, crimini di guerra), condizioni che consentono di superare le obiezioni relative alla difficoltà di identificare un «menu assiologico» realmente universale (sul tema, cfr. la bella analisi di A. ALGOSTINO, 2004), e responsabilità statali fungono da parametri di legittimazione sia della giurisdizione penale internazionale, sia delle fattispecie sempre meno rare di giurisdizione statale 'diffusa', svolta cioè da giudici di singoli Stati diversi da quelli degli autori o delle vittime dei crimini [si pensi alla sent. del TCE n. 237 del 2005 sui crimini di guerra in Guatemala, o al caso Pinochet, con le posizioni invero ambigue dell'House of Lords britannica].

Su questa linea, la Suprema Corte di Cassazione, Sez. un. Civili, con la sent. n. 5044 dell'11 marzo 2004, relativa ad un caso di richiesta di risarcimento dei danni causati dalla cattura e dalla deportazione in Germania di un prigioniero italiano durante la II guerra mondiale, ha statuito che i diritti fondamentali della persona sostanziano «norme inderogabili che si collocano al vertice dell'ordinamento internazionale, prevalendo su ogni altra norma, sia di carattere convenzionale che consuetudinario, (…) anche su quelle in tema di immunità», e che le norme «(…) che configurano come crimini internazionali i comportamento che più gravemente attentano all'integrità di tali valori (appunto, i diritti fondamentali) sono automaticamente parte integrante del nostro ordinamento» [sulla vicenda, v. F. VARI, 2004, 857 ss.].

Peraltro, la erosione della statualità della giurisdizione avanza anche in settori diversi dal diritto criminale anti-umanitario, dovunque la dimensione degli interessi coinvolti oltrepassa i termini nazionali ovvero evidenzia una sostanziale 'ubiquità' delle proiezioni concrete (è il caso ad esempio, dei problemi ambientali o di quelli legati alle tecnologie di comunicazione in rete [cfr. A. POSTIGLIONE, 2001; *passim*; e L. PICOTTI, 1999, 320 ss.]).

Provando invece a ragionare sul versante per noi più familiare e 'ordinario', quello europeo, non si può non ricordare, anche solo con notazioni sintetiche, le spinte innovative determinate dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo in tema di durata processi, identità sessuale,

tutela proprietà nei confronti di provvedimenti ablatori della P.A.; e dalla giurisprudenza comunitaria sulla responsabilità dello Stato per fatto del legislatore e del giudice nei casi di violazione dei diritti, sulle pari opportunità e sulle azioni positive.

5. I diritti interrogano anche la democrazia, le sue procedure, la sua raffigurazione come «bene dei soli cittadini appartenenti allo Stato».

Non può essere più così, sono d'accordo con Angiolini, quando parla della «*stravaganza della partecipazione democratica riservata ai soli cittadini dello Stato* (e aggiungerei, tra questi, anche degli italiani residenti all'estero)*, allorché la loro deliberazione tocchi anche altri*».

Peraltro in questo modo, allargamento 'soggettivo' delle forme della democrazia e pluralismo culturale si rafforzano reciprocamente, in quanto il pieno riconoscimento di diritti, soprattutto quelli politici e di partecipazione alla vita democratica, ai non cittadini, può da un lato favorire proprio l'evoluzione in chiave pluralistica dei meccanismi di produzione del diritto, e, d'altro canto, può al tempo stesso funzionare anche nella direzione opposta, come veicolo non autoritario di accettazione e di 'influenza persuasiva' del modello.

Questo movimento di globalizzazione dei diritti, e alle sue spalle il confronto tra esperienze e modelli della società globale, ha prodotto anche, come notano entrambi gli autori, situazione di emersione di nuove figure della soggettività, di nuovi diritti, a dimostrazione del fatto, ben segnalato da Angiolini, che «la base su cui evolvono i diritti fondamentali, più che giuridica, è sociale, culturale, politica ed economica».

Qui Angiolini esprime una preoccupazione, se intendo bene (p. 109), e cioè che questi diritti finiscano con l'essere poco coordinati tra di loro, «*e paradossalmente non dipendendo più dalla scelta diretta del sovrano,non possono che essere in una condizione di precarietà, o perlomeno alla costante ricerca di ulteriori poteri per la loro tutela, non importa ove situati …*».

Una precarietà che al tempo stesso è alimentata dalla proliferazione di figure, contenuti, schemi normativi della soggettività giuridica (come sottolinea anche Spadaro), che talvolta sembra comporre un'immagine di «insaziabilità» del discorso dei diritti, fino al punto da operare una conversione del diritto di libertà del cittadino in un diritto di libertà del giudice (N. LUHMANN, 2002).

Ad ogni modo, a me pare che questa sia proprio la scelta del nostro sovrano, se così possiamo chiamare il nostro costituente, questa è la caratteristica più autentica e forse ineludibile del fenomeno costituzionale come progetto aperto ad una continua e flessibile riformulazione di contenuti e di equilibri che promanano dai contesti sociali e materiali richiamati proprio dai concetti costituzionali ad elevata indeterminatezza semantica che inverano l'istanza personalista (pieno sviluppo della persona, ma anche dignità sociale, utilità sociale, ostacoli di ordine economico e sociale, …).

Qui mantengo una piccola ragione di dissenso rispetto ad alcuni spunti di Spadaro.

Lui ha certamente ragione quando dice che il problema dei diritti è quello di essere difesi, di trovare una protezione effettiva; non condivido però la conclusione (forse troppo rigida) secondo cui «*la giustiziabilità di un diritto è condizione di giuridicità del diritto stesso*».

So bene che questa posizione è diffusamente e autorevolmente sostenuta (*ex multis*, v. Pace), quantomeno nel senso che diritti non giustiziabili non sarebbero (non potrebbero essere definiti e qualificati) fondamentali. Effettivamente, «diritti» privi di azione o di sanzione per i casi di violazione rischiano di assomigliare più a figure retoriche o ad argomenti del dibattito politico e sociale.

Tuttavia, i diritti hanno uno statuto complesso e sarebbe una forzatura insistere per la loro identificazione solo sulla sussistenza o meno (e sulle tecniche) della giustiziabilità, trascurando che la storia dei diritti non ha mai avuto una perfetta corrispon-

denza con le forme della garanzia giurisdizionale, almeno nel senso che queste sono state spesso un punto di arrivo delle rivendicazioni sociali e della forza culturale che i singoli diritti sono riusciti col tempo, e progressivamente, ad esprimere.

L'esempio dei diritti sociali può essere considerato emblematico di questa asimmetria temporale tra emersione di un diritto e perfezionamento della tutela giuridica.

Per altro verso, ancora oggi, alcuni diritti, senza dubbio fondamentali, manifestano una limitata azionabilità giurisdizionale in relazione a diversi contenuti ad essi ascrivibili. Si pensi al diritto al lavoro: qui siamo di fronte ad un diritto che costituisce una indiscussa base assiologica della nostra Repubblica (art. 1 Cost.), molte delle situazioni soggettive dei lavoratori sono pienamente difendibili in giudizio (retribuzione, riposo, diritto a non essere *ingiustificatamente* licenziati, diritto a non essere discriminati per ragioni di sesso, orientamento sessuale, razza, religione, …), e però, il diritto ad avere un lavoro, ad occupare un posto, contribuendo così alla propria emancipazione economica, sociale e culturale, e al progresso morale e materiale della Nazione, può essere declinato solo nella forma di un dovere (non *direttamente* e *giuridicamente* sanzionato) delle istituzioni di determinare condizioni di effettività di tale legittima e fondamentale aspirazione, o attraverso meccanismi 'sostitutivi' come l'indennità di disoccupazione o le varie forme di reddito minimo.

Anche in altre occasioni ho provato a sostenere che i diritti (o anche solo la rivendicazione di alcune interessi *come* diritti) svolgono una funzione (di orientamento e di comunicazione) culturale, innescando fattori che possono poi 'reagire' sulla conformazione del diritto medesimo, sospingendolo su un piano di maggiore effettività e rilevanza concreta; questo vuol dire che un diritto, anche se nelle fasi iniziali del suo radicamento non è accompagnato da strumenti di difesa giurisdizionale (singoli o collettivi), può comunque essere *fondamentale*, nella capacità di raccordarsi a valori basilari e diffusi di un ordinamento, e di stimolare una forte pressione culturale e politica, che finisce poi – come si è detto – col rimodulare la sua qualità formale e sostanziale.

6. In questo incrocio tematico tra diritti, globalizzazione giuridica, indebolimento della sovranità statale, è cruciale per Angiolini *la questione dell'eguaglianza* come principio giuridico.

E qui l'aggancio con la ricerca di Spadaro è diretto, sebbene da Angiolini appena accennato, e limitato alle prospettive, certamente parziali, delle politiche antidiscriminatorie e della ragionevolezza legislativa.

Tuttavia, alcuni passi di Angiolini riconducono al tema dell'eguaglianza oltre lo Stato, indirettamente quando ad esempio l'A. propone una configurazione dei diritti comprensiva dei doveri verso gli altri consociati, e quindi di diritti o libertà responsabili, e consapevoli della complessità sociale.

Più direttamente quando richiama (pur considerandola ingenuamente illuministica) l'opinione di Tocqueville della Democrazia in America nella parte in cui afferma che «*quando il principio dell'eguaglianza non si sviluppa solo presso una nazione ma contemporaneamente presso molti popoli vicini, gli uomini che abitano questi diversi paesi, nonostante la differenza di lingua, di usi o di leggi, si rassomigliano tutti su un punto: che temono in modo eguale la guerra ed amano egualmente la pace*».

Veniamo perciò al lavoro di Spadaro, e soprattutto alle parti prima e terza, che sono le più originali e, dal mio punto di vista, stimolanti.

7. Come abbiamo avvertito all'inizio, l'oggetto della riflessione di Spadaro è l'eguaglianza oltre lo Stato: quali cambiamenti, quali nuove impostazioni culturali il fatto della globalizzazione dei processi economici produce sul volto dei diritti, e in particolare di quei diritti che hanno piu' direttamente a che fare con i bisogni materiali delle persone, appunto con l'eguaglianza in senso sostanziale.

La parte più nuova sul piano della teoria

dei diritti è soprattutto l'ultima, che Spadaro introduce richiamando la metafora di Robin Hood, dove però, per usare le sue parole «*i ricchi non sono singole persone, o soltanto singole persone, ma interi Stati ed alleanze di Stati; e i poveri, a loro volta, sono interi popoli (e, con essi, lingue, etnie, produzioni e tradizioni che rischiano di sparire) …*».

Il tema della giustizia distributiva internazionale, in sintesi, è il tema classico del contenimento delle sperequazioni sociali ed economiche, non più però dentro uno Stato, una comunità, un sistema economico e giuridico, ma in un ambiente più complesso e plurale, fatto di tanti sistemi economici, di tanti modelli e tradizioni giuridiche, di popoli e comunità diversi.

Abbiamo evidenziato prima che la posizione di Spadaro è avulsa da tentazioni no-global; la globalizzazione non può rifiutarsi, non avrebbe senso, bisogna confrontarsi con i problemi e le opportunità che essa determina, e lavorare dentro il nuovo quadro che essa configura, senza appiattirsi automaticamente agli esiti spontanei delle sue dinamiche evolutive.

Più che «la contestazione della globalizzazione in sé», è necessario provare a regolarla, e questo ovviamente fa spostare il tiro sulle forme della *governance* mondiale, sulla sua insufficienza rispetto ai problemi evocati, sulla eccessiva torsione in senso economico della sua struttura (nella quale – come dice Spadaro – ben 3 pilastri hanno appunto una connotazione funzionale economica; il riferimento è ad OMC, FMI, Banca Mondiale), e sulla necessità appunto di una novazione del patto assiologico che è alla base di questi assetti, che deve inglobare tra gli obiettivi primari quello della redistribuzione transnazionale.

Particolarmente apprezzabile è già la partenza del lavoro di Spadaro: i problemi sono talmente complessi che, paradossalmente (ma in realtà è un paradosso solo apparente), bisogna pensare a soluzioni semplici, nette, radicali, dove la semplicità è ovviamente tutt'altra cosa della banalità, come dimostra la stessa affermazione di Spadaro secondo cui «*il fatto nuovo è che le utopie sono divenute oggi strade obbligate con cui anche gli studiosi, e segnatamente i giuristi, debbono fare i conti*».

In realtà, Spadaro propone una complessa e difficilissima rifondazione del modello giuridico, troppo giocato sui diritti e sul primato dei diritti e dell'individuo nei confronti dei doveri e dell'interdipendenza sociale; ed è una rivoluzione, come lui stesso avverte, prima di tutto con sé stessi.

Per quello che ho detto prima sul disegno costituzionale e sull'impostazione di fondo del personalismo, a me pare che questa rivoluzione segni in realtà un ritorno alla Costituzione, alle sue matrici culturali più autentiche, in cui diritti e doveri partecipano insieme alla dimensione connettiva e unificante della solidarietà: e la solidarietà o è anche internazionale, transnazionale, o semplicemente non è.

Lo metteva in evidenza proprio uno dei padri del solidarismo giuridico, Leon Duguit, che nel dialogo con Woodrow Wilson sulla crisi dello Stato moderno, affermava che l'interdipendenza solidaristica e la famosa *règle de droit* valgono anche per la comunità internazionale, e «*l'umanità intera forma una vasta società sottomessa a una regola di condotta, generale come l'umanità stessa che ne è il fondamento, che si impone a tutti gli uomini*».

In questa doppia compenetrazione tra diritti e doveri, e soprattutto nell'idea che le istanze (chiamamoli diritti) dei paesi e delle comunità che vivono al di sotto di ogni soglia di sopravvivenza si ripropongano come doveri 'globali' dei Paesi più ricchi e sviluppati, è possibile ritrovare più di un'analogia con la storia costituzionale dei diritti sociali nelle nostre esperienze giuridiche.

All'inizio di quella che Pietro Costa ha chiamato l'*invenzione dell'uomo sociale*, e che appartiene alla cultura ottocentesca, pur avendo poi raggiunto schemi consolidati nel costituzionalismo da Weimar in poi, istruzione, assistenza ai bisognosi, lavoro, erano compiti dello Stato, almeno formalmente anche se era chiaro, o almeno è diventato progressivamente più chiaro, che dietro lo schermo formale del dovere c'era-

no i bisogni individuali, i diritti degli uomini, che la sostanza dei doveri erano appunto questi diritti ritenuti fondamentali a prescindere dal fatto e dalla misura in cui fossero giustiziabili.

Lo Stato ha costruito la sua legittimazione su queste cose; e allo stesso modo, sulla capacità di assumere l'eguaglianza sostanziale come canone fondamentale della sua proiezione politica, il diritto internazionale e la comunità politica internazionale potrebbero e dovrebbero costruirsi una nuova più intensa legittimazione politica e sociale.

Quando si parla di questi temi, la domanda che aleggia e che molti fingono di non farsi è: perché dovremmo farlo?

Spadaro richiama tante proposte teoriche, dal samaritanesimo all'utilitarismo, appunto alla teoria dei doveri; fuori dall'astrattezza degli schemi teorici (su cui v. anche TRUJILLO, 2004) modello teorico, io penso che ci sia un motivo pratico fondamentale, ben evidenziato da Jeffrey Sachs quando dice che l'intervento in favore dei popoli svantaggiati è innanzitutto (e semplicemente) una cosa intelligente; in altre parole, non solo i ricchi possono permettersi di aiutare i poveri, ma se sono intelligenti dovrebbero farlo, non fosse altro perché c'è una forte correlazione, che non può essere negata tra povertà estrema fuori e sicurezza nazionale dentro i nostri mondi del benessere.

Il mondo ha bisogno di meccanismi di coesione, non possiamo pensare che la violenza oggettiva con cui l'informazione globale registra queste spaventose distanze, resti senza conseguenze; ancora una volta può essere fatta una analogia con la vicenda storica dei diritti sociali, ad un certo punto fu necessario far capire all'imprenditore che pagare dignitosamente il lavoratore, garantirli certi diritti dentro e fuori il rapporto di lavoro, era solo apparentemente una perdita di profitto, in realtà era una condizione di coesione, di giustificazione e di conservazione della libertà economica e della proprietà.

Qualcosa del genere deve succedere a livello culturale anche su questo versante 'estroverso' dell'eguaglianza, e allora le utopie saranno più realistiche di quanto oggi non possa sembrare.

8. I diritti umani nel tempo della globalizzazione sono (devono essere) per Spadaro qualitativamente nuovi, nel senso che «*… sono al tempo stesso universali, indivisibili, interdipendenti, intergenerazionali*».

Mi soffermo soprattutto sull'ultima qualità, su cui Spadaro insiste in diversi punti del suo lavoro, quando dice ad esempio che «*la giustizia distributiva internazionale non può che essere anche intergenerazionale*» (104), e che «*un'efficace e coerente teoria della giustizia distributiva internazionale non può limitarsi a prendere in esame solo i beni artificiali, ma deve mettere in conto anche quelli naturali, con ciò emergendo il carattere inscindibile di tale teoria con la questione ecologica*» (141).

Il ragionamento è per quanto mi riguarda assai convincente; d'altronde, mi ero già espresso in questo senso alcuni anni fa, proprio lavorando sul tema delle generazioni future come «problema» del diritto costituzionale (D'ALOIA, 2003).

Questione ecologica (principalmente) e questione economica (ma anche «questione democratica» si incrociano all'interno di una immagine del mondo profondamente diseguale: e questa diseguaglianza, che investe i più elementari bisogni dell'esistenza umana, altera il rapporto dei vari Paesi e popoli con le risorse e i beni che sono *globali* sul piano 'teleologico', ma che si trovano sul *proprio territorio* (ad es. le foreste).

La povertà e la disuguaglianza economica funzionano come fattori di arretramento del principio della sostenibilità ecologica e naturale, per il semplice fatto che i Paesi più poveri, alle prese con problemi 'estremi' di sopravvivenza (fame, debito estero, …) da un lato hanno una diversa percezione della scala di priorità delle politiche da realizzare, dall'altro sono spesso costretti a sfruttare intensamente (o peggio a lasciar sfruttare – e con pesanti rischi di irreversibilità – alcune risorse a loro disposizione.

È sempre Sachs a sottolineare che è la

stessa mobilità delle persone per effetto della povertà e della miseria ad indebolire i loro legami con il Paese di origine e il loro impegno per la preservazione dell'ambiente.

Dentro la prospettiva complessa (perché fatta di situazioni soggettive, di politiche, di valori morali) del 'diritto intergenerazionale' irrompe allora la questione dell'eguaglianza, o viceversa. Ancora una dimostrazione che i grandi temi del diritto costituzionale «si appartengono», ciascuno trovando negli altri elementi e significati di approfondimento e di evoluzione.

L'eguaglianza richiamata da Spadaro investe le condizioni materiali di vita dei popoli, il loro *diritto allo sviluppo*, nel duplice volto individuale e collettivo di diritto ad una vita decente e libera dal bisogno estremo per tutti, e di diritto ad una parte giusta (e almeno minimamente dignitosa) del benessere economico del mondo.

Non c'è dubbio che questo tema spinge il diritto (almeno nell'attuale condizione delle politiche e delle relazioni internazionali) *fuori da sé stesso*, su un terreno in cui è difficile distinguere impegni morali e proposte politicamente fattibili.

Il diritto allo sviluppo dei popoli appare ancora, allo stato, giuridicamente fragile, molto lontano dal disporre di quegli strumenti che ai livelli nazionali consentono più efficacemente una politica redistributiva, finanche ambiguo in alcune possibili configurazioni (A. Ehr-Soon Tay).

Tuttavia, ha ragione Spadaro: non ci sono altre strade oltre questa che sembra oggi così 'utopica' e lontana da esiti realizzativi.

9. In questo orizzonte che mette insieme questione ecologica e questione economica, emergono nuovi diritti, naturali e sociali, dei singoli e delle comunità; e questi nuovi diritti pongono il problema di istituzioni e politiche speciali, per certi versi persino inedite.

Due esempi su tutti: il primo è quello del diritto all'acqua, che oggi troviamo menzionato in alcune Costituzioni (vedi la Cost. Uruguay, dopo la modifica del 2004), in relazione al quale si è prefigurata l'istituzione di Corti internazioni ad hoc, o addirittura di un *World Water Parliament*, proprio per sottolineare la rilevanza cruciale di questo problema per l'avvenire e il benessere dei popoli.

Sul piano delle politiche bisogna cominciare da subito, anche da noi, dove non a caso la legge n. 36 del 1994 per la prima volta sancisce formalmente il principio della utilizzazione 'sostenibile' di una risorsa naturale (in questo caso appunto l'acqua), vale a dire coerente con le esigenze di solidarietà nei confronti delle generazioni future.

Si potrebbe – tanto per fare un primo esempio – pensare a far pagare poco, anzi pochissimo, i consumi che si mantengono nel fabbisogno essenziale della persona (40/50 lt. al giorno); e invece aumentare progressivamente i costi per gli usi via via meno essenziali.

E poi c'è il diritto al credito, al quale fa opportunamente riferimento il lavoro di Spadaro, e che in molte zone del mondo (e talvolta anche in molte zone difficili del nostro mondo così sviluppato) rappresenta una linea di discrimine tra la rassegnazione ad una povertà intollerabile e il possibile avvio di una speranza di dignità e di emancipazione. Mi piace ricordare, sul punto, che quest'anno il premio Nobel per la pace, proprio avvalorando la sensazione che «tutto si tiene», e che certi problemi come povertà, degrado ambientale, violenza, guerre, sono in realtà facce della stessa medaglia, è stato assegnato all'uomo (Muhammad Yunus) che più di altri ha dato forza all'idea del micro-credito nei Paesi meno sviluppati, con l'esperienza della Grameen Bank.

L'universalità di questi diritti (al limite «riflessi» rispetto ai doveri globali) di cui parla Spadaro, non è contestata dal fatto che le società non sono omogenee e che gli indici di benessere e di povertà non possono essere automaticamente gli stessi (come sottolinea Bhagwati) un sistema di misura che provi a comprendere tutte queste situazioni sociali disomogenee è in pratica una costruzione senza senso.

La sua teoria della giustizia re-distributiva internazionale, dentro la quale si realizza una sorta di continuità tra il principio di uguaglianza politico-giuridica degli individui e quello di uguaglianza politico-giuridica fra i popoli, investe condizioni minime di sopravvivenza, livelli ineludibili di esplicitazione della dignità umana e sociale.

Non è possibile passare in rassegna i numerosi problemi e le altrettanto numerose soluzioni sui quali il libro di Spadaro invita a riflettere; certe statistiche (sulla fame, la disponibilità di farmaci, il reddito individuale, il tasso di alfabetizzazione, ecc. ecc.) sono note, e a volte la cruda verità dei numeri non ha bisogno di argomenti o parole di spiegazione.

Vorrei invece dialogare brevemente e conclusivamente con Spadaro su quelli che lui chiama «i margini ristretti del diritto».

Di fronte a questa direzione di impegno non ci sono (o almeno non ci sono ancora) *diritti* pieni, cioè pretese difendibili con meccanismi vincolanti.

Per le democrazie costituzionali, però, il campo delle condotte praticabili non è del tutto 'libero' da indicazioni e principi giuridicamente rilevanti.

Il costituzionalismo contemporaneo muove geneticamente oltre la dimensione statale che pure ne ha rappresentato il necessario contesto fondativo; e questo processo – che è scandito da più sensi di marcia – riguarda soprattutto i suoi valori principali, la dignità umana, l'eguaglianza, la libertà dal bisogno, la solidarietà, la «giustizia tra le Nazioni» come presupposto di pace.

Nella nostra Costituzione c'è un'immagine molto nitida di ciò, e Spadaro giustamente la segnala.

L'art. 11 può diventare il simbolo di quello che è stato definito un neo-costituzionalismo sovranazionale, accentuando la *naturale* vocazione a-territoriale dell'istanza personalista ed egualitaria (artt. 2 e 3), contestando in questo modo una lettura del progetto costituzionale di «liberazione e promozione umana» ripiegata all'interno dei confini e degli interessi nazionali, legittimando politiche di intervento *a favore* di altri Stati e popoli (cooperazione, aiuti internazionali remissione o almeno riduzione del debito estero) (all'inizio della sua ricerca, Spadaro dice che «*il nesso che sussiste tra pace, giustizia, diritti umani è così stretto che si può parlare di più facce di uno stesso prisma*»).

Anche qui è giusto porre come obiettivo una più diretta giuridicizzazione di questo impegno, magari non nella formula di percentuali minime di PIL da inserire in un art. 11 riscritto. Mi sembrerebbe una cosa un po' forzata rispetto alle caratteristiche del linguaggio costituzionale; ma semmai stabilendo – sarebbe già un avanzamento significativo – un vincolo a rispettare gli impegni sottoscritti in sede internazionale in rapporto a questa emergenza mondiale.

Come dice con grande efficacia polemica ancora Sachs, gli aiuti internazionali sono una specie di gioco di ombre: i paesi poveri fingono di riformarsi, quelli ricchi (anche il nostro) fingono di pagarli.

D'altra parte, il c.d. patto globale per la fine della povertà non può ridursi ai soldi, assegnati o addirittura semplicemente promessi; la politica degli aiuti deve essere profondamente ripensata, con una strategia che comprenda gestione decentrata degli investimenti pubblici in questi Paesi, formazione e costruzione di competenze nei settori pubblici a tutti i livelli, controllo dinamico e costante dell'utilizzazione delle risorse messe a disposizione, infrastrutture sopranazionali, anche in senso politico-istituzionale, cioè capacità di dare seguito ed effettività alle deboli esperienze reticolari o di *commonwealth* che con difficoltà sono state avviate in queste aree del mondo povero.

Spadaro, e qui mi avvio veramente a concludere, pone come condizione di sviluppo reale di queste politiche una costituzionalizzazione del diritto internazionale che passi attraverso una ristrutturazione in chiave politica delle forme della governance mondiale.

Se posso aggiungere qualcosa, a questi doveri (o diritti, a seconda della prospettiva

da cui si guardano) manca un processo analogo a quello che ha caratterizzato in questi anni i diritti alla vita e alla integrità fisica delle persone e dei popoli. E in fondo, la fame, la mancanza di medicine, l'incapacità di fronteggiare anche malattie altrove banalmente vinte, non sono situazioni molto distanti dal configurare un vero e proprio delitto contro l'umanità.

Alla fine, l'unica nota di speranza che resta dopo quest'analisi, è che di fatto non ci sono alternative, e il tempo a disposizione per dare sostanza all'idea di una società basata, come dice Spadaro, su sviluppo sostenibile, ambiente non inquinato, equa (o almeno non eccessivamente iniqua) distribuzione delle risorse, sta veramente per scadere.

Replica

di *Vittorio Angiolini*

1. Non c'è pressoché nulla da replicare al Recensore: il quale ha avuto la pazienza di leggere svolgendo commenti acuti, per me condivisibili. Soltanto su di un paio di questioni specifiche vorrei chiarire ancor meglio, per rendere il più possibile trasparente l'intento del libro, anche rispetto a quello di Antonino Spadaro, che gli è stato accostato nel recensire.

Un primo chiarimento riguarda la prescrittività della regola giuridica ed i diritti fondamentali.

Come appunto ha perfettamente còlto il Recensore, l'intento del libro è stato anzitutto di cercar di capire se e come quello che abbiamo chiamato diritto moderno, o se si vuole essere più precisi il diritto legato all'esperienza degli Stati nazionali ed improntato all'eredità del costituzionalismo settecentesco, possa sopravvivere e continuare a sviluppare l'impianto culturale che lo ha sorretto, nonostante la crisi evidente – ma forse sarebbe preferibile parlare di evidente e sopraggiunta inattualità – dell'idea, la quale è stata risolutiva anche e soprattutto per le dottrine del '900, che i medesimi Stati nazionali detengano lo scettro della sovranità, come potere originario ed incondizionato.

Mi sono pertanto chiesto cosa possa sorreggere la prescrittività della regola giuridica, in difetto di un qualunque supposto sovrano. E la risposta, come sottolineato dalla Recensione, ha a che fare con una rinnovata attenzione per la tutela dei diritti fondamentali. Vorrei però chiarire che non ho sostenuto, né per la verità riterrei seriamente sostenibile, che il fondamento di una qualunque regola giuridica possa risiedere nei diritti soggettivi, ancorché fondamentali.

La rinnovata attenzione per i diritti fondamentali, in quanto situazioni soggettive, è per me un'esigenza che si impone fatalmente a chi enunci o applichi regole giuridiche, essenzialmente, come conseguenza del fatto che, abbandonando il postulato che il sovrano la imponga comunque, ciascuna di tali regole giuridiche prescrive solo grazie ai premi correlati alla sua osservanza ed alle sanzioni comminate per la sua inosservanza; e siccome non c'è premio o sanzione che sia infallibile nel suo operare, poiché tale non è neppure, per me, la pena di morte la quale distrugge il soggetto autore dell'illecito, la prescrittività delle regole è sempre soltanto relativa, non tanto nel senso banale che non è infallibilmente assicurata la loro osservanza, ma nel senso che chiunque può in qualsiasi momento ribellarsi alle regole stesse, rifiutandosi, oltreché di osservarle, di riconoscere che quella che gli venga eventualmente applicata sia una sanzione giuridica, anziché un mero sopruso.

In questo senso, anche se non l'ho evocata nel libro, potrei evocare come riprova l'esistenza storica della figura del martire, il quale, in punto di morte, continui a respingere la legittimità della pena capitale che gli venga applicata; con ciò, per inciso, il martire può inficiare la stessa funzione di pena esemplare che, generalmente, si è propensi ad accordare alla pena di morte, ovviamente non verso chi è ucciso, ma verso altri consociati chiamati a rispettare le regole di cui al condannato è addebitata la violazione; giacché, respingendo la pena di morte, e più precisamente negando ad essa la qualifica di una sanzione giuridicamente dovuta, il martire invita gli altri a seguirlo nella sua ribellione; ed è tutto da vedere, come la storia ci insegna, che questo invito a ribellarsi valga di più o di meno dell'invito a non ribellarsi lanciato da chi esegue la condanna penale.

La prescrittività della regola si regge dunque (solo) sulla circostanza, puramente fattuale, che ad essa non ci si ribelli, ripudiando il carattere di premio o sanzione di ciò che si fa conseguire all'osservanza o inosservanza della regola. E proprio per questo chi voglia enunciare od applicare regole stabili e durature deve prestare qualche attenzione al tutelare i diritti fondamentali, in modo da allontanare, finché riesce, il pericolo di una ribellione.

Il perché ci si ribelli o non ci si ribelli

alla regola, tuttavia, non è cosa che possa o debba interessare il giurista. Il giurista non può interessarsi di questo per la estrema varietà e sostanziale insondabilità delle ragioni per cui un uomo decide di stare o non stare alle regole; ed il giurista non deve interessarsene anche perché il ribellarsi puro e semplice non è mai un diritto, ma solo un comportamento di fatto.

La mia opinione, credo espressa nettamente nel libro (cap. III, par. 16), è che non sia ammissibile un «diritto di resistenza» alla regola «ingiusta» come quello che, significativamente per un breve tratto della storia, si è preteso di predicare agli albori del costituzionalismo; o, per essere anche qui più precisi, il resistere alla regola ingiusta non può essere elevato a diritto soggettivo senza minare e distruggere in partenza qualunque possibilità di identificazione delle regole da osservare, che sia riconducibile ad un quadro minimo di razionalità; giacché il ritenere «giusta» o «ingiusta» la regola sarebbe, nell'ottica di un «diritto soggettivo di resistenza», rimesso per definizione alla valutazione soggettiva chi si ribella o decide di non ribellarsi, l'ammettere il «diritto di resistenza» medesimo significherebbe, per il giurista, rinunciare a dare al proprio stesso lavoro un qualunque ordine obiettivo.

Che, individualmente o collettivamente, ci si ribelli o non ci si ribelli, ad una regola o ad un complesso di regole, è, pertanto, solo un fatto, che il giurista deve tenere in conto perché esso si verifica storicamente; ed è questo puro fatto che può o dovrebbe persuadere chi enuncia od applica le regole, quando non voglia stabilire o mantenere solo con la violenza la propria autorità, a giustificarla con la tutela dei diritti fondamentali. Verso la proclamazione dei diritti fondamentali si resta diffidenti, presentemente, proprio perché si tema possa trattarsi, come forse talora si tratta, solamente di una retorica giustificativa del potere.

Che poi talora, nel ribellarsi alle regole, si intenda contestualmente affermare l'esistenza e la prescrittività di altre e diverse regole è pure un fatto di cui tenere conto, ma distintamente. Infatti, che ogni regola resti passibile di rifiuto da chi dovrebbe osservarla o soggiacere passivamente alle conseguenze della sua violazione mi pare una constatazione incontestabile, e sempre opponibile anche alla pretesa di affermare regole nuove. Non di rado, nel corso della rivoluzione, chi l'aveva intrapresa viene bruscamente accantonato, perché le stesse regole che egli avrebbe voluto affermare e rendere prescrittive sono a loro volta fatte oggetto di ribellione.

Il che significa anche, ed infine, che, piaccia o non piaccia, il lavoro del giurista è un lavoro costantemente a rischio; il giurista è, quando riesce ad esserlo, un uomo di cultura che offre il proprio lavoro, presta le proprie cognizioni scientifiche e tecniche attinte ad un patrimonio culturale il quale ha una lunga storia, affinché determinate regole possano funzionare; ma il giurista stesso non ha, almeno come tale, alcun controllo, invece, sul fatto che le regole da lui studiate restino tali, e non vengano meno per la ribellione di chi dovrebbe osservarle. Quando ad esempio una Costituzione sia totalmente rovesciata da una rivoluzione o da un colpo di stato, al giurista si potrà porre una tragica alternativa: o egli lavora sulle regole della vecchia Costituzione, per affermare l'illegittimità della nuova costituzione la quale voglia negarle; oppure lavora sulla nuova Costituzione e lascia perdere la vecchia, reputandola ormai sprovvista in fatto di ogni portata prescrittiva.

Ma qualunque scelta faccia, il giurista compie una scelta che è a rischio, perché incontrollabile con i poveri strumenti della sua scienza; il giurista, a seconda di chi vince e di cosa ha scelto, potrà essere celebrato come un precursore lungimirante del diritto nuovo oppure come un nobile salvatore del diritto costituito, così come potrà essere bollato, invece, come un bieco nemico del progresso o come complice dei sovversivi; l'esito non dipenderà, comunque, dal giurista bensì e solo da chi può ribellarsi o non ribellarsi alle regole, e perciò può ribellarsi tanto ad una vecchia che ad una nuova Costituzione.

2. Quel che in ultimo esposto ci avvicina alla seconda questione che vorrei chiarire, la quale è la questione dell'ordinamento giuridico.

A lungo, nel discutere dell'ordinamento come insieme di regole organizzate, da giuristi lo abbiamo pensato come una realtà storica, agganciata alla realtà storica dello Stato, intangibile come sovrano, oppure costruita a somiglianza dello Stato stesso. Dal momento che qualunque regola o insieme di regole può andare incontro alla ribellione, individuale o collettiva, la quale può finire per inficiarne la prescrittività, dobbiamo prendere atto che quando parliamo di ordinamento parliamo, invece, di un costrutto culturale ovvero, a voler essere un poco provocatori, di una mera invenzione dei giuristi.

Il che, si badi, non equivale a dire che l'ordinamento sia un'invenzione inutile: giacché il costruire un ordinamento, ossia dare i criteri per cui le regole appartenenti ad un determinato complesso possano non contraddirsi e non configgere tra loro, è necessario; non solo per evitare antinomie irresolubili, che impediscano la piana osservanza delle regole, ma anche affinché il potere di istituire regole ulteriori abbia un limite, e ci sia dunque un limite all'invasività delle regole giuridiche nella sfera individuale e sociale; poiché il potere di enunciare le regole o di applicarle, per essere un potere giuridico, deve essere esso stesso regolato, il costruire un ordinamento, che abbia «regole sulle regole», può servire appunto a stabilire un argine al potere di dettare regole ulteriori.

Lo sforzarsi di armonizzare le regole in ordinamento è utile ed opportuno, da un lato, e, dall'altro lato, il pensare l'ordinamento come tale è un compito, o forse meglio un impegno, primariamente demandato alla cultura giuridica; le «regole sulle regole», che servono a comporre l'ordinamento, soprattutto oggi sono frammentarie, disperse e talora neanche esplicitamente poste come tali, richiedendo un paziente e faticoso lavoro a cui la cultura giuridica non può sottrarsi senza abdicare alla propria missione.

Le difficoltà di enucleare le «regole sulle regole» risalgono, per larga parte, al «policentrismo» dei luoghi di produzione del diritto, alla circostanza che numerosi, eterogenei ed apparentemente non coordinati o perfino sconnessi tra loro sono i poteri da cui provengono le regole.

Parecchi studiosi di diritto, e non soltanto in Italia, dall'osservazione di tale «policentrismo» ricavano l'esigenza di far corrispondere ad esso, sul piano delle raffigurazioni che può darne il giurista, la teorizzazione del «pluralismo» degli ordinamenti giuridici. La stessa constatazione del «policentrismo» della produzione giuridica mi ha portato invece, nel libro, a prendere decisamente posizione contro l'idea del «pluralismo» degli ordinamenti giuridici (cap. III, spec. par. 15).

La ragione di questa presa di posizione, date le premesse, mi paiono nitide: il «policentrismo» è uno sviluppo storico ineludibile, ma che sarebbe per il giurista errato, ed anzi paradossale, assecondare passivamente; il giurista fa il suo lavoro se fa funzionare le regole, preservando l'utilità che esse possano avere nell'assicurare, in modo misurato e non contraddittorio, i diritti di tutti.

Il «pluralismo» degli ordinamenti indica come normale, sin dalla dottrina di Santi Romano, l'evenienza che determinati complessi di regole, pur convivendo tra loro con pari dignità di ordinamenti giuridici, potrebbero, proprio in quanto distinti e separati, tranquillamente contraddirsi e confliggere tra loro, ovvero ciascuno accrescere le regole poste dall'altro e dunque i vincoli ricadenti sui consociati: riprendendo solo per un attimo l'esemplificazione fatta nel libro, il «pluralismo» degli ordinamenti è padre degli ordinamenti «speciali», forgiati per permettere, pur dentro l'ordinamento dello Stato sovrano, che i diritti di tutti possano essere tolti a taluni (come i soldati o più ampiamente i dipendenti pubblici) in virtù appunto della specialità dell'ordinamento di appartenenza; così come il «pluralismo» degli ordinamenti, spinto sino all'estremo dell'ammettere la convivenza di diversi ordi-

namenti che pure lottano tra loro per affermare l'uno l' «illiceità» dell'altro, può comportare, con gli intuibili riflessi per i diritti dei cittadini, che la mafia sia classificata come ordinamento con pari dignità giuridica di quello dello Stato.

Tanto più in tempi di «policentrismo» della produzione giuridica, non mi pare che simili dottrine del «pluralismo» degli ordinamenti debbano essere incoraggiate dalla cultura giuridica; molto più ragionevole pare il fermarsi al punto che, se due ordinamenti non si riconoscono tra loro o addirittura si combattono, non c'è come rimedio, in caso di interferenza tra l'applicazione delle regole dell'uno e dell'altro, che compiere la scelta dell'ordinamento a cui ribellarsi. Ma siccome il nostro compito di giuristi è quello di evitare (se si può evitarle) simili traumatiche scelte, il nostro impegno, fin dove si possa onorarlo, non potrà che essere quello di impiegare la nostra cultura proprio per scongiurare il «pluralismo» degli ordinamenti, per costruire un ordinamento più grande in cui la generalità delle regole, pur derivanti da una produzione «policentrica», possano combinarsi tra di loro senza cesure o contraddizioni, quanto alla garanzia dei diritti dei consociati.

Come nota il Recensore, per questo profilo, e cioè per l'auspicio di un ordinamento giuridico unitario a livello più esteso e financo «globale», il mio discorso può essere avvicinato a quello di Spadaro. Tuttavia, su ciò ci si deve intendere bene.

Spadaro fa un discorso altro e differente dal mio, intraprendendo una coraggiosa ricerca dei principi e delle regole che, per finalità di tutela universali, dovrebbero essere immessi nell'ordinamento «globale». A scanso di equivoci, quasi tutto quello che Spadaro dice nel merito mi trova d'accordo, probabilmente perché c'è un comune sentire politico-culturale. Ma, e credo che l'Autore possa convenirne, quello di Spadaro non è un libro propriamente giuridico. Il compito del giurista, come tale, non mi pare poter (ri)diventare quello, che in epoca moderna gli è stato precluso, di farsi partecipe a pieno titolo ed in piena libertà della produzione delle regole.

Certamente, quando interpreta il diritto, o dirime controversie, il giurista contribuisce anche, in varia guisa, esso stesso a creare o perfezionare le regole. Una cosa è però la consapevolezza che ciò avviene, anche a non volerlo, altro è che il giurista possa o debba proporsi programmaticamente una ingerenza costante nella enunciazione delle regole, sino ad assumere un ruolo fiancheggiatore della posizione della «politica», ancorché democraticamente espressa.

Che il giurista sia (o torni ad essere, come talora è stato) anzitutto un consigliere del «principe» è a mio avviso non solo inopportuno, ma anche pericoloso; di questo passo si smantella la base scientifico-razionale su cui è stato edificato il diritto moderno; giacché la «politica» (anche e primariamente se democratica) è la sede indispensabile alle deliberazioni opinabili ed impregiudicate dal punto di vista tecnico-scientifico (proprio per questo, per inciso, in democrazia si vota a maggioranza); inoltre, il pronunciarsi sulla sostanza da imprimere alle regole, rivendicando a tal fine il titolo dell'essere giuristi, è anche auto-contraddittorio; perché, nell'intervenire nel nome del diritto, si suppone l'incapacità della «politica» democratica che in tanti, oltre a me ed a Spadaro, riterremmo, come cittadini, debba espandersi il più possibile per combattere la tirannide e l'autoritarismo.

Naturalmente, il nodo è delicatissimo, perché ormai sappiamo che, in tempi di «policentrismo» delle regole, un problema cruciale è proprio quello della depressione, o della gracilità, dei centri di produzione delle regole rispettosi della democrazia politica. Con tutta franchezza, nondimeno, questo non è problema da giuristi. È come uomini e cittadini che dobbiamo riflettere ed agire in questa materia. Il diritto e l'essere giuristi, almeno per me, resta un altro e diverso affare.

Replica

di *Antonino Spadaro*

Nel ringraziare ancora gli amici pisani per la presentazione/discussione del mio libro – *Dai diritti «individuali» ai doveri «globali». La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Soveria Mannelli (Cz) Rubbettino 2005 – svoltasi nell'ambito dei Seminari del Dottorato in giustizia costituzionale e diritti fondamentali dell'Università di Pisa (25 maggio 2006), devo subito dire che ho l'impressione che forse questa volta davvero abbiano chiesto «troppo» al recensore.

Il povero Antonio D'Aloia, infatti, ha dovuto trattare congiuntamente di due libri che – salvo alcune somiglianze nei titoli – non solo hanno impostazioni metodiche *diverse*, ma trattano di un «oggetto» sostanzialmente *diverso*. Ciononostante l'amico D'Aloia ha diligentemente e brillantemente portato a termine il mandato, all'occorrenza arrampicandosi sugli specchi pur di trovare punti di «congiunzione tematiche» fra i due lavori. Ma non è questo, per chi veramente abbia letto i due libri o si accinga a leggerli, il dato rilevante. In breve: i due testi si occupano di temi diversi e *occasionalmente* sono stati presentati e recensiti insieme. Nulla di più.

Quanto a me, ho già dichiarato i miei personali apprezzamenti (con talune perplessità) sulle tesi sostenute nel lavoro di Angiolini nell'incontro di Pisa e dunque non vi ritorno qui, dovendo limitarmi alla tradizionale «replica» solo in relazione al mio libro, l'unica che mi spetta e che forse può avere un qualche interesse.

Dirò subito che D'Aloia coglie bene il senso dello sforzo compiuto nel mio volumetto: tentare di affrontare – quale problema di «diritto costituzionale internazionale» – l'arduo tema della *giustizia distributiva o re-distributiva fra i popoli*. Si è cercato di svolgere questa difficile operazione, di palmare rilevanza pratica, sulla base del presupposto teorico della necessità che si realizzi il processo (in qualche modo inevitabile e in atto) di metamorfosi dei *diritti* «individuali» in… *doveri* «globali». In effetti, al di là della complessità interdisciplinare del tema – che chiaramente presenta enormi risvolti etici, filosofici, economici, politici – esso mi è sembrato, e tuttora mi sembra, di indubbia rilevanza giuridico-costituzionale.

In particolare, l'accelerazione – in tutti suoi aspetti: positivi e negativi – del processo di globalizzazione, rende evidenti i nessi che la questione affrontata ha con il diritto ambientale, internazionale, finanziario e in genere con l'organizzazione generale della vita di ogni Stato. Ciò che si è cercato di evidenziare, in breve, è la diretta incidenza sul diritto costituzionale dei fenomeni accennati, al punto da ipotizzarsi l'esistenza di un campo d'indagine – per certi versi nuovo e su cui la dottrina sembra, al momento, carente – che mi è piaciuto definire: *diritto costituzionale internazionale* (campo che è ben diverso – si badi – dal diritto internazionale *tout court*, ma anche dal diritto costituzionale nazionale e dal diritto costituzionale comparato). Anzi, la convinzione maturata è che «i giuristi in genere», e non solo i giuspubblicisti, nei prossimi anni – se e quando non l'abbiano già fatto – dovranno necessariamente: da un lato *superare* gli angusti steccati delle singole discipline (che rischiano di divenire, se non sterili, asfittiche) e, dall'altro, *aprirsi* a una prospettiva di lettura globale/mondiale dei problemi giuridici (l'unica oggi realistica).

Quest'impostazione a maggior ragione vale per quelli, fra i giuristi, che ambiscono a offrire considerazioni di carattere teorico-generale e che si pongono il problema di un giusto «ordine del mondo» e dunque, non certo di un «governo» (che sarebbe presumibilmente autoritario), ma quantomeno di una *governance* mondiale. In tale quadro teorico-generale appare decisiva tutta la complessa problematica dei «doveri pubblici», soprattutto se visti nella innovativa prospettiva dei «doveri pubblici globali», in particolare in relazione al tema scottante e terribilmente controverso della *giustizia distributiva internazionale*.

D'Aloia mostra di aver ben compreso

l'importanza – ma meglio sarebbe dire: l'ineludibilità – del tema (e dell'approccio) ricordato, riconoscendo che bisogna fuggire sia il rischio di ignorare i problemi derivanti dalla globalizzazione, quasi che essi non avessero un decisivo riflesso giuridico-costituzionale, sia il rischio, esattamente opposto, di occuparsi del fenomeno, ma nell'angusta prospettiva del diritto nazionale, finendo così col demonizzarlo demagogicamente in quanto non disciplinabile. Invece la globalizzazione porta con sé, accanto a una nuova generazione di diritti umani (ecologici, informatici, alla pace, all'autodeterminazione dei popoli, ecc.), anche e di conseguenza il problema della giustizia non solo fra gli individui, ma *fra i popoli*.

In merito D'Aloia sintetizza bene il punto di vista di chi scrive, ritenendo che proprio il nostro modello costituzionale, personalista e solidarista, consente di dire – sono parole sue – che «la solidarietà o è anche internazionale, transnazionale, o semplicemente non è». Ed in questo senso si spiega l'idea, più volte da me ricordata, che – senza una chiara determinazione dei soggetti titolari dei doveri (e dunque senza un processo giuridico di giustiziabilità) – non vi siano *veri* diritti, diritti *effettivi*, ma solo mere … declamazioni dei diritti. Per altro, concordo nella sostanza con D'Aloia – nell'unico punto di *apparente* dissenso fra noi – anche sul fatto che i diritti, in sé, «esistano» (in senso quasi giusnaturalistico) comunque e indipendentemente dalla loro giustiziabilità, la quale costituisce piuttosto una tutela giuridica che si perfeziona progressivamente nel tempo (basti pensare alla «storia» dei diritti sociali), senza trascurare perciò il valore culturale e orientativo delle semplici enunciazioni dei diritti. Ma a ben vedere è lo stesso D'Aloia che poco più avanti nella sua recensione riconosce – di fronte all'attuale, immane e urgente compito di globalizzare i diritti – come purtroppo (riporto sempre parole sue) «non ci sono (o almeno non ci sono ancora) *diritti* pieni, cioè pretese difendibili con meccanismi vincolanti»: un po' come dire, seppure in forma indiretta, che tali diritti non sono ancora, almeno *per tutti*, giuridico-effettivi e che appunto serve una teorica dei doveri insieme a una procedimentalizzazione degli stessi (ma non è questa, in fondo, la *giustiziabilità*?).

Anche in relazione a un'ipotetica revisione costituzionale migliorativa dei doveri di solidarietà internazionale di cui all'art. 11 Cost., ipotesi da noi prospettata (fra le molte altre possibili e segnalate), mi è facile ancora una volta concordare con l'amico recensore: nel mio testo anch'io «sottolineo» più precisamente la necessità di un rinvio «in modo più o meno recettizio, a una risoluzione Onu o a disposizioni europee *ad hoc* predisposte». Insomma, mi pare di cogliere una piena sintonia fra le mie argomentazioni e le osservazioni di D'Aloia, risultando queste ultime alla stregua di utili riflessioni integrative del mio piccolo sforzo.

Più in generale, bisognerà vedere quanto i complessi problemi segnalati – giustizia distributiva internazionale, ecosistema mondiale, teorica dei doveri globali, ecc. – costituiranno, come spero, davvero oggetto di più approfondite riflessioni da parte della dottrina costituzionalistica occidentale (e non solo). Vedremo nei prossimi anni.

In ogni caso, sento, in conclusione, di dover ringraziare il recensore per l'attenta e intelligente lettura, che ben introduce, per chi fosse interessato a prendere visione del libro, i temi affrontati. Egli ha ben colto lo spirito della mia ricerca – il cui percorso, mi sembra di capire, è da lui largamente condiviso – anche attraverso il richiamo alla formula riassuntiva, sintetica ma efficace, della necessità di «un neo-costituzionalismo sopranazionale». Filone entro cui si colloca senz'altro questo mio studio sulla giustizia distributiva internazionale.

Gaetano Azzariti, *Critica della democrazia identitaria. Lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, Laterza, Bari, 2005.

Recensione di *Eugenio Ripepe*

Poiché recensire e incensare sono, o dovrebbero essere, cose diverse, man mano che andavo avanti nella lettura di questo libro trovandolo assai convincente, col rischio che la recensione che intendevo farne inclinasse verso l'incensamento, sentivo l'esigenza di cercare qualcosa da ridire (nel senso di criticare, non in quello di ripetere), per aver modo, come recensore, di censurare invece di incensare. E siccome, notoriamente, chi cerca trova, qualcosa mi era parso di aver trovato: il solo appunto da muovere all'autore del libro era quello di … averlo scritto; e anzi di averlo scritto sforzandosi di farlo – e addirittura riuscendo a farlo – *sine ira et studio*, vale a dire mettendo da parte le fortissime riserve ispirategli per mille e una (sacrosante) ragioni dal giurista-filosofo del quale aveva deciso di occuparsi, per analizzarne il pensiero con la stessa obiettività e lo stesso impegno d'analisi che avrebbe dedicato a qualunque altro tema.

Invece di costituire un motivo di apprezzamento – come certo dovrebbe essere – la cosa mi lasciava francamente interdetto, a causa dell'atteggiamento pregiudizialmente ostile che ritrovo in me al solo sentir nominare Carl Schmitt. *Mea culpa*, ovviamente, trattandosi di una palese violazione del primo comandamento dell'etica professionale alla quale dovrebbe obbedire chiunque faccia il mestiere che, bene o male, fa anche il sottoscritto.

Ma c'è un secondo comandamento di quell'etica professionale – o forse si tratta solo di un corollario del primo – che impone di dichiarare apertamente, e in via preliminare, le proprie opzioni di valore, le proprie simpatie e le proprie antipatie o, come in questo caso, le proprie idiosincrasie; in modo che gli eventuali interlocutori, essendone avvertiti, abbiano la possibilità di valutare *cum grano salis* le affermazioni, i ragionamenti, le considerazioni di chi scrive. Da questo punto di vista un'autodenuncia quale quella che sto facendo qui dovrebbe, se non altro, procurare un po' di comprensione, o almeno qualche attenuante, a chi non sa, o magari nemmeno vuole, sforzarsi di essere davvero obiettivo.

Non che una confessione del genere possa ottenere al reo confesso la remissione dei peccati; ma certo è meglio che niente, perché dichiarando *in limine* che quanto si sta per dire non pretende di essere la verità o una verità, ma il semplice frutto di una visione prospettica, non solo si rinuncia a barare, ma si dimostra anzi di voler giocare a carte scoperte. In fondo, perfino un maestro ineguagliabile come Bobbio, instancabile sostenitore del *distinguo*-antitesi tra scienza e ideologia, giudizi di fatto e giudizi di valore, commise un non lieve peccato di omissione nel lasciar credere che valessero come fatte *ex cathedra* (e da che cattedra!) certe sue controvertibili affermazioni, trascurando di avvertire (in ogni senso di questo termine) che si poteva trattare di giudizi basati su pregiudizi; per esempio quando negava l'esistenza di una cultura fascista, quasi che il rapporto tra il più grande filosofo italiano o il più grande drammaturgo italiano del XX secolo e il fascismo fosse frutto di un equivoco, o di una millanteria del Regime; o quando mostrava di trovare inspiegabile l'attenzione da molti dedicata a Nietzsche, come se si trattasse di un personaggio di trascurabile levatura.

Quello che tengo ad aggiungere, è che la mia profonda, invincibile e, diciamolo pure, viscerale ostilità nei confronti di Carl Schmitt non è da ricondurre interamente alla repulsione che può ispirare la vicenda personale di un uomo di pensiero che cercò di essere un (il) giurista di regime del più aberrante dei regimi, ruolo da lui quasi voluttuosamente ambito e svolto … finché glielo lasciarono svolgere, finché, cioè, quel regime ritenne opportuno servirsi di lui; e mai volontariamente abbandonato, ché anzi il trauma forse più profondo della sua vita, del quale non riuscì mai a farsi una ragione,

fu proprio il benservito inopinatamente (per lui) ricevuto non appena dei suoi servigi non ci fu più bisogno.

Della sua vicenda biografica, anzi, si sarebbe tentati di non parlare affatto, se non fosse che *est modus in rebus*, o, a scelta, «il troppo stroppia», e «la pazienza ha un limite», e francamente si comincia davvero esagerare nel tentativo (per carità, legittimo!) di far uscire Schmitt dal banco degli accusati per innalzarlo invece sul piedistallo degli uomini di scienza e di pensiero vittime di operazioni liberticide, cosa che rasenterebbe il ridicolo, se in una materia come questa ci fosse spazio per il ridicolo. Chi ha avuto modo di leggere, per esempio, le considerazioni di Helmuth Quaritsch a commento delle schmittiane *Antworten in Nurnberg* (Duncker & Humblot, Berlin, 2000), ora uscite anche in italiano (Laterza, Bari, 2006), sa di cosa parlo.

Non è in questione quello che Schmitt fece o non fece, comunque, ma quello che scrisse: anche se, proprio in considerazione di quello che fece o non fece, si consentirà di giudicare stupefacente la propensione ad abbeverarsi di quello che scrisse, da parte di tanti che sembrano farsi un punto d'onore di non leggere una pagina che è una di un Gentile, mentre nella spasmodica ricerca di altre divinità alle quali prostrarsi, dopo il Dio che è morto e il Dio che è fallito, hanno trovato un nuovo nume, o comunque un nuovo lume, in un intellettuale che non apparteneva evidentemente alla categoria di quelli che facevano venir voglia di mettere mano alla pistola a Goebbels quando sentiva parlare di intellettuali. E il bello è che di questi tanti, sia detto *en passant*, la maggior parte sono convintissimi di essere «di sinistra», e magari a sinistra della sinistra, cosa che qui si rileva senza scandalizzarsene: non perché non ci sia niente di cui scandalizzarsi, ma perché ormai non ci si scandalizza più di niente.

Questo nuovo nume e lume, sia detto senza ipocrisia, è nel giudizio di chi scrive una delle figure maggiormente sopravvalutate della cultura giuridico-politica contemporanea. Né questa opinione deve essere dettata esclusivamente dalla pregiudiziale avversione prima confessata, se chi la esprime non ha difficoltà a riconoscere invece in Heidegger, altra figura compromessa col nazismo, anche se in misura minore rispetto a Schmitt, e lui pure non particolarmente ammirevole sul piano umano, un grande filosofo, e forse il più grande filosofo del XX secolo; come del resto non ha difficoltà a riconoscere in Wagner uno dei più grandi musicisti del secolo precedente, nonostante la sua inaccettabile visione del mondo e certi aspetti francamente odiosi della sua personalità.

E, già che si parla di Wagner, come evitare di pensare, a quel che ne dice Woody Allen, e cioè che l'ascolto della sua musica gli fa venire voglia di invadere la Polonia? Ebbene, la lettura di Schmitt non fa venire voglia, a chi scrive, di invadere la Polonia, ma di invocare una nuova Norimberga, una Norimberga dello spirito, diversa dall'altra e senza sanzioni giuridiche da comminare, ma nella quale a chi, come Schmitt, avesse il coraggio, per così dire, di rivendicare una sorta di diritto all'irresponsabilità, sostenendo, come sostenne, che pur essendosi intruppato al suo seguito, e avendone magnificato il ruolo, si era sempre ritenuto infinitamente superiore a Hitler, si facesse presente che dal punto di vista morale, questa non sarebbe un'esimente e nemmeno un'attenuante, ma semmai un'aggravante: l'aggravante della malafede.

Non si tratta di quello che Schmitt fece o non fece, si diceva, ma di quello che scrisse. Appunto: è proprio in base a quello che scrisse che si fa fatica a capire come sia stato e sia tuttora possibile considerare l'ex capo della commissione disciplinare del partito nazista un grandissimo giurista, uno dei più grandi, e magari il più grande, del '900.

Non interessa naturalmente contestare che Schmitt, come Mohammed Ali, *alias* Cassius Clay, nel pugilato, possa essere stato «il più grande» in un qualche campo, e magari in più d'un campo. Ma come giurista? Sempre che non si tratti di una qualche forma di masochismo intellettuale, l'im-

pressione è che solo una considerazione eccessivamente pessimistica della categoria alla quale appartengono può essere all'origine della lusinghiera opinione che parecchi giuristi dimostrano di avere di Schmitt *come giurista*.

È un'impressione che esce rafforzata dalla lettura del libro di Azzariti, che sottopone il pensiero schmittiano ad una analisi critica, nel corso della quale, peraltro, la critica non prevarica mai sull'analisi, ma ne scaturisce come naturalmente e senza forzature, mettendone in luce i limiti di fondo, anche indipendentemente da quanto di inaccettabile vi si possa ravvisare per ragioni ideologiche, e senza chiamare in causa le lezioni venute dalla storia (che in effetti potrebbe anche essere giudicato un modo per giovarsi del senno di poi), ma non senza puntualizzare che «la forza del pensiero si deve valutare per quel che esprime, ma anche per gli effetti che può produrre» (p. 6), e che nel prendere in esame il pensiero di Schmitt non si possono non considerare anche «la finalità e l'essenza politica – non solo astrattamente teorica – delle sue proposte» (p. 90).

«Pulsioni plebiscitarie e critiche al regime parlamentare, ricerca di identità e insofferenza nei confronti del sistema politico-rappresentativo, volontà decisioniste ed irritazione nei confronti della ricerca del compromesso, preferenza per la legittimità contro una legalità ritenuta un ostacolo alla sovranità ed ai poteri, esasperazione della contrapposizione tra l''amico' e il 'nemico'» (pp. IX-X): è il fatto stesso che questi motivi che sottendono la concezione schmittiana della democrazia identitaria non si possano certo dire anacronistici o privi di consonanze nel momento storico che stiamo attraversando a giustificare una rivisitazione critica di quella concezione, se non altro per verificare se, al di là del giudizio inappellabile datone dalla storia, essa abbia ancora qualcosa da dirci.

È appunto il compito assuntosi da Azzariti, che, ovviamente interessato, come costituzionalista, prima di tutto (ma non solo) alla teoria della costituzione di Schmitt, e considerata la sostanziale continuità del pensiero schmittiano in tema di «democrazia identitaria», ne rilegge le opere con particolare attenzione a quelle del periodo weimariano.

I tratti più significativi da lui individuati in queste, ai fini di un'adeguata valutazione della proposta teorica riconducibile al principio della democrazia identitaria (fermo restando il giudizio definitivo che delle sue possibili applicazioni pratiche ha provveduto a dare la storia), sono altrettanti punti fermi della riflessione schmittiana, riassumibili in estrema sintesi come segue.

Il primo e fondamentale compito dello Stato, e anzi il solo imprescindibile, è la tutela dell'unità politica di un popolo, cosa compatibile con la (particolarissima concezione schmittiana di) democrazia, ma non col liberalismo e col parlamentarismo, che invece minano alla base il valore (supremo) dell'unità, perché riflettono, e insieme esaltano, l'azione di spinte disgregatrici quali quelle prodotte dall'individualismo e dalla frammentazione pluralistica delle forze politiche.

Di qui non solo la distinzione, ma l'incompatibilità tra liberalismo e democrazia autentica, dunque la condanna di quel pessimo compromesso che sarebbe costituito dalle prospettive liberaldemocratiche; nonché della logica elettoralistica e parlamentare, a causa dell'articolazione in maggioranze e minoranze (e l'inconcepibile tutela di queste) che essa comporta, oltre che per il carattere fittizio della rappresentanza politica, che espropria i rappresentati di ogni potere, sia pure solo di controllo esterno, per difetto delle necessarie informazioni; senza per questo consentire agli organi deliberativi di prendere nei tempi e nei modi dovuti le necessarie decisioni. Si tratta perciò di risalire all'originaria identità di popolo di cui non può non essere espressione lo Stato, eliminando quanto di eterogeneo e di settoriale può inquinarne l'omogeneità e comprometterne l'unità, per ridare allo stesso popolo la possibilità di essere protagonista esclusivo del proprio destino.

Solo agendo come soggetto unitario,

dunque non tollerando alcuna dialettica interna, un popolo può salvare la propria identità e la propria libertà. L'esistenza di una minoranza dissenziente non sarebbe un elemento fisiologico, ma patologico, perché non si può dissentire a scapito dell'unità del tutto al di fuori del quale non si sarebbe niente. Le minoranze, i diversi non hanno altra possibilità che dissolversi in quel tutto, sentendo come propria la volontà del popolo: questo l'«assioma democratico» di Schmitt. Un assioma di evidente derivazione rousseauiana, su cui gravano peraltro le cupe ombre, del tutto assenti nella tematica rousseauiana della volontà generale, proiettate dalla concezione dell'identità in termini di *Volk* invece che di «società», e dalla possibile eliminazione fisica del dissenziente in quanto «nemico», che è un dato costitutivo della dimensione politica secondo Schmitt.

Se la ragion d'essere dello Stato è quella di tutelare l'identità di un popolo e la sua unità, non può esserci altro Stato che lo *Stato totale*. Non la volontà generale che parla attraverso la legge, ma la volontà del popolo che decide per l'intero popolo è perciò la chiave di volta della teoria schmittiana. L'idea che le norme giuridiche possano essere un presidio di libertà è considerata un capovolgimento della realtà perché un popolo è libero se obbedisce solo a se stesso e non accetta di essere subordinato a vincoli legislativi. È per questo che la legge «giuridica» non può non cedere alla legge «politica», e il meccanismo elettorale, che si traduce in una spoliazione degli elettori, deve cedere il campo all'acclamazione e all'autodeterminazione per mezzo di *referendum*.

Sulla maggiore democraticità dell'acclamazione (magari accompagnata con urla, strepiti e strumenti a percussione) rispetto alla votazione, sarà consentito limitarsi a osservare che si tratta di un'opinione di innegabile originalità, ma quanto al *referendum*, non si può non sottoscrivere quanto osserva Azzariti, e cioè che per questa via la centralità del popolo, continuamente evocata e posta a fondamento del potere da Schmitt, «riesce ad emergere (…) unicamente se *eterodiretta*», cioè quando il popolo è chiamato a rispondere a una domanda *formulata da altri* (p. 41).

È ancora Azzariti a rilevare che l'enfasi schmittiana sulla decisione non svuota di senso solo la Costituzione con essa identificata, ma la stessa politica (p. 48), e che quella di cui parla Schmitt è in realtà una decisione fondata su null'altro che su se stessa (p. 63), giacché l'«assioma democratico» fondamentale è chiamato in causa non come criterio di giustificazione, ma come «strumento per legittimare una decisione comunque assunta» (p. 76), e si rivela in realtà una finzione (p. 78).

Finzione l' «assioma democratico», finzione, come lo stesso Schmitt non manca di riconoscere, l'asserita omogeneità originaria del popolo del quale lo Stato sarebbe chiamato a consacrare l'unità. Eppure, chiosa Azzariti, «proprio su questa finzione si reggono tanto il principio della rappresentanza quanto quello dell'identità, su questa finzione Schmitt costruisce – tra l'altro – anche la critica al sistema parlamentare, nonché fonda la sua particolare concezione della democrazia. Sembra quasi che tutti i capisaldi della sua ricostruzione teorica finiscono per rivelarsi 'finti'» (p. 125).

Che cosa rimane di quello che era parso il solo possibile appunto da muovere all'autore del libro al quale si sta facendo riferimento (che era, come si ricorderà, quello di averlo scritto), una volta constatato che in esso a Schmitt non si fanno sconti, ed anzi se ne mettono puntualmente a nudo i limiti, prendendo in esame le sue tesi essenzialmente per ricavarne l'indicazione delle vie *non* percorribili per uscire dalla crisi della democrazia contemporanea? Ammettiamolo: quel possibile appunto, al quale il recensore aveva sperato di aggrapparsi, prima ancora di non avere alcun senso, non ha alcuna ragion d'essere.

E allora, vediamo cos'altro potrebbe dire il recensore per non appiattirsi interamente sulle posizioni dell'autore dell'opera recensita.

Potrebbe forse dire che proprio in considerazione della lucida, e si sarebbe tentati

di dire implacabile, analisi alla quale sottopone il pensiero schmittiano, portando allo scoperto quanto di irrisolto ne pregiudica la solidità e l'attendibilità, a cominciare dal fatto che le sue tesi cruciali, risultando prive di un fondamento adeguato, sono da giudicare, letteralmente, *infondate*, si resta un po' stupiti per l'onore delle armi che con *fair play* forse eccessivo Azzariti mostra, nonostante tutto, di voler rendere a Schmitt. Il quale Schmitt, sia detto per inciso, difficilmente avrebbe giudicato con altrettanto *fair play* il discorso di Azzariti, che invece non si può non trovare condivisibile, sull' «unificazione politica plurale» affidata a una costituzione e ai valori normativi che vi sono espressi (p. 136).

Non che sia preferibile la diffusa inclinazione a maramaldeggiare su chi è già nella polvere, alla quale non a caso si accompagna spesso quella a rendere omaggio a chi è temporaneamente sugli altari (del potere o semplicemente delle mode culturali). Ma in questo caso non si trattava certo di infierire su un uomo morto, ché l'attrazione esercitata da Schmitt non sembra affatto venuta meno, cosa che lo stesso Azzariti non manca del resto di rilevare (senza di che non avrebbe dedicato un libro alla dimostrazione di quanto poco consistenti siano le attrattive su cui questa attrazione dovrebbe poggiare).

Al di là dei dissensi teorici, Azzariti è disposto a riconoscere «l'acutezza delle analisi di Schmitt» (p. 6), che è come dire, sembra, la validità della *pars destruens* della sua opera; ed è pure disposto a condividere la diffusa opinione che se ne ha come grande giurista, del quale si possono contestare le concezioni, ma non, appunto, la grandezza di giurista (laddove ciò che di Schmitt balza agli occhi nel libro di Azzariti non è affatto la sua grandezza di giurista, ma piuttosto la grandezza dei suoi limiti come giurista).

Per quanto riguarda la *pars destruens* del pensiero schmittiano, si consentirà di rilevare, intanto, come in esso la critica del parlamentarismo affondi le proprie radici non in una puntuale indagine empirica, o nella miniera di analisi concrete contenuta in quel filone antiparlamentaristico che costituì una vera e propria letteratura a sé a cavallo tra Ottocento e Novecento, ma nelle considerazioni e negli umori di un De Maistre o di un Donoso Cortes, autori dei quali si può dire tutto, ma non che delle loro considerazioni e dei loro umori si possa nutrire, oltre che una conversazione tra benpensanti, anche una seria indagine scientifica sulle caratteristiche dei regimi parlamentari. E in effetti la critica schmittiana del parlamentarismo non si potrebbe certo dire fondata su serie basi scientifiche. Lo ammette, e anzi lo sottolinea anche Azzariti, che pur riconoscendo, con indulgenza forse eccessiva, grande lucidità all'analisi (ma non anche alla diagnosi) schmittiana del parlamentarismo, denuncia la parzialità, se non la strumentalità (p. 72) e il carattere fuorviante della sua critica (p. 74), concludendo che in quello che ne costituisce l'aspetto fondamentale, ad essa «non si può dare credito» (p. 77).

In questo senso, la riflessione kelseniana sul parlamentarismo, che pur senza nascondersene i limiti, Azzariti mostra di preferire sostanzialmente a quella di Schmitt (pp. 92-117) (il che, per paradossale che possa sembrare, oggi significa andare controcorrente: *o tempora, o mores!*) si raccomanda ancora all'attenzione proprio perché l'analisi del parlamentarismo su cui poggiava era ben più realistica (e anche questo può sembrare paradossale) di quella schmittiana.

Anche per questo, l'onere di indicare alternative praticabili alla (impraticabile) via indicata da Schmitt per uscire dai limiti del parlamentarismo, su cui Azzariti richiama l'attenzione (p. XII), sarebbe giustificato solo se Schmitt avesse a sua volta assolto l'onere di proporre una valida alternativa al parlamentarismo, dimostrando convincentemente che non si tratta del peggiore dei regimi eccettuati tutti gli altri (giusta la famosa definizione churchilliana della democrazia), potendosene indicare qualcuno, per così dire, «meno peggiore». In mancanza di una credibile alternativa nella *pars construens*, infatti, la stessa *pars destruens* della

concezione schmittiana rischia di rivelarsi irrealistica, oltre che ingenerosa; più o meno come sarebbe la critica a un medico per la sua incapacità di rendere immortali i suoi pazienti, indubbiamente fondata, ma priva di senso se non presuppone come concretamente possibile l'immortalità di quelli che si continua a chiamare mortali.

Ciò vale a maggior ragione, ovviamente, se la *pars destruens* viene ad essere in realtà fondata sulla *pars construens* e non viceversa, come avviene appunto nel caso della concezione di Schmitt secondo l'inappuntabile analisi fattane da Azzariti. La critica schmittiana della liberaldemocrazia e del parlamentarismo, infatti, presuppone l'«assioma democratico», postulato come valido al solo fine di farne derivare la ricetta che all'autore interessa propagandare. Ma se la critica schmittiana poggia su quell'assioma, l'infondatezza dell'assioma (e la sua evidente natura di mito politico) non può non pregiudicare in radice l'intero discor*so, pars destruens* compresa.

Allo stesso modo, anche l'«acutezza delle analisi di Schmitt» non può non essere messa in dubbio, in considerazione del peccato originale, o petizione di principio, che ne mina alla base l'attendibilità, facendone nulla più che asserzioni perentorie fondate su tesi indimostrate e indimostrabili.

Quanto alla possibilità di ritenere Schmitt un «giurista classico», e di utilizzarlo come tale (p. 4; pp. 150-151), sarà consentito confessare qualche dubbio in proposito, come pure sull'alta considerazione che Azzariti mostra in ogni caso di averne, peraltro in compagnia di non pochi studiosi (i quali generalmente non sembrano però aver nemmeno intravisto in lui i limiti e le manchevolezze che Azzariti mette sotto gli occhi al lettore).

Si può considerare un «giurista classico» un giurista le cui riflessioni tendono a ignorare, quasi si tratti di profili irrilevanti in un discorso sul diritto, i nodi tematici, le peculiarità, il ruolo, la ragion d'essere di quanto ha a che fare col diritto privato, col diritto penale, col diritto processuale, per consegnarci una concezione del diritto che ben si potrebbe definire (e qualcuno deve averlo già detto) parafrasando il titolo di una famosa memoria crociana (*Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*), e cioè riduzione della filosofia del diritto alla filosofia della politica; un giurista del quale si può dire che nessuno si sia mai spinto tanto oltre lungo la strada che conduce all'azzeramento della specificità del diritto, e al più compiuto nichilismo giuridico?

C'è naturalmente da chiedersi se abbia senso pretendere che qualunque concezione debba fare i conti prima di tutto con se stessa. Ma se si ritiene che così debba essere, qualche banale rilievo terra terra si dovrà pur muoverlo a Schmitt, a costo di passare per pedanti gretti e sordi alla genialità dell'autore, e a quella della sua concezione. Un autore che, tanto per dire, critica il parlamentarismo, sulla scia di Donoso Cortés, come inutile chiacchiericcio della *clasa discutidora*, salvo poi condannarlo perché nei parlamenti non si discute abbastanza; che propone una concezione improntata al più crudo realismo politico, o cinismo che sia, ma facendola interamente poggiare su una nozione come quella di democrazia identitaria che è, pressoché dichiaratamente, nient'altro che un mito politico; che dell'esistenza di una identità collettiva unitaria fa il presupposto logico, oltre che cronologico dell'unità politica, salvo poi dichiararne l'inesistenza, e giustificare lo «Stato totale» con l'esigenza di produrre quell'identità unitaria. Insomma, chissà perché, viene in mente Stirner, che diceva di aver fondato la propria causa su nulla: ma almeno Stirner lo sapeva e se ne compiaceva …

E che dire del modo in cui il giurista Schmitt «risolve» le questioni nodali della teoria non meno che della pratica politica del suo e del nostro tempo, se non che esso sembra ispirato alla ben nota metodologia adottata da Alessandro Magno per venire a capo del nodo di Gordio, o da Cristoforo Colombo per far stare diritto l'uovo? L'unità del molteplice che lo Stato è chiamato a garantire, di contro al pluralismo sociologi-

co, politico, culturale delle società contemporanee? Basta sopprimere il pluralismo, proscrivendo ogni frammentazione sociale e annegandola nel mar Morto dell'immarcescibile identità del popolo, vale a dire sacrificando all'altare dell'omogeneità ogni elemento di differenziazione mediante l'eliminazione/annientamento (*sic*!) dei diversi, e non solo delle diversità. Il connesso problema della mediazione tra prospettive, valori, interessi contrastanti? Basta abolire i contrasti sulla base dell' «assioma democratico», costringendo il «popolo» ad essere libero nella camicia di forza dello «Stato totale». L'eterna questione del rapporto tra governanti e governati? Basta dar per scontato che i primi non possano non essere una cosa sola con i secondi, negando a questi il diritto di non riconoscersi o di non annullarsi in quelli, essendo inimmaginabile che possano esistere distintamente e autonomamente da loro. Il tema centrale del costituzionalismo, vale a dire come assoggettare a regole giuridiche l'esercizio del potere? Elementare, Watson: basta infischiarsene del costituzionalismo, o irriderne le pretese riconoscendo nella costituzione e nel diritto lo zimbello e lo zerbino del più forte. E analogamente, la *vexata quaestio* della giustificazione dell'autorità? Basta piegare la legalità alla legittimità, la legittimità all'effettività, *et voila* il gioco è fatto: il potere che riesce ad imporre la propria decisione si giustifica per il fatto stesso di riuscire ad imporla, vale a dire che si giustifica da sé, il che significa evidentemente che quel problema non è un problema: una soluzione davvero portentosa, non c'è che dire, di un nodo fondamentale, anzi *del* nodo fondamentale dell'intera riflessione schmittiana (Hofmann), quello della giustificazione dell'autorità statale.

Di fronte a tutto questo, non c'è che un commento possibile, per chi sa di non saper essere obiettivo nei confronti del (grande?) giurista di cui si sta parlando, e della sua opera: *no comment*.

No comment, certo, ma una domanda si potrà pur farla: ferma restando l'assoluta inaccettabilità di ogni gogna postuma, e di ogni codardo oltraggio, che certo non possono avere posto in sede di riflessione scientifica, sarà almeno lecito mettere in discussione, e magari abbattere, il tabù (perché neanche per i tabù può esserci posto in sede di riflessione scientifica) di Schmitt grande giurista, oltre, e prima ancora, che «giurista classico»? Per riproporre altre parole dell'ode manzoniana or ora implicitamente evocata, a Gaetano Azzariti l'ardua sentenza.

Replica

dell'*Autore*

Desidero, anzitutto, ammettere d'essere lusingato e grato al recensore per le parole elogiative e di condivisione che ha voluto esprimere con riferimento alla parte critica della mia ricerca. Ragioni di pudore, m'impediscono però di commentare gli apprezzamenti. Voglio invece prendere in considerazione le due critiche che egli mi rivolge. La prima è quella nientemeno di aver scritto questo libro; la seconda, parallela, è di avere usato troppo *fair play* nei confronti della non condivisa (sia dal recensore sia dal recensito) concezione schmittiana di democrazia identitaria.

La prima accusa si rivelerà alla fine una provocazione intellettuale («prima ancora di non avere alcun senso, non ha alcuna ragion d'essere» concluderà Ripepe). Eppure a me pare necessario prenderla sul serio, poiché nasconde una questione reale e complicata su cui vale la pena riflettere.

Se volessi essere a mia volta provocatorio direi che l'invito a *non* scrivere un libro come quello da me pubblicato è motivato dal fatto che Eugenio Ripepe non sopporta Carl Schmitt. Non lo sopporta a tal punto che vorrebbe non tanto fosse criticato, quanto fosse disconosciuto, rinnegato, rifiutato ed escluso dalla comunità scientifica. Un ostracismo che riesca a cancellarne la memoria. Perché – si chiede – perder tempo a criticare un «nemico della democrazia»? Tanto più se – come ritiene Ripepe, ed io con lui – la figura del giurista tedesco è stata a lungo sopravvalutata e ambiguamente interpretata da tanta parte dell'intellettualità, in particolare quella democratica e di sinistra. Sembra quasi che Ripepe teorizzi, schmittianamente, che il solo rapporto che si può avere con un «nemico» è quello di estraneità, che deve intendersi nel suo significato «concreto» ed «esistenziale», poiché il nemico «è semplicemente l'altro, lo straniero», con il quale il solo rapporto che si può instaurare è di «annientamento», quello scontro che prevede «la possibilità reale dell'uccisione». Ripepe sembra quasi volere la morte intellettuale di Schmitt e la dispersione del suo malefico lascito. È certo che non può tacciarsi d'ambiguità una simile posizione. Avendo, inoltre, più di una ragione dalla sua: la difesa della democrazia e l'avversione per le visioni totalitarie, in primo luogo.

In fondo anche Hasso Hofmann, trent'anni dopo aver scritto un'opera fondamentale sul pensiero schmittiano, si chiedeva ancora «Perché Carl Schmitt?» Perché non autori molto più condivisibili e magari significativi? Ammetto infine che anch'io nel corso del mio lavoro costantemente – quasi ossessivamente – ho avuto presente l'interrogativo di Hofmann, che oggi mi ripropone il mio recensore. È arrivato dunque il momento di dire *perché Schmitt,* e uno studio dedicato alla sua inammissibile concezione di democrazia identitaria.

Le ragioni che mi hanno indotto a scrivere questo libro solo essenzialmente due: un sentimento di *preoccupazione* e una volontà di *distacco*.

Preoccupazione dello stato di cose presenti. Una valutazione critica dell'evoluzione dei sistemi costituzionali e democratici, che non mi sembra vivano «magnifiche e progressive sorti», bensì tendano a perdere progressivamente di valore e di senso.

Distacco dal contingente. Convinto che, almeno in parte, le difficoltà, le sofferenze, le confusioni dei nostri sistemi democratici siano provocate – o almeno accelerate – dallo schiacciamento sul reale, sia della politica, ma anche della riflessione teorica. Uno schiacciamento che produce paradossalmente un'incapacità ad afferrare il presente: sommersi dal flusso degli accadimenti, incapaci di stabilire dove va la corrente o ancora peggio di discernere.

Questo studio si propone allora come un tentativo, comunque consapevole, di dare una dignità alle riflessioni sugli scenari sottesi, non immediatamente percepiti, che spiegano la crisi e le trasformazioni più di fondo, lente e complesse, dei sistemi democratici contemporanei. Un tentativo forse desueto in tempi di «memorie corte» e pas-

saggi epocali sempre evocati, tanto rapidi quanto improbabili. Voglio dirlo con chiarezza e senza ipocrisia: rivendicando un metodo di coerenza scientifica, contro un'insopportabile e – ahimè – diffusa *letteratura allegra*, che si priva gioiosamente di ogni fondamento di verità, di ogni profondità storica, di ogni sensibilità teorica. Una letteratura che *si accontenta* di raccontare, di risolvere l'immediato, di costruire mirabili castelli di carta, ma anche disposti a disegnare altre forme più acconce nel momento in cui dovesse cambiare il vento. Magari sul presupposto che ai giuristi – ed ai tecnici in generale – spetta razionalizzare il reale e nulla più. Personalmente credo invece che alla scienza spetti *speculare*, volgendo lo sguardo oltre ciò che appare, per tentare di cogliere ciò che è, ponendosi così – e solo così – al servizio di una «vita activa» e non solo di una «vita contemplativa».

Ma quale strada seguire per comprendere i movimenti di fondo e non contingenti che spiegano i percorsi e le tendenze degli ordinamenti contemporanei? Come evitare il rischio di riflettere su una costruzione ideale, anziché su una progressione reale?

C'è un'immagine che può spiegare la ragione della mia scelta. È quella, ben nota e a me molto cara, di straordinaria forza evocativa e simbolica, ripresa da Walter Benjamin, raffigurata nel quadro di Paul Klee «Angelus Novus»: un angelo che con le ali dispiegate viene trascinato dalla tempesta del progresso verso il futuro, ma egli caparbiamente volge lo sguardo verso il passato, scorgendo le macerie accumulate. Ritengo che la condizione dei tempi nostri e dello studioso in essi sono così plasticamente raffigurati. Consapevoli che non ci si può opporre al vento del progresso (che «spira dal paradiso», sottolinea Benjamin), persuasi che non ci si può trattenere per destare i morti o ricomporre l'infranto, nondimeno convinti che bisogna tenere fisso lo sguardo sulle macerie prodotte dal passato, volgendo le spalle al futuro, per comprenderlo e per evitare di trovarsi senza storia, abbandonandosi alla tempesta che ci condurrà in territori lontani.

Proprio la ricerca delle cause ultime e profonde della crisi in cui versano oggi i nostri ordinamenti democratici, mi ha indotto dunque a volgermi al passato, per *guardare in faccia* il Novecento, esaminando le riflessioni che hanno spiegato la costruzione del Moderno.

Ma quale Novecento? Quale prospettiva tra le tante che si sono intrecciate e che hanno contribuito a gettare le basi dell'edificazione del Moderno?

La domanda che in fondo mi rivolge il mio recensore è questa: perché, tra tutte le figure del secolo scorso, proprio Schimitt? Perché dare spazio e dedicare attenzione alla sua temibile visione identitaria di democrazia? Perché non volgersi a considerare costruzioni pluraliste e democraticamente più affidabili? Perché, ad esempio, non Kelsen? Autore, quest'ultimo, che sul terreno della riflessione sulla democrazia appare senz'altro ben più rassicurante. Un confronto, invero, nel libro è tentato e – come riconosce Ripepe – non v'è equidistanza di giudizio tra le diverse posizioni espresse; anche l'autore praghese viene nel libro criticato e si cerca di mettere in luce i limiti delle sue ricostruzioni, ma è netta ed evidente la distanza che separa l'una o l'altra impostazione, anche dal punto di vista delle loro distinte «visioni del mondo».

Voglio però dare una risposta quanto più esplicita e diretta possibile alla domanda che mi viene rivolta. Schmitt e non Kelsen (ovvero altri) perché il primo più del secondo, più d'ogni altro, ci pone domande inquietanti, tanto meno condivisibili quanto più da prendere seriamente in considerazione. Oppure si crede veramente che il pensiero decisionista è definitivamente tramontato? Carl Schmitt è morto, non così – io credo – i modi del suo pensiero. Ripepe vorrebbe *cancellare* Schmitt, ma poi riconosce che prendere partito, sebbene criticamente, per Kelsen, «per paradossale che possa sembrare, oggi significa andare controcorrente», vorrebbe abbattere il tabù di Schmitt «grande giurista», ma rimosso il tabù, rimangono i totem. Mi chiedo poi se sia effettivamente solo un tabù quello della

grandezza di Schmitt, se sia sbagliato considerare «un classico» il pensatore tedesco. In fondo cos'è un «classico»? Un autore il cui insegnamento oltrepassa il suo tempo. E non è questo proprio il caso di Carl Schmitt? Sarà – come tanto il sottoscritto quanto il suo recensore ritengono – un insegnamento «tragico», ma non ci si può scegliere i «classici» e fare entrare entro questa categoria solo chi piace o si condivide, altrimenti la strage dei grandi pensatori è assicurata (almeno da parte di chi come me cerca di essere attento, ma non neutrale). Nel libro si definisce il pensatore di Plettenberg una «figura maledetta», il che però non ci può esimere dal continuare a riflettere sulle questioni da lui poste, fintanto che esse peseranno come macigni sul nostro presente. Se il giudizio politico su Schmitt non può conoscere attenuanti, continuare ad interrogarsi su quella che nel libro è definita la sua «diabolica grandezza» appare necessario. Necessario almeno per un giurista inquieto e non appagato, alla ricerca delle giuste domande, più che delle rassicuranti risposte, quale deve essere – io credo – il giurista di oggi, che opera in tempi in cui ad «infischiarsene del costituzionalismo» – come dice Ripepe – non è solo un morto (Carl Schmitt), ma un esercito di vivi. Guardare in faccia al male, scorgendo la sua «banalità», come insegna la Arendt, senza rimuovere le domande scomode, questo mi ha indotto a studiare la classicità, non voltando lo sguardo se questa assume forme e modi sgraditi, anzi esecrabili. Sì, personalmente credo che Carl Schmitt debba considerarsi un «classico», con cui è necessario fare i conti ancor oggi.

Ma il mio recensore mi rivolge anche una seconda, tutt'altro che provocatoria, critica: avere usato un eccessivo *fair play* nei confronti di prospettive riconosciute non condivisibili e dunque da combattere con maggior passione e più direttamente. Credo che la critica mossa debba essere considerata con grande attenzione poiché tocca un tema delicatissimo e controverso, che va ben oltre il caso specifico che riguarda il mio studio sulla democrazia identitaria. Coinvolge ancora una volta il ruolo dello studioso, i compiti del giurista accademico, tanto più se egli opera in tempi confusi ed incerti. Non solo dunque i modi ed i toni utilizzati (pacati o aggressivi) nelle analisi svolte, ma ben più sostanzialmente gli scopi immediati e i fini ultimi che si ritiene debbano essere propri della ricerca scientifica. Scuserete lo schematismo al quale il poco spazio disponibile mi obbliga, ma credo debba affermarsi con forza – soprattutto di questi tempi – che non può ridursi lo studio ad uno strumento per creare consenso. Al politico e al potere la ricerca del consenso, quanto mai necessaria, agli studiosi e alla ricerca scientifica il diverso compito dell'*analisi* e della *dimostrazione*. Non è questa la sede per discutere se questo distacco dall'immediato contingente possa essere definito – come molti in questi tempi ritengono – nei termini di una teoria della argomentazione, ovvero se ciò pretenda più prosaicamente solo un'etica meno conformista di quella che solitamente è propria dei giuristi cortigiani. Ciò che in ogni caso appare utile mettere in evidenza è che la missione dello studioso è quella di *prendere e far prendere coscienza*. Un'opera di disvelamento dunque. È allo studioso che spetta dichiarare (anche solo sussurrare) «il re è nudo». Per questo ai costituzionalisti in particolare (gli studiosi dei limiti del potere!) dovrebbe essere «vietato» confondersi con il sovrano, distinguendo il *loro* punto di vista da quello di chi esercita il potere. Visione ingenua, direte. E poi come conciliare questa necessaria distanza relativa dal potere, con la preoccupazione per lo stato di cose esistenti, l'impegno civile e *politico* di giuristi che non credono nella neutralità della scienza? Potrei affermare: con il *pensiero critico*. Ma a questo punto mi rendo conto che dovrei inoltrarmi in percorsi argomentativi che ci porterebbero lontano, meglio dunque tornare al libro e concludere questa replica limitandomi ad enunciare in che modo si è tentato di rendere effettivi i canoni cui ora si è fatto riferimento, e che cosa c'entri tutto ciò con il *fair play*.

Appoggiandomi alle affermazioni di principio testé formulate potrei cavarmela sostenendo che al «politico» spetta l'irruenza e la passione, mentre allo «studioso» la riflessione e la freddezza. In vero, non è così semplice (*pathos* e *logos*, non sono così nettamente separabili e poi c'è l'*ethos* che complica ulteriormente le cose). La principale ragione che mi ha indotto a non indulgere in valutazioni personali o condanne morali esaminando anche le parti più infami del pensiero schmittaino è che mi è sembrato i fatti potessero dimostrare più delle opinioni. Con lo scopo ultimo di *prendere e far prendere coscienza*.

C'è un ultimo e collegato aspetto cui vorrei accennare. C'è da rispondere ad una domanda inevasa che credo sia rimasta sullo sfondo: del libro, della recensione di Ripepe, della mia replica. Una domanda che immagino i lettori del mio lavoro si saranno posti. Non ci si può non chiedere, infatti, se uno studio teorico, che guarda al passato, non sia anche *utile* all'oggi; se *serve* a capire il cambiamento che stiamo vivendo, e magari a fornire degli strumenti per avversarlo, qualora non ci sia gradito, ovvero per indirizzarlo verso sviluppi più convincenti. Un libro che possa essere *usato* nella prospettiva del «capire per trasformare».

La domanda appare più che legittima. In fondo potrebbe ben ritenersi che scrivere un libro su Schmitt e la democrazia identitaria in una fase storica di profonde e traumatiche trasformazioni dei nostri ordinamenti costituzionali, in una fase di passaggio che vede sfumare la sovranità statale e in essa il ruolo dei partiti politici, nonché travolte molte delle categorie classiche su cui s'è definita la scienza costituzionalistica, caduti tutti sotto il fuoco della politica imperiale e di guerra, dei terrori e dei terrorismi globali, di una politica agonizzante ma arrogante, sia non solo inutile, ma anche controproducente. Un parlare di sesso degli angeli, lasciando sguarnita la difesa della città assediata e favorendo così l'assalto distruttivo dei barbari.

Personalmente penso, invece, che uno studio come quello da me intrapreso abbia una sua particolare utilità immediata. Questo libro è stato scritto anche – o forse soprattutto – per manifestare un impegno sociale e culturale *di parte*. Espressione di una certa «visione del mondo», rappresenta una determinata forma di «politica culturale».

Può darsi che la mia concezione della «politica» non sia la più consueta, certamente non intesa come impegno politico attivo e diretto, ma non credo neppure di propugnare una visione astrale e rarefatta della politica, una visione separata cioè dai bisogni concreti. Non penso che il distacco dall'immediato contingente debba essere inteso come distacco dalle cose del mondo, bensì come mezzo per meglio osservare le medesime cose. E questo piano della politica credo sia anche quello della cultura, per come prima definita.

Due esemplificazioni possono essere utili per rendere palese quale è – secondo il suo autore – l'uso politico immediato del testo che qui si discute.

1. Come si può convincere della criticità del tempo presente, dando così corpo a quel sentimento di *preoccupazione* circa lo stato di cose presenti, che si è detto costituire una delle due ragioni che hanno spinto a scrivere questo libro? *Convincere*, non semplicemente persuadere («La persuasione – spiega Kant – è una semplice apparenza», mentre solo la convinzione, che è fondata sulla verità del suo oggetto, può ottenere l'adesione di qualunque essere ragionevole; per questo, riprendendo le parole di Perelman, «per chi si preoccupa del carattere razionale dell'adesione, convincere è più che persuadere»). La risposta nel libro è stata la seguente: non tracciare mai – volutamente mai – alcun parallelo con l'attualità politica odierna. Si scrive anzi sin dal *prologo* del libro che «non si vogliono (…) ipotizzare facili ed improbabili parallelismi. Lo studio dei «modelli di democrazia» non può essere compiuto in astratto, deve sempre essere riferito alla concreta situazione storica. Ed il contesto entro cui fu elaborata la dottrina schmittiana non è confrontabile con quello degli attuali nostri ordinamenti

giuridici concreti. Nessun accostamento diretto, dunque». Immediatamente dopo si aggiunge che dalla storia si deve però apprendere. Si sottolinea, infine, come le trasformazioni delle nostre democrazie contemporanee – dunque il *futuro* delle nostre democrazie – ripropongono gran parte dei temi fondamentali del pensiero schmittiano: «Pulsioni plebiscitarie e critiche al regime parlamentare, ricerca di identità e insofferenza nei confronti del sistema politico-rappresentativo, volontà decisioniste ed irritazione nei confronti della ricerca del compromesso, preferenza per la legittimità contro una legalità ritenuta un ostacolo alla sovranità ed ai poteri, esasperazione della contrapposizione tra l''amico' e il 'nemico'». Volendo *convincere* che le nostre democrazie «avanzate» corrono reali rischi d'involuzione e caduta, rilevando che esse possano degenerare, la riproposizione della esecrata democrazia identitaria dovrebbe preoccupare non poco ogni persona ragionevole. Spetta a me trarre le conclusioni? Non credo. All'evidenza «l'ardua sentenza». Questo è solo *fair play*? No, solo il tentativo di poggiare le proprie analisi sulle solide basi della storia, della logica e della deduzione, al fine di giungere a conclusioni fondatamente preoccupate, ma anche – si spera – scientificamente produttive.

2. La volontà di *distacco* dal contingente, che rappresenta la seconda ragione che ha spinto a scrivere il libro, è anch'essa alla base della passione fredda che si è tentato di adottare nell'analisi. Ritenendo necessario alzare lo sguardo dall'immediato, dai luoghi comuni, dalle verità tralatiziamente ripetute, non si è voluto indugiare neppure su quegli aspetti che erano più facili bersagli polemici, confutabili in base al senso comune (l'affermazione schmittina secondo cui «una dittatura è possibile solo su un fondamento democratico», per dirne una). Può essere apparso che in tal modo non si sia voluto aggredire direttamente i problemi. In verità lo scopo era ben più ambizioso: tralasciare i «bersagli» facili, per colpire quelli più lontani e di difficile presa. Primo tra questi il concetto stesso di democrazia. Ho sempre ritenuto che «democrazia» fosse tra le espressioni più abusate, considerata un valore assoluto, buono in sé, e pertanto mai seriamente discussa, spesso ridotta a vuota retorica. Spero di avere dimostrato che il problema delle democrazie sia quello della loro «qualità»: se anche quelle identitarie possono essere considerate tipi di democrazia, pur rinvenendo il loro fondamento nella «dittatura», per *tabulas* mi sembra si debba riconoscere l'insufficienza del *nomen* «democrazia». Se dunque non ci si può accontentare di definirsi democratici, poiché è sempre possibile la degenerazione, e prima ancora la falsificazione o strumentalizzazione, questo testo non può non essere considerato un invito alla lotta contro la retorica democratica per la *qualificazione* della democrazia.

Così si spiega l'ultima parte del libro, dove si abbandona la «critica» a Schmitt ed alla sua ricostruzione teorica di democrazia identitaria, per guardare oltre: *oltre Schmitt*, ma anche oltre l'orizzonte del presente. Il capitolo conclusivo è dedicato a ricercare le tracce di un sentiero, senza l'ambizione di definire una prospettiva compiuta, poiché – come si scrive nel libro – «non è questo il tempo per le ricostruzioni generali. È questo invece il tempo della rimessa in discussione delle proprie certezze, della *decostruzione* dei modelli, del dubbio e dell'incertezza». Cionondimeno, si è ritenuto utile, proprio al fine di dare senso alla critica e far vedere le possibili vie d'uscita, non sottrarsi all'onere del «dire la mia», fornendo uno schizzo di quel che all'autore del libro appare una possibile e politicamente opportuna qualificazione delle nostre sofferenti democrazie: una «democrazia» non solo genericamente «pluralista», ma anche specificatamente «strutturata», si chiarisce nel testo. Tracce di sentiero dalle quali ripartire.

Conclusioni che potranno non appagare chi aspira a modelli certi e totalizzanti, insufficienti per chi ritiene di poter sempre dare risposte esaurienti e definitive ai problemi più diversi, non altrettanto sarà per coloro che sono consapevoli delle difficoltà

che corrono i nostri ordinamenti costituzionali, e che, non accontentandosi di una banalizzazione della democrazia, non rinunciano a ricercarne le *qualità*. Poiché la democrazia non è sempre uguale a se stessa.

Se questa consapevolezza potesse essere raggiunta, anche in base alle considerazioni svolte nel libro, pur se non si è inveito sul «corpo del nemico ucciso» (come direbbe De Luna), mi riterrei più che soddisfatto.

Finito di stampare nel mese di maggio 2007
nella Stampatre s.r.l. di Torino
via Bologna, 220