

Percorsi costituzionali

1-2.2015 Libera critica in libero Stato

Giuseppe de Vergottini
La libertà di pensiero
è sempre attuale?

Elisabeth Steiner -
Andreea Maria Roşu
Freedom of expression
and the challenges
of internet
in the jurisprudence
of the ECHR

Tommaso Edoardo Frosini
Libertà di critica
vs. vilipendio

Giulio Enea Vigevani
Sviluppi del diritto
di critica politica,
tra giudice nazionale
ed europeo

Ginevra Cerrina Feroni -
Antonio Belizzi
di San Lorenzo
Discriminazione
e manifestazione
del pensiero

Marco Sabbioneti
“Così frola
e così magistrato”.
Cenni su satira
e diritto di cronaca
nell'Italia liberale

Anna Gamper
Ni la force, ni la rigueur?
Judicializing Direct
Democracy

Fernando Reviriego Picón
Istituti penitenziari
e diritti fondamentali

Marcelo Figueiredo
L'influenza della *dottrina*
nelle decisioni
dei Tribunali costituzionali
del Brasile

Michele Belletti
La sollecitazione
del “fatto”.
Nella conformazione
delle unioni di persone
dello stesso sesso

Claudio Martinelli
La Magna Carta
tra storia del diritto
e diritti costituzionali

Luigi Compagna
Stagione
di antiparlamentarismo

Giampiero di Plinio
Teoria del nucleo
e costituzione vivente
tra costituzionalismo
‘occidentale’
e ‘costituzionalismo
islamico’

Georg Jellinek
Il ruolo
delle prime camere
nella legislazione
in materia finanziaria

Clemente Forte
Postfazione

Luigi Ciaurro
Camere alte e decisioni
di finanza pubblica

Percorsi costituzionali

1-2.2015 Libera critica in libero Stato

1-2.2015 Libera critica in libero Stato



Percorsi costituzionali

fMC

Fondazione Magna Carta

Percorsi costituzionali

1-2.2015



Jovene editore

Direttore

Giuseppe de Vergottini

Condirettore

Tommaso Edoardo Frosini

Comitato scientifico

Luca Antonini, Paolo Armaroli, Mario Bertolissi, Paola Bilancia
Beniamino Caravita di Toritto, Ginevra Cerrina Feroni, Achille Chiappetti
Claudio Chiola, Fabio Cintioli, Mario Comba, Giovanni Cordini
Giuseppe Franco Ferrari, Guido Guidi, Giampaolo Ladu, Vincenzo Lippolis
Aldo Loidice, Susanna Mancini, Stefano Mannoni, Manlio Mazziotti di Celso
Luca Mezzetti, Giuseppe Morbidelli, Roberto Nania, Ida Nicotra, Raffaele Perna
Giovanni Pitruzzella, Giulio Maria Salerno, Lorenza Violini, Nicolò Zanon

Comitato scientifico internazionale

Armin von Bogdandy (Germania), Selin Esen (Turchia)
Marcelo Figueiredo (Brasile), Anna Gamper (Austria)
Yasuo Hasebe (Giappone), Chris Himsworth (Scozia)
Peter Leyland (Inghilterra), Otto Pfersmann (Francia)
Calogero Pizzolo (Argentina), Michel Rosenfeld (USA)
Dominique Rousseau (Francia), Pedro Tenorio (Spagna)

Segreteria di Redazione

Ulrike Haider Quercia

Amministrazione e pubblicità

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli - Italia
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87
website: www.jovene.it email: info@jovene.it

Condizioni di abbonamento: € 70,00

Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore:

- a)** con versamento sul c.c. bancario IBAN IT62G0307502200CC8500241520
o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento;
b) a ricezione fattura; **c)** on line collegandosi al sito dell'Editore: www.jovene.it.

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo
se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.
I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore
su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

I contributi pubblicati su questo fascicolo sono soggetti a valutazione
da parte di un comitato di referee.

Finito di stampare nell'ottobre 2015 - Ink Print Service - Napoli.

Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 17 del 25 marzo 2014.

INDICE

1-2.2015

Libera critica in libero Stato

EDITORIALE

GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *La libertà di pensiero è sempre attuale?...* p. 3

SAGGI

- ELISABETH STEINER - ANDREEA MARIA ROȘU, *Freedom of expression and the challenges of internet in the jurisprudence of the ECHR* » 33
- TOMMASO EDOARDO FROSINI, *Libertà di critica vs. vilipendio* » 57
- GIULIO ENEA VIGEVANI, *Sviluppi del diritto di critica politica, tra giudice nazionale ed europeo* » 67
- GINEVRA CERRINA FERONI - ANTONIO BELLIZZI DI SAN LORENZO, *Discriminazione e manifestazione del pensiero* » 85
- MARCO SABBIONETI, *“Così frola e così magistrato”. Cenni su satira e diritto di cronaca nell’Italia liberale* » 105

OSSERVATORIO

- ANNA GAMPER, *Ni la force, ni la rigueur? Judicializing Direct Democracy* » 125
- FERNANDO REVIRIEGO PICÓN, *Istituti penitenziari e diritti fondamentali* » 141
- MARCELO FIGUEIREDO, *L’influenza della dottrina nelle decisioni dei Tribunali costituzionali del Brasile* » 175
- MICHELE BELLETTI, *La sollecitazione del “fatto”. Nella conformazione delle unioni di persone dello stesso sesso* » 193
- CLAUDIO MARTINELLI, *La Magna Carta tra storia del diritto e diritti costituzionali* » 211

LUIGI COMPAGNA, <i>Stagione di antiparlamentarismo</i>	p. 227
GIAMPIERO DI PLINIO, <i>Teoria del nucleo e costituzione vivente tra costituzionalismo 'occidentale' e 'costituzionalismo islamico'</i> ...	» 239

PASSATO E PRESENTE

GEORG JELLINEK, <i>Il ruolo delle prime camere nella legislazione in materia finanziaria</i>	» 259
CLEMENTE FORTE, <i>Postfazione</i>	» 287
LUIGI CIAURRO, <i>Camere alte e decisioni di finanza pubblica</i>	» 291
<i>Elenco collaboratori</i>	» 297

EDITORIALE

GIUSEPPE DE VERGOTTINI

LA LIBERTÀ DI PENSIERO È SEMPRE ATTUALE?

1. Il tumultuoso sviluppo tecnologico con l'affermarsi del ruolo della rete non esclude che la tradizionale libertà di pensiero e il diritto a manifestarla attivamente tramite i diversi modi di diffusione rimanga fra i cardini di una democrazia liberale. E ciò sia in sede di rapporti interpersonali sia nei più ampi rapporti che coinvolgono i mezzi di comunicazione e diffusione che influenzano i comportamenti sociali e politici con la formazione della pubblica opinione. Questa libertà in vario modo si interseca con la libertà religiosa, di ricerca scientifica, di insegnamento, oggetto di separate previsioni negli strumenti costituzionali e convenzionali internazionali, tutte libertà che si caratterizzano per la elaborazione e diffusione di idee, opinioni e conoscenze. Le più recenti tecnologie diffusive non fanno altro che arricchire il panorama dell'odierno aggiornato costituzionalismo sia per quanto riguarda l'esigenza di mantenimento delle garanzie per assicurare il pieno dispiegarsi della libertà di pensiero sia per determinare quali ne possano essere i limiti inevitabili da ammettersi.

Questa libertà trova riconoscimento in tutte le costituzioni ispirate ai principi liberali. Trova invece pesanti limiti in quelle autoritarie di diverso segno ideologico che sono accomunate dal proposito di controllare l'opinione delle persone comprimendo la circolazione delle idee e delle informazioni che viene ammessa soltanto ove compatibile con le linee ufficiali della politica del regime.

Le convenzioni internazionali sono ricche di previsioni garantiste.

La Dichiarazione Universale del 1948, all'articolo 18 prevedeva la libertà di pensiero, coscienza, religione. Al successivo articolo 19 la libertà di opinione ed espressione incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di ricercare, ricevere, diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo alle frontiere. Così pure dispone il Patto internazionale sui

diritti civili e politici del 1966, agli articoli 18 e 19, precisando tuttavia in modo piuttosto analitico possibili restrizioni da adottarsi per legge, date dal rispetto di diritti altrui o resi necessarie per ragioni di sicurezza nazionale, ordine pubblico, sanità e morale pubbliche. La Convenzione americana sui diritti dell'uomo del 1969, articolo 13, garantisce il diritto di cercare, ricevere, diffondere informazioni e idee di ogni genere. Inutile dire che questi principi universali vengono osservati in ristrette aree del globo essendo sistematicamente violati o messi in seria discussione soprattutto in Asia e Africa.

Nello spazio europeo la CEDU del 1950 prevede all'articolo 9 la libertà di pensiero, coscienza e religione e all'articolo 10 la libertà di espressione che include quella di opinione e quella di ricevere o comunicare informazioni o idee. Diritto da assicurarsi a chiunque senza ingerenze dell'autorità pubblica e senza sbarramenti di frontiera. Manca tuttavia una esplicita estensione al diritto di ricercare informazioni. È prevista la adozione con legge di misure restrittive "necessarie in una società democratica" giustificabili per ragioni di sicurezza nazionale, integrità territoriale, ordine pubblico, prevenzione, salute, morale, tutela di altrui diritti, tutela di informazioni riservate, tutela della funzione giudiziaria. Quindi la Convenzione lascia aperto un ambito veramente ampio di possibili restrizioni.

Questi articoli vengono confermati quasi testualmente dall'articolo 10 e dall'articolo 11 della Carta dei diritti fondamentali della Unione europea (c.d. Carta di Nizza del 2000). Il secondo comma dell'articolo 11 aggiunge che "la libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati".

2. Negli ordinamenti ispirati ai principi liberali la libertà di pensiero è anche la base di ogni dialettica politica. È insita nel pluralismo ideologico che caratterizza la essenza stessa della democrazia. Comporta la diversità di orientamento culturale e politico e la contrapposizione di opinioni nel Paese e nelle sedi istituzionali, radice del diritto al dissenso e quindi alla opposizione politica, anche parlamentare.

Questa libertà, che a parole nessuno rinnega, anche in ordinamenti che siamo abituati a considerare liberali, è costantemente messa in pericolo dalla tradizionale tendenza al conformismo che caratterizza i rapporti sociali e politici e subisce continue minacce

dalla tendenza alla uniformazione delle coscienze che è agevolata dal controllo dei più importanti mezzi di informazione sia da parte della autorità politica che da parte di soggetti economici in posizione di monopolio o oligopolio.

Per quanto riguarda la sua struttura, siamo di fronte non solo a una libertà *negativa*, e quindi al diritto a non essere ostacolati nella formazione delle proprie opinioni e nella espressione del pensiero come massima esigenza da tutelare, in quanto connaturata alla personalità dell'uomo, ma anche *positiva*, in quanto pensiero attivo, veicolato verso altri soggetti in un contesto di complessità sociale in modo dinamico attraverso i diversi mezzi di diffusione che il potere politico non deve ostacolare o, sotto un particolare profilo, deve concorrere ad assicurare.

La manifestazione del pensiero si attiva attraverso diverse modalità che rispecchiano possibili diversi contenuti. Ci si può quindi riferire alla semplice manifestazione di una opinione come al diritto di critica, al diritto di cronaca e al complesso atteggiarsi della informazione, fino al diritto di satira.

Con la tutela del *diritto di critica*, l'ordinamento garantisce quell'aspetto della libertà di pensiero che è funzionale alla dialettica democratica. La assicurazione di tale diritto va ben al di là della mera tutela della opinione. La libertà di opinione permette di esprimere la propria idea su una questione. Il diritto di critica, invece, comporta una contrapposizione polemica diretta a censurare opinioni e comportamenti altrui. È voler scuotere, provocare una reazione. La critica si distingue nettamente dal *diritto di cronaca*, che consiste nel riferire una realtà fenomenica (fatto o comportamento). La cronaca, essendo informazione, deve essere obiettiva. La critica, comportando valutazioni personali, è soggettiva. La cronaca nasce con il fatto e lo descrive, la critica segue la descrizione del fatto e lo valuta. La cronaca esprime l'identità tra una realtà fenomenica e l'informazione che la veicola, la critica esprime un dissenso verso quella realtà fenomenica.

Ecco quindi profilarsi in tutta la sua ricchezza il diritto a informare che parte dalla libertà di cronaca riconducibile all'art. 21 della Costituzione. A quest'ultimo si aggiungono gli "effetti riflessi" dati dalla esigenza di essere informati. In quanto i destinatari dell'informazione hanno un indubbio interesse a ricevere il massimo di informazione senza impedimenti di sorta. La pluralità delle fonti di

informazione e il libero accesso alle medesime comporta la connotazione di un diritto sociale. Le normative sul segreto assumono quindi un profilo di particolare delicatezza e sono giustificabili soltanto quando sia rintracciabile una plausibile giustificazione costituzionale a protezione di particolari interessi.

Cronaca e critica non sono diritti privi di limiti dovendosi esercitare rispettando la reputazione dei soggetti oggetto di chi le esercita. Non solo le costituzioni ma anche tutti gli strumenti internazionali consentivano e consentono svariati limiti in deroga per ragioni di sicurezza, ordine pubblico, salute, morale, limiti che nelle democrazie liberali sono sottoposti alla condizione della riserva di legge e della verifica giurisdizionale.

3. Un interessante momento di convergenza fra manifestazione del pensiero e critica si ha nel *diritto di satira* che si trova a cavallo nel nostro ordinamento fra articolo 21 e articolo 33 della Costituzione, toccando la manifestazione del pensiero ma anche il ricorso alla libera creatività di natura artistica. La satira, tradizionalmente intesa, mette alla berlina un personaggio pubblico ponendolo sullo stesso piano dell'uomo medio. Da questo punto di vista, la satira è considerata un veicolo di democrazia, perché diventa applicazione del principio di uguaglianza. Il messaggio satirico può entrare in conflitto con i diritti costituzionali all'onore, al decoro, alla reputazione, e quindi, come per la cronaca e la critica, si rende necessario un bilanciamento degli interessi in conflitto. Bilanciamento che dovrà tenere conto delle peculiarità dell'opera satirica.

Ciò che appare importante notare è il fatto che anche la satira si riconduce all'ambito dell'articolo 21, in quanto il punto di partenza del processo creativo dell'autore sta tutto nella libertà di opinione che viene come sublimata dalla modalità di espressione artistica. Peculiare della satira è l'*interesse pubblico*, riferito al personaggio rappresentato, interesse pubblico che è il solo parametro di valutazione della sua legittimità. Con un significato diverso, più ampio rispetto a quello assunto nella cronaca e nella critica.

Il significato del "nesso di coerenza causale" tra la rilevanza pubblica del personaggio preso di mira e il contenuto del messaggio satirico si coglie tenendo presente la differenza tra la satira da un lato, la cronaca e la critica dall'altro. La *cronaca* raccoglie la realtà (o presunta tale) e la diffonde attraverso diversi mezzi di tra-

smissione delineando la dimensione pubblica del personaggio. La *critica* esprime un giudizio su uno o più profili dello stesso. La *satira* seleziona alcuni aspetti e ci scolpisce e disegna sopra. Ed è proprio questa ultima attività artistica e che in Italia viene tutelata dall'art. 33 Cost. Ciò porta alla conseguenza che nella satira non esiste l'obbligo di rispettare la verità dei fatti. Anzi, caratteristica principale della satira è proprio la *deformazione della realtà*, la sua rappresentazione in termini paradossali.

Vi è chi ritiene che quest'ultimo dato allontani la satira dall'ambito dell'articolo 21 o delle norme dovunque presenti a tutela della libertà di pensiero nelle sue molteplici manifestazioni. Non siamo d'accordo perché riteniamo che il fulcro della satira sia pur sempre la libertà di opinione.

La questione non è meramente accademica ma assolutamente reale con particolare riferimento alla satira che colpisca non personaggi viventi, ma entità spirituali o simboli religiosi, e quindi sia potenzialmente lesiva non della reputazione di un determinato soggetto, ma del sentimento religioso, come dimostra la recente vicenda delle vignette anti islamiche e la drammatica conclusione dell'attacco terrorista al foglio satirico parigino. La satira religiosa provoca un conflitto tra opposti valori costituzionali. Da un lato, la libertà dell'arte di cui all'art. 33 Cost.; dall'altro, non più il diritto alla reputazione (come negli altri casi finora richiamati), ma il sentimento religioso, tutelato in Italia dall'art. 19 Cost., norma che sancisce la libertà di religione. In realtà il problema evidente che si pone non consiste tanto nel dare la preferenza al profilo della tutela del sentimento religioso sulla manifestazione artistica ma nella molto più seria questione consistente nel determinare se accettare o rifiutare che la tutela del sentimento religioso prevalga sulla libertà di opinione che conduce alla formulazione grafica del messaggio satirico. Al fondo di tutto, quindi, sta il decidere se salvare o eliminare il diritto alla libertà di valutazione critica espressa in termini satirici. Che nel ventunesimo secolo uno stato laico possa accettare forme di censura sulla base di una pretesa "blasfemia" o dell'offesa a un credo religioso lascia interdetti e, purtroppo, la sensazione che si prova è che l'unica giustificazione di tali possibili atteggiamenti censori è il timore di ritorsioni violente e quindi un atto di viltà.

Ovviamente la soluzione in tal senso non è facile da prospettare in quanto secondo qualcuno la tutela della sensibilità religiosa

dovrebbe avere la precedenza assoluta. Ma, si ripete, questa linea di pensiero lascia seri dubbi. L'impressione che si ha è che la causa che conduce a limitare in casi come quello di Charlie Hebdo il diritto di satira sia ben altra e consista nella pur comprensibile paura di ritorsioni forti da parte terroristica. Non è fuori luogo pensare che la tesi della sensibilità religiosa mai sarebbe stata avanzata ove la satira avesse colpito in altre direzioni la sensibilità dei cristiani o degli ebrei che mai avrebbero reagito con propositi e mezzi violenti.

4. La libertà di pensiero, nelle sue articolazioni, incontra necessariamente limiti. Oltre a quelli legali presenti fisiologicamente in tutti gli ordinamenti liberali finalizzati a bilanciare la sua manifestazione col rispetto della reputazione individuale, del buon costume, della sicurezza, un cenno deve essere fatto al pesante aggravarsi del limite della sicurezza che nella generalità degli ordinamenti ha trovato nuova linfa e giustificazione a causa dell'accresciuto pericolo indotto dalla attività terroristica

L'ondata di paura che ha percorso il globo dopo l'atto terroristico del settembre 2001 ha avuto una nota ripercussione sulla libertà di informazione. La *legislazione di emergenza* diretta a contrastare il terrorismo, introdotta coralmemente, ha inciso su questa libertà ponendo severi limiti anche in paesi tradizionalmente considerati come del tutto garantisti.

In particolare, sono note le polemiche che hanno seguito l'adozione della legislazione emergenziale negli Stati Uniti che ha comportato deroghe alle norme del *Freedom of Information Act* (FOIA) soprattutto quanto alla informazione ottenibile con riferimento alle misure limitative della libertà personale dei sospetti di terrorismo detenuti senza le garanzie fondamentali di legge. Non solo la legislazione è apparsa a molti esageratamente restrittiva ma anche la giurisprudenza, fino alle pronunce della Corte Suprema a far tempo dal 2004, ha dimostrato di accettare la priorità del principio di sicurezza anche nei confronti della libertà di informazione e di accesso alla informazione.

Si possono da ultimo ricordare le recenti leggi anti-terrorismo francesi (Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014, cui ha fatto seguito Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015, quest'ultima conseguenza del clima di reazione ai fatti di Charlie Hebdo. Il Consiglio Costituzionale con decisione n. 713 DC del 23 luglio 2015 ha sanzionato

alcune disposizioni della legge 912 ritenute incompatibili con la libertà costituzionale di espressione. In seguito alle censure del Consiglio, il Parlamento ha apportato le modifiche ritenute necessarie e la legge è stata promulgata. Entrambe le recenti leggi hanno significative implicazioni sulla libertà di espressione in relazione all'uso delle nuove tecnologie. In particolare si rileva: l'attenzione del governo francese alla veicolazione di messaggi potenzialmente pericolosi sui canali internet; lo sfruttamento della cooperazione con gli Internet Service Providers (ISP) ai fini di massicce e invasive investigazioni attraverso l'elaborazione di informazioni raccolte su internet; l'individuazione e la localizzazione di soggetti ritenuti pericolosi attraverso l'incrocio delle tracce web lasciate; presunzioni di affiliazioni ad organizzazioni terroristiche sulla base di visite regolari a siti web ritenuti pericolosi, o sulla base di pubblicazioni su social network di contenuti sediziosi; nuova valorizzazione dei reati di opinione attraverso la sanzione di espressioni pericolose per l'ordine pubblico riferite a intenti jihadisti.

Per molti aspetti, la nuova legislazione antiterroristica francese ha punti di contatto con quella turca introdotta dal governo Erdogan nel periodo delle primavere arabe. Il potere amministrativo di oscuramento di siti web senza provvedimento giurisdizionale ne è un esempio così come la cooperazione forzata degli ISP.

5. Questioni particolari nascono dalla diffusione di nuove tecnologie che condizionano le modalità di conoscenza in modo estensivo o restrittivo. Limitiamoci ad alcune cenni iniziando col ricordare l'importanza delle normative riguardanti *l'accesso ai dati*.

Come già ricordato una particolare rilevanza assume il diritto a ricevere informazioni dal potere pubblico e di accedere agli archivi elettronici e banche dati. Queste più aggiornate previsioni di solito si cumulano oggi con statuizioni che riguardano la tradizionale formulazione della garanzia della libertà di pensiero e opinione e di diffusione di informazione.

Così, a titolo di esempio, in Gran Bretagna Il *Freedom of information Act* del 2000 ha disciplinato il versante passivo della libertà di informazione e in particolare il dovere del governo di garantire un flusso costante di informazioni in merito alla propria attività a beneficio degli elettori e degli organi rappresentativi. Similmente la revisione della costituzione austriaca del 1987 impone all'articolo

20 che le autorità centrali e dei Länder forniscano informazioni ai cittadini. La costituzione olandese nel testo revisionato del 1983 prevede all'articolo 110 la trasparenza dell'azione amministrativa ma non un esplicito diritto all'accesso che sarà previsto da una apposita legge del 1991. Interventi di revisione costituzionale hanno condotto ad introdurre nella costituzione argentina il diritto di *habeas data* (articolo 43) che abilita a richiedere la conoscenza di dati riguardanti la persona detenuti da autorità pubbliche ma anche da privati e quando necessario a pretenderne la correzione o la eliminazione quando falsi o pregiudizievoli. Altre previsioni le troviamo nella costituzione brasiliana del 1999, art. 5, 2 e in quella del Sud Africa del 1996, art. 32, ma sono veramente numerosissimi gli esempi che si possono riscontrare sia a livello costituzionale che legislativo.

Il diritto di accesso ha una lunga storia anche se nella sua più aggiornata concezione si presenta come diritto relativamente recente. Risale infatti al 1888 la adozione in Colombia del Codice della amministrazione politica e municipale che consentiva ai cittadini il diritto di richiedere documenti custoditi da pubbliche autorità. In Italia ha avuto importanza il momento riflessivo sulla libertà di informazione attraverso la disciplina del diritto di accesso (legge 241/1990) che attribuisce ai cittadini la facoltà di venire a conoscenza dei documenti in possesso della pubblica amministrazione.

6. Uno dei temi oggi più dibattuti riguarda il *regime di internet* che potenzialmente tocca diversi diritti costituzionali consolidati. L'argomento è all'attenzione degli stati e delle istituzioni internazionali.

Limitiamoci a menzionare il rapporto "*Freedom of expression, media and digital communications*" edito nel 2012 dalla Commissione Europea nel quale ha evidenziato l'importanza delle nuove piattaforme web ai fini del miglioramento del pluralismo nelle democrazie in transizione, così come in quelle fragili, anche grazie al contributo individuale di tutti gli web-users. Infatti, se è vero che l'avvento della rete ha concentrato molto potere nelle mani pochi giganti di internet che forniscono servizi, la stessa ha anche espanso la libertà di veicolare contenuti e messaggi ben oltre i confini nazionali della carta stampata, rendendo pressoché impossibili regimi di pseudo-censura. Il dato si è manifestato con evidenza – e la Com-

missione ne dà debito conto – nel periodo delle primavere arabe dove diversi governi hanno tentato in tutti i modi di arrestare senza successo messaggi ritenuti di natura terroristica o comunque sovversiva. La Commissione ha poi sottolineato il ruolo dell'Unione nel preservare il regime di libertà di comunicazione digitale sulla base dell'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali. Viene altresì rilevata la urgente esigenza di nuove regolamentazioni del mondo digitale in grado di riconciliare la disciplina del diritto di autore con la libertà di espressione e con le esigenze di pubblica sicurezza.

L'attenzione di una parte del mondo politico italiano si riverbera nella *Dichiarazione dei diritti in internet* formalizzata da un apposito gruppo di lavoro istituito presso la Camera dei Deputati e diffusa a fine luglio 2015. Essa pretende presentarsi come la *summa* delle questioni che andrebbero organicamente affrontate dai legislatori ma si tratta soltanto di un documento di proposta che non sappiamo se sarà recepito a livello governativo o parlamentare. In modo estremamente succinto, i diritti fondamentali da riconoscersi all'interno dell'ecosistema di Internet dovrebbero essere il diritto di accesso (art. 2), il diritto alla conoscenza (art. 3), la tutela della *privacy* (art. 5 e, sotto diversi profili, 7 e 8, vale a dire come inviolabilità dei sistemi e tutela dai trattamenti automatizzati), il diritto all'oblio, derivato direttamente dalla ormai nota pronuncia della Corte di giustizia (art. 11), che corre parallelamente al diritto all'identità (art. 9). Da segnalare la qualificazione della *neutralità* della rete come diritto del singolo, declinata come non discriminazione dei dati trasmessi e divieto di restrizioni o interferenze (art. 4, co. 1) e considerata come condizione essenziale per l'esercizio effettivo dei diritti fondamentali in rete (art. 4, co. 2). In proposito va rilevato che il Parlamento Europeo e il Consiglio hanno già proposto un regolamento riguardante il mercato unico europeo delle comunicazioni elettroniche, che riguarda anche la *net neutrality* e che è in via di approvazione definitiva. Pertanto, qualunque documento legislativo o para-legislativo sul tema soggiacerebbe al primato della normativa europea.

Può apparire singolare che in un documento che pretende di affrontare tutto il ricco panorama delle conseguenze derivanti dalle nuove tecnologie dell'informazione sia praticamente dimenticato un forte accenno alla libertà di manifestazione del pensiero confinata in un articolo dedicato alla sicurezza della rete; mentre il diritto

(positivo) di accesso a internet assurge a pietra angolare della ipotetica carta.

La Dichiarazione potrebbe divenire un punto di riferimento anche in ambito internazionale, proponendo una convergenza della disciplina delle forme di tutela (soprattutto in ambito europeo). Una vocazione che muove, evidentemente, dalla intenzione di fornire – anche sul piano formale, come si legge nel § finale del *Preambolo*: sul piano sostanziale il discorso è già predicabile *in nuce* – un fondamento costituzionale alla tutela dei diritti del singolo all'interno della “rete delle reti”.

7. Tra i diritti di cui si dibatte vi è *l'accesso alla rete* che si identifica con l'adattamento alle attuali tecnologie del tradizionale diritto a esprimere liberamente il proprio pensiero e quindi comporta anche l'individuazione regolamentata dei possibili limiti al suo esercizio. In proposito alcuni ordinamenti hanno già assunto specifiche normative. In altri sono i giudici a preoccuparsi di individuarne portata e limiti. Il discorso è quindi aperto ed estremamente attuale.

Quello che da tempo appare chiaro è la apparente inadeguatezza dell'articolo 21 ad esaurire la questione anche se la sottoposizione a una lettura estensiva sembrerebbe poter ricondurre alla sua previsione il diritto di ciascuno di noi di ricercare e accedere all'informazione, di informare ed esser informato tramite l'accesso alla rete.

La libertà d'espressione è oggi il diritto di fruire, a parità di condizioni, di ogni servizio che sia reso disponibile per veicolare e condividere contenuti. E la libertà di espressione tramite internet comporta la tutela della neutralità della rete. Perché come più volte affermato dalla Corte di Giustizia Europea, ogni nuovo servizio della società dell'informazione è esso stesso esercizio di libertà di espressione, e come tale va difeso dalle ingerenze dello stato e dei poteri pubblici in generale.

Apparirebbe innovativo giungere a riconoscere in modo chiaro un vero e proprio *diritto all'accesso*.

Molti Paesi si sono già mossi in questa direzione. L'accesso ad *internet* è già configurato alla stregua di un diritto in Grecia a seguito della revisione costituzionale del 6 aprile 2001. L'art. 5A, comma 2, stabilisce che «ognuno ha il diritto di partecipare alla So-

cietà dell'informazione», precisando, allo scopo, che «lo Stato ha l'obbligo di agevolare l'accesso alle informazioni che circolano in forma elettronica, nonché la produzione, lo scambio e la diffusione di queste informazioni». Più determinata appare la disciplina nella costituzione dell'Ecuador del 2008 che all'articolo 16 parla di un diritto soggettivo.

In altre esperienze questo passo è stato intrapreso dalla giurisprudenza costituzionale e dalle giurisdizioni di merito. In proposito si possono citare almeno due notissime pronunce.

In tema di libertà d'espressione sulla rete internet negli Stati Uniti la Corte Suprema (*Reno v American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 del 26 giugno 1997), ha rilevato la incostituzionalità del *Communications Decency Act* che vietava, a determinate condizioni, le comunicazioni indecenti apparse sulla rete internet in quanto in contrasto con il Primo Emendamento che sancisce la libertà di espressione a prescindere dalla sostanza dei contenuti espressi. In un'ottica di bilanciamento ha stabilito la prevalenza del profilo di manifestazione del pensiero piuttosto che quello relativo alla riservatezza e segretezza della comunicazione, anch'esso tutelabile costituzionalmente per il tramite del XIV Emendamento. Secondo la Corte *«I fatti accertati dimostrano che l'espansione di Internet è stata, e continua ad essere, fenomenale. È tradizione della nostra giurisprudenza costituzionale presumere, in mancanza di prove contrarie, che la regolamentazione pubblica del contenuto delle manifestazioni del pensiero è più probabile che interferisca con il libero scambio delle idee piuttosto che incoraggiarlo. L'interesse a stimolare la libertà di espressione in una società democratica è superiore a qualunque preteso, non dimostrato, beneficio della censura».*

In Francia con la pronuncia del Conseil Constitutionnel (*décision* n. 2009-580 DC, 10 giugno 2009) sulla legge riguardante la Hadopi, autorità amministrativa competente per la protezione dei diritti su internet, il giudice identifica il “diritto fondamentale” all'accesso a internet rispetto alla tutela del diritto d'autore, perché nel contesto di una diffusione generalizzata di internet, la libertà di comunicazione e di espressione presuppone necessariamente la libertà di accedere a tali servizi di comunicazione in linea. Il giudice costituzionale ha ritenuto che non si può giungere al blocco dei servizi a tutela del diritto d'autore attraverso la decisione di un'autorità amministrativa, senza una previa pronuncia giurisdizionale,

perché tale attività si pone in conflitto con l'art. 11 della "Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino" del 1789.

La giurisprudenza è quindi in movimento e praticamente nella generalità dei paesi il giudice costituzionale è chiamato a supplire a insufficienze normative. La Corte costituzionale italiana è stata investita dal giudice amministrativo (Tar del Lazio, 1 sezione, ordinanze 10016 e 10020/2014 del 26 settembre 2104) dell'esame della possibilità di determinare la rimozione di contenuti sulla rete da parte di un'Autorità amministrativa. Nella prospettazione del giudice *a quo* si indica il bilanciamento di vari diritti con il "diritto di accesso alla informazione in rete". Si attende che la Corte dia *«una lettura delle norme costituzionali in tema di libertà di espressione e di diritto all'informazione tale da garantire una tutela equivalente a quella prevista per la stampa anche ai nuovi mezzi di diffusione del pensiero mediante la "rete" e ciò non poiché stampa ed "Internet" siano equiparabili (anzi, le modalità sono radicalmente nuove e diverse) ma poiché la odierna società dell'informazione, cablata e unita in tempo reale dalla "rete", ha affiancato il ruolo di "Internet" a quello della stampa quale momento essenziale della libertà di manifestazione del pensiero, del diritto di informare ed essere informati, del pluralismo democratico e della libertà d'iniziativa economica secondo condizioni di piena concorrenza»*. Importante la sottolineatura operata dal Tribunale regionale per cui internet *«può definirsi già oggi uno dei principali strumenti di attuazione della "libertà di manifestazione del pensiero" sancita dall'art. 21 Cost.»*. Per la prima volta dall'avvento di internet è in discussione presso la Corte costituzionale il tema della manifestazione del pensiero su internet come diritto civile. Vedremo se grazie all'intervento della Corte si otterrà una parola chiara sulla rilevanza costituzionale dei diritti collegati a internet.

8. A grandi linee si può confermare che la libertà di pensiero, come si è evoluta nel tempo assicurando la garanzia delle sue varie manifestazioni e utilizzando le possibilità offerte dalle conquiste di una aggiornata tecnologia, rimane uno dei caposaldi di ogni sistema democratico in quanto strettamente legata alla possibilità pratica per i cittadini di conoscere, di essere al corrente dei fatti e in particolare di quelli che hanno rilevanza per la comunità politica nazionale e locale. La immediata circolazione delle opinioni e delle informazioni tramite la rete si è rivelata come una delle caratteristiche

ormai irrinunciabili degli aggiornati sistemi di comunicazione rivelatisi essenziali per la politica e per l'economia. In questo quadro il governo della rete è divenuto essenziale. Qui si incrocia la ancora non del tutto chiarita questione del rapporto fra autoregolamentazione della rete e ruolo del potere politico, questione vitale al fine di garantire l'accesso di idee, opinioni, informazioni da parte di chiunque intenda avvalersi di tale mezzo di comunicazione e dialogo. Di qui anche l'importanza essenziale della informazione come legata al principio di pubblicità, trasparenza e rigetto di forme di segreto che offuschino la possibilità di conoscenza e di riflesso provochino ostacoli alla valutazione dei comportamenti politici e di conseguenza rendano problematico l'impegno della responsabilità politica dei governanti. La democrazia è anche responsabilità e buon governo. I cittadini hanno il diritto di controllare le azioni dei propri *leaders* e di impegnarsi in una discussione approfondita su tali azioni. Essi devono essere in grado di valutare la *performance* del governo e questo dipende dall'accesso alle informazioni su stato dell'economia, sistemi sociali e le altre questioni di interesse pubblico. Uno dei modi più efficaci per affrontare le forme di cattiva amministrazione è attraverso un aperto informato dibattito. La libertà di informazione è anche uno strumento fondamentale nella lotta contro la corruzione e le malefatte dei governi.

GIUSEPPE DE VERGOTTINI

IS FREEDOM OF THOUGHT STILL RELEVANT?

1. The tumultuous development of technology, with the establishment of the role of the internet, does not prevent traditional freedom of thought and the right to express it actively through different means of dissemination from remaining one of the linchpins of liberal democracy. This is the case both with regard to interpersonal relations and to broader relations involving means of communication and broadcasting which influence social and political behaviour through the formation of public opinion. This freedom intersects in various ways with freedom of religion, scientific research and teaching, which are covered by separate provisions under constitutional law and international treaties, all of which are characterised by the elaboration and dissemination of ideas, opinions and beliefs. The most recent broadcast technologies do nothing other than enrich the panorama of the currently updated constitutionalism both as regards the need to maintain guarantees in order to ensure the full exercise of freedom of thought and also in order to determine which limits must inevitably be accepted.

This freedom is recognised in all constitutions inspired by liberal principles. On the other hand, it is subject to significant limits under authoritarian constitutions operating within a different ideological framework, which share the common feature of controlling public opinion by impairing the circulation of ideas and information, which is only permitted where it is compatible with the official political positions of the regime.

International conventions are replete with provisions establishing guarantees.

The Universal Declaration of 1948 covers freedom of thought, conscience and religion in Article 18. Article 19 protects freedom of opinion and expression including the right not to be harassed on account of one's own opinion and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers.

Also the International Covenant on Civil and Political Rights from 1966 makes similar provision in Articles 18 and 19, specifying however in a rather detailed manner the possible restrictions that may be adopted by law that are necessary in order to respect the rights of others or prove to be necessary on the grounds of national security, public order, health or public morals. Article 13 of the 1969 American Convention on Human Rights guarantees the right to seek, receive, and impart information and ideas of all kinds. Needless to say, these universal principles are respected in very limited areas of the globe and are systematically violated or subjected to serious challenge, above all in Asia and Africa.

Within the Europe, the ECHR from 1950 provides for freedom of thought, conscience and religion in Article 9, whilst Article 10 protects freedom of expression including freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas. This right must be guaranteed to all persons without interference by public authority and regardless of frontiers. However, the right is not explicitly extended to the right to search for information. Restrictive measures may be adopted in accordance with the law, provided that they are “necessary in a democratic society” and justifiable on the grounds of national security, territorial integrity, public order, prevention of disorder or crime, the protection of health or morals, the protection of the rights of others, protection of classified information and protection of the judicial function. Thus, the Convention leaves scope for a truly broad spread of possible restrictions.

These Articles are confirmed almost verbatim by Article 10 and Article 11 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. The second paragraph of Article 11 adds that “The freedom and pluralism of the media shall be respected”.

2. Within the legal systems inspired by liberal principles, freedom of thought is also at the root of all political debate. It is inherent within the ideological pluralism which characterises the very essence of democracy. It leads to differences in cultural and political outlook and the juxtaposition of different opinions within the country and the institutions, lying at the root of the right to dissent and thus to political opposition, including parliamentary opposition.

Even in systems which we are accustomed to consider as liberal, this freedom (which nobody denies in words) is constantly

jeopardised by the traditional trend towards conformity which characterises social and political relations and is placed under continuous threat by the trend towards uniformity of conscience, which is facilitated by the control of the most important means of communication either by the political authorities or by economic operators occupying a monopolist or oligopolist position.

As regards its structure, it amounts not only to a negative freedom (i.e. the right not to be impaired in relation to the formulation of one's own opinions and the expression of beliefs as a maxim requirement to be protected, as it is inherent within human personality), but also a positive freedom as active thought directed dynamically at other persons within a context of social complexity using different means of dissemination, which politics must not hinder and, in particular, must contribute to upholding.

Freedom of thought may be exercised in different ways, reflecting the possible range of different content. For instance, one may simply express an opinion by virtue of the right of criticism, freedom of the press and the complex engagement with information through to the right to satire.

In protecting the right of criticism, the legal system guarantees the aspect of freedom of thought that is functional to democratic debate. Guaranteeing that right reaches well beyond the mere protection of opinions. Freedom of opinion enables individuals to express their own ideas in relation to a given question. Freedom of criticism on the other hand involves a polemical opposition aimed at objecting to the opinions or behaviour of others. The intention is to shake up a situation, to provoke a reaction. Freedom of criticism is clearly distinguished from freedom of the press, which involves reporting an actual phenomenon (fact or conduct). Since reporting involves information, it must be objective. Since criticism involves personal assessments, it is subjective. Reporting emerges with the fact, which it describes, whilst criticism follows and evaluates the fact. Reporting expresses an identity between an actual phenomenon and the information conveying it, whilst criticism expresses a form of dissent towards an actual phenomenon.

In this way the full richness of the right to inform emerges, which stems from freedom of the press under Article 21 of the Italian Constitution. This must be supplemented by the "reflex effects" resulting from the need to be informed, insofar as the recipients of

information have an undoubted interest in receiving the maximum level of information without any impediment whatsoever. The variety of sources of information and their free accessibility is characteristic of a social right. The rules applicable to duties of secrecy thus take on a particularly delicate role and can only be justified in cases involving a plausible justification under constitutional law in order to protect particular interests.

Freedom of the press and the right to criticism are not unlimited rights, and must be exercised in a manner that respects the reputation of the individuals affected by those exercising the rights. Not only constitutions but also all international law instruments have permitted and continue to permit various exceptional limits on the grounds of security, public order, health and morals, which in liberal democracies may only be imposed by law and are subject to judicial review.

3. An interesting convergence between the expression of thought and criticism occurs in the right of satire, which straddles Articles 21 and 33 of the Italian Constitution, as it impinges both on the expression of thought as well as freedom of artistic creativity. Satire understood in its traditional sense, involves the pillorying of a public figure by placing him or her on the same level as the man on the street. From this point of view, satire is considered as a vehicle for democracy as it entails the application of the principle of equality. A satirical message may enter into conflict with constitutional rights to honour, decorum or reputation and thus, as is the case for freedom of the press and the right to criticism, it is necessary to weigh up the interests in conflict. This balancing operation must take account of the special characteristics of the satirical work.

It is important to note that also satire falls within the scope of Article 21 as the starting point for the creative process of the author lies in the freedom of opinion, which is exalted by the manner of artistic expression. A special feature of satire is the *public interest* pertaining to the public figure represented, which provides the sole criterion for assessing the legitimacy of the satire. This interest is construed in broader terms than in relation to freedom of the press and freedom of criticism.

The significance of the “nexus of causal coherence” between the public prominence of the public figure targeted and the content

of the satirical message may be appreciated by bearing in mind the difference between satire on the one hand and reporting and criticism on the other. *Reporting* captures the reality (or the presumed reality), which is disseminated through various means of transmission, highlighting the public dimension of the public figure. *Criticism* expresses a judgment regarding one or more aspects of the public figure. *Satire* selects certain aspects, which it moulds and develops. It is precisely this artistic activity which is protected in Italy by Article 33 of the Constitution. This means that satire is not subject to an obligation to respect the truth. In fact, the principal characteristic of satire is precisely the *distortion of reality*, or its representation in paradoxical terms.

Some commentators consider that this fact distances satire from the scope of Article 21 or any other provisions put in place in order to protect freedom of thought in its multiple manifestations. The author does not agree with this position, considering that the essence of satire nonetheless lies in freedom of opinion.

The question is not merely academic but is absolutely tangible with particular reference to satire that is not directed at people who are alive, but at spiritual entities or religious symbols, and which thus has the potential to harm not the reputation of a particular individual but religious sentiment, as is demonstrated by the recent case involving anti-Islamic cartoons and the dramatic conclusion of the terrorist attack on a Parisian satirical magazine. Religious satire gives rise to a conflict between opposing constitutional values, on the one hand, artistic freedom under Article 33 of the Constitution and on the other hand – no longer the right to reputation (as in the other cases mentioned above), but – religious sentiment, which is protected in Italy under Article 19 of the Constitution enshrining freedom of religion. In reality, the evident problem which arises involves not so much giving preference to the issue of protecting religious sentiment over and above artistic expression but in the much more serious question as to whether or not to accept that the protection of religious sentiment prevails over the freedom of expression resulting in the graphic formulation of the satirical message. It is ultimately necessary to decide whether to salvage or eliminate the right of critical assessment expressed in satirical terms. It is astonishing that in the Twenty First Century a secular state can accept forms of censorship based on an alleged “blasphemy” or the caus-

ing of offence to a religious creed, and unfortunately the feeling is that the only justification for such potential censorship is the fear of violent reprisals, and thus an act of cowardice.

Obviously, it is not easy to propose a solution to this dilemma since, according to some commentators, the protection of religious sentiment should take absolute precedence. However, it must be reiterated that this line of thought leaves serious doubts. The impression is that the cause which results in a limitation of the right to satire in scenarios such as the Charlie Hebdo case is quite different, as it consists in the albeit understandable fear of heavy reprisals by terrorists. It is not out of place to think that the religious sentiment argument would never have been advanced in the event that satire had struck out in another direction at the sensitivity of Christians or Jews, who would never have responded with violence.

4. Freedom of thought, in its various manifestations, is necessary subject to limits. Alongside the legal limits, which are a structural part of all liberal legal systems and are intended to balance out the expression of that right against the respect for individual reputations, public morality and public security, a reference must be made to the significant expansion in the scale of security limitations, which have found a new impetus and justification throughout various legal systems from the enhanced danger of terrorist attack.

The wave of fear which crossed the globe following the terrorist attack of 11 September 2001 had significant repercussions on freedom of information. The emergency legislation aimed at contrasting terrorism, which was introduced by common acclaim, subjected this freedom to severe limits even in countries with a strong tradition of guaranteeing rights.

In particular, as we know, controversy surrounded the adoption of emergency legislation in the United States introducing exceptions to the Freedom of Information Act (FOIA), above all in relation to the information that could be obtained with reference to measures limiting the individual freedom of suspected terrorists detained without fundamental legal guarantees. Not only did the legislation appear to many to be excessively restrictive, but also the case law – through to the Supreme Court rulings from 2004 onwards – has demonstrated its acceptance of the priority of security requirements also over freedom of information and access to information.

Finally, it is also important to note the recent anti-terrorism law enacted in France (Law no. 2014-1353 of 13 November 2014, followed by Law no. 2015-912 of 24 July 2015, the latter in response to the Charlie Hebdo massacre. Through decision no. 713 DC of 23 July 2015, the Constitutional Council struck down several provisions of Law no. 912, which were deemed to be incompatible with the constitutional right of freedom of expression. Following the objections raised by the Council, Parliament made the amendments considered necessary, following which the law was promulgated. Both of the recent laws have significant implications for freedom of expression in relation to the use of new technologies. In particular, it is important to note: the attention dedicated by the French Government to the transmission of potentially dangerous messages over the internet; the exploitation of cooperation with Internet Service Providers (ISP) with the aim of conducting massive and invasive investigations involving the processing of information collected from the internet; the identification and localisation of individuals regarded as dangerous by cross-referencing any online traces left behind; the presumption of affiliation with terrorist organisations on the basis of regular visits to websites regarded as dangerous, or on the basis of the posting of seditious content on social networks; the expansion of crimes of opinion through the punishment of forms of expression that represent a danger for public order involving the intention to pursue jihad.

In many senses, the new French legislation has various points in common with the Turkish legislation introduced by the Erdogan Government during the Arab Spring. The administrative power to block websites without authorisation by the courts is one example, along with forced cooperation on the part of ISPs.

5. Particular questions arise in relation to the dissemination of new technologies, which condition forms of knowledge in an extensive or restrictive manner. This section will be limited to a few references, and will start by recalling the importance of legislation governing access to data.

As noted above, the right to receive information from the public authorities and to access electronic archives and databases is of particular significance. The more up-to-date legislation is normally now cumulated with rulings on the traditional formulation of the

guarantee of freedom of thought and of opinion along with the dissemination of information.

For example, in the United Kingdom the Freedom of information Act 2000 regulated the passive aspect of freedom of information including, in particular, the duty of the government to guarantee a constant flow of information concerning its own activities for the benefit of voters and representative bodies. Similarly, Article 20 of the 1987 amended Austrian Constitution requires the central authorities and the Länder to provide information to citizens. Article 110 of the Dutch Constitution, as amended in 1983, stipulates the requirement of transparency of administrative action, but not an explicit right of access, which was subsequently provided for by a specific law in 1991. Constitutional amendments have resulted in the introduction into the Argentinean Constitution of the right of *habeas data* (Article 43), which entitles individuals to request information concerning persons detained by the public authorities, and also by private bodies, and where necessary to require their rectification or cancellation in the event that they are false or detrimental. Other provisions may be found in Article 5(2) of the 1999 Brazilian Constitution and Article 32 of the 1996 South African Constitution, whilst a very large number of examples may be found on both constitutional and legislative level.

The right of access has a long history, even though in its most recent conception it is presented as a relatively recent right. In fact, the adoption in Colombia of the Code of Political and Municipal Administration dates back to 1888, granting citizens the right to request documents held by the public authorities. The significant moment for freedom of information in Italy came with the establishment in law of the right of access (Law no. 241 of 1990), which grants citizens the right to gain information relating to documents held by the public administration.

6. One of the most debated issues nowadays concerns the rules applicable to the internet, which potentially impinge upon various consolidated constitutional rights. The matter has been considered both by states and international institutions.

It will suffice here to refer to the report on “Freedom of expression, media and digital communications” published in 2012 by the European Commission in which it stressed the importance of

the new web platforms for the purposes of improving pluralism within democracies in transition, as well as fragile democracies, also thanks to the individual contribution of all web users. In fact, whilst the advent of the internet has concentrated considerable power in the hands of a few giant internet service providers, it has also expanded the freedom to convey content and messages far beyond the national borders of the printed press, rendering regimes of pseudo-censorship practically impossible. This fact became clearly apparent – a fact which was duly acknowledged by the Commission – during the period of the Arab Spring where various governments attempted in all possible ways, albeit unsuccessfully, to block messages considered to relate to terrorism or to be otherwise subversive. The Commission went on to stress the role of the Union in maintaining the regime of freedom of digital communication based on Article 11 of the Charter of Fundamental Rights. It also pointed to the urgent need for new regulations within the digital realm that were capable of reconciling copyright law with freedom of expression and the requirements of public security.

The attention of part of the Italian political world was echoed in the Declaration of Online Rights drawn up by a dedicated working group established at the Chamber of Deputies, which was released at the end of July 2015. It seeks to present itself as the authoritative statement of the issues that would require systematic treatment by lawmakers, although it is only a proposal and it is not known whether it will be implemented by the Government or Parliament. In a nutshell, the fundamental rights which should be recognised within the ecosystem of the internet should include: the right of access (Article 2), the right to information (Article 3), the protection of *privacy* (Article 5 and, with regard to various aspects, Articles 7 and 8, construed as the inviolability of systems and protection against automatised processing) along with the right to be forgotten, derived directly from the now famous judgment of the Court of Justice (Article 11), which operates in parallel to the right to identity (Article 9). It is important to point out the classification of net neutrality as a right of the individual, which is construed in terms of non-discrimination against data transmitted and the prohibition on restrictions or interference (Article 4(1)) and is regarded as an essential precondition for the effective exercise of fundamental rights online (Article 4(2)). It should be pointed out in this re-

gard that the European Parliament and the Council have already proposed a regulation on the single European electronic communications market, which also concerns net neutrality and is pending definite approval. Thus, any legislative or para-legislative document on the issue would be subject to the primacy of European law.

It may appear singular that it is precisely a document which purports to engage with the entire panoply of the consequences resulting from new information technologies that has practically forgotten to make a strong reference to freedom of expression, which is confined to an article dedicated to network security, whilst the (positive) right of access to the internet acts as the cornerstone for the hypothetical charter.

The Declaration could turn into a point of reference also on international level, proposing a convergence of the various legislation providing for protection (above all on European level). This vocation is evidently driven on by the intention to provide – also on a formal level, as is stated in the final recital of the Preamble: in substantive terms the issue can already be asserted *in nuce* – a constitutional basis for protecting the rights of the individual within the “network of networks”.

7. The rights debated include the right of access to the web, which involves the adaptation in line with current technologies of the traditional right to express one’s own thoughts freely, and thus also entails the specification through regulation of potential limits on its exercise. Several legal systems have already adopted specific legislation in this regard. In other systems it is the courts that are responsible for identifying its scope and limits. The discussion is thus very open and extremely topical.

What appears to have been clear for some time is the apparent inability of Article 21 to cover the issue comprehensively, even though a broad reading of that provision would appear to extend its scope to the right of each of us to look for and access information, to inform others and to be informed by accessing the web.

Freedom of expression nowadays involves the right to receive under equal conditions any service provided in order to convey and share content. Moreover, freedom of expression over the internet entails the protection of net neutrality. This is because, as the Court

of Justice has asserted on various occasions, every new information society service itself constitutes the exercise of freedom of expression, and as such must be defended against interference by the state and the public authorities in general.

It would appear to be an innovative solution to provide clear recognition of a genuine right of access.

Many countries have already taken steps in this direction. Following the constitutional amendment of 6 April 2001, access to the internet is already regarded as a right in Greece. Article 5A(2) provides that “everyone has the right to participate in the information society”, specifying for this purpose that “the state is obliged to facilitate access to information circulating in electronic form, along with the production, exchange and dissemination of this information”. The provisions of the 2008 Ecuador Constitution appear to be more decisive, Article 16 of which refers to an individual right.

In other countries this step has been taken within constitutional case law and by the merits courts. At least two very well-known judgments may be cited in this regard.

On freedom of expression on the internet in the United States, the Supreme Court (*Reno v American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844, judgment of 26 June 1997) ruled unconstitutional the Communications Decency Act prohibiting indecent online communications under certain circumstances on the grounds that it violated the First Amendment, which enshrines freedom of expression, irrespective of the essence of the content asserted. As part of a balancing of interests, it held that the aspect relating to the expression of speech prevailed over that relating to the confidential and secret status of the communication, which is also protected under constitutional law by the Fourteenth Amendment. According to the Court, “The record demonstrates that the growth of the Internet has been and continues to be phenomenal. As a matter of constitutional tradition, in the absence of evidence to the contrary, we presume that governmental regulation of the content of speech is more likely to interfere with the free exchange of ideas than to encourage it. The interest in encouraging freedom of expression in a democratic society outweighs any theoretical but unproven benefit of censorship”.

In France, in the Constitutional Council ruling (decision no. 2009-580 DC, 10 June 2009) on the law concerning the Hadopi – the administrative authority with competence over the protection of

rights on the internet – the court identified the “fundamental right” to access the internet as prevailing over the protection of copyright because, against the backdrop of the generalised diffusion of the internet, freedom of communication and expression necessarily presupposes the freedom to access those online communication services. The Constitutional Council held that it is not possible for an administrative decision to block services in order to protect copyright without a prior court order, because such an act would conflict with Article 11 of the 1789 “Declaration of the Rights of Man and the Citizen”.

The case law is thus fluid and in practically all countries the constitutional courts have been called upon to fill in gaps in the law. The Italian Constitutional Court was seized by the administrative courts (Regional Administrative Court for Lazio, 1st Division, orders no. 10016 and 10020 of 2014 of 26 September 2104) with a question as to whether it was possible for an administrative authority to order the removal of online content. According to the position stated by the lower court, the various rights in play were balanced against the “right of access to online communication”. The Court was requested to “read the constitutional provisions on freedom of expression and the right to information in such a manner as to guarantee protection equivalent to that in place for the printed press also to new means of dissemination of expression through the ‘web’, not because the printed press and ‘internet’ are equivalent (in fact, the manner of operation is radically new and different) but because today’s information society, which is networked and united in real time by the ‘web’, has supplemented the role of the printed press with that of the ‘internet’ as an essential moment of freedom of expression, the right to inform others and to be informed, democratic pluralism and freedom of economic initiative under conditions of full competition”. It is important to note the stress placed by the Regional Administrative Court on the fact that the internet “may already be defined as one of the principal instruments for implementing ‘freedom of expression’ enshrined in Article 21 of the Constitution”; for the first time since the advent of the internet, the Constitutional Court was discussing the issue of freedom of expression on the internet as a political right. We shall see whether, thanks to the Court’s intervention, it will be possible to establish clarity on the constitutional relevance of rights related to the internet.

8. Broadly speaking, it can be confirmed that, by providing a guarantee of its various manifestations and exploiting the possibilities offered by the conquests of modern technology, freedom of thought – as it has evolved over time – continues to be one of the keystones of any democratic system as it is closely related to the practical possibility for individuals to gain information and to remain up to date, including in particular in relation to matters of relevance for the national and local political community. The direct circulation of opinions and information through the web has proved to be one of the now sacrosanct characteristics of modern communications systems, which have proved to be essential for politics and the economy. Within this context, governance of the web has become essential. Here the as yet still not fully clarified question concerning the relationship between internet self-regulation and the role of politics intersect with each other. This question is vital in order to guarantee access to ideas, opinions and information by anyone who intends to avail themselves of this means of communication and dialogue. This also establishes the essential importance of information as related to the principle of publicity, transparency and the rejection of forms of secrecy that make it impossible to gain knowledge and, as a consequence, create obstacles on the assessment of political behaviour, as a result rendering problematic the commitment of political responsibility made by governments. Democracy also means responsibility and good government. Citizens have the right to control the actions of their own leaders and to engage in an in-depth discussion of those actions. They must be capable of assessing the performance of the government, which is dependent upon access to information concerning the state of the economy, social systems and other questions of public interest. One of the most effective ways of dealing with instances of poor administration involves open and informed debate. Freedom of information is also a fundamental instrument in the fight against corruption and governmental wrongdoing.

SAGGI

ELISABETH STEINER - ANDREEA MARIA ROȘU

FREEDOM OF EXPRESSION
AND THE CHALLENGES OF INTERNET
IN THE JURISPRUDENCE OF THE ECHR

SUMMARY: 1. The Internet - “a double-edged sword” for freedom of expression. – 2. Balancing human rights on the Internet - an even more challenging task for the European Court of Human Rights. – 3. The case of DELFI SA v. Estonia – the affirmation of criticized liability-establishing criteria. – 4. Conclusions.

1. *The Internet - “a double-edged sword” for freedom of expression*

Freedom of expression, as enshrined in Article 10 of the European Convention on Human Rights (ECvHR), is the cornerstone of the principles of democracy and the respect of human rights in Europe. Its historical importance clearly results from the struggles and devastating disorder caused by the two World Wars and the Holocaust¹. The European Court of Human Rights (ECtHR) has constantly affirmed in its rulings that “freedom of expression constitutes one of the essential foundations of [a democratic] society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man” and that it applies “not only to ‘information’ or ‘ideas’ that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no ‘democratic society’”².

Since its first judgments regarding freedom of expression, the Strasbourg Court stated the important role of the media in a demo-

¹ Harris, O’Boyle and Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Third Edition, Oxford University Press, 2014, 613.

² ECtHR, *Handyside v. the United Kingdom* [Plenary], no. 5493/72, 7 December 1976, § 49.

cratic society, that of a “purveyor of information and public watchdog”. This was firstly affirmed with regard to the press³ and further with regard to the audio-visual media⁴.

However, freedom of expression is not an absolute right, it is a relative freedom which implies duties and responsibilities, incumbent in the first place upon journalists. Limitations and restrictions can be imposed by states without infringing upon the Convention, if such measures are prescribed by law, are necessary in a democratic society and pursue one of the legitimate aims, as indicated in Art. 10 (2) of the Convention.

From this perspective, the Court developed a set of “interpretative devices”⁵ that it applies when dealing with allegations of a violation of the freedom of expression. As it generally does in cases concerning Articles 8 (right to respect for private and family life), 9 (freedom of thought, conscience and religion) and 11 (freedom of assembly and association) of the Convention, after having concluded to the existence of an interference, the Court applies its three-step proportionality test, verifying: the legality of the measure, its legitimacy and proportionality, *stricto sensu*. The Court further adapts its test according to the type of expression involved in the case before it (for example, written or audio-visual mass-media, susceptible to have a broader impact than a poem or an art exhibition), the type of speech at stake (for example, political speech enjoys a broader level of protection, as opposed to commercial speech), the context in which freedom of expression is exercised (for example, in a region where ethnical tensions linger) and the other rights that oppose it (for example, the right to image and reputation, author rights). All these aspects influence the margin of appreciation that states benefit from when interfering with freedom of expression and thus, the level of control applied by the Court. Furthermore, the Strasbourg Court insists on the fact that the application of any measure restricting freedom of expression, has to be accompanied by sufficient procedural guarantees, such as the possibility to submit it to judicial review⁶.

³ ECtHR, *Barthold v. Germany*, no. 8734/79, 25 March 1985, § 58.

⁴ ECtHR, *Jersild v. Denmark* [GC], no. 15890/89, 23 September 1994, § 31.

⁵ For details, see Harris, O’Boyle and Warbrick, *op. cit.*, 614. et seq.

⁶ ECtHR, *Ahmet Yildirim v. Turkey*, no. 3111/10, 18 December 2012, § 64.

It is worth mentioning that in extreme cases involving incitement to hatred and violence or the praise of terrorism, the European Court of Human Rights may follow two approaches, a more radical and a softer one. Where the speech in question amounts to hate speech and negates the fundamental values of the Convention, the Court applies Article 17 ECvHR (prohibition of abuse of rights) which excludes the applicant from the protection offered by Article 10. In cases where the speech in question, although qualified as hate speech, is not apt to destroy the fundamental values of the Convention, the Court applies the three-step proportionality test to confirm the restriction imposed by the respondent state⁷ and conclude to the absence of a violation of Article 10 of the Convention.

Having in mind the extensive impact of mass-media, the Court is aware of the risk for the media to “become a vehicle for the dissemination of hate speech and the promotion of violence”⁸ and thus it engages in a more rigorous control of the qualification and impact of such a speech⁹.

With regard to the different means of expression, a diversity of such means enter the scope of Article 10, such as the press, books, paintings, cartoons, films, TV shows, radio interviews, pamphlets or posters¹⁰. In the light of the swift evolution of the information and communication technology (ICT) nowadays, it is difficult not to consider Internet as one of the most significant means of expression. Internet has significantly transformed the exercise of the right to freedom of expression, firstly in that communication to masses of people is no longer the prerogative of newspapers, political figures and of those benefiting from privileged access to television or radio. Secondly, because once having the necessary technical requisites to access the Internet, anyone can share their views to the world, via discussion groups, blogs or social networks¹¹. Internet technology

⁷ See ECtHR, Factsheets – *Hate speech*, 3, available at http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf, last consulted on 14.8.2015.

⁸ ECtHR, *Süre and Özdemir v. Turkey* [GC], nos. 23927/94 and 24277/94, 8 July 1999, § 63.

⁹ A. Petropoulou, *Liberté et sécurité: les mesures antiterroristes et la Cour européenne des droits de l'homme*, Pedone, Paris 2014, 250.

¹⁰ For examples of case law, see Jacobs, White and Ovey (2014), *The European Convention on Human Rights*, Sixth Edition, Oxford University press, 435-436.

¹¹ E. Barendt, *Defamation and the Net: anonymity, meaning and ISP's*, in *Free speech in an Internet era: papers from the free speech discussion forum*, Walker Clive (ed.), Durnham, N.C: Carolina Academic Press, 2013, 108-109.

further gives access to a broad array of organizational and communicative tools, given its unique characteristics (universality, low costs, ubiquity, and spontaneity) as the medium of the knowledge society in which we live nowadays. It has even been affirmed that we are living a new revolution, the information revolution.

Besides the dramatic effect on our style of communication, with easily, quickly and inexpensive access to information, and on our practical existence (online shopping, the use of social media)¹², the Internet brings along new possibilities for the exercise and protection of human rights. However, the effects and possibilities brought along by the Internet are not only positive for human rights, as the risks for human rights violations have also grown exponentially. The unique characteristics of the Internet in which its advantages are rooted, including its speed, its universal nature and the relative anonymity it offers, also expose human rights to new challenges¹³.

With the Internet enabling worldwide accessibility of information and individuals being able to manifest their individuality by the ease with which they can express themselves on Internet, issues regarding data protection and privacy inevitably arise. Thus, as soon as there is a transfer of information from the person to whom this information is assigned to any other person or institution, standards of data protection and privacy are brought into play¹⁴. The aim of the present article is not to enter into details about the legal response at national and international level to these issues, but rather to highlight that in the environment of Internet such issues are brought to another dimension, given the characteristics of Internet and the multitude of users involved.

Thus, the number of potential Internet users can equal to the entire world's population that can access an Internet connection through a computer, a tablet, a mobile phone or even a watch. It is not only the number of user that poses challenges to regulating ac-

¹² I. Spiecker gennant Dohmann, *The difference between online and offline communication as a factor in the balancing of interests with freedom of speech*, in *Free speech in an Internet era: papers from the free speech discussion forum*, Walker Clive (ed.), Durnham, N.C: Carolina Academic Press, 2013, 95, 106.

¹³ F. La Rue, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, 16 May 2011, UN Doc. A/HRC/17/27, paras. 20, 22 and 23.

¹⁴ I. Spiecker gennant Dohmann, *op. cit.*, 92.

tivity on the Internet and securing human rights, but also the multitude of roles that users can have: simple users, bloggers, Internet service providers (ISPs) and other intermediaries. Moreover, if freedom of speech is usually linked with an identifiable person, on the Internet, this rule is not necessarily valid, since anonymity is commonplace¹⁵. In this context, the question of the extent of the right to anonymity and subsequently, the assignment of the corollary legal liability, comes into play often in cases of defamation or hate speech, just to give a few examples.

Anonymous (or pseudonymous) form of expression has been used since long-time in the written press or by book authors, and even more, is an inherent characteristic of freedom of expression on Internet. However, anonymity can have both positive and negative effects. On the positive side, it can protect against prosecution by state authorities or powerful private individuals, on the negative side, it can hinder the identification of authors of harmful statements or activities on the Internet¹⁶. Some states try to deal with anonymity by imposing obligations of registration or the use of special software. Social network services, such as Facebook, also insist on knowing the identity of their users¹⁷.

However, if such requirements are not in place and having in mind the strong position of several stakeholders to protect the right to anonymity, problems of legal liability and redress seem difficult to address according to the legal rules applicable offline. The problems become more complex where ISPs and other intermediaries are involved and when liability rules greatly differ from one legal system to another (in particular between the US and European states). Such differences in legal standards equally entail differences in judicial review standards, which further have given rise to what is called libel tourism, a form of “‘forum shopping’ when a complainant files a complaint with the court thought most likely to provide a favourable judgment ... and where it is easy to sue”¹⁸. Libel

¹⁵ *Ibidem*, 99.

¹⁶ *Ibidem*, 100.

¹⁷ W. Benedek and M.C. Kettemann, *Freedom of expression and the Internet*, Council of Europe Publishing, 2013, 37.

¹⁸ Council of Europe, Committee of Ministers (4 July 2012), *Declaration on the desirability of international standards dealing with forum shopping in respect of defamation, “libel tourism”, to ensure freedom of expression* (adopted at the 1147th meeting of the Ministers’ Deputies), pt. 5.

tourism can have harmful effects on the freedom of information, under the form of a “chilling effect” on content providers who may become prone to proactively withdraw content (including legal content), in order to avoid exposing themselves to costly defamation proceedings in an unfamiliar forum¹⁹.

Taking advantage of the protecting veil of anonymity and other characteristics of the Internet, such as its speed and low costs, other users may use Internet to proliferate hate speech or terrorist movements, as several recent events in Europe and Africa sadly confirm. Therefore, in the context of fight against terrorism, states can restrict freedom of expression for reasons of national security, the protection of territorial integrity or public safety and the prevention of crime.

The global character of Internet also contributes to an easier distribution of pornographic and obscene material, making it more difficult to control and restrict. What is more, with no possibility to impose geographic boundaries to the circulation of such material, it also becomes more difficult to qualify it as obscene or pornographic. In fact, given the differences of appreciation of such content from one community to another, there is also a real concern that content on the Internet will be limited to material that is acceptable (not considered obscene or pornographic) in the least tolerant communities²⁰.

In their attempt to deal with such risks for human rights violations, governments may easily drift to the other extreme and end up applying stricter control and indirect censorship on freedom of speech on the Internet that may affect legitimate users. Electronic surveillance of various social media, blogs and other forms of expression of ideas and views on the Internet, can also target legitimate user and legal content, thus having an indirect chilling effect on them. States are interested to collect information about their citizens available on the Internet, *inter alia*, in order to prevent terrorist attacks, to detect criminality, or to discover tax evasion. Governments in oppressive regimes may use electronic surveillance for other rea-

¹⁹ W. Benedek and M.C. Kettmann, *op. cit.*, 91-92.

²⁰ K.W. Saunders, *Obscenity, community and the Internet*, in *Free speech in an Internet era: papers from the free speech discussion forum*, Walker Clive (ed.), Durham, and N.C: Carolina Academic Press, 2013, 159.

²¹ I. Spiecker gennant Dohmann, *op. cit.*, 98.

sons, contrary to freedom of expression, such as spying on their citizens or opponent organisations' activity²¹, and further criminalising certain forms of expression for fear of social or political activism.

Besides using sophisticated technology for electronic surveillance of Internet, states have increasingly turned to intermediaries to police Internet users by forcing them to implement national laws that are often at variance with international legal commitments²².

The new possibilities that the Internet brings require a responsible approach by users and governments, in order to avoid human rights abuses such as the proliferation of hate speech, child abuse and incitement to terrorism. Thus, states and the international community face new challenges for the regulation of freedom of expression and information in a human rights-consistent way. If the principle of "what applies offline should also apply online" could provide for general guidance, nevertheless, the specific nature of the Internet has to be properly taken into account²³.

2. *Balancing human rights on the Internet - an even more challenging task for the European Court of Human Rights*

The new possibilities and challenges that the Internet brings in the human rights sphere have concretised in several cases brought before the European Court of Human Rights in the past years. Thus, the Strasbourg Court is once again called to strike a fair balance between the conflicting rights that are usually at stake in cases involving freedom of expression, but in a different context, in the particular medium of the Internet.

Given the significant importance attached to freedom of expression for the democracies in the Council of Europe's sphere, the ECtHR could not remain indifferent to the evolution of the means of exercise of this freedom in the Internet era.

Dealing with several complaints of violation of Article 10 of the Convention involving the Internet, the Strasbourg Court did not hesitate to confirm the extension of the scope of Article 10 to the Internet. Firstly, because, according to its consistent case law and broad interpretation, the scope of expression rights encom-

²² W. Benedek and M.C. Kettemann, *op. cit.*, 97.

²³ *Ibidem*, 19.

passes not only the substance of information and ideas, but also the variety of forms and means in which ideas are manifested, transmitted and received²⁴. Secondly, having regard to the specific characteristics of this new means of communication, the Court assessed its potential for the exercise of the right to freedom of expression in the following terms:

“In the light of its accessibility and its capacity to store and communicate vast amounts of information, the Internet plays an important role in enhancing the public’s access to news and facilitating the dissemination of information in general. The maintenance of Internet archives is a critical aspect of this role and the Court therefore considers that such archives fall within the ambit of the protection afforded by Article 10”²⁵.

Further, as the Strasbourg Court had to examine other complaints involving the Internet, it considered that: “the Internet has now become one of the principal means by which individuals exercise their right to freedom of expression and information, providing as it does essential tools for participation in activities and discussions concerning political issues and issues of general interest”²⁶.

In 2007, in its “Recommendation on the public service value of the Internet”²⁷, the Committee of Ministers of the Council of Europe emphasised that “access to and the capacity and ability to use the Internet should be regarded as indispensable for the full exercise and enjoyment of human rights and fundamental freedoms in the Information Society”.

Faced with the question whether Article 10 should be understood as including a right to access the Internet, the Strasbourg Court adopted a rather cautious approach.

In a first case, *Ahmet Yildirim v. Turkey*, the Court found a violation of Article 10 because of the authorities’ decision to block access to all Google Sites in Turkey. More precisely, the applicant was a university professor who owns and runs a website created using Google Sites, on which he publishes material including his aca-

²⁴ ECtHR, *Oberschlick v. Austria* [Plenary], no. 11662/85, 23 May 1991, § 57.

²⁵ ECtHR, *Times Newspapers Ltd v. The United Kingdom* (1 and 2), nos. 3002/03 and 23676/03, 10 March 2009, § 27.

²⁶ ECtHR, *Ahmet Yildirim v. Turkey*, no. 3111/10, 18 December 2012, § 54.

²⁷ Council of Europe, Committee of Ministers (7 November 2007), *Recommendation on measures to promote the public service value of the Internet*, CM/Rec (2007)16.

ademic work and his views on various topics. In June 2009, a criminal court of first instance ordered the blocking of a third-party's Internet site, equally created by using Google Sites, because its owner had been accused of insulting the memory of Atatürk. The Turkish Telecom Directorate, who was in charge with the implementation of the blocking order, asked the court for an extension of the order to all Google Sites invoking technical reasons. As a result, the applicant was no longer able to access his own site, even after criminal proceedings against the third-party were discontinued, including in April 2012.

The applicant complained before the Strasbourg Court of an infringement of his freedom to receive and impart information and ideas, because of the inability to access his website as a result of a measure ordered in the context of criminal proceedings which were unconnected to his site, which he considered to be a prior restraint. In the view of the Court, "the crux of the case therefore concerns the collateral effect of a preventive measure adopted in the context of judicial proceedings", which although it "did not, strictly speaking, constitute a wholesale ban but rather a restriction on Internet access [...] had the effect of also blocking access to the applicant's website"²⁸. Firstly, the Court held that the question of Internet access engaged the responsibility of the state under Article 10 of the Convention. Secondly, the Court found that the Turkish law did not have a clear provision for blocking all access, as ordered by the court of first instance, nor did it authorise blocking an entire Internet domain like Google Sites. The Turkish Criminal law had therefore failed to meet the Convention's foreseeability requirement and had not given the applicant the degree of protection he was entitled to. Furthermore, the judicial review procedures concerning the blocking of Internet sites were insufficient to meet the criteria for avoiding abuse, as domestic law did not provide for any safeguards to ensure that a blocking order in respect of a specific site is not used as a means of blocking access in general. Therefore, the Court found a violation of Article 10 of the Convention.

Nevertheless, the conclusion in this case does not suffice to infer the confirmation of a right to access Internet in the system of

²⁸ ECtHR, *Ahmet Yildirim v. Turkey*, no. 3111/10, 18 December 2012, §§ 52 and 54.

the European Convention on Human Rights. In fact, in a second case raising the issue of blocking access to Internet sites, *Akdeniz v. Turkey*²⁹, the Court took a more cautious decision, by conducting a more strict analysis of the admissibility criteria, in particular the victim quality. The applicant was a frequent user of the websites “myspace.com” and “last.fm” which were disseminating musical works. In June 2009 the media division of the public prosecutor’s office ordered the blocking of access to these websites on the ground that their activity was in breach of copyright. The applicant contested the measure before the national courts, but his appeals were dismissed on the ground that he did not have victim status. However, the concerned websites or the Internet service providers did not seem to contest the measure.

Before the European Court of Human Rights, the applicant complained of a violation of his freedom to receive information, alleging that the blocking measure could not attain the declared aim and represented a disproportionate interference with his rights under Article 10. The Court did not take into consideration the arguments of the applicant, as it did not continue its three-step proportionality test, once arriving to the conclusion that the applicant did not fulfil the victim admissibility criteria. In order to thus conclude, the Court considered that the applicant complaints of the collateral effect of the measure locking the websites in question. Nevertheless, the mere fact that the applicant – like the other Turkish users of the websites in question – had been indirectly affected by a blocking measure motivated by the non-observance of copyright legislation, could not suffice for him to be regarded as a “victim” for the purposes of Article 34 of the Convention. In reality, the applicant can continue listening to musical works through many other means which are not in breach of author rights.

This decision of the Strasbourg Court attracted some criticism from the part of law professionals, in that it was considered difficult to reconcile with the case law of the European Court of Justice as regards the obligations resulting from the “fundamental right of Internet users to freedom of information”³⁰.

²⁹ ECtHR, *Akdeniz v. Turkey* (dec.), no. 20877/10, 11 March 2014.

³⁰ A. Strowel, *Pondération entre liberté d’expression et droit d’auteur sur internet: de la réserve des juges de Strasbourg à une concordance pratique par les juges de Luxembourg*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme* (100/2014), 895.

By including the Internet in the scope of protection of Article 10, the Court habitually applies the general principles and standards of scrutiny, which it consecrated in its case law regarding freedom of expression. However, an interpretation of the Convention “in the light of present-day conditions” must take into account the specific nature of the Internet as a “modern means of imparting information”, situation that may entail the need for specific protection standards and positive obligations imposed on states.

For instance, in a judgment delivered against Ukraine (*Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine*³¹), the Court acknowledged that Article 10 of the Convention had to be interpreted as imposing on States a positive obligation to create an appropriate regulatory framework to ensure effective protection of journalists’ freedom of expression on the Internet. The applicants (the editorial board and the editor-in-chief of a newspaper) in this case had been ordered to pay damages for having republished an anonymous text that they had downloaded from the Internet (an anonymous letter containing allegations that senior officials of the Ukrainian security service had engaged in unlawful and corrupt activities and had links to organised crime.). The newspaper provided reference to the source of the information and published a comment by the editorial board indicating that the information in the letter might be false and inviting the public to comment. They had also been ordered to publish a retraction and an apology.

Examining the case under Article 10 of the Convention, the Court found that the interference complained of had not been “prescribed by law”, because at the time, domestic law provided that injured parties in defamation cases were entitled to demand the retraction of untrue and defamatory statements and compensation for damage, but the order requiring the second applicant to publish an official apology was not specifically provided for. Moreover, there had been no statutory protection for journalists who republish content from the Internet. Ukrainian law granted journalists immunity from civil liability for the verbatim reproduction of material published in the press, rule that was generally in conformity with the Court’s approach to journalists’ freedom to dissemi-

³¹ ECtHR, *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine*, no. 33014/05, 5 May 2011.

nate statements made by others. However, no such immunity existed for journalists reproducing material from Internet sources not registered pursuant to the domestic legislation. Further, no regulations had been put in place governing the State registration of Internet media, the status of Internet-based media in general or the use of information obtained from the Internet. In addition, the domestic courts had refused to transpose to that situation the provisions that protected the print media. Therefore, the Court found a violation of the journalists' freedom of expression.

Being aware of the amplifying effect of the Internet, the Court pays particular attention when establishing a specific balance between the protection of freedom of expression and respect for other rights or requirements. In this context, the rights of minors or youngsters are to be protected in all circumstances, in view of their physical and mental vulnerability, and especially as it is easy for them to access information that is freely available on the Internet or to become the target of sexual abuse by paedophiles on the Internet.

The Strasbourg Court gave high relevance to this principle in two important cases that help set the stage for balancing freedom of expression and the need to protect children from the dangers of Internet. In a case against Finland, *K.U. v. Finland*³², the Court examined the complaint of a 12 year-old minor whose name, picture, contact details and other personal information were published by an unknown person on the Internet together with an advertisement of a sexual nature. The applicant complained of the national authorities' refusal to order the ISP to disclose the identity of the person having placed the advertisement, motivated by the lack of a specific legal provision for complaints of calumny.

The Court examined the complaint under Article 8 of the Convention (respect for private and family life), as the case concerned a potential threat to the physical and mental welfare of the young person at his vulnerable age, in conflict with freedom of expression of a third party on Internet. The Court first considered that "although freedom of expression and confidentiality of communications are primary considerations and users of telecommunications and Internet services must have a guarantee that their own

³² ECtHR, *K.U. v. Finland*, no. 2872/02, 2 December 2008.

privacy and freedom of expression will be respected, such guarantee cannot be absolute and must yield on occasion to other legitimate imperatives, such as the prevention of disorder or crime or the protection of the rights and freedoms of others”³³. Therefore, in the Court’s view, the government should have put in place a system to protect children from paedophiles, since the danger of the Internet being used for criminal activities was well known³⁴. It thus concluded that there has been a violation of Article 8 because of the authorities’ disregard to the applicant’s private life, in favour of the third party’s freedom of expression and anonymity on the Internet.

A few years earlier, in a case brought against the United Kingdom, *Perrin v. UK*³⁵, the Court declared inadmissible the complaint brought by a French citizen resident in the UK, invoking a violation of his freedom of expression. The applicant had been convicted and sentenced to 30 months imprisonment for publishing a free preview page (with no age checks) on a website that contained scenes of coprophilia, coprophagia and homosexual fellation.

Applying before the European Court of Human Rights, the applicant maintained with regard to the “prescribed by law” requirement of the interference, that the Obscene Publications Act was not sufficiently foreseeable because the major steps towards publication had taken place in the United States, where the Act did not apply. However, the Court considered that the applicant being a resident of the United Kingdom, he could not argue that the laws of the United Kingdom were not reasonably accessible to him. Moreover, the Act made it clear that it applied to the transmission of data that was stored electronically and the fact that the dissemination of the images in question may have been legal in other states, such as the United States, did not mean that in proscribing such dissemination within its own territory the respondent State had exceeded its margin of appreciation. Therefore, the Court found that the need to protect morals and the rights of others, especially children, justified the criminal conviction for the publication of a freely accessible preview webpage with no age checks, showing seriously obscene pictures and likely to be found by young people.

³³ *Ibidem*, § 49.

³⁴ W. Benedek and M.C. Kettemann, *op. cit.*, 51.

³⁵ ECtHR, *Perrin v. UK* (dec.), no. 5446/03, 18 October 2005.

In its rulings, the Strasbourg Court thrives to balance freedom of expression when its exercise comes into conflict with other rights as well, such as author rights or the right to image and reputation of others.

The Court grants states a particularly wide margin of appreciation when establishing laws regulating penalties for copyright violations, because political debate or expression are not at stake³⁶. In a relatively recent decision, the Court dealt with a renowned matter in the field of online downloads. The case *Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden*³⁷, also known as “The Pirate Bay” case, concerned the criminal conviction of the two applicants who were involved in different aspects of the functioning of one of the world’s largest file sharing services on the Internet. They were accused of complicity to commit crimes in violation of the Copyright Act and were ordered to pay damages to the third parties damaged by the sharing of files in breach of copyright.

The applicants invoked a breach of their right to receive and impart information on Internet. The Court first considered that, since they were convicted only in respect of material that was protected by copyright in accordance with the Copyright Act, the interference was “prescribed by law”. The interference also had pursued the legitimate aims of protecting the rights of others and preventing crime. In light of the wide margin that states enjoy in cases not involving political expression or debate, given the illegal activity of the applicants and the competing rights of author, the Court found the interference necessary and proportionate. The application was therefore declared inadmissible as manifestly ill-founded.

The requirement to protect one’s image and reputation traditionally comes into conflict with freedom of expression, in particular with regard to the press. On the Internet, the opportunities to harm one’s reputation multiply in quantity and speed of transmission to a large number of users. Internet platform providers, site moderators and bloggers need to be cautious and not engage in defamation, while journalists reporting on events and news have to be careful not to publish content that is objectively defamatory. Be-

³⁶ W. Benedek and M.C. Kettemann, *op. cit.*, 49.

³⁷ ECtHR, *Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden* (dec.), no. 40397/12, 19 February 2013.

sides the standard issues raised by defamation cases, the Strasbourg Court was called to analyse Internet specific issues.

It was so the case in an application brought by the *Times Newspapers Ltd.* against *the United Kingdom*³⁸ with regard to the engagement of its responsibility because of its website archives. Practically, the case concerned the application, in the context of the Internet, of the common-law rule that successive publications of a defamatory statement give rise to separate causes of action for defamation. In September and October 1999 the applicant newspaper published two articles, also published on the newspaper's website, that were allegedly defamatory of a private individual, G.L. In December 1999, the latter brought proceedings for libel. While the libel action was pending, the articles remained accessible on the newspaper's website, as part of its archive of past issues. In December 2000, G.L. brought a second action for libel in relation to the continuing Internet publication of the archives. In reply, the applicant added a notice to the Internet archives announcing that both articles were subject to libel litigation. However, the national courts applied the common-law rule according to which successive publications of a defamatory statement give rise to separate causes of action, thus a new cause of action accrued every time the defamatory material was accessed ("the Internet publication rule"). Eventually the applicant settled both actions with G.L. accepting to pay for damages.

The applicant alleged before the Strasbourg Court that "the Internet publication rule" constituted an unjustifiable and disproportionate restriction of its right to freedom of expression, giving rise to "ceaseless liability" and having, in reality a "chilling effect". The Court firstly affirmed that "while the primary function of the press in a democracy is to act as a 'public watchdog', it has a valuable secondary role in maintaining and making available to the public archives containing news which has previously been reported". In the Court's view, "such archives constitute an important source for education and historical research, particularly as they are readily accessible to the public and are generally free" and the state's margin of appreciation was likely to be greater where archives,

³⁸ ECtHR, *Times Newspapers Ltd. v. The United Kingdom* (1 and 2) (dec.), nos. 3002/03 and 23676/03, 10 March 2009.

rather than current affairs, were concerned. Therefore, the Court further held that “the duty of the press to act in accordance with the principles of responsible journalism by ensuring the accuracy of historical, rather than perishable, information published is likely to be more stringent in the absence of any urgency in publishing the material”³⁹. In the present case, the Court found that the application of “the Internet publication rule” was not disproportionate and dismissed the applicant’s arguments, as there has been no violation of Article 10.

It is to be noticed that the Court did not find it necessary to take into consideration the broader “chilling effect” of this rule upon publishers on the Internet. This approach is regrettable, especially if the rule is compared to the applicable rules in other parts of the world (for example in the United States where the courts have chosen to apply the “single-publication rule”). Hope remains that the Strasbourg Court looks into this question with a fresh case in which the lapse of time between two actions for libel might be longer than the one in the present case.

In matters of libel actions, the Internet raises additional difficulties when it comes to anonymous statements online and the attribution of liability for such defamatory statements. These aspects will be further discussed (3. *infra*) in relation to the Grand Chamber’s recent ruling in the case of *Delfi AS v. Estonia*.

3. *The case of DELFI SA v. Estonia - the affirmation of criticized liability-establishing criteria*

Earlier, in June, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights delivered its judgment upon the referral request formulated by the applicant in the case of *Delfi SA v. Estonia*⁴⁰. The case raises issues that, at a first glance may seem trivial and unnoticeable in our day-to-day interaction on the Internet: posting anonymous comments. However, anonymity on the Internet raises serious questions when it comes to deciding who should be held liable for defamatory statements.

The applicant in the case is one of the biggest news portal in Estonia. The portal allows users of its website to make comments

³⁹ *Ibidem*, § 45.

⁴⁰ ECtHR, *Delfi AS v. Estonia* (GC), no. 64569/09, 16 June 2015.

on the articles it publishes, with the optional possibility to indicate the name and an e-mail address. The comments are automatically uploaded, with a filtering system in place that would automatically delete comments if they contained certain defined (obscene) words. A “notice-and-take-down” system was also in place: any reader could mark a comment as “*leim*” (an Estonian word for an insulting or mocking message or a message inciting hatred on the Internet) and the comment was removed expeditiously.

In 2006, the news portal published an article, under the heading “SLK Destroyed Planned Ice Road”, indicating that the SLK ferry company, by changing its routes, had postponed the opening of the ice roads (public roads over the frozen sea which are open between the Estonian mainland and some islands in winter). The article attracted a relatively high number of comments and about twenty of them contained personal threats and offensive language directed against L., the majority stakeholder in the ferry company. Some weeks later, L.’s lawyers requested Delfi to remove the offensive comments, which they immediately did. L. also filed a civil action for libel, claiming approximately EUR 32.000 for non-pecuniary damages. The victim’s civil action against the applicant was successful, but the court awarded only partial damages of a low amount (EUR 320).

The applicant company complained before the European Court of Human Rights that holding it liable for the comments posted by the readers of its Internet news portal infringed its freedom of expression. It contended that the obligation imposed on it to maintain a preventive censorship policy over the exercise of freedom of expression of third persons also infringed its freedom of expression, that is, the freedom to impart information created and published by third persons. Delfi argued that the interference was contrary to the law, since it could not have anticipated that the Estonian Law of Obligations could apply to its situation, since it had assumed that it would benefit from intermediary liability exemption, according to the EU e-Commerce Directive (Directive 2000/31/EC). Secondly, the applicant company considered to have acted in accordance with the standards to be observed by a diligent economic operator, and its freedom to impart information via the commenting area of its news portal had been disproportionately interfered with.

In the present case, the Strasbourg Court directly confronted for the first time with the question of the duties and responsibilities of an Internet news portal, which provides, for financial gain, a platform for user comments, made anonymously and without pre-registration. The Court's duty was to strike a fair balance between the right of Internet users to remain anonymous and the right of victims of defamation to obtain redress for the damage brought to their reputation.

In a judgment delivered on 10 October 2013, a Chamber of the Strasbourg Court concluded that there had been no violation of Delfi's freedom of expression. In order to reach this conclusion, the Chamber found that, contrary to the applicant's allegations the interference was "prescribed by law". It also found that the applicant, as a professional publisher, "was in a position to assess the risks related to its activities and that it must have been able to foresee, to a reasonable degree, the consequences which these could entail"⁴¹. With regard to the legitimate aim pursued, the Chamber accepted the applicant's argument that the authors of the comments should be held liable, but considered that this aspect did not remove the legitimate aim of holding the applicant company liable for any damage to the reputation and rights of others. Lastly, the Chamber found that "the domestic courts' finding that the applicant company was liable for the defamatory comments posted by readers on its Internet news portal was a justified and proportionate restriction on the applicant company's right to freedom of expression"⁴². The main elements backing-up the Chamber's decision were: the insulting and threatening nature of the comments, the fact that the comments were posted in reaction to an article published by the applicant company in its professionally-managed news portal run on a commercial basis, the insufficiency of the measures taken by the applicant company to avoid damage being caused to other parties' reputations and to ensure a realistic possibility that the authors of the comments will be held liable, and the moderate sanction imposed on the applicant company.

The judgment by the Chamber has caused a lot of controversy in the world of online media, news portals, Internet-groups and freedom of expression websites. Especially the criticism by several

⁴¹ ECtHR, Delfi AS v. Estonia (Ch.), no. 64569/09, 10 October 2013, § 76.

⁴² *Ibidem*, § 94.

NGOs involved in the protection of freedom of media, initiated a robust debate. The judgment has been qualified as a “serious blow to freedom of expression online”⁴³.

In response to this judgment, several media organisations, Internet companies, human rights groups, academic institutions and NGOs endorsed the applicant’s request for a referral before the Grand Chamber. They submitted to the Strasbourg Court a joint letter⁴⁴ signed by 69 such signatories, highlighting their concern that the chamber judgment of 10 October 2013 would have serious adverse repercussions for freedom of expression and democratic openness in the digital era. Several NGOs submitted arguments as third-party interveners’ before the Grand Chamber (amongst which *Human Rights Centre (HRC) of Ghent University, Article 19, Access, Media Legal Defence Initiative*).

Legal scholars and practitioners ventured to forecast the Grand Chamber’s conclusion, basing their arguments on the ECtHR’s previous case law. Thus, it was argued that extending the responsibilities affirmed by the Court in the *Sürek v. Turkey*⁴⁵ case “to Internet intermediaries would mean burdening them with an impossible task”⁴⁶. A solution similar to the one in the case of *Renaud v. France*⁴⁷ would have rather seemed predictable, since the Court “deemed exaggerated the conviction of a webmaster for remarks published, within an emotional public debate, on the association’s site. [...] Distinguishing *Sürek* and relying on *Renaud*, this is what *Delfi AS* can be expected to come down to”⁴⁸.

⁴³ See the comment of Thomas Hughes, Executive Director of ARTICLE 19, available at <https://www.article19.org/resources.php/resource/37998/en/europe:-european-court-confirms-delfi-decision-in-blow-to-online-freedom>, last consulted on 14.8.2015.

⁴⁴ For the full text of the letter, see <https://www.indexoncensorship.org/2014/01/index-supports-referral-request-delfi-v-estonia/>, last consulted on 14.8.2015.

⁴⁵ ECtHR, *Sürek v. Turkey* (No. 1) (GC), no. 26682/95, 8 July 1999. In this case, the Strasbourg Court found that the owner of a journal was responsible for having published aggressively written letters to the editor, even if he had not personally associated himself with these.

⁴⁶ W. Benedek and M.C. Kettmann, *op. cit.*, 97.

⁴⁷ ECtHR, *Renaud v. France*, no. 13290/07, 25 February 2010. The applicant was convicted in criminal proceedings for defaming and publicly insulting a citizen discharging a public mandate, on account of remarks concerning the mayor of Sens published on the Internet site of the association of which he was president and webmaster. The Court found a violation of his freedom of expression.

⁴⁸ W. Benedek and M.C. Kettmann, *op. cit.*, 98.

The Grand Chamber delivered its long-awaited judgment in June 2015 in which it confirmed the Chamber's finding that there had been no violation of Article 10 of the Convention. With regard to the "prescribed by law" requirement, the Grand Chamber re-iterated that it is not its task to take the place of the domestic courts, but instead to assess whether the methods adopted and the effects they entail are in conformity with the Convention. Reviewing its previous case law involving the Internet, the Grand Chamber re-affirmed its view that the Internet could be harmful, as well as beneficial.

If overall, the Grand Chamber agreed with the assessment of the Chamber, it brought a few different precisions to its conclusion. For instance, in the Grand Chamber's opinion, the litigious statements "amounted to hate speech and incitements to violence, and were thus clearly unlawful on their face"⁴⁹. Therefore, having regard to the fact that "defamatory and other types of clearly unlawful speech, including hate speech and speech inciting violence, can be disseminated like never before, worldwide, in a matter of seconds, and sometimes remain persistently available online", the Court considered "that a large news portal's obligation to take effective measures to limit the dissemination of hate speech and speech inciting violence – the issue in the present case – can by no means be equated to 'private censorship'"⁵⁰.

As it could have been expected, the Grand Chamber's judgment attracted significant criticism from the side of media organisations, Internet companies and human rights NGOs. Two main arguments can be identified: an alleged contradiction with the EU's law, and a collateral "chilling effect" on freedom of expression online.

With regard to the first argument, it has been affirmed that the Strasbourg Court failed to understand the EU legal framework regulating intermediary liability. However, upon an attentive examination of the EU e-Commerce Directive and the Court's reasoning, it can be concluded that there is no obvious contradiction⁵¹. What is

⁴⁹ ECtHR, *Delfi AS v. Estonia* (GC), no. 64569/09, 16 June 2015, § 153.

⁵⁰ *Ibidem*, §§ 110 and 157.

⁵¹ For a detailed analysis see: A. Kuczerawy and P.-J. Ombelet, *Not so different after all? Reconciling Delfi vs. Estonia with EU rules on intermediary liability*, in The Media Policy Project Blog, available at <http://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2015/>

more, it is not the Strasbourg Court's role to interpret EU law or national law from the perspective of EU Directives, unlike the express authority of the Luxembourg Court upon a reference for a preliminary ruling. However, the task of the European Court of Human Rights was to review the Estonian court's reasoning to make sure it was foreseeable and not arbitrary.

With regard to the second argument, firstly, it has been argued that the Strasbourg Court imposes a heavy burden on news portals and other Internet services intermediaries that allow for user-generated content. Until now, prompt removal upon complaint has provided a defence against libel actions. This ruling by the European Court of Human Rights suggests websites need to police their comments and anticipate when a story will attract defamatory posts. Such obligation would have a collateral chilling effect on them. Moreover, it has been contented that Internet users will equally suffer the collateral damages of this judgment, because of the restriction it imposes on the right to anonymity online. However, it is to be noticed that the already in place system of "notice-and-take down" was equally criticised for its potential harmful effects on freedom of expression online. While the right to anonymity can boost freedom of expression, it can also be used in the most destructive ways to proliferate hate speech and incitement to violence. Knowing that the Strasbourg Court does not recognise the protection of Article 10 to hate and violent speech, and given the importance that it recognises to the need to fight against and prevent such speech online, it cannot be easily argued that anonymity should prevail over such principles.

Questions were raised also with regard to the real way in which the *Delfi* judgment will be understood and applied in practice. Will it entail an obligation of preventive censorship on Internet service intermediaries? The Grand Chamber provided for several clarifications in its judgment. On the one hand, with regard to the degree of obligation for an online publisher, when interpreting the judgment of the Estonian Supreme Court, it clarified that "the subsequent removal of the comments by the applicant company, without delay after publication, would have sufficed for it to escape

07/01/not-so-different-after-all-reconciling-delfi-vs-estonia-with-eu-rules-on-intermediary-liability/, last consulted on 14.8.2015.

liability under domestic law”⁵². On the other hand, the Grand Chamber clearly distinguished the position of the applicant in this case from the position of “other fora on the Internet” and stated that “the case does not concern other fora on the Internet where third-party comments can be disseminated, for example an Internet discussion forum or a bulletin board where users can freely set out their ideas on any topics without the discussion being hanneled by any input from the forum’s manager; or a social media platform where the platform provider does not offer any content and where the content provider may be a private person running the website or a blog as a hobby”⁵³.

Nevertheless, the future consequences of this judgment with regard to the obligations and responsibilities of online websites for anonymous defamatory statements, are not to be evaluated only from the perspective of the Strasbourg Court’s ruling, but also from the perspective of the evolution of the Internet itself and of the International and European standards and rules in the field.

4. *Conclusions*

The Internet has definitely changed our lives in a positive way, but not only. It also exposes its users to a diversity of dangers and risk for abuse and violation of our rights, may it be the right to privacy, protection of private data, the right to image and reputation, the right to freedom of expression, author rights or, in extreme cases of incitement to violence, even the right to protection of our physical integrity.

Unfortunately, the law does not seem to keep up the pace with the evolution of online technology and the possibilities it opens and many times, rules that are applicable in the offline sphere are not adapted to the online sphere. Freedom of expression seems to be in the highlight nowadays, because of the complex issues that the Internet raises before national courts and subsequently, before the European Court of Human Rights. In the past years, the latter has developed important case law referring to questions of balancing conflicting rights on the Internet. The Strasbourg Court’s rulings

⁵² ECtHR, *Delfi AS v. Estonia* (GC), no. 64569/09, 16 June 2015, § 153.

⁵³ *Ibidem*, § 116.

have been equally praised and criticised, as the solutions decided in the specific cases brought before it, may cause other effects in practice, if not correctly understood and applied.

However, it is certain, that in the future, the European Court of Human Rights will be again called to develop standards and rules to be respected in order to secure an adequate protection of human rights online as well.

Abstract

Il presente articolo mira a descrivere le sfide che internet comporta per la libertà di espressione tenendo in considerazione l'evoluzione accelerata delle tecnologie di comunicazione e di internet. Le autrici evidenziano i tratti principali degli standard e delle regole elaborate nella *case law* della Corte europea dei diritti dell'uomo, evidenziando gli aspetti di pregio e di problematicità di internet. Per illustrare in maniera approfondita la funzione della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'articolo spiega il modo in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sviluppato la sua *case law* nell'intento di trovare il giusto bilanciamento tra i diritti confliggenti nella complessa sfera di internet. In particolare, la terza parte del presente articolo affronta in maniera dettagliata le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Delfi SA vs. Estonia*, prima di arrivare ad una breve conclusione.

In the light of the accelerated evolution of technology and Internet, the article attempts to address the challenges that the Internet brings for the exercise of freedom of expression. The authors present some of the main features of the Strasbourg Court's standards and rules in the field of freedom of expression. The positive and negative aspects of Internet in this context shall be highlighted. In order to better understand the tasks of the European Court of Human Rights, the article explains the manner in which the European Court of Human Rights developed its case law in order to find an adequate balance between conflicting rights in the challenging context of the Internet. In particular, the third section of the article is dedicated to the detailed presentation of the judgments adopted by the European Court of Human Rights in the case of *Delfi SA v. Estonia*. Lastly, a few short conclusions shall be drawn.

TOMMASO EDOARDO FROSINI

LIBERTÀ DI CRITICA VS. VILIPENDIO

SOMMARIO: 1. Il caso: Storace, la Levi Montalcini e il Presidente della Repubblica.
– 2. Il reato di vilipendio e la forma di Stato. – 3. Sulla libertà di dire ciò che si pensa. – 4. Depenalizzare il reato di vilipendio.

1. *Il caso: Storace, la Levi Montalcini e il Presidente della Repubblica*

Durante il governo Prodi (2006-2008), che si sosteneva su una base numerica assai flebile in Senato, ovvero sorretta dal voto dei senatori a vita, si ebbe una polemica tra il sen. Francesco Storace e il Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano. Il motivo fu dovuto a un'affermazione del sen. Storace nei confronti della senatrice a vita Rita Levi Montalcini, definita “stampella del Governo”, e quindi sostegno e supporto politico a un Governo, che sarebbe stato minoritario in Senato se privato del voto dei senatori a vita.

Ne è seguito un intervento del Capo dello Stato a difesa della sen. Levi Montalcini: «*Mancare di rispetto, infastidire, tentare di intimidire la senatrice Rita Levi Montalcini, una donna dall'alto sentire democratico, che ha fatto e fa onore all'Italia, è semplicemente indegno*».

In risposta alle affermazioni del Presidente, il sen. Storace, nel proprio sito internet (www.storace.it), così scriveva: «*Non so se devo temere l'arrivo dei corazzieri a difesa di Villa Arzilla, ma una cosa è certa: Giorgio Napolitano non ha nessun titolo per distribuire patenti etiche. Per disdicevole storia personale, per palese e nepotistica condizione familiare, per evidente faziosità istituzionale, è indegno di una carica usurpata a maggioranza. E la smetta di soccorrere un governo moribondo a difesa di una signora talmente importante che anche quest'anno, come ha ricordato ieri il presidente Calderoli, costerà tre milioni di euro agli italiani. Nobel o no, i ricatti si chiamano ricatti e i voti dei senatori a vita restano politicamente immorali. Come diceva*

fino a poco tempo fa un signore che la memoria l'ha persa a poco più di 55 anni». Frasi di cattivo gusto, intendiamoci: ma che hanno fatto rivivere il reato di vilipendio al capo dello Stato, che è da considerarsi anacronistico, irragionevole e comunque da depenalizzare. Come intendo sostenere in questo mio scritto.

Per le dichiarazioni rese dal senatore Francesco Storace, veniva presentato un esposto all'autorità giudiziaria affinché la stessa verificasse se ricorrevano gli estremi dei reati di cui agli artt. 278, 279 e 290 del codice penale. Il Ministro della Giustizia concedeva, in relazione al reato di cui all'art. 278 c.p. («*Chiunque offende l'onore o il prestigio del Presidente della Repubblica è punito con la reclusione da uno a cinque anni*»), l'autorizzazione prescritta dall'art. 313 dello stesso codice. Il GIP presso il Tribunale di Roma disponeva il giudizio immediato per il reato di cui all'art. 278 c.p., contestando al senatore Storace di avere offeso l'onore e il prestigio del Presidente della Repubblica. Il processo a carico del senatore Storace veniva sospeso in attesa delle determinazioni del Senato, che si pronunciava sulla insindacabilità *ex art. 68*, primo comma, Cost. Allora, il Tribunale di Roma sollevava conflitto di attribuzione tra Poteri dello Stato nei confronti del Senato della Repubblica, e veniva quindi investita la Corte costituzionale per la risoluzione del conflitto. Con sentenza n. 313 del 2013, la Corte dichiarava che non spettava al Senato della Repubblica affermare che le dichiarazioni rese dal sen. Storace costituissero opinioni espresse da un membro del Parlamento nell'esercizio delle sue funzioni, *ex art. 68 Cost.*; e veniva annullata, per l'effetto, la delibera di insindacabilità adottata dal Senato¹. E veniva altresì respinta la richiesta, avanzata dalla difesa del Senato, che venisse sollevata dalla stessa Corte costituzionale questione di legittimità costituzionale dell'art. 278 c.p., per contrasto con gli artt. 3 e 21 Cost. La Corte, infatti, ha ritenuto che questa richiesta non potesse trovare accoglimento, in quanto, tra l'altro, priva dell'indispensabile requisito della rilevanza, per carenza del necessario nesso di pregiudizialità tra la risoluzione della questione medesima e la definizione del giudizio. Nonostante ci fossero buone ragioni per ritenere che fosse rilevante ai fini della

¹ Leggi la sentenza su ww.giurcost.org, *ivi* il commento di F. Marone, *La CEDU da parametro di legittimità costituzionale della legge a fonte concorrente con la Costituzione?*

composizione del processo, che muoveva proprio dall'applicazione dell'art. 278 c.p.; si trattava quindi di rilevanza nel senso dell'influenza sul giudizio principale: perché una pronuncia di incostituzionalità avrebbe finito con esplicitare influenza sul processo principale, impedendo, per un verso, l'applicazione della norma incostituzionale e agendo, per l'altro, sulla *ratio decidendi* della sentenza.

2. *Il reato di vilipendio e la forma di Stato*

Sono partito da un caso per svolgere alcune considerazioni sul reato di vilipendio del Presidente della Repubblica, e per verificarne la sua compatibilità costituzionale.

Innanzitutto, leggiamo cosa dice la norma. L'art. 278 c.p. recita: «*Chiunque offende l'onore o il prestigio del Presidente della Repubblica è punito con la reclusione da uno a cinque anni*». È un articolo ereditato dal regime fascista, che prevedeva, al codice penale (c.d. "codice Rocco") la seguente norma: «*Chiunque offende l'onore o il prestigio del Re o del Reggente è punito con la reclusione da due a sette anni*»².

Il legislatore repubblicano, con legge 11 novembre 1947 n. 1317 – quindi, addirittura prima dell'entrata in vigore della Costituzione – si è limitato a sostituire la figura del Re (e del Reggente) con quella del Presidente della Repubblica. Intendendo, in tal modo, tutelare la figura del Capo dello Stato, ritenendo, però, che la tutela dovesse avere pari salvaguardia sia nella forma di Stato monarchica che in quella repubblicana. *Come se*, nella fattispecie, l'organo, il ruolo e la funzione di Capo dello Stato fossero da ritenersi identiche in entrambi gli ordinamenti e, quindi, soggette a identica tutela nei confronti del vilipendio.

Il punto, però, è che, ammesso e non concesso, il ruolo del Capo dello Stato possa avere alcune similitudini (si pensi al potere di grazia³) in ambiente monarchico e repubblicano, quello che cambia profondamente è il contesto ordinamentale nel quale si viene a collocare l'uno, il Re, ovvero l'altro, il Presidente della Repubblica. Senza volere indugiare oltre, basta qui riferirsi quantomeno al concetto di sovranità, che nel caso della monarchia è riconosciuto in

² Sebbene il reato di vilipendio delle istituzioni fosse già presente con l'art. 126 del codice Zanardelli del 1889.

capo esclusivamente al Re (“Sovrano è il Monarca”), nel caso della Repubblica al popolo (“La sovranità appartiene al popolo”)⁴. Anche ai fini di una tutela, in punto di “onore e prestigio”, si tratta di due modi di manifestazione della sovranità, che incidono significativamente riguardo al ruolo del Capo dello Stato. Ovviamente, i termini della questione andrebbero altresì inquadrati nell’assetto costituzionale, e quindi in una dimensione pluralistica repubblicana fondata, anche e soprattutto, sul principio di eguaglianza (*ex art. 3 Cost.*) e sui diritti di libertà, in particolare di manifestazione del pensiero (*ex art. 21 Cost.*), che possono trovare, nella dimensione monarchica, una perimetrazione costituzionale più ristretta. L’idea sottesa alla tutela dello “onore e del prestigio” del Capo dello Stato può avere una sua ragione in un sistema costituzionale monarchico, quale “*lesa maestà*”, posto che la carica è ereditaria e quindi non soggetta a verifica e scelta elettorale da parte del Parlamento, come avviene per il Presidente della Repubblica, che può esserlo qualunque cittadino italiano che ne abbia i requisiti costituzionali (*art. 84 Cost.*).

Nella prospettiva di un sistema giuridico-politico, come quello fascista in una forma di Stato monarchica, caratterizzato «dalla ipostatizzazione dello Stato, dalla sacralizzazione dell’idea di Stato, e dall’idea di uno Stato espressivo di tradizioni, valori e aspirazioni tipicamente nazionali, il reato di opinione e in particolare quello di vilipendio, costituendo l’espressione di contro-valori rispetto ai valori morali incardinati nell’idea di Stato e di nazione, rappresentassero dei fatti meritevoli di particolare riprovazione giuridico-penale»⁵.

Situazione opposta in una democrazia repubblicana, dove a tutte le istituzioni deve essere implicitamente riconosciuto “onore e prestigio”, e non a uno solo; dove lo Stato è uno dei diversi soggetti che costituiscono la Repubblica (*art. 114 Cost.*); dove la centralità,

³ Come noto, il potere presidenziale di grazia, *ex art. 87 Cost.*, ha subito un’interpretazione di esclusiva attribuzione presidenziale con la sentenza della Corte costituzionale n. 200 del 2006 (leggila su www.giurcost.org, *ivi*, commenti di: Pugiotto, Siclari, Gemma, Giupponi, Timiani, Gorlani, Rescigno, Luciani, Benelli, Elia).

⁴ Per i termini della questione, si rinvia a T.E. Frosini, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano 1997.

⁵ Così, A. Spena, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 700 (a questo saggio di Spena si fa rinvio per una serie di rilevanti considerazioni sul tema).

e se si vuole la sacralità, non è certo più attribuibile allo Stato ma piuttosto alla persona umana e alla sua dignità individuale e sociale⁶. In un sistema liberale e democratico, il rispetto dei valori morali sovra-individuali, come il prestigio dello Stato o delle sue istituzioni, non si impone con la forza, con la minaccia penale, ma piuttosto facendo in modo che le condizioni necessarie alla diffusione di quei valori siano effettive. Imporre il prestigio dello Stato e del suo Capo, vietando ai cittadini di manifestare le loro opinioni, si estrinseca in un mero simulacro di prestigio, ottenuto con la minaccia; espressione quindi non di autorevolezza morale, ma di autoritarismo. E comunque, appare contrastante con la Costituzione una norma che prescriva addirittura la restrizione della libertà personale, per il tramite della reclusione, nei confronti di chi “offenda l’onore e il prestigio” di quel solo soggetto istituzionale a cui l’ordinamento riserva un privilegio oltremodo garantista.

3. *Sulla libertà di dire ciò che si pensa*

Il reato di vilipendio è ascrivibile ai c.d. reati di opinione, che possono essere intesi come dei *divieti a dire la cosa sbagliata*, di predicare l’opinione assunta come errata su certi valori sovra-individuali. Va da subito, rilevato però come la nozione del “vilipendere” si caratterizza per un’accentuata vaghezza di contenuto, che ha finito col concedere un’ampia libertà alla giurisprudenza nell’identificare le condotte da punire a titolo di vilipendio. Posto che «*il vilipendio consiste nel tenere a vile, nel ricusare qualsiasi valore etico o sociale o politico all’entità contro cui la manifestazione è diretta sì da negarle ogni prestigio, rispetto, fiducia, in modo idoneo a indurre i destinatari della manifestazione (...) al disprezzo delle istituzioni o addirittura ad ingiustificate disobbedienze*» (così, Corte cost., sent. n. 20 del 1974).

In prima approssimazione, e con il conforto di autorevole dottrina⁷, si può ritenere che il prestigio del Capo dello Stato viene a essere svilito quando se ne ponga la figura in luce tale da provocare una valutazione contrastante con la dignità della carica, tale da in-

⁶ Da ultimo, G.M. Flick, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2014.

⁷ V. per tutti, P. Nuvolone, *Il diritto penale della stampa*, Milano 1971, 192 e 196 ss.

generare una artata sensazione di squilibrio tra una presunta inferiorità della persona e la importanza dell'incarico onorifico e sostanziasi di conseguenza in una rottura della proporzione tra persona e *officium*. Resta valido però che l'offesa al prestigio non va confusa con la mancanza di riguardo, e che le mere irriverenze, indelicatezze, infrazioni di cerimoniale non costituiscono "offesa" ai sensi dell'articolo 278 codice penale⁸. E comunque, non sarebbe incriminata la critica, anche severa, ma semmai quella critica che risulti pericolosa, poiché oggettivamente capace di indurre pubblici disordini o disobbedienze. È questo un punto significativo: non si può censurare una critica politica, per quanto puntuta ed esacerbata, la cui finalità è quella di manifestare il proprio dissenso, ben lungi da scaturire pubblici disordini. La libera circolazione delle idee, che la libertà di manifestazione del pensiero intende garantire e promuovere, si esplicita, per sua stessa natura, anche di toni e di contenuti polemici e passionali. Vale la pena citare un passo di Carlo Esposito: «Proclamando la libertà di manifestazione del pensiero, il costituente [...] ha ritenuto che fuori dai casi direttamente vietati, l'esercizio di questo diritto non costituisca un pericolo generale per la saldezza degli istituti, per la conservazione della pace e la vita della Repubblica, perché le affermazioni pericolose sarebbero state contraddette da altre che ne avrebbero posto in luce la pericolosità eliminandola, e la propaganda delle idee sovversive sarebbe stata vinta da quella delle idee costruttive e la verità avrebbe illuminato sé stessa e l'errore»⁹.

Inteso come limite alla potestà punitiva dello Stato, il principio costituzionale della libertà di espressione disabilita il legislatore dal vietare una qualsiasi condotta per il solo fatto che questa rappresenti l'espressione di un certo pensiero, di un determinato stato psichico, proprio del suo autore. Quindi, *cogitationis poenam nemo patitur*: nessuno può essere legittimamente punito per avere avuto (ed espresso) un "cattivo pensiero". Non si può venire perseguiti penalmente per ciò che si pensa: dal che ne consegue che lo Stato non ha il potere di vietare ai singoli di esprimere il loro pensiero per ciò

⁸ Sul punto, cfr. E. Gallo e E. Musco, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Milano 1984, 215.

⁹ C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1957-1958, 49 (ora in Id., *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato e altri saggi*, a cura di D. Nocilla, Milano 1992, 179).

solo, che il messaggio espresso ha un contenuto offensivo, irrispettoso, blasfemo, inopportuno, e così via. La libertà di dire ciò che si pensa è un aspetto essenziale dell'autonomia e della dignità delle persone: avere una personalità significa avere pensieri e valori e poterli esprimere. E quindi, «impedire a un individuo di esprimere ciò che egli in buona fede pensa, è un attacco alla personalità umana, soprattutto per quel che riguarda le questioni di governo»¹⁰.

In definitiva, «è essenziale alla tenuta democratica di un ordinamento che ciascuno possa manifestare il proprio dissenso rispetto ai valori morali, anche (o forse soprattutto) se questi sono diffusamente condivisi; e che lo possa fare anche scegliendo maniere espressive di forte impatto emotivo, offese, aggressioni ideali, ai valori oggetto di contestazioni: molto spesso, infatti, questo è l'unico modo attraverso cui una minoranza può riuscire effettivamente a far sentire la propria voce, che altrimenti con tutta probabilità, si perderebbe nel vuoto»¹¹.

4. *Depenalizzare il reato di vilipendio*

In questa cornice dialettica si inquadra il reato di vilipendio al Presidente della Repubblica, regolato all'art. 278 del codice penale. Norma mai soggetta a scrutinio di costituzionalità. In una lontana decisione (n. 20 del 1974), la Corte costituzionale si era pronunciata (anche) sul reato di vilipendio nei confronti del Governo, dell'Ordine giudiziario e delle Forze Armate dello Stato (*ex art. 290, primo e secondo comma, del codice penale*), dichiarando non fondate le questioni di legittimità costituzionale. La sentenza, però, conteneva un passaggio assai significativo, che si riporta: «*Non si esclude, peraltro, che in regime democratico siano consentite critiche, con forme ed espressioni anche severe, alle istituzioni vigenti e tanto sotto il profilo strutturale quanto sotto quello funzionale (al caso attraverso le persone e gli organi che ne sono esponenti); anzi tali critiche possono valere ad assicurare, in una libera dialettica di idee, il loro adeguamento ai mutamenti intervenuti nella coscienza sociale in ordine ad antiche o nuove istanze*» (§ 5 cons. dir.).

Le fattispecie penalistiche dei reati di vilipendio – fatta eccezione per quello al Presidente della Repubblica, *ex art. 278 c.p.* –

¹⁰ Così, R. Dworkin, *I diritti presi sul serio* (1977), ed. it., Bologna 1982, 287.

¹¹ V. A. Spina, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., 721.

sono state oggetto di recente e assai significativa revisione legislativa, con una totale depenalizzazione in favore di sole sanzioni amministrative. Infatti: la legge 24 febbraio 2006, n. 85 (*“Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione”*) ha modificato i seguenti articoli del codice penale: 241, 270, 283, 289, 292, 299, 403, 404, 405. Prescindendo dalla depenalizzazione operata nei confronti delle offese a una confessione religiosa, anche sul fondamentale impulso della Corte costituzionale (v. almeno la sent. n. 508 del 2000), si richiama l’attenzione sul nuovo articolo 292 (*“Vilipendio o danneggiamento alla bandiera o altro emblema dello Stato”*), in particolare il comma primo, del codice penale, il quale adesso recita: *«Chiunque vilipende con espressioni ingiuriose la bandiera nazionale o altro emblema dello Stato è punito con la multa da euro 1000 a euro 5000. La pena è aumentata da euro 5000 a euro 10000 nel caso in cui il medesimo fatto sia commesso in occasione di una pubblica ricorrenza o di una cerimonia ufficiale»*.

Le offese “all’onore e al prestigio del Presidente della Repubblica”, di cui all’art. 278 c.p., si riferiscono, al bene individuale (onore della persona) e il prevalente prestigio “istituzionale” quale Capo dello Stato e quindi *emblema dello Stato*. Ci sono buoni motivi, almeno, per ritenere che il Presidente della Repubblica sia un “emblema dello Stato”, al pari della bandiera nazionale, e pertanto il vilipendio nei suoi confronti debba essere uniformato alla nuova disciplina penalistica *ex art. 292*, comma primo, del codice penale. E pertanto, valga, anche nei riguardi dell’art. 278 c.p. la depenalizzazione operata nei confronti di altre analoghe fattispecie penalistiche concernenti il reato di vilipendio. Al punto da potere sostenere che vi sia stata un’omissione del legislatore, non prevedendo un uguale trattamento di depenalizzazione per tutte le fattispecie penalistiche riferite al vilipendio.

Si ritiene che la norma penale, con la previsione della reclusione da uno a cinque anni, per “chiunque offende l’onore e il prestigio del Presidente della Repubblica”, sia oggi anacronistica e irragionevole, e contrastante con i principi costituzionali, specialmente l’art. 3 e l’art. 21 Cost. Pertanto: contrastante con l’art. 3 della Costituzione, e quindi con l’eguaglianza di tutti i cittadini (compreso il Presidente della Repubblica, quale primo cittadino) davanti alla legge senza distinzione, in particolare di “opinioni politiche”. Contrastante, altresì, con l’art. 21 della Costituzione, e quindi con il di-

ritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, posto che non sussistano limiti all'esercizio di tale diritto per effetto di altre norme che tutelino beni di rango costituzionale, e che comunque non possono ritenersi, nel bilanciamento, prevalenti al diritto di libertà di manifestazione del pensiero. Allora, si auspica che la Corte costituzionale – nel caso di reiterata inerzia del legislatore – possa, qualora adita, provvedere nella stessa misura in cui ha provveduto con riferimento al vilipendio della religione di Stato, e cioè che l'articolo 278 del codice penale «*rappresenta un anacronismo al quale non ha in tanti anni posto rimedio il legislatore. Deve ora provvedere questa Corte nell'esercizio dei suoi poteri di garanzia costituzionale*» (così, Corte cost., sent. n. 508 del 2000, § 5 cons. dir.). Tenendo conto di una lettura della fattispecie costituzionalmente orientata, così riassumibile: «massima ed armonica tutela e valorizzazione della persona umana e di tutti i beni ad essa ricollegabili; massima possibilità di dibattito e di critica alle pubbliche istituzioni, fuori dei veli apprestati da ogni forma di ingiustificata riverenza»¹².

Infine, vale senz'altro citare l'opinione dell'ex Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, il quale, in un intervento tenuto alla "Giornata dell'Informazione" il 16 ottobre 2010 (reperibile nel sito web www.quirinale.it), così concludeva il suo discorso: «*Se mi permettete una telegrafica postilla: per quel riguarda l'articolo 278 del Codice penale, non toccato peraltro dalla riforma dei reati di opinione di pochi anni fa, chiunque abbia titolo per esercitare l'iniziativa legislativa può liberamente proporre l'abrogazione. Giudichino poi i cittadini che cosa è libertà di critica – e che cosa non lo è – nei confronti di istituzioni che dovrebbero essere tenute fuori dalla mischia politica e mediatica*».

Parole da condividere e sottoscrivere, che valgano come monito per il legislatore perché provveda a depenalizzare il reato di vilipendio al Capo dello Stato¹³.

¹² Così S. Prosdocimi, *Vilipendio (reati di)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano 1993, 752.

¹³ Quando questo articolo era già stato scritto e pronto per andare in stampa, giunge la notizia (del 4 giugno 2015) che il Senato ha approvato un ddl modificativo dell'art. 278 c.p., che prevede un abbassamento della pena, fino a due anni di prigione, nel solo caso in cui l'offesa al capo dello Stato consiste nell'attribuzione di un fatto determinato. Per tutti gli altri casi sono previste multe da 5.000 a 20.000 euro. Non è completamente una depenalizzazione del reato di vilipendio ma sicuramente un passo avanti. Ora bisognerà attendere il voto definitivo della Camera.

Abstract

Cogitationis poenam nemo patitur: nobody can be lawfully punished for having (and having expressed) “bad thoughts”. You can not be prosecuted for what you think, even if the recipient of the “bad thoughts” is the head of state. Hence it follows that the crime of contempt may be contrary to the freedom of criticism, as well as it can not be the subject of a penalty involving deprivation of liberty. If anything, an administrative penalty: as it is argued in this article.

Cogitationis poenam nemo patitur: nessuno può essere legittimamente punito per avere avuto (ed espresso) un “cattivo pensiero”. Non si può venire perseguiti penalmente per ciò che si pensa: anche quando il destinatario dei “cattivi pensieri” è il capo dello Stato. Da qui ne consegue che il reato di vilipendio possa risultare contrastante con la libertà di critica e comunque non può essere oggetto di una sanzione restrittiva della libertà personale. Semmai una sanzione amministrativa: come si argomenta in questo articolo.

GIULIO ENEA VIGEVANI

SVILUPPI DEL DIRITTO DI CRITICA POLITICA TRA GIUDICE NAZIONALE ED EUROPEO

SOMMARIO: 1. La libertà pericolosa e il dibattito tra le idee. – 2. L'offesa all'onore e al prestigio del Presidente della Repubblica tra ritorni nazionali e indicazioni dalla Corte europea. – 3. Le tendenze in materia di critica politica, nel dialogo con la Corte di Strasburgo. – 4. La prevalenza di Strasburgo: verso la fine della pena detentiva per la diffamazione.

1. *La libertà pericolosa e il dibattito tra le idee*

La libertà di stampa – come la libertà in generale, secondo la lezione di Benedetto Croce – continua a vivere «*come è vissuta e vivrà sempre nella storia, di vita pericolosa e combattente*»¹.

È certo pericolosa l'esistenza di chi, sfidando chi ritiene di dover difendere con ogni mezzo una “verità assoluta”, rivelata dal principe o dai ministri di un qualunque Dio, si propone di sottoporre alla più intensa critica le affermazioni che vengono “dall'alto” e di dissacrare quanto è ritenuto più sacro e intangibile da una parte della popolazione². L'attività giornalistica non è, tuttavia, un mestiere tranquillo nemmeno per chi lo esercita in sistemi liberali o in ambiti nei quali la reazione di chi si sente offeso si limita solitamente alla querela e non alla minaccia di morte o all'omicidio.

Il dato che attraversa secoli e regimi politici è che, secondo il celebre adagio attribuito a Edward Bulwer-Lytton, *the pen is mightier*

¹ B. Croce, *La storia come pensiero e azione*, Bari 1967, 51.

² Secondo i dati forniti dall'International Press Institute di Vienna, nel mondo i giornalisti assassinati a causa del loro lavoro sono circa centinaio all'anno; cfr. il dossier “Death Watch”, disponibile all'indirizzo <http://www.freemedia.at/death-watch.html>, che evidenzia un progressivo aumento dei casi di omicidio dal 1997 agli ultimi anni. I primi dati relativi al 2015 sono evidentemente influenzati dagli otto giornalisti assassinati nell'attentato terroristico del 7 gennaio alla sede del giornale satirico “Charlie Hebdo”.

than the sword, influente e dunque fonte di pericoli per l'autorità in ogni sua forma, chierica o laica, per i singoli che possono essere lesi nella loro dignità, ma anche per chi quella penna utilizza, per esprimere le proprie convinzioni e per proiettare la luce del sole sulla realtà sociale.

In quest'ottica, è il valore del libero confronto delle idee, idoneo a raggiungere una verità necessariamente relativa e provvisoria, che le Costituzioni devono tutelare. Ed è la voce dell'irriverente, di chi irride le credenze più profonde della società, che deve essere primariamente garantita. Così, continua ad essere uno dei criteri principali di valutazione del "benessere" di un ordinamento liberal-democratico l'effettiva garanzia di uno spazio aperto e tollerante, ove possano avere accesso anche i pensieri che «*urtano, scioccano o inquietano*», secondo la formula ormai rituale della Corte di Strasburgo³, o le critiche più penetranti alle autorità. Limiti, restrizioni e condizionamenti del discorso pubblico, finiscono infatti con il provocare un *chilling effect*, un raffreddamento, quasi un soffocamento della libera informazione e, dunque, del libero dibattito delle idee.

Infatti, se la democrazia postula la trasparenza dei meccanismi decisionali e un processo continuo di informazione e formazione dell'opinione pubblica consapevole, la presenza di un luogo dove si sviluppi liberamente il confronto tra le diverse interpretazioni della realtà diviene condizione necessaria per creare un ambiente favorevole alla maggior diffusione possibile di qualunque informazione o idea e dunque per rendere effettivo il diritto dei cittadini a essere informati e di conseguenza a concorrere a determinare la politica nazionale.

In altre parole, la libera circolazione delle idee è diritto individuale e valore fondante dell'ordinamento democratico, strumento per la realizzazione della persona e per la ricerca della verità nei campi che più interessano la vita comune (politica, giustizia, religione, economia, etc.) e, in questa visione, "garanzia delle garanzie", condizione per il mantenimento di ogni altra libertà.

In questo senso, ritengo di dover ribadire – nonostante l'auto-

³ Così tra le prime Corte eur. dir. uomo, 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*, ric. n. 5493/72, par. 49, ancora oggi fondamentale *leading case* in materia di diritto di critica.

revoles critica di Alessandro Pace⁴ – che la libertà di espressione possa essere definita un diritto al contempo individuale e sociale: diritto fondamentale del singolo «*perché* – secondo la celebre definizione di Esposito – *l'uomo possa unirsi all'altro uomo nel pensiero e col pensiero*»⁵, ma anche diritto sociale, vale a dire pretesa di un comportamento attivo dello Stato, affinché, attraverso la formazione di un'opinione pubblica consapevole, sia garantito non solo “lo sviluppo della persona umana”, ma anche “l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”, come prescritto dall'art. 3, secondo comma, della Costituzione⁶.

Tale lettura non sottintende una lettura funzionalistica dell'art. 21 Cost. né da essa discende il riconoscimento di un “diritto ad essere informati” quale situazione giuridica soggettiva avente natura pretensiva, cui corrisponde un obbligo generale di chi informa a fornire notizie o ancor più notizie “vere”.

Il diritto “sociale” all'informazione mi pare implicare, invece, l'obbligo per l'ordinamento di rendere massimamente accessibili le notizie che interessano la sfera pubblica; di qui la natura “privilegiata” della libertà di espressione nel giudizio di bilanciamento con altri diritti della personalità, quando attraverso tale libertà si rende visibile e si controlla il potere, sia esso politico, economico, religioso, scientifico o culturale⁷.

Questa lettura consente, inoltre, di rendere l'interpretazione della libertà di informare *ex art. 21 Cost.* maggiormente coerente con il tradizionale orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, che presuppone «*la diversificazione del livello di protezione*

⁴ A. Pace, *Informazione: valori e situazioni soggettive*, in *Diritto e società*, 2014, 743, nota 21.

⁵ C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano 1958, 9.

⁶ G.E. Vigevani, *Informazione e democrazia*, in M. Cuniberti, E. Lamarque, B. Tonoletti, G.E. Vigevani, M.P. Viviani Schlein, *Percorsi di diritto dell'informazione*, cit., 4.

⁷ Questa sembra la posizione di Pace e Petrangeli, quando spiegano che le informazioni correttamente divulgate dal cronista prevalgono nel giudizio di bilanciamento in quanto «*nell'art. 21 della Costituzione e, più in generale, nel contesto complessivo del quadro costituzionale, esiste ... anche la libertà di informarsi (v. tra l'altro l'art. 10, primo comma, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo), che ancorché passiva ... è presente, nel nostro come in altri ordinamenti, come valore costituzionale immanente*» (A. Pace, F. Petrangeli, *Diritto di cronaca e di critica*, in *Enc. dir. (Agg. V)*, 2002, 307-308).

di una notizia in funzione del suo specifico contributo ad un dibattito di interesse generale»⁸ e dunque di favorire una progressiva integrazione dei sistemi di garanzia della libertà di espressione⁹.

Per misurare concretamente il grado effettivo di estensione del *freemarket place of ideas* e le interazioni tra legislatore, giudici nazionali e organi sovranazionali occorre scendere dalle biblioteche alle cucine ed esaminare l'opera quotidiana della giurisprudenza in materia di diritto di critica.

Verificare come si fronteggino nelle aule di giustizia la libertà di espressione e gli altri diritti della personalità aiuta, infatti, a cogliere quei bradisismi che spostano, talvolta anche solo millimetricamente, il confine tra diritto di informare e altri interessi in conflitto e forse mostrano più delle grandi affermazioni di principio – magari pronunciate sull'onda di eventi traumatici¹⁰ – le tendenze degli ordinamenti liberal-democratici e, per quanto qui interessa, di quello italiano.

2. *L'offesa all'onore e al prestigio del Presidente della Repubblica tra ritorni nazionali e indicazioni dalla Corte europea*

Vicende giudiziarie anche recenti mostrano come il cammino della libertà di stampa sia faticoso, con un andamento certo non

⁸ Così, G. Resta, *Dignità, persone, mercati*, Torino 2014, 237.

⁹ Sul tema, sia consentito rinviare a G.E. Vigevari, *Libertà di espressione e discorso politico tra Corte europea dei diritti e Corte costituzionale*, in N. Zanon (a cura di), *Le corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Esi, Napoli 2006, 459 ss.

¹⁰ Mi riferisco *in primis* alla messe di editoriali e interviste di giornalisti, intellettuali, politici e religiosi su ruolo e limiti della informazione e della satira, che hanno inondato i media i giorni successivi alla strage di Parigi. Meritano comunque di essere ricordati, tra quanto pubblicato sulla stampa italiana, almeno F. Merlo, *la libertà degli altri*, in *La Repubblica*, 9 gennaio 2015, 1, F. Bonami, *Ma c'è un confine che va rispettato*, in *La Stampa*, 9 gennaio 2015, 39, M. Serra, *La parola è potente e il segno lascia il segno*, in *La Repubblica*, 11 gennaio 2015, 32, F. Merlo, *Anche Dio sa ridere* (intervista a Umberto Eco), in *La Repubblica*, 11 gennaio 2015, 30, M. Corradi, *Il principio della risposta*, in *Avenire*, 16 gennaio 2015, 1, S. Rodotà, *Ma il diritto alla libertà non conosce limiti*, in *La Repubblica*, 16 gennaio 2015, 1, D. Carr, *Libertà di parola vuol dire tutelare ciò che ci offende*, in *La Repubblica*, 16 gennaio 2015, 11, I. McEwan, *Senza libertà di parola la democrazia è una finzione*, in *La Repubblica*, 23 gennaio 2015, 1, oltre alle dichiarazioni di Jorge Mario Bergoglio pubblicate sul *Corriere della Sera* del 16 gennaio 2015, a 9, con il titolo *La libertà di espressione ha dei limiti. Non si gioca con la religione degli altri*.

rettilineo e come gli ordinamenti forniscano in molti casi strumenti a chi voglia impedire espressioni volte a mostrare il re nudo, che abbia la corona o la tiara.

Un esempio in qualche modo paradigmatico è rappresentato dal mantenimento nel nostro ordinamento di un delitto di “lesa maestà” quale il reato di “offese all’onore o al prestigio del Presidente della Repubblica” (art. 278 c.p.)¹¹, recentemente “risuscitato” in una sentenza del Tribunale di Roma del 21 novembre 2014, che ha condannato per tale crimine l’ex senatore Francesco Storace a sei mesi di reclusione, con la sospensione condizionale della pena, per un commento, pubblicato nel proprio blog, che metteva in dubbio la moralità e la dignità dell’allora Capo dello Stato¹².

Si tratta, come noto, di uno dei “reati di opinione” sorti in epoca pre-repubblicana e mantenuti in vita dal legislatore nonostante l’evidente anacronismo e la difficile compatibilità con la po-

¹¹ La medesima protezione è estesa al Sommo Pontefice, per le offese e le ingiurie pubbliche contro la sua persona commesse nel territorio italiano, ex art. 8 del Trattato tra la S. Sede e l’Italia dell’11 febbraio 1929, reso esecutivo con la l. 27 maggio 1929, n. 810.

¹² La vicenda risale al 2007: il Governo guidato da Romano Prodi aveva in più occasioni ottenuto la maggioranza al Senato grazie al voto dei senatori a vita e per tale motivo una parte dell’opposizione lanciò una campagna per l’abrogazione dell’art. 59 della Costituzione. In questo contesto, fu pubblicato nel sito internet dell’allora senatore e segretario de “La Destra” Storace un greve commento, ove si definiva la vetusta senatrice a vita Rita Levi Montalcini una «stampella» dell’esecutivo e si annunciava il recapito a domicilio di un paio di tali ausili alla deambulazione. Pochi giorni dopo, il Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano dichiarò che fosse «semplicemente indegno» mancare di rispetto e tentare di intimidire la senatrice; parole alle quali Storace rispondeva rivolgendosi al Presidente in questi termini: «Per disdicevole storia personale, per palese e nepotistica condizione familiare, per evidente faziosità istituzionale, è indegno di una carica usurpata a maggioranza». Da qui l’apertura di un’indagine da parte della Procura di Roma, la concessione da parte del Ministro per la Giustizia dell’autorizzazione a procedere, ai sensi dell’art. 313 c.p., l’annullamento da parte della Corte costituzionale, con la sent. 10 dicembre 2013, n. 313, di una delibera di insindacabilità del Senato, a seguito di un conflitto di attribuzioni sollevato dal Tribunale di Roma e infine il processo concluso in primo grado con la condanna di Storace. Per la ricostruzione della vicenda si rinvia al saggio di T.E. Frosini, *Libertà di critica vs. vilipendio*, pubblicato in questo numero della *Rivista*. Un attento esame delle prime fasi della vicenda è in A. Filippini, *La vicenda Storace-Montalcini-Napolitano: una cronaca*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2007 (7 gennaio 2008); sul reato di cui all’art. 278 c.p. cfr. M. Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Roma 1974 e B. Pezzini, *Presidente della Repubblica e Ministro della Giustizia di fronte all’autorizzazione a procedere per il reato di offesa al Presidente (art. 278 c.p.)*, in *Giur. cost.*, 1996, 3286-3306, oltre al già citato lavoro di T.E. Frosini, *Libertà di critica vs. vilipendio*.

sizione costituzionale dell'individuo nello stato democratico. Ciò vale in particolare proprio per i delitti di vilipendio (della Repubblica, delle istituzioni costituzionali e delle forze armate, della nazione italiana, alla bandiera o ad altro emblema dello Stato) che si pongono in una posizione naturalmente conflittuale con la libera espressione del pensiero e il diritto di criticare, anche in modo aspro e irriverente, il potere e chi lo impersonifica¹³.

L'art. 278 cod. pen., collocato tra i delitti contro la personalità dello Stato, mira a tutelare l'onore e il prestigio dell'istituzione che rappresenta l'unità nazionale e il sereno svolgimento delle funzioni connesse alla carica, attraverso la previsione di una sanzione (la reclusione da uno a cinque anni) ben più severa di quella prevista dall'art. 595 cod. pen. per il reato di diffamazione¹⁴.

Non è un caso, infatti, che il Senato abbia approvato, il 4 giugno 2015, un disegno di legge¹⁵ che, pur non giungendo all'*abolitio criminis*, modifica il trattamento sanzionatorio: restringe l'ambito di

¹³ Sul tema si rinvia a E. Lamarque, *I reati di opinione*, in M. Cuniberti, E. Lamarque, B. Tonoletti, G.E. Vigevari, M.P. Viviani Schlein, *Percorsi di diritto dell'informazione*, III ed., Torino 2011, 141 ss., la quale *inter alia* ricorda il cristallino ragionamento di Paolo Barile secondo cui «una delle caratteristiche della democrazia è la tutela della critica, non del prestigio, o della reverenza delle istituzioni, che le opposizioni debbono potere liberamente scalzare» (P. Barile, *Il "vilipendio" è da abolire*, in *Temi*, 1969, 539).

¹⁴ Così Cass. pen., sez. I, 4 febbraio 2004, n. 12625, che ha ritenuto che: «La previsione di reato di cui all'art. 278 c.p. (offesa all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica) manifestamente non si pone in contrasto con gli art. 3, 21, 24, 25, comma 2, e 111 cost. e può essere integrata da affermazioni che, esulando dai limiti del legittimo diritto di critica, abbiano (valutate nell'ambito dell'intero contesto in cui sono contenute) carattere insultante, ingiurioso e ridicolizzante». Qualche anno prima, la Corte costituzionale aveva dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 278 c.p., sollevata, in riferimento all'art. 27 comma 3 Cost., nella parte in cui prevede un minimo edittale di pena di anni uno di reclusione (Corte cost., 20 maggio 1996, n. 163). Per il Giudice delle leggi, il valore di rango costituzionale tutelato dalla norma – identificato nel prestigio della stessa istituzione repubblicana e della unità nazionale che il Presidente della Repubblica come capo dello Stato è chiamato a rappresentare – giustificava la previsione di un trattamento sanzionatorio che adeguatamente scolpisse il particolare disvalore che assume per la intera collettività l'offesa all'onore e al prestigio della più alta magistratura dello Stato.

¹⁵ Senato della Repubblica, XVII leg., d.d.l. nn. 667 e 1421-A "Modifica all'articolo 278 del codice penale, in materia di offesa all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica". Per una meditata critica a tale impostazione e in generale alla scelta del legislatore repubblicano di limitarsi a sostituire la figura del Presidente a quella del Re, nonostante il rivolgimento del contesto ordinamentale e dei principi in tema di sovranità, cfr. T.E. Frosini, *Libertà di critica vs. vilipendio*, cit.

applicazione della pena detentiva (ridotta nel minimo a quindici giorni e nel massimo a due anni) alla sola ipotesi che l'offesa al Capo dello Stato consista nell'attribuzione di un fatto determinato e la sostituisce con quella pecuniaria negli altri casi. Appare evidente che il completamento del procedimento legislativo attenuerebbe i dubbi circa il rispetto dei criteri di proporzionalità e necessità in una società democratica imposti, come si vedrà di seguito, dalla Corte di Strasburgo.

Tuttavia, ritornando all'applicazione della disposizione incriminatrice nel caso "Storage", il *punctum dolens* non è da ravvisarsi nella pena irrogata, quanto nella individuazione dell'area del penalmente illecito con criteri diversi e più larghi rispetto ai casi di diffamazione. In altri termini, il Tribunale di Roma, escludendo che le frasi incriminate costituiscano legittimo esercizio del diritto di critica politica, sembra assumere che il diritto in questione trovi un limite insuperabile nella tutela del prestigio, del decoro e dell'autorità della massima istituzione. E così appare piuttosto impermeabile agli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo, che tende a non lasciare spazio a restrizioni alla libertà di espressione che possano limitare la libera discussione su questioni di interesse pubblico e richiede a chi detiene una carica pubblica una maggiore tolleranza alle critiche che gli vengano indirizzate.

In questa prospettiva, in due casi con elementi non dissimili a quello sopra citato, i giudici di Strasburgo hanno assunto un indirizzo assai restrittivo circa la conformità del reato di vilipendio al Capo dello Stato con la libertà di espressione protetta dall'art. 10 della Convenzione.

Nella decisione *Colombani e altri c. Francia* del 2002¹⁶, la Corte ha ritenuto incompatibile con la Convenzione la disciplina del reato di offesa a Capo dello Stato estero, prevista dell'art. 36 della legge francese del 1881 sulla libertà della stampa, in quanto tale norma, diversamente dalla regola generale in materia di diffamazione, non consentiva al giornalista di far valere l'*exceptio veritatis*, vale a dire la prova della verità dei fatti allegati, quale scriminante del reato. Secondo la Corte, infatti, una disciplina che aveva quale fine quello

¹⁶ Corte eur. dir. uomo, 25 giugno 2002, *Colombani e altri c. Francia*, ric. n. 51279/99; il caso concerneva la condanna del direttore e di un giornalista di "Le Monde" per il reato di offesa a Capo di Stato straniero (in specie, l'allora re del Marocco Hassan II).

di sottrarre alle critiche i Capi di Stato stranieri solamente in ragione della loro funzione o *status* conferiva ad essi un privilegio esorbitante, non conciliabile con «*la pratique et les conceptions politiques d'aujourd'hui*» (par. 68). Un'interferenza alla libertà di espressione fondata su tale sostrato normativo non rispondeva, dunque, ad alcun bisogno sociale inderogabile, suscettibile di giustificare una tale deroga al diritto di informare. Essa era eccessiva rispetto al fine perseguito dalla legge, ovvero l'interesse dello Stato di mantenere relazioni amichevoli con i governanti degli altri paesi¹⁷. In seguito alla decisione, il legislatore francese abrogò il reato in questione e introdusse l'offesa diretta ai Capi di Stato stranieri tra le aggravanti del reato di diffamazione.

Più recente la sentenza *Eon c. Francia* del 2013¹⁸, con cui la Corte di Strasburgo ha ritenuto contraria alla Convenzione una condanna, invero simbolica (trenta euro di multa), per il reato di «*offense au Président de la République*»¹⁹, a carico di un attivista socialista che aveva mostrato un cartello con la scritta «*Casse toi pov'-con*» diretta al Presidente Sarkozy, nell'occasione in visita nella sua città. Tale espressione, particolarmente triviale, faceva il verso a un'identica frase pronunciata dallo stesso Sarkozy nei confronti di un contestatore qualche tempo prima, che fece del Presidente un facile bersaglio per la satira.

A differenza del caso *Colombani*, la Corte europea non perviene a una dichiarazione di incompatibilità *tout court* con la Convenzione del reato di offesa al Presidente della Repubblica²⁰. Tuttavia, ritiene che nel caso di specie vi sia stata una violazione dell'art.

¹⁷ Su tale decisione, cfr. D. Voorhoof, *Cour européenne des Droits de l'Homme - Affaire Colombani (Le Monde) c. France*, in *IRIS*, 2002-9, rinvenibile all'indirizzo <http://merlin.obs.coe.int/iris/2002/9/article1.fr.html> e P. Gori, *Brevi note sulla libertà di critica ad un Capo di Stato nella CEDU: il caso Eon, affinità e differenze con l'affaire Colombani*, in www.europeanrights.eu/public/comments/GORI.pdf.

¹⁸ Corte. eur. dir. uomo, 14 marzo 2013, *Eon c. Francia*, ric. n. 26118/10; per un approfondito commento si rinvia a I. Gittardi, *Vilipendio al Presidente della Repubblica e libertà di espressione alla luce della Convenzione europea*, in *Diritto penale contemporaneo* (19 giugno 2013).

¹⁹ Art. 26, legge sulla libertà di stampa del 29 luglio 1881, successivamente abrogato dalla legge n. 2013-711 del 5 agosto 2013. Tale norma prevedeva che: «*L'offesa al Presidente della Repubblica con uno dei mezzi indicati dall'art. 23, è punibile con la multa di euro 45.000*».

²⁰ Così I. Gittardi, *Vilipendio al Presidente della Repubblica e libertà di espressione alla luce della Convenzione europea*, cit., par. 10, ove si dà conto della *dissenting opinion* del giudice Power-Forde, nella quale si sostiene che la Corte avrebbe dovuto,

10 Conv.: secondo la Corte, il ricorrente ha inteso rivolgere pubblicamente al Capo dello Stato una critica di natura politica, utilizzando l'arma dell'ironia, sia pur greve, e l'art. 10, comma 2, Conv. non lascia spazio a restrizioni alla libertà di espressione nel contesto del dibattito politico o di questioni di interesse pubblico. I limiti al diritto di critica di un uomo politico (quale è, per eccellenza, il Presidente della Repubblica) sono, infatti, più ampi di quelli di un semplice cittadino, dal momento che il primo si espone inevitabilmente e coscientemente ad un controllo approfondito dei suoi comportamenti, tanto da parte della stampa quanto da parte della massa dei concittadini, e deve prestare pertanto una maggiore tolleranza (par. 58-59). Inoltre il giudice europeo ritiene che nel caso di specie il ricorrente abbia esercitato la propria critica utilizzando una chiave satirica, che consente il ricorso a esagerazioni e a una distorsione della realtà. Così, sanzionare penalmente tali comportamenti determinerebbe un effetto deterrente sulla satira diretta alle personalità pubbliche, non compatibile con l'ordinamento democratico.

Ciò che sembra emergere da queste due decisioni è una visione laica delle istituzioni, che esclude «qualsiasi concezione "sacrale" della pubblica autorità, capace di giustificare la repressione del pensiero del quisque de populo»²¹. Tale concezione non esclude *a priori* la possibilità per gli Stati di prevedere un regime speciale per il Capo dello Stato, ma tale regime non può produrre né zone franche, né condizionamenti eccessivi all'attività informativa. Infatti, anche l'organo posto al vertice di un sistema costituzionale non è sottratto al controllo incisivo dell'opinione pubblica e non può pretendere una sorta di immunità dalle critiche e dalle espressioni satiriche anche aspre e irriverenti, invocando una concezione sacrale della sua persona e della funzione. Al contrario, il coinvolgimento di "personalità assolute della storia contemporanea", quali sono i vertici istituzionali, estende il diritto di critica sino a ricomprendere anche una mera espressione di animosità e indignazione personale verso lo Stato e chi ne detiene porzioni rilevanti di potere²².

come nel caso Colombani, giudicare la sottrazione del Presidente della Repubblica alle critiche, che l'esistenza stessa del reato sembra garantire, come un privilegio incompatibile con il modo attuale di concepire la politica.

²¹ Così C. Caruso, *Il "Political speech" nella Convenzione europea sui diritti dell'uomo: il caso Eon c. France*, in www.diritticomparati.it (4 aprile 2013).

²² Emblematica in questo senso Corte eur. dir. uomo, 1 luglio 1997, *Oberschlick c. Austria n. 2*, Rec. 1997-IV, ove la Corte giunse alla conclusione che la condanna di

Ciò vale sia per il Presidente francese, investito dalla Costituzione della V Repubblica di un ruolo determinante nell'individuazione dell'indirizzo politico, sia per il Re del Marocco, persona offesa nel caso "Colombani", figura chiave nella forma di governo del paese, specie prima della riforma costituzionale del 2011.

La posizione costituzionale del Capo dello Stato italiano non è comparabile con quella del Presidente francese, né con quella del sovrano marocchino, specie al tempo del regno di Hassan II. Tuttavia, almeno dalla presidenza Cossiga, sembra venuta meno la regola convenzionale che escludeva l'inquilino del Quirinale dalla polemica politica quotidiana, sancendo che gli attori politici si doversero astenere dal muovere censure politiche al Presidente della Repubblica e richiedendo, in cambio, una posizione di estraneità alle vicende partitiche da parte di quest'ultimo²³.

La stessa dottrina costituzionalistica italiana, superata una concezione più attenta a preservare la sacralità della più alta magistratura della Repubblica, ha in grande maggioranza ritenuto che, alla luce di una progressiva demitizzazione della funzione presidenziale, anche al Capo dello Stato possa essere attribuita una responsabilità politica di natura diffusa, che si traduce principalmente nella sottoposizione dei suoi atti e comportamenti al giudizio critico dell'opinione pubblica e anche delle forze politiche²⁴.

un giornalista austriaco che aveva definito "un idiota" l'allora governatore della Carinzia Jörg Haider costituisse una interferenza non proporzionata all'esercizio della libertà di espressione politica e non necessaria in una società democratica. Una parziale eccezione a tale tendenza è rappresentata dalla decisione *Rujak c. Croazia* del 2 ottobre 2012 (ric. n. 57942/10). Il ricorrente era stato condannato a una pena detentiva per il reato di lesione alla reputazione dello Stato, perché dopo una lite aveva riconosciuto la sua appartenenza allo stato croato e inveito contro le sue radici cristiane. La Corte di Strasburgo dichiarò l'inammissibilità del ricorso, in quanto le frasi pronunciate erano dirette a offendere le istituzioni dello Stato e non a esprimere delle opinioni critiche. In questo modo, la Corte sembra «consacrare, per la prima volta dopo mezzo secolo di operato, la fondatezza di una nuova veste del limite logico alla libertà di espressione», così P. Tanzarella, *Il limite logico alla manifestazione del pensiero secondo la Corte europea dei diritti*, in *www.forumcostituzionale.it* (17 gennaio 2013), 3.

²³ Su tale convenzione, si veda G.U. Rescigno, *La responsabilità politica*, Milano 1967, 136; Id., *La responsabilità politica del Presidente della Repubblica. La prassi recente*, in *Studi parlam. e di pol. costituzionale*, 1980, 10 ss.

²⁴ In questo senso N. Pignatelli, *La responsabilità politica del Presidente della Repubblica tra valore storico e "inattualità" costituzionale della controfirma ministeriale*, in *www.forumcostituzionale.it* (21 ottobre 2005), 18, secondo il quale «l'evoluzione della forma di governo ha fatto emergere una responsabilità politica "diffusa", che si è dimostrata assai rilevante nelle dinamiche costituzionali».

In questa prospettiva, l'orientamento che emerge da Strasburgo, secondo cui non è conciliabile con *«la pratique et les conceptions politiques d'aujourd'hui»* un potere insindacabile, sottratto alle critiche anche dissacranti e irriverenti, potrebbe ben essere assunto come criterio d'orientamento dai giudici nazionali per verificare l'effettiva esistenza di una lesione alla maestà dello Stato e del suo Capo.

3. *Le tendenze in materia di critica politica, nel dialogo con la Corte di Strasburgo*

In relazione al reato di offesa al Presidente della Repubblica, la giurisprudenza di Strasburgo sembra aver influenzato più il legislatore che il tribunale di Roma; in altri settori che incidono sull'ampiezza dello spazio della critica, gli indirizzi elaborati a livello europeo stanno producendo mutamenti non di poco conto nella giurisprudenza italiana.

Si assiste, infatti, a un lento movimento verso una concezione più libertaria nei rapporti tra diritto di cronaca/critica e altri interessi in conflitto, specie quando il soggetto che si ritiene leso è un personaggio pubblico. Individuare un indirizzo prevalente da una giurisprudenza ampia, spesso contraddittoria e comunque legata alle peculiarità del caso concreto come quella in materia di diffamazione è operazione che si presta a facili obiezioni. Tuttavia, pare non arbitrario cogliere segni di un ondeggiamento della bilancia verso la libertà di informare, leggendo sia i massimari della Suprema Corte²⁵,

²⁵ Tra le più significative degli ultimi mesi Cass. pen., sez. V, 20 aprile 2015, n. 20998 e Cass. civ., sez. III, 20 gennaio 2015, n. 841, la quale statuisce che ove la narrazione di fatti sia esposta insieme ad opinioni, in modo da costituire al contempo esercizio di cronaca e di critica, la valutazione della continenza richiede un bilanciamento dell'interesse alla reputazione con quello alla libera manifestazione del pensiero, bilanciamento ravvisabile *«nella pertinenza della critica all'interesse dell'opinione pubblica alla conoscenza non del fatto oggetto di critica, ma di quella interpretazione del fatto»*. Cass. pen., sez. V, 23 settembre 2014, n. 49570. Con qualche anno di età, ma esemplare per chiarezza Cass. pen., sez. V, 3 ottobre 2012, n. 38437, che ribadisce in modo particolarmente netto l'ampiezza dei confini da attribuire alla critica politica *«perché essa garantisce il pieno dispiegarsi della dialettica democratica e consente ai cittadini di formarsi opinioni precise su i vari accadimenti; la critica può anche essere molto aspra, irriverente ed anche ironica, a condizione, però, che siano rispettati i canoni dell'interesse pubblico della notizia e/o vicenda criticata, che i presupposti di fatto esposti a critica siano veri e che vi sia continenza espositiva, anche se la durezza dello scontro po-*

sia le indagini statistiche sulla giurisprudenza delle principali corti di merito²⁶.

Tale tendenza si accompagna a un processo di progressiva osmosi tra i diversi livelli di giurisdizione, dimostrato *inter alia* dalla sempre maggiore frequenza con cui il giudice italiano richiama l'art. 10 della Convenzione e la giurisprudenza di Strasburgo per motivare decisioni, specie in materia di critica politica, che riconoscono la prevalenza della libertà di espressione²⁷, quasi che, come ho in altra sede osservato²⁸, la legislazione e la giurisprudenza italiana non siano in grado di fornire sempre una base sufficientemente solida.

L'esito di tale processo è, in riferimento al diritto di critica politica, l'accentuazione della distinzione tra "giudizi di fatto e "di valore" e del conseguente limitato rilievo del requisito della verità del fatto in quest'ultima ipotesi, in quanto la richiesta di dimostrare la

litico e sindacale consente critiche anche molto pungenti e l'utilizzo di frasi ed immagini che siano tali da catturare l'interesse anche del lettore e dell'ascoltatore distratti».

²⁶ Vincenzo Zeno-Zencovich ha di recente pubblicato un interessante studio statistico sugli orientamenti del Tribunale civile di Roma in materia di danno alla reputazione e per trattamento illecito dei dati personali, che analizza le sentenze depositate nell'anno 2013 (V. Zeno-Zencovich, *Quantificazione del danno alla reputazione e ai dati personali: ricognizione degli orientamenti 2013 del Tribunale civile di Roma*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica* 2014, 405-481). Da tale indagine emerge che, con riguardo alla lesione della reputazione, vi sia una netta prevalenza di decisioni di rigetto (73% contro il 40% circa di vent'anni fa); il dato è ancor più inequivocabile riguardo ai politici, che politici non hanno visto accolta nemmeno una delle ventitré domande avanzate (p. 408). Una tendenza non dissimile, anche se meno nitida, si coglie anche dall'analisi di Sabrina Peron sulle sentenze emesse dal Tribunale Civile di Milano, nel biennio 2011-2012, in materia di diffamazione per il tramite dei mass-media (S. Peron, *Diffamazione tramite mass-media. Un biennio di giurisprudenza ambrosiana*, in *Resp. civ. e Prev.*, 2013, 1839 ss.).

²⁷ Tra le più recenti, Cass. pen., sez. I, 5 novembre 2014, n. 5695, cui si accennerà di seguito, e Cass. pen., sez. I, 13 giugno 2014, n. 36045, ove si legge che «D'altronde, come ricorda la giurisprudenza CEDU (...), il diritto di esprimere liberamente le proprie opinioni non concerne unicamente le idee favorevoli o inoffensive o indifferenti, alla cui manifestazione nessuno mai s'opporrebbe, ma è al contrario principalmente rivolta a garantire la libertà proprio delle opinioni che urtano, scuotono o inquietano. E ciò tanto più ove dette opinioni veementi siano rivolte a soggetti che detengono o rappresentano un potere pubblico, e siano dunque giustificate dalla sentita necessità di rispondere con violenza alla violenza del potere (salve, come detto, le espressioni dileggianti o che colpiscono senza ragione la sfera privata, ovvero sia i non ammessi *argumenta ad hominem*».

²⁸ G.E. Vigevari, *Libertà di espressione e discorso politico tra Corte europea dei diritti e Corte costituzionale*, in N. Zanon (a cura di), *Le corti dell'integrazione europea e la corte costituzionale italiana*, cit., 475 ss.

veridicità di un giudizio di valore determina un evidente effetto dissuasivo sulla libertà di informare²⁹.

Il dialogo con Strasburgo ha prodotto qualche effetto anche relativamente all'interpretazione del requisito della "forma civile". Per i giudici europei, «*l'uso di frasi volgari in sé non è determinante nella valutazione dell'offensività di una espressione, potendo costituire una scelta stilistica del giornalista. Lo stile costituisce infatti una parte della comunicazione e in quanto forma di espressione è protetto insieme al contenuto dell'espressione*»³⁰. Una critica espressa con un linguaggio volgare e offensivo può dunque prevalere sul diritto del singolo a essere protetto da insulti personali qualora il giudizio di valore si riferisca a personaggi con un ruolo pubblico rilevante e si fondi su fatti e opinioni già noti e oggetto di dibattito di fronte all'opinione pubblica.

Qualche indizio in tal senso si ricava illustrando, sia pure in modo "impressionista", due recenti vicende giudiziarie.

Alla fine del 2014, la prima sezione penale della Cassazione³¹ ha stabilito che la critica a un uomo pubblico ha margini molto ampi, consentendo il ricorso ad una dose di esagerazione o di provocazione, purché il fatto da cui si prende spunto sia vero. La pronuncia pone fine, con l'annullamento senza rinvio, all'odissea di un procedimento cautelare, iniziato con il sequestro di due articoli che descrivevano con toni dissacranti l'allora presidente del consiglio superiore dei beni culturali, prendendo spunto da alcuni episodi non del tutto limpidi di gestione del denaro della collettività. La Corte distingue tra la polemica aspra, pungente e sarcastica, ammessa se diretta nei confronti dei personaggi pubblici, e l'aggressione gratuita, illecita in quanto colpisce la sfera morale della persona senza alcun collegamento con i fatti. Il punto di equilibrio appare questo: tanto maggiore è il potere, tanto più necessario è il controllo dell'opinione pubblica e dunque tanto minori sono i limiti anche in ordine alle modalità di esposizione di una notizia. Infatti, secondo la Cassazione, perché la forma sia "civile" non è necessario usare un linguaggio «*grigio e anodino*». Vi è spazio per la polemica provocatoria, per la satira sferzante e per la dissacrazione di chi ge-

²⁹ Così Cass. pen., sez. V, 26 settembre 2014, n. 48712, che cita Corte eur. dir. uomo, 27 febbraio 2013, *Mengi c. Turchia*, nn. 13471/05 e 38787/07.

³⁰ Corte eur. dir. uomo, 27 febbraio 2013, *Mengi c. Turchia*, cit., par. 59.

³¹ Cass. pen., sez. I, 5 novembre 2014, n. 569.

stisce la cosa pubblica, purché i fatti posti alla base della critica siano veri.

Pare davvero di sentire dalla bocca del giudice italiano quel *re-frain* della Corte europea dei diritti, secondo cui la libertà di espressione è la regola e la protezione della reputazione è l'eccezione, che richiede un'interpretazione restrittiva, soprattutto se si tratta di una discussione sulle questioni della *polis*.

Lo stesso vento sembra soffiare in una altrettanto recente sentenza³², in cui la Suprema Corte, riformando la decisione d'appello, ha ritenuto legittimo esprimere perplessità sul conferimento di un incarico di tipo politico ad un magistrato sottoposto in passato a procedimenti disciplinari e penali, se i fatti alla base della critica siano veri, il tono non sia offensivo e si dia conto dell'esito assolutorio di tali procedimenti. Secondo la Cassazione, i giudici non devono insegnare il mestiere ai giornalisti, ma solo tracciare i confini di ciò che è lecito; inoltre, si certifica che «*la neutralità è requisito che può esigersi dal giornalista che riferisce fatti, non da quello che formula giudizi di critica politica*», che anzi ha il dovere di non essere neutro, posto che solo l'alternarsi di tesi ed antitesi consente al lettore di raggiungere una nuova e più esauriente sintesi. Dunque, le opinioni eretiche hanno piena cittadinanza nel nostro ordinamento, purché basate su fatti veri ed espresse in modo non triviale.

4. *La prevalenza di Strasburgo: verso la fine della pena detentiva per la diffamazione*

L'influenza della giurisprudenza di Strasburgo è poi palese nel movimento forse più significativo in corso riguardo alle regole dei giornalisti, ovvero il progressivo ripensamento della previsione della pena detentiva per il reato di diffamazione, considerata eccessiva rispetto a quanto ritenuto dalla coscienza sociale e dalla giurisprudenza sovranazionale.

Come noto, la legislazione italiana prevede un trattamento sanzionatorio rigoroso per tale delitto³³, a cui tuttavia non corrisponde

³² Cass. civ., sez. III, 12 marzo 2015 n. 4931.

³³ La diffamazione "semplice" (art. 595 cod. pen.) è punita con la sanzione alternativa della reclusione fino a un anno o la multa fino a euro 1032. Il legislatore ha previsto ipotesi aggravate: se l'offesa consiste in un fatto determinato la pena è della reclusione fino a due anni o della multa fino a euro 2065; se è commessa con il mezzo

una analoga severità nel momento dell'applicazione in concreto e in quello dell'effettiva esecuzione³⁴. Sono, così, relativamente poco frequenti – ma non del tutto sporadici – i casi di irrogazione di una pena detentiva: secondo una recente ricerca di “Ossigeno per l'informazione”³⁵, nell'ultimo quadriennio vi sarebbero stati circa venti giornalisti condannati alla pena della reclusione³⁶ e solo due di essi avrebbero trascorso qualche giorno in carcere (il reggino Francesco Gangemi, condannato a due anni di reclusione per diffamazione e falsa testimonianza) o in regime di detenzione domiciliare (il direttore de “Il Giornale” Alessandro Sallusti).

Resta che la vigente legislazione italiana pare difficilmente compatibile con quella notissima, consolidata giurisprudenza della Corte europea – che ha il suo debutto con la decisione sentenza della Grande Camera del 17 dicembre 2004, *Cumpănă et Mazăre c. Romania* e che ha riguardato il nostro ordinamento con le decisioni *Belpietro c. Italia* del 24 settembre 2013 e *Ricci c. Italia* dell'8

della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità (internet, ad esempio), ovvero in un atto pubblico, la pena aumenta ancora ed è della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa non inferiore a euro 516. Qualora poi l'offesa sia recata ad un Corpo politico amministrativo o giudiziario, ad una sua rappresentanza o ad una Autorità costituita in collegio le pene sono aumentate di un terzo. Oltre a quelle elencate, esiste un'ulteriore aggravante contenuta nell'art. 13 della legge n. 47 del 1948 (“legge stampa”): quando la diffamazione è commessa con il mezzo della stampa (e solo con essa, in virtù del principio di tassatività in materia penale) e consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, si prevede l'applicazione cumulativa di pena detentiva e pecuniaria (reclusione da uno a sei anni e della multa non inferiore a euro 258), mentre in tutte le altre fattispecie le due sanzioni sono alternative.

³⁴ Nonostante la severità della pena edittale, in concreto sono piuttosto rare le sentenze che irrogano il carcere nei confronti dei giornalisti, anche nell'ipotesi di cui all'art. 13 l. stampa. Ciò in virtù di un particolare meccanismo: la fattispecie di cui si tratta non è considerata un delitto a sé stante, bensì un'aggravante del reato di cui all'art. 595 cod. pen. e ciò ne fa un elemento del bilanciamento fra circostanze che il giudice è chiamato a compiere. Così, qualora riconosca anche solo il riconoscimento delle attenuanti generiche, il giudice non applica la diffamazione aggravata dall'art. 13 della legge sulla stampa, ma quella prevista dall'art. 595 cod. pen., che prevede la pena alternativa della reclusione o della multa e in genere irroga solo quest'ultima.

³⁵ Cfr. <http://notiziario.ossigeno.info/2015/05/carcere-per-diffamazione-dal-2011-sedici-anni-di-carcere-a-20-giornalisti-57933/>.

³⁶ Alcuni casi sono invero singolari: tra i più recenti, la sentenza del Tribunale di Bologna del 21 maggio 2015, non ancora pubblicata, che ha condannato *ex art.* 57 cod. pen. il direttore del quotidiano locale, per aver omesso colpevolmente di controllare la pubblicazione di un necrologio ove si invocava la clemenza di Dio per perdonare «*le spietate barbarie, le grandi e crudeli cattiverie contro persone deboli che non si potevano difendere*» che il defunto – suocero dell'autore – avrebbe commesso in vita.

ottobre 2013³⁷ – secondo cui in sede di controllo sulla proporzionalità della restrizione occorre verificare che la natura e la gravità della sanzione non siano tali dal dissuadere altri soggetti dall'esercizio del diritto di critica. Per tale ragione, la previsione di pene detentive per i reati connessi all'esercizio della libertà di informazione non sono, in linea di massima, compatibili con la libertà di espressione, se non in circostanze eccezionali, in particolare quando altri diritti fondamentali sono stati gravemente attaccati, come nell'ipotesi di diffusione di un discorso di odio o di incitamento alla violenza.

Per adeguare la normativa italiana alla giurisprudenza della Corte europea, il legislatore sta percorrendo la via maestra della riforma legislativa: un d.d.l. approvato dalla Camera il 17 ottobre 2013, dal Senato con modificazioni il 29 ottobre 2014 e al momento in corso di esame in commissione alla Camera³⁸, interviene *inter alia* sulle pene: elimina la sanzione detentiva per la diffamazione, sulle orme della giurisprudenza europea che ritiene una simile pena intimidatoria e la sostituisce con la multa che, nell'ipotesi più grave, è da 10.000 a 50.000 euro. A ben vedere, tuttavia, l'insieme di pena per la diffamazione, pena e illecito disciplinare per la mancata rettifica e risarcimento del danno, a cui non viene posto alcun limite, costituisce un arsenale forse ancor più minaccioso per la libera informazione, anche a causa dell'assenza di un efficace freno alle querele temerarie³⁹.

³⁷ Cfr. tra i molti, M. Castellaneta, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, Bari 2012, 183 ss., M. Cuniberti, *Pene detentive per la diffamazione, responsabilità del direttore e insindacabilità delle opinioni del parlamentare: il "caso Bel-pietro" davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Osservatorio AIC* (gennaio 2014) e C. Melzi d'Eril, *La Corte europea condanna l'Italia per sanzione e risarcimento eccessivi in un caso di diffamazione. Dalla sentenza qualche indicazione per la magistratura, il legislatore e le parti*, in *Diritto penale contemporaneo* (12 novembre 2013).

³⁸ XVII Legislatura d.d.l. C-925-B: Modifiche alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, al codice penale, al codice di procedura penale e al codice di procedura civile in materia di diffamazione, di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di ingiuria e di condanna del querelante nonché di segreto professionale. Ulteriori disposizioni a tutela del soggetto diffamato.

³⁹ Per una breve analisi critica dei testi approvati sinora dalle due Camere, si rinvia a G.E. Vigevani e C. Melzi d'Eril, *Niente carcere per diffamazione a mezzo stampa: la riforma è ora al Senato per essere completata*, in *Guida dir.*, 2014, n. 2, 14-17 e *ltd.*, *Diffamazione: il legislatore che voleva troppo*, in *www.medialaws.eu* (10 novembre 2014).

L'ordinamento italiano ha, inoltre, risposto alle "pressioni" di Strasburgo in modi forse non del tutto consueti e ortodossi, quasi anticipando la riforma legislativa attraverso l'uso "estremo" del canone dell'interpretazione conforme alla Convenzione.

Così, nel 2013 la Cassazione⁴⁰ ha annullato con rinvio una sentenza di condanna a sei mesi di reclusione per diffamazione aggravata a carico di un giornalista (e per omesso controllo, a carico del direttore del periodico), per la sola ragione che il giudice del merito aveva optato per la pena detentiva anziché per quella pecuniaria. La Cassazione ritiene tale scelta incompatibile con la giurisprudenza della Corte europea che, per il ricorso alla pena detentiva, esige appunto la ricorrenza di circostanze eccezionali: ciò sul rilievo che, altrimenti, non sarebbe assicurato il ruolo di "cane da guardia" dei giornalisti, il cui compito è di comunicare informazioni su questioni di interesse generale e, conseguentemente, di assicurare il diritto del pubblico di riceverle.

Nella stessa logica sembra essersi mosso anche il Procuratore della Repubblica di Milano quando, nell'ottobre del 2013, a seguito della pubblicazione della sentenza *Belpietro*, segnalava attraverso un comunicato ai suoi sostituti l'orientamento del giudice europeo in materia di pene per la diffamazione e li invitava a limitare la richiesta di sanzioni detentive e a comunicargli quelle "circostanze eccezionali" che renderebbero proporzionata la richiesta di una pena detentiva⁴¹.

Si tratta evidentemente di episodi diversi, che tuttavia bene mostrano la forza della giurisprudenza europea, capace di incidere non solo sui criteri per il bilanciamento tra libertà di parola e diritto alla reputazione, ma anche sul dato normativo, rendendo sempre più eccezione ciò che il legislatore italiano aveva fissato come regola, in nome del valore sempre più dominante del libero confronto delle idee.

⁴⁰ Cass. pen., sez. V, 11 dicembre 2013, n. 12203; su tale decisione si v. S. Turchetti, *Cronaca giudiziaria: un primo passo della Corte di Cassazione verso l'abolizione della pena detentiva per la diffamazione*, in *Diritto penale contemporaneo* (17 aprile 2014).

⁴¹ Il comunicato stampa della Procura della Repubblica dell'8 ottobre 2013 è reperibile all'indirizzo http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/2543-pena_detentiva_e_diffamazione_la_presa_di_posizione_del_procuratore_della_repubblica_di_milano/. Per un breve commento, G.E. Vigevani e C. Melzi d'Eril, *Diffamazione: i diversi confini tra Italia ed Europa*, in *Il Sole 24 Ore*, 22 ottobre 2013, 27.

Abstract

The essay examines the right to political criticism from the perspective of the theory of the democracy and in the balance with other relevant interests.

After an introduction on the relationship between freedom of information and control of power, the editorial analyzes recent decisions of national judges and of the European Court of Human Rights concerning the offence of insulting an Head of State and the freedom of political speech. Last paragraph examines the process of revision of the provision of prison sentence for a press offence.

L'articolo esamina il diritto di critica politica nella prospettiva della teoria della democrazia e nel concreto bilanciamento con altri beni costituzionali.

Dopo una parte introduttiva sul rapporto tra libertà di informazione e controllo del potere, sono analizzate recenti decisioni di giudici nazionali e della Corte dei diritti dell'uomo in materia di offese all'onore del Capo dello Stato e di diritto di critica. Nell'ultima parte, si esamina il processo di ripensamento della previsione della pena detentiva per i reati a mezzo stampa.

DISCRIMINAZIONE E MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO

SOMMARIO: 1. Individuazione del tema e profili evocati. – 2. L'azione dell'Unione europea per l'affermazione del principio di non discriminazione in ragione dell'identità e orientamento sessuale. – 3. Uno sguardo comparato su alcuni ordinamenti: Regno Unito, Francia, Portogallo, Danimarca, Paesi Bassi. – 4. Il nodo cruciale della questione: ovvero indeterminatezza del concetto di "discriminazione" e determinatezza della fattispecie. – 5. Rilevanza civilistica del concetto di discriminazione, definizione legislativa ai fini civili ed amministrativi ed assenza di una definizione penale. – 6. Quale rischio per la libertà di manifestazione del pensiero? Profili di incostituzionalità dell'incriminazione del concetto di "istigazione" nell'attuale formulazione della norma.

1. *Individuazione del tema e profili evocati*

Costituisce un'occasione di riflessione sul concetto giuridico di "discriminazione" la proposta di legge presentata il 15 marzo 2013¹,

* Il lavoro, nel suo impianto, svolgimento e conclusioni, è frutto del lavoro condiviso di entrambi gli Autori. Tuttavia i paragrafi 1, 2, 3 sono più specificamente riferibili a G. Cerrina Feroni, il 4, 5, 6 a A. Bellizzi di San Lorenzo.

¹ Si veda *Atti parlamentari*, XII Legislatura, Camera dei Deputati n. 245, d'iniziativa dei deputati Scalfarotto e altri. La questione è nota. La proposta di legge, già approvata con modifiche dalla Camera dei Deputati il 19 settembre 2013 ed attualmente in discussione al Senato, introduce: la reclusione fino a un anno e 6 mesi o la multa fino a 6.000 euro per chi «istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi fondati sull'omofobia o transfobia»; la reclusione da 6 mesi a 4 anni per chi in qualsiasi modo «istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi fondati sull'omofobia o transfobia»; la reclusione da 6 mesi a 4 anni per chiunque «partecipa, o presta assistenza ad organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi fondati sull'omofobia o transfobia». Tali formazioni sono espressamente vietate dalla legge. La pena per coloro che le promuovono o dirigono è la reclusione da 1 a 6 anni. Nel testo, dopo una vivace discussione parlamentare, è stato poi aggiunto un comma in base al quale: «non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee, purché non istighino all'odio o alla violenza, né le condotte conformi al diritto vigente ovvero anche se assunte all'interno di organizzazioni che svolgono attività di natura politica, sindacale, culturale,

avente ad oggetto l'espansione della fattispecie incriminatrice dell'art. 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654 c.d. "*legge Reale*" (così come novellata dall'art. 1 della legge 25 giugno 1993, n. 205 c.d. "*legge Mancino*" e poi dall'art. 13 della legge 24 febbraio 2006, n. 85) ai motivi di "omofobia/transfobia", rispetto ai "motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi", quali moventi già tipizzati² degli "atti di discriminazione", ovvero di "istigazione a commettere" questi ultimi.

Il tema, da affrontarsi con un approccio giuridico necessariamente interdisciplinare³, pone allo studioso profili di analisi non banali: da un lato, al di là dell'indubitabile impatto emotivo di una proposta-manifesto come quella in discussione⁴, essa obbliga ad interrogarsi sul concetto stesso di "non discriminazione". Un concetto che, per la sua genetica natura retorico-declamativa, sembra in questo contesto quasi evocare l'inclusione edenica di una "massa dannata" precedentemente esclusa, tramite un'apparente salvifica fattispecie penale, di cui si pretende arricchire lo strumentario punitivo; dall'altro, costituisce la prova della emersione di una sorta di "neo-manicheismo sociologico-mediatico" che ritiene di risolvere ogni problema attraverso un uso vessillare della sanzione penale⁵, a

sanitaria, di istruzione, ovvero di religione o di culto, relative all'attuazione dei principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano tali organizzazioni».

² In questo senso G. Riccardi, *Omofobia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale* (30 settembre 2013), in <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1380446460RICCARDI%202013a.pdf>, ove, con riferimento alla tecnica legislativa di «cristallizzazione normativa del movente» (p. 34), già si segnala che «l'assunzione dell'omofobia ad oggetto dei motivi ovvero della finalità non è neutra» (p. 43) «poiché lo *scopo* (o la *finalità*) rappresenta l'aspetto conoscitivo del fatto psichico» che «presuppone una volontà già decisa a conseguire il risultato oggetto della rappresentazione ed è necessariamente consapevole» laddove «il movente rappresenta l'aspetto oggettivo del fatto psichico, dunque precede la deliberazione criminosa e può essere sia consapevole sia inconscio». *ibidem*. «Il pericolo è, dunque, che lo sbilanciamento delle fattispecie sulle componenti soggettive che connotano la condotta possano rivitalizzare un diritto penale sintomatico, dell'atteggiamento interiore (...)» *ibidem*, 25.

³ Si veda J. Piaget, *Méthodologie des relations interdisciplinaires*, in *Archives de philosophie*, 1971, 34 (4), 539-549.

⁴ Cfr. A. Pugiotto, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale* (15 luglio 2013), in <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1378823427PUGIOTTO%202013.pdf>, 12; di «ipercriminalizzazione» parla L. Goisis, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 16 novembre 2012.

⁵ Di «legislazione simbolica» parla G. Riccardi, *op. cit.*, 51, che richiama il mirabile scritto di C.E. Paliero, *Minima non curat praetor. Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova 1985.

scapito dei principi basilari di legalità, *sub specie* di tassatività-determinatezza della fattispecie⁶, nonché di materialità⁷ e di offensività del reato⁸. Principi, questi, che, insieme alla libertà di manifestazione del pensiero, rappresentano invece i cardini dello Stato di diritto e che, in quanto tali, devono essere costituzionalmente custoditi, proprio partendo dalla consapevolezza giuridica dei beni-interessi da tutelare proporzionalmente ai diritti fondamentali implicati, come il diritto all'identità persona⁹, che costituisce il valore normativo apicale dell'ordinamento (art. 2 Cost.)¹⁰.

2. *L'azione dell'Unione europea per l'affermazione del principio di non discriminazione in ragione dell'identità e orientamento sessuale*

La necessità di tale consapevolezza specifico-contestuale non è alleviata, ma anzi è accresciuta dal fenomeno di “tutela multilivello dei diritti fondamentali” implicata da quel *work in progress* che è il processo di integrazione europea¹¹ e dall'affermarsi nei vari ordinamenti di fattispecie analoghe.

La questione delle discriminazioni in ragione dell'orientamento e identità sessuale è infatti da tempo oggetto di attenzione in vari Paesi, specialmente su impulso della Unione europea. Non è infatti improprio sostenere che l'affermazione del principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale sia riconducibile in massima parte all'azione della Unione europea che da tempo lo promuove e lo tutela, anche simbolicamente¹². Si tratta di un principio che ha trovato per la prima volta affermazione nell'art. 13 del

⁶ V., *ex pluribus*, F. Palazzo, *Il principio di determinatezza in diritto penale*, Padova 1979; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale-parte generale*, Bologna 2002, 66 e ss.

⁷ Cfr. F. Mantovani, *Diritto penale - parte generale*, 3^a ed., Padova 1992, 157 e ss.

⁸ V., *ex pluribus*, G. Riccardi, *op. cit.*, 22 e ss.

⁹ Per una ricognizione problematica, si confronti C. Mignone, *Identità della persona e potere di disposizione*, Napoli 2014, segnatamente 109 e ss.

¹⁰ Nel senso che la Costituzione ha posto la persona come *Grundnorm* dell'ordinamento giuridico, C. Castronovo, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano 1998.

¹¹ A. Cardone, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano 2012.

¹² Emblematica la giornata internazionale contro l'omofobia e la transfobia che dal 2007, per volontà dell'Unione europea, si celebra simbolicamente il 17 maggio, giorno nel quale, era il 1990, l'Organizzazione Mondiale della Sanità escluse l'omosessualità dalla lista delle malattie mentali.

Trattato di Amsterdam¹³ e che trova oggi riferimenti espressi nell'art. 10 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea che prevede che «nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale»; nell'art. 19 che prevede che «il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale»; nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (dotata, in base all'articolo 6 TUE, dello stesso valore giuridico dei Trattati) che sancisce il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulle tendenze sessuali. Il tema era stato affrontato nella direttiva del 27 novembre 2000/78/CE riguardante la parità di trattamento fra persone, indipendentemente dall'età, religione, credo, handicap, e appunto orientamento sessuale e, più recentemente, è stato oggetto di una proposta di direttiva del Consiglio del 2 luglio 2008 (COM(2008) 426 definitivo) recante applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. La proposta intende istituire “un quadro per il divieto della discriminazione fondata su questi motivi” e stabilire “un livello minimo uniforme di tutela all'interno dell'Unione europea per le persone vittime di discriminazione”. Incessante è inoltre la produzione di risoluzioni del Parlamento europeo in materia tra cui quella del 24 maggio 2012 sulla lotta all'omofobia in Europa che «condanna con forza tutte le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere e

¹³ Prima dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, nel noto caso *Grant* del 17 febbraio 1998 (causa C-249/96), la Corte di giustizia si è interrogata sulla opportunità di ampliare, in assenza di altro e più preciso riferimento normativo, il significato dell'espressione “discriminazione fondata sul sesso” contenuta nell'art. 119 del Trattato che istituisce la Comunità europea, ricomprendendo anche la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. Tuttavia, la Corte ha escluso una simile soluzione, motivando che “la portata del detto articolo, così come quella di qualunque disposizione di diritto comunitario, può essere definita solo tenendo conto del suo dettato e del suo scopo, nonché della sua collocazione nel sistema del Trattato e del contesto giuridico in cui va iscritta tale disposizione (...)” e “allo stato attuale il diritto comunitario non si applica ad una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale (...)”.

deplora vivamente che tuttora, all'interno dell'Unione europea, i diritti fondamentali delle persone LGBT non siano sempre rispettati appieno; invita pertanto gli Stati membri a garantire la protezione di lesbiche, gay, bisessuali e *transgender* dai discorsi omofobi di incitamento all'odio e dalla violenza e ad assicurare che le coppie dello stesso sesso godano del medesimo rispetto, dignità e protezione riconosciuti al resto della società; esorta gli Stati membri e la Commissione a condannare con fermezza i discorsi d'odio omofobi o l'incitamento all'odio e alla violenza nonché ad assicurare che la libertà di manifestazione, garantita da tutti i trattati sui diritti umani, sia effettivamente rispettata» e «ritiene che i diritti fondamentali delle persone LGBT sarebbero maggiormente tutelati se esse avessero accesso a istituti giuridici quali coabitazione, unione registrata o matrimonio; plaude al fatto che sedici Stati membri offrono attualmente queste opportunità e invita gli altri Stati membri a prendere in considerazione tali istituti». O quella più recente del 4 febbraio 2014 intitolata "Tabella di marcia dell'UE contro l'omofobia e la discriminazione legata all'orientamento sessuale e all'identità di genere" nella quale si invita la Commissione europea, gli Stati membri e le agenzie competenti a collaborare alla definizione di una politica globale pluriennale per la tutela delle persone LGBTI e tra le cui azioni si sottolinea la necessità della lotta, mediante strumenti di diritto penale, avverso forme ed espressioni di odio e incitamento all'odio fondate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere. Numerose sono, peraltro, anche le indagini statistiche raccolte in numerosi Paesi europei che testimoniano la diffusione del fenomeno dell'omofobia, anche nella forma più grave dei c.d. *hate crimes* (crimini d'odio), ampia categoria criminologica di derivazione anglosassone che ricomprende i crimini basati sul pregiudizio, la discriminazione e l'odio generati da fattori quali la razza, l'origine etnica, l'orientamento sessuale, la religione, la condizione sociale, l'appartenenza politica¹⁴. Lo *Statistical Bulletin* redatto dall'*Home office* inglese – il dipartimento del Governo britannico deputato, tra l'altro, alla raccolta di dati in materia di giustizia – registra nel periodo di riferimento 2013-2014, solo per Inghilterra

¹⁴ L'espressione "crimini d'odio" è impiegata ufficialmente per la prima volta nel 2003 dall'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OSCE). Sul tema si rinvia a L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova 2009.

e Galles, 44.480 *hate crimes*. Di questi, l'84% (37.484) sono crimini a sfondo razziale ma, immediatamente a seguire, il 10% (4.622) sono crimini motivati da odio c.d. omofobico. A quest'ultima percentuale (peraltro cresciuta rispetto al periodo 2011-2012) deve poi sommarsi un ulteriore 1% (555) di crimini rivolti a persone c.d. transgender¹⁵.

3. *Uno sguardo comparato su alcuni ordinamenti: Regno Unito, Francia, Portogallo, Danimarca, Paesi Bassi*

Quali sono state le risposte degli Stati a fronte di queste precise indicazioni da parte degli organi dell'Unione europea? Il panorama delle soluzioni elaborate dagli Stati europei per fronteggiare un simile fenomeno è assai variegato, anche se vi sono alcune linee comuni riconducibili o alla introduzione nei codici penali dei vari ordinamenti di fattispecie autonome di reato di discriminazione in ragione dell'orientamento o identità sessuale, o comunque l'introduzione del movente, appunto legato all'orientamento o identità sessuale, quale circostanza aggravante di determinati reati. Rari sono invece i casi di ordinamenti, come quello portoghese, che hanno contemplato in Costituzione un espresso divieto di discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale.

Lo stesso Regno Unito, pur non fornendo una specifica definizione legislativa di omofobia, punisce la stessa nel quadro più generale della repressione dei reati connotati da odio razziale o religioso verso le vittime e dalla discriminazione in ragione del loro orientamento sessuale. Già nel 2003, il *Criminal Justice Act* (art. 146) aveva previsto un aggravamento di pena per il caso in cui l'atto criminoso fosse stato motivato da ragioni (anche presunte) legate all'orientamento sessuale della vittima. E nel 2008, nell'ambito del *Criminal Justice and Immigration Act*, è stata introdotta un'importante modifica della Parte 3A del *Public Order Act* del 1986 che ha esteso la disciplina prevista per i crimini ispirati da odio religioso a quelli "*hated on the grounds of sexual orientation*". La Francia ad esempio ha attuato negli ultimi anni interventi legislativi che si sono mossi in tre direzioni: a) con successive modifiche del codice penale, viene oggi contemplata la discriminazione in ragione dell'orientamento o iden-

¹⁵ Home Office Statistical Bulletin Hate Crimes, England and Wales, 2013/14, 16 ottobre 2014, disponibile su www.gov.uk.

tità sessuale quale autonoma figura di reato. Ai sensi dell'art. 225-1 codice penale francese infatti «costituisce una discriminazione ogni distinzione operata tra persone fisiche in ragione della loro origine, del loro sesso, della loro situazione familiare, del loro stato di gravidanza, della loro apparenza fisica, del loro patronimico, del loro stato di salute, del loro handicap, delle loro caratteristiche genetiche, delle loro tradizioni, *del loro orientamento o identità sessuale*, della loro età, delle loro opinioni politiche, delle loro attività sindacali, della loro appartenenza o non appartenenza, vera o supposta, a un'etnia, una nazione, una razza o una religione determinata (...)». La discriminazione che consista in uno dei casi specificati in detto articolo è punita (art. 225-2 codice penale) con tre anni di reclusione e 45000? di ammenda. Parallelamente, in applicazione dell'articolo 432-7 del codice penale, la discriminazione definita all'articolo 225-1, commessa verso una persona fisica o morale da parte di un pubblico ufficiale o di un incaricato di pubblico servizio nell'esercizio delle funzioni o del servizio, è punita con cinque anni di reclusione e 75000? di ammenda quando tale violazione consiste nel rifiutare il beneficio di un diritto stabilito dalla legge o nell'ostacolare il normale esercizio di una qualsiasi attività economica. *b*) Il legislatore francese è intervenuto anche in materia di libertà di stampa (legge 29 luglio 1881) prevedendo quali fattispecie penali la diffamazione pubblica (art. 32), l'ingiuria pubblica (art. 33) e l'istigazione pubblica alla discriminazione, all'odio o alla violenza (art. 24) commesse nei confronti di una persona o di un gruppo di persone in ragione del loro sesso, del loro orientamento o identità sessuale, o dei loro handicap. Le pene irrogate sono quelle previste in materia di odio razziale o religioso: un anno di detenzione e 45000? di ammenda per la diffamazione pubblica a causa dell'orientamento sessuale della vittima; sei mesi di detenzione e 22500? di ammenda per l'ingiuria pubblica a causa dell'orientamento sessuale della vittima; un anno di detenzione e 45000? di ammenda per l'istigazione pubblica alla discriminazione a causa dell'orientamento sessuale della vittima. Questo apparato è stato completato con la modifica del codice penale francese che reprime l'istigazione privata all'odio o alla discriminazione e la diffamazione o l'ingiuria private, quando esse sono commesse a causa dell'orientamento sessuale della vittima (si vedano le disposizioni di natura regolamentare contenute negli artt. R-624 ss. cod.pen.). *c*) Infine il legislatore ha introdotto il mo-

vente dell'orientamento sessuale quale circostanza aggravante di numerosi reati. Il riferimento è all'art. 132-77 del Codice penale in base al quale la circostanza aggravante si realizza «quando il reato è preceduto, accompagnato o seguito da propositi, scritti, utilizzo di immagini o di oggetti o atti che attentano all'onore o alla reputazione della vittima o di un gruppo di persone di cui la vittima fa parte in ragione del loro orientamento sessuale vero o supposto». Deve dunque trattarsi di elementi oggettivi che permettano di caratterizzare in modo preciso e concreto la motivazione omofoba del comportamento incriminato. I reati interessati dall'aggravante sono molteplici: omicidio, tortura ed atti di barbarie, violenze inducenti alla morte non intenzionale, violenze provocanti una mutilazione o una infermità permanente, stupro, furto, minacce, estorsione ecc.

Il Portogallo, oltre ad avere riformato la propria Costituzione introducendo un espresso divieto di discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale (art. 13 Cost.), con la riforma del Codice penale del 2007 (Lei n° 59/2007), ha introdotto misure repressive di comportamenti omofobi prevedendo il reato di incitamento alla discriminazione, all'odio e alla violenza verso persone fisiche, in ragione del loro orientamento sessuale o identità di genere (art. 240 cod. pen.). Tale previsione è stata poi recentemente modificata con la Lei n. 19/2013. Analoga la situazione in Belgio dove la loi du 25 février 2003 ha esteso la portata della loi du 30 juillet 1981 volta a reprimere gli atti ispirati da razzismo o xenofobia e ogni forma di discriminazione su essi fondata, includendo l'orientamento sessuale tra i motivi di discriminazione illegittima. La stessa legge ha inoltre configurato la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale quale circostanza aggravante e punito con la reclusione da un mese a un anno e/o con l'ammenda da 50 a 1000 euro chiunque “inciti alla discriminazione, all'odio o alla violenza nei confronti di una persona, di un gruppo, di una comunità o dei suoi membri, in ragione (...) dell'orientamento sessuale”. La stessa pena è prevista per chiunque renda pubblica la sua intenzione di adottare simili comportamenti. La diffusione, pubblicazione o esposizione di testi o documenti che comportano una discriminazione sono vietate dalla legge.

In Danimarca il Codice penale punisce chiunque, pubblicamente o mirando ad una vasta diffusione, pronuncia dichiarazioni o diffonde informazioni per le quali un gruppo di persone sia minacciato, disprezzato o umiliato a causa del suo orientamento sessuale

(*Straffeloven*, sez. 266b-1); in Spagna il codice penale identifica alcune fattispecie di reato legate alla discriminazione per motivi omofobici tra cui il reato di incitamento all'odio e alla violenza contro gruppi e associazioni, anche a causa delle tendenze sessuali dei loro membri (art. 510, punto 2 cod. pen.) o la discriminazione commessa da un incaricato di pubblico servizio e consistente nel rifiuto ad uno o più individui del beneficio di un diritto accordato dalla legge sulla base delle loro tendenze sessuali (art. 511 cod. pen.).

Nei Paesi Bassi, ben quattro disposizioni del Codice penale introdotte nel 1992 (artt. 137c, 137d, 137e e 137f) condannano il proposito omofobico. In particolare, l'art. 137c punisce il fatto di esprimersi in pubblico (in forma orale, scritta o a mezzo di immagini) in modo deliberatamente offensivo nei confronti di un gruppo di persone determinato in ragione della loro razza, religione, convinzioni personali, handicap e orientamento sessuale.

4. *Il nodo cruciale della questione: ovvero indeterminatezza del concetto di "discriminazione" e determinatezza della fattispecie*

Il punto nodale di tutto quanto detto finora, in assenza di utili indicazioni del diritto comparato, sta proprio nel concetto di "discriminazione", in quanto tale, che evidenzia una fondamentale carenza di autosufficienza normativa. Tale carenza riguarda infatti la definizione degli "atti di discriminazione", oggetto di incriminazione: ciò che manca, insomma, è il *minimum* giuridicamente apprezzabile della condotta incriminata, che consenta la sua distinzione da una condotta lecita¹⁶. Se è vero che "discriminazione" si-

¹⁶ La centrale questione è tendenzialmente data per scontata dalla dottrina penalistica con qualche eccezione: v. E. Dolcini, *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazioni del pensiero?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, n. 1, § 4.3 e 7.2. Pur condividendosi una serie di rilievi qualitativi dello scritto che di seguito si cita, la dimostrazione dell'assenza della consapevolezza esaustiva del *vulnus* è data da F. Pesce, *Omofobia e diritto penale al confine tra libertà di espressione e tutela di soggetti vulnerabili* (24 marzo 2015), in http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1427121259PE-SCE_2015.pdf laddove si afferma che: «la locuzione "atti di discriminazione" ha certamente carattere normativo e deve necessariamente riferirsi ai contenuti provenienti da diversi settori extrapenalistici quali quello storico sociale e culturale»; cfr. G. Riccardi, *op. cit.*, 38 laddove rileva che il concetto di "discriminazione" «è delimitato da un linguaggio tipicamente *commutativo* e non già *denotativo*». Non è condivisibile il passaggio dal diritto penale alla realtà extragiuridica senza prendere in considerazione la realtà giuridica extrapenale quale il diritto civile ed amministrativo, dove, a quei fini di

gnifica scelta, rientra proprio nell'ambito delle facoltà esistenziali del soggetto il potere di "discriminare", appunto, se relazionarsi o meno con altri per condividere o meno aspetti di vita privata e sociale¹⁷. E dunque possiamo, ad esempio, considerare discriminazione il rifiutare una determinata condivisione di rapporto con un'altra persona per motivi sessuali, etnici, religiosi o altro? È sindacabile il motivo del non invito ad una festa privata? Evidentemente la discriminazione diventa giuridicamente rilevante se vi è un potere autoritativo, dunque pubblicistico o comunque potestativo di scelta, che determinandosi leda il principio di eguaglianza, tramite discriminazioni razziali, sessuali, religiose, ecc. Ma tale concetto, trasposto a livello paritetico interpretato, rischia di produrre risultati aberranti, distortivi e liberticidi anche per gli stessi soggetti tipologici, che si propone di tutelare: se ad esempio si costituisce un'associazione dei migranti esuli camerunensi è da considerarsi questa discriminatoria verso chi, di diversa etnia (esempio nigeriani) se ne veda inibito l'accesso? Spesso il fenomeno associativo, proprio in una società multietnica e pluralistica, è legato a motivi etnico-identitari reattivi allo sradicamento comunitario dei vecchi e nuovi migranti: si pensi, già a livello endo-italiano pre-globalizzazione, ad associazioni come "Famiglia lucana" o "Calabresi nel mondo".

Premesso che l'intero sistema giuridico si fonda sulla discriminazione fondamentale tra persona umana-soggetto di diritto generale e astratto e mondo delle cose – oggetto di diritto, cui afferisce anche il regno animale – e che quindi è ipotizzabile un futuro non lontano, in cui sia predicabile in termini di sopruso tale discriminazione ai danni degli animali che già godono di talune tutele¹⁸ – la fenomenologia del diritto stesso si appalesa come discriminazione continua, nel senso di scelta continua tra lecito e illecito, tra titolare del diritto e titolare dell'obbligo¹⁹, in base al mutare storico della

tutela, sussiste una definizione di "discriminazione", di cui si pone un problema di coordinamento di rilevanza o meno ai fini penali (v. *infra* § 2).

¹⁷ V. A. Gentili, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 230: «il diritto privato è essenzialmente discriminatorio». Per l'attualità del tema, si veda anche S.M. Flick, *Elogio della dignità (se non ora quando?)*, in *Pol. dir.*, 2014, n. 4, 515 ss.

¹⁸ V. novella apportata al Codice penale dalla legge 20 luglio 2004 n. 189 che ha inserito il Titolo IX *bis* "Dei delitti contro il sentimento per gli animali (artt. 544 *bis*, 544 *ter*, 544 *quater*, 544 *quinquies*).

¹⁹ V., in prospettiva prescrittivista, G. Carcaterra, *Le norme costitutive*, Torino 2014, 26 e ss.

percezione sociale da parte del potere costituito. L'autonomia delle scelte individuali non può essere quindi deprivata dell'aspetto soggettivo del relazionamento, avvocato ad un Leviatano morale e neototalitario che pianifichi una fungibilità totale dei rapporti intersoggettivi. Tanto più pericoloso è che la libertà di scelta intersoggettiva venga limitata, in difetto di una condotta tipizzata articolatamente, attraverso l'*extrema ratio* della sanzione penale: da questo punto di vista, anzi, vanno rapportati già alla condotta materiale di discriminazione i pericoli, autorevolmente rilevati²⁰, di un "diritto penale propulsivo di una diversa visione sociale", a scapito del più garantistico "diritto conservativo di beni". E questo perché il concetto di discriminazione viene immesso subito nella categoria dell'illecito senza vagliarne l'estrinsecazione lecita, quale civilistica manifestazione del diritto all'identità individuale²¹ dinamicamente inteso nella sua proiezione selettiva delle relazioni sociali, in base a criteri opinabili perché soggettivi e soggettivi perché opinabili, in un pluralismo di dignità conviventi e non prevaricanti. Il che val quanto revocare in dubbio che la categoria della "discriminazione" si presti a qualificare, in termini di liceità o d'illiceità, condotte private quando invece tale categoria presiede alla *governance* dell'inclusione, ovvero esclusione rispetto allo spazio pubblico assoggettato alle pubbliche potestà o poteri assimilati: quest'ultimi sono tanto i fenomeni di esercizio privato di un servizio pubblico, che i c.d. poteri privati (es.: potere del datore di lavoro)²². Si devono quindi indagare, ai fini della suddetta rilevanza penale, anche poteri formalmente privatistici ma connotati da profili di "potestatività", di guisa che il loro esercizio risulti discriminatorio a scapito dei valori tutelati dall'art. 3 Cost.

²⁰ F. Mantovani, *I delitti di omofobia e transfobia e le inquietudini giuridiche*, in <http://www.scienzaevita.fi.it/cms/Persona>, 16 ottobre 2013: «ci troviamo di fronte non ad un *diritto penale conservativo* di tutela di specifici beni giuridici, ma un *diritto penale propulsivo*, usato cioè come strumento per l'imposizione da una diversa visione sociale per creare una nuova sensibilità, con una funzione c.d. di moralizzazione; finalità che sono state sempre stigmatizzate dalla dottrina penalistica liberal-democratica e laica»: cfr. G. Fornasari, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, in *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura di A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto, Milano 2008, 194.

²¹ Per una ricognizione sul *Diritto all'identità personale*, v. D. Minussi, in http://www.e-glossa.it/wiki/diritto_all'identit%C3%A0_personale.aspx; v. pure A. Gentili, *op. ult. cit.*

²² A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano 1987, 349 ss.

Ecco dunque che si pone un problema definitorio dell'illiceità giuridica – ancor prima che penale – della condotta discriminatoria: è evidente che, qualora il rapporto sia fungibile, come la vendita di un bene di pubblico consumo, ovvero la prestazione di un servizio di trasporto, è discriminatorio e quindi illecito rifiutare o consentire a condizioni più svantaggiose²³ la vendita per motivi razziali²⁴ o sessuali, ma qualora vi sia una infungibilità/personalità del rapporto, non si capisce perché il soggetto non possa esser libero, ad esempio, di scegliere un badante uomo piuttosto che donna, eterosessuale piuttosto che omosessuale, cristiano piuttosto che musulmano, buddista piuttosto che ateo ecc.: trattasi di caratteristiche non automaticamente riconducibili a preconcetti²⁵, ma inerenti a situazioni in cui – per usare la definizione del Manuale di diritto europeo della non discriminazione – non si tratta, a rigore di un'eccezione relativa alla discriminazione in quanto tale ma di una giustificazione della differenza di trattamento che impedisce sussistere una discriminazione ove «per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato»²⁶.

5. *Rilevanza civilistica del concetto di discriminazione, definizione legislativa ai fini civili ed amministrativi ed assenza di una definizione penale*

Sotto il profilo giuridico extrapenale, i parametri della *legittimità* e della *proporzione* della discriminazione li si rinviene già nella

²³ Per il caso di un titolare di un bar che applicava un prezzo doppio a clienti “extracomunitari”, v. Tribunale di Padova, ordinanza 19 maggio 2005, in *Giur. it.*, 2006, 949 e ss.

²⁴ Nel senso che la dichiarazione di non voler servire clienti extracomunitari da parte di un titolare di un bar che aveva rifiutato di fare il caffè a persone nordafricane-compiendo già il reato di atti di discriminazione-potesse integrare altresì il reato di diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale, v. Cass. pen., sez. III, 21 dicembre 2005, n. 46783, in *www.Dirittoegiustizia.it*.

²⁵ Per una esaustiva analisi della rilevanza del “preconcetto” del quadro del diritto contrattuale antidiscriminatorio v. D. Maffei, voce *Discriminazione (Dir. priv.)*, in *Enc. dir. Annali IV*, Milano 2011, 490 e ss.

²⁶ Agenzia per i diritti fondamentali, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, Strasburgo, 18 agosto 2011, 51-52 leggibile in http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA-CASE-LAW-HANDBOOK_IT.pdf.

legge italiana del 1998 che ha conformato una tutela civile di un “diritto a non essere discriminati” – sia in termini di “interesse positivo” che di “interesse pretensivo” – nei confronti di pubbliche amministrazioni e di privati che nel mercato rivestano un determinato ruolo (datore di lavoro o suo preposto) od offrano beni e servizi attinenti a specifici settori o con modalità pubbliche, ovvero attuino comportamenti impeditivi della libertà d’impresa. Si pone poi quindi il problema se tale definizione normativa extrapenale sia, *sic et simpliciter*, rilevante ai fini penali. Infatti in funzione dell’art. 44 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 disciplinante l’azione civile contro la discriminazione non solo diretta ma anche indiretta, l’art. 43 sotto la rubrica *Discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi* – dispone: «1. Ai fini del presente capo, costituisce discriminazione ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l’ascendenza o l’origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l’effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l’esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica. 2. In ogni caso compie un atto di discriminazione: *a*) il pubblico ufficiale o la persona incaricata di pubblico servizio o la persona esercente un servizio di pubblica necessità che nell’esercizio delle sue funzioni compia od ometta atti nei riguardi di un cittadino straniero che, soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità, lo discriminino ingiustamente; *b*) chiunque imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire beni o servizi offerti al pubblico ad uno straniero soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità; *c*) chiunque illegittimamente imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire l’accesso all’occupazione, all’alloggio, all’istruzione, alla formazione e ai servizi sociali e socio-assistenziali allo straniero regolarmente soggiornante in Italia soltanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità; *d*) chiunque impedisca, mediante azioni od omissioni, l’esercizio di un’attività economica legittimamente intrapresa da uno straniero regolarmente soggiornante in Italia, sol-

tanto in ragione della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, confessione religiosa, etnia o nazionalità; e) il datore di lavoro o i suoi preposti i quali, ai sensi dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificata e integrata dalla legge 9 dicembre 1977, n. 903, e dalla legge 11 maggio 1990, n. 108, compiano qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando, anche indirettamente, i lavoratori in ragione della loro appartenenza ad una razza, ad un gruppo etnico o linguistico, ad una confessione religiosa, ad una cittadinanza. Costituisce discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori appartenenti ad una determinata razza, ad un determinato gruppo etnico o linguistico, ad una determinata confessione religiosa o ad una cittadinanza e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa. 3. Il presente articolo e l'articolo 44 si applicano anche agli atti xenofobi, razzisti o discriminatori compiuti nei confronti dei cittadini italiani, di apolidi e di cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea presenti in Italia».

Il d.lgs. del 9 luglio 2003 attuativo della direttiva CE n. 43 del 2000 per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dalle origine etnica, intervenuto ad integrare la suddetta normativa, stabilisce (all'art. 2 co. 1) appunto che: «1. Ai fini del presente decreto, per principio di parità di trattamento si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta a causa della razza o dell'origine etnica. Tale principio comporta che non sia praticata alcuna discriminazione diretta o indiretta, così come di seguito definite: *a*) discriminazione diretta quando, per la razza o l'origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in situazione analoga; *b*) discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone»; e art. 3 co. 1 «1. Il principio di parità di trattamento senza distinzione di razza ed origine etnica si applica a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato ed è suscettibile di tutela giurisdizionale, secondo le forme previste dall'articolo 4, con specifico riferimento alle seguenti aree: *a*) accesso all'occupazione e

al lavoro, sia autonomo che dipendente, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione; *b*) occupazione e condizioni di lavoro, compresi gli avanzamenti di carriera, la retribuzione e le condizioni del licenziamento; *c*) accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionale, perfezionamento e riqualificazione professionale, inclusi i tirocini professionali; *d*) affiliazione e attività nell'ambito di organizzazioni di lavoratori, di datori di lavoro o di altre organizzazioni professionali e prestazioni erogate dalle medesime organizzazioni; *e*) protezione sociale, inclusa la sicurezza sociale; *f*) assistenza sanitaria; *g*) prestazioni sociali; *h*) istruzione; *i*) accesso a beni e servizi, incluso l'alloggio».

Ora, dall'esame di tale normativa discendono due ordini di considerazioni: la prima è che la definizione di condotte antidiscriminatorie, sia di soggetti pubblici che privati, è dettata espressamente dalle leggi ai fini della tutela civile o comunque amministrativa (art. 43 d.lgs. n. 286 del 1998 cit.: «Ai fini del presente capo, costituisce discriminazione (...)»; art. 2 d.lgs. n. 215 del 2003 cit.: «Ai fini del presente decreto, per principio di parità di trattamento s'intende l'assenza di qualsiasi discriminazione (...)») e come tale conferma di non potere essere mutuata automaticamente e semplicisticamente dalla normativa penale che, viceversa, non definisce la condotta discriminatoria. Con il paradosso normativo che il diritto comune (civile e amministrativo) è più garantistico del diritto penale che pur deve costituzionalmente rispettare il principio di tassatività - determinatezza della fattispecie (!)²⁷.

Il secondo ordine di considerazione è che, com'è stato autorevolmente colto: «La materia è di diritto privato»²⁸, con difetto di competenza legislativa regionale a riguardo, ed inoltre «il divieto di discriminazione appartiene all'ordine pubblico di direzione ed è ispirato all'obbiettivo di edificare una società che, una volta dive-

²⁷ Sulle problematiche generali di tale normativa penale v. G. Pavich, A. Bonomi, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente* (13 ottobre 2014), in <http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/15-/3329-reati-in-tema-di-discriminazione-il-punto-sull'evoluzione-normativa-recente-sui-principi-e-valori-in-gioco-sulle-prospettive-legislative-e-sulla-possibilita-di-interpretare-in-senso-conforme-a-costituzione-la-normativa-vigente>.

²⁸ D. Maffei, *op. cit.*, 492.

nuta multietnica, conservi il valore primario del rispetto della dignità della persona»²⁹: ne consegue che l'illecito discriminatorio, tanto nei contratti associativi che nei contratti di scambio, di cui vi sia stata pubblica offerta, negoziabili in esercizi pubblici o individuati dalla legge come il lavoro subordinato o la locazione d'immobili, sussiste non solo nei confronti di soggetti esclusi per motivi etnici, razziali, ecc., ma anche qualora perpetrato nei confronti di persone omosessuali o comunque per motivi attinenti al sesso anche a prescindere da una esplicita previsione legislativa in tal senso. Infatti in virtù dell'atipicità dell'illecito civile³⁰ – a differenza della tipicità di quello penale – per coerenza sistematica, l'ordinamento non può non reagire comunque all'ingiusta compressione dell'esplicazione contrattuale del soggetto discriminato per motivi sessuali: ingiustizia che discende proprio dall'illecito rilievo dato a facoltà esistenziali della persona³¹ non attinenti alla dimensione negoziabile ma a quella identità sessuale, che del valore normativo apicale costituisce proiezione personalissima.

Viceversa sul fronte dell'illecito penale, fermi i rilievi sull'indeterminatezza dell'incriminata condotta di discriminazione, per quanto riguarda quindi la proposta di aggiungere tra i motivi qualificanti gli atti discriminatori, quelli «fondati sull'omofobia o sulla transfobia»³², sarebbe piuttosto rispettosa dell'art. 3 Cost. una formulazione, in termini di «motivi fondati sull'identità sessuale»³³, giacché altrimenti la proposta formulazione in termini di motivi di “omofobia/transfobia”, peccherebbe per difetto rispetto a possibili discriminazioni nei confronti degli eterosessuali o nei rapporti tra uomini e donne, ecc., violando il principio di eguaglianza³⁴. Con il paradosso che una legge che si proponga di combattere le discriminazioni rischierebbe di essere “discriminatoria”, nei termini anzidetti, sotto il profilo proprio dell'identità sessuale di tutti i consociati.

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ Per una ricognizione del quadro evolutivo dell'illecito civile, v. per tutti F. Alcaro, *Diritto privato*, II ed., Padova 2015, 625 e ss.

³¹ V. per taluni spunti, M.R. Marella, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 88.

³² M. Graglia, *Omofobia*, Roma, 2012; v. M. Ferraresi, *Omosessualità e “omofobia”*, in *Iustitia*, 2013, n. 2, 209 ss.

6. *Quale rischio per la libertà di manifestazione del pensiero? Profili di incostituzionalità dell'incriminazione del concetto di "istigazione" nell'attuale formulazione della norma*

Quale conseguenza delle precedenti osservazioni, è da osservare che la carenza di determinatezza della fattispecie diviene del tutto evanescente nella condotta dichiarativa di «chi istiga a commettere atti di discriminazione» così come sopra richiamati: qui si apre l'inquietante scenario della limitazione alla libertà di manifestazione del pensiero³³, che non si sia estrinsecato ancora in atti prodromici alla compromissione di un bene giuridico penalmente protetto (delitto tentato, ecc.). A ciò va aggiunto che, nell'ipotesi di una istigazione, in tal senso accolta dal destinatario, ovviamente l'istigazione è già punibile per disposizione di parte generale a titolo di concorso di persone nel reato (art. 110 c.p.); nell'ipotesi, inoltre, in cui l'istigazione diretta o indiretta (apologia) avvenga pubblicamente, è punibile di per sé come reato contro l'ordine pubblico a prescindere dall'accoglimento operativo dell'istigazione da parte dei destinatari (art. 414 c.p.); nell'ipotesi poi macroscopica in cui il fatto dichiarativo professante idee di superiorità o odio (razziale, ecc.) si rivolga ad un numero indeterminato di persone, si ha quel reato di *propaganda* nell'attuale formulazione dell'art. 3 lett. a, restrittiva del più generico disvalore penale della pregressa (e ripro-

³³ Da questo punto di vista, deve quindi osservarsi che la proposta di legge Scalfarotto nella sua originaria formulazione è rispettosa del precetto costituzionale dell'art. 3, diversamente dal Disegno di legge approvato dalla Camera dei deputati il 19 settembre 2013 (v. *Atti Senato della Repubblica, XII Legislatura n. 1052*) dove appunto compare l'espressione «fondati sull'omofobia o sulla transfobia». Si è dunque, su questo punto, in disaccordo con G. Riccardi, *op. cit.*, 41.

³⁴ Sui problemi dell'uguaglianza sessuale, v., *ex pluribus*, M. Ainis, *La piccola uguaglianza*, Torino 2015 e letteratura ivi richiamata.

³⁵ Sulla frizione tra il diritto alla libera manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) e «strumenti preventivo-repressivi particolarmente efficaci per combattere il dissenso politico ideologico» come le fattispecie di istigazione nell'ambito dei delitti politici, v. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale-parte speciale*, I, 5^a ed., Bologna, 2012, 85; *ibidem*, v. 478, nell'ambito dei delitti contro l'ordine pubblico, nel senso che comunque l'incriminazione dell'istigazione costituisce norma derogatrice al principio espresso dall'art. 115 c.p., per cui l'istigazione a commettere un reato non è punibile se non è seguita dall'effettiva commissione del reato. Inoltre, nella fattispecie esaminata nella c.d. legge Mancino, manca la condizione di punibilità della pubblicità dell'istigazione che, nell'ordinaria istigazione a delinquere (art. 414 c.p.), corrobora garantisticamente la fattispecie derogatrice al suddetto principio, giustificandola in termini di lesioni dell'ordine pubblico.

posta) mera *diffusione in qualsiasi modo di idee*: infatti mentre si conviene con la giurisprudenza, per cui “incitamento” è una variante linguistica d’istigazione³⁶, invece il concetto di propaganda implica non solo la mera diffusione di un’idea ad un numero virtualmente indeterminato di persone, ma l’idoneità concreta, anche per i mezzi usati, ad influenzare la psiche di un vasto pubblico³⁷. Ora, in caso di espansione della fattispecie in questione in direzione omofobica, la libertà di sostenere che il matrimonio sia eterosessuale e che sia configurabile piuttosto l’unione omosessuale, o sollevare dubbi, per quest’ultima, sull’adottabilità di minori, rientrerebbero in condotte dichiarative punibili come istigatrici alla discriminazione³⁸? Indubbiamente si può replicare che invece la suddetta “istigata” discriminazione *de iure condendo* rientri in un esercizio di libertà scriminante e che una diversa istigata discriminazione *de facto* non vi rientri (es: “non è bene affittare agli extracomunitari”) e come tale vada giustamente punita. Ma la formulazione della norma si presta a forzature ideologiche e soggettivismi interpretativi, forieri infine di arbitrii giudiziari destinati ad acuire mediaticamente la conflittualità sociale effettiva. Certo è che, pur in assenza di una specifica scriminante dettata *in subjecta materia*, è innegabile la sussistenza della scriminante generale dell’esercizio del diritto *ex art. 51 c.p.* con riferimento al diritto fondamentale di libertà di manifestazione del pensiero, *qua talis ex art. 21 Cost.*³⁹.

La realtà è che la pretesa di tradurre l’ambigua categoria sociologico-giornalistica del “politicamente corretto”, in politica criminale, può tradursi in un *boomerang* rispetto all’effettiva tutela dei beni giuridici finali, i cui portatori si vuole non vengano “discriminati”⁴⁰. Infatti in uno Stato democratico, la migliore “sanzione”,

³⁶ V. Cass. pen., sez. III, 7 maggio 2008, n. 37581, leggibile in www.asgi.it/wp-content/uploads/public/20.cass.37581.del.2008.doc, laddove non si coglie discontinuità normativa non solo tra *incitamento* e *istigazione* ma anche tra *diffusione* e *propaganda*.

³⁷ V. in tal senso il rilievo di G. Pavich, A. Bonomi, *op. ult. cit.*

³⁸ È il dubbio, oltremodo fondato, di G. Amato, *Omofobia o eterofobia?*, Verona, 2014, spec. 196 ss.

³⁹ Tra l’altro «la tutela multilivello dei diritti fondamentali (il c.d. *multilevel constitutionalism*) va conformata alla regola del *best standard* e pertanto la libertà di espressione sancita in termini ampi dall’art. 21 Cost. non può essere delimitata nei più angusti confini disegnati dall’art. 10, comma 2 CEDU», così G. Riccardi, *op. cit.*, 30.

⁴⁰ Cfr. per vari spunti problematici G. Pino, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Politica del diritto*, 2008, 2, 287 e ss.; A. Pugiotto, *Le parole sono pietre?*, cit., 16 e ss.; E. Dolcini, *op. cit.*

contro l'idea ritenuta più assiologicamente incompatibile con una data idea di democrazia, resta il pubblico assoggettamento alla reazione dichiarativa caratteristica della dialettica democratica: anzi, idee di cui s'impedisca la manifestazione possono più facilmente e più pericolosamente prendere la via dell'attuazione fattizia diretta, con nocumento effettivo dei beni giuridici finali, senza passare per l'immissione nel circuito dialettico democratico. Ma la contrapposizione tra i fautori di una più ampia libertà di manifestazione del pensiero anche "politicamente scorretto" ed i fautori di limitazioni correttive e sanzionatorie è, in definitiva, la contrapposizione tra chi ha fiducia nell'effettiva eguaglianza partecipativa⁴¹ dei cittadini e chi è – anche inconsciamente – sorretto da una visione paternalistica⁴² nei confronti dei consociati, ritenuti immaturi di avvedersi e di reagire a posizioni dichiarative assiologicamente incompatibili con i valori democratici.

Abstract

The Italian debate on the extension of the repressive norms of discrimination and incitement of the discrimination to homophobia and transphobia evades the problem regarding the absence of a criminal definition of the concept of discrimination, which is defined only under the meaning of the civil and administrative law. Through the instigation, this determines a dangerous *vulnus* to the freedom of expression. After a comparative overview, the paper proposes a reconstruction of the concept of discrimination in order to find out the application profiles and the risk of an abuse of it.

Il dibattito italiano sull'estensione ai motivi di omofobia e di transfobia delle norme repressive della discriminazione e dell'istigazione alla discriminazione elude il problema dell'assenza di una definizione penale del concetto di discriminazione, definito solo ai fini civili e amministrativi. Ciò determina, attraverso l'istigazione, un pericoloso *vulnus* alla libertà di manifestazione del pensiero. Dopo un *excursus* comparatistico, il lavoro si propone una ricostruzione del concetto stesso di discriminazione, al fine di coglierne i profili applicativi e i rischi di un suo abuso.

⁴¹ U. Allegretti, voce *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir., Annali IV*, cit., 295 e ss.

⁴² N. Matteucci, voce *Paternalismo*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, *Il Dizionario di Politica*, Torino, 2004, 693 e ss.

MARCO SABBIONETI

«COSÌ FROLA E COSÌ MAGISTRATO»
CENNI SU SATIRA E DIRITTO DI CRONACA
NELL'ITALIA LIBERALE

SOMMARIO: 1. *Animus narrandi*: la difficile cittadinanza del diritto di cronaca. –
2. La libertà di stampa tra l'editto albertino e il Codice penale unitario. –
3. *Animus iocandi*: satira e critica politica tra tolleranza e repressione. –
4. Conclusione: libero *Asino* in libero Stato?

1. *Animus narrandi: la difficile cittadinanza del diritto di cronaca*

Nella seduta di sabato 8 luglio 1893, Giovanni Bovio, membro della Commissione d'inchiesta nominata dalla Camera dei deputati per far luce sui fatti all'origine dello scandalo della Banca Romana, chiudeva il suo intervento con parole decisamente enfatiche, sul registro dell'invettiva, e al contempo alquanto laconiche: «se si vuole il *redde rationem* per i più potenti e più astuti, ci si diano i documenti tutti, compreso il processo penale Tanlongo. Perché mentre io parlo si perpetra ancora qualche reato a danno del patrimonio residuo della Banca Romana, di che farò oggi consapevole il Presidente della Camera, il Presidente del Consiglio e il Presidente del Comitato». Seguiva poi un'esortazione rivolta al Governo e a una parte dei suoi colleghi: «al Governo dico: affrettate il processo; il paese crede che il Tanlongo non arriverà a parlare... Ad alcuni e pochi colleghi dico che essi, pochi o quanti che siano, devono sentire di dover fare qualche conto col Comitato inquirente. Non metano piede alla Camera, o vadano via prima che questo voto sia dato». Infine la conclusione, dove alla minaccia sembra alternarsi la disillusione, nella speranza remota di un ristabilimento della giustizia e della verità: «la tolleranza umana ha dei termini e se io vedessi all'urna alcuno di loro potrei prorompere. Onorevole Presidente! Il paese ha il diritto, la necessità di una qualche espiazione e di una qualche restaurazione dell'ordine morale. Se quelli che l'intendono

andranno via, essi, rasentando l'espiazione, mostreranno che la colpa qualche volta somiglia alla sventura»¹.

Siamo nel pieno della bufera politica scatenata dalla prima Tangentopoli italiana². Il Paese, da poco unificato, è scosso da una crisi gravissima, che rischia di travolgere irrimediabilmente i leader politici più in vista. Tutti gli elementi del perfetto scandalo all'italiana sono presenti: feroci campagne di stampa e altrettanto feroci polemiche parlamentari, suicidi misteriosi, processi farsa, tentativi di insabbiamento delle indagini; sullo sfondo, un intreccio inestricabile tra politica e finanza, in un groviglio di affarismo, avidità, incompetenze, al cui centro è un personaggio emblematico, un «vecchio mercante di campagna di 73 anni, rozzo e frusto arnese dell'affarismo romano, semianalfabeta, arruffone, imbrogliatore, confusionario, con una situazione patrimoniale privata ingarbugliatissima»³, *dominus* di uno dei sei istituti finanziari autorizzati a stampare moneta.

Bovio pronuncia il suo *j'accuse* nell'estate del '93, a sei mesi di distanza dall'arresto del «vecchio arnese», fatto senatore da Giolitti l'anno precedente, in un vano tentativo di insabbiamento dello scandalo, ma inchiodato alle proprie responsabilità dalla relazione di Giuseppe Alvisi, presentata alla Camera il 20 dicembre 1892 da Napoleone Colajanni, dopo la morte per crepacuore del responsabile dell'inchiesta amministrativa sulle banche di emissione. È questo il contesto nel quale si collocano le parole infuocate del membro della «commissione dei sette».

Non è un caso, forse, che proprio lo scandalo della Banca Romana sia all'origine, benché solo indirettamente, di una delle due vicende giudiziarie che segnano in modo indelebile la storia del rapporto tra stampa, libertà di opinione e diritto penale nell'Italia di fine Ottocento. Le frasi di Bovio, infatti, pur nella loro veemenza, restano piuttosto oscure, un autentico invito a nozze per le inchieste giornalistiche dell'epoca. Sarà il *Fanfulla*, nel numero 189 del 13 luglio 1893, a svelare l'arcano.

¹ Si veda la causa Cavallini c. Severini e Plebano, *Il Foro penale*, III, 1894, 57 e ss.; *Rivista penale di dottrina, legislazione e giurisprudenza*, XXXIX, 1894, 67 e ss.

² Su cui si veda, e multis, E. Magri, *I ladri di Roma: 1893, scandalo della Banca Romana. Politici, giornalisti, eroi del Risorgimento all'assalto del denaro pubblico*, Milano 1993.

³ Giudizio di Nello Quilici, citato da S. Romano, *L'Italia degli scandali: il caso della Banca Romana*, in *Corriere della Sera*, 25 agosto 2005.

La vicenda (che sembra quasi uscire dalle cronache dei quotidiani dei nostri giorni) ha ad oggetto una transazione piuttosto opaca concernente un immobile romano di grande prestigio – a cui non è estranea la Banca Romana, la quale vanta un credito ingente nei confronti dei proprietari – sul quale gravano varie ipoteche, una delle quali, in particolare, a tutela del credito di un membro della Camera. Tale immobile, come lascia intendere il giornale diretto da Achille Plebano, nell'editoriale «Le parole misteriose dell'onorevole Bovio», pare essere al centro di una volgare speculazione ai danni dello Stato⁴ e del tentativo di impossessarsi delle ultime briciole del patrimonio della Banca Romana. In sintesi, un politico romano, approfittando della posizione delicata della Banca diretta dal Tanlongo, mancando ai propri impegni, si sarebbe “dimenticato” di dover pagare a tale istituto 300.000 lire, dopo aver acquistato all'asta per 500.000 lire l'immobile di via delle Terme, su cui gravavano ipoteche per oltre due milioni di lire, e avrebbe inoltre tentato di permutare il fabbricato in questione con la sede del Ministero dell'agricoltura e del commercio, pretendendo come se non bastasse il pagamento di un canone di affitto a carico dello Stato. I pochi elementi forniti dallo scarno articolo del *Fanfulla* sembrano sufficienti

⁴ Conviene riportare per intero il testo dell'articolo: «A spiegazione delle misteriose parole pronunziate dall'onorevole Bovio nella seduta della Camera di sabato scorso, quando accennò ad atti, che si stavano combinando appunto in quel momento a danno del residuo patrimoniale della Banca Romana, abbiamo avuto da fonte autorevole qualche informazione che è opportuno i lettori conoscano. Ecco di che cosa si tratterebbe: la Banca Romana avrebbe un credito di cinquecento mila lire verso i proprietari di un grandioso stabile alla Piazza delle Terme. Su questo fabbricato però sono iscritti come creditori ipotecari in precedenza un deputato per la somma di mezzo milione di lire, e per due milioni una Banca, che ha col deputato stesso stretti rapporti. Da parecchio tempo fra i vari interessati fu firmata una convenzione, a rogito del notaio Serafini, ed a tale convenzione fu annesso un protocollo segreto lasciato nelle mani del notaio di cui è fatto cenno nella convenzione. In questo protocollo sarebbe stabilito che, qualora una delle parti si rendesse acquirente dello stabile in questione od esso fosse venduto, alla Banca Romana si dovessero prima di ogni altro rimborsare lire 300.000 sull'importo del suo credito. Dello stabile di cui si tratta, stato recentemente posto all'asta, sarebbe rimasto aggiudicatario il deputato per l'importo del suo credito ipotecario. Ma pare che il protocollo segreto sia stato dimenticato. Contemporaneamente a ciò, eransi nuovamente avviate pratiche, per mezzo di altri deputati, col Ministero d'agricoltura, industria e commercio per permutare il fabbricato in questione coll'attuale palazzo in cui risiede quel dicastero, coll'aggiunta però a carico dello Stato di un canone di affitto per un certo numero di anni. Questo fatto che noi non apprezziamo, lasciandone i commenti ai nostri lettori, fu scoperto dal Comitato nella mattinata del sabato, e ciò spiega l'eccitazione dell'onorevole Bovio».

per identificare l'ideatore della speculazione: Filippo Cavallini, deputato dal 1882, *ex* segretario di Depretis, in rapporti personali con Crispi e Zanardelli, esponente di una famiglia di "immobiliaristi" romani, socio della Banca Maraini e fondatore della Banca della Lomellina, non privo di interessi nel mondo della stampa, avendo investito somme cospicue prima nell'*Italia del popolo* di Dario Papa, poi nel *Secolo* di Edoardo Sonzogno. Da qui la querela a carico di Bonaventura Severini e di Achille Plebano, rispettivamente gerente e direttore del *Fanfulla*.

Il processo si chiude con la condanna degli imputati per il reato di libello famoso, previsto dall'art. 393, II comma, del Codice Zanardelli. La linea argomentativa seguita dal Tribunale di Roma è analoga a quella che, l'anno precedente aveva ispirato la sentenza del 21 maggio 1892, con la quale la Suprema Corte aveva posto termine alla vicenda giudiziaria di cui era stato protagonista Giuseppe Casali, gerente della *Tribuna*. È il secondo processo destinato a segnare in profondità la riflessione sul rapporto tra stampa e diritto penale lungo l'intera parabola storica dell'Italia liberale⁵.

In entrambi i casi la difesa degli imputati aveva fatto leva sull'*animus narrandi*, aveva cioè evidenziato come essi avessero agito al solo scopo di mettere al corrente l'opinione pubblica di fatti ritenuti meritevoli di interesse, senza alcuna volontà diffamatoria. Se nonch , alla luce della disciplina codicistica, l'elemento intenzionale risulta del tutto irrilevante. È questo non a caso l'elemento-chiave alla base delle *rationes decidendi* su cui si fondano le pronunce in esame. Per integrare il delitto di ingiuria e diffamazione non è necessaria la volontà di offendere, ma è sufficiente la consapevolezza di diffondere notizie potenzialmente diffamatorie. In altre parole, il dolo generico del reato di diffamazione o di libello famoso consiste nella volontarietà della divulgazione del fatto diffamatorio e il dolo specifico consiste invece nella coscienza di divulgare uno scritto o una proposizione infamante, nel sapere che con quell'atto si ferisce

⁵ Cfr. *Cass.*, 21 maggio 1892, in *Giurisprudenza italiana*, 1892, 300 e ss. Il caso trae origine dalla pubblicazione nel n. 302 del 5 novembre 1890 di una lettera anonima di denuncia di un caso di maltrattamento a danno di un minore a carico dei coniugi Tommaso Prospero ed Elisa Berrettini. La vicenda giudiziaria, nei diversi gradi di giudizio, è riportata dalle principali riviste dell'epoca. Si vedano: *Il Foro italiano*, XVI, 1891, 396 e ss.; *Giurisprudenza italiana*, XLIV, 1892, 40 e ss. e 300 e ss., con nota favorevole di Francesco Magri; *La legge*, XXXI, 1891, 424 e ss.; *Rivista penale di dottrina, legislazione e giurisprudenza*, XXXIV, 1891, 295 e ss.

la reputazione dell'interessato, senza che vi sia alcuna necessità di aver agito con esplicita malvagità, e senza che rilevi la nobiltà del fine perseguito dal soggetto agente. Al contempo, la buona fede non consiste nel credere veri i fatti diffamatori, bensì nella convinzione di diffondere notizie non pregiudizievoli dell'onore altrui. Ciò che conta, quindi, non è l'intenzione dolosa, ma è la mera volontarietà dell'atto diffamatorio. Ne deriva che l'*animus narrandi*, il quale esclude per definizione la volontà di offendere, non vale di per sé a escludere la responsabilità penale.

In realtà, il pubblico interesse e l'*animus narrandi*, quali condizioni esimenti, acquistano rilievo piuttosto tardi anche nel paese considerato la patria della libertà di stampa. La disciplina giuridica del *seditious libel*, in effetti, essendo retta dal principio «the greater the truth the greater the libel», risultava alquanto restrittiva. Sarà soltanto nel 1881, con il *Newspaper libel and registration act*, che tali elementi otterranno pieno riconoscimento giuridico. L'art. 4 di tale provvedimento stabilirà infatti che «A court of summary jurisdiction, upon the hearing of a charge against a proprietor, publisher, or editor, or any person responsible for the publication of a newspaper, for a libel published therein, may receive evidence as to the publication being for the public benefit, and as to the matters charged in the libel being true, and as to the report being fair and accurate, and published without malice, and as to any matter which under this or any other Act, or otherwise, might be given in evidence by way of defence by the person charged on his trial on indictment, and the court, if of opinion after hearing such evidence that there is a strong or probable presumption that the jury on the trial would acquit the person charged, may dismiss the case». È questo l'obiettivo che i giornalisti e gli editori italiani tentano faticosamente di raggiungere nel corso dell'ultimo decennio dell'Ottocento. Con risultati assai scarsi, a dire il vero. Al punto che il rapporto tra stampa e diritto penale troverà una sistemazione accettabile solo sul finire degli anni Cinquanta del secolo scorso.

2. *La libertà di stampa tra l'editto albertino e il Codice penale unitario*

«I rigori per la stampa in Italia la mantengono in maggior soggezione di quella che ella patisca, della Turchia e della Russia in

fuori, in qualsivoglia nazione europea»: questo il giudizio implacabile contenuto nel memoriale presentato al Parlamento del Regno per conto dell'Associazione della stampa sul finire degli anni Novanta⁶. Vale la pena chiedersi se si tratti di un giudizio fondato e, in caso affermativo, in quale misura.

La disciplina del rapporto tra diritto e stampa è il risultato della integrazione fra due fondamentali provvedimenti normativi della seconda metà dell'Ottocento: l'editto sulla stampa, lo «sbrandellato editto Albertino»⁷ del 26 marzo 1848, e il Codice penale unitario del 1889. Durante i lavori preparatori del Codice, si discusse a lungo dell'opportunità di ricomprendere in esso le disposizioni penali contenute nell'*Editto*, sulla falsariga del progetto del 1870 e del successivo progetto Vigliani⁸. In realtà, Zanardelli, in linea con la tesi già esposta da Lucchini in una lunga lettera inviata alla rivista *Il Diritto* nel gennaio del 1884, facendo leva sulla distinzione tra reati di stampa e reati commessi *con il mezzo* della stampa, sosteneva la non specificità di questi ultimi⁹. La stampa, in questa prospettiva, è un mero strumento, irrilevante per la qualificazione giuridica della fattispecie; con la conseguenza che «non mutando il delitto carattere e natura per questa ragione del mezzo, con cui si delinque, non deve crearsi una specie di diritto eccezionale col collocare in una legge speciale, quando commessi per mezzo di strumenti tipografici, quelli stessi delitti che sono collocati nel Codice penale, quando commessi colla penna o colla parola»¹⁰.

Ragioni di mera opportunità politica, dettate dalla volontà di giungere a una rapida promulgazione del nuovo Codice, impedirono tuttavia di percorrere sino in fondo la strada di una completa integrazione tra i due sistemi normativi. Si optò allora per una solu-

⁶ Giudizio riportato da Torraca nel discorso pronunciato dinanzi alla Camera dei deputati nel febbraio del 1899. Cfr. M. Torraca, *Discorso del deputato Torraca pronunciato alla Camera dei deputati nella tornata del 23 febbraio 1899*, Roma, 1899, 6 e s.

⁷ Cfr. M. Torraca, *Discorso del deputato Torraca*, cit., 6.

⁸ Si veda F. Puglia, *Reati di stampa e reati commessi col mezzo della stampa*, in E. Pessina (a cura di), *Enciclopedia del diritto penale italiano*, VII, Milano 1909, 989 e ss.

⁹ Si tratta di due lettere, la prima pubblicata sul giornale *Il Diritto* il 13 gennaio 1884, la seconda pubblicata sul giornale *L'Opinione* il 18 gennaio dello stesso anno. Entrambe sono riprodotte in *Rivista penale di dottrina, legislazione e giurisprudenza*, XIX, Firenze, 1884, 281-290.

¹⁰ Cfr. G. Zanardelli, *Relazione ministeriale sui libri secondo e terzo del progetto di Codice penale presentato alla Camera dei deputati da S.E. il Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti il 22 novembre 1887*, Torino 1888, 11.

zione assai più pragmatica: assicurarsi che le singole fattispecie di reato previste dal nuovo codice fossero formulate in modo tale da poter essere compatibili con il mezzo esecutivo della stampa e, al contempo, utilizzare il discrimine del carattere politico del delitto quale criterio differenziale per stabilire quali tra i reati commessi con il mezzo della stampa dovessero rimanere all'interno dell'*Editto* e quali invece potessero essere trasfusi nel Codice.

Il risultato è il primo capoverso dell'art. 4 della legge 22 novembre 1888, il quale mantiene in vigore le fattispecie penali contenute nell'*Editto*¹¹, ad eccezione delle ipotesi di ingiuria e diffamazione e di offesa o oltraggio al buon costume, in conformità alla convinzione del Ministro, secondo cui «all'ignobile e perfido diffamatore non si addice per fermo di giovare dell'aura di rispetto, che è propria dei delitti di opinione, quali sogliono essere preveduti nella legge sulla stampa»¹². L'ingiuria o la diffamazione, qualora sia commessa in atto pubblico o con scritti o disegni divulgati o esposti al pubblico è punita dal Codice con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa non inferiore a lire mille: è il libello famoso previsto dal secondo comma dell'art. 393, il reato con il quale i giudici romani inchiodano i direttori della *Tribuna* e del *Fanfulla*.

Ma non è la norma in sé, quanto semmai la «giudaica interpretazione» adottata dalla giurisprudenza, a sollevare dubbi crescenti. Considerare sufficiente, ai fini della integrazione della fattispecie, la mera volontarietà della divulgazione del fatto diffamatorio, omettendo qualsiasi indagine sull'elemento intenzionale, sembra infatti una soluzione destinata a soffocare il diritto di cronaca e la libertà di stampa *tout court*¹³. Si tratta però di un indirizzo ermeneutico

¹¹ Si tratta delle fattispecie seguenti: *Della provocazione pubblica a commettere reati* (capo II, artt. 13-15); *Dei reati contro la religione dello Stato, gli altri culti, ed il buon costume* (capo III, artt. 16-18); *Offese pubbliche contro la persona del Re* (capo IV, artt. 19-20); *Offese pubbliche contro il Senato o la Camera dei deputati, i Sovrani ed i Capi dei Governi esteri, ed i Membri del Corpo Diplomatico* (capo V, artt. 21-26). Il tema della offesa contro la persona del Re meriterebbe una trattazione a parte, impossibile in questa sede.

¹² Cfr. G. Zanardelli, *Relazione ministeriale*, cit., 12 e s.

¹³ Con l'aggravante di non poter, salvo casi particolari, provare la verità degli addebiti. L'art. 394, infatti, stabilisce come regola generale il divieto della *exceptio veritatis*. La prova della verità è ammessa solo in tre casi: «se la persona offesa sia un pubblico ufficiale, e il fatto ad esso attribuito si riferisca all'esercizio delle sue funzioni [...]»; se per il fatto attribuito alla persona offesa sia tuttavia aperto o si iniziò contro di

che ha il suo fondamento negli stessi lavori preparatori del Codice, che a loro volta paiono il riflesso di un orientamento dottrinale pressoché uniforme. Nella relazione della Commissione del Senato sul progetto di codice, si sottolinea espressamente come «richiedere la prova della intenzione di diffamare equivarrebbe a favorire l'impunità dei più ipocriti, e quindi dei più tristi diffamatori, che riuscissero a far sorgere la diffamazione con forme reticenti, con modi indiretti, con insinuazioni abili, con riserve prudenti: circonderebbe di gravi difficoltà l'amministrazione della giustizia, costringendo il querelante a provare la menzogna del diffamatore che invocava a sua difesa, l'errore, la buona fede, la rettitudine delle intenzioni sue»¹⁴.

Tali parole sono il frutto di convinzioni fortemente radicate all'interno della dottrina più autorevole dell'epoca¹⁵: da Francesco Carrara, a Enrico Pessina, a Luigi Lucchini, i pezzi da novanta della giuspenalistica condividono un atteggiamento difensivo nei confronti della stampa, guardano ad essa con malcelata diffidenza. Se già in quegli anni, di fronte a un fenomeno in rapida crescita, si inizia a parlare dell'esistenza di un «quarto potere»¹⁶, è tuttavia innegabile come l'atteggiamento mentale dominante sia caratterizzato dalla tendenza a depotenziare il ruolo e l'importanza della stampa, a ridimensionarne l'identità e la funzione specifica. La vittima più autorevole di tale impostazione, come si intuisce, è proprio l'*animus narrandi*, con la sua presunta efficacia esimente, come ci ricorda senza mezzi termini l'autore del *Programma*, mettendo alla berlina e

essa un procedimento penale; se il querelante domandi formalmente che il giudizio si estenda anche ad accertare la verità o la falsità del fatto ad esso attribuito».

¹⁴ Citato in nota a *Tribunale penale di Roma*, udienza del 29 agosto 1891, in *La Legge*, 1891, II, 424.

¹⁵ L'unico saggio in controtendenza è quello di F. Lopez, *Il Codice penale e la libertà della stampa nel reato di diffamazione*, in *Il Foro penale*, 1892, 65-96. Posizione altrettanto severa è quella assunta dai rappresentanti della Scuola positiva. Tale fattispecie viene considerata infatti un tipico esempio di reato caratterizzato da una forte tendenza alla abitualità, con evidente rischio di recidiva. Cfr. L. Restano, *I rei d'ingiuria, diffamazione e libello famoso secondo la Scuola positiva di diritto penale*, Catania, 1890. Benché non possa annoverarsi tra le celebrità della penalistica liberale, uno degli autori di riferimento sul tema è sicuramente il procuratore Pier Eugenio Frola, autore di una *summa* considerata il testo di riferimento in materia. Cfr. P.E. Frola, *Delle ingiurie e diffamazioni, degli oltraggi e delle altre offese all'ordine politico-sociale*, Torino 1910.

¹⁶ Cfr. L.C. Stivanello, *Il quarto potere. Saggi sulla legislazione della stampa*, Milano 1885.

persino ridicolizzando il principale argomento difensivo utilizzato da giornalisti, gerenti e direttori di periodici nei processi per diffamazione: «ammettere l'*animus narrandi* come sufficiente per modo assoluto a scriminare la ingiuria alla pari dello animo di difendere, di correggere o di consigliare, sarebbe pericolosissimo, e procederebbe sopra una equiparazione inesatta; perché la coscienza del proprio diritto nella difesa, e lo scopo di impedire un male nella correzione e nel consiglio, non hanno equivalente nel garrulo narratore, che non ha nessuna necessità di parlare, e parlando obbedisce alla mania di burlare e far ridere la brigata ed ottenere plauso dall'altrui malignità»¹⁷.

È questo il contesto nel quale matura la presa di posizione della *Associazione della stampa periodica*: il 29 settembre, 1891 sotto la presidenza di Ruggero Bonghi, i giornalisti, riuniti in assemblea, votano un ordine del giorno con il quale affidano al presidente il compito di nominare una commissione incaricata di elaborare un progetto di riforma delle disposizioni del Codice penale concernenti il reato di diffamazione. Poco tempo dopo, la commissione presenta all'assemblea dell'*Associazione* una articolata relazione, nella quale, sulla falsariga della legge inglese del 17 agosto 1881, si formulano le seguenti proposte: modificare l'art. 393 in modo tale da rendere obbligatoria la ricerca dell'elemento intenzionale; ammettere la prova della verità qualora il fatto attribuito sia avvenuto in pubblico, ovvero nel caso in cui la persona offesa «eserciti od aspiri ad ufficio, pel quale si richiede la pubblica fiducia; e il fatto ad essa attribuito si riferisca all'esercizio dell'ufficio o alle qualità proprie per esercitarlo o conseguirlo»; attribuire alla Corte d'Assise la competenza in materia di reati di diffamazione non riguardanti la vita privata; ridurre il minimo edittale della pena per tutti i reati di diffamazione e sostituire la detenzione alla reclusione; reintrodurre il termine di prescrizione breve (tre mesi)¹⁸.

A ben guardare, l'*Associazione* non pretende il riconoscimento di un'eccezione o la consacrazione di un qualche «diritto a preminenze», che sarebbe stato in realtà espressione di un «grosso pre-

¹⁷ Cfr. F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale - Parte speciale*, III, Lucca, 1868, 114 e s.

¹⁸ Cfr. Associazione della Stampa, *Il Codice penale e la stampa nei reati di diffamazione*, Roma, 1891, 48.

giudizio illiberale»¹⁹, ma domanda soltanto l'adozione di disposizioni tali da assicurare meglio «nell'interesse pubblico il sincero esercizio della libertà della stampa, e il sindacato per parte sua della moralità sociale». Di questo spirito si fa interprete Michele Torraca, l'anima della commissione, deputato lucano e giornalista di lungo corso. Per il fondatore e direttore de *La Rassegna*, nonché *ex* redattore del *Pungolo* e giornalista d'assalto del mazziniano *Popolo d'Italia*, la costruzione di una disciplina giuridica equilibrata in tema di stampa presuppone la riconduzione di essa nell'alveo delle tradizionali libertà di ordine politico e sociale, al di fuori di ogni trattamento privilegiato o di favore.

La libertà di stampa, pertanto, come forma particolarmente incisiva di espressione della libertà di pensiero, in un contesto nel quale, al di fuori di ogni privilegio, il libero esercizio del giornalismo è il risultato dell'incontro e dello scontro delle molteplici libertà individuali che si intrecciano e si autolimitano in un orizzonte costituzionale liberaldemocratico²⁰. L'obiettivo, conseguentemente, non è quello di fondare e argomentare giuridicamente le ragioni di

¹⁹ Cfr. M. Torraca, *Discorso del deputato Torraca pronunciato alla Camera dei deputati nella tornata del 23 febbraio 1899*, Roma, 1899, 12.

²⁰ Nel discorso del febbraio 1899, lo stesso Torraca, ricordando la propria esperienza nella commissione dell'Associazione della stampa, osserva: «Non si può negare, onorevoli colleghi, che il concetto e il fatto d'un trattamento speciale per la stampa e il costume che hanno ingenerato, hanno creato una condizione di cose anormale, che si durerà fatica a correggere; hanno dato al giornalismo, il quale tende sempre più ad una posizione privilegiata, un'idea dei diritti suoi, che non è la giusta, non è la vera. Dicono che la stampa è il quarto potere, ed io penso che possa essere anche il primo. Ma, giornalista anche io, credo di essere liberalissimo dicendo che, tutte le rivoluzioni, tutti i processi costituzionali hanno avuto per iscopo di contenere i poteri, di dare ad essi limiti sempre più precisi; e si deve pure ammettere che questo potere, il quale ogni giorno si sviluppa, penetra, irrompe, invade, ed è talvolta esercitato tirannicamente, abbia a trovare limiti variabili ed essere soggetto a nuove sanzioni. Che la stampa chieda difese per la sua libertà, sta benissimo; ma poiché la pretenda sovrana, consenta che garanzie abbiano le altre libertà e tutti i diritti che pur possono essere offesi dalla libertà sua. Questo è il concetto che io ho della libertà di stampa, nel concetto complessivo di tutte le libertà. Nessun privilegio, ripeto, ma rispetto reciproco [...] Voi rammentate a noi, ogni giorno, la sorte dei principati, che furono tiepidi amici o nemici di libertà; e noi vi siamo grati del monito utile; ma tollerate anche che vi rammentiamo la sorte delle democrazie, nei paesi dove la stampa non ebbe responsabilità né freni. Voi ci rammentate Carlo X, Luigi Filippo, Napoleone III; e permettete a noi di rammentarvi la prima repubblica francese, il regno del terrore, la morte violenta di tutti i capi-parte, il conseguente dispotismo napoleonico, effetti in gran parte degli eccessi della libertà di stampa», M. Torraca, *Discorso del deputato Torraca*, cit., 13 e s. e 17 e s.

una inesistente eccezionalità; è semmai quello di assicurare una piena tutela della libertà di manifestazione del pensiero, la quale risulta indebitamente compressa qualora venga esercitata con il mezzo della stampa. Solo in tal modo appare possibile mettere da parte le contraddizioni e il carattere per certi aspetti iniquo di un sistema datato e confusionario. Si tratta però di una richiesta destinata a restare a lungo inevasa, come dimostra la storia giuridica del controverso rapporto tra stampa e diritto nell'Italia liberale e repubblicana.

3. *Animus iocandi: satira e critica politica tra tolleranza e repressione*

«Io credo di stare al di sotto del vero calcolando che quell'inno sia stato cantato, in coro e pubblicamente, venti o trenta mila volte, da brigate operaie spesso numerose; onde ecco qui, contando sulle dita, un totale di forse un mezzo milione di reati, punibile colla multa e con almeno tre mesi di cellulare. Addizionate, Eccellenza: sono circa mille e trecento secoli di carcere che dovete, Voi e i Vostri colleghi, agli operai italiani»²¹: è uno dei passaggi-chiave di una lettera esilarante scritta da Filippo Turati nel maggio del 1892 all'indirizzo del procuratore generale del Re presso la città di Milano, a seguito dell'incriminazione di alcuni militanti o semplici simpatizzanti socialisti, rei di aver cantato in pubblico l'*Inno del Partito operaio italiano*, le cui quartine di ottonari furono composte dallo stesso Turati verso la metà degli anni Ottanta. Nella lettera si stigmatizza la schizofrenia della magistratura, la quale utilizza il *Canto dei lavoratori*, quei «versiculi dalla mite cadenza ottonaria della *Rondinella pellegrina*»²², come pretesto per avviare una infinità di procedimenti giudiziari, utilizzando come appiglio il reato di eccitamento all'odio fra le classi sociali, previsto dall'art. 247 del Codice Zanardelli.

Il fuor d'opera è solo apparente: se la libertà dell'*animus narrandi*, inteso come movente del diritto di cronaca, è messa a repentaglio da un'applicazione a tappeto della «legge feroce sulla diffi-

²¹ Cfr. F. Turati, *Mezzo milione di reati ad istigazione di un uomo solo*, in *Critica sociale*, anno II, n. 10, 16 maggio 1892, 148.

²² *Ivi*, 147.

mazione», l'*animus iocandi*, elemento distintivo della satira, gode solo apparentemente di un trattamento giurisprudenziale di favore²³. In realtà, la critica politica, anche qualora assuma la forma della satira, deve fare i conti con un meccanismo repressivo complesso, di natura mista, articolato su due livelli: da un lato, le sanzioni penali, in particolare le fattispecie di provocazione o istigazione a delinquere commesse con il mezzo della stampa, di cui all'art. 13 dell'*Editto*, e le fattispecie di apologia di reato, disobbedienza alla legge, eccitazione all'odio fra le classi sociali, previste dal già ricordato articolo del Codice penale unitario; dall'altro, lo strumento, ancora più efficace, dei sequestri, giudiziari o amministrativi, «che avevano superati i limiti del credibile e mettevano in forse la vita anche dei giornali più temperati»²⁴.

Le vicissitudini della *Critica Sociale* sono, in questo senso, emblematiche²⁵. Nelle note che faceva seguire a ogni sequestro o procedimento giudiziario, testi di notevole valore satirico, Turati sottolineava come il potere esecutivo procedesse arbitrariamente contro la stampa socialista (ma non solo) e come la magistratura pronunciasse condanne in palese violazione dei principi di legalità e tassatività.

Piuttosto eloquente, da questo punto di vista, è la vicenda giudiziaria che interessò lo stesso Turati a seguito della pubblicazione a puntate dell'opuscolo «I sobillatori»²⁶. Senza risparmiare attacchi corrosivi al cattolicesimo e alla religione in genere, al solidarismo e al conservatorismo insito nel *Kathedersozialismus*, e facendo ampio

²³ In linea generale, l'*animus iocandi* esclude la diffamazione qualora lo scritto o il disegno satirico appaia in pubblicazioni per le quali «lo scherzo costituisce consuetudine quotidiana», poiché il lettore «sa che è metodo del giornale cogliere il lato umoristico delle cose e delle persone, e, posando l'occhio sopra un'arguta satira o sopra una caricatura, sa anche che, per l'indole del giornale, non deve dare né all'una né all'altra peso maggiore di quel che meritano», cfr. V. Vescovi, *Ingiuria e diffamazione*, cit., 976. L'*animus iocandi* non esclude invece la responsabilità penale qualora le parole o le immagini «esprimono lo spregio e spargono il ridicolo», come precisato dalla Cassazione di Torino con sentenza del 19 luglio 1883, destinata a fare giurisprudenza (cfr. *Giur. it.*, 1883, 363). Sul punto si veda P.E. Frola, *Delle ingiurie e diffamazioni*, cit., 288 e ss.

²⁴ Si veda l'editoriale dedicato al I congresso dei giornalisti italiani tenutosi a Milano nel maggio del 1894 in *Critica sociale*, anno IV, n. 10, 16 maggio 1894, 146.

²⁵ Cfr. E. Bassi, *Storia dei sequestri di Critica sociale*, Bologna 1983.

²⁶ L'opuscolo è pubblicato in tre puntate: il 16 maggio 1894, il I e il 16 giugno 1894.

uso del lavoro di Vaccaro (*La lotta per l'esistenza e i suoi effetti nell'umanità*), il saggio analizza le cause della «selezione educatrice del servilismo», dall'età antica all'Europa di fine Ottocento, considerate all'origine della soggezione e della inferiorità del proletariato. Turati sottolinea il carattere decisivo dell'elemento intellettuale nel processo rivoluzionario segnalandone la dinamica: la formazione di un proletariato intellettuale, favorita dalla eliminazione del commercio minuto indotta a sua volta dallo sviluppo della grande industria e dal tentativo dei ceti mercantili di "riciclarsi", senza effettive possibilità di impiego, nelle professioni liberali, determinerà una conversione di massa alla dottrina socialista, con numerose e ripetute apostasie all'interno della stessa classe dominante, causando in tal modo la dissoluzione di un assetto sociale ormai al tramonto. Insomma, un classico della propaganda socialista. Niente di particolarmente eversivo neppure per un censore di fine Ottocento.

Eppure, il 27 luglio del 1894 la Procura di Milano dispone il sequestro dell'opuscolo nell'ambito di un procedimento giudiziario avviato a carico dell'autore, accusato di apologia di reato ed eccitamento all'odio fra le classi. Le ragioni della condanna, per Turati, sono da rintracciarsi nella recente teoria della libertà di opinione elaborata dalla sociologia ufficiale, di cui si fa portavoce tra gli altri Garofalo in un articolo pubblicato sul *Mattino* di Napoli nel supplemento del 22 luglio di quello stesso anno. Questa la tesi, in sintesi estrema: a dispetto dell'identità del contenuto, un discorso, legittimo qualora venga tenuto nell'ambito di una lezione universitaria o di un congresso scientifico, assume rilevanza penale nel caso in cui costituisca l'oggetto di una orazione popolare. Una impostazione che a Turati appare classista, a conferma della tesi della selezione al servilismo, esposta nell'opuscolo incriminato: «il sapere essendo anch'esso un monopolio di classe, l'anatema dovrà essere pronunciato contro gli incauti che di esso si facciano comunque banditori alle turbe, a quelle turbe, a quelle plebi, come le chiama la circolare Calenda, che sono poi i nove decimi della popolazione del paese, e alle quali, secondo i prelodati sociologi positivisti, vuol essere inculcato esclusivamente il catechismo ad opera di curati zotici o, al più, di maestri danarosi e imbecilliti dagli anni»²⁷.

²⁷ Cfr. F. Turati, *Sobillatori sequestrati e sobillatori in trionfo*, in *Critica sociale*, anno IV, n. 15, I agosto 1894, 228.

Ma ancora più interessanti sono le vicissitudini che fanno da sfondo alla rapida vicenda giudiziaria che si concluderà con la condanna dell'imputato a tre mesi di reclusione e al pagamento di 50 lire di multa²⁸. Nel corso del dibattimento, infatti, Turati tenta a più riprese di farsi spiegare il titolo esatto dell'imputazione. Inutilmente. Alla fine non sa spiegarsi le ragioni della sentenza di condanna; in particolare, non è chiaro di *quale* reato abbia effettivamente fatto l'apologia, come scrive in una lettera all'*Italia del popolo* di Dario Papa, riprodotta nella *Critica Sociale* del 16 novembre 1894, con il titolo *Logogrifo*: «Io domandai con insistenza al Pubblico Ministero e al Tribunale che mi facessero la grazia di dirmi almeno di *quale reato* io avevo fatto l'apologia. I reati, tra Codice e leggi speciali, sono qualcosa più di 500, supergiù come i rappresentanti della nazione. E in coscienza di galantuomo io non sapevo di quale fra essi avessi fatto le lodi»²⁹.

Il *Logogrifo* viene risolto, per puro accidente, qualche settimana più tardi: nel fascicolo del procedimento penale promosso a Torino contro Giuseppe Oggero, autore dell'opuscolo «Sorgete», sequestrato insieme a «I sobillatori», è contenuta una lettera rivelatrice, vergata dal Procuratore del Re di Ivrea, Pier Eugenio Frola, il cui testo Turati riproduce nella *Critica Sociale* del 1 dicembre 1894. In tale, lettera, indirizzata al collega di Torino, Frola chiede notizie di «tal Oggero Giuseppe statovi testè citato per imputazione di socialismo o simile». Ecco finalmente il contenuto “esatto” dell'imputazione. Turati, come prevedibile, si scatena: «Era lui, il Frola di Ivrea. Sempre conseguente a se stesso, sempre *Frola* ad un modo. Il *Frola* delle porte chiuse nei processi socialisti. Il *Frola* che rimprovera agli imputati d'aver impegnato «una specie di lotta di classe» e, peggio ancora, d'«aver letto il *Krapoticker*». Il *Frola* inverosimile, l'umoristico *Frola*, lui ci aveva fatto condannare. Lui, così truce e così allegro; così lungo e così corto; così *Frola* e così magistrato!»³⁰.

Ma, come già rilevato, prima ancora dei processi, la forma di repressione più efficace nei confronti della stampa, anche satirica, ritenuta in qualche modo sovversiva, era costituita dai sequestri. Al punto che la storia giuridica della satira nell'Italia liberale, è in primo luogo una storia di sequestri; di per sé non entusiasmante,

²⁸ Cfr. E. Bassi, *Storia dei sequestri di Critica sociale*, cit., 14 e s.

²⁹ *Critica sociale*, anno IV, n. 22, 16 novembre 1894, 340.

³⁰ *Critica sociale*, anno IV, n. 22, 1 dicembre 1894, 357.

non offrendo nulla di nuovo o di particolarmente raffinato sotto il profilo tecnico-giuridico, ma in realtà assai significativa se considerata nel contesto più ampio della storia giuridica della libertà di pensiero e di stampa.

I sequestri colpivano duramente le riviste sotto il profilo economico, ma non impedivano agli opuscoli o agli articoli incriminati di circolare. Il provvedimento, infatti, doveva essere eseguito in conformità all'art. 42 dell'*Editto*, il quale stabiliva l'obbligo, per il gerente di una pubblicazione periodica, di «consegnare la copia da lui sottoscritta in minuta all'ufficio dell'Avvocato Fiscale Generale, o dell'Avvocato Fiscale, o del Giudice di mandamento», senza tuttavia che tale obbligo potesse «sospendere o ritardare la spedizione o distribuzione del giornale o scritto periodico». Il risultato era che il sequestro aveva luogo non direttamente in tipografia, come avverrà invece in epoca fascista, ma presso l'ufficio postale di riferimento, dove sovente le copie non erano più disponibili. In ogni caso, il danno per le casse non molto pingui di numerose riviste era considerevole.

Valga per tutti, a guisa di conclusione, il trafiletto con il quale *L'Asino* di Guido Podrecca e di Gabriele Galantara dava notizia di un sequestro avvenuto nel 1924, nelle settimane dell'*Aventino*, dopo la pubblicazione di una vignetta in cui un "Basta!" scritto a caratteri cubitali schiantava un fascio littorio³¹. Per la stampa si preparavano tempi ben più duri di quelli dell'Italia di Zanardelli o di Re Umberto. A pochi mesi dal termine della sua gloriosa esistenza, la rivista satirica socialista ripercorreva la propria vita ultratrentennale: una vita, appunto, punteggiata di sequestri, talvolta diverse decine in un anno: «Per *l'Asino* non è una novità. In circa trentadue anni di vita ha assaggiate le più svariate carezze del fisco sotto molti regimi: Crispi, di Rudinì, Pelloux, per non ricordare altri. Eppure questa bestia utile, paziente e bastonata è sopravvissuta allegra e spensierata a tutte le bufere, come sopravviverà certamente alla attuale bastonatura, che tenta di colpire, ancora una volta, la sua pelle incallita. Ci vuol altro per mettergli giudizio! Eppoi cosa sarebbe un *Asino* senza il relativo bastone? Un ombrello senza il manico, un cappello senza la testa, un treno senza il binario, un censore senza... il decreto. Francesco Crispi, nel 1894 volle tentarne perso-

³¹ Cfr. *L'Asino di Podrecca e Galantara (1892/1925)*, Milano 1973, 424.

nalmente la soppressione – Lui, il quinto fattore d'Italia – l'idealista, dicono, della spedizione dei Mille! Dopo il trentesimo sequestro in un anno, ciò che voleva dire la quasi vacanza dal mondo dei vivi, con altrettanti processi sulle spalle (allora almeno si vedeva la faccia spesso bonacciona del magistrato e si aveva la soddisfazione di essere messi a tu per tu colla legge) ordinò infine, vista la caparbia vitalità asinesca, la soppressione addirittura dei redattori. E infatti qualcuno di noi fu mandato graziosamente a respirare l'aria marina del domicilio coatto, altri a godere quella meno balsamica di *Regina Coeli* e il resto fu spedito impacchettato al *confine*. *L'Asino*, con la redazione, sbalestrato nei più svariati punti cardinali, dovette necessariamente sospendere le sue pubblicazioni. Ma per pochi mesi: i provvedimenti eccezionali, come le bugie, hanno le gambe corte. Poco dopo usciva nuovamente raddoppiando i calci, affrontando altri sequestri e altre persecuzioni che durarono fino al 1898 nel quale anno si rinnovò, in grande stile, lo scherzo della soppressione del giornale col mezzo di quella...dei redattori, esiliati, arrestati, condannati, dispersi ancora. Altro periodo di soppressione, eppoi di nuovo l'allegria ripresa col relativo raddoppiamento di calci. *L'Asino!* Una besta strana che prova un gusto matto di persecuzione. Ci si ringiovanisce, ci si rafforza, ci si diverte un mondo. Ci vuol altro per domarlo!».

4. *Conclusion: libero Asino in libero Stato?*

Quali somme tirare da questa analisi preliminare del rapporto tra stato liberale e libertà di stampa e di satira? La prima impressione è quella di un tradimento dei principi sui quali il liberalismo a partire dal 1815 aveva costruito uno dei suoi pilastri. Giurisprudenza arcigna, dottrina insensibile o persino ostile, infine un ricorso sistematico ai sequestri. Roba da stato assoluto, si direbbe. Eppure tale giudizio sarebbe affrettato e, in qualche misura, ingeneroso. L'istinto repressivo è agli atti: innegabile. Nondimeno tra le pieghe di sentenze, dibattiti parlamentari, poliziotti che inseguono le copie degli impertinenti fogli satirici, occorre riconoscere, dare atto del fatto che uno spazio di critica e dissacrazione si è creato tra il 1861 e i primi anni Venti. Disordinato e precario quanto si vuole ma reale e, verrebbe da dire, assai fecondo. Il punto è che uno stato liberale costretto suo malgrado a una conversione autoritaria di

fronte al conflitto sociale ha operato a tentoni: repressione sì, ma non così convinta e determinata da spegnere la fiamma del dibattito. Sfortunatamente per i liberali italiani, lo spazio pubblico borghese che in parlamento e nella stampa doveva inverare il valore della discussione razionale, dialettica, spassionata tra agiati proprietari si è dovuto adattare alle convulsioni della democrazia nascente. E, tutto sommato, non lo ha fatto nemmeno troppo male. Il gioco tra gatto e topo che si apre tra autorità e stampa risulta fecondo e persino creativo. Lungi dallo scoraggiare critica e stampa, contribuisce ad alimentarla creando una consapevolezza civica, uno scambio irritato da un parte e beffardo dall'altra tra istituzioni e società, una consapevolezza delle masse che costituiscono un legato prezioso nella storia di questo paese. E dell'Europa intera, poiché ovunque la civiltà liberale, con maggiore o minore intensità, vive con intensità questo paradosso: sì alla libertà di parola e di satira... ma non troppo!

Abstract

Despite the liberalism of most part of jurists and politicians, the relationship between press and criminal law in Post-Risorgimento Italy appears to be quite complex due to the presence of a strong repressive mechanism. Nevertheless, although in a context characterized by a growing social conflict, the freedom of the press in general and of satire in particular spreads and consolidates itself between 1861 and the rise of Fascism.

A dispetto del liberalismo di molti giuristi e uomini politici risorgimentali, il rapporto tra libertà di stampa e diritto penale nel periodo storico considerato si rivela alquanto problematico. Da un lato, il diritto di cronaca risulta compresso dalla presenza di una disciplina rigida in materia di ingiuria e diffamazione. Dall'altro, la satira e la critica politica sono sovente represses con il pretesto di rappresentare strumenti di istigazione a delinquere, di apologia di reato e (specie per la satira di matrice socialista) di eccitazione all'odio fra le classi sociali. Non di meno, pur in un contesto reso difficile a causa del crescente conflitto sociale, tra il 1861 e i primi anni Venti si consolida, in un difficile rapporto dialettico tra stampa e poteri costituiti, uno spazio di autonomia per la critica e la dissacrazione giornalistica.

OSSERVATORIO

ANNA GAMPER*

NI LA FORCE, NI LA RIGUEUR?
JUDICIALIZING DIRECT DEMOCRACY

SUMMARY: I. Introduction. – II. Plebiscites and Constitutional Courts in European Comparison. – 1. General Constitutional Profiles. – 2. Judicial Review of Plebiscites. – III. The Austrian “Democracy Reform Package 2013”. – IV. Conclusions.

I. *Introduction*

Constitutional courts and direct democracy have one thing in common: both of them may to some degree counteract representative democracy. Whereas, however, in the case of constitutional courts, this is done in order to safeguard the constitution as a superior legal value, the *demos* is not bound to particular legal reasons when it opposes the will of the representatives. But even if constitutional courts strike down laws which violate the constitution, they will in truth not counteract “the will of people, declared in the Constitution”, though they will counteract the “will of the legislature”¹; as representatives are entrusted with the making and amending of constitutions to a significant degree², constitutional courts will thus help protect a superior will of the representatives, too. *Vice versa*, it is not totally unrealistic to imagine constitutional courts sometimes being influenced by political views, while direct democracy is cherished for important constitutional values such as transparency and participation.

In days of old, courts have, moreover, been declared to have

* Thanks go to Maria Bertel, Mathias Eller, Teresa Sanader and Christoph Schramek for their help in foreign constitutional research and editing.

¹ Federalist No. 78.

² J. Blount, *Participation in constitutional design*, in T. Ginsburg, R. Dixon (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Northampton, 2011, 41.

“*ni la force, ni la rigueur*”³ when compared to the legislative or executive (governmental) branch. Today, however, constitutional courts – under either specialized or integrated model –⁴ usually appear as powerful institutions whose force and will cannot be doubted; discussion rather focuses on the legitimacy of that force and will⁵. There is also much discussion on how much force or will the *demos* has in modern representative democracies which increasingly appear insufficient to accommodate a true government of, by and for the people. Direct democracy is often acclaimed as a remedy⁶, but still many (representative) constitutions⁷ are not really comfortable with it.

This paper is, however, not concerned with the possible van-tages of direct democracy over the representative model. Rather, it examines the relationship between courts and direct democracy with a view to assessing the degree of judicialization in the sphere of plebiscites as compared to that of representative democracy. Although this has so far been a fairly marginalized topic⁸, we need to be attentive: this is a question not just of whether constitutions should be prone or reluctant to grant direct democracy, but whether they grant such tools in a justiciable way, allowing courts to decide on their legality and, thus, to frame citizens’ political rights. Very recent memories range from the prohibition of popular consultation on secessionist issues⁹ to the admission of a referendum

³ C. Montesquieu, *De l’Esprit des Loix*, 1748, book XI, chapter VI, and, similarly, Federalist No. 78.

⁴ V. Ferreres Comella, *The rise of specialized constitutional courts*, in T. Ginsburg, R. Dixon (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Northampton, 2011, 265.

⁵ See, for a recent overview, O. Bassok, Y. Dotan, *Solving the counter-majoritarian difficulty?*, ICON, vol. 11, issue 1, 2013, 15 ff.

⁶ K.-P. Sommermann, *Citizen Participation in Multi-Level Democracies: An Introduction*, in C. Fraenkel-Haeberle et al (eds.), *Citizen Participation in Multi-Level Democracies*, Leiden, Boston, 2015, 5 ff.

⁷ G. Frankenberg, *Democracy*, in M. Rosenfeld, A. Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, 252.

⁸ See, however, L. Morel, *Referendum*, in M. Rosenfeld, A. Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, 522 f. and, illustrating the discussion in the US, J. N. Eule, *Judicial Review of Direct Democracy*, *The Yale Law Journal*, vol. 99, 1990, 1503 ff., R. Charlow, *Judicial Review Equal Protection and the Problem with Plebiscites*, *Cornell Law Review*, vol. 79, issue 3, 1994, 527 ff.

⁹ See the Spanish Constitutional Court on the issue of a referendum regarding Catalan secession: TC 31/2015 and TC 32/2015, both of 25 February 2015, TC 138/2015, 11 June 2015.

on the acceptance of an international agreement plan in the context of Greece's financial crisis¹⁰. In other recent cases, legislative proposals for more direct democracy have sought to establish constitutional courts as "*pouvoir neutre*"¹¹ between the *demos* and its representatives, while elsewhere regional laws were struck down by constitutional courts in order to defend the national constitution and unity¹². The hypothesis would thus be that constitutional courts may be allowed to play distinctly different roles in the arena of direct democracy, but that constitutions are on the whole much keener to constrain direct democracy than representative democracy.

The paper addresses this issue from the viewpoint of plebiscites, since they constitute the hard core of direct democracy in legal terms¹³. It is true, however, that political theories on direct democracy increasingly focus on extra-plebiscitary instruments of direct democracy, which is thus often confronted with deliberative or participatory democracy¹⁴. Usually, such instruments include citizens' meetings and panels, petitions, complaints, access to information or entirely informal tools of communication via the internet. The more informal the instrument is, the less need for legal consequences, constraints or sanctions, the rarer its legal (let alone, constitutional) entrenchment. Nevertheless, the terminology is misleading and ambiguous: it remains opaque why direct or plebiscitary democracy should not include participatory or deliberative instruments, while the term "direct" surely encompasses all kinds of participation without intermediate agents¹⁵. The question is rather if we should be more distinct about "direct" or "semi-direct" democracy or

¹⁰ Greek Council of State, 3 July 2015, 1 ΣτΕ 2787/2015.

¹¹ M. Herdegen, *Verfassungsgerichtsbarkeit als pouvoir neutre*, ZaöRV, vol. 69, 2009, 257 ff.

¹² See below 132 f.

¹³ This is also because plebiscites often relate to legislative issues and are thus targeted at the creation of general norms; for participatory elements in individual law-making, such as decisions by juries, see A. Gamper, *Forms of Democratic Participation in Multi-Level Systems*, in C. Fraenkel-Haerberle et al. (eds.), *Citizen Participation in Multi-Level Democracies*, Leiden, Boston, 2015, 81 f.

¹⁴ With different approaches: M. G. Schmidt, *Demokratiethorien*⁵, Wiesbaden, 2010, 237 ff., U. Allegretti, *Participatory Democracy in Multi-Level States*, in C. Fraenkel-Haerberle et al. (eds.), *Citizen Participation in Multi-Level Democracies*, Leiden, Boston, 2015, 208, G. Frankenberg, *op. cit.*, 255 f.

¹⁵ A. Gamper, *op. cit.*, 69.

whether the term “participation” is problematic since, apart from the *demos*, either in a direct or represented way, there can be no other “*pars*” complementing the rulers in a democracy¹⁶.

It is a striking feature, however, that constitutions, if they entrench instruments of direct democracy at all, do so with a clear focus on plebiscites, whatever their exact nature – binding, initiating or consultative, compulsory or optional, person- or issue-oriented – may be. This is also where courts come into play.

II. *Plebiscites and Constitutional Courts in European Comparison*

1. *General Constitutional Profiles*

A survey on the national constitutions of the member states of both the EU and the Council of Europe confirms that we experience a modest trend towards direct democracy and, what is more, a constitutionalization of direct democracy¹⁷. On the one hand, this implies that more countries strive to allow their citizens more direct say in political decision-making; on the other hand, that this is recognized as a distinct constitutional value and thus needs constitutional entrenchment as well as the provisions on representative democracy. Still, the trend is not more than modest, since most constitutions remain loyal to the representative model in general. Provisions on plebiscites are entrenched as exceptions or, rather, special modifications to this rule, since most types of plebiscites do not replace, but complement representative democracy; often, details are left to subconstitutional legislation. Many constitutions link or even restrict plebiscites to issues¹⁸ of supreme legal or political interest, such as constitutional amendments, changes of territorial boundaries, international or European issues¹⁹. Quite conversely,

¹⁶ A. Gamper, *op. cit.*, 67.

¹⁷ J. Gebhardt, *Das Plebiszit in der Repräsentativen Demokratie*, in H. H. von Arnim (ed.), *Direkte Demokratie*, Berlin, 2000, 16 ff, S. Tierney, *Constitutional Referendums: A Theoretical Enquiry*, *Modern Law Review*, vol. 72, issue 3, 2009, 360, L. Morel, *op. cit.*, 513.

¹⁸ Person-oriented plebiscites, e.g. on the dismissal of a mayor or head of state, are omitted here.

¹⁹ See, e.g., Art. 76 and 106 Andorran Const., Art. 44 para. 3 Austrian Federal Const. Act, Art. 3 Azerbaijanian Const., Art. 87 and 142 para. 4 Croatian Const., § 88 Danish Const., § 162 Estonian Const., Art. 88 and 89 French Const., Art. 29 para. 2

however, some constitutions limit the range of admitted topics at least partly to the more harmless, thus excluding, eg, plebiscites in the context of constitutional amendments, emergency measures, budgetary or financial issues or human rights²⁰. While some of these prohibitions are simply founded in political distrust of the citizens and their alleged irrationality or constitutional disloyalty, others are the result of international or supranational obligations which do not permit any violations; it is remarkable, however, that such prohibitions – though valid for the entire state including its representative institutions – tend to be expressly stipulated in the context of plebiscites only.

These thematic lists, which refer to either prohibited or permitted topics, offer a particular field for judicial intervention. This will be even more the case in federal or strongly decentralized systems, which allow for regional or local plebiscites, since a natural barrier for subnational plebiscites will arise from the respective distribution of competences.

Apart from provisions on thematic issues, constitutions mostly regulate plebiscites from a procedural viewpoint. Regularly, they provide for the necessary quorum and majority, but also the formal preconditions of admissibility, namely whether the plebiscite takes

German Basic Law, Art. 44 para. 2 Greek Const., Art. 27 para. 5 and 46 para. 2 Irish Const., Art. 138 Italian Const., Art. 68 and 77 Latvian Const., Art. 9 and 148 Lithuanian Const., Art. 114 para. 3 Luxembourg Const., Art. 66 Maltese Const., Art. 75 Moldovan Const., Art. 125 para. 1 and 235 para. 6 Polish Const., Art. 115 para. 3 Portuguese Const., Art. 90 and 150 para. 1 Romanian Const., Art. 7 para. 1 and 93 para. 1 and 2 Slovak Const., Art. 3a para. 2 and 170 Slovenian Const., Art. 168 Spanish Const., Chapter 8 Art. 16 Swedish Const., Art. 10a Czech Const.; particularly wide possibilities are admitted in Liechtenstein and Switzerland. Although these plebiscites are often binding referendums, the Venice Commission's Code of Good Practice on Referendums claims at II.8.b.: "Referendums on questions of principle or other generally-worded proposals should preferably not be binding. If they are binding, the subsequent procedure should be laid down in specific rules." Even less convincingly, the Explanatory Memorandum at 54: "Where a legally binding referendum concerns a question of principle or a generally-worded proposal, it is up to Parliament to implement the people's decision. Parliament may be obstructive, particularly where its direct interests are affected [...] It is preferable, therefore, for referendums on questions of principle or generally-worded proposals to be consultative".

²⁰ See, e.g., Art. 151 para. 2 Albanian Const., Art. 11 para. 3 Azerbaijanian Const., Art. 39-*bis* Belgian Const., § 106 Estonian Const., Art. 72 para. 2 Georgian Const., Art. 44 para. 2 Greek Const., Art. 8 para. 3 Hungarian Const., Art. 75 Italian Const., Art. 115 para. 4 Portuguese Const., Art. 108 para. 2 Serbian Const., Art. 93 para. 3 Slovak Const.

place directly *ex constitutione* or on the initiative of certain bodies or citizens; clearly, a referendum will be more citizen-friendly, if it takes place at citizens' request.

2. *Judicial Review of Plebiscites*

As regards judicial control over plebiscites, one first distinction is whether this function is exercised by a constitutional court, an administrative court or an ordinary court²¹. As regards constitutional courts, which are considered here, constitutions differ firstly on whether they themselves regulate the competences of constitutional courts exhaustively. Where additional functions may be established by subconstitutional legislation – ie by ordinary or organic laws –²², functions with regard to the control of plebiscites may be found there as well as other judicial functions. In other cases, however, constitutions themselves mention such a competence explicitly. Whether we may thus derive that the control over plebiscites is more than just an “ancillary power”²³, is, in my opinion, doubtful; where constitutions delegate it to the legislature to define a constitutional court's functions, this deferral may apply to core as well as ancillary powers. The more relevance plebiscites have under a constitution, the less ancillary will the respective reviewing power of a constitutional court be. Sometimes, the review is limited to certain types of plebiscites, such as the binding referendum, though.

Constitutions or the relevant legislation on constitutional courts' functions respectively differ, however, as to whether they es-

²¹ L. Morel, *op. cit.*, 522 f who mentions also cases where a political body is entrusted with such a question, though of legal nature (e.g., Art. 139 Swiss Federal Const.). See, however, the Code of Good Practice on Referendums at II.3.3.a.: “The appeal body in referendum matters should be either an electoral commission or a court. In any case, final appeal to a court must be possible.” For other courts than constitutional courts, see, e.g., Art. 149 para. 7 Montenegrin Const. or Art. 125 para. 4 Polish Const.

²² Cf., e.g., Art. 93 para. 3 German Basic Law, Art. 85 Latvian Const., Art. 9 Lithuanian Const., Art. 223 para. 3 Portuguese Const., Art. 160 Slovenian Const., Art. 161 para. 1 subpara. d Spanish Const.

²³ T. Ginsburg, Z. Elkins, *Ancillary Powers of Constitutional Courts*, *Texas Law Review*, vol. 87, 2009, 1452. According to them, the “most common ancillary role for constitutional courts is supervising or adjudicating elections or election authorities” and also referendums are supervised in “many [...] countries”.

establish this power as *ex-ante*²⁴ and/or *ex-post*²⁵ review. As a consequence, courts may either review the constitutionality of plebiscites before they take place and/or review the legality of a plebiscite after it has taken place; a special case would be an individual appeal that claims a right to a plebiscite which has not taken place²⁶. Moreover, judicial review sometimes extends to formal questions only, or includes substantive, issue-oriented review in other cases. Accordingly, there are diverse constitutional reasons and applicants for such review, ranging from abstract review called in by certain state authorities or political parties to concrete review on either irregularities in the context of a plebiscite or on the denial of a plebiscite. That “a priori control seems logical”, as Morel²⁷ suggests, is to some extent confirmed by the Venice Commission that requires the respective appeal body, apart from *ex-post* measures such as the annulment of a plebiscite, to deal with “the procedural and, where applicable, substantive validity of texts submitted to a referendum: the review of the validity of texts should take place before the vote”²⁸. According to the Explanatory Memorandum²⁹, “this will avoid the people having to express their views – in vain – on a text that is subsequently ruled invalid because it is contrary to superior law (substantive invalidity) or the content of which breaches the requirements for procedural validity”. However, this is an odd distinction if we consider how many laws are effectively made under the representative model despite substantive or formal defects. *Ex-*

²⁴ Cf., e.g., Art. 152 Albanian Const., Art. 142 Belgian Const., Art. 95 Const. Act on the Croatian Constitutional Court, Art. 60 French Const. and Art. 46 Institutional Act on the Constitutional Council, Art. 89 para. 1 subpara. d Georgian Const., Art. 223 para. 2 subpara. f Portuguese Const., Art. 146 para. i and j Romanian Const., Art. 95 para. 2 and Art. 125B para. 2 Slovak Const.

²⁵ Cf., e.g., Art. 100 Armenian Const., Art. 141 para. 1 subpara. e Austrian Federal Const. Act, Art. 96 Const. Act on the Croatian Constitutional Court, Art. 60 French Const. and Art. 46 Institutional Act on the Constitutional Council, Art. 89 para. 1 subpara. d Georgian Const., Art. 100 para. 1 subpara. b Greek Const., Art. 135 para. 1 subpara. d Moldovan Const., Art. 146 para. i Romanian Const., Art. 129 para. 3 Slovak Const.

²⁶ According to the Austrian Constitutional Court’s rather sophisticated view (VfSlg 17.588/2005, 19.085/2010, 19.170/2010), there is no individual right *that* a referendum takes place, but to take part in it *when* it takes place.

²⁷ L. Morel, *op. cit.*, 523.

²⁸ Code of Good Practice on Referendums at II.3.3.d.

²⁹ Explanatory Memorandum at 22.

ante judicial review would always serve constitutional efficiency to the effect that unconstitutional laws are prevented from entering into force; even if they are not absolutely prevented, law-making authorities will be at least informed on the possible outcome of such a law. Although numerous constitutions provide for *ex-ante* review³⁰, many still do not, even though their constitutional courts have power to exercise *ex-post* judicial review. Whether constitutional courts have power to examine the legality of plebiscites in advance, will thus to some extent depend on the general constitutional attitude towards *ex-ante* review. Where constitutional courts exercise *ex-ante* review only with regard to legislation-oriented plebiscites and not to draft laws in general, a preference of the representative model over direct democracy becomes evident. Why should a constitution refrain from establishing *ex-ante* review in the “normal” law-making procedure, while it requires such review whenever the law-making procedure contains plebiscitary elements? It is certainly true that plebiscites prolong the law-making procedure and that time can be saved when a court impedes a plebiscite by pronouncing on its illegality in advance, but should the same then not be done with regard to any unconstitutional step taken in a law-making procedure? Obviously, plebiscites are regarded with some particular constitutional mistrust due to fears of demagogism, irrationality and populism which are much more closely connoted with direct than with representative democracy. This is tied in with another “non-ancillary” power of constitutional courts which may have impact on direct democracy: namely, if the (perhaps even constitutional) law-maker envisages or enacts a reform of democracy which may require a constitutional court to pronounce on the constitutionality of (draft) laws or on the compatibility of constitutional amendments with constitutional principles. Such was, eg, the case, when the Italian Constitutional Court³¹ decided that a regional law of the Veneto on a writ regarding a consultative referendum on independence for the Veneto³² as well as certain provisions of the regional law on a consultative referendum

³⁰ T. Ginsburg, Z. Elkins, *op. cit.*, 1445.

³¹ Sentenza no. 118/2015, 29 April 2015. On previous case law F. Conte, *I referendum del Veneto per l'autonomia (e l'indipendenza). Non c'è due senza tre. Anche se...*, Forum di Quaderni Costituzionali, 2015.

³² *Legge della Regione Veneto*, 19 June 2014, no. 16.

regarding the autonomy of the Veneto³³ were unconstitutional; or, when the Spanish Constitutional Court³⁴ decided on the unconstitutionality of a Catalan decree³⁵ and certain provisions of a Catalan law³⁶ regarding popular consultation. Another interesting example is a recent decision of the Croatian Constitutional Court³⁷ which, at the request of the Croatian Parliament, declared a referendum question to be unconstitutional and at the same time required the Croatian Government “within one year [...] to send amendments and supplements to the Act on the Official Use of the Language and Script of National Minorities for parliamentary procedure [...] in which an appropriate legal mechanism will be defined for cases where the representative bodies of units of local self-government do not implement their obligations [...] under the same Act] or obstruct its implementation”. This shows that a decision taken under an “ancillary” power may entail consequences for other state bodies including the request for legislation *in casu omisso*; remarkably, the obligation is directed at the Croatian Government and not at the Croatian Parliament.

III. *The Austrian “Democracy Reform Package 2013”*

One very recent example of the judicialized design of plebiscites is the legislative proposal for a reform of direct democracy in Austria. The Austrian Federal Constitution establishes representative democracy as the main model so that the Constitutional Court has understood the constitutional provisions on direct democracy only as exceptions to the rule³⁸. Over the last years, however, a lively discussion both at political and academic level has been concerned with the question whether direct democracy could be strengthened even at federal constitutional level³⁹. Proposals

³³ *Legge della Regione Veneto*, 19 June 2014, no. 15.

³⁴ TC 31/2015, TC 32/2015, both of 25 February 2015.

³⁵ *Decreto 129/2014*, 27 September 2014.

³⁶ *Ley del Parlamento de Cataluña 10/2014*, 26 September 2014.

³⁷ U-VIIR-4640/2014, 12 August 2014.

³⁸ VfSlg 13.500/1993, 16.189/2001, 16.241/2001, 19.711/2012.

³⁹ See, e.g., G. Lienbacher, E. Pürgy (eds.), *Parlamentarische Rechtsetzung in der Krise*, Wien, 2014, P. Bußjäger, A. Balthasar, N. Sonntag (eds.), *Direkte Demokratie im Diskurs*, Wien, 2014, T. Öhlinger, K. Poier (eds.), *Direkte Demokratie und Parlamentarismus*, Wien, Köln, Graz, 2015, A. Balthasar, P. Bußjäger, K. Poier (eds.), *Heraus-*

ranged from radical shifts introducing “popular legislation” – which would enable the *demos* to vote on a citizens’ initiative with binding force – to more moderate reform options which would still give preference to representative democracy while allowing for some new plebiscitary ingredients. The governing parties seemed to be more comfortable with the latter model as it also avoided the question of a “total revision” of the Austrian Federal Constitution that would have arisen in case of a more serious change towards direct democracy⁴⁰. In accordance with these views, a so-called “democracy reform package 2013” was ultimately introduced in the responsible parliamentary committee⁴¹. Despite support from the political majority, it was very critically assessed in the pre-legislative evaluation that followed, both for technical-legal and political-constitutional reasons⁴².

A core issue of this reform proposal was a combination of two plebiscites, namely a citizens’ initiative and a non-binding consultative referendum which would have followed automatically whenever the initiative would have been supported by at least 10 percent of Austrian voters (or 15 percent in case of envisaged constitutional amendments), unless the National Council (ie the Austrian Federal Parliament’s first chamber) would have passed a law that implemented the initiative (with only marginal differences). However, a number of exceptions would have been provided as well: If the initiative had obviously violated EU law, international obligations or constitutionally guaranteed rights, if it had implied a considerable financial burden on the federation without proposals on how to cope with it or if it had envisaged a constitutional amendment with-

forderung Demokratie, Wien, 2014, C. Konrath, *Das Recht geht vom Volk aus? - Anmerkungen zu Vorschlägen für Demokratiereformen in Österreich 2011-2013*, in T. Öhlinger, K. Poier (eds.), *Direkte Demokratie und Parlamentarismus*, Wien, Köln, Graz, 2015, 253 ff.

⁴⁰ A “total revision” under Art. 44 para. 3 of the Austrian Federal Constitutional Act will take place if one of the leading constitutional principles is seriously modified or abolished and requires a binding referendum.

⁴¹ See IA 2177/A XXIV. GP, *Beilage 1/3*, 28 June 2013 (amending *Antrag IA 2177/A BlgNR XXIV. GP*) and IA 2177/A XXIV. GP, *Beilage 1/4*, 28 June 2013. See, for an overview, C. Konrath, *Das Demokratiepaket 2013*, in G. Baumgartner (ed.), *Jahrbuch Öffentliches Recht*, Wien, Graz, 2014, 345 ff.

⁴² With more detail, Eberhard, *Parlamentarische Rechtsetzung und direkte Demokratie: Ausgestaltungsmöglichkeiten*, in G. Lienbacher, E. Pürgy (eds.), *Parlamentarische Rechtsetzung in der Krise*, Wien, 2014, 133 ff.

out express reference, the consultative referendum would have been inadmissible. This thematic list encountered much criticism, not only because of its selectivity, vague terminology or pseudo-obstacles, but also because the same prohibitions would not impede other plebiscites already provided by the Federal Constitution (in particular not the “normal” consultative referendum) or decisions in Parliament and because such obstacles were considered antidemocratic⁴³. This is a typical example of the aforementioned constitutional mistrust that seeks to thematically disarm plebiscites, while no such restrictions apply in other cases. Moreover, the non-binding consultation would have had no legal consequences, let alone binding effect. Although the mechanism at first glance appears similar to “popular legislation”, the decisive difference is that “popular legislation” would allow the *demos* to decide on an initiative in a binding referendum. Even though, in political terms, also a non-binding referendum might have some influence on politicians⁴⁴, the same could be said for a successful citizens’ initiative or any other kind of well-supported plebiscite.

The Austrian Constitutional Court would have entered the arena in two different ways: on the one hand, the inadmissibility of the consultative referendum would have had to be declared by an administrative ruling of the federal election agency, against which the representatives of the initiative could have lodged a complaint with the Constitutional Court claiming that the consultative referendum was not inadmissible. If the Constitutional Court had affirmed this claim, it would have repealed the ruling. On the other hand, the Constitutional Court could have been appealed by the representatives of the initiative in the case that the National Council had resolved on a bill that implemented the initiative with a (according to the National Council) marginal variation, through the variation was not considered marginal by the appellants. If the Constitutional Court had held that the National Council’s bill had

⁴³ See, e.g., T. Öhlinger, *Grenzen der direkten Demokratie aus österreichischer Sicht*, A. Balthasar, P. Bußjäger, K. Poier (eds.), *Herausforderung Demokratie*, Wien, 2014, 55 ff., Eberhard, *op. cit.*, 138 ff., Gamper, *Parlamentarische Rechtsetzung und direkte Demokratie: Verfassungsrechtliche Grenzen*, in G. Lienbacher, E. Pürgy (eds.), *Parlamentarische Rechtsetzung in der Krise*, Wien, 2014, 120 f.

⁴⁴ This is feared by C. Jabloner, *Schrankenloses Plebiszit?*, in T. Öhlinger, K. Poier (eds.), *Direkte Demokratie und Parlamentarismus*, Wien, Köln, Graz, 2015, 306 ff.

in truth largely deviated from the initiative, it would have repealed the National Council's decision – despite the unclear wording of the draft reform, not the decision on the bill (which would have still become law), but the National Council's decision that the bill only marginally deviated from the initiative.

These two new competences would have vested the Constitutional Court with the right to exercise *ex-ante* control in the particular context of the “combined plebiscite”. This is remarkable, since the Constitutional Court exercises only *ex-post* control with regard to the prevailing plebiscites. However, the new reviewing powers could have been supportive to direct democracy since the Constitutional Court would have granted legal protection in case that either the federal election agency or the National Council had unduly restricted the process. Despite the Constitutional Court's traditionally reluctant attitude towards direct democracy and even though the Constitutional Court might have upheld the respective contested decisions, judicialization in this sense would have had a protective rather than anti-plebiscitary character.

Due to its critical reception, however, the reform proposal was put off until a special parliamentary commission should have dealt with the issue. This commission was constituted at the end of 2014 and included not only representatives of the political parties, but also a number of experts and “ordinary” citizens who had been drawn by lot from more than 1,200 applicants, while other citizens were invited to give electronic input⁴⁵. The commission was expected to discuss the reform package and further options in 7 meetings. While the final report is scheduled for presentation in September 2015, the governing parties have already repudiated the reform package which was considered inadequate either for its evidently lightweight character or because it went too far according to others⁴⁶. “Neither fish nor fowl” would perhaps be the best description for this reform proposal.

The governing parties now envisage a constitutional reform that would allow the Austrian *Länder* and municipalities more power to decide on their respective models of democracy. While,

⁴⁵ See www.parlament.gv.at/PERK/NRBRBV/NR/PARLENQU/PEKDEMO/index.shtml.

⁴⁶ See Parlamentsdirektion, *Pressespiegel Enquete-Kommission Stärkung der Demokratie*, 7 July 2015.

according to the Austrian Constitutional Court's case law, a strict understanding of democratic homogeneity makes it necessary to follow the representative model also at regional and local level and to admit direct democracy only in marginal doses, an explicit authorization in the Federal Constitution could indeed enlarge their possibilities. Whether, however, this could be done without risking a "total revision" of the Federal Constitution – which, paradoxically, would require a compulsory referendum – depends on the limits of these new powers. In the absence of any concrete reform bill there is, as yet, little to say on this matter or on the question whether the Constitutional Court will gain any new powers in this context. Other intended reforms, though of minor constitutional interest, concern speaking rights of petitioners of citizens' initiatives as well as legislative crowdsourcing that allows citizens to state their opinions on draft legislation by the use of social media. Although this model is already practiced elsewhere, especially in Scandinavian countries, it neither requests that citizens are able to deal with complex legislative issues in a competent way, nor, however, would their input be binding on the representatives in parliament. On the whole, therefore, the governing parties are unwilling to tackle a more serious reform towards direct democracy. Citizens, however, should be aware that open government tools, as long as they only facilitate access to information or allow for electronic statements via crowdsourcing, cannot substitute the force of a binding or even non-binding referendum. Neither can citizens' panels at local level, useful though they may be, be equated with a referendum. While these instruments are surely useful to assist plebiscitary purposes, hard-core direct democracy relies on binding legal effect, and it is important that citizens know this⁴⁷.

IV. *Conclusions*

"Judicialization" of direct democracy means much more than just "juridicization"⁴⁸: it does not simply imply that direct democ-

⁴⁷ The much acclaimed project of a reform of the Icelandic Constitution seems to be a paradigmatic example: While, on the one hand, citizens participated in sundry ways in the design of that reform, its implementation still remained with the elected representatives and failed after the parliamentary elections of 2013.

⁴⁸ L. Morel, *op. cit.*, 514 ff.

racy is largely put into a legal format, as far as it relates to plebiscites or other tools that are not entirely informal. Even though this is a necessary precondition for “judicialization”, judicial review is the essential ingredient for the latter.

As comparison shows, “*ni la force, ni la rigueur*” is neither applicable to today’s (constitutional) courts in general nor to their powers regarding plebiscites in particular. Rather, it seems that constitutions refrain from giving direct force and will to the *demos*. With the exception of Switzerland and Liechtenstein, no European constitution has been extravagant in granting strong direct powers to its citizens, at least none that would be at equal level with those of the representatives. Numerous constitutions, though they entrench plebiscites (and, among them, even the binding referendum), put them under restrictions that do not equally apply to representative democracy. Accordingly, where constitutional courts handle issues relating to direct democracy with deference to the representative model this is primarily due to the special caution expressed in many constitutional provisions on direct democracy. Plebiscites are frequently used to convey strong political messages in the context of constitutionally sensitive issues such as secession, minority or human rights – messages to which constitutions are often hostile. Moreover, the appointment of constitutional judges relies normally on decisions by representative bodies, and not directly those of the *demos*: the judges’ independence and usually long term of office do not increase the need for a plebiscite-friendly attitude. Still, and rightly so, the Venice Commission requests an independent arbiter to deal with litigation arising from plebiscites, which would allow constitutional courts to assume diverse roles vis-à-vis direct democracy, including that of protector or guardian of the *demos*’ direct rights. Not only in the view of those regarding direct democracy as the better or more genuine form of democracy, this is surely not the least among the “ancillary” powers of constitutional courts, but a primary responsibility.

Abstract

Il presente articolo esamina il rapporto tra giudici e democrazia diretta, analizzando in particolare l’aspetto della “giurisdizionalizzazione” degli strumenti di democrazia diretta, che consiste non solo nella verifica dei requisiti formali previsti dalla legge ma anche di un controllo giurisdic-

zionale sostanziale. Molte Costituzioni, pur valorizzando gli strumenti di democrazia diretta, prevedono allo stesso tempo una serie di restrizioni per il loro esercizio in contrasto con il principio di democrazia diretta stesso. Ciò nonostante le Corti costituzionali potrebbero assumere ruoli diversi nei confronti della democrazia diretta, incluso quello di proteggere i diritti del *demos*.

This paper examines the relationship between courts and direct democracy with a particular view to assessing the degree of “judicialization” of plebiscites. “Judicialization” does not only request a legal format, but also, and essentially so, judicial review. Although numerous constitutions entrench plebiscites, they usually put them under restrictions that do not equally apply to representative democracy. Constitutional courts might nevertheless assume diverse roles vis-à-vis direct democracy, including that of protecting the *demos*’ direct rights.

FERNANDO REVIRIEGO PICÓN

ISTITUTI PENITENZIARI E DIRITTI FONDAMENTALI¹

SOMMARIO: 1. Diritto alla vita e all'integrità fisica e morale. – 2. Diritto all'intimità. – 3. Diritto al segreto delle comunicazioni. – 4. Diritto all'informazione. – 5. Diritto alla tutela giudiziaria effettiva. – 6. Diritto all'educazione. – 7. Diritto al lavoro.

La Costituzione spagnola contiene nel secondo paragrafo dell'art. 25 un precetto singolare, innovativo e quasi senza paragoni nell'ambito comparato. Stabilisce che le pene detentive e le misure di sicurezza saranno orientate alla riabilitazione e al reinserimento sociale e che non possono consistere in lavori forzati. Prevede, inoltre, che la persona condannata alla pena del carcere gode dei diritti fondamentali sanciti nel Capitolo II del Titolo I di questo *corpus* normativo, sebbene con tre eccezioni: i limiti derivanti dal contenuto della sentenza di condanna, il senso della pena e la legge penitenziaria. E aggiunge, infine, che il detenuto, «in ogni caso», avrà diritto a un lavoro retribuito e alle corrispondenti prestazioni previdenziali, così come all'accesso alla cultura e allo sviluppo integrale della sua personalità.

Dopo più di tre decenni dall'adozione della Costituzione sono state molte le decisioni del *Tribunal constitucional* spagnolo (*infra* TC) in materia penitenziaria, più di un centinaio.

In questo contributo, si cercherà di offrire una sintesi di queste decisioni al fine di comprendere gli effetti del carattere singolare della relazione tra la persona detenuta in un istituto penitenziario e l'amministrazione, definita dal TC come un rapporto di soggezione speciale, sul godimento dei suoi diritti fondamentali. Una relazione che, dovendo sempre essere intesa «in senso restrittivo per il valore preferenziale attribuito ai diritti fondamentali, crea una rete di di-

¹ Traduzione dallo spagnolo a cura di Valentina Faggiani.

ritti e doveri reciproci tra l'amministrazione e il detenuto» (STC 120/1990).

Dalla sentenza del TC 29/1981 ad oggi, i detenuti hanno rivendicato nei loro ricorsi un numero rilevante di diritti: dalla tutela giudiziaria effettiva, che costituisce il caso più frequente, al diritto all'intimità, al diritto alla vita e all'integrità fisica, al segreto delle comunicazioni, alla libertà ideologica ... e anche al diritto alla libertà personale. In questa sede si analizzeranno quei diritti che dovrebbero dare la chiave per individuare i diritti fondamentali in questo ambito.

1. *Diritto alla vita e all'integrità fisica e morale*

Le sentenze in materia penitenziaria oggetto di maggior polemica sono state, senza dubbio, le note pronunce sull'alimentazione forzata dei GRAPO su cui è stato scritto molto.

Si ricordi che è stato alla fine degli anni ottanta, quando un folto gruppo di detenuti appartenenti a questo gruppo terroristico ha iniziato uno sciopero della fame per ottenere determinate rivendicazioni, tra cui il raggruppamento dei reclusi della banda in uno stesso istituto penitenziario.

Il problema che si presentava, a causa del mantenimento prolungato dello sciopero, riguardava la possibilità per l'amministrazione penitenziaria di alimentare in modo forzato i reclusi considerati in pericolo di vita, in virtù del suo dovere di proteggere la vita, l'integrità e la salute dei detenuti.

Sarebbe possibile conciliare questo comportamento con le disposizioni dell'art. 15 Cost. (tutti hanno il diritto alla vita e all'integrità fisica e morale)?

Il TC nella sentenza 120/1990 sottolinea che la Costituzione non garantisce «il diritto alla propria morte», essendo, pertanto, priva di copertura costituzionale la pretesa che l'assistenza medica forzata nei casi analizzati di sciopero della fame violasse questo diritto costituzionale inesistente. In questo senso, il diritto alla vita avrebbe «un contenuto di protezione positiva che impedisce di configurarlo come un diritto di libertà, il quale ricomprende il diritto alla propria morte».

Dal punto di vista del diritto alla vita, quindi, l'assistenza medica obbligatoria, autorizzata dalla decisione giudiziaria ricorsa in

amparo, non viola, secondo il TC, questo diritto, «dal momento che non vi si considera incluso il diritto a porre fine alla propria vita, né si può costituzionalmente esigere all'amministrazione penitenziaria di astenersi dal fornire assistenza medica, in quanto diretta proprio a salvaguardare il bene della vita, che è protetto dall'art. 15 della Costituzione». Essendo la vita un bene che fa parte della libertà, il fatto che la persona possa disporre intenzionalmente della propria morte non è che una «manifestazione dell'*agere licere*, poiché la privazione della vita o l'accettazione della propria morte è un atto che la legge non vieta» e in nessun caso costituisce «un diritto soggettivo che comporti la possibilità di attivare il potere pubblico per vincere la resistenza che si opponga alla volontà di morire, né, tanto meno, un diritto soggettivo di carattere fondamentale capace di estendere questa possibilità anche al legislatore, che non può ridurre il suo contenuto essenziale».

Inoltre, il TC si sofferma sullo scopo dello sciopero della fame per cercare di sostenere la sua tesi; così si sottolinea che «una volta stabilito che la decisione di affrontare la morte in sé non è un diritto, ma semplicemente la manifestazione di una libertà generica, è opportuno osservare la rilevanza giuridica della finalità perseguita dall'atto di libertà mediante il quale ci si oppone all'assistenza sanitaria, dal momento che non è lo stesso fare uso della libertà per raggiungere scopi leciti che farlo con obiettivi non protetti dalla legge. In questo senso, una cosa è la decisione di chi assume il rischio di morire in un atto di volontà che riguarda solo se stesso, nel qual caso si potrebbe sostenere l'illiceità dell'assistenza medica obbligatoria o di qualsiasi altro impedimento alla realizzazione di tale volontà, e una cosa ben diversa è la decisione di coloro che, trovandosi nell'ambito di un rapporto penitenziario speciale, rischiano la loro vita, affinché l'amministrazione smetta di esercitare o eserciti in modo diverso i poteri che le conferisce l'ordinamento giuridico; in questo caso, quindi, il rifiuto di ricevere assistenza medica mette lo Stato, arbitrariamente, dinanzi all'ingiustizia di modificare una decisione, che è legittima fintantoché non sia annullata in sede giurisdizionale, o di contemplare passivamente la morte di persone che sono sotto la loro custodia e la cui vita è legalmente obbligata a conservare e proteggere». Il quadro dei diritti e dei doveri tra l'amministrazione e il detenuto, che deriva da questo rapporto di soggezione speciale, in cui si troverebbe immerso, permette, secondo il

TC, «di imporre delle limitazioni ai diritti fondamentali dei detenuti», che potrebbero essere in contrasto «con tali diritti se si trattasse di cittadini liberi o incluso di nazionali che si trovino in situazioni diverse».

Al riguardo, si osserva che l'integrità fisica e morale, adempiendo a questo dovere dello Stato, non è violata nel caso in cui «la restrizione che comporta l'assistenza medica obbligatoria sia dovuta alla necessità di preservare beni tutelati dalla Costituzione e, tra questi, il diritto alla vita, che, nella sua dimensione oggettiva», è «un valore superiore dell'ordinamento giuridico costituzionale» e «una fattispecie ontologica, senza la quale gli altri diritti non potrebbero esistere».

Così, «la necessità di conciliare il diritto all'integrità fisica e morale dei detenuti in un istituto penitenziario e l'obbligo per l'amministrazione di difendere la loro vita e la salute, come beni costituzionalmente protetti, trova nella decisione giudiziaria impugnata una realizzazione equilibrata e proporzionata che non merita il minimo rimprovero, poiché si limita ad autorizzare l'intervento medico minimo indispensabile per ottenere il fine costituzionale che la giustifica, permettendolo solo nel momento in cui, secondo la scienza medica, la vita del detenuto corra un "rischio serio" e nella forma in cui lo stabilisca il giudice di sorveglianza penitenziaria, vietando che si somministri alimentazione orale contro la volontà consapevole del detenuto».

Neppure in questo caso il TC lo considera un trattamento inumano o degradante, né ritiene che si potrebbe qualificare come tale un trattamento a meno che l'autorizzazione medica non sia diretta ad «infliggere sofferenze fisiche o mentali o a danneggiare l'integrità di chi sia sottoposto a tali trattamenti, ma ad evitare, fintantoché il medicamento sia possibile, gli effetti irreversibili dell'inanizione volontaria, servendo, se necessario, da palliativo o lenitivo della sua nocività per il suo organismo». Non sarebbe determinante l'uso di misure coercitive, ma l'eventuale «indebita gravità, il suo rigore inutile e il suo carattere vessatorio che agli effetti del divieto costituzionale è rilevante», circostanza che, a suo parere, non si è verificata in questo caso.

Dinanzi a questa sentenza si presentarono due interessanti opinioni dissenzienti (*votos particulares*), con cui concordiamo in larga misura, dei magistrati Rodríguez-Piñero e Leguina Villa, nelle quali,

senza smettere di fare riferimento alla «situazione limite» affrontata nella sentenza, si sottolinea lo stesso livello di volontarietà nel ricevere cure mediche e sanitarie da parte del recluso di una persona non privata della libertà.

Secondo il primo dei magistrati citati, il quale ricorda la polemica sentenza del TC 53/1985, la fattispecie in questione è un «caso limite, dal momento che si tratta di un tema su cui incidono più in profondità che in nessun altro caso idee, credenze e convinzioni morali, culturali e sociali, e in cui la diversità e la contrapposizione di posizioni nella dottrina sono dovute all'evoluzione esitante e accelerata della deontologia medica in relazione al carattere volontario dei trattamenti terapeutici e dei diritti fondamentali del malato». Il dovere dell'amministrazione penitenziaria «di proteggere la vita e la salute dei detenuti non può giustificare l'imposizione di un limite addizionale ai diritti fondamentali del detenuto, che, per quanto concerne la sua vita e la salute e come malato, gode degli stessi diritti e delle libertà di tutti gli altri cittadini, e per questo gli si deve riconoscere lo stesso livello di volontarietà a ricevere l'assistenza medica e sanitaria», aggiungendo che «il silenzio della legge (lo compara ad altri ordinamenti in cui è presente tale normativa) può essere interpretato anche alla luce dell'articolo 25.2 della Costituzione, come il riconoscimento che in questa materia la situazione del detenuto non può provocare una restrizione dei suoi diritti diversa da quella di qualsiasi altro cittadino in libertà».

Il secondo, invece, afferma che «non essendo in gioco i diritti fondamentali di terzi, né beni o valori costituzionali che sia necessario preservare a tutti i costi, nessun rapporto di speciale supremazia – neppure quella penitenziaria – può giustificare una coercizione come quella che ora si denuncia, la quale anche quando sia diretta all'assistenza sanitaria o a salvare la vita di coloro che la sopportano, colpisce il cuore della libertà personale e dell'autonomia della volontà dell'individuo, in virtù della quale può adottare le decisioni che gli convengano, senza danno o pregiudizio per gli altri».

In base a questa sentenza, la massima «*hard cases make bad law*» sembra perfettamente applicabile al caso di specie.

La stessa dottrina è stata ribadita nella sentenza del TC 137/1990, pronunciata nello stesso periodo, in occasione del ricorso di *amparo* presentato da altri detenuti, membri di quel gruppo. Al riguardo, è anche opportuno fare riferimento alle sentenze del TC

n. 11/1991 e n. 67/1991, che hanno origine – sebbene con un risultato differente – da due ricorsi di *amparo* promossi dal Pubblico Ministero (*Ministerio Fiscal*).

Insieme a questa problematica, il TC ha dovuto affrontare in diverse occasioni anche questioni relative alla progressione nel grado, alla concessione di libertà condizionale ... in casi in cui il detenuto soffre di una malattia incurabile, in relazione agli effetti dei mezzi di sicurezza e di controllo (raggi X o qualunque perquisizione, per esempio) sulla sua integrità fisica e morale. Allo stesso modo, si è occupato degli effetti su questo diritto della negazione di comunicazioni intime al detenuto, di alcuni trattamenti e della stessa sanzione dell'isolamento in cella e, anche se va al di là dello stretto oggetto di queste note, della concessione dell'extradizione a determinati Paesi.

Si possono poi considerare le sentenze del TC 25/2000 e 5/2002 e, in particolare, la sentenza del TC 48/1996, l'unica in cui si è accolto il ricorso di *amparo* presentato da un detenuto in un istituto penitenziario sulla base del diritto del ricorrente alla vita e all'integrità fisica.

Cominciando dalla seconda delle sentenze a cui si è fatto riferimento (STC 5/2002) è opportuno osservare che la questione di fondo è stata il rifiuto della sospensione della condanna a un recluso che sosteneva di soffrire di una malattia molto grave che gli ha cagionato delle sofferenze incurabili. Il TC ha ritenuto che non esistesse alcuna lesione, dal momento che le decisioni impugnate usarono, a suo giudizio, una motivazione concreta, «perfettamente ragionevole, sull'esistenza di un rischio grave certo per la vita e l'integrità, sia fisica che morale, del ricorrente, individuando in modo adeguato il contenuto dei corrispondenti diritti fondamentali».

La sentenza del TC 25/2000, invece, accoglie l'*amparo* presentato per violazione della tutela giudiziaria effettiva, poiché non si sono espresse le ragioni per cui si ritenesse o meno l'esistenza del presupposto per la sospensione, né quelle che potessero ponderare o giustificare l'inammissibilità della sospensione nel caso di specie, dimostrando che era necessario far prevalere il valore della sicurezza collettiva su quello dell'integrità fisica.

Allo stesso modo, la sentenza del TC 48/1996 ha accolto positivamente il ricorso presentato, riconoscendo anche qui la violazione del diritto alla vita e all'integrità fisica del ricorrente. In que-

sta pronuncia, si sono affrontati gli effetti della reclusione sulla salute del detenuto, in particolare, in relazione all'evoluzione di una malattia grave e incurabile, che nel caso di specie incideva in modo sfavorevole sulla stessa. Il TC segnalerà nella sua motivazione che il diritto all'integrità fisica e morale non consente l'imposizione di assistenza medica contro la volontà del detenuto che, «d'altra parte è ragionevole in questo caso, se si prendono in considerazione le differenze tra gli specialisti sulla convenienza dell'operazione», «la cui efficacia alcuni di loro mettevano in discussione». Questa decisione, quindi, che permette «un'aggressione di questa portata, sebbene con una finalità curativa, è personalissima e liberissima, formando parte inscindibile della protezione della salute come espressione del diritto alla vita».

Per quanto riguarda l'uso di determinati strumenti o mezzi di sicurezza e le conseguenze sulla salute di un detenuto, si può considerare quanto affermato nella sentenza del TC 35/1996, in cui il ricorrente in *amparo* lamentava i pericoli per la sua integrità fisica dell'alto numero di placche a cui era soggetto. Diritto all'integrità fisica, che, a parere del TC, potrebbe essere influenzato dall'applicazione di alcuni strumenti che, in base alle norme in materia di sicurezza penitenziaria, possono provocare un rischio per la salute del detenuto, nell'immediato o in futuro, essendo anche il diritto alla salute (per evitare danni o mettere in pericolo la salute, chiarisce il Tribunale) incluso nel diritto all'integrità personale.

Il TC respingerà il ricorso di *amparo* in questo caso particolare, dal momento che tali pratiche sono state realizzate, nelle diverse occasioni in cui si utilizzarono i dispositivi a cui si è fatto riferimento, con le precauzioni necessarie, e la loro applicazione è «necessaria e adeguata ai fini della pretesa sicurezza e previene ragionevolmente l'eliminazione del rischio».

L'applicazione di determinate forme o misure, non solo degli strumenti specifici per ottenere questa sicurezza, si trova anche nel caso di altre fattispecie considerate dal TC, come nella sentenza del TC 57/1994, in cui il detenuto ricorrente era stato sanzionato con l'isolamento in cella per essersi rifiutato di obbedire, a seguito di una comunicazione intima, agli ordini di un funzionario di spogliarsi completamente e di eseguire flessioni dinanzi a lui per una perquisizione. Nel ricorso presentato, oltre ad invocare altri diritti, il ricorrente detenuto asserisce che tale comportamento deve essere

inteso come un trattamento «disumano e degradante». Il TC non considererà l'esistenza di una simile violazione «né in relazione al suo contenuto» (ordini impartiti), «né ai mezzi utilizzati», tenendo in conto che non cagionarono sofferenze «di particolare intensità né provocarono umiliazioni o invecchiamento del soggetto passivo». Questa questione non ha impedito, tuttavia, l'accoglimento dell'*amparo* per violazione del diritto all'intimità personale del detenuto, come vedremo nel prosieguo in dettaglio. Nello stesso senso, è opportuno citare la STC 204/2000, che considera tale diritto violato.

Con qualche variazione, si può citare la sentenza del TC 196/2006, in cui ci troviamo dinanzi al ricorso di un detenuto sanzionato per essersi rifiutato di fornire un campione di urina dopo una perquisizione con nudità integrale; in questo caso il campione aveva origine dalla richiesta della prova del detenuto nel corso del procedimento giudiziario per dimostrare che aveva superato il suo consumo di sostanze tossiche.

Si è anche discusso se l'impossibilità di avere rapporti sessuali mediante comunicazioni intime implicasse la sottomissione a trattamenti inumani e degradanti (STC 89/1987), per il rifiuto sistematico da parte della Direzione di un istituto penitenziario di far godere di comunicazioni speciali i condannati al primo grado di trattamento e i detenuti sottoposti a regime speciale. Neppure in questo caso il TC apprezzerà l'esistenza di questo tipo di trattamenti per le stesse ragioni addotte nel caso precedente. A tutto ciò si aggiungerà che la privazione della libertà è senza dubbio un male di cui forma parte, «senza aggravarlo, in modo speciale, la privazione sessuale».

Per quanto riguarda l'applicazione di trattamenti medici alternativi nelle carceri, si può fare riferimento al caso oggetto della sentenza del TC 159/1998, in cui il ricorso di *amparo* ebbe origine dalla proibizione dell'entrata nel carcere di alcuni fanghi terapeutici per la cura di una malattia reumatica di cui soffriva il detenuto.

È opportuno fare riferimento, infine, per quanto riguarda questo diritto, alle riflessioni in merito all'isolamento in cella che, si ricordi, è una sanzione applicabile nei casi in cui si manifestino nel detenuto un'«evidente aggressività o violenza» e quando ripetutamente disturbi in modo serio la normale convivenza nell'istituto. Ci troviamo dinanzi a una sanzione da utilizzare solo in casi estremi e

che determina un semplice «confinamento, limitando l'interazione sociale con gli altri detenuti», ma che si realizza in celle con dimensioni e in condizioni accettabili che gli permettono di vivere una vita normale oltre a fare uso del resto dei benefici di cui godranno gli altri detenuti.

Il TC non considererà in nessun caso che la sua imposizione, conformemente alle strette garanzie previste nella legge penitenziaria, implichi una pena o un trattamento inumano o degradante; cosa diversa, come ha ricordato nella sua argomentazione, sarebbe l'eventuale isolamento nelle c.d. «celle nere», un confinamento in isolamento o in un luogo chiuso, che comporterebbe condizioni manifestamente disumane, atroci e degradanti.

Il TC ricorrerà in questo caso alla dottrina della Commissione di Strasburgo, che in molte occasioni ha avuto modo di esaminare reclami su questa questione per la possibile collisione con l'art. 3 della Convenzione di Roma. L'isolamento «per motivi ragionevoli», secondo la Commissione, non costituirebbe di per sé un trattamento inumano o degradante e lo sarebbe solo «quando per le condizioni, le circostanze o la durata si arrivi a un livello di severità inaccettabile».

Questa problematica è stata analizzata anche in altre sentenze successive con la stessa valutazione.

Inoltre, vale la pena indicare altri casi risolti dal TC in cui si discute il regime particolare dei detenuti che si trovano nel primo livello di trattamento o a cui è applicato l'art. 10 della *Ley Orgánica General Penitenciaria* (legge organica generale penitenziaria, LOGP), analizzato nella sentenza del TC 119/1996.

Questo regime («Norme comuni per i detenuti classificati nel primo livello di trattamento o a cui è applicato l'art. 10 della LOGP - preventivi) sostanzialmente comporta l'isolamento in cella per ventidue ore al giorno, con due ore in cortile da solo, la privazione di tutte le attività comuni, comunicazioni orali e scritte, ecc...

Al riguardo, è di grande interesse la lettura dell'opinione dissenziente formulata a questa sentenza dal magistrato Viver Pi-Sunyer, in cui si sostiene che si sarebbe dovuto accogliere l'*amparo* per violazione del principio di legalità *ex art. 25.2 Cost.*, dal momento che, sebbene non si possa affermare che l'isolamento sia una misura privativa della libertà, poiché «tale qualificazione si riserva tecnicamente alla privazione della manifestazione essenziale della li-

bertà di circolazione e la misura analizzata ha come soggetto passivo colui che ne è privato in questo senso»; si constata, tuttavia, che nell'isolamento prolungato si sopprimono in modo evidente le rimanenti manifestazioni della citata libertà e che una misura di isolamento come quella qui considerata risulterà ammissibile solo se coperta dalla legge. Ritiene, inoltre, che ciò non si verifica fintantoché la *LOGP* si limiti a destinare questi detenuti in stabilimenti in regime chiuso, quando invece la concreta disciplina stabilisce che «il regime di questi istituti sarà caratterizzato da una limitazione delle attività in comune dei detenuti e da un maggior controllo e sorveglianza sugli stessi nella forma che in via regolamentare si determini».

Detto questo, e supponendo che, come ha più volte sottolineato il TC, «l'amministrazione penitenziaria non deve solo adempiere al mandato costituzionale dell'articolo 15 con una mera inibizione rispettosa, negativa, ma le si può esigere una funzione attiva, affinché si prenda cura della vita, dell'integrità fisica e, in sintesi, della salute degli uomini e delle donne esclusi dalla società a causa della privazione della libertà», è importante mettere in rilievo l'importanza dell'istituzione del *Defensor del Pueblo* (Difensore civico) in questo ambito, il quale promuove indagini *ex officio* in quei casi in cui viene a conoscenza di decessi avvenuti in carcere, considerando come importante fattore scatenante in alcuni casi la «progressiva saturazione delle infrastrutture».

2. *Diritto all'intimità*

L'umanizzazione delle pene ci pone dinnanzi ad una complessa dissociazione tra il sistema penitenziario moderno e il necessario rispetto di un diritto che, come l'intimità, è vincolato in modo diretto alla dignità della persona, che non si dimentichi, è nell'ordinamento spagnolo fondamento dell'ordine politico e della pace sociale.

Come affermò correttamente il TC nella sentenza n. 89/1987, l'effetto della reclusione sull'intimità, ridotta quasi all'ambito della vita interna, è senza dubbio una delle conseguenze più dolorose della privazione a cui si è accennato; tanto che molti dei comportamenti che normalmente si considerano privati ed intimi, si trovano non solo esposti al pubblico, ma incluso richiedono un'autorizzazione. Questa idea è ribadita in molte sentenze successive adottate

in occasione di diverse situazioni che potrebbero ledere questo diritto.

Il diritto penitenziario, inteso come quell'insieme di norme giuridiche che regolano l'esecuzione delle pene privative della libertà, non è logicamente estraneo alle conseguenze che la perdita di libertà comporta in modo immediato sul diritto all'intimità del recluso.

Questo diritto si contempla innanzitutto, in modo generico, segnalando che i detenuti hanno diritto di preservarlo. Si riconosce anche in relazione a questioni puntuali nello sviluppo della relazione giuridico-penitenziaria su cui c'è una certa prevenzione; in relazione all'alloggio in celle individuali, alle comunicazioni ordinarie e speciali, alla protezione dei dati personali o allo stesso procedimento di ingresso per citare solo alcuni esempi.

Sia in queste specifiche situazioni sia in altre diverse, è evidente che, come già si è osservato, ci troviamo dinanzi a uno dei diritti, che si vedrà maggiormente pregiudicato da questa privazione della libertà.

Sono varie le dimensioni di questo diritto e così lo ha descritto il TC nella sua ampia giurisprudenza, un diritto, quello all'intimità, di difficile definizione, dinamico e di delimitazione casistica.

Garantire all'individuo uno spazio riservato della sua vita dall'azione e dalla conoscenza degli altri è l'oggetto di questo diritto, di cui ci stiamo occupando.

Questo ambito è protetto sia nei confronti dei poteri pubblici che dell'individuo e si trova vincolato in modo immediato e diretto al rispetto della sua dignità come persona, alla sua personalità, essendo necessario per mantenere una qualità minima della vita umana.

Come ha segnalato il TC nella sua sentenza 20/1992, senza questo diritto non si può realizzare, né è concepibile un'esistenza degna, che la Costituzione intende assicurare a tutte le persone. Quindi, considerando il suo carattere personalissimo e il legame con l'esistenza dell'individuo, è ovvio che non si tratta di un diritto assoluto. L'eventuale limitazione, nonostante, dovrà, logicamente, essere giustificata e si dovrà realizzare in circostanze adeguate e proporzionate alla sua finalità. A questo proposito, è indispensabile sottolineare il carattere cangiante ed evolutivo di questo concetto e la sua logica interazione con altri diritti.

Detto questo, tra i molteplici casi che si potrebbero studiare, si affronteranno solamente quelli in cui il TC ha dovuto valutare gli effetti che, sul diritto all'intimità, determina l'esistenza della relazione giuridico-penitenziaria. Lo faremo, seguendo un ordine logico, cominciando da quella roccaforte fisica in cui il detenuto dovrà trascorrere la maggior parte del tempo, la cella. Successivamente, andando per gradi, si analizzeranno altre questioni in cui quel diritto può essere leso con una maggiore intensità, mediante l'applicazione di misure di sicurezza interna, durante le comunicazioni del detenuto, o nel caso dell'assistenza obbligatoria.

Per quanto riguarda il principio cellulare, è opportuno osservare che, malgrado la sensibilità mostrata dalle previsioni della normativa penitenziaria concernenti l'intimità del recluso (si è visto in precedenza come si stabilisce con carattere generale che ogni detenuto debba occupare una singola cella), ciò non impedisce che, in certe occasioni (cioè teoricamente), sia per le specifiche dimensioni della cella in questione, sia per un aumento temporaneo della popolazione carceraria, possa alloggiare più di un detenuto per cella. Questo per non parlare di quanto previsto per gli stabilimenti speciali o in regime aperto, o per un'eventuale richiesta del detenuto in questo senso.

Senza considerare il fatto che, in pratica, ciò che si configura come una possibile limitazione anche solo temporanea, ha acquisito un carattere quasi permanente a causa del sovraffollamento delle carceri. L'unica certezza è che questa condizione da sola, a giudizio del TC, non determina la violazione dell'intimità del recluso. Non si può parlare, quindi, sulla base delle previsioni della *Ley General Penitenciaria*, di un diritto soggettivo del detenuto ad una singola cella, idea che è stata segnalata in modo chiaro quando il TC si pronunciò al riguardo nella sentenza 195/1995.

A nostro avviso è un po' scarna la motivazione del TC quando afferma che non si può considerare una violazione dell'intimità del detenuto, dal momento che la reclusione in sé colpisce senza ombra di dubbio l'intimità, e che la legge penitenziaria stabilisce eccezioni al principio cellulare. Di sicuro, questo permette che si possa negare l'esistenza di un diritto soggettivo ad un alloggio in una singola cella, ma non sembra che si possa negare con così tanta facilità l'importante incidenza sull'intimità del detenuto che ciò comporta e che non ci sembra essere un'inevitabile conseguenza della reclu-

sione. Il TC non si dimostra disponibile qui, come in altri casi al di fuori dell'ambito penitenziario, a sviluppare nessuno sforzo argomentativo su questo tema, e, come nel caso del diritto al lavoro (ricordiamo che la Costituzione afferma in modo chiaro che «in ogni caso avrà diritto al lavoro retribuito ...»), configurato come un diritto di progressiva attuazione, la sua soddisfazione sembra essere differita ad un futuro, anche se il dibattito sull'attività prestazionale dello Stato potrebbe essere sul tavolo.

Affrontando ora la questione delle perquisizioni in cella, è opportuno mettere in rilievo che, indipendentemente dall'ampiezza del concetto costituzionale di domicilio, non è possibile estendere l'ambito penitenziario alle esigenze delle perquisizioni domiciliari. Ad ogni modo, si considera opportuna la presenza del recluso durante tali perquisizioni, dal momento che violano il diritto all'intimità. Così, è stato sostenuto da tempo dal *Defensor del Pueblo*, sebbene le sue raccomandazioni in questa linea non sono state in pratica rispettate. Dalla Direzione generale delle istituzioni penitenziarie è stato precisato, a mo' di concessione, che «ove compatibile con la sicurezza e l'ordine del regime, sarà consentita la presenza del detenuto, ma non si concederà a questo criterio natura di norma scritta».

La STC 89/2006 ha sottolineato che colpisce l'intimità del detenuto «non solo la perquisizione della cella, ma anche la mancanza di informazioni sulla perquisizione, in modo tale che il suo titolare non sappia quali siano i limiti della sua capacità di amministrazione della conoscenza».

Al riguardo, considerando che l'intimità, tra gli altri aspetti, è una riserva di conoscenza dell'ambito personale, amministrato dal suo titolare, che si vede pregiudicato se ignora le sue dimensioni, quando non è a conoscenza dell'effettiva intromissione altrui, segnala il TC che «tale svalutazione è direttamente relazionata a quella della libertà, a quella della qualità minima della vita umana, che permette non solo l'ambito dell'intimità, ma una conoscenza approfondita di tale ambito».

Questa ulteriore limitazione «deve essere giustificata considerando anche gli obiettivi perseguiti dalla perquisizione o in relazione alla sua inevitabilità, per non incorrere in un eccesso nella restrizione, in principio giustificata, del diritto fondamentale».

Come si è affermato, nelle differenti decisioni dei Tribunali di sorveglianza penitenziaria, che si sono trovati a conoscere di casi di

questo tipo, la cella è stata considerata in modo abituale ciò che è più vicino ad uno spazio d'intimità all'interno della prigione.

Per quanto riguarda quanto affermato in precedenza, non è opportuno spiegare ora la necessità dell'esistenza di misure di sicurezza negli istituti penitenziari; è la logica conseguenza delle funzioni di tali istituzioni, vale a dire la conservazione e la custodia di detenuti e prigionieri condannati, a richiedere il mantenimento dell'ordine e della sicurezza nel carcere.

Non pochi di questi provvedimenti sono stati oggetto di interessanti pronunce del TC, la cui applicazione, in alcune occasioni, ha portato alla lesione dell'integrità fisica, come è accaduto, per esempio, nella sentenza n. 35/1996.

Hanno, invece, portato ad una violazione dell'intimità, le perquisizioni con nudo integrale, durante la celebrazione di comunicazioni speciali o dovute all'ingresso di un detenuto proveniente da un altro istituto penitenziario o alla pratica di determinate analisi a fini probatori.

Siamo di fronte ad un caso di intimità fisica (si veda la sentenza del TC 207/1996) che fa parte dell'intimità personale, dovendosi considerare che il suo ambito costituzionalmente protetto non è un'entità fisica ma culturale. Vi è, quindi, un'identità tra il campo dell'intimità fisica e la realtà fisica del corpo umano.

Come è noto, questo tipo di perquisizioni non sono state affrontate in modo specifico nella legge generale penitenziaria del '79, che appena faceva (e fa) una generica rassegna dell'esecuzione di eventuali perquisizioni sulla persona del detenuto in relazione al rispetto della dignità della persona. Si dovette attendere il regolamento del '96 per la previsione di questa fattispecie, in cui si concretizza normativamente la dottrina del TC contenuta in una sentenza pronunciata due anni prima (sentenza del TC 57/1994).

Fino ad allora, l'esistenza di questa generica regolazione aveva permesso all'amministrazione penitenziaria di giustificare l'evidente mancanza di un criterio univoco su queste pratiche nelle carceri, affermando che con le comunicazioni speciali (nel caso della perquisizione a causa dell'ingresso nell'istituto penitenziario la giustificazione sarebbe molto più chiara) ci si troverebbe dinanzi alla via ordinaria che consentirebbe l'introduzione nel centro sia di stupefacenti che di oggetti pericolosi, argomento che, anche se vero, deve

essere accompagnato dalla necessità concreta e individualizzata della misura.

Sono state varie le occasioni in cui il TC si è pronunciato sull'applicazione di queste misure, la prima nella sentenza n. 57/1994, la più recente, nella sentenza n. 218/2002 (per la sua specifica singolarità non ci si soffermerà in questa sede sulla sentenza del TC 196/2006). A tali sentenze si accennerà nel prosieguo in modo sintetico.

Il *leit motiv* della *ratio decidendi* di tutte queste sentenze è stato: «*Incluso nel caso di un rapporto di soggezione speciale (...) una persona, contro la sua volontà, non può essere obbligata ad esporre e mostrare il proprio corpo nudo davanti ad un'altra persona, in quanto ciò violerebbe la sua intimità fisica; si deve osservare anche che questo non è un diritto assoluto, ma può essere limitato, quando esista una necessaria giustificazione e questa limitazione si realizzi in circostanze appropriate e proporzionate al suo scopo*», aggiungendo, nei casi in cui, assieme alla nudità, si esigeva la pratica delle flessioni dinanzi a un funzionario che tale atto «*aumenta il pericolo per l'intimità fisica che la stessa situazione di nudità provoca, visualizzando o esponendo il corpo in movimento. E si deve osservare (...) che, per la posizione insolita e di inferiorità del corpo, rispetto a chi impartisce l'ordine, durante le flessioni, la persona a cui è imposto soffrirebbe una maggiore prostrazione o sofferenza mentale*».

È certo che la pratica ci mostra un'applicazione quasi sistematica di questa misura, al di là di quanto stabilito per esigenze di sicurezza o di ordine nell'istituto penitenziario. Molte carceri se ne servono, come panacea dei loro interventi e soprattutto di quello di cui ora ci si occupa di un mero appello alla protezione della sicurezza. Questo succede ancor di più, negli ultimi tempi, in cui il continuo aumento dei detenuti nelle carceri sta producendo una saturazione, aggravando chiaramente le carenze delle infrastrutture penitenziarie e accentuando i loro problemi di sicurezza. Il carattere eccezionale e sussidiario delle misure si trasformava grazie a questa debole invocazione delle ragioni di sicurezza a cui si è fatto riferimento in una misura quasi ordinaria.

Un riferimento singolare richiede il caso conosciuto nella sentenza del TC 196/2006, in cui si accoglie il ricorso di *amparo* di un detenuto sanzionato per aver rifiutato di praticare un test delle urine dopo una perquisizione con nudo integrale. La differenza con

i casi precedenti sta nel fatto che questa misura aveva ad origine un test richiesto proprio dal detenuto nell'ambito del giudizio. Il detenuto cercava di provare che aveva superato il consumo di sostanze tossiche e il Tribunale di sorveglianza aveva deciso che si praticassero a tali effetti diverse analisi che avrebbero dovuto eseguirsi senza previo avviso. La perquisizione con nudità si giustificava in questo caso nell'intento di evitare che si accedesse al controllo con un recipiente che potesse servire per manipolare l'esito del test. Il TC rileva che, essendo un «intervento corporale lieve», la sua realizzazione volontaria non comporta una violazione del diritto all'integrità fisica e del diritto all'intimità del corpo.

Senza abbandonare il concetto di intimità corporale, è necessario osservare anche gli effetti che sulla stessa può produrre l'assistenza medica obbligatoria. In questa sentenza, paradigmatica nella determinazione del rapporto di soggezione speciale nell'ambito penitenziario, il TC è stato moderato nelle sue riflessioni in relazione al diritto all'intimità. Ritenuta l'intimità corporale l'«immunità da qualsiasi indagine o perquisizione che si volesse imporre sul corpo contro la volontà della persona», non considerò che l'alimentazione forzata attentasse alla stessa. L'intimità personale non si vedrebbe così pregiudicata né dalle parti del corpo sulle quali si agisce, né dai mezzi da impiegare, né dalla finalità, estranea all'acquisto di qualsiasi conoscenza sul corpo, considerazione che, quanto meno, si potrebbe considerare discutibile, come così ha rilevato un settore della dottrina.

L'applicazione di determinate misure di sicurezza interna, con carattere previo o successivo alle comunicazioni speciali, non è stato l'unico caso che ha dovuto analizzare il TC in relazione al diritto all'intimità personale e familiare del detenuto rispetto a questo tipo di comunicazioni. Lo è stato anche la sua configurazione.

È ovvio fare riferimento all'importanza dei *vis a vis* o delle comunicazioni speciali del recluso e soprattutto a quelle di carattere intimo. Il principale problema che ha suscitato la loro previsione non è stato altro che il suo ambito soggettivo; ovvero, le persone che potrebbero parteciparvi nel rispetto dei «limiti di credibilità» del concetto di «intimo». Si ricordino, a mo' di esempio, i dibattiti moralisti – evidentemente superati – concernenti la sola ammissibilità della relazione eterosessuale o il caso di detenuti che si trovassero in stabilimenti penitenziari differenti o altri casi simili. Ad ogni

modo, al giorno d'oggi, si starà a quanto indicato dal detenuto, a condizione che il numero delle persone rientranti in questa categoria sia ragionevolmente ridotto e che il detenuto dia spiegazioni sull'origine di relazioni affidabili e suscettibili di un riscontro, essendo compatibili tali comunicazioni intime sia con le distinte opzioni sessuali dei detenuti, sia con il fatto che i due membri di una coppia si trovino in prigione.

Al di là di tutto ciò, partendo dal dato certo che la sessualità appartiene all'ambito dell'intimità, che cosa comportano queste comunicazioni? In che misura è opportuno considerarle un diritto?

La risposta del TC a queste questioni è stata chiara.

Nella sentenza del TC 89/1987, in cui si affronta la presunta violazione dei diritti all'integrità fisica e morale e all'intimità in relazione alla restrizione del diritto a utilizzare le comunicazioni speciali in determinati casi – detenuti classificati di primo grado e a cui si fosse applicato il regime speciale previsto nella legge penitenziaria-, il TC segnalò quanto segue: «ciò che il Diritto può proteggere e il nostro ordinamento, fortunatamente, protegge, è l'intimità, non le azioni private ed intime degli uomini. Senza dubbio, una delle conseguenze più dolorose della perdita della libertà è la riduzione dell'intimità quasi all'ambito della vita interna, restando, al contrario, esposti al pubblico e incluso bisognosi di autorizzazione molti dei comportamenti che normalmente si considerano privati e intimi». Subito dopo, il TC proseguì, sottolineando che «si possono, alcune volte, considerare illegittime, in quanto lesive dell'intimità e, per questo, anche degradanti, quelle misure che la riducano oltre la soglia richiesta dall'ordinata vita della prigione, ma questa condizione non si verifica nel caso della restrizione o della privazione temporale delle relazioni intime con persone in libertà, relazioni che, in conformità a quanto disposto nell'articolo 18.1 Cost., si devono sviluppare, quando non sono autorizzate, in condizioni che salvaguardino la dignità delle persone coinvolte (*con il maggior rispetto della dignità*)».

Mediante l'autorizzazione alle comunicazioni intime, si restaura in modo circostanziale per il recluso «un ambito provvisorio di intimità, qualunque sia il prezzo, sicuramente doloroso, di vedersi nella dura necessità di richiederla, ma questa restaurazione episodica è il risultato di una concessione del legislatore, non un imperativo derivato dal diritto fondamentale all'intimità».

E ancor di più, i diritti fondamentali garantiti dalla libertà «non hanno né possono avere come contenuto concreto ognuna di queste manifestazioni, per importanti che queste possano essere nella vita dell'individuo». In questo modo, il mantenimento di relazioni intime «non formerebbe parte del contenuto di nessun diritto fondamentale, per essere, precisamente, una manifestazione della libertà, nulla di più».

A conferma di tutto ciò, considerando che la privazione sessuale forma parte della privazione della libertà, senza aggravarla in modo speciale, anche nella sentenza si segnala, come si è già osservato, che non si potrebbe neppure parlare di un trattamento inumano o degradante, capace di provocare una sofferenza di speciale intensità o una sensazione di svilimento.

Oltre a questo caso, e spostandoci ora dal particolare al generale, è opportuno mettere in rilievo che la legge organica generale penitenziaria regola il regime delle comunicazioni dei detenuti negli istituti penitenziari in modo ampio. Ciò non sorprende, logicamente, data la trascendenza delle stesse in questo ambito, che implica che la loro eventuale restrizione sia circondata dalle massime garanzie.

Innanzitutto, si riferisce alla possibilità che i detenuti, in forma orale o scritta, possano comunicare in modo periodico con i loro familiari, amici e rappresentanti accreditati di organismi ed istituzioni di cooperazione penitenziaria, salvo il caso in cui si trovino in situazioni di isolamento giudiziario. La legge specifica che queste comunicazioni dovranno rispettare al massimo l'intimità, che non dovrà essere sottoposta a maggiori restrizioni di quelle derivanti dal buon ordine dello stabilimento, dall'interesse del trattamento o dall'esistenza di ragioni di sicurezza. In secondo luogo, quando si riferisce alle comunicazioni con avvocati o procuratori, mette in rilievo che (al di là delle esigenze di appropriati dipartimenti per la loro celebrazione) non si potranno sospendere o intercettare, eccetto per ordine dell'autorità giudiziaria e nei casi di terrorismo. Infine, permette di comunicare con professionisti accreditati, con gli assistenti sociali e con sacerdoti o ministri della loro religione, quando la loro presenza fosse stata previamente richiesta.

Dal punto di vista del segreto delle comunicazioni nell'ambito penitenziario esiste una giurisprudenza molto ampia del TC (è opportuno risaltare qui ad esempio le sentenze del TC 73/1983, 183/1994, 170/1996 ... o più recentemente la sentenza del TC

169/2003 che affrontò questa questione dalla prospettiva delle comunicazioni «tra» detenuti, questione appena analizzata fino a questo momento), e, con indipendenza dello stretto legame del diritto all'intimità con le eventuali restrizioni che si possano imporre, non si può perdere di vista il carattere formale del concetto di segreto *ex* art. 18.3 Cost. Solo in una sentenza, avente ad oggetto le comunicazioni del detenuto, si è affermata la violazione del diritto all'intimità familiare.

Questo caso è stato analizzato nella sentenza del TC 201/1997, che accolse l'*amparo* sollevato da un detenuto, a cui non si permise di utilizzare l'*euskera* nella comunicazione telefonica con i suoi familiari. Il TC segnala in questo caso che le limitazioni stabilite dalla legge penitenziaria, ovvero imposte per ragioni di sicurezza, di interesse di trattamento o del buon ordine di stabilimento «non sono applicabili alle comunicazioni telefoniche di un detenuto con la sua famiglia, nella propria lingua, nazionale o straniera, salvo che si ritenga, quando si concede l'autorizzazione condizionata, che l'uso di una lingua sconosciuta dai funzionari dello stabilimento possa attentare a qualche interesse costituzionalmente protetto».

3. *Diritto al segreto delle comunicazioni*

Resta da approfondire l'importanza delle comunicazioni in questo ambito, dal momento che è evidente la necessità per il detenuto di mantenere legami familiari con l'esterno, di amicizia..., in conformità alle finalità dell'art. 25 Cost., la rieducazione e il reinserimento sociale.

Il detenuto, in questo modo, come ha sottolineato più volte il TC, non si riduce al mondo carcerario, potendo avere relazioni con l'esterno e prepararsi ad una vita futura in società.

Come osservato, ad esempio, nella sentenza del TC 175/1997, questo diritto ha un «impatto fondamentale sullo sviluppo della personalità dei detenuti ed acquista, per questo, una grande importanza per il raggiungimento della finalità, anche se non esclusiva, del reinserimento sociale delle pene privative della libertà».

È ovvio sottolineare che la possibilità di limitare le comunicazioni (in termini generali) è una delle questioni, di cui più spesso si devono occupare i giudici di sorveglianza penitenziaria; insieme, naturalmente, alle sanzioni disciplinari, ai ricorsi di grado o alle libertà condizionali.

È stata anche oggetto di numerose sentenze da parte del TC, che hanno creato un importante corpo giurisprudenziale, considerandola sia in relazione alla segretezza delle comunicazioni del detenuto *stricto sensu* e del suo interlocutore, sia, come si è visto, alla presunta esistenza di un diritto a un tipo specifico di comunicazioni o agli effetti che la forma di realizzazione o di accesso di determinate comunicazioni (incluso orali) possa avere su altri diritti, tra cui l'intimità personale e familiare ecc.

In entrambi i casi il TC ha specificato con chiarezza la distinzione tra l'intercettazione delle comunicazioni in generale e quelle specifiche e l'incidenza delle previsioni dell'art. 25.2 Cost. sul diritto sancito nell'art. 18.3 Cost., che riconosce la garanzia del segreto delle comunicazioni e, in particolare, di quelle postali, telegrafiche e telefoniche, salvo decisione giudiziaria, a cui è vincolato in modo evidente il diritto all'intimità personale e familiare, riconosciuto nel primo comma dell'articolo 18 Cost., al di là del carattere formale del concetto di segreto.

Le comunicazioni del detenuto possono essere compromesse in tre modi: l'isolamento giudiziario (non è questa la sede per realizzare lo studio di questo argomento), la sospensione e l'intercettazione. Quest'ultima comporta il controllo delle comunicazioni, mediante l'ascolto ed eventuale registrazione o la loro apertura e lettura.

Tre sono anche le cause che possono portare a legittimare le attività poc'anzi indicate: motivi di sicurezza, l'interesse del trattamento e il buon ordine dello stabilimento.

La prima e l'ultima delle cause citate dovrebbero essere logicamente affrontate insieme. In termini astratti, non sembra che ci siano dubbi sul fatto che possano operare come limiti esterni al segreto delle comunicazioni del detenuto. Tuttavia, il trasferimento di questa riflessione alla pratica penitenziaria non deve consentire la conversione di questo presupposto in una sorta di strumento preventivo che permetta di intercettare le comunicazioni del detenuto al di là di criteri di necessità e di proporzionalità. Il secondo motivo indicato, l'interesse del trattamento riveste le proprie peculiarità, dal momento che sembra logico pensare che qui debba esistere un elemento volitivo del detenuto che abiliti tale restrizione.

Assieme all'esistenza delle cause, a cui si è fatto riferimento, deve esistere un accordo debitamente motivato, che sarà notificato all'autorità giudiziaria competente e messo a conoscenza del dete-

nuto. A ciò si deve aggiungere che la misura deve essere limitata nel tempo; ciò non le impedisce di essere vincolata, oltre i termini tassativi, all'esistenza o permanenza di determinate circostanze, che opereranno come un limite che si può concretizzare a posteriori.

Affermare in modo generico alcuni dei concetti giuridici indeterminati prima indicati ai fini dell'intercettazione non è un elemento sufficiente per procedere in questo senso. Si devono individuare le cause specifiche che diano loro un contenuto concreto. Se si agisse diversamente, come si è già osservato in ripetute occasioni, si rischierebbe di convertire tali formule in una specie di criteri elastici, che giustificerebbero qualsiasi arbitrarietà e che non si potrebbero confutare né impugnare se interpretati letteralmente.

Il TC ha ribadito l'importanza e la necessità della motivazione dell'intercettazione, poiché permette di accreditare le ragioni che giustificano le misure restrittive come l'unico mezzo, attraverso cui si può constatare che la «già limitata sfera giuridica del cittadino detenuto in un istituto penitenziario non si restringa o violi senza necessità ed in modo inadeguato o eccessivo»; in questo senso, si esprime la sentenza del TC 106/2001.

L'accordo di intercettazione deve essere notificato al Tribunale di sorveglianza penitenziaria. Sebbene non si sia prescritto nessun termine, deve essere realizzata in modo immediato. In caso contrario, il carattere garantista della notifica risulterebbe viziato. La limitazione temporale della misura di intercettazione adottata non è un requisito contemplato espressamente né nella legge né nel regolamento penitenziario. È stato proprio il TC che, con un parallelismo alle previsioni sulla prigionia provvisoria – sempre nel massimo legale che questa prescrive-, lo ha configurato come una previsione inescusabile e, quindi, non come un limite temporale specifico ed esatto, in cui si fissi il termine tassativo dell'intercettazione, ma contemplato attraverso il suo elemento definitorio. Non è possibile mantenere una misura di questo carattere, «oltre il tempo strettamente necessario per ottenere i fini che la giustificano» (si vedano in particolare le sentenze del TC 170/1996 e 128/1997). Una misura di intercettazione indeterminata temporalmente (nel senso espresso) sarà, di conseguenza, sproporzionata.

Per quanto riguarda la notifica al detenuto, è opportuno segnalare che è una logica conseguenza degli obiettivi dell'intercettazione, che non ha ad oggetto l'indagine della fattispecie di reato, ma ha una

finalità preventiva; così lo sottolinea il TC nella sua sentenza 200/1997, sottolineando che, di conseguenza, la notifica al detenuto non pregiudica la finalità perseguita, essendo piuttosto una garanzia.

Non sembra necessario soffermarsi ancora sul carattere singolare delle comunicazioni con avvocati o procuratori; non invano, assieme alla garanzia del loro segreto, si aggiunge inevitabilmente anche il diritto alla difesa e all'assistenza di un avvocato, che attribuiscono un *plus* di rigore all'eventuale intercettazione, sebbene logicamente resti soggetta ad una serie di condizioni al fine di verificare l'esistenza di questa relazione.

Come ha sottolineato il TC (STC 58/1998), esiste una peculiare trascendenza strumentale nell'esercizio di questo diritto per chi si trova privato della libertà e pretende combattere giuridicamente questa situazione o le condizioni in cui si sviluppa, sia per la sua importanza ai fini dell'«adeguato disegno della strategia difensiva», dal momento che richiederebbe le massime garanzie per essere sottoposta a limitazione, sia perché potrebbe avere ad oggetto l'attribuzione di infrazioni penali o amministrative all'amministrazione penitenziaria. Un classico esempio è costituito dalle note sentenze della Corte EDU del 21 febbraio 1975 nel caso *Golder v. Regno Unito*, del 28 giugno 1984 nel caso *Campbell e Fell v. Regno Unito*, o del 25 marzo 1992 nel caso *Campbell v. Regno Unito*; più recentemente è opportuno menzionare la sentenza del 10 maggio 2007, relativa al caso *Modarca v. Moldavia*.

L'intercettazione di queste comunicazioni, per il loro carattere singolare, richiede l'autorizzazione giudiziaria ed è possibile solo nel caso di terrorismo. Osserva l'art. 51.2, in relazione alle comunicazioni dei detenuti con l'avvocato difensore o con l'avvocato espressamente chiamato per casi con rilevanza penale e con i procuratori che li rappresentano, che si celebreranno in dipartimenti appropriati e che «non potranno essere sospese o intercettate salvo per ordine dell'autorità giudiziaria e nei casi di terrorismo».

4. *Il diritto all'informazione*

Il diritto di ricevere liberamente informazioni veritiere da qualsiasi mezzo di comunicazione ha la caratteristica essenziale di essere diretto ai cittadini «in generale, in modo che essi possano formare le loro convinzioni, valutando opinioni divergenti e persino con-

tradditorie, e possano partecipare alla discussione degli affari pubblici»; un diritto che è «uno strumento essenziale di conoscenza delle questioni che assumono importanza nella vita della comunità e, che, per lo stesso motivo, condizionano la partecipazione di tutti al buon funzionamento del sistema di relazioni democratiche promosso dalla Costituzione e all'esercizio effettivo di altri diritti e libertà». Il possibile coinvolgimento di tale diritto nell'ambito del rapporto penitenziario di soggezione speciale è stato affrontato nelle sentenze del TC 119/1996, 2/2006 e 11/2006.

La prima (STC 119/1996) ha origine nel ricorso proposto dai detenuti ai quali si applicavano le norme comuni come, ad esempio, quelle per detenuti classificati nel primo grado di trattamento o il regime dell'art. 10 della legge organica generale penitenziaria (preventivi), che comportava sostanzialmente l'isolamento in cella per ventidue ore al giorno, da soli nel cortile, la privazione di ogni attività comune, l'intercettazione delle comunicazioni orali e scritte ... Questo isolamento che li priva di comunicazioni speciali con i familiari e amici assieme al fatto di non permettere loro di disporre di un apparato televisivo nella cella sono stati gli argomenti utilizzati per sostenere la violazione del diritto a ricevere informazioni veritiere.

Il TC respingerà entrambe le obiezioni: la prima, ricordando che era già stata apprezzata la costituzionalità della privazione di queste comunicazioni specifiche (STC 89/1987) e rilevando che, «oltre al fatto che la limitazione del generico accesso alle informazioni sia una conseguenza della privazione della libertà, non sembra che sia quello il diritto che sta in gioco nella privazione di comunicazioni speciali, dal momento che il collegamento tra il diritto all'informazione e le comunicazioni speciali è molto lontano»; la seconda, risaltando che «anche se è vero che determina una limitazione di fatto ad accedere a un certo mezzo pubblico di diffusione, resta che questa è provvista di una copertura legale adeguata (...) e, realizzando una restrizione di beni individuali, costituisce una misura di sicurezza nei confronti dei detenuti classificati come pericolosi, che non si pone in contrasto con il canone di proporzionalità che dovrebbe ispirarla».

Sostanzialmente sono differenti le due sentenze citate del 2006.

In entrambi i casi ci troviamo dinanzi al sequestro di una determinata pubblicazione: un libro nel primo caso (STC 2/2006), un

giornale nel secondo (STC 11/2006). L'appartenenza a un gruppo terroristico costituisce l'elemento soggettivo comune ad entrambi i casi.

La differenza tra l'uno e l'altro caso sta nel motivo del sequestro, che nel primo caso si produce per ragioni di sicurezza mentre nel secondo ha lo scopo di favorire la riabilitazione e il reinserimento.

Nel caso di specie conosciuto nella sentenza del TC 2/2006, il sequestro accordato dal Direttore dell'istituto penitenziario si realizza, quindi, perché si considerava che questa pubblicazione («Rapporto sulla tortura nello Stato spagnolo»), intercettata dall'Agenzia di protezione dei dati, «può minacciare la sicurezza e il buon ordine dell'istituzione, dal momento che nella stessa compaiono nomi di funzionari di istituzioni penitenziarie e di altri corpi dello Stato». Il TC non arriva a pronunciarsi su questa obiezione, accogliendo il ricorso di *amparo* per violazione del diritto alla tutela giudiziaria effettiva.

Nel caso della sentenza del TC 11/2006, si sequestrano al detenuto varie copie di una rivista che gli era stata fatta avere dalla sua famiglia. In questo modo, si cercava di impedirgli l'accesso alla lettura di quelle pubblicazioni che potessero cagionargli «una giustificazione o un'esaltazione delle attività criminali per cui è stato condannato o, almeno, ostacolarne il distacco»; non a caso, il ricorrente era stato condannato per un reato di terrorismo.

Questo intervento trova la sua copertura legale nelle disposizioni della legge generale penitenziaria in cui si stabilisce che «I detenuti hanno il diritto di disporre dei libri, dei giornali e delle riviste di libera circolazione all'esterno, con le limitazioni che, in casi specifici, consigliano le esigenze del trattamento individualizzato, previa decisione motivata dell'équipe di osservazione e di trattamento dello stabilimento».

Il TC respingerà il ricorso, considerando soddisfatto il principio di proporzionalità, dal momento che la necessità dell'«individualizzazione» dovrebbe essere ricondotta all'appartenenza del detenuto ad un'organizzazione terroristica, che ha realizzato azioni contro la sicurezza e il buon ordine degli stabilimenti penitenziari. «Non si giustifica così l'intervento, né in relazione al tipo di delitto commesso, né alla semplice appartenenza a un gruppo criminale o a un gruppo terroristico, ma, in modo specifico, per il fatto che

questo gruppo ha realizzato e continua a realizzare azioni concrete, che mettono effettivamente in pericolo la sicurezza e l'ordine negli istituti. Si individua, quindi, una circostanza comune ai membri del gruppo, che giustifica il provvedimento, concorrendo in uno dei suoi componenti».

Non trova protezione neppure l'appello alla veridicità dell'informazione o al sequestro delle pubblicazioni. Quella, «per la semplice ragione che l'accuratezza delle informazioni si riferisce a colui che emette le informazioni e non a colui che le riceve o al destinatario»; questo, «perché il mantenimento di una rivista da parte dell'istituto penitenziario, in cui è detenuto il suo destinatario, è una misura individuale, che non si può equiparare al sequestro di una pubblicazione, la quale ha necessariamente una portata generale, per definizione, a cui va aggiunto che i titolari del diritto garantito dall'articolo 20.5 Cost. non sono i destinatari del lavoro o della pubblicazione che si dice sequestrata, ma i loro autori o distributori».

5. *Diritto alla tutela giudiziaria effettiva*

Il TC sottolineò inizialmente (STC 18/1981) che i principi che ispirano l'ordine penale si applicano, con alcune sfumature, al diritto sanzionatorio amministrativo, poiché entrambi sono manifestazioni del sistema punitivo dello Stato. Infatti, le garanzie procedurali di questo complesso art. 24 si proiettano sulle attuazioni dell'amministrazione, attraverso cui esercita i suoi poteri sanzionatori (più di recente, la sentenza del TC 316/2006). La trasposizione dei principi fondamentali all'ambito sanzionatorio amministrativo, a causa logicamente delle evidenti differenze tra questi due ordini, non si deve realizzare mediante un'applicazione letterale, ma «nella misura necessaria per preservare i valori essenziali che sono alla base della disposizione e della certezza del diritto garantito nell'art. 9 Cost.». Si applicano, quindi, il diritto alla difesa, il diritto di essere informati dell'accusa e il diritto alla presunzione di innocenza, ecc.

Non ci è voluto molto tempo affinché arrivasse al TC un caso di questo tipo. La prima volta fu con la sentenza TC 29/1981, in cui si discusse circa il momento che si sarebbe dovuto considerare ai fini della presentazione di un ricorso.

In questa sentenza il TC, giustamente, partendo dall'impossibilità di fatto della presentazione di persona del ricorso nel registro generale della Corte Suprema (*Tribunal Supremo*) ritiene che l'atto si debba intendere presentato – agli effetti legali opportuni – nello stesso momento in cui il detenuto lo consegna all'amministrazione penitenziaria. Come sottolinea il TC nella sua argomentazione, è la «logica conseguenza del carattere unitario dello Stato – come istituzione complessa – che si riflette, inoltre, sulla stessa legislazione carceraria», in particolare sulle disposizioni del regolamento che stabiliscono che il «direttore di uno stabilimento, in virtù della sua condizione, rappresenta il potere pubblico».

L'amministrazione penitenziaria non si limita, quindi, a procedere all'invio per posta, ma «il direttore lo riceve e si fa carico dello stesso come rappresentante dello Stato e lo rimette all'autorità che ritenga competente, attraverso la comunicazione tra gli organi. Ciò sarebbe sufficiente a dimostrare che l'atto è già stato formalmente ricevuto e, di conseguenza, deve considerarsi presentato – (in questo caso specifico ...) nei termini». Ci troviamo dinanzi all'unica interpretazione possibile, dal momento che in caso contrario il detenuto si trova in una condizione di evidente disuguaglianza, disponendo di un termine di scadenza inferiore a quelli di cui potrebbe godere se fosse in libertà, a cui è opportuno aggiungere logicamente l'«assunzione con carattere generale del rischio che l'amministrazione penitenziaria e il servizio postale funzionino in modo più o meno diligente, circostanza che, data la difficoltà di stabilire degli standard di obbligato compimento, si tradurrebbe in una soluzione contraria alla sicurezza giuridica».

Nella maggior parte dei ricorsi presentati dai detenuti è stato continuamente asserito questo «jolly» dell'art. 24 Cost., generalmente utilizzato nei ricorsi di *amparo*, i quali occupano quasi tutto il tempo del TC e sono diventati (sono stati sovvertiti, potremmo dire) una sorta di supercassazione contro qualsiasi tipo di sentenza giudiziaria definitiva.

Vediamo brevemente, sebbene avvertendo che non intendiamo in alcun modo realizzare un'analisi esaustiva di tutti questi punti, affrontando uno studio approfondito di questo diritto, ma solo vedere la sua applicabilità all'ambito che ci interessa, indicando alcune delle sue sfumature e specificità.

Cominciamo con il primo dei suoi paragrafi (la maggior parte delle sentenze, è superfluo segnalarlo, sono il risultato della loro invocazione), il diritto alla tutela effettiva dei giudici e dei tribunali nell'esercizio dei propri diritti e interessi legittimi senza che in nessun caso sia negata la possibilità di difendersi, un diritto che, come ha più volte segnalato il TC dalla sentenza 37/1995, ha il suo nucleo nell'*accesso alla giurisdizione*.

Nella sua versione di accesso ai ricorsi si può indicare la STC 65/2002, in cui un detenuto appellò la decisione (*auto*) di un Tribunale di sorveglianza penitenziaria che confermava il rifiuto di un permesso di uscita dall'istituto penitenziario in cui si trovava recluso. In quel caso specifico, all'errore della decisione in cui si indicava l'inesistenza di un ricorso nei confronti dello stesso si aggiungeva il dato che il detenuto agiva senza assistenza legale e quindi senza nessuna possibilità di ottenere consulenza tecnica. A questo proposito, si può citare anche la STC 114/2004, in relazione alla restituzione di un atto al detenuto ricorrente senza la necessaria copertura legale prevista nella legislazione processuale, privandolo irragionevolmente della possibilità di sollevare un ricorso (*recurso de queja*). Più recentemente, possiamo citare la sentenza del TC 7/2006 e 62/2006. Nella prima di queste sentenze non ci troviamo in assenza di un riferimento all'esistenza o meno di un ricorso ma di una risposta a un atto, in cui si richiedeva una pronuncia espressa (non si risponde alla questione se sia o meno possibile il ricorso di appello, presentato in forma sussidiaria a quello di riforma che è stato respinto); nella seconda, non si ammette indebitamente il ricorso (*queja*) di un detenuto a cui era stata rifiutata la concessione di un permesso di uscita.

Inoltre si sono sollevate anche questioni in relazione al diritto a un processo equo; così, a mo' di esempio, il divieto di utilizzare prove ottenute violando alcuni diritti fondamentali, affrontato nella STC 169/2003, in cui è stata imposta al detenuto la sanzione sulla base di una lettera intercettata che ledeva in modo evidente il diritto alla riservatezza delle comunicazioni.

Ci sono anche delle decisioni che riguardano l'intangibilità o l'inalterabilità delle decisioni giudiziarie definitive come conseguenza della garanzia processuale della cosa giudicata materiale, tra cui quelle dei Tribunali di sorveglianza penitenziaria, così come ha

segnalato il TC nella sentenza n. 174/1989, in occasione di un tema di redenzione della pena.

Infine, è opportuno fare riferimento a quella specie di clausola di chiusura che è costituita dal divieto di negare il diritto di difendersi in giudizio, stabilita nel primo paragrafo dell'art. 24, considerando che una mancanza di difesa «costituzionalmente rilevante» non ha luogo nel caso in cui si violino delle norme processuali ma solo nel caso in cui «da tale violazione derivino conseguenze pratiche consistenti nella privazione del diritto di difesa e in pregiudizio reale ed effettivo degli interessi della persona da questo colpita»; è opportuno, quindi, il rispetto dei principi di audizione, contraddizione ed uguaglianza. Per citare solo qualche esempio, si può considerare la sentenza del TC 76/1999, che accolse il ricorso presentato contro un *auto* (che rifiutava un permesso di uscita), la cui decisione si basava su un fatto nuovo, non discusso nel processo, su cui il detenuto non effettuò obiezioni.

Per quanto poi riguarda la violazione del diritto a un processo senza dilazioni indebite garantito dall'art. 24.2 Cost., che, come è ben noto, non si identifica con un rigoroso rispetto dei termini processuali, è importante citare a mo' di esempio la sentenza del TC 37/1991. In questo caso, si finisce per accogliere la violazione per il ritardo di un Tribunale di sorveglianza penitenziaria nel procedere alla nomina di un avvocato e del turno di ufficio per la difesa e rappresentanza del detenuto, considerando (alla luce dell'interpretazione della Corte EDU su questo punto) la complessità della controversia, i margini ordinari di durata del contenzioso dello stesso tipo, l'interesse del ricorrente alla protezione, il suo comportamento processuale, quello degli organi giudiziari e delle autorità.

Per quanto riguarda i termini (ed il luogo in cui si è formulato il ricorso) si deve sottolineare, senza dubbio, la sentenza del TC 29/1981, sulla quale non ha senso ritornare di nuovo.

Come ha ripetuto in numerose sentenze il TC, sia in modo generale –a partire dalla già lontana sentenza del TC 20/1982–, sia in forma più specifica in relazione all'ambito che ci interessa, determinati casi in cui le questioni sollevate dalle parti non ricevono una risposta giudiziaria nell'ambito del processo costituiscono delle «negazioni di giustizia», le quali sono vietate dall'art. 24.1 Cost. Questo «vuoto di tutela giudiziaria con trascendenza costituzionale si produce, sostanzialmente, quando una pretesa rilevante e dovutamente

sollevata dinanzi a un organo giudiziario non trova nessuna risposta, neppure tacita, da parte di questo». È opportuno citare la sentenza del TC 52/2005, che concede l'*amparo* richiesto da un recluso sanzionato con l'isolamento in cella per la commissione di una contravvenzione molto grave, per essere tornato nell'istituto penitenziario dopo la data prevista in un permesso di uscita; la sanzione era stata appellata dinanzi al Tribunale di sorveglianza penitenziaria corrispondente, obiettando la prescrizione della stessa, questione a cui neppure si fece allusione nel provvedimento di conferma (*auto*) della sanzione. Nella più recente sentenza 104/2002, il TC avrebbe fatto lo stesso in un'altra fattispecie di infrazione disciplinare per mancanza di rispetto a un funzionario, per non avere in questo caso risposto alle richieste di presentazione di prove o di un determinato tipo di consulenza, determinando la presunta violazione dei diritti della difesa. Ciò assume un particolare interesse in questi casi e in altri di cui si è occupato il TC, dal momento che la sanzione potrebbe supporre una grave restrizione della «già ristretta libertà per il compimento della pena» e allo stesso tempo perché potrebbe esistere uno «speciale dovere che incombe sui Tribunali di sorveglianza penitenziaria di tutela dei diritti dei detenuti».

La mancanza di motivazione portò anche ad accogliere la violazione del diritto alla tutela giudiziaria in diversi casi. È opportuno sottolineare la sentenza del TC 42/2005, nella quale il detenuto promosse un ricorso (di nuovo con la sanzione disciplinare come tema di fondo) contro una decisione del Tribunale provinciale (*Audiencia Provincial*) in cui, sebbene ammettesse il fondamento dell'argomento del ricorrente, respingeva il ricorso; si produceva così un'evidente contraddizione tra il fondamento (che era a favore della tesi dell'autore, come abbiamo sottolineato) e la sentenza a lui sfavorevole, dal momento che la discussione andava, secondo il TC, in una strada diametralmente opposta. Al riguardo, si possono citare anche la sentenza del TC 91/2004, nella quale la violazione è stata prodotta da risposte stereotipe da cui non si potevano dedurre le ragioni che giustificassero il respingimento o le sentenze del TC 112/1996 o 202/2004, solo per citarne alcune, nelle quali l'interesse si trova in relazione all'art. 17 della Costituzione –il diritto alla libertà personale–, che considerarono violato dall'insufficiente motivazione di tali decisioni in cui si rifiutava un permesso di uscita e dalla richiesta di sospensione dell'esecuzione di una pena detentiva

di libertà; in queste e altre sentenze si sottolinea con chiarezza l'idea che le decisioni giudiziarie che riguardano il diritto alla libertà o il mandato dell'art. 25.2 hanno delle esigenze di motivazione molto più rigorose. Tra le pronunce adottate più di recente, si può vedere la sentenza del TC 215/2007.

Il *diritto di essere informato dell'accusa*, come garanzia dell'art. 24.2 applicabile al procedimento sanzionatore nell'ambito penitenziario, è servito per accogliere l'*amparo* presentato da un detenuto sanzionato con l'isolamento in cella, a cui si descrissero in modo impreciso e incompleto i termini dell'imputazione.

La garanzia costituzionale del *diritto di difesa si realizza*, secondo il TC, *con la consulenza, meglio detto, con la possibilità* di una consulenza prevista a livello regolamentare – attraverso un avvocato, un funzionario dell'istituto o qualsiasi altra persona indicata dal detenuto, per esigenze di sicurezza, trattamento e buon ordine dello stabilimento – (STC 91/2004, ad esempio).

La sua violazione è conseguenza dell'ostacolo e dell'impedimento ingiustificato da parte dell'amministrazione penitenziaria.

Il TC lo ha segnalato in questo modo in un ampio numero di sentenze, dalla STC 74/1985, sottolineando che anche se il diritto all'assistenza legale, che non sarebbe un diritto pieno, si riferisce *in primis* ai processi giudiziari, in particolare, a quelli di carattere penale: «l'amministrazione penitenziaria deve permettere ai detenuti di avvalersi dell'assistenza legale nei procedimenti disciplinari nella forma e nel grado che possa essere considerato proporzionato alla natura della contravvenzione imputata, alla sanzione imponibile e al procedimento che si segua per decidere la sua imposizione» (STC 104/2003).

In relazione all'elemento soggettivo della «persona scelta dal detenuto» per realizzare la consulenza, si può fare riferimento ai casi giudicati nelle sentenze del TC 27/2001 e 55/2006, in cui i detenuti ricorrenti, membri di un'organizzazione terroristica, richiesero la consulenza di altri reclusi, membri della stessa organizzazione. La «forma» della consulenza risultò determinante in entrambi i casi. Nel primo di questi si rispose affermativamente alla richiesta, dal momento che era stata prestata per iscritto e in castigliano; nel secondo, negativamente, per ragioni di sicurezza e di buon ordine dell'istituto. In questo caso il detenuto non richiese né propose che la consulenza si potesse realizzare in un altro modo

con la stessa persona o che si realizzasse con una persona distinta, determinando il respingimento dell'*amparo*.

Il *diritto di utilizzare mezzi di prova pertinenti per la difesa* è riconosciuto e rafforzato, come così lo ha sottolineato il TC, sia nel corso dell'*iter* del procedimento disciplinare penitenziario (richiedendosi la motivazione dell'eventuale rifiuto delle prove richieste), sia, eventualmente, dinanzi al Tribunale di sorveglianza penitenziaria (che potrà decidere se praticare prove che fossero state negate previamente nel corso di questo procedimento). Ricordiamoci che, affinché risulti fondato un reclamo basato su questa violazione, è necessario che la richiesta si realizzi nella forma e nel momento opportuno, che la prova sia oggettivamente idonea ad accreditare fatti rilevanti e che sia decisiva ai fini della difesa.

Si potrebbe citare a mo' di esempio, la STC 81/2000, che concede l'*amparo* richiesto per tale violazione, in cui si presentò il caso di un detenuto sanzionato per una presunta contravvenzione di disobbedienza ai funzionari per il rifiuto di una chiamata telefonica da questo richiesta. Il detenuto aveva richiesto, nel corso del procedimento, la pratica di una prova testimoniale, che alla fine non fu accolta; quella dei detenuti che si trovavano nel parlatorio nel momento in cui avvennero i fatti. Appellata tale decisione dinanzi al Tribunale di sorveglianza penitenziaria e richiedendosi di nuovo tale pratica, questa non fu realizzata, né si fece alcuna menzione, accreditandosi la realtà dei fatti esclusivamente in virtù della testimonianza che in quel momento prestarono i funzionari intervenuti. Nello stesso senso, è opportuno citare la STC 236/2002. Nella STC 76/1999, invece, si concesse l'*amparo* al detenuto ricorrente che aveva impedito il contraddittorio su una prova né proposta né ammessa previamente. Nello stesso senso, anche se più lontana nel tempo, si può citare la STC 297/1993, in cui si discusse la questione dell'incorporazione *ex novo* di nuovi dati al dibattito processuale e la necessità che il detenuto si pronunciasse in modo espresso sulla prova. In effetti, questo diritto comprende solo quei mezzi di prova che siano decisivi in termini di difesa, dovendosi motivare in modo adeguato il rifiuto di praticare quelle prove che si considerino che non abbiano quel carattere. Più recentemente, è opportuno sottolineare la STC 23/2006, in cui si concede l'*amparo*, dal momento che in questo caso era stata impedita la pratica di una prova potenzial-

mente rilevante, non essendosi pronunciato assolutamente sulla rilevanza o irrilevanza.

6. *Diritto all'educazione*

Malgrado la sua evidente relazione con i fini della pena, il diritto all'educazione negli istituti penitenziari ha ricevuto un trattamento secondario negli studi dottrinali elaborati in ambito giuridico, che si sono soffermati solitamente sulla configurazione delle relazioni amministrazione-recluso e sui diritti, la cui violazione è stata invocata dinanzi al TC.

Ad ogni modo, non ci troviamo dinanzi ad una questione che non è mai stata affrontata dal TC. Nella STC 140/2002 il detenuto ricorrente intese che la decisione dell'amministrazione penitenziaria di non accogliere le sue richieste per installare un computer portatile nella sua cella violasse il suo diritto all'educazione. Si trattava del computer di cui disponeva nel precedente istituto penitenziario in cui si trovava recluso, *autorizzato* dalla decisione (*auto*) del *Tribunale di sorveglianza penitenziaria* corrispondente. L'interesse della sentenza è ad ogni modo minimo, come vedremo, e si può rinvenire essenzialmente nel fatto che è l'unica occasione in cui si è invocata una lesione di questo tipo: la violazione dell'art. 27.1 della Cost. nell'ambito penitenziario.

La limitazione lamentata non era assoluta; era infatti stata offerta al detenuto ricorrente la possibilità di fare uso di questo computer in un locale adiacente, come indicato nelle norme sul regime interno, dal momento che era stato autorizzato anche un altro detenuto ad utilizzare il suo computer nella propria cella, rendendone quindi impossibile l'uso da parte di entrambi.

Il TC, dopo un logico riferimento alla vigenza di questo diritto negli istituti penitenziari, segnerà la necessità di considerare la sua soggezione a necessarie «variazioni e sfumature» che deriverebbero dalle norme sul regime interno, le quali hanno la finalità di mantenere il buon ordine e l'adeguato sviluppo dello stabilimento.

Poco dopo, il TC farà riferimento al fatto che il resto dell'argomentazione della sentenza si basa sull'intangibilità delle decisioni giudiziarie, avendo il detenuto obiettato che, con questo rifiuto, si starebbe producendo una violazione di questo principio.

Il TC respingerà anche questa violazione, considerando che, a suo parere, il rifiuto sul quale si è basato il ricorso non violerebbe lo *status* del detenuto, ipotesi in cui, invece, ci saremmo trovati dinanzi ad una decisione pienamente coperta dalle esigenze del principio di intangibilità delle decisioni giudiziarie.

Si tratta, al contrario, di una decisione attinente all'uso di un mezzo ausiliare di studio, che «per obbedire a fatti o motivi circostanziali si esaurirebbe con il proprio compimento». Uno scarso interesse, come già abbiamo sottolineato.

7. *Diritto al lavoro*

Tra le previsioni enunciate nella Costituzione spagnola, che incidono sull'ambito penitenziario sorprende la disposizione secondo cui, «in ogni caso», il detenuto avrà diritto a un lavoro retribuito e ai benefici corrispondenti della previdenza sociale.

Al riguardo, il TC aveva già affermato che non ci troviamo dinanzi a un «diritto soggettivo perfetto del detenuto nei confronti dell'amministrazione», ma neppure dinanzi a «una mera dichiarazione diretta a risaltare l'obbligo positivo dell'amministrazione penitenziaria di permettere al detenuto l'effettivo godimento di questo diritto», dal momento che in questo caso si rinviene un'«esigenza complementare della garanzia fondamentale della partecipazione in questa attività di prestazione dell'amministrazione».

Predomina così nel diritto al lavoro del detenuto la sua dimensione o il carattere di un diritto di prestazione, che per essere effettivo esige l'organizzazione di un sistema prestazionale di questo tipo.

Si contempla da due prospettive diverse: dal punto di vista dell'«obbligo di istituire un'organizzazione prestazionale che possa offrire a tutti i detenuti un posto di lavoro», e da quello del «diritto di questi a un'attività di lavoro retribuita o a un posto di lavoro nei limiti delle possibilità dell'organizzazione penitenziaria». Si può osservare, in questo senso, quanto affermato nelle sentenze del TC 172/1989 e 17/1993.

La titolarità soggettiva sarebbe, di conseguenza, di «efficacia limitata alle possibilità materiali e finanziarie del proprio stabilimento». In questo modo, per il detenuto (introduce qui il TC l'opportuna via d'uscita) è un «diritto di applicazione progressiva, non

potendosi esigere, considerando la sua natura, il suo adempimento in modo immediato».

Tale impostazione, adeguata (anche se insufficiente), è conforme al mandato del legislatore di «considerare la necessità del pieno impiego della popolazione reclusa, secondo le possibilità socioeconomiche e senza perdere di vista proprio l'indicata finalità di rieducazione e di reinserimento sociale, che, per disposizione costituzionale, ha la pena» (STC 172/1989), che non può consistere in lavori forzati.

Questo diritto è ricompreso naturalmente tra i fini della rieducazione e del reinserimento sociale, a cui per esigenza costituzionale si devono orientare le pene privative della libertà. Si tratta di diritti di applicazione progressiva, che acquistano effettività a seconda dei mezzi di cui l'amministrazione penitenziaria disponga in un determinato momento, non potendo, pertanto, essere pretesi nella sua totalità in forma immediata nel caso in cui esista realmente impossibilità materiale di soddisfarli (AATC 256/1988 e 95/1989).

La possibilità che un ricorso di *amparo* sia accolto per questo motivo deve, di conseguenza, derivare (STC 17/1993) dalla necessità che esista un posto di lavoro adeguato, disponibile in prigione, essendo un diritto di cui dovrebbe essere titolare colui che ricorre in *amparo*, nel rispetto dell'ordine di prelazione stabilito, nel caso in cui non esistano posti di lavoro remunerati per tutti.

Abstract

This paper focuses on the doctrine of the Spanish Constitutional Court regarding fundamental rights in prisons. A synthetic view of these resolutions is given. The aim is to check the implications that, on the enjoyment of fundamental rights of the prisoner, have led to the uniqueness of the links between the internal of a prison and the Administration itself, relationship that has been characterised by the own Court as a relationship of special subject.

Questo studio approfondisce la giurisprudenza del TC spagnolo sui diritti fondamentali negli istituti penitenziari. Si offre una sintesi di queste pronunce al fine di analizzare le conseguenze sui diritti fondamentali nell'ambito della relazione tra il detenuto e l'amministrazione, che, secondo il TC, è caratterizzata da un rapporto di soggezione speciale.

MARCELO FIGUEIREDO

L'INFLUENZA DELLA *DOTTRINA*
NELLE DECISIONI DEI TRIBUNALI COSTITUZIONALI
DEL BRASILE

SOMMARIO: I. Introduzione. – II. La Dottrina.

I. *Introduzione*

L'eterogeneità delle diverse fonti del diritto e delle ragioni legate al loro sviluppo; l'esistenza di diversi ordinamenti giuridici presenti nelle diverse regioni (stati) non permette una risposta semplice riguardo la loro influenza nella produzione del diritto.

Quello che si può dire con un certo margine di sicurezza è quanto segue: Non esiste un'ordine giuridico che preferisca una determinata fonte di diritto esclusiva e ignori tutte le altre. Il diritto si basa e si crea sulla realtà e cerca di influirne.

La Costituzione Repubblicana, la legge, le abitudini, la giurisprudenza e la dottrina, ovvero l'ordine interno, l'ordine internazionale e l'ordine sopranazionale¹ contribuiscono, ogni uno a modo suo e in modo specifico alla realizzazione e all'applicazione del diritto e della giurisprudenza.

Si noti che quello che si usa chiamare sistemi internazionali e sistemi interni non costituiscono affatto unità separate, bensì integrate. In realtà, il processo di "globalizzazione" e "universalizzazione" del Diritto e, in particolar modo, del Diritto Costituzionale creò, al di sopra della rete tradizionale delle regioni (stati), un "*sistema politico integrato a diversi livelli*", che rispetta un regolamento giuridico proprio/specifico².

¹ Alcuni autori parlano di "un'ordine giuridica cosmopolita", "mondiale" o "globale".

² Vedere su questo argomento, "Direito Constitucional", Cristina Queiroz, Coimbra Editora, Editora RT, San Paolo 2009, 408.

L'interazione di ogni una di queste fonti e la sua reciproca influenza e diversità hanno dato il loro contributo *all'arricchimento di tutta l'esperienza giuridica* riguardante l'interpretazione e l'applicazione del diritto e della giurisprudenza.

È chiaro che ogni ordinamento giuridico, o come usava dire René David, ogni "*famiglia*" del diritto ha le sue caratteristiche, potendo dare a queste o a quelle fonti una forza o un'importanza maggiore.

Indipendentemente da tutto ciò, dal punto di vista della applicazione del diritto, nessun giudice è indifferente alla legge, alla giurisprudenza o alla dottrina, nessun legislatore dovrebbe ignorare i regolamenti giuridici o la giurisprudenza, così come, al contrario, la dottrina dovrebbe conoscere bene la legge, le regole del diritto, ovvero, la giurisprudenza.

Come osservò molto bene Keith Stanton³:

"Judges, like all lawyers, base their work on knowledge and skills acquired from a wide variety of sources over many years. A judge's thinking and approach to an issue will inevitably have been moulded by books and articles read when they trained and over the course of a career in the law, even before counsel commences arguing a case based on their own training, experience and thinking".

Tutti gli ordinamenti giuridici possono essere un pò diversi fra di loro, ma tutti contribuiscono, in alcun modo, all'evoluzione del diritto e tutti, in minor o maggior grado, stabiliscono qualche influenza reciproca fra di loro.

II. *La Dottrina*

La dottrina, ai sensi di una lezione imparata già durante i primi anni del corso di giurisprudenza⁴, è il pensiero degli autori in materia giuridica espresso nelle diverse opere della giurisprudenza. Il termine/parola è *ambiguo*, già che non esiste specificamente "una dottrina", ma esistono, sì, diverse e svariate dottrine.

Al contrario di quanto succede in Italia, quando si usa il termine "dottrina" in Brasile, si sta facendo riferimento esclusivo alle

³ "Use of Scholarship by the House of Lords in Tort Cases", in "From House of Lords to Supreme Court-Judges, Jurists and The Process of Judging", Edited by James Lee, Oxford 2011, 206.

⁴ Almeno in Brasile.

opere giuridiche scritte, ai lavori intellettuali scritti o agli articoli scientifici scritti di solito da professori di giurisprudenza, da studiosi della giurisprudenza o da professionisti della giurisprudenza.

Non si usa il termine “dottrina” come lo usano gli italiani. Da quanto sembra, in Italia il termine “dottrina” ha un significato molto più ampio, per definire tutti gli strumenti (possibilità) usati dai giudici per la creazione della giurisprudenza nei Tribunali e *non solo le opere scientifiche prodotte dai professori di giurisprudenza*.

In Brasile, quando si vuole fare riferimento a tutti quegli strumenti, si parla appunto di “*giurisprudenza*”. Questa sì, comprende tutta la produzione dei Tribunali, i casi passati in giudicato che il giudice, evidentemente, ha tutta la libertà di usare per citare qualsiasi teoria o opera giuridica (o di qualsiasi altra natura) che lui trovi usabile nel caso che sta giudicando in quel dato momento.

Esistono autori che manifestano liberamente il loro pensiero sul diritto. Non esiste un (unico) corpo o una unica unità di pensiero organizzata da dove si possano estrarre conclusioni coerenti e pronte. Esistono, è vero, opere di diversi autori contenenti differenti opinioni e costruzioni con diversi stili e conclusioni nei più diversi “rami/famiglie” della giurisprudenza.

I classici la definiscono come “*una opinione scritta e scientifica che fa autorità*” (H. Capitant). In genere, la dottrina dei tempi odierni non è vista come una vera e propria fonte del diritto.

La “legge” in senso ampio, ovvero, il diritto scritto, soprattutto nei paesi di tradizione romano-germanica, sembra essere ancora la fonte più importante, restando la dottrina un riflesso delle fonti cosiddette “vere” e rilasciata ad un secondo piano (ATIAS)⁵.

È vero che, in passato, la dottrina è già stata una “vera” fonte del diritto.

Rammentiamoci del Diritto Romano, dove l’opinione di certi giuristi era imposta agli altri giudici e, nel Medioevo dove, dopo la rinascita del Diritto Romano⁶, si trovava la “*communio opinio doc-*

⁵ Se vogliamo, comunque questa classica distinzione o caratteristica perde oggi forza per diversi motivi, fra di loro si sottolinei la prossimità delle distanze fra gli ordinamenti, la loro integrazione, il diritto sopranazionale ed internazionale e tanti altri aspetti.

⁶ Indubitatamente, l’attività dei giuristi romani riguardante l’annotazione delle opere dei loro predecessori risulta in un aspetto rilevante della produzione giuridica all’epoca dei classici. Di fatto, esistono annotazioni che si possono inserire e che in

torum”, che godeva di grande autorità. Nel diritto tedesco del XIX secolo, si ricordi ancora l’alto prestigio ottenuto dalla Pandettistica, detta anche “*Diritto dei Professori*”.

Nella maggioranza dei casi, si crede, nel mondo odierno, che la dottrina non venga considerata una vera fonte di diritto.

In realtà, le opinioni degli autori sono molto diverse o si alternano nel tempo, potendo essere inoltre anche contraddittorie. Si sa, inoltre, che la dottrina non possiede carattere vincolante o d’obbligo, sia per i giudici che per il giudiziario.

Florian Peixoto de Azevedo Marques Neto⁷ insegna:

«La dottrina deve essere impiegata dai giudici per estrarne argomenti e tesi che aiutino nell’analisi del caso concreto. La dottrina non dice il Diritto. Gli argomenti dottrinari devono essere analizzati in maniera critica, fornendo tutti gli altri elementi essenziali al giudizio, ovvero le normative (costituzionali, legali e regolamentari) e la situazione di fatto in cui si trova il conflitto. In altri termini, la dottrina è un elemento in più di analisi per il giudice, che, comunque, non si può allontanare dalla struttura di sostenimento normativa che gli fa adottare una o altre posizioni dottrinarie.

È importante sottolineare che questo modo di lavorare con la dottrina è completamente diverso dall’invocazione dell’argomento di autorità, ossia, dall’adozione di un argomento specifico solo perché un determinato giurista, ritenuto dai suoi colleghi come una dottrina

qualsiasi modo si riferiscono allo studio di un altro giurista, sin dalla pura e semplice aggiunta di spiegazioni fino al vero e proprio commento, che, certe volte, per misura e contenuto supera il testo originale. Ed è per mezzo di queste note e commenti che si può, tante volte, conoscere le fasi di sviluppo delle normative e degli istituti di diritto fondamentali o fissare le divergenze sulla dottrina della giurisprudenza romana, che costituiscono in definitivo uno degli aspetti più importanti dello sviluppo del sistema classico. Percorrendo l’indice che si trova in allegato a *Palingenesia de Lenel*, si trova un grande numero di giuristi che hanno annotato opere dei predecessori o che hanno avuto opere riferite da giuristi posteriori; sui Digesti sono molto numerosi i testi che conservano o fanno riferimenti a note. In tal senso, il termine *notare* risulta tecnico. Si può trovare dopo il frammento originale come iscrizione fatta come nota, preceduto dal nome del giurista che ha scritto la nota; di solito nelle iscrizioni del *notat* solo col nome del giurista che ha scritto la nota”. Manual de Direito Romano de Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, Volume I, Ed. Saraiva, SP, 1949, 421.

⁷ “A responsabilidade objetiva das concessionárias de serviço público, a jurisprudência do STF e o papel da doutrina”, Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, maggio-giugno, RT 2013, 28.

consacrata, così disse e affermò. Questo è il modo inavvertito di lavorare con la dottrina. Inoltre, è un modo inavvertito di lavorare con la dottrina anche l'adozione della posizione della "maggioranza dottrina" o della "corrente prevalente" di interpretazione».

Comunque, è d'obbligo riconoscere che la dottrina è (o dovrebbe essere) un importante elemento sia per il legislatore che per i Tribunali in genere⁸.

Sembra naturale che la dottrina eserciti un'influenza maggiore sugli ordinamenti giuridici che non possiedono un diritto costituito, scritto e ben strutturato. Era ciò che succedeva anche in alcuni paesi europei, come in Francia e in Germania, prima delle grandi codificazioni della fine del XIX secolo.

Come ben ricorda Jean-Louis Bergel⁹:

“Après la codification, la doctrine se borne à commenter et interpréter les textes comme le fit au XIX siècle, en France, l'Ecole de l'Exégèse. De même, c'est avant que la jurisprudence ne soit formée que la doctrine a le plus d'influence sur la solution d'un problème déterminé. La vide juridique est un quelque sorte le paradis des juristes. On ne peut défricher que des terrains vierges. Toutes les constructions intellectuelles y sont possibles alors qu'une législation et une jurisprudence abondantes ne laissent que peu de place à l'innovation. Cela explique, multiplicité des textes, le désordre d'une réglementation détaillée et pointilleuse, les contradictions, les ambiguïtés et les insuffisances qui en résultent imposent cependant de redécouvrir les principes sous le fatras de la réglementation, de restaurer les méthodes d'interprétation de la loi, de reconstituer des méthodes de raisonnement. Il appartient à la doctrine de jouer ce rôle éminent. C'est à elle, en effet, qu'in-

⁸ Giuseppe de Vergottini insegna: “Il diritto *dottrinario* è formato sulla base delle analisi ed elaborazioni razionali svolte dagli studiosi del diritto; quello giudiziario o giurisprudenziale deriva dalle pronunce discendenti da procedimenti razionali svolti dai giudici con riferimento ai casi sottoposti alla loro attenzione. In realtà la distinzione fra profilo teorico e profilo pratico delle due forme di produzione non è sempre agevole, in quanto esistono esempi storici di diritti giurisprudenziali basati sull'applicazione di precedenti elaborazioni dottrinali. Ciò è avvenuto per i “veda indu” e per l’“antico diritto cinese e giapponese”. *Diritto Costituzionale Comparato*, settima edizione, volume I, Cedam, Padova 2007, 109.

⁹ Jean-Louis Bergel, “Méthodes du Droit-Théorie Générale du Droit”, Deuxième Edition, Dalloz, Paris 1989, 69 e seguenti.

combent la synthèse du droit, la réflexion critique et constructive, la systématisation interdisciplinaire des règles de droit, la recherche de plus de cohérence et, souvent, l'inspiration de solutions nouvelles.

En réalité, la doctrine est tantôt spectateur, tantôt acteur". (da noi spaziato corsivo/da noi scritto spaziato).

Nel diritto nord-americano, Toni Fine¹⁰ classifica come fonti di diritto *secondarie*: *a*) le *Law review(s)* – articoli scientifici pubblicati dalle varie scuole di giurisprudenza, edite nella sua stragrande maggioranza da studenti di legge e, qualche volta, in minor numero, da professori (*peer edited*); *b*) le enciclopedie giuridiche (*Treatises - American Law Reports*), fonti di riferimento più utili per i ricercatori che non hanno molta esperienza nell'area di ricerca; *c*) i *Restatements* (compendi) di diritto, (ALI) l'*American Law Institute*, fatto nel 1923 come mezzo di supporto per la spiegazione e la semplificazione del diritto. All'inizio elaborato da eminenti professori di giurisprudenza – in collaborazione con consulenti, esperti, avvocati e giudici. Afferma che "fu grande l'influenza dei *restatements* nello sviluppo degli Stati Uniti d'America e che contengono le opinioni dei maggiori studiosi del paese su ogni argomento/area/famiglia del diritto, le quali devono essere prese in considerazione. Risultano inoltre in una fonte di diritto secondaria di grande importanza, molto spesso prese in considerazione dalle Corti dove non risulta un'autorità di controllo".

In Colombia, la Corte Costituzionale e la sua giurisprudenza presero, piano, piano, un ruolo importante dopo la Costituzione del 1991. Oggi, alcuni dottrinatori considerano che la sua giurisprudenza rappresenta una fonte formale di legge/diritto¹¹.

L'articolo 230 della Costituzione Politica della Colombia grida/chiamava l'impero della legge per l'istruzione del giudice sul-

¹⁰ Toni Fine, "Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano", WMF-Martins Fontes, SP, 2011, 51 e seguenti. Lo stesso testo in inglese si trova nell'opera collettiva "La crisis de las fuentes del Derecho en la globalización", Joaquín González Ibáñez e Eloy García López Editores, Ed. Diké, Medellín, Colombia 2011.

¹¹ Vedere il lavoro di Carlos Bernal Pulido, "La fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional en el orden jurídico colombiano", nel libro "Teoría Constitucional y Políticas Públicas-Bases Críticas para una discusión", coordinatore generale Alexei Julio, Universidad Externado de Colombia, 2007, 375 e seguenti.

l'obbligo dell'osservanza della dottrina nei casi in cui lui non abbia la conoscenza necessaria. E, contemporaneamente, chiama *l'equità, la giurisprudenza ed i principi generali del diritto* come criteri ausiliari dell'attività giudiziale.

Nella sentenza di n. SU - 047 del 1999, la stessa Corte costituzionale ha sviluppato tutta una dottrina che rassicurava la portata delle sue decisioni obbligatorie e vincolanti.

Nella sentenza affermò:

“Si bien las altas corporaciones judiciales, y en especial la Corte Constitucional, deben en principio ser consistentes con sus decisiones pasadas, lo cierto es que, bajo especiales circunstancias, es posible que se aparten de ellas. Como es natural, por razones elementales de igualdad y seguridad jurídica, el sistema de fuentes y la distinta jerarquía de los tribunales implican que estos ajustes y variaciones de una doctrina vinculante sólo puede ser llevados a cabo por la propia Corporación judicial que la formuló. Por tal razón, y debido al especial papel de la Corte Constitucional, como intérprete auténtico de la Carta y guardiana de su integridad y supremacía, corresponde a esa Corporación, y sólo a ella, modificar las doctrinas constitucionales vinculantes que haya desarrollado en sus distintos fallos”.

Este particular proveído de la Corte, se constituye en un hito, pues como lo explica el profesor Abraham Sánchez Sánchez, define bajo los términos del *common law* los diversos componentes de una sentencia y su grado de obligatoriedad, haciendo precisión sobre la parte resolutive o “*decisum*” razón o motivación de la decisión, “*ratio decidendi*” y los dichos al pasar, que se definen como “*obiter dicta*”.

Estos específicos componentes constitutivos de la sentencia, tienen un diferente grado de obligatoriedad, de donde se sigue que en nuestro país (Colombia) la fuerza vinculante de los fallos de constitucionalidad, se deduce de producir efectos *erga omnes*, sin que se pueda predicar fuerza vinculante en sí misma de la parte resolutive, toda vez que ésta no constituye en sí misma el precedente, de donde se sigue que es la *ratio decidendi* del caso en concreto la que obliga al juez, pues ella contiene “el principio abstracto que fue la base de la decisión” y que obliga al juez a aplicarlo en situaciones similares.

Ya anteriormente la misma Corporación enseñó una serie de principios a tener en cuenta para comprender tal alcance, en la Sentencia C-131 de 1993, en donde instruyó puntualmente los siguientes aspectos:

1. Las sentencias por ella dictadas se constituyen para el juez en fuente obligatoria.

2. Exclusivamente una parte de sus sentencias tiene carácter de cosa juzgada.

3. Dicho carácter se pregona en algunos apartes de las sentencias explícitamente, mientras en otros en forma implícita.

4. El tránsito a cosa juzgada explícita se establece en la parte resolutive, según lo dispone el artículo 243 de la Constitución, mientras que gozan de cosa juzgada implícita, todos aquellos conceptos de la parte motiva que conserven unidad de sentido con la parte dispositiva de la sentencia, pues no se pueda entender ella sin aludir a aquéllos.

5. La parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene el valor que la Constitución le ha asignado a la doctrina, según el artículo 230, es decir, criterio auxiliar.

6. Los fundamentos comprendidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden una relación directa con la resolución, al igual que aquellos que ella misma indique como tenedores de un nexo causal con la parte resolutive, se tornan obligatorios y deben ser obedecidos por las autoridades ya que corrigen la jurisprudencia.

7. La *ratio iuris* es la fuerza de la cosa juzgada implícita de las sentencias de la Corte Constitucional dado que esa Corporación confronta en la parte motiva de sus fallos, la norma revisada con la totalidad de los preceptos de la Constitución Política¹².

La realtà brasiliana:

Le lezioni introduttorie che abbiamo appena descritto sul ruolo della dottrina si applicano, credo, in generale, a qualsiasi ordinamento giuridico, incluso l'ordinamento del nostro paese, il Brasile.

Però, è evidente che ogni regione (stato) provvederà un peso diverso alla “*dottrina*”, sempre ai sensi della sua cultura giuridica. È

¹² Secondo Fanny Elizabeth Robles Martínez y Líba Paulina Gómez Higuera, “La Jurisprudencia Constitucional como Fuente del Derecho Enfoque desde el Operador Judicial”, 451, ob. cit. “La crisis...”

assai difficile, senò impossibile, presentare o fornire una risposta al tema proposto in questo incontro; l'unica cosa da fare è, forse, provare alcune delle tante possibilità.

Si può affermare di non avere i mezzi per misurare o valutare l'importanza o il peso specifico che la *dottrina* ha per i Ministri (giudici) della Corte costituzionale brasiliana (Supremo Tribunal Federal).

È importante lasciar chiaro, soprattutto ai colleghi stranieri, che la Corte costituzionale brasiliana fa uso delle sentenze dei Tribunali Costituzionali, della Suprema Corte americana, ed, eventualmente, anche della Corte Americana dei Diritti sull'Uomo, così come della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Abbiamo osservato e studiato questo fenomeno in un lavoro precedente. All'epoca affermammo¹³ che:

“Sin dai primi tempi dell'indipendenza¹⁴ (1822), il diritto straniero e, non raramente, il Diritto comparato, furono sempre presenti nei testi dei giuristi brasiliani. Lo stesso vale per il Diritto costituzionale, nel quale l'enfasi fu sempre centrata nell'ispirazione in fonti straniere, sin dalla Costituzione (imperiale) del 1824, la quale fu elaborata con elementi degli ordinamenti inglese, francese e spagnolo passando, come noto, per le diverse costituzioni repubblicane, con l'ultima in classifica, la costituzione del 1988, una delle costituzioni che più si servirono di fonti straniere.

Con l'intensificazione dei movimenti di prossimità delle diverse aree/famiglie del diritto, tradotti dal fenomeno della globalizzazione e agevolati dall'immediatezza del progresso tecnologico, è quasi naturale che il Diritto comparato assuma rinnovata importanza.

La Corte costituzionale brasiliana sembra identificare ed usare sempre più spesso¹⁵ la giurisprudenza di Corti e Tribunali Costituzionali, sia come una semplice notizia sul tenore della decisione presa da quel Tribunale, sia come rinforzo sull'argomento usato per la decisione monocratica presa dai diversi Ministri/Giudici, sia come fondamento obiettivo e concatenato delle loro decisioni.

¹³ Marcelo Figueiredo, “Notas a respeito da utilização de jurisprudência estrangeira pelo Supremo Tribunal Federal”, in *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, RBEC*, Editora Fórum, Belo Horizonte, ottobre-dicembre 2009, 58 a 69.

¹⁴ Dal Portogallo.

¹⁵ Malgrado lentamente.

Ancora una volta affermiamo che non sembra esistere alcun tipo di metodo o di principio che presieda queste citazioni (di dottrina o di giurisprudenza straniera, specialmente di quest'ultima), di Corti o di Tribunali stranieri. Se il caso discusso presenta qualche similarità con la questione brasiliana, ci sembra che il suo utilizzo sia benefico, almeno in un primo momento, e potrebbe solo confrontare argomenti allo sviluppo della giurisprudenza brasiliana in uno scambio positivo di esperienze e visioni”.

Fino al presente momento, non mi sembra che sia stato prodotto alcun tipo di studio o di ricerca con tale obiettivo, cosa che sarebbe peraltro assai interessante.

Quello che posso dire è qualcosa di diverso. Si tratta di descrivere in un modo *un pò diffuso* quello che osservo come avvocato e professore di Diritto pubblico e costituzionale oltre ad avere qualche pretesa di studio e/o analisi di ciò che potrebbe essere grossolanamente chiamato di Diritto comparato.

Come le decisioni della Corte costituzionale brasiliana considerano la dottrina?

Se la dottrina viene regolarmente usata, se serve da fondamento e da motivo per la presa di decisioni, sia singolarmente, sia dagli organi individuali o collegiali della Corte costituzionale.

Riconfermo la mia mancanza di conoscenza riguardante qualunque ricerca scientifica sul tema. Esiste un sistema di indicizzazione nella Corte costituzionale che, una volta messo in funzionamento, punta sul fatto che i Ministri/Giudici (o i loro assessori o ausiliari) consultarono i libri dottrinarini per essere in grado di arrivare alle decisioni prese. Però è evidente che ciò dice troppo poco. È già qualcosa, ma ancora troppo poco. Ha poco significato.

Anche perché, la suddetta informazione ha poco valore, se non si analizza il modo come è stata fatta la citazione, come l'autore è stato utilizzato ed in quale contesto, se la sua opinione è stata adottata integralmente oppure no, ecc.

In secondo luogo, dal momento che non sono stato capace di trovare alcuna ricerca sul tema in Brasile, tramite queste righe o questa presa di visione posso cercare di rispondere un'altra domanda, forse un pò meno complessa.

Quali sono esattamente le dottrine o tendenze che attualmente hanno influenza sulla Corte costituzionale brasiliana – sempre che sia possibile fare una domanda così aperta e generica come questa.

Sono consapevole che la mia risposta sarà approssimativa e speculativa, anche perché non ho modi di misurare e valutare o addirittura comprovare tramite dati statistici o matematici quante volte l'autore X o la teoria Y furono utilizzati dalla Corte costituzionale brasiliana.

Comunque, prendendo conto delle *tendenze* dei Ministri/Giudici della Corte costituzionale brasiliana, soprattutto nell'area del mio lavoro, ovvero, del Diritto pubblico e costituzionale, posso affermare, con qualche possibilità di correttezza, che esiste una grande influenza di un numero ridotto di autori brasiliani e stranieri nelle pronunce della Corte.

Così, *ad esempio*, la dottrina tedesca in generale ed i suoi autori Peter Haberle¹⁶ e Konrad Hess. Entrambi hanno forte influenza sulla Corte costituzionale brasiliana. Non c'è alcun dubbio che Haberle è un nome da tutti conosciuto; lui, ovvero, il suo pensiero è nazionalmente ed internazionalmente diffuso.

Le strutture, gli organismi, gli enti e le procedure responsabili per l'implementazione pratica degli istituti da lui concepiti a livello dottrinario sono, quindi, presenti in diverse pronunce.

Inoltre, il libro "*Società aperta degli interpreti – Ermeneutica – Contributo per l'interpretazione pluralista e procedurale della Costituzione*" è da sempre usato nell'ambito accademico e della giurisprudenza nei nostri tribunali.

A livello legislativo, penso che la legge n. 9.868/99, nel tornare istituzionale la figura dell'*amicus curiae* e delle *pubbliche udienze*, attesta l'influenza del suo pensiero. Lo stesso si può dire di alcuni temi come quello della *mutazione costituzionale*¹⁷, dello stato costituzionale cooperativo, ecc.

¹⁶ Konrad Hesse e i tedeschi in genere, sia per influenza della dottrina stessa, sia per gli studi svolti dai Ministri/Giudici in Germania, sia per i libri di autori tedeschi tradotti allo spagnolo e al portoghese.

¹⁷ Come esempio di cambiamento costituzionale vedere l'Habeas-Corpus 96772, Relatore, Min. Celso de Mello, pronunciato il 9.6.2009. Lì il relatore afferma che "i magistrati e i tribunali, nell'ambito della loro attività interpretativa, specialmente per quello che riguarda i trattati internazionali sui diritti umani, devono osservare un principio ermeneutico di base (come quello dichiarato dall'art. 29 della Convenzione Americana sui Diritti Umani), fondato sull'attribuzione di predominio della normativa più favorevole alla persona umana, affinché le sia garantita la più ampia protezione giuridica. Inoltre, sottolinea: che l'interpretazione giuridica deve essere uno strumento di cambiamento informale della costituzione, quando si faccia necessaria una conciliabilità di fronte ad una interpretazione più attuale con le nuove esigenze, necessità e trasfor-

Di fatto, l'*amicus curiae* possiede, attualmente, ampia partecipazione nelle azioni di controllo astratto della costituzionalità e forma un pezzo importante del processo di interpretazione della Costituzione presso la Corte costituzionale brasiliana¹⁸.

Inoltre, sempre in nome della suddetta legge, la Corte costituzionale permette, nel caso di necessità di chiarimento della materia o della circostanza del fatto, la richiesta di informazioni supplementari, la nomina di periti o di commissioni di periti affinché rilascino pareri/perizie sulla questione costituzionale in dibattito e procedano alla realizzazione di udienze pubbliche destinate a cogliere le deposizioni di persone esperienti e con autorità e conoscenza delle materie sotto giudizio.

Succeffe così con il processo di "Azione Diretta di Costituzionalità" 3.510-DF, nel quale si discusse la costituzionalità della ricerca scientifica riguardante le cellule staminali embrionali. Ci fu una udienza pubblica con la presenza di diversi specialisti (ricercatori, accademici, medici, ecc.), insieme a diversi enti della società civile, raccogliendo un numero enorme di informazioni e dati che portarono, nel 2008, al giudizio favorevole (6 X 5) sulla ricerca scientifica.

Udienze pubbliche (almeno negli ultimi tempi) sono state molto usate nei più svariati temi delle azioni di competenza della Corte costituzionale come, ad esempio, sanità, educazione, scienze, diritti fondamentali, diritti dell'uomo, ecc.

L'osservatorio costituzionale¹⁹ ricorda che anche la teoria del *pensiero del possibile*²⁰, basata su Scheuner e Haberle è assai

mazioni derivante dai processi sociali, economici e politici che caratterizzano, nei loro molteplici e complessi aspetti, la società contemporanea. Ugualmente nel processo MS 26603, la Corte costituzionale brasiliana tramite lo stesso relatore Min. Celso de Mello affermò che "il potere di interpretazione della Costituzione contiene la prerogativa straordinaria di ri(scriverla), dato che l'interpretazione giudiziale si trova incorporata nei processi informali di cambiamento costituzionale".

¹⁸ Nell'intero processo di controllo astratto di costituzionalità, ai sensi della legge 9.882/99, che concede al relatore la possibilità di sentire le parti del processo, oltre che a permettere l'intervenzione di altri interessati al processo come *amici curiae*. Qui ci sembra che, con qualche differenza, esista una prossimità delle pratiche fatte già da qualche tempo negli Stati Uniti (*amicus curiae brief*), insieme all'audizione di *esperti* fatta dal Tribunale Costituzionale tedesco.

¹⁹ "Observatório da Jurisdição Constitucional" (OJC) è una pubblicazione CONJUR, testo pubblicato il 10 aprile 2009 (www.conjur.com.br).

²⁰ Vedere ADI 2.415-SP, relatore Min. Carlos Britto, giudicata nel 22.9.2011.

utilizzata dalla Corte costituzionale brasiliana, come si vede nel ADI 1.289 e nei RE 135.328²¹ e 147.776.

Nel RE 135.328 fu identificata una *lacuna costituzionale* che, nel concedere attribuzione di assistenza giudiziaria ai difensori civici²², non eccettuò le situazioni giuridiche regolate in maniera diversa nel diritto pre-costituzionale – assenza di clausola di transizione – specialmente in quelle unità federative (stati-membri), dove non avevano ancora introdotto gli organi specifici del difensore civico.

Si riconosce che l'introduzione del nuovo ordine costituzionale raffigura un “processo e non un fatto istantaneo, nel quale la possibilità di realizzare la normativa costituzionale – anche se, in teoria, non si tratti di precetto di limitata efficacia – si sottometta, tante volte, ad alterazioni della realtà dei fatti che la consentono”.

Nel caso della ADIN²³ 1.289, sembrò legittimo al Tribunale ammettere che la regola costituzionale aveva una lacuna: la non regolazione delle situazioni eccezionali esistenti nella fase iniziale di implementazione del nuovo sistema costituzionale. Non essendo la materia regolata in disposizione transitoria, sembrò adeguato al Tribunale che lo stesso interprete possa farlo in consonanza al sistema costituzionale. Resta sicuro il bando di concorso pubblico per il riempimento dei seggi/cariche vacanti di giudici nei Tribunali per mezzo del quinto costituzionale degli avvocati e dei membri del Pubblico Ministero aventi indicazione in lista sestupla dagli organi di rappresentanza delle rispettive classi. La Corte costituzionale affrontò la questione di dover decidere se, dinanzi all'inesistenza temporanea di membri del Pubblico Ministero

²¹ Nel RE 135328, pronunciato il 29.6.1994, relatore Min. Marco Aurélio, il Tribunale riunito in seduta plenaria, ha riconosciuto la presenza di “incostituzionalità progressiva”, attribuendo eccezionalmente al Pubblico Ministero la difesa dei bisognosi, affinché i Difensori civici potessero strutturarsi adeguatamente e, di conseguenza, rispondere ai processi ai sensi della costituzione.

²² Organo che ha la funzione essenziale di orientare e difendere giuridicamente, in tutti i livelli, i bisognosi (art. 134 della Costituzione Federale). Con la decisione del 23/3/94, la Corte costituzionale ebbe l'opportunità di aumentare la già complessa tecnica di decisione di controllo di costituzionalità, ammettendo che la legge responsabile della concessione di doppi termini procedurali per il Difensore civico deva essere considerata costituzionale finché questo organo non sia ancora strutturato e funzionante. Amplificare in Gilmar Ferreira Mendes, “Controle Abstrato de Constitucionalidade, ADI, ADC e ADO, Comentários à Lei n. 9868/99”, Ed. Saraiva, San Paolo 2012.

²³ Abbreviazione di Azione Diretta di Incostituzionalità.

con oltre dieci anni di carriera, potevano concorrere ai posti di lavoro del Tribunale del Lavoro altri membri che non dimostrassero le esigenze del suddetto requisito costituzionale.

La Corte costituzionale assicurò a tutti gli organi partecipi della procedura il margine di scelta necessario fra i procuratori con tempo di lavoro inferiore ad anni 10 (dieci), nel caso di inesistenza di candidati capaci di dimostrare e comprovare l'esigenza di tempo fissata.

Anche l'influenza di autori classici del Diritto pubblico e costituzionale *italiano* è notata dalla Corte costituzionale brasiliana. Sono comuni le citazioni di autori già concepiti come classici fra di noi, come, ad esempio, Mauro Cappelletti, Vincenzo Vigoriti, Azza-ritti, Mortari, Crizafulli, Bobbio, Balladore Pallieri, e, più recentemente, Guastini, Ferrajoli, ed altri europei come Zagrebelsky, Habermas, solo per citarne alcuni che la memoria ora mi permette di ricordare.

Inoltre, vorrei fare un breve riferimento al tema della interpretazione costituzionale. Oggi, uno dei temi centrali del costituzionalismo riguarda, senza dubbio, l'interpretazione costituzionale e le sue specificità.

Oltre a quello che si usa chiamare i metodi classici di interpretazione, si nota la grande influenza o almeno l'utilizzo frequente delle lezioni degli autori contemporanei come Robert Alexy, Ronald Dworkin, John Rawls, Cass Sustein, Robert Post (insieme alla nuova generazione di filosofi nord-americani) autori che lavorano più ampiamente il tema dei principi e della sua ("nuova?") interpretazione²⁴.

Così, i famosi *tests di ponderazione* e le sue teorie sono ampiamente usati in Brasile dalla Corte costituzionale brasiliana. Contemporaneamente, è possibile identificare ancora una timida applicazione e conoscenza di precedenti dei tribunali internazionali e sopranazionali, come è il caso delle pronunce della Corte Interamericana dei Diritti Umani usate dalla Corte costituzionale brasiliana²⁵.

²⁴ Non si analizza o si fa riferimento a tutta la dottrina giuridica brasiliana, portoghese, spagnola, tedesca, francese o addirittura nord-americana e, nel Sudamerica forse la (messicana e argentina), le quali, evidentemente, hanno, ogni una di loro, il loro peso specifico nella costruzione delle decisioni della Corte costituzionale.

²⁵ Su questo argomento vedere il nostro Marcelo Figueiredo, "El carácter contra mayoritario del poder judicial", in "Marbury vs Madison" - Reflexiones sobre una sen-

Inoltre, la teoria di riserva del possibile insieme alle opere di Cass Sustein trovano molto uso sulla Corte costituzionale brasiliana nei casi in cui si vedono le cosiddette “scelte difficili”²⁶.

Nella Corte costituzionale brasiliana, così come in qualsiasi altro Tribunale a livello costituzionale, sia la dottrina nazionale che la straniera insieme alla teoria dell'argomento vengono largamente usate.

Credo che la prima domanda da fare sia la seguente: prendere decisioni è una azione umana, e qualsiasi azione umana succede in una situazione di comunicazione. Parlare, piangere, sorridere, camminare, correre sono comportamenti che cercano di dire qualcosa a qualcuno. Essendo così, si può affermare che il comportamento è una comunicazione e che è impossibile non comunicarsi. Persino quelli che non si comunicano, in qualche modo, “comunicano che non si comunicano”.

La decisione, perciò, è un atto di comunicazione. E ciò che fanno i giudici è comunicarsi, o, almeno, mandare avanti un messaggio normativo e argomentativo nel miglior modo possibile.

A tale scopo, fanno uso di tutti i *processi argomentativi* che conosciamo, concentrandosi nel trovare e capire i mezzi per persuadere il loro comunicatore, il destinatario della loro decisione e, soprattutto, i loro colleghi.

Di fatto, per via della struttura “*piramidale*” del Potere Giudiziario²⁷, almeno in Brasile così come in altri paesi, i giudici sono portati ad argomentare gli uni in relazione agli altri.

tencia bicentenária, coordinatore, Pablo Luis Manili, Editorial Porrúa, IMDPC, Messico 2011, 45 a 79.

²⁶ Vedere, ad esempio, il ricorso straordinario con appello ARE 727864 AgR, relatore Min. Celso de Mello, pronunciato il 4.11.2014. Il caso riporta il problema dei costi dei ricoveri ospedalieri pagati dallo stato ad ospedali privati per servizi svolti a favore di pazienti della mutua, assistiti nei pronto-soccorsi d'urgenza e dinanzi alla mancanza di posti-letto sufficienti negli ospedali statali. Presenza di “omissione non costituzionale” del dovere di assistenza sanitaria e di protezione della vita umana che risulta nella Costituzione. Trascuratezza della cosiddetta teoria di “riserva del possibile” nel senso di possibilità di minaccia del nucleo basico di definizione del “minimo per l'esistenza” (RTJ 200/191).

²⁷ Non esiste, di fatto, una “gerarchia formale” tra i giudici/ministri della Corte costituzionale brasiliana, però, evidentemente, la decisione della Corte costituzionale è l'ultima e, quindi, “la più importante”. È già stato detto che per questo motivo la sua responsabilità è grande, dato che nel caso di sbaglio, non ci sarà a chi porgere ricorso.

Il principio della recorribilità delle decisioni, secondo il quale le sentenze possono essere sottoposte ad una istanza giudiziale “superiore”, in pratica, mantiene tutti i giudici consapevoli che la loro decisione potrà essere letta e controllata da altri operatori della giurisprudenza, ivi inclusi i loro colleghi, ai quali non lasciano di dirigersi quando fondamentano le loro decisioni/pronunce.

Hanno ragione Leandro Ávila Ramalho e Nuno dos Santos Coelho²⁸ quando affermano che: “È probabile che i giudici si preoccupino con la pubblica opinione e con il modo come giudicherà le loro decisioni – per questo motivo, i loro argomenti sono diretti ai mezzi di comunicazione, ai mezzi accademici, alle associazioni di classi, al parlamento. Tutto ciò dimostra che la giurisprudenza, come gioco di comunicazione rettorico-argomentativa ha a che vedere con molta più gente che non solo con gli operatori della giurisprudenza. La giurisprudenza contiene ed abbraccia le diverse istanze dove si forma e si diffonde la pubblica opinione – potenzialmente, lei arriva a tutti i partecipi della comunità giuridica, pensata ora come comunità linguistica.

(...)

L’art. 94, comma IX, della Costituzione, che impone la fondamentazione come un dovere del magistrato, come condizione di validità di una sentenza, apre posto per ben più che il registro del ragionamento di fondamentazione del magistrato, legittimando, quindi, una attuazione rettorica, il quale studio può rivelare molto sulla natura della legge/giurisprudenza come pratica sociale linguistico-comunicativa.

In questo modo, i giudici della Corte costituzionale brasiliana fanno uso di argomenti rettorici per persuadere i “veri giudici” sulla fondamentazione dei loro voti. Veri giudici, ai sensi di

Rammentiamo che in alcuni casi, la sua decisione è vincolante, ovvero obbligatoria a tutti i sensi del paragrafo 2 dell’art. 103 della Costituzione brasiliana: “Le decisioni definitive di merito emanate dalla Corte costituzionale brasiliana riguardanti le azioni dirette di incostituzionalità e nelle azioni dichiaratorie di costituzionalità saranno efficaci contro tutti e saranno vincolanti nel riguardo degli altri organi del Potere Giudiziario e della pubblica amministrazione, diretta o non diretta, a livelli statali, regionali e comunali”. (redazione fornita dal emendamento costituzionale di n. 45/2004).

²⁸ “Logos, Pathos, Ethos, Retórica na Argumentação do STF”, de Leandro Ávila Ramalho e Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho, nel libro, “O STF e a Interpretação da Constituição”, Ed. Forum, Belo Horizonte 2013, 239 e seguenti.

Aristotele, sono quelli che nei dibattiti pubblici (oggi, sempre di più come forma di “giudizio”) si pronunciano nel riguardo dei temi più controversi”.

Su l'uso della giurisprudenza straniera fatto dalla Corte costituzionale brasiliana, rimettiamo il lettore ad un lavoro di nostra paternità²⁹. In questo lavoro, si esamina l'uso di elementi non nazionali nell'esercizio della giurisdizione costituzionale, specialmente nei processi e giudizi (così come nel controllo della giurisdizione costituzionale), realizzato dalla Corte costituzionale brasiliana in Brasile.

All'epoca si scrisse:

“Si verifica che il cosiddetto “*nuovo*” diritto costituzionale brasiliano si fonda, perciò, nella doppia constatazione che, dopo la Costituzione del 1988, la ridemocratizzazione del paese e la sua successiva istituzionalizzazione succedono nell'ambito di un cambiamento di paradigma. Le pilastre ben definite di questo palazzo istituzionale sono: *a*) la forza normativa della Costituzione; *b*) lo sviluppo della dogmatica costituzionale fondata in principi.

In questo contesto, l'antica contrapposizione fra la giurisprudenza dei *code based legal systems* (vincolata al principio della legalità) e la giurisprudenza della *judge-made Law*, è sempre meno importante.

Sembra non essere più corretta l'affermazione secondo la quale esisterebbe una *incompatibilità viscerale* fra i due sistemi. Si nota una certa tendenza di avvicinamento fra la cosiddetta *commow Law* e la tradizione della *civil Law*.

Con l'esistenza di un nuovo ruolo nella giurisprudenza brasiliana, dove sembra che lei assuma caratteristiche di fonte primordiale, sia servendo da modello, sia come fonte di diritto *stricto sensu*, le cosiddette *a*) decisioni normative vincolanti della Corte costituzionale brasiliana; *b*) le decisioni della Corte costituzionale brasiliana con efficacia *erga omnes* e con effetto vincolante nei processi/azioni di controllo di costituzionalità nella via concentrata; e *c*) la giurisprudenza dominante dei tribunali (compreen-

²⁹ Marcelo Figueiredo, “Notas a respeito da utilização de jurisprudência estrangeira pelo STF”, Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, RBEC, Belo Horizonte, Anno 3, numero 12, 57 a 69, ottobre a dicembre 2009.

sione predominante) danno una nota particolare alla giurisprudenza brasiliana dopo le recenti riforme processuali.

Di fatto, in realtà, dopo l'edizione della legge n. 8.038/90, e delle leggi n. 9.868/99 e n. 9.882/99, così come dopo la nuova redazione dell'art. 103 – A e dei rispettivi commi della Costituzione Repubblicana brasiliana, si può parlare di una rinnovata forza del diritto giurisprudenziale presso la Corte costituzionale brasiliana per tutti i casi importante ivi discussi”.

Abstract

The article explores the mutual influence between doctrine and jurisprudence in the Brazilian legal order and particularly in the case law of the Constitutional Court.

L'articolo analizza la reciproca influenza tra dottrina e giurisprudenza nell'ordinamento giuridico brasiliano ed in particolare nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

MICHELE BELLETTI

LA SOLLECITAZIONE DEL “FATTO”
NELLA CONFORMAZIONE
DELLE UNIONI DI PERSONE DELLO STESSO SESSO

SOMMARIO: 1. La forza del “fatto” nell’emersione del dibattito attuale e nel sindacato delle (future e eventuali) scelte normative. – 2. L’attualità della decisione 138/2010 e l’inconfigurabilità di una pronuncia additivamente obbligata per le unioni omosessuali. – 2.1. Unioni di persone dello stesso sesso e genitorialità. – 3. Il riconoscimento del “vincolo coniugale”: le indicazioni della Corte di Cassazione... – 3.1. ...e la concretizzazione di fronte alla Corte costituzionale. – 4. Il “fatto” all’origine della “singolare” pronuncia e gli effetti retroattivi della declaratoria di incostituzionalità quale efficace rimedio alla violazione costituzionale. – 5. L’impatto dell’incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa sulla conformazione delle unioni omosessuali. – 6. Le “sollecitazioni”, di fatto e di diritto, esterne all’ordinamento. – 7. Il dubbio dell’incostituzionalità della legge sull’adozione all’attenzione della Consulta: ultima sollecitazione, ma non ultima?

1. *La forza del “fatto” nell’emersione del dibattito attuale e nel sindacato delle (future e eventuali) scelte normative*

L’importante dibattito sul riconoscimento delle unioni di persone dello stesso sesso non può non essere influenzato, quanto alla delimitazione dei confini della relativa disciplina, da due pronunce della Corte costituzionale: la 162/2014, che ha dichiarato l’incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, contemplato dalla legge 40/2004, e la 170/2014, che ha dichiarato l’incostituzionalità del c.d. “divorzio imposto” di cui alla legge 164/1982, nell’evenienza di rettificazione di attribuzione di sesso.

Queste evidenziano chiaramente quanto la considerazione del caso concreto, del “fatto”, dal quale la questione di legittimità ha tratto origine, oppure, la considerazione delle circostanze di fatto che spingono a contestare la ragionevolezza di talune scelte norma-

tive, assuma sempre di più nelle decisioni della Consulta una rilevanza a tratti centrale¹.

Per ben comprenderne le ragioni di fondo potrebbero bastare le lungimiranti parole di chi, nel ricercare ragioni di legittimazione della Corte costituzionale dopo l'attenuazione "delle istanze di unificazione in base a valori", già rilevava che "nel processo di mantenimento della legittimazione assumono importanza non secondaria congruenze rispetto al fatto", sostanziandosi in un inveramento "di credenze di razionalità rispetto allo scopo", in una vera e propria "autolegittimazione per risultati"².

Il che dà indubbiamente luogo ad un tipo di valutazione da parte del Giudice costituzionale "molto più aleatoria", costringendolo a ricorrere ad "un alfabeto completamente diverso", che "imponesse un riproporzionamento continuo dei parametri in virtù del risultato"³, che esige dalla Corte non più soltanto "una persistente istanza di unificazione ideologica", ma anche e soprattutto si sostanzia in una "richiesta di razionalità rispetto allo scopo"⁴. Non v'è dubbio che sul versante dei meccanismi decisionali, questa ricerca di razionalità rispetto allo scopo determini un ricorso sempre più esteso al "criterio della ragionevolezza", che "riflette perfettamente le esigenze di mobilità e duttilità di un modello che non è più tanto chiamato ad attrarre le molteplici aspettative all'ipotesi di un disegno di unificazione politico-costituzionale intorno ai valori, quanto a dare risposte diversificate e al tempo stesso contingenti al gioco delle sollecitazioni incrociate"⁵.

È noto, infatti, come nei processi che conducono all'applicazione di norme riguardanti i diritti fondamentali la, tecnica del bilanciamento, che viene occasionata da una forte influenza del dato fattuale, "è, essa stessa, la forma della decisione, la quale consiste in un giudizio di prevalenza di uno o l'altro dei principi che nel caso concreto vengono a configgere, oppure di concorrenza dell'uno con l'altro in condizioni di reciproca limitazione"⁶.

¹ Il che nell'argomentazione nel Diritto Costituzionale avviene normalmente; così, L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano 1996, 116.

² Così, C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma 1984, riedizione, Napoli 2014, 119 e 122.

³ Cfr., C. Mezzanotte, cit., 122.

⁴ Cfr., C. Mezzanotte, cit., 125.

⁵ Cfr., C. Mezzanotte, cit., 120.

⁶ Cfr., L. Mengoni, cit., 122.

È indubbio che le pronunce citate non possano non essere ricondotte a queste istanze di ricerca di razionalità rispetto allo scopo, di riproporzionamento dei parametri in virtù del risultato, conseguenti alle molteplici sollecitazioni incrociate che provengono da una società che raggiunge oramai un grado elevato di complessità, alle quali il giudice costituzionale (e non solo) è chiamato a dare risposta, operando un bilanciamento che perviene in conclusione ad una prevalenza di principi, ma che trae origine da un caso concreto ove quei principi entrano in insanabile conflitto.

È il caso della pressante richiesta di ricorso a tecniche di fecondazione eterologa e una mutata valutazione al riguardo da parte del corpo sociale; oppure, il caso di chi, pur avendo ottenuto la rettificazione di attribuzione di sesso non ritiene di dover rompere il vincolo coniugale dal quale è legato. Elementi fattuali che entrano prepotentemente nelle argomentazioni della Corte costituzionale, al punto da divenire elementi determinanti per l'assunzione della decisione di incostituzionalità.

Posto che, come è stato efficacemente rilevato “ai principi morali del diritto naturale, positivizzati come contenuti materiali del diritto positivo, non può darsi alcun significato operativo se non facendoli reagire con qualche caso concreto”⁷, è indubbio che l'ampio dibattito sulle unioni di persone dello stesso sesso sia in gran parte dipeso dalla sempre più frequente emersione di circostanze concrete, che premono e trovano sfogo in pronunce giurisdizionali.

È altrettanto indubbio che la stessa disciplina che verrebbe adottata dal legislatore per dare risposta a tali istanze sarà sottoposta a continue verifiche di ragionevolezza⁸, che in considerazione della pressione di circostanze concrete, potrebbero finanche travolgerne le linee di fondo. Così, l'eventuale esclusione di istituti connessi alla filiazione, sull'esempio di legislazioni che potrebbero essere assunte a “modello”⁹, rischierebbe di essere “travolta” dalle ci-

⁷ Cfr., L. Mengoni, cit., 116.

⁸ Il d.d.l. all'esame del Parlamento (Testo unificato AS 14 e connessi), ad esempio, esclude che le parti delle unioni civili possano accedere all'adozione (art. 3, 3° c.), mentre, con riguardo alla fecondazione assistita, non richiamando mai la legge 40/2004, si ritiene che restino fermi i requisiti soggettivi della stessa, che all'art. 5 fa riferimento a “coppie di maggiorenni di sesso diverso”.

⁹ Si pensi alle unioni tedesche alle quali propone di guardare T.E. Frosini, *Nozze gay, chi si firma è perduto...*, in *Confronti costituzionali*, 20 ottobre 2014.

tate “pressioni” e dalla sostanziale istituzionalizzazione della c.d. *Stepchild Adoption*.

2. *L'attualità della decisione 138/2010 e l'inconfigurabilità di una pronuncia additiva costituzionalmente obbligata per le unioni omosessuali*

Resta tuttavia opportuno prendere le mosse dalle insuperate argomentazioni della Corte costituzionale in occasione della sentenza 138/2010.

Nonostante l'importante “monito” contenuto nella pronuncia, la questione sollevata ai sensi dell'art. 2 Cost. viene dichiarata inammissibile, poiché “diretta ad ottenere una pronuncia additiva non costituzionalmente obbligata”¹⁰.

Il che significa che l'intervento chiesto alla Consulta avrebbe avuto un'indubbia portata “creativa”, che si sarebbe spinta oltre i confini delle pronunce additive, che si esauriscono in una sorta di equazione, per cui l'irragionevolezza conseguente all'assenza di una disciplina per una data fattispecie, viene risolta con l'estensione a quella fattispecie della disciplina di altra, che “calza perfettamente” in quella nuova.

Dunque, la Corte non ravvisa alcuna irragionevolezza nel fatto che il matrimonio sia l'unione tra due persone di sesso diverso. Non dubita che “l'istituto del matrimonio civile, come previsto nel vigente ordinamento italiano, si riferisce soltanto all'unione stabile tra un uomo e una donna”, nel quadro di una “consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio”¹¹.

Riconduce le unioni omosessuali, intese “come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso”, tra le “formazioni sociali” di cui all'art. 2 Cost., rilevando che a tali unioni spetta “il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia”, ancorché “nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge”, che ne stabilirà “il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”¹².

Pur spettando al Parlamento l'individuazione delle forme di garanzia e riconoscimento delle unioni e la regolamentazione di di-

¹⁰ Cfr., Corte cost., 138/2010.

¹¹ Cfr., Corte cost., 138/2010.

¹² Cfr., Corte cost., 138/2010.

ritti e doveri all'interno della coppia, la disciplina non potrà “essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio”¹³; mentre resterebbe “riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni”, che impongano “un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale”¹⁴.

2.1. *Unioni di persone dello stesso sesso e genitorialità*

La conformazione di tali unioni spetta dunque al legislatore, in ragione della sua valutazione discrezionale, ivi compresa l'individuazione di quelle “specifiche situazioni” che necessitano o meno un trattamento omogeneo con la coppia coniugata, ferma restando sul punto la configurabilità di una verifica di ragionevolezza da parte del giudice costituzionale.

Tra gli “specifici contenuti” che ammetterebbero un trattamento differenziato, parrebbe non discriminatoria l'esclusione di taluni istituti afferenti la filiazione.

Del resto, la disciplina dell'adozione ordinaria/legittimante è riferita a due persone unite da rapporto di coniugio riconosciuto dall'ordinamento italiano (art. 6, legge 184/1983), mentre la legge sulla fecondazione medicalmente assistita parla espressamente di due persone di sesso diverso (art. 5, legge 40/2004). Il che non sarebbe comunque sufficiente, posto che le citate discipline verrebbero sicuramente chiamate a “resistere” a test di ragionevolezza.

Con una sentenza oramai risalente nel tempo¹⁵, la Corte costituzionale, pronunciandosi sulla legge per la rettificazione di attribuzione di sesso, ebbe a rilevare sostanzialmente che il binomio genitorialità-transessualismo evidenzia il rischio dell'accavallarsi di funzioni parentali di segno diverso nella famiglia, con conseguente confusione nei ruoli genitoriali¹⁶, cosicché, la genitorialità delle persone transessuali metterebbe in discussione il binarismo sessuale e la stessa “tenuta” della famiglia così come originariamente compo-

¹³ Cfr., Corte cost., 138/2010.

¹⁴ Cfr., Corte cost., 138/2010. Quanto accaduto per le convivenze *more uxorio*: sentt. 559/1989 e 404/1988.

¹⁵ Cfr., Corte cost., 161/1985.

¹⁶ Cfr., A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano 2013, 129.

sta¹⁷, presupponendo una diversità sessuale tra genitori quale condizione della genitorialità. Ciononostante, la Consulta anticipa tematiche oggi di grande attualità, laddove prende atto che al transessuale “è preclusa (...) la facoltà di generare”, ma, in forza dell’intervento chirurgico, può godere delle “condizioni per una vita sessuale e di relazione quanto più possibile normale”; distinguendo così la capacità riproduttiva dal diritto ad una vita sessuale e di affetti, tale da assicurare “una situazione di, almeno relativo, benessere”¹⁸.

Le oramai numerose pronunce di giudici comuni che hanno “esteso” gli istituti dell’adozione o dell’affidamento temporaneo a coppie dello stesso sesso trovano costante giustificazione nella peculiarità dei casi concreti, offrendo risposte coerenti con il supremo interesse del benessere del minore.

È il caso del Tribunale per i minorenni di Roma (RG. 429/2014 del 30.7.2014), che si è limitato a giudicare su un’ipotesi di adozione “in casi particolari – in base alla quale, nell’interesse superiore del minore, la domanda di adozione può essere proposta anche da persona singola”¹⁹.

È il caso della Corte di Cassazione (sez. I, civ., sentenza 11 gennaio 2013, n. 601), la quale si limita a rilevare che di fronte all’affidamento del minore alla madre, convivente con altra donna, il padre ricorrente assume che ciò sarebbe causa di un pregiudizio “per l’equilibrato sviluppo del bambino”, senza fornire certezze scientifiche o dati di esperienza, dando “per scontato ciò che invece è da dimostrare”; senza in sostanza dare prova di quanto sostiene²⁰.

È il caso, infine, della pronuncia del Tribunale per i minorenni dell’Emilia-Romagna²¹, in forza della quale una minore viene affidata ad una coppia omosessuale di conoscenti della madre, in ragione del legame affettivo che la minore aveva sviluppato con la

¹⁷ Cfr., A. Lorenzetti, cit., 130.

¹⁸ Cfr., Corte cost., 161/1985.

¹⁹ Si trattava dell’adozione da parte di una donna della figlia della propria convivente, nata a seguito di fecondazione eterologa eseguita all’estero.

²⁰ La pronuncia non ha una valenza costituzionalmente orientata e non può operare un riconoscimento delle unioni omosessuali a prescindere da un intervento parlamentare; così, G.M. Salerno, *Nessun rischio di parificazione delle unioni*, in *Guida al Diritto*, n. 5 del 2013, 24 ss.

²¹ Cfr., Tribunale per i minorenni dell’Emilia-Romagna, decr. 31 ottobre 2013, Pres. Spadaro - Rel. Stifano.

coppia, della volontà di non sradicarla completamente dal contesto nel quale era cresciuta e della volontà di costringerla a rapportarsi con persone di sesso maschile, provenendo da una famiglia ove, “stanti i lunghi periodi di assenza della figura paterna”, la bambina “si è sempre relazionata a figure familiari femminili”.

3. *Il riconoscimento del “vincolo coniugale”: le indicazioni della Corte di Cassazione...*

Più problematiche paiono quelle iniziative volte al riconoscimento di matrimoni contratti all'estero mediante la trascrizione nei registri di stato civile²², poiché comportano il riconoscimento di rapporti allo stato attuale privi di disciplina.

Le iniziative giurisdizionali in tal senso si fondano su una non corretta interpretazione di un *obiter dictum* contenuto nella pronuncia della Corte di Cassazione, sez. I, 4184/2012²³, che, a ben vedere, non pare discostarsi da quanto conclusivamente rilevato dalla Corte costituzionale con la sentenza 138/2010.

La Suprema Corte non nega che “i componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto”, secondo la legislazione italiana “non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero”. Precisa tuttavia che di fronte a questi si aprono due strade astrattamente percorribili: la possibilità di “adire i giudici per far valere, in presenza di *specifiche situazioni*, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata”; la possibilità di sollevare in quella sede “le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta viola-

²² Cfr., Ordinanza del Tribunale di Grosseto del 3 aprile 2014 e le iniziative di taluni Sindaci. La prima è stata annullata dalla Corte d'Appello di Firenze (sez. I civ., Decreto del 23 settembre 2014), le seconde sono state annullate dai Prefetti, i cui decreti sono stati a loro volta annullati dal giudice amministrativo (cfr., Tar Lazio, sez. prima *ter*, Roma, sent. 3912/2015, che annulla il decreto del Prefetto di Roma n. 247747/2014).

²³ Cfr., F. Vari, *Il soliloquio del giudice a Babele ovvero il tentativo della Cassazione di equiparare il regime costituzionale di famiglia, convivenze more uxorio e unioni omosessuali*, in *federalismi.it*, n. 15/2013.

zione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza”.

Percorsi che si aprono, non già nei confronti di rapporti totalmente parificabili alla “famiglia”, bensì, nei confronti di quei “titolari del diritto alla *vita familiare* e nell’esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali”, dove, con tutta evidenza, la Cassazione mutua i riferimenti operati dalla Corte EDU, e dunque la distinzione tra rapporti di cui all’art. 12 (diritto a fondare una famiglia) e rapporti di cui all’art. 8 CEDU (tutela della vita familiare).

3.1. ...e la concretizzazione di fronte alla Corte costituzionale

Il concreto significato dell’*obiter* della Corte di Cassazione si può probabilmente cogliere solo dopo la sentenza della Corte costituzionale 170/2014²⁴, ove al giudice rimettente non era stata chiesta una generica equiparazione delle unioni omosessuali alla “famiglia”, ma semplicemente di fare fronte a quella “specifica situazione”, che meritava un trattamento “omogeneo” rispetto alla coppia coniugata.

Giudizio nel corso del quale sono state sollevate le sole “conferenti” eccezioni di legittimità costituzionale, che hanno prodotto la contestazione della disciplina vigente sotto precipui e “pertinenti” profili di “ragionevolezza”, e non già una generica verifica sull’equiparabilità delle unioni omosessuali alla “famiglia”.

4. *Il “fatto” all’origine della “singolare” pronuncia e gli effetti retroattivi della declaratoria di incostituzionalità quale efficace rimedio alla violazione costituzionale*

La particolarità della pronuncia è così imposta dalla particolarità, se non eccezionalità della situazione “sul piano fattuale”, che “si pone, evidentemente, fuori dal modello del matrimonio – che, con il venir meno del requisito, per il nostro ordinamento essenziale, della eterosessualità, non può proseguire come tale”, non es-

²⁴ A commento della quale, cfr., F. Saitto, *Finché “divorzio imposto” non vi separi. Famiglia, rettificazione di sesso e scioglimento ex lege del matrimonio*, in A. Schilacci (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Roma 2014.

sendo tuttavia, “neppure semplicisticamente equiparabile ad una unione di soggetti dello stesso sesso”, in quanto “ciò equivarrebbe a cancellare, sul piano giuridico, un pregresso vissuto”, nel cui ambito quella coppia aveva maturato “reciproci diritti e doveri, anche di rilievo costituzionale”, che ancorché non più riconducibili al modello matrimoniale, non possono per ciò stesso essere comunque sacrificati. Non si tratta semplicemente di tutelare una comunione di affetti, come in una qualsiasi unione tra persone dello stesso sesso, ma di salvaguardare “reciproci diritti e doveri”²⁵.

La peculiarità della fattispecie è ben presente al Giudice costituzionale, laddove rileva che il caso concreto coinvolge “l’interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio (e a non consentirne, quindi, la prosecuzione, una volta venuto meno il requisito essenziale della diversità di sesso dei coniugi)”, ma anche “l’interesse della coppia, attraversata da una vicenda di rettificazione di sesso, a che l’esercizio della libertà di scelta compiuta dall’un coniuge con il consenso dell’altro, relativamente ad un tal significativo aspetto della identità personale, non sia eccessivamente penalizzato con il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto”²⁶.

Ne deriva una pronuncia di accertamento di incostituzionalità, ancorché, all’apparenza, priva di effetti concreti fino all’intervento del legislatore, frutto del “gioco delle sollecitazioni”, diversificate e contingenti²⁷, ove i principi del diritto naturale vengono fatti reagire con uno specifico caso concreto²⁸.

“Reazione” del principio rispetto al “fatto” che ne determina una rilettura, che lascia ampio margine alla valutazione di ragionevolezza, quale ricerca di razionalità rispetto allo scopo²⁹, che viene realizzata attraverso un “ribilanciamento” giurisprudenziale riferito al caso particolare, rispetto al bilanciamento legislativo di portata generale.

La disciplina *sub iudice* operava già un bilanciamento di interessi, risolvendolo “in termini di tutela esclusiva di quello statale alla non modificazione dei caratteri fondamentali dell’istituto del

²⁵ Cfr., Corte cost., 170/2014.

²⁶ Cfr., Corte cost., 170/2014.

²⁷ Cfr., C. Mezzanotte, cit., 120.

²⁸ Cfr., L. Mengoni, cit., 116.

²⁹ Cfr., C. Mezzanotte, cit., 120.

matrimonio”, chiudendo ad una valutazione degli “interessi della coppia, non più eterosessuale, ma che, in ragione del pregresso vissuto nel contesto di un regolare matrimonio, reclama di essere, comunque, tutelata come forma di comunità” connotata dalla “stabile convivenza tra due persone” e idonea “a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione”³⁰, tale da determinare un *vulnus* all’art. 2 Cost., che di quelle forme di comunità costituisce fondamento costituzionale.

La rilevanza del caso concreto incide anche sugli effetti della pronuncia, tale da garantire reale tutela costituzionale ai rimettenti della questione. Una pronuncia monito o additiva di principio avrebbe sollevato la problematica di ordine generale, ma non avrebbe assicurato piena salvaguardia costituzionale ai diritti dei “ricorrenti”, poiché il rapporto si sarebbe comunque sciolto, con possibilità di ricostituirsi su nuove e diverse basi nel momento in cui il legislatore avesse legiferato, con rottura della continuità del legame, che la Corte ha voluto salvaguardare.

La declaratoria di incostituzionalità assicura effettività di tutela in considerazione dell’effetto retroattivo di tale tipologia di pronunce. Di fronte all’intervento del legislatore, la relativa disciplina potrà retroagire alla data di pubblicazione della pronuncia, divenendo immediatamente applicabile nei confronti della coppia ricorrente nel giudizio *a quo*, il cui vincolo non si è sciolto, ma da quel momento cambia natura, con garanzia di continuità del legame.

Il che ha trovato conferma nella pronuncia della Cassazione (sez. I, sent. 8097 del 21.4.2015) che ha dato seguito al giudizio costituzionale, a tenore della quale, quella sentenza non è un semplice “monito”, ma una decisione “autoapplicativa e non meramente dichiarativa”. Cosicché, l’adeguamento alle indicazioni della Consulta “non può che comportare la rimozione degli effetti della caducazione automatica del vincolo matrimoniale sul regime giuridico di protezione dell’unione, fino a che il legislatore non intervenga a riempire il vuoto normativo, ritenuto costituzionalmente intollerabile, costituito dalla mancanza di un modello di relazione tra persone dello stesso sesso all’interno del quale far confluire le unioni matrimoniali contratte originariamente da persone di sesso diverso e divenute, mediante la rettificazione del sesso di uno dei compo-

³⁰ Cfr., Corte cost., 170/2014.

menti, del medesimo sesso”. Questa operazione ermeneutica “è costituzionalmente obbligata e non determina l’estensione del modello di unione matrimoniale alle unioni omoaffettive, svolgendo esclusivamente la funzione temporalmente definita, e non eludibile, di non creare quella condizione di massima indeterminazione stigmatizzata dalla Corte costituzionale in relazione ad un nucleo affettivo e familiare che, avendo goduto legittimamente dello statuto matrimoniale, si trova invece in una condizione di assenza radicale di tutela”.

L’eventuale inerzia del legislatore non potrebbe essere ovviata tramite una “*reductio ad legitimitatem* mediante una pronuncia manipolativa, che sostituisca il divorzio automatico con un divorzio a domanda”, poiché “equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l’art. 29 Cost.”³¹. Ancorché, verrebbe affrontata con iniziative giurisdizionali e altre iniziative problematiche di trascrizione sui registri dello stato civile di matrimoni contratti all’estero, che darebbero luogo a legami privi di disciplina e a conseguente confusione sul piano giuridico con quanti entreranno in rapporto con i componenti di tale unione³².

5. *L’impatto dell’incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa sulla conformazione delle unioni omosessuali*

La pressione sempre più forte che viene operata dal “fatto” in dinamiche sociali come quelle odierne e le “sollecitazioni” che provengono da un corpo sociale che in ragione di una sempre più intensa “globalizzazione dei costumi” evolve a ritmi fino a pochi anni addietro impensabili, inducono a riflettere sulle ripercussioni che potrebbe avere su un qualunque quadro legislativo la pronuncia di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa.

³¹ Cfr., Corte cost., 170/2014.

³² Infatti, non pare certamente possibile, allo stato attuale, applicare a tali unioni, nonostante la formale trascrizione sui registri dello stato civile, la disciplina in materia di successioni, o la disciplina in materia previdenziale, o altre ancora, tipiche del matrimonio, in costanza di terzi che contesterebbero eventuali pretese successorie o degli enti previdenziali che negherebbero le prestazioni richieste, in assenza di una chiara disciplina, state l’evidente impossibilità di operare una semplicistica equiparazione con la famiglia fondata sul matrimonio.

Pur richiamando la Corte costituzionale i limiti di applicabilità soggettivi della legge anche per le tecniche eterologhe, ivi già contemplati per la fecondazione omologa³³, non pare essere troppo remota la possibilità di estensione del diritto alla genitorialità³⁴ anche alle unioni di persone dello stesso sesso, tramite la sottoposizione a *test* di ragionevolezza proprio di detti limiti.

La Corte riconosce che scelte in tali ambiti non possono che essere rimesse all'insindacabile discrezionalità del legislatore. Tuttavia rileva che tale discrezionalità può essere sindacata sotto il profilo dell'irragionevolezza o della manifesta irragionevolezza, ritenendo così irragionevole che una legge sulla fecondazione medicalmente assistita escluda da quella tecnica proprio chi, essendo completamente sterile, avrebbe maggiore necessità di accedervi. La rilevata irrazionalità determinerebbe "la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute", aggravato dal fatto che tale "lesione della libertà fondamentale della coppia (...) di formare una famiglia con dei figli", nella sua asserita "assolutezza", non troverebbe alcuna giustificazione nelle "esigenze di tutela del nato"³⁵. Il che, a ben vedere, proprio nella sua "assolutezza", potrebbe costituire base per l'affermazione di un diritto alla genitorialità per le unioni di persone dello stesso sesso, qualora riconosciute.

A ben riflettere, la Corte non è venuta ad emendare un profilo di irragionevolezza della legge, come accaduto in passato³⁶, ma è venuta a legittimare proprio quanto quella legge intendeva vietare con la regolamentazione delle tecniche di fecondazione medicalmente assistite. Il che è testimoniato dal fatto che, attraverso una meticolosa attività di carattere "creativo", la disciplina positiva della fecondazione eterologa viene tratta sulla base delle conseguenze previste dalla legge per le ipotesi di violazione del divieto di eterologa.

Ne deriva che, così argomentando, con la ricerca di profili di irragionevolezza esterni al testo normativo, scardinandone le scelte di fondo, si apre la strada ad una continua ricerca di profili di irragionevolezza sempre più "alti"; si alza sempre più il livello di irra-

³³ Cfr., art. 5, c. 1, l. 40/2004; cfr., Corte cost., 162/2014.

³⁴ Cfr., A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta online*, 11 giugno 2014.

³⁵ Cfr., Corte cost., 162/2014.

³⁶ Cfr., Corte cost., 151/2009, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità della disciplina sull'impianto contestuale di tutti gli embrioni fecondati.

gionevolezza, potendo in astratto sostenersi che sarebbe irragionevole escludere le coppie omosessuali dalle tecniche di fecondazione eterologa, in quanto geneticamente inidonee alla procreazione.

Il caso del Tribunale per i minorenni di Roma (RG. 429/2014 del 30.7.2014) ha evidenziato, inoltre, che l'allargamento della legittimazione alle tecniche eterologhe di fecondazione determina una sostanziale istituzionalizzazione della c.d. *Stepchild Adoption*, che trova originario fondamento su una situazione di fatto, quale la presenza di un figlio del convivente omosessuale, in ragione di una precedente unione eterosessuale, oppure di fecondazione eterologa effettuata all'estero. Creando così le condizioni per una genitorialità congiunta delle coppie omosessuali.

6. *Le “sollecitazioni”, di fatto e di diritto, esterne all'ordinamento*

Proprio la possibilità di recarsi all'estero per sottoporsi a tecniche di fecondazione eterologa, dunque un “fatto” frutto di aggiornamento della legge 40, ha assunto nelle argomentazioni della Consulta rilievo determinante, in quanto fonte di discriminazioni in ragione delle possibilità economiche delle coppie.

Dunque, la regolamentazione da parte del legislatore “degli effetti della PMA di tipo eterologo praticata al di fuori del nostro Paese, benché sia correttamente ispirata allo scopo di offrire la dovuta tutela al nato”, prevedendo, in ipotesi, il divieto di disconoscimento della paternità, avrebbe posto “in evidenza un ulteriore elemento di irrazionalità della censurata disciplina”, poiché avrebbe prodotto “un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse”³⁷.

Tale argomentazione rischia tuttavia di collidere con altra, di poco successiva, che ha retto la pronuncia della Corte di Cassazione (sez. civ. I, sentenza n. 24001/2014), con la quale, di fronte al divieto della legge 40 di ricorso alla maternità surrogata, in costanza dell'elusione di due coniugi che avevano ottenuto in Ucraina il riconoscimento di un figlio nato da un caso di maternità surrogata, stabiliva il divieto di riconoscibilità del figlio in Italia, ne dichiarava lo stato di abbandono e di adottabilità, in quanto “il divieto di pra-

³⁷ Cfr., Corte cost., 162/2014.

tiche di surrogazione di maternità è certamente di ordine pubblico”, venendo in rilievo “la dignità umana – costituzionalmente tutelata – della gestante e l’istituto dell’adozione”, con il quale la surrogazione di maternità si pone insanabilmente in conflitto, poiché unicamente a tale istituto “l’ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato”. Legame biologico che, a ben vedere, potrebbe mancare, quantomeno con uno dei due genitori, anche nel caso della fecondazione eterologa. Cosicché, è naturale chiedersi se in costanza di molteplici elusioni del divieto di maternità surrogata si perverrà a ritenere irragionevole finanche tale divieto, solo perché la evidenziazione delle circostanze di fatto di sostanziale elusione del divieto di eterologa avrebbe fatto emergere una condizione assunta dalla Consulta come discriminatoria.

Ne deriva che questi percorsi, non sempre lineari sulla strada della ragionevolezza, possono creare le condizioni per una genitorialità “congiunta” delle coppie di persone dello stesso sesso³⁸, come conseguenza dell’evidenziazione di fronte alla Corte costituzionale di condizioni discriminatorie in ordine all’esclusione di taluni istituti della genitorialità.

Numerose “sollecitazioni” in tal senso provengono dalle pronunce della Corte EDU, tant’è che non manca chi evidenzia che la *Stepchild Adoption* sia divenuto “il canale preferenziale per l’emersione delle aspettative di genitorialità della coppia omosessuale”, in ragione della progressiva diffusione delle tecniche di procreazione assistita e surrogata, che hanno consentito ad uno dei membri della coppia di avere un figlio, “con la prospettiva di estendere successivamente lo *status* di genitore anche all’altro partner”³⁹.

A ben vedere, le “sollecitazioni” della Corte EDU vanno circostanziate alle ipotesi ove emergano situazioni discriminatorie, a fronte della previsione da parte delle discipline nazionali dell’*adoption simple* e di una quasi esclusiva applicazione di quell’istituto a favore delle coppie eterosessuali coniugate, ovvero, di fronte a limitazioni in ragione dell’orientamento sessuale⁴⁰, lasciando conse-

³⁸ Cfr., E. Al Mureden, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Famiglia e diritto*, n. 5 del 2014, 466 ss.

³⁹ Cfr., G. Repetto, *Figli irricongiungibili. Le adozioni omoparentali davanti alla Corte europea dei diritti dell’uomo*, in A. Schillaci (a cura di), cit., 156.

⁴⁰ Cfr., G. Repetto, cit., 156 ss.

guentemente spazio per il resto ai margini di apprezzamento statali, con la chiara consapevolezza, tuttavia, che l'emersione di sempre nuove circostanze di fatto determina l'evidenziazione di sempre nuove situazioni discriminatorie.

Il che dicasi nonostante, allo stato attuale, la Corte di Cassazione ritenga che “il limite generale dell'ordine pubblico” valga anche con riferimento alla “disciplina estera sulla filiazione” e che nel concetto di ordine pubblico non rientrino soltanto “i valori condivisi della comunità internazionale”, ma anche i “principi e valori esclusivamente propri”, qualora “fondamentali e perciò irrinunciabili”⁴¹.

7. *Il dubbio dell'incostituzionalità della legge sull'adozione all'attenzione della Consulta: ultima sollecitazione, ma non ultima?*

Non v'è dubbio che le diverse “sollecitazioni”, ancorché tutte calibrate su specifiche e peculiari situazioni di fatto, non potranno non produrre l'effetto del sasso che scivolando dalla montagna ne porta con sé un numero sempre maggiore, fino a provocare una valanga. I numerosi casi concreti non potranno non produrre effetti di portata più ampia, venendo in prima battuta assunti a parametro di giudizio per la soluzione di altri casi concreti ed eventualmente successivamente andando a conformare la regola di carattere generale.

Questo percorso di estensione degli effetti dal caso concreto alla regola di portata generale è parso evidente nei confronti della legge sulla fecondazione medicalmente assistita.

Quanto alla conformazione delle “unioni di persone dello stesso sesso”, una “sollecitazione” pervenuta all'esame di un giudice comune e sottoposta all'attenzione della Corte costituzionale si ha con l'ordinanza del Tribunale per i minorenni di Bologna del 6 novembre 2014 (depositata il 10 novembre 2014), che, assumendo come preminente parametro di giudizio la sentenza n. 170 del 2014, solleva questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge 184/1983, “*Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*”, nella parte in cui, così come costantemente interpretati, “non consentono al giudice di valutare, nel caso concreto, se ri-

⁴¹ Cfr., Corte di Cassazione, sez. civ. I, sent. 24001/2014.

sponda all'interesse del minore adottato, il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato la sua adozione in favore del coniuge del genitore, a prescindere dal fatto che il matrimonio del caso abbia prodotto effetti in Italia (come per la fattispecie del matrimonio tra persone dello stesso sesso)".

Secondo il giudice rimettente, il divieto assoluto di riconoscibilità della decisione straniera, impedirebbe in modo netto e irrazionale al giudice italiano di poter operare un vaglio giudiziale sull'effettivo miglior interesse per il minore, vanificando molteplici principi di matrice internazionale ed europea, poiché, nel caso di specie, non viene in considerazione il problema, tra "coniugi", della trascrizione del matrimonio omosessuale, bensì, il rapporto genitoriale e il preminente interesse del minore.

Il quesito è se la condizione di coniugi dello stesso sesso che, dopo la formazione di una famiglia all'estero "in modo legale", intendano proseguire nella loro vita di coppia, limitatamente al profilo della genitorialità, sia riconducibile ad una di quelle situazioni "particolari" di cui parla la Consulta nella sentenza 138 del 2010, sottoponibili di volta in volta al vaglio di adeguatezza e proporzionalità.

Anche qui resterebbe coinvolto, analogamente alla pronuncia 170/2014, da un lato, "l'interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio", dall'altro lato, "l'interesse della coppia omogenitoriale a che l'unione dei membri della famiglia non sia cancellata in modo completo e irreversibile con il sacrificio integrale della dimensione giuridica preesistente".

Ne deriva che la "sollecitazione" che perviene ora alla Corte costituzionale non è altro che la conseguenza, per ora ultima, delle molteplici "sollecitazioni incrociate" delle quali si è tentato di dare conto. Cosicché, come in un gioco di "*matrioske*", le diverse sollecitazioni ne producono sempre di nuove, le quali si muovono su piani di sempre maggiore e più ampia assimilazione delle unioni omosessuali alla condizione della famiglia tradizionale, dando vita ad una conformazione casistica per via giurisprudenziale della fattispecie unioni di persone dello stesso sesso, ancor prima dell'intervento legislativo, con il conseguente e successivo "rischio" di scardinamento delle linee portanti di quella disciplina, nell'evenienza in cui verrà approvata, oppure di una progressiva definizione di un modello di "unione" in via giurisprudenziale, qualora il legislatore rimarrà inerte.

Il che produrrà una sostanziale continua ricerca sociale e giurisprudenziale di assimilazione alla famiglia tradizionale, alla quale non sarà semplice frapporre gli argini, talvolta deboli, della scelta politico-legislativa⁴², ma che si auspica sia guidata da quel circuito virtuoso e rapporto dialogico tra Corte costituzionale e legislatore⁴³, come la stessa Consulta ha lasciato intravedere nelle pronunce 138/2010 e 170/2014, così da garantire una continua adesione delle scelte normative ai parametri costituzionali, eventualmente divenuti progressivamente più elastici e a loro volta conformati proprio alle citate e molteplici “sollecitazioni incrociate” provenienti dal corpo sociale⁴⁴.

Circuito che ha prodotto e probabilmente continuerà a produrre, come sopra evidenziato⁴⁵, un sostanziale riproporzionamento dei parametri in virtù del risultato in ragione delle rilevate istanze di razionalità rispetto allo scopo, che nasce da un bilanciamento tra principi e determina, a sua volta, una nuova conformazione di quei medesimi principi.

Abstract

In this essay the author has given an account of the important judgments of ordinary judges on the question of the recognition of homosexual unions. One of the principal questions is if this kind of union can have child custody or can adopt. It is normal that the debate about this issue is affected by the judgments on “forced divorce” and heterologous fertilization, even if the necessary starting point should remain the considerations in the judgment 138/2010. Finally, the author has come to the final conclusion that the many pressures that stem from the analyzed facts will in-

⁴² Basti pensare al caso della legge sulla fecondazione medicalmente assistita.

⁴³ Un esempio è sicuramente costituito dalla pronuncia della Corte costituzionale austriaca, sent. G119-120/2014, con la quale è stato dichiarato incostituzionale il divieto di adozione per le coppie omosessuali, ritenendo che non esiste alcuna giustificazione obiettiva per limitare il diritto all'adozione in ragione dell'orientamento sessuale, richiamando anche l'art. 14 CEDU. È interessante che la Corte ha sollecitato il legislatore ad adottare una nuova disciplina, fissando il termine a dicembre 2015.

⁴⁴ Cfr., M.E. D'Amico, *Audizione - Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, in *Osservatorio Costituzionale*, n. 1/2015, che propone, non già “un automatico diritto al figlio per le coppie omosessuali, bensì la mera possibilità di accedere alla procedura di valutazione di idoneità, non potendosi fondare tale esclusione sull'orientamento sessuale (...) della coppia richiedente”.

⁴⁵ Cfr., par. 1.

fluence the legislator, or the case law in front of ordinary judges or in front of Constitutional Court.

In questo saggio si è in primo luogo dato conto delle importanti e oramai numerose pronunce dei diversi giudici comuni sulla questione del riconoscimento delle unioni omosessuali, oppure sull'estensione a tali unioni di istituti quali l'affidamento di minori o l'adozione. Si è preso atto che il relativo dibattito, e l'eventuale disciplina, non potranno non essere influenzati dalle sentenze sul "divorzio imposto" e sull'incostituzionalità del divieto di eterologa, ancorché il punto di partenza obbligato debbano rimanere le considerazioni di cui alla sentenza 138/2010. Per finire, l'autore è pervenuto alla constatazione conclusiva per cui le numerose pressioni che derivano dalle circostanze di fatto analizzate non potranno non influenzare il legislatore, o addirittura, comportare uno svuotamento giurisprudenziale dell'eventuale disciplina normativa.

CLAUDIO MARTINELLI

LA MAGNA CARTA TRA STORIA DEL DIRITTO E DIRITTI COSTITUZIONALI*

SOMMARIO: 1. Il quadro storico. – 2. Il contenuto giuridico della Magna Carta. – 3. Dopo Runnymede. – 4. L'eredità della Magna Carta nei tratti distintivi del costituzionalismo inglese. – 5. Magna Carta e *rule of law*.

1. *Il quadro storico*

Gli anniversari offrono sempre ottime occasioni per ricordare e riflettere, soprattutto se particolarmente rotondi. L'ottocentesimo anniversario della concessione della Magna Carta ci invita a rimediare non solo su un documento che ha fatto la storia del diritto costituzionale, ma anche sui fondamenti stessi del costituzionalismo contemporaneo e sulla specificità della cultura politica e giuridica degli Stati di democrazia classica. In questo senso, ragionare sulla Magna Carta, sul contesto storico che portò alla sua concessione, sui suoi contenuti giuridici, sul suo destino nei secoli successivi, costituisce un esercizio di comprensione dell'attualità e dei caratteri delle nostre organizzazioni politiche, dei loro pregi e dei loro difetti. Significa, in ultima analisi, aprire lo sguardo alla nostra storia per cercare di capirne il senso e interpretare gli insegnamenti che ci può ancora offrire nonostante lo scorrere del tempo e i mutamenti del mondo.

Per comprendere i motivi e le modalità che stanno alla base della concessione del documento non si può prescindere da una breve analisi del contesto storico dell'epoca. Un'età, quella medievale, percorsa da schemi politici e rapporti di potere molto particolari e difficilmente giustificabili ai nostri occhi. Per questo è neces-

* Il presente scritto prende le mosse da una serata celebrativa degli ottocento anni della *Magna Charta Libertatum* organizzata a Bologna il 20 giugno 2015 dalla Fondazione Magna Carta.

sario accettare canoni interpretativi adeguati alla comprensione di quei fenomeni¹.

Intanto bisogna ricordare come per tutto il Medioevo alla morte del Monarca in carica il regno venisse spartito tra i discendenti come in una divisione ereditaria. Alla morte di Riccardo “cuor di leone” (1199) la situazione successoria nella dinastia dei Plantageneti si complica notevolmente. Il re muore senza lasciare eredi e i suoi territori, che comprendevano parti delle attuali Inghilterra e Francia, vengono spartiti tra i parenti più stretti. Il fratello Giovanni viene incoronato re d’Inghilterra e presto impegna molte risorse finanziarie in una guerra contro Filippo II che nel 1204 finisce per costargli il Ducato di Normandia.

Giovanni non accettò mai questo verdetto e passò i dieci anni successivi a esperire vani tentativi di riconquistare ciò che riteneva gli spettasse di diritto. Tuttavia, quella sconfitta militare gli fece capire quanto fosse prioritario, per perseguire qualsiasi obiettivo di rivalsa, consolidare il potere sull’Isola² e pertanto cominciò a praticare una politica accentratrice e dispotica che gli attirò le antipatie dei baroni e dei vescovi, oltre che del Papa, Innocenzo III. Gli veniva rimproverato un eccesso di pretese fiscali per finanziare le sue campagne militari, di amministrare la giustizia in modo arbitrario e di non rispettare l’autonomia della Chiesa. L’avversione delle principali classi feudali si inasprì dopo l’ennesima sconfitta subita ad opera di Filippo, nel luglio 1214.

Nel giugno del 1215 la ribellione della nobiltà raggiunse il suo apice e Giovanni, temendo un collegamento tra i suoi oppositori e il nemico francese, si vide costretto a scendere a patti. La negoziazione che si svolse a Runnymede (un grande prato in riva al Tamigi che aveva il pregio di trovarsi tra il castello di Windsor, dove si trovava il re, e il quartier generale dei baroni a Staines) prese le mosse dagli *Articles of Barons* che contenevano le richieste al Monarca, e i frutti dell’accordo vennero appunto messi per iscritto in un docu-

¹ Per utili approfondimenti cfr. G. Garnett e J. Hudson (edited by), *Law and Government in Medieval England and Normandy*, Cambridge University Press, Cambridge 2000.

² Come spiegano J. Gillingham e R.A. Griffiths, *Medieval Britain*, Oxford University Press, Oxford 2000, 33: «Until December 1203 John, like his father and brother, spent most of his reign in Continental possessions. After that date he became, by force of circumstances, an English king».

mento che solo successivamente assumerà il nome di *Magna Charta Libertatum*.

2. Il contenuto giuridico della Magna Carta

Dunque, la Magna Carta si presenta in primo luogo come un “trattato di pace” tra re Giovanni e la nobiltà incarnata dai baroni e dai vescovi. Lo si capisce già dalla lettura del lungo preambolo in cui vengono nominati coloro che hanno “consigliato” il sovrano a disporre quanto segue «per il miglioramento del nostro regno»³: si tratta dei più importanti esponenti della nobiltà feudale e della Chiesa inglese, al tempo stesso promotori, testimoni e garanti del patto.

Ciò che muove questa vicenda storica è pertanto il contrasto tra la Corona e la nobiltà sulla legittimazione a prendere determinate decisioni, sulle modalità con cui potevano essere legittimamente prese e sui limiti entro cui potevano dispiegare la loro efficacia. Una sorta di “azione di regolamento di confini”: apposizioni di limiti al potere politico, affermazioni di prerogative di libertà per i singoli e le comunità contro l’invadenza del potere stesso, richiami alla responsabilità di chi detiene il potere verso le legittime aspettative dei corpi sociali.

Questi lineamenti di fondo si estrinsecano in un impianto giuridicamente piuttosto articolato e complesso, che abbraccia molteplici settori della vita sociale e che ovviamente va valutato immergendosi nei canoni della realtà medievale.

La Magna Carta consta di 63 clausole⁴ che disciplinano svariate materie, definendo diritti e responsabilità del Re, della nobiltà, e di moltissimi altri gruppi sociali: dalla Chiesa alle città, fino alle contee e ai borghi. Ci limitiamo a richiamare quelle che per tanti motivi possono essere considerate le più rilevanti per i problemi dell’epoca ma soprattutto per la storia del costituzionalismo.

La prima clausola è idealmente suddivisibile in due parti. La prima prende ad oggetto la Chiesa inglese: garantisce le sue libertà

³ La traduzione in italiano cui faremo riferimento in questo scritto è quella pubblicata in *Magna Carta [1215]*, Liberilibri, Macerata 2007, 1-43, con commento introduttivo di A. Torre, *Tutti gli uomini di re Giovanni*, XIII-LXVII. Il volume riporta anche il testo latino a fronte.

⁴ «La numerazione in sezioni è convenzionale, poiché il testo originale della Magna Carta è scritto su un unico grande foglio senza ripartizioni»: cfr. *Ibidem*, 5, in nota.

e in particolare il suo diritto a eleggere e nominare in piena autonomia i vescovi e le altre cariche. Naturalmente, dal punto di vista del clero, questa affermazione si era resa necessaria proprio a causa dell'ingerenza mostrata in passato da Giovanni, in ossequio alla sua politica accentratrice e pervasiva. Nel documento Giovanni accetta di ribadire questi spazi di libertà dell'istituzione religiosa e tuttavia non vuole passare come un sovrano dispotico, soprattutto nei confronti della Chiesa, e quindi fa inserire nel testo le seguenti precisazioni: «...la libertà delle investiture, che è considerata di particolare importanza ed essenziale per la Chiesa inglese, con pura e spontanea volontà e ben prima che sorgesse discordia tra noi e i baroni, avevamo concesso e confermato con nostra carta, e avevamo ottenuto che fosse confermata dal signor nostro il papa Innocenzo III».

Si tratta di un chiaro esempio di che cosa volesse dire stringere un patto costituzionale negli assetti di potere del medioevo: da parte dei richiedenti non vi è nessuna volontà di stravolgimento istituzionale ma solo quella di sancire o ribadire determinati principi di convivenza tra centri di potere e pertanto non vi è nulla di disdicevole nell'accettare l'introduzione di un emendamento voluto dal re che, negando una sua supposta volontà contraria, finisce per rendere ancora più forte quanto viene statuito.

La seconda parte della norma è per certi versi ancora più importante perché costituisce una sorta di estensione di validità, per ognuna delle clausole successive, agli "uomini liberi" del regno: «Abbiamo inoltre concesso a tutti gli uomini liberi del nostro regno, per quanto riguarda noi e i nostri discendenti in perpetuo, tutte le libertà che sono sotto elencate, le quali saranno possedute e conservate da essi e dai loro discendenti, come fossero garantite da parte nostra e dei nostri discendenti».

Altra clausola fondamentale, soprattutto se si tiene conto della struttura sociale e politica del Medioevo, è la numero 13 con cui il re dispone che «la città di Londra goda di tutte le sue antiche libertà e libere consuetudini sia per terra che per acqua», estendendo poi questo statuto di libertà a tutte le altre città, borghi, villaggi e porti. Dalla lettera di questa norma si possono dedurre due elementi rilevanti: il primo è che queste libertà erano preesistenti e risalivano ad antichi *customs* garantiti dalla common law: qui vengono solo ribadite e riaffermate; la seconda segnala che nel nucleo portante di queste libertà vi è sicuramente il tema degli scambi

commerciali e del potere del sovrano di interferire con lo strumento dell'imposizione fiscale. Un argomento che tornerà ancor più esplicitamente in altri articoli della Carta.

Una delle statuizioni giustamente più celebri della Magna Carta è quella risultante dal combinato disposto delle clausole 39 e 40 in tema di libertà personale e amministrazione della giustizia. Si sancisce che *nullus libero homo* potrà essere limitato nella sua libertà personale «se non in virtù di un legittimo giudizio di suoi pari o in applicazione della legge del paese» e che il re e l'apparato giudiziario del regno non negheranno mai il diritto ad avere giustizia. Ed è evidente come su queste tematiche relative alla funzione giurisdizionale esercitata dalle corti del re il richiamo ai dettami del sistema giuridico di common law sia ancora più forte⁵.

Le clausole fin qui menzionate sono le uniche ancora formalmente e pienamente in vigore nell'ordinamento del Regno Unito, sopravvissute alle vicissitudini storiche subite dal documento redatto nel 1215. Tuttavia, non si può non annoverare tra le regole fondamentali, anche per l'influenza che il principio ivi contenuto ha poi esercitato sul costituzionalismo moderno, quella scaturente dal combinato disposto delle clausole 12 e 14. Siamo nel cuore del problema fiscale, dei limiti alla legittimazione del sovrano all'imposizione dei tributi e delle modalità procedurali attraverso le quali prendere queste decisioni.

La prima clausola sancisce che il re non potrà autonomamente imporre al regno alcuna tassa per il mantenimento della forza militare (*scutagium*) o per far fronte a proprie difficoltà finanziarie (*auxilium*) senza il consenso di un'assemblea, a meno che il fine non riguardi tre casi eccezionali e strettamente individuati: riscatto della persona del re, ordinazione a cavaliere del suo primogenito e matrimonio della sua figlia maggiore. E comunque, anche in questi casi, «non sarà imposto null'altro che un ragionevole *auxilium*».

La seconda si occupa dettagliatamente dei caratteri di questo consenso legittimato a prendere le decisioni nella generalità dei casi: vengono elencati i componenti "di diritto" (arcivescovi, vescovi,

⁵ Sul rapporto tra Magna Carta e common law cfr. J. Hudson, *The Formation of the English Common Law. Law and society in England from the Norman conquest to Magna Carta*, Longman, London 1996, 220-239. Secondo l'autore (p. 224): «some barons in 1215 perhaps were concerned, rightly or wrongly, that the king was intent on a general reduction of the jurisdiction of their courts».

abati, conti e i principali baroni) che verranno convocati con lettere individuali, cui si uniranno «tutti coloro che hanno in possesso nostre terre», cui sarà dato un preavviso di almeno quaranta giorni, tramite comunicazioni generali degli sceriffi e dei balivi presenti sul territorio, per essere presenti nel luogo e nel momento prescelti dal re per lo svolgimento dell'assemblea. Infine, si dispone che le determinazioni vengano prese a maggioranza dei presenti.

Insomma, un complesso di norme che fanno della Magna Carta non un mero elenco di principi generali, e men che meno un elenco di proclami astratti e sganciati dalla realtà in cui si collocano. Al contrario, si tratta di un atto giuridico a tutti gli effetti, in cui traspare la preoccupazione dei redattori che le regole ivi stabilite possano trovare sempre una concreta applicazione⁶.

Sottolineato il valore politico e giuridico di questo documento, è necessario però fare molta attenzione a non attribuirgli significati che non poteva contemplare. L'interprete di Carte così risalenti ha sempre il dovere di storicizzare gli eventi, a maggior ragione quando coinvolgono momenti cruciali. In quest'ottica è doveroso leggere i concetti per come erano vissuti dai protagonisti della vicenda. E allora è necessario tenere presente che quando la Carta del 1215 evoca gli "uomini liberi" non intende riferirsi a tutti i sudditi del regno, bensì solo agli appartenenti alle categorie dei proprietari terrieri, mercanti, artigiani e soldati. Inoltre, le pur importantissime clausole in tema di libertà fondamentali e sistema giudiziario non costituiscono ancora un'affermazione piena del *trial by jury*, del *due process of law* o dell'*habeas corpus*. Tuttavia è difficilmente confutabile l'assunto che quelle affermazioni segnino un decisivo passo sulla strada della loro enucleazione e implementazione. E un discorso analogo vale per il rapporto tra le clausole in materia fiscale e il *no taxation without representation*. Certamente di fronte all'assemblea di nobili e clero, convocata nei termini descritti, non possiamo dire di trovarci in presenza di un moderno modello di rappresentanza politica, ma il solo fatto di avere sancito un limite all'arbitrio solitario del re costituisce un imprescindibile punto di partenza per le successive evoluzioni del costituzionalismo.

⁶ Come ha efficacemente puntualizzato J.C. Holt, *Magna Carta and Medieval Government*, The Hambledon Press, London 1985, 205: «Rights and liberties might be incorporeal but they were non abstract. Men could petition for them, sue for them and be sued for them. They had a value which could be assessed. In this sense, if not tangible in themselves, the profits they yielded were usually so».

Ma ciò che più conta, al di là del tenore formale delle singole clausole e del loro progressivo venire meno in termini di concreta applicabilità giuridica essendo molto legate alle dinamiche della società feudale, è lo spirito di fondo che animava la Carta: la negoziazione di un patto costituzionale con il re, la fissazione di limiti al suo potere e l'assunzione di responsabilità verso il regno da parte di tutte le componenti sociali che avevano dato vita al documento⁷. È questo il passo decisivo per il futuro del costituzionalismo inglese (e non solo). E l'esempio più significativo è proprio quello fiscale: nelle nuove edizioni della Carta successive al 1215 vengono formalmente cancellate le clausole 12 e 14; cionondimeno entrano rapidamente nella coscienza collettiva al punto che i consigli vengono comunque convocati e dagli anni '30 cominciano perfino ad assumere il nome di *parlamentum*. Segno che quelle norme erano in piena armonia con la sensibilità del corpo sociale che le introietta anche al di là della loro formale vigenza nell'ordinamento.

3. Dopo Runnymede

Storicamente la Magna Carta ebbe una vita molto travagliata, coinvolta come fu nelle sanguinose diatribe della politica medievale. Giovanni si pentì ben presto di averla emanata e fin dal mese di luglio si rivolse al Papa, Innocenzo III, chiedendogli un suo intervento che sconfessasse e annullasse la Carta. Il 24 agosto il Papa, anche come *England's feudal overlord*, emise una bolla con cui la dichiarava nulla perché potenzialmente catastrofica per gli equilibri del potere feudale, giudicandola contro il diritto, la giustizia e la volontà di Dio⁸. L'atto papale giunse in Inghilterra a settembre: la Magna Carta era rimasta in vigore solo tre mesi e la sua cancellazione scatenò le ire delle classi sociali che l'avevano strappata a Giovanni. Ire talmente forti che quando nel maggio dell'anno successivo il Principe di Francia Luigi, approfittando della guerra civile che stava insanguinando l'Isola, invase l'Inghilterra, almeno due terzi dei baroni si schierarono con lui offrendogli il trono. La Magna Carta sembrava essere l'emblema di un fallimento storico e militare. Tuttavia, dopo

⁷ Sottolinea con chiarezza la natura negoziale della Magna Carta G.F. Ferrari, *Le libertà. Profili comparatistici*, Giappichelli, Torino 2011, 25-26.

⁸ Cfr. C. Breay, *Magna Carta: Manuscripts and Myths*, The British Library Publishing Division, London 2010, 33.

alterne vicende belliche caratterizzate da una girandola di alleanze e tradimenti, la situazione si stabilizzò proprio grazie alla morte di Giovanni, nel novembre del 1216⁹. Gli succedette il figlio Enrico, che però aveva solo nove anni. Il reggente Marshall fece di tutto per assicurare ad Enrico III l'appoggio della nobiltà, compreso il rilancio della Magna Carta con la redazione di due nuove versioni, nel 1216 e nel 1217, che andavano a modificare il testo originario per rivitalizzare il patto costituzionale con le classi egemoni, di cui il nuovo sovrano non poteva fare a meno per regnare.

Di particolare rilievo storico fu l'articolato del 1217 perché venne concordato di espungere dal testo il fondamentale problema, per quell'epoca, dell'ordinamento della Foresta del re che venne disciplinato in una carta a parte, appunto la Forest Charter. A questo punto la Carta principale, anche per distinguerla da quest'ultima, viene appunto chiamata Magna Carta o Great Charter.

Successivamente, nel 1225, quando Enrico ebbe raggiunto l'età della ragione volle a sua volta dare un'impronta diretta e concordò ulteriori modifiche al testo, che poi divenne quello definitivo. Infatti, il suo successore Edoardo I (detto il "Giustiniano dell'Inghilterra" per la cura che prestava alle tematiche giuridiche) nel 1297 non solo la confermò ma la fece copiare nel primo *statute roll* del regno, dotandola quindi di una particolare forza e stabilità, tanto che finalmente potette essere tradotta anche in inglese, la lingua parlata da un popolo del cui ordinamento giuridico la Carta diventava parte integrante.

Grazie a queste complesse vicende il documento, redatto in latino (la lingua della solennità) e tradotto subito in francese (la lingua maggiormente parlata nelle Corti che si disputavano le due sponde della Manica), viene a lungo elaborato e può essere metabolizzato da tutte le classi sociali, andando incontro al destino che la Storia gli ha voluto riservare.

4. *L'eredità della Magna Carta nei tratti distintivi del costituzionalismo inglese*

Nel corso dei secoli successivi la Magna Carta finisce per assumere una posizione fondamentale nella storia del costituzionalismo.

⁹Secondo la tesi di M.T. Clanchy, *England and its Rulers: 1066-1307*, Wiley-Blackwell, London 2014.

Nell'esperienza inglese della prima fase del XIII secolo siamo ancora di fronte ad un diritto costituzionale embrionale e rudimentale che, però, ha già individuato nella lotta per l'imposizione di chiari limiti giuridici al potere politico la chiave di volta per impedire la tirannia e garantire spazi di libertà. Naturalmente è possibile scorgere segni tangibili della sua impronta soprattutto in quello inglese, sia perché questa è la terra in cui le vicende appena rammentate si sono svolte, sia perché la storia costituzionale dell'Inghilterra presenta canoni talmente particolari che la differenziano dalle esperienze vissute da tutte le altre nazioni, facendone il terreno d'elezione per l'affermazione dei diritti individuali e della rappresentanza parlamentare. Ebbene, l'influenza della Magna Carta si collega proprio alle alterne e complesse vicende storiche che accompagnarono l'affermazione dell'istituzione parlamentare e la difesa della centralità per l'ordinamento inglese delle corti di common law, in un perenne confronto con le prerogative della Corona. Ecco alcuni momenti fondamentali.

Nel 1258 l'assemblea nobiliare, sfruttando l'arma della negazione al re dei sussidi per una campagna militare, come contemplato nelle clausole della Magna Carta, gli strappa le *Provisions of Oxford*, cioè una serie di prerogative volte a limitare ulteriormente i poteri del re e a dare stabilità alla nuova istituzione rappresentativa. Venne creato il *Privy Council*, composto da quindici membri nominati dai baroni, con il compito di consigliare (nonché di controllare) il re nel suo operato, e venne stabilito che il Parlamento si dovesse riunire tre volte l'anno. Non sembra azzardato sostenere che i «reforming barons were familiar with Magna Carta, and they held that their proposed innovations grew out of the Charter, necessitated by the King's resistance to its constraints»¹⁰.

Nel 1265, a seguito dell'ennesima ribellione dei baroni contro il re, su impulso del leader di questa rivolta, Simon de Montfort, si forma un'assemblea chiamata *Magnum Parliamentum*, composta, oltre che dai rappresentanti del clero e della nobiltà, anche da quelli dei cavalieri e della borghesia: uno storico salto di qualità sulla strada della rappresentanza politica.

Poi, nel 1295 sarà lo stesso re Edoardo I a convocare un Parlamento composto da nobili, prelati e due rappresentanti per ogni

¹⁰ Così R. Turner, *Magna Carta Through the Ages*, Pearson, Harlow 2003, 96.

contea, città e borgo, con il principale compito di discutere la materia fiscale. Si tratta del *model Parliament*, perché fungerà da modello per le successive assemblee del regno, che dal XIV secolo si articoleranno su due Camere da quando i rappresentanti dei territori cominceranno a riunirsi separatamente nella Camera dei Comuni¹¹. Ma la convocazione del Parlamento del 1295 è importante anche perché si ricollega sia alla decisiva *confirmatio* della Magna Carta del 1297, sia alla concessione nello stesso anno dello *Statutum de tallagio non concedendo*, con cui Edoardo sancisce il principio *no taxation without representation* (art. 1) ed emette la clausola di conferma solenne delle libertà (art. 4), in piena linea di continuità con quanto previsto fin dal 1215.

Dunque, già alla fine del XIII secolo il regno d'Inghilterra è dotato di una struttura costituzionale molto articolata e avanzata per i canoni dell'epoca: un'assemblea parlamentare i cui membri rappresentano gran parte dei ceti sociali e dei territori che compongono il regno, un sovrano che accetta di vedere limitato il suo potere, un ancoraggio normativo sempre più solido perché fondato su documenti scritti per dirimere i conflitti e raggiungere compromessi sostenibili, un sistema giurisdizionale, la common law appunto, che grazie alla giurisprudenza delle sue corti sta unificando la nazione, dotandola di regole di condotta improntate alla correttezza dei rapporti giuridici tra i privati e alla non subalternità dell'individuo rispetto allo Stato. Tutte caratteristiche che contribuiranno per secoli a fare dell'Inghilterra un faro della modernità.

In coerenza con questo stato di cose, i sovrani successivi, durante il XIV secolo, non mancarono di attribuire le loro *confirmations* al testo del 1225 (cristallizzato nel 1297), e il Parlamento, sotto Edoardo III, procedette con i cosiddetti *six statutes* (1331-1368) ad una importante opera di interpretazione di diverse clausole della Magna Carta, che ne allargò i confini rendendo più vasto il campo della sua effettiva vigenza. In particolare, nello *statute* del 1354 si sanciva un rilevante ampliamento della definizione di "uomo libero" che diventava «man, of whatever estate or condition

¹¹ Per una ricostruzione delle complesse vicende storiche legate all'istituzione parlamentare nel Medioevo inglese cfr. G.G. Florida, *La costituzione dei moderni. Profili tecnici di storia costituzionale*. I. *Dal medioevo inglese al 1791*, Giappichelli, Torino 1991, 27-44.

he may be». In quello del 1368 veniva attribuito alle espressioni di cui alla clausola 39 «nisi per legale iudicium parium suorum» e «per legem terrae» un significato coincidente con i caratteri fondamentali del moderno processo penale «defined in terms of yet another potent and durable phrase, 'due process of law', which meant procedure by original writ or by an indicting jury»¹².

Insomma, una serie di atti normativi che vogliono dare forma e sostanza ai principi già contenuti nella Magna Carta, allargandone l'applicazione a tutti i sudditi: «Lo *statute* del 1368 si pone al culmine di una serie di *statutes* [...] che per via di progressivi aggiustamenti succedutisi tra il 1331 e il 1368 furono indirizzati ad istituire con la massima intensità possibile un raccordo tra l'atto di accusa formale e lo svolgimento di un processo in contraddittorio davanti ad un giudice a seguito di una rituale convocazione»¹³.

Dunque, alla fine del XIV secolo la Magna Carta è a tutti gli effetti un documento giuridico pienamente inserito nell'ordinamento del regno d'Inghilterra: i suoi principi presiedono ai rapporti tra le variegate componenti del potere politico e molte sue clausole costituiscono la genesi per l'affermazione di regole giuridiche in tema di libertà individuale, garanzie processuali e obblighi fiscali. In sostanza, una Carta che ha determinato l'idea di fondo presente nella cultura britannica circa i rapporti tra governanti e governati.

Tuttavia, nei due secoli successivi la Magna Carta sembra avere esaurito la sua spinta propulsiva. La ragione è presto detta: la Great Charter «slipped into the shadows of high politics»¹⁴. In fondo possiamo considerarla come una metafora di un più ampio rallentamento dello sviluppo del costituzionalismo inglese che si verifica tra il '400 e il '500 sul piano dei diritti individuali e della modernità nei rapporti di potere. Con gli occhi dei posteri possiamo dire che quel torno di tempo si fa ricordare più per la formazione di un'identità nazionale plasmata dalle guerre per la successione, basti ricordare la Guerra delle Due Rose; dalla fondazione della Chiesa anglicana, atto di gran lunga più politico che religioso; dalla necessità di difendersi dalle mortali minacce dei nemici esterni decisi a porre ter-

¹² Così J.C. Holt, *Magna Carta*, Cambridge University Press, Cambridge 1992, 10.

¹³ Così M. Serio, *Brevi note sul due process of law nell'esperienza del common law inglese*, in *Europa e diritto privato*, n. 1/2000, 208.

¹⁴ R. Turner, *op. cit.*, 112.

mine alle specificità inglesi, come nel caso della vittoriosa guerra dei mari contro la Spagna. Per queste ragioni quella fu un'epoca in cui tornò a rivestire un ruolo centrale e imprescindibile la figura del sovrano, soprattutto nelle persone di Enrico VIII ed Elisabetta I, con un Parlamento piuttosto silente e spesso appiattito sulle posizioni del Monarca, in cui la continuità con la tradizione giuridica del regno è assicurata soprattutto dalle corti di common law e dalla loro attività giurisprudenziale.

Il corso di questa storia cambia però radicalmente con l'avvio del XVII secolo e anche la Magna Carta è parte di questo cambiamento. Il '600, al termine delle sue sanguinose e tumultuose vicende, segnerà l'affermazione definitiva dei principi di libertà contenuti nella common law, nella Magna Carta e negli altri documenti costituzionali ad essa tributari.

Come è noto, nel 1603 Elisabetta I muore senza lasciare eredi e ai Tudor si avvicendano gli Stuart. Si forma così l'Unione personale tra i regni d'Inghilterra e Scozia: Giacomo VI di Scozia diventa anche Giacomo I d'Inghilterra. Ma gli inglesi vivranno male fin da subito questo cambio di dinastia. Gli Stuart, già malvisti per il fatto di essere scozzesi e reduci da acerrimi conflitti con l'eroica Elisabetta, danno subito l'impressione di voler imprimere al regno una svolta autoritaria importando quei modelli assolutistici che dominavano il Continente, a cominciare da quello francese che loro consideravano fonte di ispirazione politica. Insomma, un tentativo di introdurre taluni caratteri dello Stato continentale che il regno d'Inghilterra non solo non aveva mai avuto ma dal cui rifiuto e dalla capacità di battere strade diverse aveva trovato linfa vitale e affermazione di identità nazionale. Si apre inevitabilmente un braccio di ferro tra la Corona e i custodi della tradizione giuridica e costituzionalistica inglese, uniti nell'alleanza tra il Parlamento e i *common lawyers*.

E saranno proprio due grandi giuristi come Edward Coke e John Selden a recuperare il ruolo storico della Magna Carta e a crearne il mito imperituro. Complice anche il passare del tempo e la distanza che li separava dalle vicende contingenti che, come abbiamo visto, determinarono la concessione del 1215 e le sue successive vicissitudini, Coke e Selden esaltarono la Magna Carta come l'incarnazione massima delle antiche libertà, irrinunciabili per un popolo che aveva costruito se stesso su quelle basi di convivenza, e posero l'autorità morale di quel documento alla base delle richieste

che nel 1628 portarono alla *Petition of Right* con cui, ancora una volta nella storia inglese, si procedeva ad una ulteriore limitazione dei poteri del Sovrano.

Ma contrariamente alle aspettative i conflitti non terminarono e anzi ebbero una recrudescenza con la *First Revolution*. Fu così necessario attendere la *Glorious Revolution* e il *Bill of Rights* per vedere sostanzialmente chiusa quella stagione e definitivamente affermati i principi di libertà contenuti nella Magna Carta e negli ormai molti documenti costituzionali più recenti. Il braccio di ferro con gli Stuart, durato quasi un secolo, porta quindi alla vittoria della tradizione contro la “europeizzazione” dell’Isola: governo bilanciato contro tentazioni assolutistiche; anglicanesimo contro cattolicesimo papista (di cui alcuni degli Stuart erano convinti vessilliferi); i diritti del Parlamento contro l’assoggettamento al Re; le libertà individuali come architrave della vita civile.

Il mito della Magna Carta era costruito: da atto giuridico immerso nelle farraginose vicende medievali, depurato di tutte le traversie che l’avevano messa in discussione, si era trasformata nell’atto fondativo della costituzione, motore di una tradizione gloriosa e irrinunciabile di cui il popolo inglese poteva andare orgoglioso, da preservare nei secoli futuri da ogni minaccia. Non solo, ma da questo momento la Magna Carta assurgerà a simbolo delle libertà costituzionali anche fuori dai confini dell’Isola, basti pensare agli echi che risuoneranno nella cultura politica dei Padri Costituenti americani, nei principi costituzionali affermati nei loro discorsi e nelle Carte che ne scaturiranno, dalla Dichiarazione di Indipendenza del 1776 al *Bill of Rights* del 1791, passando ovviamente per la Costituzione del 1787.

5. *Magna Carta e rule of law*

La Magna Carta non è l’unico documento giuridico dell’età medievale cui si possano attribuire i caratteri del patto costituzionale. In Inghilterra possiamo ricordare la Carta di Enrico I del 1100 o quella di re Stefano del 1136; mentre al di fuori dell’area inglese abbiamo, tra le altre, le assise siciliane del XII secolo, poi riassunte nel 1231 da Federico II di Svevia nelle Costituzioni di Melfi o la Bolla d’Oro di Andrea II di Ungheria del 1222. Tutte Carte che disponevano una limitazione dei poteri del Sovrano.

Ma allora l'interrogativo d'obbligo cade sulle ragioni per cui la Magna Carta ha assunto una posizione così centrale nella storia del diritto costituzionale. In sostanza, perché costituisce un *unicum*? Naturalmente i motivi sono molteplici, ma forse se ne possono enucleare sostanzialmente tre, intrecciati l'uno con gli altri.

Si inserisce in un luogo (l'Inghilterra) e in un momento (il XIII secolo) in cui si è già affermato un sistema giuridico nazionale e fondato su libertà e garanzie che per il solo fatto di esistere limitano il potere: «L'innovatività e il valore emblematico della *Magna Carta*, autentico filo d'Arianna nel labirintico percorso dei diritti fondamentali degli individui e dei gruppi sociali, non consistono in particolare nell'aver in qualche misura regolato in modo così originale le libertà del regno [...] ma nell'essere, soprattutto con la stesura "rinforzata" del 1225, un intrinseco e duttile principio attivo della *common law*»¹⁵.

La sua essenza non è rivoluzionaria. In quel contesto, dove appunto è vigente quel sistema giuridico, le classi che propongono al re le loro lamentazioni non pensano affatto ad uno stravolgimento radicale dei rapporti di potere che ricostruisca *ex novo* le fondamenta della nazione, ma ad una negoziazione per bilanciarlo e redistribuirlo tra tutti i soggetti che contano all'interno della nazione stessa. E questo sarà un *imprinting* che farà da filo conduttore a tutto il costituzionalismo inglese e poi britannico, gettando la premessa necessaria per una costituzione incrementale, *unwritten* e tradizionale, in cui una pluralità di fonti eterogenee concorre a costruire un sistema costituzionale al tempo stesso collaudato ma sempre in evoluzione, e refrattario ai momenti di rottura traumatica. Fatta eccezione ovviamente per le vicende storiche della Guerra Civile, con la decapitazione di Carlo I e la dittatura repubblicana di Oliver Cromwell. Tuttavia, ad un'analisi approfondita si capisce come anche quel momento sia parte integrante e coerente di questa tradizione culturale. Intanto perché tutte le parti in conflitto si richiamavano in qualche modo ai dettami della Magna Carta, che poi vennero citati nelle accuse che il Parlamento mosse al re durante il suo processo; ma soprattutto perché i risultati di questo momento di frattura politica e istituzionale (instaurazione di una forma repubblicana accompagnata dalla creazione di un potere accentrato e

¹⁵ Così A. Torre, *op. cit.*, XVIII-XXIX.

autoritario, inedito sotto la monarchia) mostrarono agli inglesi come le rivoluzioni, nella concreta realtà dei fatti, possano tramutarsi nella negazione degli ideali che astrattamente propugnano, finendo per conculcare proprio quelle libertà e quei diritti per il cui trionfo erano sorte. E infatti alla Guerra Civile e alla Rivoluzione sanguinosa fanno seguito la *Restoration* monarchica, perfino con il ripristino della dinastia Stuart, e poi la definitiva *Glorious Revolution*, ovvero la quint'essenza del costituzionalismo inglese con tutti i suoi richiami alla Magna Carta e alla necessità di riaffermare per sempre le antiche e tradizionali libertà.

In questo quadro è forse possibile individuare un filo conduttore nella costituzione inglese che dall'età medievale ci porta fino ai giorni nostri. Questo filo è ravvisabile nelle caratteristiche peculiari del concetto di *rule of law*: non riducibile all'esperienza continentale dello "Stato di diritto" (nelle sue diverse declinazioni ascrivibili ad ogni singolo Stato: francese, tedesco, italiano o altro), né alle sole forme giuridiche del "principio di legalità", bensì, nella sua accezione più antica e profonda, insieme di valori e principi che trovano la loro sostanza nelle difese contro l'assolutismo, nel governo bilanciato e nell'affermazione delle libertà individuali.

Abstract

The eight hundred years of Magna Carta marks an important anniversary in the history of constitutionalism, an opportunity to recover the deep meaning of fundamental legal principles. This paper intends to reconstruct the historical context that led to grant Magna Carta, to highlight some key features of its legal substance and reflect on his legacy for the evolution of the English constitution, with the goal of understanding the reasons for the success of this historic document in the panorama of medieval Charters.

Gli ottocento anni della Magna Carta segnano un anniversario importante per la storia del costituzionalismo, un'occasione per recuperare il significato profondo di fondamentali principi giuridici. Questo scritto intende ricostruire il quadro storico che portò alla concessione della Magna Carta, mettere in luce alcuni tratti cruciali della sua sostanza giuridica e riflettere sull'eredità lasciata all'evoluzione della costituzione inglese, con l'obiettivo di capire le ragioni del successo storico di questo documento nel panorama delle Carte medievali.

LUIGI COMPAGNA

STAGIONE DI ANTIPARLAMENTARISMO

SOMMARIO: 1. Dai partiti veri ai partiti guscio. – 2. La fine della sovranità del Parlamento. – 3. Antiparlamentarismo e antipartitocrazia. – 3. Antiparlamentarismo e antipartitocrazia. – 5. La vicenda e l'esempio francese. – 6. Le istituzioni devono essere sempre passioni.

1. *Dai partiti veri ai partiti guscio*

I partiti della cosiddetta Prima Repubblica erano veri e seri. Durarono mezzo secolo e fecero Parlamento. Attribuendo ad essi eccessi di rappresentatività, a discapito di governabilità, nella cosiddetta Seconda Repubblica se ne rifiutò la storia e se ne perse memoria. Solo che oggi i partiti che ne presero il posto sono già a pezzi. Lo spettacolo delle recenti elezioni regionali è stato quello di uno sgretolamento progressivo e inarrestabile di identità, aggregati sociali, gruppi dirigenti, ormai ridotti a piccole tribù autoreferenziali. Una dimensione nazionale della politica si è fatta effimera e quella locale riesce a sommare «i difetti del dilettantismo a quelli del professionismo del potere»¹. Eppure provengono in Italia ormai quasi esclusivamente dalla politica locale tutti o quasi tutti i maggiori protagonisti della lotta politica. I partiti, quelli previsti dall'art. 49 della Costituzione, sono gusci con contenuti irricognoscibili, almeno in termini di «politica nazionale». Quanto alla magistratura precedente, essa non si accontenta più di un posto di «supplente» ma si è fatta «ordinaria». Il che la induce a concedersi anche i più ampi interventi straordinari.

Non più per aggredire, come nei primi anni Novanta, l'art. 68 della Costituzione. Ridotto quest'ultimo a «scudo di cartone»², l'aggressione esplicitamente si indirizza verso l'art. 67 Cost., quello re-

¹ M. Franco, *Le piccole miserie locali dei partiti*, in *Corriere della Sera* del 15 aprile 2015.

² Cfr. G. Buonuono, *Lo scudo di cartone*, Soveria Mannelli 2015.

lativo alle libertà del parlamentare. Insomma, fattosi di «cartone» lo scudo dell'art. 68, rischia di rimanere sulla «carta», e comunque esposta alle incursioni delle procure, ogni esigenza di parlamentarismo. La stessa dialettica democratica non è più quella tracciata dalla Costituzione. Aderendo, del resto, ad una ipotesi della procura di Milano, il sistema politico italiano inaugurò nel 1993 una «cogestione» a tre (Presidenza della Repubblica e Presidenze delle Camere) della situazione venutasi a creare in quei mesi. Sicché ai presidenti di Senato e Camera toccò in certi momenti assumere uno spazio proprio, e non di mera espressione delle loro Camere³. Il che fu segno incancellabile, insieme ad altri fattori, di come il parlamentarismo della Costituzione fosse già sotto attacco.

La società civile, scomposta e sguaiata, se ne sarebbe a lungo vantata, con qualche protervia e senza alcuna nostalgia del passato: di quando, cioè, ai vertici delle Camere, spettava assicurare che l'indirizzo politico dei governi si inverasse in Parlamento, attraverso il loro ruolo di moderazione, temperamento e conciliazione della programmazione e dell'ordine dei lavori. Di quel parlamentarismo, si disse, la società civile non avrebbe più accettato che i gruppi parlamentari fossero balcanizzati dal proporzionale, che i governi fossero deboli, che la libertà potesse prevalere sull'autorità. Probabilmente, era inevitabile che «la scelta del sistema elettorale maggioritario avrebbe definitivamente attribuito il potere di indirizzo al Governo e solo al Governo»⁴. Neutralizzato da tale «governabilità» era stato il Parlamento, ridotto dalle varie filosofie del maggioritario ad organo demandato alla traduzione in leggi dell'indirizzo che essa gli avrebbe dettato. Indirizzo, ovviamente, imposto al parlamentarismo con assai maggior energia di quella riservata al localismo, al corporativismo, agli affari regionali, ai rapporti internazionali e via dicendo. Ed è storia degli ultimi vent'anni.

All'inseguimento della legge Severino, amata e tutelata quasi quanto lo fu nel 1793 dai giacobini francesi la legge dei sospetti, più volte in questa sedicesima legislatura i presidenti delle Camere hanno preferito, invece di «rappresentare la rappresentanza», dare la caccia alle farfalle sotto l'arco di Tito. Si pensi a qualche loro in-

³ La loro attribuzione, dalla miglior dottrina, era stata definita nella irrinunciabile funzione di «rappresentare la rappresentanza» e nelle responsabilità ad essa connesse (Cfr. G. Ferrara, *Il Presidente dell'Assemblea parlamentare*, Milano 1965).

⁴ G. Ferrara, *Il Presidente di Assemblea parlamentare, quarant'anni dopo*, in *Il Filangieri - Quaderno 2012-2013*, 301.

sofferenza alle prassi di autodichia, al loro interventismo sui vitalizi dei colleghi, alla loro insulsa crociata sulle retribuzioni dei dipendenti, alla loro granitica insensibilità ai modi e tempi delle procedure parlamentari.

2. *La fine della sovranità del Parlamento*

La vita istituzionale del nostro paese attraversa oggi una stagione di transizione in attesa di quella «grande» riforma costituzionale che, una volta attuata, finirà per cambiare un buon terzo della disciplina contenuta nella Carta del 1948. Se i tempi che il governo e la maggioranza si sono dati verranno rispettati, entro il prossimo anno assisteremo alla modifica delle strutture e delle funzioni del Parlamento, di molti poteri del governo, del modo di elezione del Capo dello Stato, delle competenze della Corte costituzionale, degli istituti di democrazia diretta, dei rapporti fra Stato centrali autonomie territoriali. Eppure neanche di fronte a cotanto riformismo si è creata una stagione ed uno spirito costituente. Si registrano più risse fra fazioni che dibattiti fra partiti, più moralismo becero che costituzionalismo ragionato. Al premierato forte, anzi fortissimo, il sistema politico sembra approdato per rassegnazione più che per convinzione. Rassegnazione a tante cose, ma soprattutto a quel che accadde a suo tempo fra le macerie di Tangentopoli e l'arrivo di una nuova legge elettorale. Data da allora la morte, finora senza resurrezione, del nostro parlamentarismo e con esso di partiti capaci di «politica nazionale».

Quando all'inizio del 1993 il procuratore di Milano Borrelli rivendicò il diritto-dovere di render noto che le tre principali cariche della repubblica (Quirinale, Palazzo Madama, Palazzo Montecitorio) non erano indagate, la vittoria della sedicente società civile sulla lealtà repubblicana parve evidente. Ed altrettanto evidente fu che la società civile non fosse in Italia *civil society*, come nel liberalismo anglosassone, fondata sulla *rule of law*, ma una sorta di hegeliana «bestia selvaggia» capace di tenere in scacco Parlamento e parlamentarismo, ricattandone alla radice le libertà di mandato, di aula, di commissione, con le armi della giungla (cioè della piazza) mediatica. La portata storica di un rilevante passaggio riformatore giustificherebbe oggi ampiamente la massima attenzione agli effetti di lunga durata che una revisione profonda comporta. Viceversa, a protagonista principale (e per molti versi principesco) della vicenda

è assurdo il Presidente del Consiglio, che, per nulla concedere alla «casta», ai «rosiconi», ai «gufi», tutto pretenderebbe scaturisse dalla sapienza e furbizia di astutissimi «canguri» parlamentari e di immancabili «voti di fiducia». La sua persona mette in ombra, per molti versi, la sua riforma.

Nulla di più avvilente, dunque. E non per spirito avverso alle revisioni costituzionali in quanto tali. Anzi, esse dovrebbero consolidare la nostra democrazia e potrebbero segnare la linea di confine fra ciò che è vivo e ciò che è morto dell'originario impianto costituzionale. Tale linea di confine deve ritenersi tracciata dalla storia; e l'azione politica, se non vuole fallire, è tenuta ad averlo presente. Ad esempio, evitando di contrapporre stabilità politica a sovranità democratica. Con la scusa di flirtare con la società civile, in Italia la sovranità del Parlamento nazionale eletto a suffragio universale sembra non esserci più. Era anch'essa emanazione, l'unica autentica, della sovranità popolare. Ma proprio i suoi vertici non intendono rivendicarla.

3. *Antiparlamentarismo e antipartitocrazia*

Dalle tipologie del presidenzialismo, ma forse più ancora da quelle del premierato, è derivato in quest'ultimo quarto di secolo un antiparlamentarismo tenace, che in questa legislatura è stato collocato addirittura ai vertici delle Camere. Non erano affatto questi gli orizzonti del presidenzialismo craxiano, sempre motivato e sostenuto da esigenze di democrazia liberale. Del resto, il passaggio dalla Quarta alla Quinta Repubblica aveva limitato, ma non calpestato, il parlamentarismo. Più che al generale De Gaulle, Craxi si ispirava a Léon Blum.

Al Blum de *La Réforme gouvernementale* del 1918, quando alla facile geometria di una facile separazione dei poteri, in base alla quale al governo toccasse governare e al Parlamento legiferare, il futuro leader socialista obiettava come in realtà nelle democrazie Parlamenti e Governi fossero quasi quotidianamente chiamati a svolgere un lavoro comune e a svolgerlo nelle aule parlamentari. O ancora più al Blum del 1946⁵, che, risponde, a Raymond Aron in tema di costituzione americana, quando affermava: «*La souveraineté ne*

⁵ Cfr. L. Hamon, *Etat, Socialisme et Pouvoir dans l'oeuvre de Léon Blum*, in *Cahiers Léon Blum*, n. 11-12, 1946, 40.

se divisée pas entre eux (le Congrès et le Président); elle appartient tantôt à l'un, tantôt à l'autre, selon les conditions et les hommes»⁶. Del resto, Blum aggiungeva non potersi porre esclusivamente nelle mani dell'esecutivo il diritto di sciogliere il Parlamento, privato così di quella libertà «aristocratica» dettata dall'essere esso, e soltanto esso, espressione diretta della sovranità. «*J'ai dit et répété* – scriveva il 22 ottobre del 1934 su *Le Populaire* – *que le droit de dissolution immédiate et inconditionné dévolu au chef du gouvernement conduisait tout bonnement à la destruction du régime dit représentatif ou parlementaire sur le quel est fondée, jusqu'à présent, la République*». La sua distanza da De Gaulle non riguarderà tanto la preminenza del Capo dello Stato, quanto l'importanza dei partiti. Partiti forti, organizzati, collaudati come quelli inglesi, avrebbe voluto Blum in Francia, a garanzia della stabilità degli esecutivi e della «giusta e leale» rappresentanza parlamentare, in forza di una legge elettorale che non fosse lo scrutinio maggioritario a un turno di Oltre Manica. La cosiddetta «funzione presidenziale», avrebbe argomentato Blum il 2 gennaio del 1935 su *Le Populaire*, non deve pensarsi in alternativa ai partiti e, men che mai, al parlamentarismo. Tutt'altra, invece, la nostra storia costituzionale di questi ultimi vent'anni ed il nostro approdo al premierato.

La trama dell'anti-partitocrazia ha finito con l'essere da noi trama avvelenata di anti-parlamentarismo. A cent'anni dall'antiparlamentarismo rabbioso del maggio 1915, l'Italia sembra ai nostri giorni la democrazia col minor rispetto dei tempi, delle regole, dei diritti del Parlamento. Arbitro che chiede aiuto ai giocatori, vecchio professore di diritto parlamentare, Sergio Mattarella fin dai suoi primi giorni al Quirinale si è trovato personalmente investito dall'onda limacciosa di quello straripamento quotidiano (dal decreto legge al maxi-emendamento e, quindi, all'ormai scontato voto di fiducia) del rapporto fra esecutivo e legislativo. Fino alla richiesta di arbitrare lui, dal colle più alto, la dialettica maggioranza-opposizione.

4. *La presidenza delle Camere e la mancata imparzialità*

Già, ma dove sono frattanto e come esercitano le loro prerogative i nostri presidenti delle Camere? Non ci sono, non le esercitano e forse stentano a comprenderle.

⁶ Cfr. *ibidem*, 43.

La loro preoccupazione in questi due anni è sempre stata prioritariamente quella di non perdere il collegamento con quell'antiparlamentarismo di maniera e di comodo, che a colpi di moralismo di massa aveva saputo proporsi ed imporsi fin dalla stagione di Tangentopoli⁷. Fin da quando, cioè, il più disinvolto esercizio dell'azione penale e la più disinvolta ginnastica della legge elettorale, a fini di governabilità più che di rappresentatività, erano state autorizzate a procedere a scapito della dimensione politica e costituzionale delle idee, dei fatti, delle loro implicazioni. Con le loro presidenze, Grasso e Boldrini non intendevano affatto continuare ad esercitare un compito già tracciato dalla Costituzione nella storia nazionale. Piuttosto una posizione strategica di attesa, nella prospettiva di accedere eventualmente essi alla funzione di Capo dello Stato, comunque dediti dal loro pulpito all'esercizio di un moralismo al di fuori di ogni vera cultura politica. Ad entrambi non sarebbe mancato modo di apparire graniticamente aggrappati al cosiddetto primato della cosiddetta società civile.

L'antiparlamentarismo italiano, seppur giunto ai vertici di tutto o quasi tutto, non sembra assegnare a sé stesso traguardi di presidenzialismo o semi-presidenzialismo. Esso, rispetto all'Italia liberale, ha riaperto orizzonti di localismo e di particolarismi, sconosciuti in quella lunga stagione di parlamentarismo che fu la Terza Repubblica francese. Grillo e Casaleggio a Montecitorio e Palazzo Madama oggi sono «pensatori» frequentati e citati non meno di quanto lo furono ieri in Francia Constant e Sieyès nelle cronache di quella che fu chiamata «*théatocratie parlementaire*»⁸. Del resto, non è vero che il parlamentarismo in Italia avesse sradicato certo assolutismo dello Statuto Albertino. Per forzare la mano al sovrano, era accaduto che spesso il potere legislativo fosse delegato al governo Crispi e poi soprattutto, all'esaurirsi dell'età giolittiana, forte del consenso del re, sulla base dell'art. 5 dello Statuto, nelle «radiose» giornate di maggio del 1915, al governo Salandra era stato consentito di entrare in guerra senza che in tal senso si pronunciasse le Camere⁹. Scabrose erano apparse, durante lo Statuto, la presidenza della Camera di Crispi nel 1876 e, nell'Italia repubblicana, forse un

⁷ Cfr. G. Galasso, *Apogeo e declino del partito di massa. Note per la storia dei partiti nell'Italia contemporanea, L'Acropoli*, 2000, 127-155.

⁸ A. Thibaudet, *La vie de Maurice Barrès*, Gallimard, Paris 1921, 279.

⁹ Cfr. L. Compagna, *Italia 1915: in guerra contro Giolitti*, Soveria Mannelli 2015.

po' quella di Gronchi. Ma a coltivare una propria immagine pubblica in vista di altri incarichi, con viaggi, interventi, iniziative capaci di proiettare più di un'ombra sulla loro imparzialità, le presidenze attuali di Camera e Senato sono state ben più dirompenti e davvero senza precedenti.

5. *La vicenda e l'esempio francese*

Assai più rigido e dottrinario in Francia il percorso del parlamentarismo, a suo modo «puro e duro» nell'osservanza della formula «*delegata potestas non potest delegare*», cioè nell'ossequio all'antico liberalismo di Sieyès¹⁰. La si registra pienamente nella Terza Repubblica; né sarà essa nella Quarta a dividere Léon Blum e Charles de Gaulle. Non esiste, né può esistere, decretazione d'urgenza, cioè abilitazione a legiferare del governo. Il Parlamento non è, né può diventare, esso il sovrano. Perché esso è l'organo in carica che «vuole per» la nazione. I parlamentari sono rappresentanti della nazione, ma non possiedono in proprio potere legislativo e, quindi, non possono a loro volta delegarlo. Nessun potere costituito può per parte sua delegare l'esercizio di poteri che gli derivano dalla Costituzione: Sieyès lo aveva teorizzato in tempi ancora di monarchia e un secolo dopo Esmein lo avrebbe posto alla base del nuovo diritto parlamentare, o meglio del nuovo «credo repubblicano»¹¹. Di qui quel presupposto di «imparzialità» che si lega alla presidenza delle assemblee parlamentari e che attraversa tutta, o quasi tutta, la storia della Terza Repubblica in Francia. Di qui una concezione arbitraria della funzione presidenziale, al di sopra e al di fuori delle parti, dei partiti, della loro dialettica, devota anima e corpo ai diritti dei singoli parlamentari. Fino ad escludere, in linea di principio, che i presidenti delle Camere possano essere capi politici, proprio perché «*la neutralité est la raison d'être de la présidence*»¹². Significative eccezioni, che non inficiano il principio, tre casi di «de-

¹⁰ Cfr. A. Esmein, *De la délégation du pouvoir législatif. (A l'occasion du projet dit «des pleins pouvoirs» présenté par M. Crispi au Parlement italien)*, in *Revue politique et parlementaire*, n. 1, 1894, 200 ss.

¹¹ A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 3^a édition, Librairie de la Société du recueil général des lois et des arrêts, 1903, 273.

¹² Cfr. P. Deschanel, *Préface*, in H. Ripert, *La présidence des Assemblées politiques*, A. Rousseau, 1907, VII.

scentes de fauteuils». Due volte Gambetta nel 1880 (sulla questione dell'amnistia) e nel 1881 (sulla legislazione elettorale) ed una volta Herriot nel 1926 (sulla delega a legiferare in materia fiscale) si dimetteranno dalla loro carica per proporsi politicamente alla guida della maggioranza parlamentare, cioè come presidenti del consiglio. Gambetta si era trovato destinatario di espressioni critiche fin troppo forti come presidente della Camera («*l'empereur du Palais Bourbon*»). Ma la prassi di arrivare alla presidenza del consiglio tramite la presidenza della Camera non avrebbe acquisito credibilità repubblicana.

Quando il 17 luglio del 1926 Herriot, per opporsi alla delega legislativa al governo Briand, sarà anch'egli indotto a dimettersi da presidente della Camera, preferirà argomenti assai meno politici di quelli di Gambetta¹³. Gli premerà prima di tutto e soprattutto apparire difensore dei diritti del Parlamento contro la brutalità dei decreti-legge.

«J'ai l'honneur – ricorderà Herriot – d'avoir été désigné comme président de cette Chambre. J'ai médité sur mon devoir. Je me suis demandé ce qu'auraient fait à ma place des hommes dont je vénère la mémoire. J'aurais pu rester à l'abri dans la neutralité que mes fonctions n'eussent permis de garder. Solution facile, je m'en excuse, solution qui, par un sentiment peut-être trop français, m'est apparue comme impossible. Il ne me semblait pas qu'à l'heure si importante où le droit parlementaire était mise en cause, je pouvait éviter de courir un risque.

Je suis monté à la tribune non point comme chef du parti. Je ne dirai pas un mot qui soit d'un homme de telle out telle nuance de l'opinion républicaine. C'est comme président de la Chambre que je viens, dans des terms qui n'auront certe rien d'agressif, adresser a M. le President du Conseil la plus pressante et, je voudrais l'espérer, la plus efficace adjuration, pour que le Parlement, dont j'ai l'honneur de présider l'une des Chambres, ne soit pas dessaisi des droits et de devoirs que je considère comme essentials ...»¹⁴.

Nel sistema politico francese degli anni '20 Herriot è, meno di Gambetta negli anni '80, uomo-chiave. Gli tocca, in seno al partito

¹³ Cfr. E. Herriot, *Jadis. D'une guerre à l'autre, 1914-1936*, t. II, Flammarion, 1952, 242-248.

¹⁴ Cfr. E. Herriot, *Etudes et témoignages*, Publications de la Sorbonne, Série Etudes, t. X, 102

radicale, far valere una leadership politica nazionale tutt'altro che acquisita. C'è addirittura chi, nel comitato esecutivo del partito, si chiede, con candore o magari con ipocrisia, come sia compatibile l'impegno di partito e la neutralità arbitraria¹⁵. La stessa «*descente de fauteuil*» del 17 luglio serviva a rinvigorire nei fatti un'autorità insidiata dall'interno della sua formazione politica¹⁶.

«*L'essence de la fonction présidentielle – interprète Franck Lafaille – serait sacrifié sur l'autel du rapport de forces partisan afin de prouver que la neutralité, la retenue et la non engagement inhérents à cette charge ne sauraient diminuer sa latitude d'action. Nous voyons suivre à nouveau la figure du chef parti un temps au perchoir et qui entend utiliser cette ressource institutionnelle pour conquérir le pouvoir, le seul qui vaille, la présidence du Conseil*»¹⁷.

Il 17 luglio del 1926 Herriot non dirà affatto di non condividere la politica fiscale del governo Briand - Caillaux. Gli compete, piuttosto, opporsi ad una tecnica legislativa limitatrice della libertà parlamentare. Insomma, è la sua «*conscience républicaine*» a detargli la «*descente de fauteuil*». Il suo intervento, lungi dal sembrargli incompatibile con la presidenza della Camera, ne è una sorta di adempimento supremo, doveroso richiamo di un diritto, quello di scrivere norme legislative, da cui la Camera non può vedersi spogliata. Ed egli si sarebbe rivelato «*président sans honneur*», se vi si fosse rassegnato¹⁸.

Intervento e interventismo presidenziale configurano, se si vuole, una eccezione alla trama del parlamentarismo, ma un'eccezione per farne valere forma e sostanza. Rifiutando la furbizia di una neutralità fine a se stessa, Herriot sceglieva per sé la responsabilità più ardua: per onorare la sua imparzialità, quella del presidente della Camera, doveva rientrare «*dans le genre de la femme de César: elle ne doit pas être supcommée*». La sua figura si riveste dell'abito di magistrato, terzo imparziale che interviene a modo dell'arbitro nelle competizioni sportive: ai compiti di sorveglianza e controllo si aggiunge un mandato di guardiano delle regole del

¹⁵ Cfr. S. Bernstein, *Edouard Herriot ou la République en personne*, Presses de la FNSP, 1985, 144.

¹⁶ Cfr. P. O. Lapie, *Herriot*, Fayard, 1967, 188.

¹⁷ F. Lafaille, *Le «présidentialisme parlementaire» sous la IIIe République: les «descentes de fauteuil» de Gambetta et d'Herriot*, 15.

¹⁸ E. Herriot, *Jadis*, t. II, cit., 248.

gioco e della loro interpretazione¹⁹. Senza uscire dal territorio delle proprie prerogative, ogni presidente, senza interventismi inopportuni e senza lassismi pregiudiziali, dovrà imporre la propria autorità facendosi giudice non solo fra le parti, ma anche delle parti, in tema di regole e procedure. Di qui la distinzione, cara a Marcel Prélot, fra presidente-arbitro e presidente-*leader*²⁰. Di qui, rispetto al parlamentarismo inglese, la netta scelta della Terza Repubblica in favore del modello benthamiano: presidente-arbitro, garante di libertà in una Repubblica parlamentare, e soprattutto dei parlamentari, impermeabile alla «*séduction de la partialité*»²¹.

6. *Le istituzioni devono essere sempre passioni*

E qui, per tornare al nostro paese, viene da domandarsi quale «*séduction de la partialité*» possa essere più vistosa dell'atteggiarsi a esponente (effettivo o presunto è lo stesso) della società civile? Magari per ostentare la poco ciclistica preoccupazione di «un uomo solo al comando della corsa»? Magari per sentirsi poi di rimbalzo ribattere di mirare così a fuoriuscire dal proprio «perimetro istituzionale»?

Sono invettive ormai quasi abituali, nelle cronache nostrane, fra vertici del governo e vertici delle camere: rituali scambi di scortesia istituzionale, che configurano questioni non tanto di *bon ton* personale quanto di teoria e prassi degli ambiti e dei limiti ridisegnati alle proprie funzioni. Per paradossale che possa sembrare, l'elezione nel 2013 di due presidenze a cinquestelle, motivata con l'intento di costruire con esse e grazie ad esse la maggioranza di governo, si sarebbe rivelata meno eversiva. Non sarebbe stato difficile essere più *speaker* di Boldrini e Grasso. Le loro non avrebbero potuto che rivelarsi due personalità, dotate di sicura inesperienza po-

¹⁹ Cfr. C. Jarosson, *La notion d'arbitrage*, Bibliothèque de droit privé, t. CXCVIII, LGDJ, 1987.

²⁰ *Il y a* – osserva Prélot – *Droit parlementaire français*, fasc. II, Le Parlement, Université de Paris, IEP, 1958, 38 – *la conception traditionnelle du président arbitre, n'intervenant dans la discussion que pour faire respecter le règlement; il y a la conception du président-leader, conduisant le travail, intervenant même sur le fond, posant des questions, résumant les avis, les simplifiant à l'occasion. La plupart des présidents ont adopté la formule du président arbitre*.

²¹ Cfr. P. A., *Arbitrage*, in O. Duhamel et Y. Meny (a cura di), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992, 41.

litica e di altrettanta sicura vocazione a farsi comunque «società civile» (pur di non apparire mai «palazzo»), decise a non farsi mai rappresentativa della rappresentanza. Insomma, la difesa del Parlamento, o anche soltanto il non contribuire ad offenderlo, parve scartata fin dall'inizio della legislatura. Il Parlamento in Italia si era sempre sentito assemblea deliberante della nazione, che ai suoi presidenti conferiva l'onore di presidiare quel che in Gran Bretagna separava *Hyde Park Corner* e *Westminster*. Ora nel nostro sistema non sarebbe stato più così.

Hyde Park Corner a Londra non c'è più. Grasso e Boldrini a Roma non lo sanno o hanno comunque creato per sé una sorta di magistratura della «gente comune», in qualche modo «piramidale» rispetto ai loro colleghi. Quanto alla «*descente de fauteuils*», non ne hanno mostrato alcuna predisposizione: come se a far davvero male al Parlamento e ancor più all'idea di Parlamento avessero appena cominciato e fosse immorale desistere. Agli amici del Parlamento, o comunque del parlamentarismo, non c'è però da evocare nessun Oliver Cromwell e la sua guardia a difesa del Parlamento. Piuttosto Montesquieu ed il suo liberalismo. Nelle *Lettres persanes*, in una lettera datata 1715 (l'anno della morte di Luigi XIV, mentre la Francia per la quarta volta dal '500 andava incontro alla incognita di una reggenza), il barone de la Brède se ne diceva certo: «i Parlamenti assomigliano a certe rovine che si calpestano, ma che richiamano pur sempre l'idea di qualche tempio famoso per la religione dei popoli. La loro autorità è sempre in agonia, hanno ceduto al tempo che tutto distrugge, ma restano per sempre una parvenza di libertà pubblica, un fondamento di ogni autorità legittima».

Erano Parlamenti diversi da quelli odierni. Ma le istituzioni, avrebbe insegnato Tocqueville, sono sempre soprattutto «passioni».

Abstract

The political parties of the so-called First Republic were real and serious. They lasted for half a century and established our Parliament. During the so-called Second Republic our history has been refused and our historical memory lost. The parties, as provided by art. 49 of the Constitution, are mere shells with content beyond recognition, at least in terms of «national policy». It seems that the sovereignty of the national parliament elected by universal suffrage does not exist any more. It seems that it has also been just an «emanation», but the only authentic one: the

popular sovereignty. Nevertheless, the presidents of the two Chambers were not able to call for this popular sovereignty. In this perspective, the French story seems to be emblematic, as in that case the «impartiality» of the presidency of the parliamentary assemblies run through all, or almost all, the history of the Third Republic in France.

I partiti della cosiddetta Prima Repubblica erano veri e seri. Durarono mezzo secolo e fecero Parlamento. Nella cosiddetta Seconda Repubblica se ne rifiutò la storia e se ne perse memoria. I partiti, quelli previsti dall'art. 49 della Costituzione, sono gusci con contenuti irriconoscibili, almeno in termini di «politica nazionale». La sovranità del Parlamento nazionale eletto a suffragio universale sembra non esserci più: era anch'essa emanazione, l'unica autentica, della sovranità popolare. Ma proprio i suoi vertici, e quindi i presidenti delle due Camere, non intendono rivendicarla. Sul punto, la vicenda francese è emblematica. Come la «imparzialità» che si lega alla presidenza delle assemblee parlamentari e che attraversa tutta, o quasi tutta, la storia della Terza Repubblica in Francia.

GIAMPIERO DI PLINIO

TEORIA DEL NUCLEO E COSTITUZIONE VIVENTE
TRA COSTITUZIONALISMO ‘OCCIDENTALE’
E ‘COSTITUZIONALISMO ISLAMICO’

SOMMARIO: 1. La terribile curiosità. – 2. La serena ossessione del costituzionalismo occidentale. – 3. Con gli occhi dell’altro: il malato è l’Occidente, l’Islam è la cura. – 4. Nucleo formale e costituzione vivente. – 5. Formante ‘schmittiano’ e costituzionalismo islamico. – 6. Quasi una conclusione: convergenza dei modelli e legittimazione funzionale.

1. *La terribile curiosità*

È possibile, per un giurista, guardare al mondo che ci circonda «non somministrando certezze, ma cercando di pensare per domande» nella consapevolezza che «si tratta di interrogarsi sulla realtà con quella curiosità e quella sete di conoscenza che hanno di solito i bambini»?¹ Credo di sì. Riavvolgendo il nastro della mia vita, ricordo con chiarezza quella incontenibile curiosità, che esprimevo con la «catena dei ‘perché’, cui si aggiunse successivamente quella delle ‘dipendenze’». In questo modo, il mondo esterno mi appariva come insieme di oggetti connessi e integrati. Avevo, senza saperlo, una percezione olistica e nello stesso tempo materialistica dello stato delle cose esistenti. Il catechismo e la scuola fecero di tutto per annientarla, in me, come in tutti gli altri giovani, il primo offrendo un sogno che allo stesso tempo spiegava tutte le cose ma me ne sottraeva la conoscibilità razionale, la seconda provvedendo meticolosamente a frammentare e dissezionare la conoscenza stessa, cancellandone i nuclei-chiave, di per sé non sezionabili. Ma anche queste macchine poderose hanno le loro falle e la scientifica terminazione della mia curiosità non riuscì del tutto; alcune fiammelle

¹ Rubo l’incipit alla prefazione di A. Cantaro al volume collettivo da lui curato *Dove vanno le primavere arabe*, Ediesse, Roma, 2013.

continuavano ad ardere e braci aspettavano sotto la cenere il momento buono, e questo credo e spero sia avvenuto per tutti noi»².

Così è certamente avvenuto per tanti giovani studiosi che si sono lanciati in questi ultimi anni sui terreni dall'apparenza solida e geometrica dello studio delle costituzioni e delle loro determinanti teoretiche, manipolando con curiosità fenomeni e mutamenti che fanno scricchiolare la secolare e granitica dottrina dell'altro catechismo, quello impartito dai sommi sacerdoti del sapere giuridico e generosamente divulgato, sulle riviste fasciate, tra i banchi delle università, nelle aule dei dottorati.

Ed è proprio quella inestinguibile curiosità che spinge a chiedersi se il dibattito su tradizione giuridica occidentale e modello islamico – pur doveroso al fine di ripensare, in un mondo sempre più interconnesso, *l'avvenire* non solo del secondo ma anche della prima – debba a tutti i costi essere impostato, sul teorema muscolare e preconstituito della primazia culturale di questa su quella³.

Scegliendo la curiosità e rinunciando alle 'certezze' si commette un sacrilegio, perché non si può fare a meno di mettere in discussione *quel* catechismo, costruito sui dogmi 'densi' del diritto costituzionale, e di smontare pezzo per pezzo e passare a pettine fitto tutte le sicurezze che hanno fondato la nostra formazione di giuristi occidentali, di scavare le teorie, per trovarvi le ideologie, di smantellare i formanti, per cercare gli interessi che li fondano e li alimentano, di leggere ordinamenti e istituzioni così come sono e non come si dichiarano, di studiare e indagare senza alcuna verità preconstituita. Appunto, con la terribile curiosità di un bambino.

2. *La serena ossessione del costituzionalismo occidentale*

Partendo dalle vicende di casa nostra, il sistema di valori 'domestici' della civiltà giuridica occidentale è sintetizzabile nelle formule "costituzionalismo", "Stato costituzionale", "*Rule of Law*",

² Applicando il *warning* di Santi Romano (*Glissez, mortels, n'appuyez pas*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano 1947, 118), mi appoggio a me stesso (il passo è tratto dal mio *Evoluzione e Costituzione*, in F. Stoppa e R. Veraldi, *Darwin tra storia e scienza*. Edizioni Universitarie Romane, Roma, 2011, 107).

³ Giustificati al riguardo i dubbi espressi da A. Pin, *Diritti fondamentali e Islam*, in M. Cartabia (cur.), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007, 435 ss.

comprehensive di pezzi da novanta come democrazia e diritti umani, e altro. Come il kernel per i sistemi operativi informatici, che se lo toglie non funziona più nulla, costituzionalismo e *rule of law* assumono per i giuristi occidentali le sembianze di intoccabili divinità, il cui avvento segnerebbe il passaggio da ogni variante storica della barbarie giuridica alla supremazia del diritto sul potere⁴.

Da sempre, l'Occidente ha una irriducibile ossessione: estendere a tutto il mondo, con le buone o con la forza⁵, i propri modelli di civiltà giuridica, costituzionalismo e *rule of law*, e, insieme ad essi, le proprie scale di valori⁶: infatti, quasi maniacale è l'importanza che la *Western Legal Tradition* assegna a questi simboli non solo in chiave teoretica (e qui è ovviamente necessario uno stretto controllo sul piano scientifico) ma anche nella valutazione degli 'altri' sistemi giuridici (qui al contrario l'operazione emana uno spiccato *senteur* di fondamentalismo ideologico). Mentre infatti le ragioni politiche di questo assillo possono essere facilmente ricondotte a contesti non sempre nobili e disinteressati⁷, il suo fondamento scientifico è assai poco robusto, riducendosi sostanzialmente al postulato della universalità – non solo di un sistema di principi e diritti fondamentali dell'uomo (che già farebbe parecchio discutere)⁸, ma – del nucleo stesso del diritto occidentale⁹.

⁴ Come tutte le divinità, sono suscettibili di una doppia lettura, perché in nome di costituzionalismo e *rule of law* sono stati affermati i più nobili ideali ma sono state perpetrate le più violente sopraffazioni (U. Mattei, L. Nader, *Plunder: When the Rule of Law Is Illegal*, Blackwell, 2008, tr. it. *Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*, Bruno Mondadori, 2010).

⁵ «The West won the world not by the superiority of its ideas or values or religion ... but rather by its superiority in applying organized violence. Westerners often forget this fact; non-Westerners never do» (S.P. Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, Simon e Schuster, New York 1998, 51).

⁶ J. Rawls, *The Law of Peoples*, Mass., Harvard University Press, Cambridge 1999. Ma v. anche la critica di A.A. An-Na'Im, *Islamic Politics and the Neutral State: A Friendly Amendment to Rawls?*, in T. Bailey e V. Gentile (cur.), *Rawls and Religion*, Columbia University Press, New York 2015 (su cui v. C. Sbailò, *Dopo la strage di Parigi. Appunti per un dialogo tra giuristi*, in *Federalismi.it*, n. 2/2015).

⁷ Per alcuni aspetti paradossali della westernization sia consentito richiamare il mio Su alcuni presupposti strutturali della performance dei processi di democratizzazione nelle aree economiche deboli, in R. Orrù, L. Sciannella (cur.), *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Giappichelli, Torino 2004, 161-184.

⁸ A. Algostino, *L'ambigua universalità dei diritti*, Jovene, Napoli, 2005, in part. 250 ss.

⁹ Un esempio è il metodo 'valutativo' con cui è spesso costruita la cosiddetta teoria delle transizioni (C.P. Schmitter, *Transitology: The Science or the Art of Democrati-*

Tra i consumatori più assuefatti del teorema della supremazia della civiltà occidentale ci sono i giuristi e specialmente i costituzionalisti. Molti, se non tutti. Si tratta di una strana categoria di persone, che si sono assunte il compito di “somministrare certezze” e giudicare istituzioni, procedure, e financo interi sistemi (dagli Stati alle entità multilivello), sulla base della conformità o meno a un geometrico ordine dai molti attributi – appunto: *rule of law*, Stato costituzionale, costituzione, costituzionalismo, diritti – presentato non come un modello storicamente determinato, ma come unica fondazione possibile della migliore delle civiltà possibili. Ora, ognuno è libero di divertirsi come crede, ma a patto che non provochi danno alle persone o alle cose, a maggior ragione considerando che la suddetta (poco sportiva) tendenza, sul piano pratico, corre insieme a precisi intenti politici – di poteri forti e governi, che ne sia o meno consapevole chi la divulga – mentre, sul piano teorico, è destituita di validità scientifica¹⁰. Il *default* più abnorme del teorema della supremazia del modello occidentale sta nel fatto che esso si fonda sulla critica di alcune caratteristiche degli altri modelli costituzionali, mentre, come proveremo a dimostrare, quelle stesse caratteristiche sono vistosamente tipiche proprio del costituzionalismo occidentale. A ciò si aggiunga che il costituzionalismo occidentale ha esibito un groviglio di contraddizioni, di omissioni, di contrasti teorici, ideologici, e concreti tra gli stessi componenti della sua collettività di studiosi – uniti da parole (costituzione, costituzionalismo, diritti) ma divisi sui loro contenuti¹¹ – che assomiglia sem-

zation?, in J. Tulchin (ed.), *The Consolidation of Democracy in Latin America*, Lynne Rienner Publishers, Boulder, CO, 1995, 11 ss.; G. de Vergottini, *Le transizioni costituzionali*, Il Mulino, Bologna 1998).

¹⁰ Per chiarire, ove se ne sentisse il bisogno, in che senso in queste pagine si parla di scientificità e metodo scientifico per un terreno così impalpabile come il diritto costituzionale è ancora necessaria l'irridente curiosità infantile con l'amore per la ricerca in sé, senza la trappola della soggettività assoluta dell'interpretazione ideologicamente orientata. Insomma, l'argomentazione giuridica, per avere una base scientifica, deve essere disinteressata rispetto al risultato dell'interpretazione, configurata come un esperimento ripetibile, non influenzabile dall'interprete. Solo in queste condizioni essa diventa «un atto di conoscenza: è scoperta (o descrizione) dei significati che un testo potenzialmente esprime» (R. Guastini, *Specificità dell'interpretazione costituzionale?*, in P. Comanducci, R. Guastini (cur.), *Analisi e diritto 1996*, Giappichelli, Torino 1996, 169 ss.). Altri sviluppi e riferimenti nel mio *Costituzione e scienza economica*, in *Il Politico*, 2009, 168 ss.

¹¹ Come constata M. Luciani in un lavoro suggestivo non solo nel titolo (*Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, vol. 51/2, 1643-

pre più ad una litigiosissima arena di ideologie¹², piuttosto che a una serena comunità scientifica.

3. *Con gli occhi dell'altro: il malato è l'Occidente, l'Islam è la cura*

Tuttavia, quando di fronte a 'noi' compare 'l'altro' (sia esso l'Islam o la Cina, la Russia o la governance 'multilivello') la frammentazione teorica (ma anche 'pratica') tra i costituzionalisti e le loro mille singolarità interpretative si attenuano, passano in secondo piano rispetto alla serena comune certezza della superiore qualità del 'nostro' modello, dall'alto del quale si giudicano, si condannano e a volte si assolvono prassi, istituzioni e sistemi.

Così, ad esempio, è sintomatico il continuo e risalente attacco al modello cinese¹³, ma vi è anche chi passa a pettine fitto la questione del rilievo del 'consenso' nel modello islamico, giungendo alla conclusione che qui si è fuori della democrazia costituzionale, perché non esiste una nozione di sovranità popolare «corrispondente a quella del costituzionalismo occidentale»¹⁴. Come si vede senza necessità di troppe sottolineature, il ragionamento segue la logica del giudizio dall'alto. Non sono come noi¹⁵.

1668), al quale, se pure non si condividono le conclusioni, va riconosciuto che la qualità teoretica dell'argomentazione, come in altri lavori dell'Autore, raggiunge in alcuni passaggi toni sinceramente altissimi, e profondamente euristici. La richiameremo, pertanto, più oltre.

¹² «Ben più di ogni altra branca del diritto, il diritto costituzionale è, per sua natura, un diritto ideologicamente orientato» (A. Spadaro, *Costituzionalismo versus populismo (Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (cur.), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Jovene, Napoli, 2009, vol. V, 2007 ss.).

¹³ Una guerra che vanta tra le sue fila gladiatori di eccezione, come, tra tutti, Ronald Dworkin, sull'esperienza del quale (in una formidabile serie di conferenze in Cina) mi permetto di rinviare al mio *Rule of Law/Fazbi (??). Il diritto in Cina tra WTO e Asian Values*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, II/2011, 326-338.

¹⁴ E. Castorina, *Sovranità popolare e "consenso": l'influenza dei modelli occidentali ed i recenti sviluppi del costituzionalismo islamico*, in *Riv. AIC*, 2014, fasc. 3, il quale chiama in causa «la riferibilità dei principi supremi dell'ordinamento (Shari'a) a un ordine trascendente quello terreno, dal quale deriva l'ossatura di una vera e propria costituzione materiale dettagliata, alla quale il documento formale dovrà adeguarsi, rimanendo, in definitiva, il potere costituente del popolo circoscritto alla scelta della forma di governo» (p. 8).

¹⁵ Nel modello islamico, il richiamo alla sovranità popolare sarebbe svuotato di contenuto perché: «è ancora il "consenso" nei confronti dei principi religiosi a rappresentare l'elemento che tiene insieme i componenti del gruppo sociale, non la costi-

Tuttavia, si ammette che potrebbero migliorare (!) perché l'esistenza nei preamboli della serie "We the People" nelle nuove costituzioni (Afghanistan 2004, Sudan 2005, Egitto 2014, etc.) sarebbe una specie di ponte che potrebbe portare quei popoli verso la retta via, verso una splendente costituzione di stampo, appunto, occidentale, e ciò viene fatto dipendere da come si comporteranno le 'giovani' Corti supreme¹⁶, che potranno o meno traghettare il sistema sharaitico verso il migliore dei modelli possibili. Il nostro, appunto.

Ma davvero non sono come noi? Davvero nel costituzionalismo occidentale la democrazia costituzionale è il valore supremo? Non abbiamo per caso anche qui una ristretta élite che sovrappone la propria "interpretazione" del nucleo alla sovranità popolare? In realtà, dal punto di vista della "potenza normativa" del consenso (in riferimento ai valori di nucleo), il 'diritto' prevale sulla 'democrazia' sia da 'noi' che da 'loro', nella misura in cui quei valori sono garantiti (e interpretati) da poteri di derivazione non democratica, siano essi le Corti, o la Dottrina. A questo punto, mi pare più che logico provare a indagare in un'altra direzione, chiedendoci se i modelli di controllo sul potere sia in occidente che negli ordinamenti a base islamica siano in qualche modo scientificamente sovrapponibili, e indipendenti dalla natura e contenuto dei valori di nucleo tutelati da ciascun ordinamento.

Non a caso, infatti, il simpatico atteggiamento valutativo sopra descritto è simmetricamente reversibile, guardando con gli occhi dell'altro. Così ad esempio i cinesi, e non solo, hanno da qualche tempo iniziato a contestare all'Occidente e in particolare agli Stati Uniti di predicare i diritti umani in teoria ma di violarli sistematica-

tuzione. Se, infatti, la Shari'a – in base alla costituzione stessa – è la prevalente fonte del diritto, nel "consenso dei dotti" si regge, in definitiva, il patto fondamentale: i governanti sono tenuti a rispettare, sotto il controllo degli Ulema, le norme religiose interpretate da questi ultimi come titolari di fatto del "consenso del popolo"» (Castorina, *op. loc. cit.*).

¹⁶ Castorina, *Sovranità popolare e "consenso"*, *op. loc. cit.*). L'aspetto più sorprendente di questo ragionamento è che non tiene in conto che delegando l'interpretazione costituzionale 'definitiva' alle Corti, si clona il modello della delegazione interpretativa agli Ulema, replicando quindi la sovranità di eccezione in capo a ristrette élites. È sorprendente la contraddizione tra teorema (critica all'Islam basata su carenza di democrazia e consenso), e corollario (affidamento della soluzione a organi non democratici!).

mente nella pratica¹⁷. Mentre, dal punto di vista islamico, non occorre molto sforzo per giungere alla conclusione che il sistema malato è il nostro¹⁸, e la cura è l'islamizzazione¹⁹. E se finora ha funzionato il modello di Huntington²⁰, il futuro potrebbe riservare lancinanti sorprese, ben al di là di ciò che stiamo già osservando.

4. *Nucleo 'formale' e costituzione vivente*

L'atteggiamento 'valutativo' sopra descritto procede mediante la comparazione di istituzioni, valori, e interi sistemi giuridici alla luce di principi, dogmi, dottrine, di volta in volta presentati come componenti essenziali del costituzionalismo, e genera un giudizio finale, sostanzialmente 'negativo'²¹, con cui sono timbrati i sistemi che non superano il test, cioè che non corrispondono al modello iperuranico di costituzione e costituzionalismo – e ai suoi corollari – che è nella mente dello studioso che in quel momento compie la valutazione.

Vorrei provare a dimostrare l'assoluta assenza di validità scientifica di questo tipo di operazioni, non soltanto perché i valori di nucleo stessi siano privi di consistenza oggettiva o comunque non razionalmente comparabili, ma soprattutto perché esse non met-

¹⁷ Il Consiglio di Stato della Repubblica Popolare Cinese pubblica da qualche tempo rapporti annuali sui diritti umani negli Stati Uniti (qui il report 2013: www.chinabumanrights.org/Messages/feature/2014/07/t20140302_1150533.htm). Ed è anche significativo che l'UNCHR non abbia mai dato seguito alle pressioni americane per ottenere una condanna della Cina per violazione dei diritti umani (R. Foot, *Chinese strategies in a US-hegemonic global order: accommodating and hedging*, in *International Affairs*, 2006, 82, I, 77-94, in part. 87 nt. 31).

¹⁸ V. ad es. A. Moussalli, *The Islamic Quest for Democracy, Pluralism, and Human Rights*, Florida U.P., Gainesville, 2003, 4 ss., e S. Mahmood, *Questioning Liberalism, too*, in <http://bostonreview.net/archives/BR28.2/mahmood.html>.

¹⁹ Come reazione (B. Tibi, *Il fondamentalismo religioso*, Boringhieri, Torino 1997, 51) o come meta-progetto politico: «...ovunque si trovi, il musulmano ha il compito di "islamizzare" – ovvero sottomettere a Dio – lo spazio pubblico» (C. Sbaillò, *Diritto pubblico dell'Islam mediterraneo*, Cedam, Padova, 2015, 7).

²⁰ *The Clash of Civilizations*, cit., *supra* nt. 5, secondo cui l'Occidente prevale non per la superiorità dei suoi valori ma per la sua efficienza nell'applicare la violenza organizzata.

²¹ Da questa amabile abitudine scaturiscono sintagmi ossimorici: 'Costituzione incostituzionale', 'Costituzione senza costituzionalismo' (a titolo di esempio, tra i molti, T. Groppi, *Costituzioni senza costituzionalismo. La codificazione dei diritti in Asia agli inizi del XXI secolo*, in *Politica del diritto*, 2/2006, 187 ss.).

tono neppure in conto che sia proprio l'aspetto procedurale, cioè i meccanismi e i poteri dalla cui azione discende la garanzia dei valori contenuti nel nucleo, a determinare questi stessi valori, e dunque che proprio questo aspetto 'tecnico' e non i valori astratti in sé, appunto, debba costituire l'oggetto della comparazione tra i modelli.

Se a questo punto, e con questa metodologia, si guardano i dettagli, ci si può accorgere di alcune sorprendenti evidenze del costituzionalismo, di cui riassumo le due più importanti.

In primo luogo, il nucleo inteso come 'deposito' di valori supremi è un concetto privo di validità scientifica: ci possiamo scrivere accanto qualsiasi aggettivazione (liberaldemocratico, personalista, socialista, sharaitico e così via), ma resta comunque una pila di astrattezze, fin quando un pubblico potere, un formante dell'ordinamento costituzionale, non lo rende concreto (cioè lo crea) e conseguentemente modifica, condiziona, controlla lo stato di cose esistenti.

In secondo luogo, i valori di nucleo sono resi 'concreti' prevalentemente da istituzioni 'non democratiche'. Sia nella tradizione occidentale, sia nel modello islamico.

Vediamo se queste evidenze 'funzionano', e come ci si arriva.

Ovvio (quanto evanescente) il teorema che il nucleo si trovi nella costituzione, di cui costituisce il *core*²². Ma qual è esattamente? Quali precetti concreti contiene? Come funziona? È lo stesso dappertutto? Partendo dall'ultima questione, è sintomatico che anche nella più fine manualistica italiana si costruisca il "nucleo duro" della Costituzione o come concetto *particolare*, cioè di ogni singolo ordinamento, o come concetto *universale*, cioè comune a tutti gli ordinamenti purché si tratti di ordinamenti «liberaldemocratici e personalisti»²³; cosicché, si dà anticipatamente per scontato che ordinamenti a base differenziata da quelli 'blasonati', appena citati, non possano iscriversi al club. Ma si può facilmente, e pro-

²² Discussioni e sviluppi nel mio *Revisioni costituzionali*, in G.F. Ferrari (cur.), *Atlante di diritto pubblico comparato*, Utet, Torino 2010, in part. 187 ss.

²³ A. Ruggieri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2014, 7. Il teorema 'selettivo' aleggia purtroppo anche nelle migliori ricerche in tema: così Q. Camerlengo, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Giuffrè, Milano 2007, pur cercando con elegante manovra di uscire dalla stretta del 'modello occidentale' (p. 315) costruisce un 'comune nucleo essenziale', guardando ai valori e trascurando il gioco dei formanti. Ma si può avere Kant senza fare i conti con Schmitt?

prio partendo dall'analisi interna della fisionomia del costituzionalismo 'occidentale', dimostrare il contrario, cioè che le macchine istituzionali formanti il nucleo sono, a parte variazioni formali, sostanzialmente omologate, non solo nella sincronia dei grandi sistemi giuridici globalizzati, ma anche in visione diacronica, almeno a partire da quando compaiono la forma-stato e i suoi primi interpreti.

Se appare ovvio che il senso strutturale del nucleo 'duro' vada a coincidere con i teoremi della costituzione rigida e della limitazione del potere legislativo, compresa la stessa revisione costituzionale²⁴, è altrettanto comprensibile che si sia discusso a lungo, e si continui a farlo, della natura e della portata delle limitazioni derivanti dal nucleo, che va ben oltre ciò che è scritto nelle costituzioni di carta, e che pure il potere costituito può cambiare, ma non può "legittimamente" toccare i valori del nucleo, motore immobile, costante eterna.

Ma che cosa c'è dentro questo hard core? *Niente*, perché non se ne può dare una univoca rappresentazione scientifica, e *tutto*, perché chiunque può leggerci quello che vuole.

Infatti proprio quel nucleo, che per valere nel caso concreto dovrebbe essere l'oggetto più chiaro e preciso, è invece indistinto e generico, almeno fino a quando la materializzazione della sua fisionomia avviene ad opera di qualcuno deputato a dichiararlo. Se dunque un nucleo ha una consistenza scientifica, l'ha nella costituzione materiale, nel diritto vivente, e non nei fiori di carta che sono le fonti²⁵. *Gods, or devils, are in the details*. E nel dettaglio della sin-

²⁴ Si tratta di un terreno denso di equivoci tra *revisione formale* mediante *modifica* del testo e *trasformazione costituzionale* senza *modifica* del testo, senza considerare che dei mutamenti della "costituzione vivente" i maggiori artefici sono principalmente le Corti (mi si perdoni ancora il rinvio a Di Plinio, *Revisioni costituzionali*, cit., 180 ss.; Id., *Diritti, Sbar'a e costituzionalismo islamico*, in *Iura Orientalia*, 2010, 283-315, 295 ss.).

²⁵ Le Corti «contribuiscono non poco alla determinazione dello stesso concetto di Costituzione in senso reale-vivente, disponendo di uno straordinario (perché autorevole e praticamente finale) potere ermeneutico: spetta infatti ad esse, in fin dei conti, la individuazione del "contenuto" (norme-significati) presente nei "contenitori" – o proposizioni linguistiche – costituzionali (disposizioni significanti). Si badi: tale funzione "maieutica" spetta solamente alle Corti costituzionali e non al legislatore ordinario, cui semmai e invece spetta (insieme a tutti gli organi dei pubblici poteri) la diversa funzione di attuare le disposizioni costituzionali, ove possibile proprio nel significato normativo individuato dalla Corte» (Ruggeri e Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 9).

gola decisione, la parola spetta ai formanti dell'ordinamento, che interpretando il nucleo modellano la realtà.

A questo punto – dopo aver riconosciuto che i sistemi di giustizia costituzionale non si limitano a una verifica notarile della legalità della procedura seguita a fronte di quella prescritta per la revisione, ma entrano nella *sostanza* delle scelte del legislatore costituzionale e ancor di più in quelle del legislatore ordinario – la dottrina costituzionalista non può fare a meno di prendere in considerazione, con sincerità, la possibilità che tutto ciò produca la *rottura materiale* di grandezze teoriche del calibro di democrazia costituzionale e sovranità popolare²⁶. Impossibile, in sostanza, ignorare il «dato della natura non democratica» del ruolo delle Corti, e contemporaneamente la sua *naturalità*²⁷ o meglio *necessarietà*, proprio in quanto limite costituzionale nei confronti della «democrazia maggioritaria pura»²⁸.

Questo significa che se un parlamento votasse anche con maggioranze bulgare, o per amor d'ipotesi, all'unanimità, una legge costituzionale, un tribunale costituzionale potrebbe sempre e comunque eccipire la violazione del nucleo, perché – sempre secondo il *mainstream* della dottrina costituzionalista – il potere della Corte si fonda non sullo «Stato legale di diritto», ma sullo *Stato costituzionale*, il quale «trova uno dei suoi tratti più caratterizzanti proprio nell'esistenza di organi e strumenti di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo (e dei cittadini), anche *contro* l'operato del legislatore democraticamente eletto»²⁹.

E in fondo, di fronte al problema di stabilire effettivamente che cosa sia e cosa contenga la Costituzione e in particolare quali siano

²⁶ Le Corti sanzionano «tout court l'illegittimità sostanziale della legge in relazione ai valori fondanti, e dunque “supremi”, dell'ordinamento dato», e la «difesa intransigente del “nucleo duro” di ogni Carta», oltre che la «generica difesa della mera rigidità», costituisce «una sfida al carattere democratico dell'ordinamento giuridico», così che la questione della sua «legittimità democratica» rappresenta un «*mighty problem*, un problema formidabile» (Ruggeri e Spadaro, *Lineamenti*, cit., 8).

²⁷ O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, F. Angeli, Milano 2015, in part. 31 ss.

²⁸ G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, 160. Ruggeri e Spadaro, *op. loc. cit.*, precisano che «la giustizia costituzionale è ormai divenuta un elemento essenziale e imprescindibile del costituzionalismo moderno e, come tale, deve essere necessariamente slegata da ogni legittimazione democratica» (p. 9).

²⁹ Ruggeri e Spadaro, *op. loc. cit.* (corsivo mio),

in concreto i valori che si presumono depositati nel suo nucleo duro, l'unica risposta intellettualmente sincera e – contemporaneamente – scientificamente fondata è simile a quella che Humpty Dumpty dà ad Alice sulla questione di come scegliere tra una pluralità di significati delle parole: bisogna vedere chi è il *master*³⁰. È, nella sostanza, la stessa risposta che offre la dottrina costituzionalista, con l'ovvio e dovuto richiamo a Carl Schmitt, e risalendo in verticale, a Hobbes³¹, su cui torneremo. *Master* dell'interpretazione e della difesa del nucleo sono, com'è empiricamente verificabile, le Corti, e non i poteri rappresentativi derivati dalla democrazia costituzionale, e proprio nella misura in cui le decisioni delle Corti non sono suscettibili di revisione, controllo, caducazione, da parte di *nessun potere costituito*, anche quando si sovrappongono alle competenze ed ai poteri degli organi costituzionali rappresentativi³².

A questo punto, diamo un fermo immagine ai tre caratteri del *western constitutionalism* più rilevanti nel discorso che qui si va sviluppando: *a*) i signori del diritto non sono i legislatori democraticamente derivati ma organismi aristocratici, le Corti, e, al di là del documento storico in cui si ritiene racchiuso, e dei simboli linguistici che lo descrivono, il nucleo duro non preesiste alla giurisprudenza delle Corti, ma è *creato* dalla stessa attraverso l'interpretazione in concreto³³; *b*) gli imperativi derivanti da tale *living constitution* (o se

³⁰ «When I use a word – Humpty Dumpty said in rather a scornful tone – it means just what I choose it to mean, neither more nor less. The question is – said Alice – whether you can make words mean so many different things. The question is – said Humpty Dumpty – which is to be the master; that's all» (*Through the Looking-Glass*, 6.63-65). Incredibile quante volte le Corti hanno fatto freudianamente e anche esplicitamente richiamo alla filosofia di Humpty Dumpty (simpatica la raccolta di J. Bomhoff, *Humpty Dumpty and the Law*, in *comparativelawblog.blogspot.it* 12/2006).

³¹ «... con straordinaria acutezza, C. Schmitt – sulle orme del c.d. "cristallo di Hobbes" – lo poneva correttamente sotto forma dell'interrogativo: «Quis interpretabitur?». Infatti, solo colui a cui è riconosciuto il potere di interpretazione (*autoritas*) è in grado di enunciare cosa realmente dice la Costituzione (*quid est veritas*), disponendo per ciò stesso del vero potere sovrano (*potestas*)» (Ruggeri e Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 9).

³² Significativa al riguardo la secca stroncatura operata dalla Corte costituzionale italiana all'idea di applicare il procedimento dei conflitti di attribuzione al caso in cui la Corte stessa sia individuata come parte del conflitto, su cui P. Veronesi, *I poteri davanti alla Corte. "Cattivo uso" del potere e sindacato costituzionale*, Giuffrè, Milano 1999, 268, al quale si rinvia per riferimenti e sviluppi critici).

³³ «... la giurisprudenza costituzionale non si limita quindi a reinterpretare/ integrare i significati normativi contenuti nelle leggi e negli atti aventi forza di legge, ma – attraverso il ricorso a tecniche sofisticate, non ultimo un uso accorto e, a volte, per-

si vuole ‘diritto costituzionale *in action*’ o anche *costituzione materiale*³⁴), sono atti sovrani e pertanto costituiscono le vere prescrizioni categoriche del nucleo duro, condizionando la produzione e l’applicazione della legge da parte della democrazia costituzionale³⁵; c) il nucleo non è una entità autonoma, né una ordinata e trasparente raccolta di certezze e di valori, ma è creato di volta in volta, di decisione in decisione³⁶. Esso, nella *Weltanschauung* del costituzionalismo occidentale, coincide con la giurisprudenza delle Corti, che è come dire che coincide con le Corti stesse, alle quali – tramite il controllo del «limite costituzionale nei confronti della democrazia maggioritaria pura»³⁷ – spettano potere di eccezione e sovranità di ultima istanza (e quindi sovranità *tout court*).

5. *Nucleo sharaítico, formante schmittiano e costituzionalismo islamico*

In quanto *Master* dell’interpretazione e della costituzione materiale le Corti diventano, nel mainstream della *Western Constitutional Theory*, “formanti schmittiani”³⁸ dell’ordinamento giuridico. Ma se è *eccezionale* (nel senso che fa eccezione al potere di derivazione democratica) il potere di tali formanti, non è affatto eccezionale il modello, perché tutti gli ordinamenti giuridici storicamente esistenti hanno posseduto un nucleo di norme superiori, controllato

sino spregiudicato della motivazione – *crea* anche norme e dunque diritto “costituzionale”» (Ruggeri e Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 10, corsivo mio).

³⁴ Il sintagma è usato spesso in dottrina nel significato del testo. Personalmente gli attribuisco un rilievo scientifico più ampio, che scavalca l’azione soggettiva dei formanti e mette in collegamento sovrastruttura giuridica e modo di produzione inteso come costituzione economica. Sul punto rinvio al mio più recente lavoro in argomento: *Nuove mappe del caos. Lo Stato e la costituzione economica della crisi globale*, in G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari (cur.), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Giappichelli, Torino, in part. 70 ss.

³⁵ Il teorema del *self restraint* è pura utopia. Al riguardo, v. la polemica tra Ely e Dworkin, molto efficacemente presentata da Chessa, *I giudici del diritto*, cit., 129 ss.

³⁶ Come è facile da verificare anche empiricamente, non si tratta di una funzione lineare, ma di una dinamica dialettica e spesso tormentata, che procede a salti, ritorni e contraddizioni, tensioni e conflitti con gli altri formanti dell’ordinamento, e soprattutto sincronicamente molto differenziata.

³⁷ Zagrebelsky e Marcenò, *Giustizia costituzionale*, op. loc. cit.

³⁸ Ho appena coniato il sintagma. È suscettibile di varie critiche, ma *sound good*. Per la verità vi è chi parla di ‘potere schmittiano’ (ad es. G. Montedoro, *Economia della crisi, trasformazioni dello Stato, governo dei giudici*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, 1, 73) ma il richiamo al ‘formante’ funziona meglio nel contesto di queste pagine.

da un formante schmittiano³⁹. Può sembrare singolare che molti studiosi, non solo di religione musulmana, sostengono che il primato nella creazione pratica di una costituzione (vivente) spetti proprio all'Islam con la nascita del Califfato⁴⁰, mentre è generalmente riconosciuto che il costituzionalismo sia una creatura specifica della civiltà giuridica occidentale. Non mi pare ci siano contraddizioni perché nel secondo caso abbiamo una teoria della costituzione, nel primo caso una costituzione in carne ed ossa. Questo non vuol dire che, anche prima del Califfato, e ancora prima di Maometto non sia esistita in quei popoli, come in tutti gli altri popoli del pianeta, una costituzione in senso materiale, ma nemmeno implica che il costituzionalismo occidentale sia una creatura del tutto originale, dato che la sua genesi ha indubbiamente risentito dell'influsso di culture precedenti, compresa quella islamica⁴¹.

In definitiva i musulmani, uniti in comunità politiche e Stati, hanno sempre posseduto una loro propria *costituzione vivente*, entro i confini della quale la *Shari'a* è il contenitore principale del "nucleo duro"⁴², anche quando si sono aggiunte, senza mai sovrapporsi, le carte scritte frutto di più o meno imposti *constitutional transplants*⁴³, dei quali la cultura giuridica islamica ha talora fruito senza danneggiare, anzi in un certo senso valorizzando, il nucleo sciaraitico⁴⁴.

³⁹ È appena il caso di precisare che una comunità ha una costituzione materiale anche quando la sua cultura non ha ancora elaborato concetti di scienza sociale adeguati per darne una compiuta elaborazione scientifica.

⁴⁰ Per tutti, E. Tyan, *Institutions du droit public musulman*, Sirey, Paris, vol. I, 1954, 315 ss.

⁴¹ Per sviluppi e riferimenti sia consentito il rinvio al mio *Diritti, Shari'a e costituzionalismo islamico*, cit., 288 ss.

⁴² R. Bahlul, *Prospettive islamiche del costituzionalismo*, in P. Costa, D. Zolo, E. Santoro (cur.), *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano 2002, in part. 623.

⁴³ Le costituzioni "occidentali" islamiche sono fiori di carta, espressione di "mimetismo costituzionale" (P.F. Gonidec, *Constitutionnalismes africains*, in *Rev. Jur. Pol. Ind. Coop.*, 1996, 23 ss., 36), che, al di là e al di sopra dei copia/incolla dalle costituzioni occidentali, ha conservato gelosamente la sedimentazione storica di trasformazioni e adattamenti del *fiqh* nel quadro formalmente immutabile ma sostanzialmente plastico della *Shari'a*, nell'interpretazione dei formanti schmittiani. Ma è fin troppo facile aggiungere che la frattura tra la costituzione di carta e la sua applicazione concreta non costituiscono affatto prerogative dell'*Islamic Style*, ma sono empiricamente rilevabili nella dinamica della costituzioni occidentali, anche quelle più "blasonate".

⁴⁴ Ovvio il richiamo alla giurisprudenza della Corte costituzionale egiziana, in sintonia col *reasoning* delle Corti occidentali, senza rinunciare di un millimetro al 'core' sciaraitico (in tema v. N.J. Brown, *The Rule of Law in the Arab World: Courts in*

Si può, applicando i teoremi del nucleo descritti sopra, isolare un *costituzionalismo islamico*⁴⁵ basato non (o non solo) su una costituzione di costituenti ma precisamente su un ‘nucleo sharaitico’?

Secondo alcuni, il costituzionalismo islamico nasce, sotto l’influenza del costituzionalismo occidentale, da elaborazioni di una élite di burocrati, nella seconda metà del diciannovesimo secolo⁴⁶. In realtà, un costituzionalismo fondato sui documenti supremi della religione musulmana è enucleabile, anche al di fuori della circolazione dei modelli⁴⁷, proprio nella tipicità storica del diritto islamico, cioè nel suo fondamento sulla *Shari’a*, e sulla nozione di *sovranità divina* (“*al-hakimiyyatu li-Allah*”) interpretata nel senso che la “teocrazia” islamica non coincide con la concezione occidentale di Stato/Chiesa, ma letteralmente significa quello che dice, cioè che il governo della società appartiene direttamente a Dio, che la delega a ‘tutto’ il suo popolo che la esercita tramite “pubblici poteri” puntualmente vincolati dalla legge divina; ciò fonda una teoria del potere limitato (dalla *Shari’a*), cioè un costituzionalismo islamico. Un tale risultato può derivarsi da entrambe le versioni storiche della interpretazione della *Shari’a* (*ash’arita* e *mu’tazilita*) le quali, rispetto al tema di cui stiamo trattando, esprimono differenze anche notevoli, mentre convergono sostanzialmente su caratteri che costitui-

Egypt and the Gulf, Cambridge Univ. Press, Cambridge, UK 1997, 121; C. Sbaìlò, *L’Egitto, tra mutamento di regime e transizione costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, II/2011, 349 ss., e altri riferimenti nel mio *Diritti, Shari’a e costituzionalismo islamico*, cit., 291). La tendenza alla integrazione dei modelli, se mai c’è stata (sempre infatti è stata aspramente contrastata dalla dottrina più intransigente: v. A. El-Afendi, *Who Needs an Islamic State?*, Malaysia Think Tank, London, 2008) è comunque spezzata dagli oscuri integralismi che stiamo ora vivendo. Altro che costituire una difesa della civiltà giuridica islamica, il *mainstream* dell’*Islamic State* ne rappresenta una devastante deviazione. Ma si tratta di una storia ancora tutta da scrivere.

⁴⁵ Conviene precisare fino allo sfinimento che *costituzionalismo* qui è inteso nella sua accezione più storicamente razionale e scientificamente fondata di teoria della *limitazione del potere mediante il diritto*, il cui nucleo è controllato da una aristocrazia legale, un formante sovrano, a prescindere e anche contro i poteri a derivazione democratica. Tecnicamente, natura e contenuto astratti dei valori – difesi e dunque ‘costruiti’ in concreto da una tale ‘macchina’ – sono irrilevanti ai fini dell’efficace funzionamento del controllo.

⁴⁶ S.A. Arjomand, *Islamic Constitutionalism*, in *An. Rev. L. e Soc. Sc.*, 3/2007, 115 ss.

⁴⁷ «Temi come il governo secondo la legge, il diritto dei popoli di opporsi ai governi ingiusti, le libertà che ai governanti non è permesso violare e altri simili temi sono presenti nel pensiero politico arabo-islamico fin dagli inizi» (Bahlul, *Prospettive islamiche del costituzionalismo*, cit., 617).

scono il DNA del costituzionalismo *tout court*, quali potere limitato e controllo di conformità al nucleo⁴⁸, la cui garanzia è affidata a custodi, che, simmetricamente alle Corti occidentali, ne costituiscono i formanti schmittiani⁴⁹.

In entrambi i modelli di costituzionalismo, la costituzione vivente è nelle mani di aristocrazie prive di *legittimazione democratica*⁵⁰, verso le quali si materializza lo *shifting* dei poteri sovrani di ultima istanza, così che in entrambi i modelli i custodi dei valori di nucleo (il ‘diritto’) prevalgono sulle istituzioni rappresentative (la ‘democrazia’).

Essendo sostanzialmente analoghi nel meccanismo di legittimazione e nel funzionamento procedurale, i modelli sono pertanto equivalenti, e nessuno dei due può scientificamente dichiararsi, in quanto meccanismo di legittimazione, superiore all’altro. Varia il nucleo, ma solo come – empiricamente – gli organi di interpretazione dei nuclei medesimi lo dichiarano. Quindi la comparazione tra i ‘nuclei’ in realtà è comparazione tra i loro rispettivi formanti ‘schmittiani’, sommi sacerdoti del sacro fuoco del nucleo. Se la prevalenza dell’uno o dell’altro, a questo punto, è una questione di muscoli, non di razionalità scientifica, non può non trarsi la conclusione che entrambi i modelli, dichiarando la prevalenza di quel nucleo (e di chi lo interpreta) sulla democrazia costituzionale, decretano sostanzialmente una più o meno accentuata evirazione dello stesso principio democratico.

6. *Quasi una conclusione: convergenza dei modelli e legittimazione funzionale*

È dunque possibile costruire una teoria ‘islamica’ della costituzione, assolutamente sovrapponibile alle linee strutturali della teo-

⁴⁸ Sia consentito ancora il rinvio, anche per i riferimenti, al mio *Diritti, Shari’a e costituzionalismo islamico*, cit., 308. Una discussione approfondita in Bahlul, *Prospective islamiche del costituzionalismo*, cit., 621, 623 ss., ove ampi richiami.

⁴⁹ In tema di enforcement del nucleo nel caso iraniano L. De Grazia, *Il diritto islamico nel sistema delle fonti normative dell’ordinamento iraniano*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2011, 309-325.

⁵⁰ Il problema non è quello della indipendenza del giudice (J.I. Goldenziel, *Veiled Political Questions: Islamic Dress, Constitutionalism, and the Ascendance of Courts*, in *Am. J. Comp. L.*, vol. 61, n. 1, 1-50, dimostra che l’indipendenza della magistratura si può sviluppare anche in regimi non democratici), ma il suo esatto contra-

ria ‘occidentale’ della costituzione, perché sia la *Shari’a* che le costituzioni dei costituenti sono fiori di carta – ‘libri’ oggetto di devozione più o meno sincera, bellissimi ma inafferrabili frammenti olografici di principi e valori meravigliosamente disegnati in teoria ma dai contorni indefiniti ed evanescenti nella applicazione pratica – mentre la *costituzione vivente*, in Occidente e in Oriente, la scrivono giorno per giorno i formanti dell’ordinamento, sotto lo sguardo vigile di un ‘custode’, o un collegio di ‘custodi’ collocato oltre e sopra le entità a derivazione democratica e depositario – attraverso la liturgia dell’interpretazione e la mistica del potere di eccezione– del monopolio del ‘nucleo’ e, conseguentemente, della verità finale del diritto costituzionale vivente⁵¹.

Un quadro del genere ha serissime e profonde ragioni. Il costituzionalismo, con i suoi teoremi del potere limitato e del diritto *über alles*, è stato messo a punto, nel suo essere insieme *scienza della fondazione del potere legittimo* e *scienza della limitazione del potere*, dal genio di Hobbes⁵², ed entra dopo mezzo millennio nei manuali

rio, cioè l’evidenza della *dipendenza e sotto-ordinazione* dei poteri di derivazione democratica a formanti ‘tecnici’, cioè a *non-majoritarian institutions*. E questa evidenza empirica si riscontra sia nei sistemi occidentali che nei regimi a base islamica.

⁵¹ Una robusta conferma della prevalenza del modello “schmittiano” su quello “madisoniano” in E.A. Posner e A. Vermeule, *Crisis Governance in the Administrative State: 9/11 and the Financial Meltdown of 2008*, in *Univ. Chi. L. Rev.* 2009, 1613 ss. (deglì stessi v. anche *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2010). Spiegazioni e critiche del transfert di sovranità dal parlamento verso le Corti sono diffuse nella letteratura internazionale: v.ad esempio, D.W. Jackson, N.C. Tate (eds.), *Comparative Judicial Review and Public Policy*, Westport, CT, Greenwood Press, 1992; M. Shapiro, *Juridicalization of Politics in the United States*, in *Int’l Pol. Sc. Rev.*, vol. 15, n. 2, 1994, 101 ss.; M. Shapiro, A. Stone Sweet, *The New Constitutional Politics of Europe*, in *Comp. Pol. St.*, 4/1994, 397 ss.; C.N. Tate, T. Vallinder (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, NYU Press, New York 1995; A.M. Slaughter, *Judicial Globalization*, in *Virginia J. Int’l L.*, 2000, 1103 ss.; M. Shapiro, *The Globalization of Judicial Review*, in L. Friedman, H. Scheiber (eds.), *Legal Culture and the Legal Profession*, Boulder, CO, Westview Press, 1996; A. Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2000, 48 s.; J.L. Goldstein, M. Kahler, R.O. Keohane, A. Slaughter (eds.), *Legalization and World Politics*, in *Int’l Org., Special Issue*, 3/2001). Sia anche consentito il rinvio a G. Di Plinio, *Usò del “comparato” e problemi di legittimazione nelle dinamiche delle Corti costituzionali: lo stile spagnolo*, in G.F. Ferrari, A. Gambaro (cur.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, ESI, Napoli, 2007, 63-80.

⁵² Come scrive M. Luciani (*Costituzionalismo irenico*, op. loc. cit.): «... con Hobbes si verifica pertanto qualcosa di inaudito: il costituzionalismo, nel momento stesso in cui sembra rinunciare alle pretese morali che avevano caratterizzato la teoria classica, ottiene il più concreto e rivoluzionario risultato cui poteva aspirare: catturare

di diritto costituzionale con lo stesso impianto teoretico, e il deficit di legittimazione democratica dei ‘custodi’ del nucleo costituzionale appare sempre meno problematico e comunque colmato da raffinate costruzioni⁵³, dal singolare postulato che «le Corti sono indispensabili (allo stesso regime democratico) non “benché” siano carenti di legittimazione democratica diretta, ma – al contrario – proprio “perché” ne sono prive»⁵⁴ fino all’elegante teorema della *legittimazione funzionale*⁵⁵. Troppo facile allora utilizzare proprio questi argomenti per replicare alla *counter-majoritarian difficulty* ritualmente rinvenuta nel modello islamico⁵⁶. Se la attrazione del potere finale nella sfera di un organismo non direttamente democratico, ma democratico ‘funzionalmente’, è ‘gradevole’ in un certo posto (in Italia, in Germania ...) dovrebbe essere altrettanto ‘gradevole’ ovunque (in Iran, ad esempio ...).

Ma non è nell’agenda di questo lavoro indagare la validità di queste giustificazioni, né il futuro del modello.

Qui la ‘non conclusione’ che possiamo trarre è semplice. Se la macchina di Hobbes, nelle sue estrinsecazioni materiali occidentali, costituisce una versione – non necessariamente più precoce ed efficiente – delle corrispondenti macchine dei paesi dell’area islamica⁵⁷, allora il destino di tutte è molto più convergente e comune di quanto si possa pensare, mentre il giudizio scientifico sul loro su-

il potere e assoggettarlo all’impero del diritto ... È in questo momento, dunque, che il costituzionalismo definisce, una volta per tutte, la propria identità di *scienza della fondazione del potere legittimo*: una volta che è entrato nel suo dominio, però, il potere non può più sfuggire al costituzionalismo, che si struttura – conseguentemente – anche come *scienza della limitazione del potere*».

⁵³ Rinvio per tutti a Chessa, *I giudici del diritto*, cit., in part. 103 ss.

⁵⁴ Ruggeri e Spadaro, *Lineamenti*, cit.

⁵⁵ Zagrebelsky e Marcenò, *Giustizia costituzionale*, cit., 160, che soggiungono «Alla Corte spetta far valere il limite costituzionale nei confronti della democrazia maggioritaria pura che può degenerare in regime tirannico, cioè antidemocratico. In questo senso si può ritenere ch’essa sia un istituto incompatibile con la democrazia, solo se la democrazia viene intesa, come si suole dire, secondo la concezione giacobina; ma che essa è invece amica della democrazia liberale e pluralista: anzi, che è un aspetto essenziale della sua complessa ed equilibrata organizzazione costituzionale».

⁵⁶ V. ad es. *supra*, nt. 16 e 17.

⁵⁷ Entrambi i tipi hanno motori costruiti su sistemi di valori, tra loro molto differenti in astratto ma indistinti in pratica, perché sono gli autisti che decidono la direzione. E gli autisti coincidono in entrambi i casi con gli interpreti estremi di quei differenti valori (le corti, la dottrina, a volte anche i governi) e sempre meno con i viaggiatori (i popoli, le istituzioni e gli altri immaginari simboli della democrazia costituzionale).

blime meccanismo di funzionamento non può che essere necessariamente univoco, perché legittimare l'una significa legittimare, senza possibilità di riserve, anche le altre.

Il punto oscuro è in entrambi i casi il problema del limite al dispotismo, illuminato o meno, di quei formanti schmittiani. Due strade di ricerca, non necessariamente alternative, mi paiono percorribili. La prima risponde alla domanda se sia possibile, e come, costruire controlimiti e bilanciamenti agli eccessi 'dei sacerdoti dei nuclei'. La seconda si interroga sulla possibilità di (e sul 'come') incrementare il tasso di evidenza scientifica dei valori di nucleo in modo da ridurre l'arbitrio dei pubblici poteri nella dinamica della creazione della costituzione vivente. Il primo percorso passa sia per lo *shifting* sovranazionale del potere che per il disperato bisogno di recupero di dignità e di ruolo delle forze politiche nelle dimensioni nazionali e multilivello. Il secondo si muove sul filo della ricomposizione tra la discrezionalità dei formanti e le leggi dinamiche del modo di produzione, cioè della costituzione economica. Ma si tratta a questo punto di altre, non meno straordinarie, storie.

Abstract

This article move from the original configuration of constitutionalism as a theory of the limitation of power through law, and its corollaries derived within the Western constitutional interpretation. In this context, it provides proofs that the models of constitutional constraint over democratically derived powers, employed by 'schmittian' formants whose legitimacy is purely functional, within both Western and Islamic legal orders, are empirically equivalent and scientifically coincident. The diversity of the core values does not play any role in the above proofs.

Muovendo dalla configurazione originaria di costituzionalismo come limitazione del potere attraverso il diritto e dai corollari che la dottrina costituzionalistica occidentale ne fa derivare, il saggio fornisce una dimostrazione al teorema secondo cui i modelli di controllo costituzionale sui poteri di derivazione democratica diretta, esercitato da formanti 'schmittiani' dotati di legittimazione solo funzionale, sia negli ordinamenti occidentali che negli ordinamenti a base islamica, sono empiricamente equivalenti e scientificamente sovrapponibili. La diversità dei valori di nucleo non influenza l'esito di tale dimostrazione.

PASSATO E PRESENTE

GEORG JELLINEK

IL RUOLO DELLE PRIME CAMERE NELLA LEGISLAZIONE IN MATERIA FINANZIARIA*

SOMMARIO: I. Il problema. – II. La diversa posizione giuridica delle prime camere: la situazione in Inghilterra e in America. – III. Il recepimento del diritto anglo-americano nello stato continentale. – IV. Le più recenti modifiche costituzionali nella Germania del sud. – V. Critica del sistema in vigore.

I. *Il problema*

Nella maggior parte degli stati costituzionali con sistema bicamerale, la prima camera si trova in subordine rispetto alla seconda camera in materia di legislazione finanziaria. Nella più recente letteratura politica e costituzionalistica questo viene considerato come un fatto quasi sempre tautologico, sicché vi si sorvola del tutto se si cerca di indagare sulle ragioni più profonde che giustificano oggi questo caratteristico stato di cose sul piano istituzionale. L'unica monografia a me nota che si occupi della questione qui considerata, il libro di Morizot-Thibault: *Des droits des Chambres hautes ou des Sénat en matière des finances*¹, è stato, sì, incoronato dalla facoltà di diritto parigina, ma delude il lettore per il modo insoddisfacente con cui viene trattata la materia. E non risolve affatto il problema in modo chiaro, nonostante approfondimenti molto ampi.

Una ricerca sulla questione qui delineata è tuttavia di grande interesse per conoscere la storia degli ordinamenti degli stati costituzionali, così come un'indagine in ordine alla elaborazione di una teoria costituzionale. Sul piano formale, per il diritto tedesco questa materia riveste oggi anche un interesse pratico, poiché negli stati del sud sono state di recente intraprese, ovvero programmate, inci-

* *Staatsrechtliche Abhandlungen. Festgabe fuer Paul Laband*, Verlag von J.C.B. Mohr, Tuebinga 1908. Traduzione italiana a cura di Clemente Forte.

¹ Parigi 1891.

sive riforme incisive in ordine al rapporto tra le due camere nella materia della legislazione finanziaria.

Tutte le questioni particolari debbono qui essere qui naturalmente lasciate da parte. Così, anzitutto, quella sull'ampiezza della legislazione in materia finanziaria, che è diversa nei singoli stati e i cui confini sono oggetto di dibattito in alcuni stati. Tale questione può essere discussa e risolta in modo strutturale solo sul terreno del diritto di ogni singolo stato.

II. *La diversa posizione giuridica delle prime camere: la situazione in Inghilterra e in America*

Il sistema bicamerale viene introdotto sul continente europeo dapprima con la costituzione francese del Direttorio del 1795. È difficile trovare in essa un qualsivoglia collegamento, dal punto di vista della creazione di nuovi istituti, con le due costituzioni del 1791 e del 1793. Erano state le esperienze fatte con i tre precedenti parlamenti monocamerale privi di ogni contrappeso ad aver piuttosto portato alla creazione del consiglio degli anziani, cui non fu conferito un potere legislativo in senso positivo, ma solo un veto contro le decisioni del consiglio dei 500.

Quest'idea di una camera costruita con un potere negativo ha fornito l'*imprimatur* per più costituzioni, in epoca successiva. Tra quelle oggi in vigore essa emerge nel modo più chiaro in quella olandese, dove può essere trovata, sulla base del modello di costituzione del Direttorio, già nella prima costituzione della Repubblica batava del 23 aprile 1798 e poi, anche se con alcune modifiche, nella costituzione norvegese. Le due costituzioni vietano alla prima camera ogni iniziativa e tutte le proposte di legge del governo debbono essere presentate anzitutto nella seconda camera. In Portogallo, inoltre, il governo deve presentare le proprie proposte anzitutto nella seconda camera e con ciò anche la legge di bilancio, che necessariamente deve provenire dall'iniziativa governativa; inoltre, in materia d'imposte l'iniziativa spetta esclusivamente alla camera dei deputati².

Negli stati citati non si può parlare di un vero e proprio privilegio della seconda camera in riferimento alla legislazione in mate-

² Dettagli sulla relativa situazione portoghese in Tavares De Medeiros, *Das Staatsrecht des Königreichs Portugal*, 1892, 33 ss., 58 ss.

ria finanziaria, dovendo, le prime camere, fondamentalmente, fare un passo indietro rispetto alle camere basse nel diritto di prendere parte al procedimento legislativo. Questa posizione di retroguardia poggia su un principio generale razionale, la cui discussione non può non aver luogo qui in modi convenienti.

In evidente contrasto con gli stati con una prima camera fondamentalmente con minori poteri, si collocano quegli stati che pongono le due camere ad un livello del tutto equiparato per quanto riguarda la legislazione e quindi anche sul terreno finanziario. Senza alcuna limitazione è questo il caso, in Europa, della Confederazione svizzera. Ma anche in Svezia, per le leggi in materia finanziaria, non valgono regole diverse rispetto agli altri provvedimenti legislativi. Di conseguenza, sulla base della generale disposizione costituzionale colà in vigore, il bilancio viene presentato contemporaneamente alle due camere. Ma, se nelle questioni finanziarie non si possono raggiungere decisioni unitarie nelle due camere, si procede – così come per tutte le altre leggi in una tale situazione di fatto – al conteggio del singolo voto in entrambe le camere. A tale scopo si vota per iscritto. Anzitutto viene chiarito, nella scheda della seconda camera, prima dell'apertura del voto, chi deve decidere in caso di parità di voto. È in questo procedimento che si colloca una minore capacità della prima camera, nella misura in cui la seconda camera è più numerosa e ad essa è pertanto attribuito il maggior peso, del tutto a prescindere dalla decisione in caso di eguaglianza di voto nella votazione in comune. Eppure, con questo modo di procedere spesso si verifica l'adesione della camera bassa alle spese che sono state autorizzate dalla prima camera, ma rifiutate dalla seconda³. Ai citati stati europei si aggiunge un gran numero di stati membri del Nordamerica, il che sarà successivamente ripreso in altri contesti.

Per gli altri stati vale tuttavia il principio posto all'inizio del presente saggio: minori poteri della prima camera per la legislazione in materia finanziaria – e in alcuni stati anche per le leggi riguardanti il contingente dell'esercito –, equiparazione di poteri per gli altri settori della legislazione. È l'ordinamento parlamentare inglese ad assegnare alla camera alta, nei provvedimenti in materia finan-

³ Cfr. Aschehoug, *Das Staatsrecht der Königreiche Schweden und Norwegen*, 1886, 56 ss.

ziaria, una posizione del tutto diversa rispetto alla camera dei comuni, ed è ad esso che va ricondotta l'origine di un tale assetto istituzionale. Tutti i provvedimenti finanziari debbono, cioè, iniziare l'*iter* nella camera dei comuni e ai lord spetta solo l'accoglimento o il rifiuto dell'intero provvedimento nella forma loro trasmessa dai comuni, ma non la relativa modifica. Ciò può trovare una spiegazione solo sul piano storico. Ma seguire questo nei dettagli porterebbe qui troppo lontano. Basta tener fermo che alla fine la corona ha indirizzato le proprie richieste di sussidi sempre ai comuni, che hanno provveduto all'approvazione in quanto rappresentanti della totalità del regno, mentre i lord hanno dovuto solo dare il consenso formale a leggi che venivano ad esistenza sulla base di tale *iter*. Non essendovi in Inghilterra privilegi fiscali, l'approvazione da parte dei comuni interessava anche i lord. Ma a ciò si aggiunge anche la rilevante circostanza secondo cui da tempo solo alla camera bassa era stato attribuito il carattere di rappresentanza, mentre fino ad oggi questo *imprinting*, in riferimento ai lord, non emerge con grande chiarezza nella visione politica degli inglesi, sebbene esso debba emergere per forza, con logica necessarietà, dalla struttura di un parlamento che consista in due camere quali rappresentanti della *communitas regni*. Il grande significato del diritto di approvazione in materia finanziaria dal punto di vista della complessiva posizione politica dei comuni era emerso con chiarezza all'epoca delle lotte del parlamento contro Carlo I. Essi tentarono perciò, per quanto possibile, di rafforzare il loro diritto, dopo la restaurazione degli Stuart, attribuendosi piuttosto anche il potere, in via esclusiva, di fissare condizioni più precise per le autorizzazioni [delle spese] e per la relativa assegnazione a determinate finalità, ciò che poi è stato tacitamente riconosciuto dalla camera alta, sicché tutte le leggi in materia di finanza possono essere decise dalla camera bassa e solo confermate o respinte dai lord. Il diritto dei comuni ha così mantenuto il carattere di strumento di battaglia parlamentare. La storia parlamentare inglese, all'epoca dalla restaurazione degli Stuart fino al primo provvedimento di riforma, non presenta ancora molto il predominio indiscusso dei comuni in parlamento. Anzi, i lord non costituiscono affatto un fattore di potere da sottovalutare, nonostante l'avanzare della camera bassa. Da qui il tentativo dei comuni di consolidare e rafforzare la propria posizione nei confronti dei lord utilizzando ed ampliando i privilegi a loro spettanti.

La dottrina ufficiale dello stato di allora non poteva ammettere questo, naturalmente. Il diritto all'approvazione in materia finanziaria da parte del parlamento, certo, trova tradizionalmente spiegazione in quanto strumento di potere nei confronti della corona, ma la lotta della camera bassa per una posizione di supremazia in parlamento non costituisce certo un motivo per giustificare il fatto che i comuni annettano un così grande valore sulla loro supremazia in ordine ai provvedimenti in materia finanziaria. La giustificazione corrente di questo privilegio stava piuttosto nel far riferimento al fatto che le imposte vengono rimosse dalla massa del popolo e quindi è ragionevole che solo quest'ultimo abbia il diritto di tassarsi⁴. Poiché, però, una parte considerevole della proprietà degli inglesi era nelle mani dei lord, chiaramente non poteva bastare questa motivazione per giustificare la posizione subalterna di questi ultimi nelle leggi in materia finanziaria.

Fu dunque Montesquieu a tentare di razionalizzare questo fatto in modo completamente diverso rispetto a quanto fosse accaduto prima. Un potere ereditario, come quello dei *Peers*, che possa facilmente porre i propri interessi particolari al di sopra di quelli del popolo ed in più ceda facilmente alla corruzione da parte della corona, potrebbe perciò non vedersi assegnato un potere di decisione, ma solo un potere di veto nelle questioni finanziarie⁵. Ma anche questa motivazione non corrispondeva alla situazione effettiva. Che la camera bassa non fosse immune dalla corruzione lo insegnava la storia di un passato non lontano e le lotte contro i "*placemen*" non erano state certo dimenticate. Ma la camera bassa avrebbe anche potuto trattenere provvedimenti ingiustificati in materia finanziaria a vantaggio dei lord, utilizzando le proprie normali competenze. Tuttavia, in Montesquieu sembra avere avuto effetto l'impressione del fatto di aver ben percepito in Inghilterra che l'alta considerazione sociale che i lord avevano allora, poteva facilmente paralizzare l'atteggiamento di opposizione della camera bassa. Come che sia, poco dopo la comparsa dell'*Esprit des lois*, Black-

⁴ Blackstone, *Commentaries* I, 169 (ed. princ.).

⁵ "Mais, comme une puissance héréditaire pourroit être induite à suivre ses intérêts particuliers et à oublier ceux du peuple il faut que dans les choses où l'on a un souverain intérêt à la corrompre, comme dans les lois qui concernent la levée de l'argent, elle n'ait de part à la législation que par sa faculté d'empêcher, et non par sa faculté de statuer". *Esprit des lois*, XI, 6.

stone aveva fatta propria la formula di Montesquieu, avendo riconosciuto che il citato fondamento tradizionale del privilegio dei comuni era del tutto inaccettabile⁶, e, grazie alla grande considerazione di Blackstone, la formula di Montesquieu riuscì a raggiungere una considerazione di tipo canonico, che successivamente, ove possibile, è stata ancor più rafforzata dal fatto che De Lolme ha sostenuto con grande enfasi, ancorché ma senza un fondamento più preciso, che la posizione dei comuni dipenderebbe tutta dal fatto che essi solo possiedono il diritto di decidere sulle leggi in materia finanziaria, senza che spetti ai lord un diritto di modifica⁷.

Tutti questi tentativi di giustificare la priorità della camera bassa poggiano ancora del tutto sulla concezione dello Stato come Stato di ceti (*Ständestaat*), una concezione che ha lasciato le proprie visibili tracce anche nel diritto inglese. Nel diritto finanziario dello Stato dei ceti è predominante l'idea che il re abbia bisogno per sé di danaro, che gli viene autorizzato dalla nazione. Ciò che chiamiamo spese dello Stato, sono, nello Stato dei ceti, spese del re. Il riconoscimento del fatto che queste spese del re e le entrate che ne costituiscono la copertura siano in verità spese ed entrate dello Stato, è diventato uno dei criteri essenziali dello Stato moderno ed è stato elaborato negli Stati continentali, con la maggiore profondità possibile, proprio nel corso del XIX secolo in linea, con lo sviluppo del diritto del bilancio. In Inghilterra, oggi il re e i lord hanno lo stesso interesse dei comuni a che non vengano dilapidati il patrimonio dello Stato ed il danaro pubblico, a che le entrate dello Stato non siano opprimenti per le masse popolari e all'obbligo di mantenere l'equilibrio nel bilancio dello Stato. Grossi sommovimenti nella storia finanziaria dell'Inghilterra certo non ci sarebbero se la camera alta, così come tante altre prime camere, avesse un diritto di emendamento anche nelle leggi in materia finanziaria e soprattutto, però, la camera bassa non possa essere costretta ad approvare decisioni apparentemente inaccettabili della camera alta.

Simili considerazioni, però, sono e rimangono estranee alla camera bassa. Anzi, essa non solo sorveglia gelosamente sui propri privilegi, ma tenta con successo, ancora oggi, di estenderli ulteriormente. Famoso è l'ultimo grande conflitto avvenuto a questo pro-

⁶ Blackstone, *Commentaries*, I, 170.

⁷ *The Constitution of England*, cap. VIII.

posito tra le due camere nel 1860. Allora la soppressione decisa dalla camera bassa dell'imposta sui francobolli fallì per la resistenza dei lord, laddove, piuttosto, i comuni volevano contestare ai lord, con delle risoluzioni, il diritto stesso al rifiuto della legge in materia finanziaria ad essi rimessa dalla camera bassa. Nonostante che i lord abbiano conservato a quel tempo il loro antico diritto, la loro prassi sembra, da allora, essere del tutto dominata dall'impostazione dei comuni, i quali hanno, in maniera contraddittoria, descritto l'uso di questo diritto come una consuetudine costituzionale⁸.

Quanto agli sforzi della camera bassa per ampliare il proprio potere, è indubbiamente di estremo rilievo l'odierna effettiva conformazione del diritto della camera alta, grazie alla quale ne risulta abrogato l'utilizzo. A difesa della competenza legislativa dei lord c'è notoriamente il divieto del "*tacking*", la compresenza nella legge di bilancio di disposizioni che non hanno relazione con il provvedimento finanziario di programma. Ma questa regola non viene più seguita in modo puntuale in epoca più recente⁹. Eppure, già il conflitto del 1860 fu risolto con l'incorporazione, da parte della camera bassa, nella legge di bilancio, della soppressione dell'imposta sui bolli per l'anno successivo, il che pose così la camera alta nella situazione forzata di accogliere ovvero di rifiutare *in toto* la legge di finanza e i lord non corsero il rischio di dar luogo ad un tale rifiuto. Qualcosa di simile si è più volte ripetuta successivamente. Con il che la camera bassa ha acquisito un ulteriore strumento per contenere la camera alta. Nella battaglia che è stata portata avanti, con rinnovato vigore, contro i lord, ad opera piuttosto dei liberali – anche se elementi radicali più recenti vogliono espungere del tutto l'istituto dall'organizzazione dello Stato – il fatto che si stia iniziando a trascurare il divieto del *tacking* non riveste un significato da sottovalutare. Così, nonostante tutte le trasformazioni dello stato inglese e del suo parlamento, il diritto di precedenza della camera bassa per tutti i provvedimenti finanziari continua a presentare un grandissimo significato pratico.

La posizione del senato degli Stati Uniti d'America riguardo al provvedimento di bilancio si è sviluppata a partire dalla stessa base

⁸ Cfr. Anson, *Law and Custom of the Constitution* I, 3^a ed., 1897, 267 e E.W. Ridges, *Constitutional Law of England*, Londra 1905, 87.

⁹ Negli anni 1894 e 1899; cfr. più in dettaglio in L. Courtney, *The working Constitution of the United Kingdom*, Londra 1907, 24.

e, tuttavia, con una forma del tutto diversa. All'inizio in America si voleva copiare senza difficoltà il diritto inglese e concedere al senato, del tutto come alla camera dei lord, solo un diritto di rifiuto. Tuttavia, nella Convenzione costituzionale fu subito fatto presente che i senatori potevano, come i rappresentanti, trarre la propria legittimazione, anche se indirettamente, da elezioni popolari e non potevano essere posti pertanto sullo stesso piano dei *Peers* ereditari. Dopo lunghi dibattiti prevalse, alla fine, una proposta di compromesso, in virtù della quale, per tutti i provvedimenti che dispongono l'aumento di entrate, la priorità compete alla camera dei rappresentanti, mentre al senato doveva essere accordato il diritto di emendamento come per tutte le altre leggi¹⁰. Per giustificare il diritto di precedenza dei rappresentanti, STORY adduce il fatto che essi possiedono informazioni locali più precise e rappresentano direttamente i *desiderata* del popolo, per cui sarebbero più cauti nel fissare le imposte, rispetto ai rappresentanti degli stati in senato¹¹.

La prassi ha esteso il diritto di priorità dei rappresentanti ancora al di là rispetto alla disposizione costituzionale, nel momento in cui non solo le leggi sulle entrate, ma anche quelle sulle spese passano sempre – prima – per la camera dei rappresentanti¹².

Sul valore di questo diritto di priorità non si aveva però alcuna idea chiara durante i lavori per la costituzione, mancando completamente esperienze pratiche circa l'effetto di una disposizione costituzionale del genere. Forse si credeva che il senato avrebbe esitato a sottoporre le decisioni dei rappresentanti a modifiche troppo profonde. Il diritto di priorità ha anzi giocato a lungo un grosso ruolo nelle corporazioni dei ceti, come per es. nell'antico Reichstag tedesco, dove il collegio delle città imperiali poteva votare prima in presenza di un *comune conclusum* del collegio dei principi elettori e del consiglio dei principi. Ancora oggi, nelle organizzazioni statuali, non è del tutto superata l'idea secondo cui l'ordine di voto nei collegi non sia privo di valore ai fini del risultato. Quando nei giudizi

¹⁰ Cfr. le discussioni al riguardo in Elliotts, *Debates on the adoption of the federal Constitution V*.

¹¹ *Commentaries on the Constitution of the United States* §§ 876, 877. Story fa anche riferimento al fatto che il diritto di emendamento del senato è strutturato per difendere gli interessi dei piccoli stati, dal momento che nel senato (al contrario che per i rappresentanti) da ogni stato viene mandato lo stesso numero di due senatori.

¹² Stourm, *Le Budget*, 4^a ed., Parigi 1900, 322 nota 2 (con riferimento a Boutmy), v. Holst, *Das Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika*, 1885, 72.

il più giovane vota per primo e il presidente alla fine, in ciò si vede il fatto di riconoscere il significato che un voto può avere a seconda dell'importanza delle persone che lo esprimono e l'aspirazione a non lasciar risaltare quest'importanza nell'interesse dell'indipendenza dei votanti.

In America l'epoca successiva ha però insegnato che il diritto di priorità della camera dei rappresentanti significa per quest'ultima un privilegio del tutto privo di valore. Il senato – in virtù dell'*iter* che si segue quando c'è una differenza tra le due camere sulla legge di finanza – può eventualmente imporre la propria volontà alla camera dei rappresentanti, completamente ovvero in una parte considerevole. In taluni casi formalmente il progetto, con gli emendamenti del senato, viene rimesso ad una commissione composta di tre rappresentanti e di tre senatori, che elabora una proposta comune che deve essere accolta, ovvero respinta, senza modifiche da entrambe le camere. Ciò ha come conseguenza che i senatori possono dar seguito alla propria volontà con tutta la determinazione possibile, se i rappresentanti non vogliono lasciar fallire l'intero provvedimento¹³.

Un gran numero di stati membri dell'Unione non ha poi attribuito neanche il diritto di priorità alla loro camera bassa. Dei 45 stati uniti non meno di 24 concedono al senato, in modo espresso o implicito, esattamente la stessa posizione, nella legislazione in materia finanziaria, dell'altra camera, anche se la prassi in questi stati spesso, anche se non in maniera esclusiva, assegna l'iniziativa alla camera bassa¹⁴.

III. *Il recepimento del diritto anglo-americano nello stato continentale*

Il sistema costituzionale dell'Unione – prevedere per la camera bassa solo la priorità nelle questioni finanziarie, garantendo però alla camera alta il diritto di emendamento – è diventato di grande significato per l'Europa, essendosi il maggior numero delle costituzioni allineate ad esso. La *Charte constitutionnelle* di Luigi XVIII,

¹³ Bryce, *The American Commonwealth*, cap. XXVII, v. Holst, *op. cit.*, 73. Stourm, *op. cit.*, 323 ss.

¹⁴ Cfr. per il dettaglio Agger, *The Budget in the American Commonwealth*, New York 1907, The Columbia University Press, 22 ss.

così influente, aveva sì creato una camera di pari sul modello inglese, ma aveva assicurato ai deputati, per le leggi tributarie, solo la priorità¹⁵. Ma anche la costituzione belga del 1831, nonostante che il senato belga venisse determinato da elezioni popolari periodiche e fosse quindi molto lontano da un tipo di prima camera aristocratica ed ereditario, assegnava – perfino con maggior ampiezza ed in base ad una concezione più chiara rispetto alla *Charte* francese – alla camera dei rappresentanti la priorità per tutte le leggi di entrata e di spesa¹⁶. Gli Stati che seguono questi modelli riconoscono, pertanto, in gran parte, alla seconda camera la priorità, mentre alla prima riconoscono, per contro, il diritto di emendamento nelle leggi in materia finanziaria. Solo una minoranza, come subito vedremo, si adagia sul diritto inglese. Solo la costituzione della Romania, copiata per gran parte sul modello belga, devia fortemente dal modello, nella misura in cui lascia votare la legge di bilancio solo alla seconda camera, non concedendo alla prima camera nessun ruolo nell'approvazione di questa legge¹⁷.

In tutti gli Stati europei con puro diritto di priorità delle seconde camere non erano affatto chiari, però, né lo scopo né il valore di questa regola. La minore capacità della prima camera viene considerata una sorta di fatto ovvio, in ordine al quale non c'è bisogno di pensare molto. Neanche nella letteratura tedesca si trova da nessuna parte una ricerca penetrante su quale rilevante significato politico sia da attribuire, per esempio, alla circostanza in sé, dal punto di vista giuridico, dell'origine [dell'*iter*] delle leggi in materia finanziaria nella seconda camera. Uno dei più ferventi sostenitori dell'ordinamento costituzionale, come R. v. Mohl, aveva messo in luce persino la totale mancanza di senso di quella prescrizione isolata, mentre ben sapeva apprezzare, evidentemente, l'alto signifi-

¹⁵ Art. 17: *La proposition de la loi est portée, au gré du Roi, à la chambre des pairs ou à celle des députés, excepté la loi de l'impôt, qui doit être adressée à la chambre des députés.*

¹⁶ Art. 27: "...*tout loi relative aux recettes ou aux dépenses de l'État... doit d'abord être votée par la chamber des représentants*". Vauthier, *Das Staatsrecht des Königreichs Belgien*, 1892, 100, chiarisce che questo principio costituzionale non è giustificato da alcuna base razionale, ma garantisce alla camera dei rappresentanti, in conformità allo spirito delle istituzioni belghe, un indiscutibile maggior peso nei provvedimenti in materia finanziaria.

¹⁷ Costituzione del 30 giugno 1866, art. 113. Per le restanti leggi in materia finanziaria vale solo il principio della priorità della seconda camera, art. 33.

cato del sistema inglese per quanto riguarda la posizione della camera dei deputati¹⁸.

Di recente Stourm garantisce, nella sua eccellente opera sul bilancio, che il predominio della seconda camera, ai fini della definizione della decisione sulla legge di bilancio, non rappresenta una vuota priorità. Chi dapprima fissa il bilancio, si potrebbe dimostrare facilmente esserne il relativo padrone¹⁹. Quanto poi al fatto di dare un fondamento più approfondito a questa affermazione, che si basa anzitutto sui testi costituzionali, non se ne parla neanche, nel suo caso. Al contrario, in contrasto con un suo principio generale, egli cita casi in cui le prime camere in molti stati hanno fatto uso con tutta l'energia possibile del loro potere di emendamento.

È indiscutibile sul piano formale che la prima camera, se possiede un diritto illimitato di emendamento, può modificare a piacere, anche nelle leggi in materia finanziaria, le decisioni della seconda camera, così come essa è parimenti del tutto in condizione di modificare ogni proposta di governo. Certo, là dove vige il sistema della priorità della seconda camera, i provvedimenti in materia finanziaria non graditi possono non essere affatto portati innanzi alla prima camera e soprattutto è vietato a quest'ultima anche ogni iniziativa. Se però la seconda camera può rifiutare ogni decisione della prima, l'equiparazione di entrambe le camere non riveste un grande significato pratico. Solo là dove sia prevista una procedura di compromesso in caso di difformità tra le due camere, la priorità potrebbe diventare significativa nel momento in cui il rifiuto della proposta di legge ad opera della seconda camera impedirebbe ogni ulteriore *iter*. Quindi, se, per es., in caso di dissenso tra le due camere, sono previste una seduta e una votazione comuni, come sopra è stato notato in riferimento alla Svezia, la minoranza della seconda camera, in unione con la maggioranza della prima, può annullare l'originaria decisione della seconda camera. Ma se si prescinde da questi casi, che non potevano verificarsi in base a molte costituzioni, il significato giuridico del diritto di priorità si restringe all'impossibilità di lasciar assegnare la proposta di legge alla prima camera. Da un punto di vista politico però, il diritto di priorità può anche essere utilizzato per mettere molto in secondo piano la prima

¹⁸ *Das Staatsrecht des Königreichs des Württemberg*, 2^a ed., I, 667.

¹⁹ *Op. cit.*, 321. In Francia tuttavia, per il bilancio, la camera dei deputati cerca, per quanto possibile, di mettere da parte il senato.

camera per quanto concerne la discussione delle leggi in materia finanziaria. In molti parlamenti si è instaurata l'usanza di presentare, nel dibattito sul bilancio, presso la seconda camera, tutte le lamentele immaginabili contro il governo e in tal modo consentire una notevole dilatazione delle discussioni. Con il che viene necessariamente molto ristretto il tempo attribuito per questo scopo alla prima camera e di conseguenza quest'ultima, per evitare di impedire la tempestiva approvazione della legge di bilancio, viene messa nella situazione di necessità di dover rinunciare in gran parte all'utilizzo del diritto ad essa attribuito sulla base della costituzione²⁰. In alcuni stati la consuetudine parlamentare funziona in maniera analoga. Così, per es., il senato belga non fa mai uso del proprio diritto all'emendamento, per quanto concerne le leggi in materia finanziaria. In tali casi, perciò, la prassi ha recepito in un punto importante, senza nessuna modifica costituzionale, le istituzioni inglesi²¹.

Ma ci sono stati che dall'interno hanno recepito il diritto inglese in tutta la sua estensione nella direzione di una totale mancanza, per la prima camera, del diritto di emendamento nelle leggi in materia finanziaria, sicché essa può solo accettare o respingere *in toto* queste leggi nella formulazione in cui vengono ad essa trasmesse dalla seconda camera. Questo era il caso – ovvero è ancora così – esclusivamente di alcuni stati tedeschi. Dapprima sono stati tre stati del sud ad appropriarsi di questo istituto inglese, cioè il Baden (1818), il Württemberg (1819) e l'Assia (1820). Dopo è seguita la Prussia, con la costituzione del 31 gennaio 1850. Invece, gli altri stati tedeschi di oggi con sistema bicamerale, la Baviera e la Sassonia, non lo prevedono. Anche nei due cessati stati Hannover e Nassau, esso era assente. In Hannover sussisteva persino, in difformità da quasi tutte le altre costituzioni, una totale equiparazione di entrambe le camere su questo terreno e nel Nassau le imposte erano state approvate dalle camere riunite con la somma dei voti delle due camere.

Le citate disposizioni delle costituzioni dei tre stati meridionali non possono però essere viste solo come un'imitazione del diritto inglese, ma senza dubbio trovavano fondamento anche nella posizione dei componenti di allora della prima camera. Lì erano soprat-

²⁰ Diverso naturalmente è il caso negli stati dove, come per es. nel Baden, può essere definita una decisione particolare su alcune parti della legge di bilancio.

²¹ Dupriez, *Les ministres dans les principaux pays d'Europe et d'Amérique*, 2^a ed., I, 1892, 253.

tutto i nobili (*Standesherren*) a dover formare, sulla base dell'articolo XIV dello statuto della Confederazione germanica, in ogni Stato federale "la classe più privilegiata in esso, in particolare tenuto conto dell'imposizione [fiscale]". Tali privilegi fiscali erano presenti allora negli stati del sud, anche se in dimensione diversa. Con la maggior estensione possibile essi erano anzitutto presenti nell'Assia, dove i nobili costituivano la maggioranza della prima camera. Inoltre, era prevista la più vasta possibilità di creare tali diritti di priorità in quanto possibilità consentita dall'ordinamento federale, tanto più che la posizione dei nobili non risultava affatto regolata in modo definitivo all'epoca in cui nascevano le costituzioni del sud. Le famiglie dei nobili avevano ancora altri privilegi, che parimenti conferivano loro, anche sul piano economico, una posizione di favore. Ma riconoscere a questi privilegiati lo stesso diritto di decisione sul carico fiscale complessivo sui cittadini quale spetta ai rappresentanti del popolo nella seconda camera, sembrava allora ben ingiusto e fonte di dubbio e, così, il citato pensiero di Montesquieu poteva cadere su un terreno fertile proprio in questi stati con camere aristocratiche. Che tale idea non fosse del tutto prevalente lo dimostrano però le relative disposizioni degli altri stati tedeschi, che avevano introdotto il bicameralismo prima del 1848.

Abbiamo maggiori informazioni sulla nascita delle disposizioni in questa materia nella costituzione del Württemberg. Nel progetto di costituzione della corona del 1817 (cap. VIII § 298) era prevista, per quanto concerne l'approvazione delle imposte, solo la priorità della seconda camera. Fu solo la proposta costituzionale del 1819, emersa a seguito di una discussione collettiva da parte di commissari della corona ed eletti dall'assemblea dei ceti, a contenere le disposizioni accolte nella carta costituzionale per quanto riguarda l'approvazione in materia d'imposta. Dal verbale della commissione si vede l'aspettativa che le prime camere, a prescindere dai singoli scopi e senza considerare una qualsivoglia opinione dominante, garantiscono i diritti di tutti i cittadini dello stato e hanno in vista, in linea generale, il bene pubblico indivisibile, mentre la seconda camera, cui è attribuita la maggior importanza possibile in materia di approvazione delle imposte e che risulta strutturata per esprimere la forza di tutta la pubblica opinione, è destinata a dar forma e a far valere tale peso con le modalità della legge²².

²² Cfr. Göz, *Die Verfassungsurkunde für das Königreich Württemberg*, 1906, 346.

È significativo che nella letteratura giuspubblicistica tedesca si trovi solo un'unica annotazione sul motivo di questa minore capacità autorizzatoria della prima camera e in effetti ancora una volta in R.v.Mohl, che, in riferimento alla camera dei nobili del Württemberg, fa presente in dettaglio quanto segue, ciò che rievoca le citate parole della resoconto della commissione:

“In parte la giusta sensazione secondo cui i deputati della gran massa dei cittadini che sopportano il carico fiscale debbano decidere sulle spese e sulle entrate dello Stato, ma non i pochi privilegiati rappresentati anzitutto con la camera dei nobili, ed in parte – forse – anche una particolare sfiducia nel senso civico di questi ultimi, hanno indotto la carta costituzionale, per quanto riguarda la discussione e l'approvazione delle leggi in materia finanziaria, ad introdurre modifiche essenziali nei rapporti tra le due camere”²³.

Che questo fondamento sia insufficiente, è evidente. In forza di questa motivazione l'intera posizione della prima camera dovrebbe essere trasferita nella seconda anche in tutti gli altri settori ed in egual misura. Le leggi valgono ancora, di regola, per la gran massa dei cittadini e quindi i privilegiati potrebbero svolgere solo un ruolo minore nell'attività legislativa. Inoltre, l'argomentazione di Mohl è del tutto in contraddizione con il pensiero di fondo della costituzione rappresentativa, secondo cui i membri delle camere rappresentano l'intero popolo ed in effetti a prescindere dal fatto se essi appartengano alla prima o alla seconda camera. È il pensiero degli antichi ceti a fare ingresso qui nell'ambito delle idee di Mohl. Comunque, può essere vero che ci fosse allora, nei governi e nella seconda camera, una tale sfiducia contro i nobili, i quali solo malvolentieri si rassegnarono al nuovo ordine delle cose ed è impossibile che possano aver salutato con patriottica euforia quegli stati da poco costituiti che li avevano privati della loro signoria territoriale.

Nella seconda metà del XIX secolo, agli stati con il solo diritto di veto della prima camera nella legislazione in materia finanziaria si è aggiunta la Prussia, dal momento che la costituzione prussiana, al terzo comma dell'articolo 62, prescrive:

“I progetti di legge in materia finanziaria e i bilanci dello stato vengono dapprima presentati alla seconda camera; questi ultimi vengono accolti o rifiutati *in toto* dalla prima camera...”. Quindi,

²³ *Op. cit.*, 662 s.

l'esclusione del diritto di modifica si estende solo alle leggi di bilancio; per le altre leggi in materia finanziaria è solo disposta la priorità per la seconda camera.

La storia di questa legge costituzionale non è priva di interesse. Tanto il progetto del governo del 20 maggio 1848, quanto la costituzione del 5 dicembre 1848 avevano equiparato, senza alcuna riserva, le due camere in ordine al complesso della legislazione. Si partiva sicuramente dall'opinione secondo cui non fosse giustificato un qualsivoglia privilegio per la seconda camera, essendo – entrambe le camere – pure camere elettive. La costituzione di Francoforte aveva fissato la priorità per la camera popolare; solo la *Staatenthaus* [camera federale] doveva essere lì occupata per metà dai governi. Inoltre, ai fini della composizione di una camera alta confederale, era decisivo il modello del senato americano. Ma tali considerazioni e riguardi non erano naturalmente presenti in Prussia, quando si trattò di dar vita alla carta costituzionale.

La modifica nella posizione della prima camera all'interno della vigente costituzione è da ricondurre ora esclusivamente all'iniziativa del governo. Con il messaggio del 7 gennaio 1850, proposta VII, la corona aveva chiesto che all'art. 60 (ora 62) occorresse fare la seguente aggiunta: "I progetti di legge in materia finanziaria vengono dapprima presentati alla seconda camera". A ciò fu dato un fondamento anzitutto con il fatto che, sulla base della proposta VII, la prima camera doveva cessare di essere una reale camera elettiva e alla seconda camera doveva essere assegnato un peso preponderante nelle questioni in materia finanziaria.

La commissione di revisione della seconda camera aveva sì chiesto che fosse respinta la proposta VIII per quanto riguarda la formazione della prima camera, ma era tuttavia dell'opinione che la proposta VII fosse da raccomandare ai fini dell'accoglimento, dal momento che la seconda camera include l'intero popolo e quindi anche gli elettori della prima camera. Potendo – proprio per la natura della questione – la discussione di dettaglio sul bilancio spettare sempre e solo ad *una* camera, sarebbe stato inverosimile che il governo si fosse dovuto vedere costretto a presentare, per la discussione, le leggi in materia finanziaria in prima istanza alla prima camera. La disposizione aggiuntiva proposta avrebbe avuto un significato completo se ad essa fosse stata collegata un'altra norma, secondo cui alla prima camera debba spettare solo il diritto di ac-

cogliere o respingere *in toto* la legge del bilancio dello Stato così come determinato dalla discussione della seconda camera. La commissione chiese su ciò l'accoglimento della proposta del governo. Il *plenum* della seconda camera decise quindi di accogliere l'aggiunta nella definizione ormai in vigore. La commissione centrale della prima camera diede il proprio assenso non senza la riflessione di una minoranza sul punto, dopo di che il *plenum* aderì alla decisione della seconda camera.

La commissione di revisione, nel motivare il nuovo privilegio che essa voleva vedere attribuito alla seconda camera, aveva fatto ricorso all'antica dottrina democratica secondo cui solo la seconda camera rappresenta l'intero popolo, con la qual cosa anche in Inghilterra era stata in origine giustificata la posizione di preminenza della camera bassa. Ma con questo essa andò molto al di là di ciò che era stato concesso alle seconde camere negli stati con prime camere elette. Il *plenum* però si pose sul terreno della proposta VIII del messaggio della Corona, che la modificava nel senso che, alla fine, la prima camera, come era nelle intenzioni del governo, non doveva più essere una camera elettiva. Poiché la prima camera, già prima della sua trasformazione nella camera dei nobili (1854/1855), sulla base delle nuove disposizioni del 1850 era abbastanza composta di una massa di nobili cui spettavano a quel tempo molti e più ampi privilegi fiscali rispetto ai membri nobiliari delle camere del sud, si poteva pur sempre argomentare allo stesso modo per giustificare la posizione di preminenza della camera dei deputati, come tre decenni prima nel Württemberg.

La prima camera aveva però solo malvolentieri ceduto, per non creare intralci al completamento della revisione. Nel 1852 essa cerca di riconquistare la propria posizione abbandonata e decide, su richiesta di V. Zander, di sopprimere le parole dell'art. 62 della carta costituzionale in riferimento al voto *en bloc* della legge di bilancio da parte della prima camera. Ma questa nuova modifica costituzionale fallisce sull'opposizione della seconda camera. Il governo aveva appoggiato nella seconda camera la decisione della prima camera, anche se in modo del tutto freddo²⁴.

Così la camera dei deputati aveva dunque conquistato, nei confronti della camera dei nobili, una posizione come nessun'altra

²⁴ Cfr. Rönne, *Die Verfassungsurkunde für den preussischen Staat*, 3^a ed., 1859, 240 ss.

seconda camera di un grande stato continentale europeo, nella legislazione di bilancio. Era la mancanza di esperienze costituzionali a far apparire come normale questo stato di rapporti tra le due camere prussiane. Con quanta scarsa visione prospettica ci si fosse mossi, lo avrebbero dovuto insegnare gli avvenimenti dell'epoca del conflitto.

Proprio le norme costituzionali sul modello del diritto inglese in ordine alla legislazione di bilancio nascondono, cioè, in sé, in misura molto maggiore, la possibilità di conflitti più seri rispetto al sistema puro della priorità. Se la prima camera non ha un diritto di emendamento nella legge di bilancio, non rimane ad essa, nei casi complicati, nient'altro se non il rifiuto dell'intera legge. Un tal caso è accaduto. Nel Württemberg, dopo l'annuncio della costituzione nel primo parlamento nel 1820, e, come è noto, in Prussia nel 1862 e 1864.

Non c'è bisogno qui di discutere più in dettaglio circa quali preoccupanti conseguenze possa determinare una situazione frutto di tali procedimenti, ai fini della costituzionalità delle decisioni in fatto in materia di finanza pubblica. In Inghilterra, con le sue antiche istituzioni parlamentari e con le prassi parlamentari ad esse collegate, sono del tutto esclusi contrasti tra le due camere tali da porre in discussione proprio la situazione giuridica dell'ordinamento dello Stato. In Germania, un'arte di governo prudente in ordine alla formazione delle nuove rappresentanze popolari fu costretta subito a far i conti con la possibilità che, sul terreno della legislazione di bilancio, si sviluppassero formalmente tra le due camere divergenze gravi e bisognose di compromesso, e a riflettere sui mezzi più appropriati per risolvere eventualmente queste divergenze in modo soddisfacente. Questo fecero quindi anche gli stati del sud. Così la costituzione del Baden (§ 61) conteneva la disposizione²⁵: "se la maggioranza della prima camera non aderisce alla decisione della seconda camera, vengono conteggiati insieme i voti a favore e i voti contro di entrambe le camere e si tirano le conclusioni sulla base della maggioranza assoluta dei voti complessivi dei ceti". Disponeva, inoltre, la carta costituzionale del Württemberg al § 181, in riferimento all'ipotesi di rifiuto di un'autorizzazione ad un'imposta da parte della prima camera, la stessa prescrizione del

²⁵ Cfr. più in dettaglio in Glockner, *Badisches Verfassungsrecht*, 1905, 132 ss.

conteggio per singolo voto come nel Baden, laddove, in caso di parità di voto, spettava al presidente della seconda camera la decisione, mentre l'Assia (carta costituzionale art. 67, comma 3) per questo caso prescrive una seduta comune delle due camere, con la presidenza della prima camera, in cui dev'essere discussa la legge di finanza e l'obbligo di raggiungere la decisione sulla base della maggioranza assoluta dei voti.

In Prussia, per contro, ci si astenne da qualsivoglia disposizione di questo tipo. Certo, può anche accadere, non essendo vietato da una legge, che le commissioni bilancio di entrambe le camere entrino reciprocamente in trattativa, per raggiungere un'intesa tra i due rami. Eppure, la discussione in comune da parte di queste commissioni dipende completamente dalla libera volontà delle assemblee, così come ogni assemblea può rifiutare le proposte delle commissioni. L'assenza di corrispondenti prescrizioni vincolanti per la soluzione di controversie di questo tipo da parte delle due camere del parlamento non fu affatto la causa del grande conflitto costituzionale degli anni '60. La camera dei nobili, nell'approvare l'originaria proposta di governo e quindi non quella nella veste modificata sulla base delle decisioni della camera dei rappresentanti, aveva approvato due volte la legge di bilancio in forme incostituzionali. Se ci fosse stato in questo conflitto uno strumento legislativo d'informazione o la camera dei nobili avesse avuto un diritto di emendamento, la modifica delle decisioni della camera bassa sarebbe avvenuta in modo costituzionale e così la questione sarebbe stata se il conflitto tra il governo e la camera dei deputati fosse stato più o meno ruvido. Forse, se il governo alla fine si fosse contrapposto solo alla decisione dell'intero parlamento e non a quella delle singole camere, sarebbe stata cercata e trovata una strada per l'intesa. Un uomo di Stato come Bismarck, capace di valutare così correttamente i rapporti effettivi, avrebbe saputo raggiungere in altri modi i suoi grandi obiettivi: in tal modo, la politica interna della Prussia presumibilmente avrebbe seguito altre vie.

IV. *Le più recenti modifiche costituzionali nella Germania del sud*

Negli ultimi anni, nel Baden e nel Württemberg, si sono avute profonde modifiche costituzionali, in virtù delle quali la posizione delle due camere, in riferimento alla legislazione in materia finanzia-

ria, ha subito una trasformazione di grande significato. Per quanto concerne anzitutto il Baden, nel 1904, al posto del diritto elettorale indiretto per la seconda camera, è subentrato quello diretto e la prima camera è stata sottoposta ad una riforma di fondo, rafforzandola, cioè, con deputati espressione di corporazioni professionali organizzate per legge e di associazioni di comuni. Allo stesso tempo è stato realizzato anche un ampliamento dei diritti della prima camera in riferimento alle leggi in materia finanziaria. A questo riguardo sono piuttosto determinanti le seguenti prescrizioni:

§ 60. Le seguenti proposte [di legge] riguardanti la finanza vanno anzitutto alla seconda camera:

“1. Le disposizioni sull’esecuzione delle spese dello Stato e delle entrate dello Stato o sui raccordi tra i principi di bilancio e i risultati contabili.

2. I progetti di legge che riguardano disposizioni permanenti in ordine alla gestione delle spese e delle entrate dello Stato o sulle imposte dirette e indirette.

3. Il progetto di legge tributaria (§§ 54 e 55) con il preventivo di bilancio (bilancio dello Stato), così come altri progetti riguardanti le decisioni sulle aliquote fiscali per un esercizio di bilancio, sulla vendita, sul carico o sugli utilizzi del patrimonio dello Stato o del demanio, sull’accensione di prestiti, sull’adozione della cittadinanza o su altri vincoli statali dello stesso tipo.

§ 61. Sulle proposte di cui al § 60 n. 1, la prima camera definisce la decisione dopo che la seconda camera ha deciso in merito.

Sui progetti di cui al § 60 n. 2 e 3, nella prima camera si decide dopo che essi sono stati accolti dalla seconda camera, nonostante la competenza della prima camera a decidere separatamente sulle singole parti del preventivo dello stato, non appena sia stata definita la decisione da parte della seconda camera.

Se le decisioni della prima camera si differenziano da quelle della seconda in riferimento alle singole poste del preventivo (bilancio dello stato), e non deve essere raggiunta una composizione delle differenze nella citata definizione della decisione da parte delle due camere sulla base del precedente tentativo d’intesa ai sensi del § 75, comma 2, queste poste vengono inserite nel preventivo da allegare alla legge di finanza nella formulazione a favore della quale si è espressa la seconda camera nella definizione conclusiva della decisione.

Se la prima camera respinge *in toto* un progetto [di legge] accolto dalla seconda camera nel modo descritto nel § 60 n. 3, su richiesta del governo, ovvero della seconda camera, viene deciso, con una votazione generale con conteggio singolo dei voti espressi in entrambe le camere, se il progetto sia da accogliere nella forma ad esso data dalla seconda camera”.

Con queste minuziose disposizioni risultano quasi escluse le dibattute questioni che hanno potuto verificarsi in base all'ordinamento precedente in ordine ai rapporti tra le due camere. Il governo aveva voluto introdurre la totale equiparazione di entrambe le camere in riferimento alle competenze materiali in fatto di finanza. Ma la sua proposta mirante a questo fallì per l'opposizione della seconda camera. Ancora oggi si trova quindi una predominanza della seconda camera, rimanendo garantita ad essa una posizione determinante in caso di differenze d'opinione con la prima camera. Nelle leggi in materia finanziaria di carattere permanente, la supremazia della seconda camera si limita piuttosto alla priorità della discussione. La nuova concezione pone fine anche alla scarsa chiarezza su ciò che va considerato come tale da far parte della legislazione in materia finanziaria. Il progetto di legge di finanza per contro, insieme al preventivo dello stato, così come altri progetti di legge riguardanti le disposizioni in materia di principi fiscali per un periodo di bilancio e altri vincoli finanziari dello Stato, sono sottoposti alla votazione *per capita* nella forma decisa dalla seconda camera, ma solo se essi vengono rifiutati *in toto* dalla prima camera. Inoltre, la prima camera può decidere su una singola parte del bilancio, dopo di che tale parte è definitiva, nella seconda camera, per come corrispondeva al precedente esercizio, cosicché non si è costretti ad aspettare, con la definizione della decisione ad opera della prima camera, fino a che sia stata accolta l'intera legge di bilancio da parte della seconda camera. Con ciò viene esclusa, nel Baden, una retrocessione della prima camera attraverso un'eccessiva estensione dei dibattiti sul bilancio, come si verifica in altri stati. A ciò va aggiunta, inoltre, la competenza della prima camera a decidere su una parte del bilancio che è stata rifiutata dalla seconda camera. Essa ha poi anche il potere di restituire ogni singola parte del bilancio alla seconda camera con proposte di miglioramento, ma ciò può accadere solo una volta e non *ad libitum*, come per gli altri progetti in materia di finanza o altro.

Queste disposizioni hanno anche il grande vantaggio di ridurre di molto i conflitti che potrebbero determinarsi con il rifiuto dell'intero bilancio da parte della prima camera. Tali conflitti sarebbero stati in pratica poco meno che impossibili se fosse stata accolta la riforma del governo, secondo cui alla prima camera doveva essere dato un diritto illimitato di emendamento anche per la legge di bilancio. Questo lo ha messo in luce in maniera circostanziata il ministro dell'interno dr. Schenkel nella seduta della prima camera del Baden del 13 luglio 1904, nel momento in cui ha fatto presente che la legge sarebbe passata in futuro dall'una all'altra camera fino a che fosse stato raggiunto un accordo, cosicché il caso che una legge di bilancio venisse rifiutata *in toto* dalla prima camera sarebbe stato difficilmente immaginabile da un punto di vista pratico, e pertanto il procedimento del conteggio del singolo voto da mettere in piedi per questo caso estremo, non avrebbe avuto alcuna importanza pratica. Ma in virtù del fatto che la seconda camera si è riservata "*le dernier mot*", come sono soliti dire i sostenitori di una sistema simile per la Francia, non si può sostenere con certezza la totale impossibilità di un conflitto, che rimane risolvibile solo con un procedimento di conteggio del singolo voto, sebbene esso possa aver luogo di rado e solo in caso estremo, dal punto di vista pratico.

Anche nel Württemberg, con la modifica costituzionale del 1906, la seduta in comune del parlamento è stata sottoposta ad una riforma di fondo, nel momento in cui i detentori di privilegi sono stati spostati dalla seconda alla prima camera ed inoltre in quest'ultima sono stati introdotti i rappresentanti delle corporazioni dei mestieri. Con questa riforma, nel Baden è avvenuto un ampliamento del diritto del bilancio della prima camera. Naturalmente, sono immutate le disposizioni sul diritto di priorità della seconda camera per i progetti di legge relativi all'approvazione delle imposte (§ 178 della carta costituzionale). Al posto delle citate disposizioni del § 181 della carta costituzionale, ne sono state previste però altre nella seguente formulazione: "Per la discussione e definizione della decisione sul bilancio nel suo complesso valgono le seguenti disposizioni:

1. Il bilancio complessivo viene presentato per la discussione nella seconda camera e in questa sede viene definito anzitutto nelle singole parti della medesima decisione.

2. La prima camera viene successivamente resa partecipe delle disposizioni della seconda camera ai fini della discussione e della definizione della decisione. Se la prima camera si dichiara favorevole a modifiche di una decisione assunta dalla seconda camera, quest'ultima deve sottoporre la questione ad una successiva discussione e definizione della decisione. Se la seconda camera definisce una decisione che si discosta da quella della prima camera, la sua decisione vale come decisione del parlamento [*Ständerversammlung*].

Quelle imposte le cui aliquote vengono determinate in via permanente nelle forme della legislazione ordinaria, vengono prorogate, eccetto che in caso di rifiuto *in toto* del bilancio, con queste aliquote nella misura in cui e purché entrambe le camere non siano d'accordo nel rifiutare le imposte o nel ridurre le aliquote. Una decisione unitaria delle due camere è necessaria se un'imposta per la quale è fissata in una legge tributaria una determinata aliquota, debba essere prevista in un importo più elevato.

3. Sulla base della definizione della decisione avvenuta sulle singole parti del bilancio nel suo complesso si vota su quest'ultimo anzitutto nella seconda camera *in toto* e quindi nella prima. Se poi il bilancio approvato dalla seconda camera viene rifiutato dalla prima, vengono conteggiati insieme i voti a favore e quelli contro e la decisione viene definita tenendo conto della maggioranza di tutti i voti dei ceti. Se si verifica in questo caso la parità di voto, decide il presidente della seconda camera.

In ordine alla definizione della decisione sull'accensione dei prestiti e sulla vendita di parte dei beni demaniali, anche se essa avviene in collegamento con la definizione della decisione sul bilancio complessivo, le due camere sono equiparate”.

Con queste nuove determinazioni costituzionali sono state decise a favore della prima camera questioni in sospenso in ordine alle linee di confine tra l'autorizzazione alle imposte e gli ambiti della legislazione ordinaria²⁶. Formalmente ciò vale per la questione se i privilegi di voto della seconda camera si riferiscono anche alla definizione della decisione in ordine all'accensione di prestiti e alla vendita di parti dei beni demaniali e se essi risultano in vigore anche in riferimento alle aliquote fiscali fissate con la legislazione ordinaria.

²⁶ Göz, *op. cit.*, 349.

Con la nuova definizione dell'art. 181 della carta costituzionale è stata riconosciuta espressamente, a questo riguardo, la piena equiparazione delle due camere. L'equiparazione oggi si estende alle imposte sull'industria, alle imposte generali sull'entrata, alle imposte sul vino e sul mosto da frutta, sui compensi e sui costi di giustizia, così come alle imposte sui redditi nella estensione oggetto di normazione nella legge dell'8 agosto 1903²⁷. Per altre imposte, invece, come per es. l'imposta sulla birra e sul capitale, la statuizione dell'aliquota per ogni esercizio resta affidata alla legge di finanza, per la cui decisione rimane però garantita alla seconda camera una certa preponderanza.

Del tutto come nel Baden, la seconda camera detiene formalmente la decisione definitiva in caso di diversa impostazione sulle singole parti del bilancio, e, successivamente, sul bilancio *in toto*, si deve votare sulla base della decisione definitiva in ogni camera. Dovesse la seconda camera, quindi, rifiutare l'intero bilancio, la questione finirebbe necessariamente lì. Se però la prima camera rifiuta il bilancio definito dalla seconda, ha luogo allora il voto *per capita* con decisione della maggioranza dei voti delle due camere sommati insieme. Ma il primo caso descrive solo una possibilità giuridica, non anche politica, e soprattutto l'ordinamento dell'Impero in ordine al libero diritto di decisione sul bilancio da parte delle camere ha individuato rigide limitazioni giuridiche che funzionano, per quanto concerne l'approvazione del bilancio, del tutto diversamente rispetto alle disposizioni costituzionali dei singoli stati. Ma anche il verificarsi del secondo caso è diventato alquanto più probabile di prima, in virtù dell'ampliamento dei diritti della prima camera.

V. *Critica del sistema in vigore*

Questi più ampi diritti costituzionali concessi alla prima camera nel Baden e nel Württemberg in ordine all'approvazione delle leggi in materia di finanza, si basano su due idee politiche. Nelle questioni finanziarie, con la prima camera dovrebbe essere offerto una volta per tutte un efficace contrappeso ad una seconda camera strutturata più o meno democraticamente e, d'altra parte, per

²⁷ Art. 19, comma 2, cfr. Gaupp, Göz, *Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg*, 1904, 204 s.

quanto concerne il contenuto del bilancio dello stato, dovrebbe essere di conseguenza formalmente garantito alla prima camera, articolata più o meno aristocraticamente, un peso corrispondente alla sua futura forma più popolare. La modifica nei reciproci rapporti tra le camere nel fissare le leggi in materia finanziaria corrispondeva di conseguenza alle riforme tanto dell'una quanto dell'altra camera.

In materia, però, non si è approfondito, né da parte dei governi né nelle discussioni sulla stampa, se queste idee politiche abbiano un qualche significato pratico e quale modalità quest'ultimo presenti. Da questo punto di vista si sarebbe dovuto effettuare un esame comparato della posizione delle due camere negli stati con minore supremazia della seconda camera e in quelli con maggiori supremazia, per quanto concerne la legislazione in materia finanziaria. Proprio sulla base di un tale parallelo storico sarebbe stato possibile formulare un giudizio abbastanza sicuro sul valore dei sistemi differenziati. Questo però non è accaduto. Eppure, un tale paragone è subito a disposizione, per il fatto che, negli stati dove alla prima camera appartiene il diritto di modifica non solo per le leggi permanenti in materia finanziaria, ma anche per la legge di bilancio, non è stata fatta alcuna rimostranza per l'esercizio di questo diritto dal punto di vista del minor ruolo delle seconde camere. Né in Baviera né in Assia, che riconoscono solo il diritto di priorità della seconda camera, si sono avuti finora fenomeni da cui si sia potuto presupporre, per gli altri stati tedeschi, che essi prevedano un'ingiusta prevalenza della prima camera in fatto di legislazione in materia finanziaria. Ma anche al di là della Germania, non è stato finora seriamente richiesto da nessuna parte di concedere un privilegio alla seconda camera al di là del puro diritto di priorità. Si è qui fatto riferimento solo all'Austria, la cui camera dei nobili è costruita sulla base di principi rigidamente aristocratici ed il cui illimitato diritto di modifica delle leggi in materia finanziaria non ha dato finora occasione per alcuna doglianza. Lì vige inoltre la disposizione – che non privilegia nessuna delle due camere in caso di conflitto e che appare molto meritevole di imitazione – in virtù della quale, se in una legge in materia finanziaria, non può essere raggiunto un accordo tra camera dei deputati e camera dei nobili su singole poste nonostante le numerose discussioni, vale come approvato l'importo minore²⁸. Né si può so-

²⁸ Costituzione modificata sulla rappresentanza del 21 dicembre 1867, § 13, comma 3.

stenere che un diritto del bilancio della prima camera il più possibilmente limitato negli stati tedeschi darebbe, così come in Inghilterra, uno strumento di potere nella lotta contro la prima camera, essendo in Germania i rapporti del tutto diversi rispetto al parlamento inglese, con la sua predominante camera bassa. Inoltre, la competenza dei parlamenti tedeschi, con la grande espansione delle competenze dell'Impero, è stata limitata a tal punto da essere rimasto solo un piccolo spazio ai fini di una battaglia per la predominanza della seconda camera e, soprattutto, le prime camere tedesche non possono rifarsi ad una storia simile a quella della camera dei lords. Per giustificare i privilegi delle seconde camere rimane, pertanto, solo la prova del fatto che la posizione di supremazia delle seconde camere è posta nell'interesse di una finanza sana e deve essere mantenuta intorno a questo fatto.

Solo chi conosce approfonditamente la storia finanziaria più recente sa che è un'idea molto antica credere che lo camere popolari siano inclini ad amministrare più sobriamente di quelle aristocratiche e che poi siano soprattutto i parlamenti democratici a rappresentare i migliori difensori del patrimonio del popolo e del potere economico dei cittadini nei confronti del governo. Oggi sono piuttosto le lamentele sulla politica finanziaria sconsiderata della seconda camera ad essere particolarmente diffuse. In Inghilterra, il controllo della camera bassa sulle spese statali è presente solo e per lo più in teoria. Somme enormi vengono oggi autorizzate senza un esame più approfondito. Nel 1904 28 milioni di sterline sono stati autorizzati in blocco, verso la fine della sessione, senza dibattito e il 19 giugno 1900 la camera ha persino votato quasi 42 milioni di sterline, in meno di cinque minuti²⁹. In Francia viene denunciato il modo sconsiderato con cui da parte dei deputati si alimenta il *favor* degli elettori esercitando il potere di approvazione [di spese]³⁰. Spese e debiti dello Stato hanno pertanto fatto esperienza, nella terza repubblica, di uno straordinario aumento. In Italia è il Senato ad essersi energicamente contrapposto, più di una volta, al modo di procedere dissipato della Camera dei deputati³¹. In Belgio raramente si verificano modifiche parlamentari al bilancio. Se lì un mi-

²⁹ Sidney Low, *The Governance of England*, seconda ed., Londra 1906, 89.

³⁰ E. D'Eichtal, *Souveraineté du peuple et gouvernement*, Parigi, 1895, 241.

³¹ Brusa, *Il diritto pubblico del Regno d'Italia*, 1892, 156. Sul modo in cui i deputati danno corso a spese superflue cfr. Dupriez, I, 318.

nistro rettifica il proprio bilancio davanti alla Camera, ciò accade essenzialmente per aumentare i crediti da lui richiesti. Il controllo del Senato sul bilancio non è per niente presente nei fatti, non facendo esso, come riportato, affatto uso del proprio diritto di emendamento. Le camere aristocratiche, per contro, sono più portate al risparmio di quelle democratiche. Le camere democratiche sono facilmente disponibili – per l'imposizione fiscale ai fini della copertura delle spese – a far appello proporzionalmente in misura maggiore agli strati agiati della popolazione e che stanno socialmente più in alto, rispetto ai non agiati. L'odierno obbligo fiscale generalizzato, legato all'esistenza di imposte progressive, trattiene i grandi contribuenti dal prendere parte ad una politica di bilancio leggera. Le camere popolari hanno ovunque la tendenza ad autorizzare o ad aumentare le spese popolari. Essendo, per natura, molto forte la pressione dal basso sulle camere popolari, esse presentano – in proporzione diretta alla loro struttura democratica – l'inclinazione a compiacere votando a favore di nuove spese per ampi strati della popolazione, sicché, negli stati democratici organizzati, diventa spesso molto difficile per i governi mantenere il bilancio in equilibrio. Invece, le camere che sono indipendenti – del tutto o in parte – dagli elettori, sono destinate ad avere oggi come obiettivo, molto di più rispetto alle camere popolari, il fatto di garantire la futura e necessaria copertura delle esigenze dello Stato che si andranno a determinare, e tenteranno, pertanto, di opporsi ad autorizzazioni [di spesa] esagerate da parte delle camere popolari.

Se questo corrisponde al vero, un ampliamento del diritto al bilancio da parte delle prime camere è anzitutto nell'interesse particolare delle seconde camere. In altre parole, queste ultime sono poste così molto più facilmente in condizione di esercitare una politica fiscale favorevole al maggior numero degli elettori, che non laddove manchi un efficace contrappeso di una prima camera. Se esse, cioè, sono convinte che le prime camere non daranno il loro consenso ad aumenti cospicui delle spese dello stato, viene in tal modo notevolmente facilitata, dal loro punto di vista, la decisione nella direzione di provvedimenti finanziari popolari. Se prevedono con certezza che le prime camere faranno loro resistenza, esse possono autorizzare senza timore somme di cui esse pur sappiano che non diventeranno, per questi importi, parti costitutive della legge di bilancio, proprio là dove sarebbe difficile provvedere alla copertura e sa-

rebbe altresì difficile anche per loro che l'aumento delle imposte oppure dei debiti pubblici costituisca un'opzione desiderabile. Inoltre, l'odiosità per il fallimento del provvedimento di programma finanziario verrebbe in tal modo allentata. Vero è pure, però, che con ciò l'impopolarità della prima camera è destinata ad aumentare, e la popolarità della seconda ad essere ancor di più incrementata. Non si sa dunque se una tale situazione del sistema bicamerale sia sopportabile in futuro.

Quando si tratta di modifiche dei principi costituzionali che si riferiscono alla contrapposizione tra le camere, considerazioni politiche come quelle qui discusse non giocano affatto il ruolo più importante, però. Piuttosto, emerge un forte sentimento particolaristico di ciascuna camera. È anzi una manifestazione del tutto peculiare della vita pubblica il fatto che ogni istituzione aspiri a svilupparsi, nei confronti delle altre, una specie di sentimento d'onore che, da un lato, è in grado di aumentare le prestazioni degli uffici, ma, dall'altro, evoca sempre rivalità e gelosie tra le diverse specie di uffici. Non diversamente accade per i parlamenti. Riduzioni o aumenti delle competenze di una camera rispetto all'altra vengono percepiti, da chi ne viene toccato, come un arretramento personale o come un avanzamento, mentre però una politica che rifletta silenziosamente, ma che decida nell'interesse di tutto lo stato, non potrà mai riconoscere un organo istituzionale come un potere a sé stante nella sua reale posizione giuridica, in quanto tale autorizzato a conseguire i suoi scopi particolari. Ed è partendo da ciò che trova spiegazione il fatto che, in occasione dei più recenti cambiamenti nel Baden e nel Württemberg, ogni camera richieda, per la propria adesione ad operazioni di natura costituzionale, una controprestazione da parte dell'altra. Estendendo le competenze della prima camera nella legislazione in materia finanziaria, è stato sempre posto l'accento solo sull'incremento della sua posizione di potere ovvero si è fatto riferimento alla sua modificata composizione, che giustifica un tale incremento, ma non è stata sollevata neanche una volta la questione circa quale sistema di modalità di esame parlamentare delle proposte di legge nelle materie finanziarie sia il più ragionevole nell'interesse dello stato. Altrettanto si ha nell'Assia, dove da tempo è in discussione una modifica costituzionale simile come nel Baden e nel Württemberg. Presumibilmente, i contrasti tra le due camere, in riferimento alla futura conformazione del diritto del bi-

lancio, saranno appianati alla fine, anche qui, con un compromesso, che potrebbe sciogliere le questioni che sono in gioco nella stessa maniera di come è avvenuto negli altri due stati del sud.

Con una tale soluzione della questione costituzionale dell'Assia, la Prussia sarà l'unico stato tedesco ad assegnare alla propria prima camera solo il diritto di voto complessivo sulla legge di bilancio. Una modifica di fondo del diritto di voto per la camera dei deputati evocherebbe presumibilmente, anche in Prussia, richieste, da parte della camera dei nobili, di estensione del proprio ruolo nella legislazione di bilancio e in effetti in forme tanto più espresse quanto più questa camera dovesse essere completamente rivisitata.

Con le riforme di recente attuate o, come in Assia, ancora in piedi, gli stati finora vicini al sistema inglese si sono allineati al numeroso gruppo di stati che contemplan solo la priorità per la seconda camera. Un ulteriore movimento all'interno e all'esterno della Germania, che miri ad una totale equiparazione di entrambe le camere sulla base del modello svizzero, cancellando il sistema della priorità negli stati che lo presentano oggi, è ben escluso anche in futuro³². Non per esempio, come abbiamo visto, perché sia necessario garantire la seconda camera, nella sua posizione di poter autorizzare [spese], contro gli attacchi della prima camera o perché la totale equiparazione delle camere debba necessariamente portare a danneggiare l'economia della finanza pubblica. Un fondamento razionale per il sistema puro della priorità emerso in America non c'è stato finora. Su quanto è stato tramandato sul piano storiografico si ritiene, grazie a sensazioni spesso non del tutto chiare, che la posizione preferenziale della seconda camera in virtù della priorità ad essa spettante nelle leggi in materia finanziaria possa servire, a seconda delle circostanze, a rappresentare un sistema di potere contro la prima camera e che un tale strumento di potere, effettivo o presunto, una camera non la abbandoni mai senza un motivo particolarmente stringente.

Al fine di conoscere lo sviluppo storico e il progresso delle nostre odierne istituzioni parlamentari, un tale risultato riveste un significato non secondario.

³² Anche in Russia la camera alta e la Duma hanno del tutto gli stessi diritti in tutti i campi della legislazione. Eppure, i rapporti costituzionali del tutto incompiuti di questo Stato per il momento non debbono ancora essere considerati.

CLEMENTE FORTE

POSTFAZIONE

La prima sensazione che si ha leggendo il saggio di Jellinek, del 1908, è che si tratta di uno scritto che colpisce – oltre che per il fatto scontato della profondità delle argomentazioni – per la sua viva attualità: un'attualità non del tutto sorprendente, peraltro, dal momento che ci si trova di fronte ad un classico del diritto pubblico europeo e quindi del diritto *tout-court*. La sua prospettiva è quella squisitamente costituzionalistica e di scienza politica, nel momento in cui viene offerta una lettura, anche delle procedure parlamentari, sempre tenendo presente il sostrato di fondo di ogni discorso circa l'utilizzo delle risorse finanziarie pubbliche, ossia la necessità di trovare un punto d'equilibrio politicamente soddisfacente nel flusso annuale "prelievo-spendita" di mezzi tratti forzosamente alla collettività. Già Voltaire aveva detto che la politica è il denaro degli altri. E non è un caso che lo stesso diritto del bilancio sia stato considerato storicamente (anche da pensatori poco aperti verso i parlamenti, come Carl Schmitt) una delle questioni supreme sul piano sia della teoria generale che dell'articolazione dei sistemi di diritto pubblico.

Per i profili più attinenti alla scienza delle finanze e alla contabilità di stato, numerosi sono dunque gli spunti. Una prima riflessione è legata all'essenzialità dell'approvazione, da parte della camera bassa, di ogni imposizione fiscale, sia permanente che di programma annuale. Due sono i suggerimenti in particolare che qui si possono raccogliere.

Da un lato, la profonda attualità dell'art. 23 della Costituzione italiana, ossia la riserva di legge in materia fiscale, troppo spesso del tutto trascurata, se non apertamente violata, a fronte di una legislazione primaria che demanda sempre di più all'autorità amministrativa – ivi compresi i decreti di un ministro, ma non solo – la fissazione di un ampio arco di decisioni di natura tributaria, anche in riferimento alle aliquote delle imposte dirette (per molte di quelle

indirette, ormai, poco rimane fissato con legge). Il fatto è che la giurisprudenza costituzionale dovrebbe trovare il modo di entrare di nuovo in queste materie, perché, come ricorda appunto Jellinek nello scritto proposto, sia pur in altro contesto e riprendendo qui dai famosi *Commentari* di Blackstone, “le imposte vengono riscosse dalla massa del popolo e quindi è ragionevole che solo quest’ultimo abbia il diritto di tassarsi”, mediante l’approvazione da parte della camera bassa con il suggello di una legge. Considerazioni, queste, che nei loro aspetti di fondo non vengono annacquate dalla pur giusta osservazione secondo cui alcune variazioni di aliquote fiscali debbono essere realizzate – oggi – di continuo per i motivi più vari, dalla necessità di garantire coperture finanziarie di oneri mutevoli (nel *quantum*) all’esercizio di clausole di salvaguardia a fronte di disallineamenti già intervenuti tra oneri e coperture, e quant’altro: sarebbero le mutazioni in atto dello stesso paradigma d’intervento della mano pubblica nell’economia a presentare, in altre parole, caratteristiche inedite di fluidità e dinamicità che mal si adattano in molti casi al carattere d’“imperio” – e dunque rigido – di una concezione ottocentesca del dettato legislativo. Ma – si ripete – il problema di fondo rimane, ossia l’esigenza che sia la decisione politica a fissare il carico fiscale, essendone responsabile.

Dall’altro lato, il tema apre alle possibili riflessioni in ordine alla consolidata distinzione, nella struttura dei documenti contabili pubblici, tra leggi di carattere permanente e programma di bilancio annuale, da cui la dottrina giuspubblicistica – come dimostra Jellinek – ha tratto le dovute conseguenze in ordine alla competenza circa la relativa approvazione nella dialettica tra il governo e i due rami del parlamento. Il tema è di grande attualità, almeno nel nostro paese, perché si incrocia con quello dell’avvenuta trasformazione della legge di bilancio in legge sostanziale a seguito della riformulazione dell’art. 81 Cost. intervenuta nel 2012, con la “teorica” conseguenza della possibilità non solo di modificare leggi permanenti in materia finanziaria con la sola voce di bilancio, ma anche in tal modo leggi che individuano parametri tali da configurare diritti soggettivi. L’utilizzo dell’aggettivo “teorico” tra virgolette non è qui casuale, perché poi la successiva legge attuativa di questi principi costituzionali, proprio per ciò di rango rafforzato, ha reintrodotta la distinzione tra modifiche legislative periodiche e quadro consolidato a legislazione vigente, in tal modo, forse, spegnendo, di

fatto, l'innovatività della legge di bilancio di natura ora sostanziale e riproponendo quindi per molti versi la situazione anteriore alla modifica dell'art. 81, con un quadro tradizionale basato su quel doppio criterio che si ritrova anche nei fondamenti della contabilità pubblica quali si possono evincere nel saggio di Jellinek, costituito dalla quota consolidata e dalla relativa variazione periodica. Probabilmente si è di fronte a quegli ibridi non infrequenti nella legislazione d'oggi e che solo la prassi chiarirà nel tempo.

Questa problematica del doppio criterio (legislazione vigente e modifiche normative) introduce poi ad un altro tema, ugualmente toccato da Jellinek, sia pur sotto il profilo giuspubblicistico, riguardante la distribuzione delle competenze tra i due rami del parlamento per le materie di carattere finanziario. Si fa riferimento al passaggio in cui Jellinek ricorda che “a difesa della competenza legislativa dei lord c'è notoriamente il divieto del ‘*tacking*’”, ossia il divieto di sovraccarico della legge di bilancio annuale di elementi di novità che finirebbero per essere indistinguibili da quelli che nascono dal “consolidato” (Jellinek ne tra la conseguenza per cui, avendo la camera alta di fatto abbandonato tale tipo di esame, ciò aveva ulteriormente accentuato il potere della camera dei comuni). Interessa qui lo spunto relativo al *tacking* (il c.d. *Bepackungsverbot* nella letteratura tedesca), per evitare il quale – va ricordato – la nostra Costituzione del 1948 introdusse quel terzo comma dell'art. 81 che poi è stato soppresso con la riforma del 2012, eliminando così da ultimo quella figura della legge formale (o funzionalmente limitata) che è stata poi di fatto reintrodotta, con i problemi prima accennati, dalla legge rafforzata che ha dato attuazione alla novella costituzionale, sia pure nell'ambito di una nuova legge di bilancio unificata che nel suo complesso dovrebbe però – e qui sta la confusione prima accennata – rivestire natura di legge sostanziale.

Temi dunque di tutta attualità, non solo perché non si sa quanto meditata sia stata la soppressione del vecchio terzo comma dell'art. 81 (tant'è che è esso stato reintrodotta di fatto con la legge rafforzata), ma anche perché, al momento, anche quest'ultima legge non ha ancora trovato attuazione proprio su questi punti, in assenza dell'adeguamento della legge ordinaria di contabilità.

Un ultimo spunto, tra i tanti, riguarda l'assunto di Jellinek secondo cui la struttura progressiva dell'imposizione fiscale impedirebbe una politica di finanza pubblica “leggera”, che sarebbe favo-

rita in misura proporzionale da camere popolari, il che potrebbe richiedere il contrappeso di camere meno dipendenti dagli elettori. Qui si incrociano altri discorsi, sulla struttura – essenzialmente – delle prime camere o quant'altro. A parte l'estrema attualità del tema di camere slegate in via diretta dall'elettorato, ancorché prive di competenza in materia finanziaria, merita una riflessione il punto principale del legame tra progressività delle imposte e freno (teorico) all'espansione della spesa: così non è stato, non solo in Italia, ma si può dire nel mondo occidentale, data l'espansione della quota di risorse intermediata dalla mano pubblica e la cospicua copertura con il debito, che ha sottratto di fatto l'onere della compensazione alla collettività attuale dei contribuenti annullando dunque quel presunto freno composto dalla progressività delle imposte.

In definitiva, i temi della finanza pubblica e delle istituzioni disegnate per gestirla sono quelli di sempre, su cui si è costruita buona parte del costituzionalismo occidentale moderno. Le stesse vicende ordinarie di questi giorni prima sintetizzate (per alcuni aspetti) e che riguardano il nostro paese lo stanno a testimoniare. Ciò vale anche in prospettiva e ad un livello più ampio, nel momento in cui sembra muovere i primi passi un ridisegno sostanziale dell'architettura istituzionale europea in senso lato e in particolare con riferimento alla gestione delle finanze pubbliche. E in questo i classici hanno ancora qualcosa da dirci, come dimostra, ad esempio, Jellinek.

LUIGI CIAURRO

CAMERE ALTE E DECISIONI DI FINANZA PUBBLICA

Rileggendo in lingua italiana pagine ingiallite, ma stupendamente non datate, dedicate da Georg Jellinek nel 1908 al ruolo delle Camere alte (denominate in quel contesto storico “prime camere”) in materia finanziaria, ancora una volta emerge con nitore la centralità della “questione delle questioni” del diritto costituzionale moderno, vale a dire il rapporto fra rappresentanza politica e decisioni di finanza pubblica. E si tratta di una questione (*no taxation without representation*) sì centrale, ma anche alquanto risalente nel tempo: sarà sufficiente retroagire almeno fino al XIII secolo, al noto episodio della Magna Carta del 1215, il cui art. 12 stabiliva a favore dei baroni inglesi che “*Nullum scutagium vel auxilium ponatur in regno nostro nisi per commune consilium regni nostri*”.

Sullo sfondo del saggio qui tradotto si intravede poi il grande interesse per la questione da parte dei maestri del positivismo giuridico tedesco della seconda metà dell'Ottocento, come noto alimentato dal conflitto fra *Landtag* prussiano ed il cancelliere Bismark per la mancata approvazione del bilancio nel periodo fra il 1862 ed il 1866 e la conseguente gestione finanziaria mediante decreti reali: è lo stesso odierno traduttore (Clemente Forte) ad aver presentato in lingua italiana gli scritti sul punto di Laband, dello stesso Jellinek e di Gneist, ai quali si potrebbero aggiungere i pertinenti testi di Haenel e di Zorn di fine secolo.

Il punto di partenza della breve ma intensa riflessione di Jellinek risiede nella constatazione degli assetti bicamerali ormai di gran lunga prevalenti nei Parlamenti dell'epoca, potendosi relegare l'allora non fausta esperienza del monocameralismo nella storia del diritto rivoluzionario francese *pre* 1795.

Ed è una riflessione che poi si concentra sulle decisioni parlamentari di bilancio e di finanza pubblica, sviluppata argutamente con il metodo del comparatista, che cerca di individuare se non vere e proprie classificazioni, quanto meno differenti tipologie di

rapporti a questo proposito fra prima e seconda Camera (come esplicitamente si evince nell'ultima parte del paragrafo V). La comparazione si irradia dai principali ordinamenti costituzionali del continente al diritto anglo-americano fino alle carte fondamentali dei singoli Stati dell'Impero tedesco.

Il professore di diritto pubblico di Heidelberg sintetizza poi la sua ricerca ricostruttiva, nella sostanza, in quattro differenti tipologie: il minoritario sistema inglese, in cui la Camera dei *Lords* ha la facoltà solo di approvare o di respingere il progetto di bilancio trasmesso dalla Camera, ma non di emendarlo (sistema che non a caso si rinviene nella Costituzione siciliana del 1812, di ispirazione anglossassone); i modelli, all'epoca abbastanza diffusi, laddove la Camera dei deputati gode solo della priorità di esame del bilancio, ma poi la Camera alta ha pure la facoltà di apportare modifiche; ordinamenti a bicameralismo perfetto (la Svizzera, l'Hannover); infine, ma può citarsi esclusivamente la Costituzione della Romania del 1866, l'eccezione che affida alla sola Camera dei deputati l'approvazione del bilancio dello Stato.

Come accennato all'inizio, probabilmente non *par basard* queste riflessioni sono attuali, forse troppo attuali, sol che si considerino i dibattiti in Italia sulla riforma del Senato, ma anche le recenti evoluzioni in ambito eurounitario lungo il percorso del trattato di Lisbona, del *Six Pack* e del *Fiscal compact*.

Se le problematiche sono simili, certo rispetto a circa un secolo fa il contesto istituzionale è profondamente mutato. Ad esempio, dai dati dell'Unione interparlamentare circa la struttura dei Parlamenti nel mondo non emerge affatto il carattere regressivo del monocameralismo; anzi si rinvergono 77 ordinamenti bicamerali (il 40,1% del totale) e 115 Parlamenti con una sola Camera (il 59,9%).

Volendoci concentrare piuttosto sui 28 Paesi membri dell'Unione europea, si riscontrano ben 15 ordinamenti monocameralistici (quindi, il 53,5%). Ma non basta: nell'ambito dei 13 Parlamenti bicamerali, addirittura in 10 casi (quindi, il 77%) la Camera alta non gode di una lettura piena del bilancio.

Di conseguenza, rispetto alle ricostruzioni di Jellinek riferite agli assetti di inizio Novecento, negli anni Duemila la tendenza semmai sembra essere quella verso una crescente rivincita del monocameralismo, aparendo ormai del tutto marginale il rischio di

un assemblearismo di stampo giacobino, che ad esempio aveva avuto un ruolo decisivo nella scelta bicamerale del nostro Costituente. *A contrario* però può ricordarsi il risultato a sorpresa del referendum popolare tenutosi il 4 ottobre 2013 in Irlanda, che ha visto prevalere il voto contrario all'abolizione del *Seanad Eireaan*, organo non elettivo e non paritario rispetto alla Camera, probabilmente per il timore di concentrare in modo eccessivo il potere della maggioranza di governo nella sola Camera dei deputati, come può evincersi dalle contrapposte campagne referendarie.

Ma la "terribile" attualità delle riflessioni di Jellinek riguarda proprio il nostro Paese, nel quale si sta affrontando una complessa riforma del Senato, del bicameralismo perfetto e delle procedure legislative. In particolare, per quanto concerne la tematica *de qua*, l'iter appare alquanto tormentato. Il testo approvato da ultimo dalla Camera dei deputati nella seduta del 10 marzo 2015 prevede un a dir poco anomalo procedimento speciale per l'esame dei disegni di leggi di cui all'art. 81 Cost.: per usare il linguaggio di Jellinek, la Camera dei deputati ha la priorità di esame, il Senato (a quanto pare dal tenore letterale) ha l'obbligo di esame (e quindi non solo su richiesta di un terzo dei componenti), ma può solo avanzare alla Camera "proposte di modifiche", fra l'altro in tempi brevissimi (entro 15 giorni dalla trasmissione), mentre nel procedimento legislativo ordinario i giorni complessivamente a disposizione ammontano a 40 dalla trasmissione.

Siccome il dio Kronos nelle arene parlamentari siede al di sopra dei suoi stessi componenti, è facile prevedere che, se questo sarà il testo definitivo, salvo casi eccezionali, la decisione di bilancio sarà di fatto una procedura monocamerale presso la Camera dei deputati. Del resto, la rilevanza del *timer* nelle procedure parlamentari di bilancio era già evidente allo stesso Jellinek, quando stigmatizzava in questo scritto l'espedito non raro di allungarne l'esame nella Camera elettiva (in caso di priorità) onde strozzare la discussione presso l'altro ramo, costretto poi dalle scadenze a non apportare modifiche. Ma non basta: tale espedito potrebbe essere "elevato al quadrato" qualora si legasse ad un'altra preoccupazione qui espressa da Jellinek, vale a dire la sostanziale disapplicazione del divieto del c.d. *tacking*, vale a dire dell'introduzione di norme intrusive nelle leggi di bilancio. Come noto, questa tentazione è sempre alla fine risultata vincente nella nostra recente esperienza parlamentare,

pur a fronte delle sempre più stringenti prescrizioni sul “contenuto tipico” della legge finanziaria (o di stabilità), che non hanno potuto arginare la seduttività procedurale della sessione di bilancio e dei suoi prodotti legislativi.

Di un certo interesse, invece, era la disposizione sulla procedura di bilancio approvata dal Senato in prima lettura di quella riforma costituzionale nella seduta dell’8 agosto 2014: solo a maggioranza assoluta potevano essere approvate dal Senato eventuali proposte di modifica, le quali poi potevano essere respinte dalla Camera solo a maggioranza assoluta. Forse quest’intreccio di maggioranze qualificate potrebbe rappresentare un ragionevole punto di equilibrio nei rapporti fra una Camera politica elettiva ed un Senato rappresentativo degli enti territoriali.

Tornando al testo di Jellinek, a livello diffuso sembra profilarsi una certa sensibilità verso (molto pre-keynesiane) esigenze di rigore finanziario: l’enfatico riferimento all’*Interesse einer gesunden Finanzwirtschafts* che solo può giustificare la preminenza di una Camera sull’altra; l’apprezzamento per la clausola di *spending review* presente nell’ordinamento austriaco, per cui in caso di conflitto fra le due Camere in materia di bilancio si intende approvato l’importo minore; l’unica citazione riservata al Senato italiano, che più volte si è opposto al modo di procedere dissipato della Camera dei deputati; il riscontro delle prime avvisaglie delle degenerazioni del parlamentarismo francese della III Repubblica (per l’emergente nesso fra cattura del consenso elettorale e legislazione di spesa).

La conclusione è a sorpresa: Jellinek considera ormai superata dalla storia la tesi montesquieviana (che pur viene abbondantemente citata, anche nella *vulgata* di Blackstone) circa la capacità delle Camere popolari ad amministrare più sobriamente di quelle non elettive, in quanto esse anzi “hanno ovunque la tendenza ad autorizzare o ad aumentare le spese popolari”. E quindi: “le Camere che sono indipendenti – del tutto o in parte – dagli elettori, sono destinate ad avere oggi come obiettivo, molto più rispetto alle Camere popolari, il fatto di garantire la futura e necessaria copertura delle esigenze dello Stato che si andranno a determinare e tenteranno pertanto di opporsi ad autorizzazioni di spesa esagerate da parte delle Camere popolari”.

Ma forse c’è un sottile *fil rouge* che dalle concessioni di Giovanni Senza Terra alle ricostruzioni di diritto costituzionale qui tra-

dotte di Jellinek di inizio Novecento arriva poi fino ai meccanismi istituzionali del trattato sul *Fiscal compact*, che ha introdotto una significativa novità rispetto al trattato di Maastricht, meritevole forse di una maggiore attenzione. Ancora una volta sono nevralgiche le deliberazioni relative alle verifiche dei bilanci dei Paesi UE e dell'area euro in particolare: ebbene, mediante il c.d. *reserve majority voting*, formalmente la decisione sulla sussistenza o meno di un deficit eccessivo è rimasta al Consiglio (come noto, nell'assetto eurounitario assimilato ad una seconda Camera), ma che può opporsi solo a maggioranza assoluta alle conclusioni della Commissione, che altrimenti si intendono adottate. Invece, nel sistema di Maastricht la Commissione aveva solo funzioni istruttorie e di proposta, mentre la decisione spettava *tout court* al Consiglio.

Volendo trarre una rapida conclusione in chiave necessariamente diacronica, se agli inizi del secolo scorso Jellinek – pur essendo collocato in precedenza sul solco di Laband fra i fautori del bilancio come legge formale – non poteva che dare per scontata la dimensione necessariamente parlamentare della decisione di bilancio ed il problema era individuare un assetto ottimale per la *vis deliberativa* dei Senati non elettivi, considerati un argine rispetto alle tendenze dissipatrici delle Camere basse; *one century after* controlli e poteri degli organi dell'Unione europea, esigenze di *governance* degli esecutivi nazionali in tempi di crisi economica, le dinamiche deliberative del c.d. “turbo-capitalismo” sembrano considerare con sfavore, se non con fastidio, la stessa (qualora non meramente formale) sovranità parlamentare nelle decisioni di finanza pubblica. Ma ancora una volta sono i giuristi tedeschi, ed in particolare la nota giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* sui principi identitari della *Grundgesetz* e l'assetto dell'Unione europea, a segnalarci questo problema dell'*Heutzutage*, che per quanto ora di interesse si potrebbe sintetizzare come una sorta di “de-parlamentarizzazione” – se non di vera e propria “de-politicizzazione”, per dirla alla Carl Schmitt – delle decisioni di finanza pubblica.

Hanno collaborato a questo fascicolo

MICHELE BELLETTI

Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Bologna

ANTONIO BELLIZZI DI SAN LORENZO

Professore aggregato di Diritto privato nell'Università di Firenze

GINEVRA CERRINA FERONI

Professore ordinario di Diritto costituzionale italiano e comparato nell'Università di Firenze

LUIGI CIAURRO

Direttore del Senato della Repubblica e Professore a contratto di diritto parlamentare nell'Università di Roma "Lumsa"

LUIGI COMPAGNA

Senatore della Repubblica e già Professore ordinario di storia delle dottrine politiche nell'Università di Roma "LUISS Guido Carli"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI

Professore emerito di Diritto costituzionale nell'Università di Bologna

GIAMPAOLO DI PLINIO

Professore ordinario di Diritto pubblico nell'Università di Pescara

MARCELO FIGUEIREDO

Professore di Diritto costituzionale nella Pontificia Università Cattolica di San Paolo, Brasile e Vicepresidente dell'Associazione internazionale di Diritto costituzionale

CLEMENTE FORTE

Consigliere della Corte dei Conti, già Direttore del Senato della Repubblica

TOMMASO EDOARDO FROSINI

Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli

ANNA GAMPER

Professore ordinario di Diritto pubblico e amministrativo nell'Università di Innsbruck, Austria

CLAUDIO MARTINELLI

Professore associato di Diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca

FERNANDO REVIRIEGO PICÓN

Professore di Diritto costituzionale nell'Università di Madrid - UNED, Spagna

ANDREEA MARIA ROȘU

Avvocato a Bukarest e a Strasburgo

MARCO SABBIONETI

Ricercatore in Storia del diritto medievale e moderno presso l'Università degli Studi di Firenze

ELISABETH STEINER

Giudice presso la Corte europea dei Diritti dell'Uomo a Strasburgo

GIULIO ENEA VIGEVANI

Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca

