



Tutti i diritti sono riservati. Nessuna parte del libro può essere riprodotta o trasmessa sotto qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo elettronico o meccanico, comprese fotocopie, registrazioni su nastro o mediante memorizzazione, senza il permesso scritto dell'Editore. Le eventuali trasgressioni saranno perseguite ai sensi di legge.

DISTRIBUZIONE CLU

Proprietà letteraria riservata  
© ECIG - Edizioni Culturali Internazionali Genova  
s.a.s. di G.L. Blengino & C.

Via Brignole De Ferrari, 9 - 16125 Genova  
Tel. 010 2512395 / 2512399 - Fax 010 2512398  
E-MAIL: [ecig@clu.it](mailto:ecig@clu.it)

ISBN: 978-88-7544-147-0

I edizione Settembre 2004  
II edizione Settembre 2005  
III edizione Settembre 2006  
IV edizione Settembre 2007  
V edizione Settembre 2008  
VI edizione Settembre 2009

GIANCARLO ROLLA

ELEONORA CECCHERINI

**SCRITTI DI  
DIRITTO COSTITUZIONALE  
COMPARATO**

**VI EDIZIONE**



**ECIG**

Il Prof. *Giancarlo Rolla* è autore degli articoli della parte prima e dei seguenti articoli della parte seconda: a) La concezione dei diritti fondamentali nel costituzionalismo latino americano; b) Diritti fondamentali e Stato democratico: il ruolo della giustizia costituzionale; c) La tutela diretta dei diritti fondamentali da parte dei Tribunali costituzionali in Ibero America; d) I caratteri di una società libera e democratica secondo la giurisprudenza della Corte suprema del Canada; e) La problematica del multiculturalismo nella Unione europea; f) Il multiculturalismo nella Carta canadese dei diritti e delle libertà; g) Alcune considerazioni sulla tutela della libertà religiosa negli ordinamenti multiculturali; h) Lo sviluppo del regionalismo ed il principio di autonomia nei nuovi sistemi costituzionali; i) Lo Stato delle autonomie. L'esperienza spagnola nella prospettiva del regionalismo italiano;

La Prof.ssa *Eleonora Ceccherini* è autrice dei seguenti articoli della parte seconda: a) Transizioni, processi costituenti e qualità della democrazia; b) Un esempio di codificazione costituzionale: il processo di adozione della Carta canadese dei diritti e delle libertà; c) La codificazione dei diritti attraverso le carte costituzionali in Australia e Nuova Zelanda: lezioni dal Canada; d) Multiculturalismo; e) I diritti dei popoli indigeni: profili di costituzionalità; f) Esperienze e prospettive del regionalismo nel Regno Unito; g) Esperienze di regionalizzazione del parlamento nel Regno Unito e in alcuni paesi del *commonwealth* britannico; h) La collaborazione fra Stato ed enti territoriali negli Stati composti dell'Unione europea.

# INDICE

## PARTE PRIMA

### Nozioni di base

<b>Capitolo primo</b> .....	7
La comparazione nel diritto costituzionale.....	7
1. Caratteri generali della comparazione costituzionale .....	7
2. La circolazione delle esperienze costituzionali .....	7
<b>Capitolo secondo</b> .....	7
Le codificazioni costituzionali .....	7
1. Le codificazioni della nascita dello Stato costituzionale .....	7
2. Le codificazioni dello Stato democratico e sociale.....	7
3. Evoluzione e trasformazioni del potere costituente. ....	7
<b>Capitolo terzo</b> .....	7
Le forme di governo .....	7
1. Gli elementi costitutivi la nozione di forma di governo .....	7
2. I caratteri della forma di governo direttoriale .....	7
3. I caratteri della forma di governo presidenziale .....	7
4. I caratteri della forma di governo parlamentare .....	7
5. I caratteri della forma di governo semipresidenziale.....	7
6. Forme di governo e sistemi elettorali .....	7
<b>Capitolo quarto</b> .....	7
La codificazione costituzionale dei diritti .....	7
1. Codificazione dei diritti e costituzionalismo.....	7
2. Rapporto tra diritti e forma di Stato .....	7
3. Tecniche di codificazione dei diritti fondamentali .....	7
4. Clausole costituzionali per l'ampliamento e l'interpretazione dei diritti fondamentali .....	7

## PARTE SECONDA

### Approfondimenti

<b>Capitolo primo</b> .....	7
Transizioni costituzionali e processi costituenti .....	7
1. Transizioni, processi costituenti e qualità della democrazia .....	7
2. Un esempio di codificazione costituzionale: il processo di adozione della Carta canadese dei diritti e delle libertà .....	7
<b>Capitolo secondo</b> .....	7
Tendenze e problemi della codificazione costituzionale dei diritti .....	7
1. La concezione dei diritti fondamentali nel costituzionalismo iberoamericano ....	7
2. La codificazione dei diritti attraverso le carte costituzionali in Australia e Nuova Zelanda: lezioni dal Canada .....	7
<b>Capitolo terzo</b> .....	7
I Tribunali costituzionali come giudici delle libertà.....	7
1. Diritti fondamentali e Stato democratico: il ruolo della giustizia costituzionale .....	7
2. La tutela diretta dei diritti fondamentali da parte dei Tribunali costituzionali in America latina .....	7
3. I caratteri di una società libera e democratica secondo la giurisprudenza della Corte suprema del Canada .....	7
<b>Capitolo quarto</b> .....	7
Diritti culturali e multiculturalismo .....	7
1. Multiculturalismo .....	7
2. La problematica del multiculturalismo nella Unione europea .....	7
3. Il multiculturalismo nella Carta canadese dei diritti e delle libertà .....	7
4. I diritti dei popoli indigeni: profili di costituzionalità .....	7
5. Alcune considerazioni sulla tutela della libertà religiosa negli ordinamenti multiculturali .....	7
<b>Capitolo quinto</b> .....	7
Regionalismo ed organizzazione territoriale dello Stato .....	7
1. Lineamenti del regionalismo nei sistemi costituzionali multilivello. Un approccio di diritto comparato .....	7
2. Esperienze e prospettive di regionalismo cooperativo nel Regno Unito .....	7

3. Esperienze di regionalizzazione del parlamento nel Regno unito e in alcuni paesi del <i>commonwealth</i> britannico .....	7
4. Lo Stato delle autonomie. L'esperienza spagnola nella prospettiva del regionalismo italiano .....	7
5. La collaborazione fra Stato ed enti territoriali negli Stati composti dell'Unione Europea .....	7



# PARTE PRIMA

## NOZIONI DI BASE



# CAPITOLO PRIMO

## LA COMPARAZIONE NEL DIRITTO COSTITUZIONALE

## 1. Caratteri generali della comparazione costituzionale

Il fenomeno costituzionale può essere studiato secondo diverse prospettive, tenendo in considerazione le sue principali partizioni interne,

In relazione all'**oggetto** si distingue tra diritto costituzionale italiano, straniero, comparato. Il primo studia gli istituti vigenti nel nostro ordinamento, il secondo approfondisce la disciplina costituzionale di uno o più Stati stranieri; mentre il diritto comparato – a sua volta – studia specifici istituti giuridici o i caratteri delle forme di governo o di Stato di più ordinamenti, mettendoli a confronto.

Sempre sotto il profilo dell'oggetto, si possono avere tanto studi di carattere generale, quanto di natura settoriale: questi ultimi focalizzano l'attenzione su specifici istituti o organi costituzionali oppure approfondiscono determinati segmenti del fenomeno costituzionale (come, ad esempio, il diritto parlamentare, il diritto regionale e degli enti locali, la giustizia costituzionale).

Assumendo quale punto di riferimento il **metodo** con cui si investiga il fenomeno costituzionale, si può distinguere tra diritto costituzionale, storia costituzionale e diritto costituzionale comparato.

Il diritto costituzionale si propone di ricostruire i caratteri e gli istituti di un particolare ordinamento giuridico; la comparazione giuridica presuppone il raffronto dei dati ricavati dall'esame di più sistemi ed una loro valutazione critica, al fine di mettere in evidenza coincidenze, affinità, differenze sia nel modo di regolare un medesimo istituto, sia nel dare soluzione agli stessi problemi. La storia costituzionale, a sua volta, ricostruisce l'evoluzione dei singoli ordinamenti, sottolineando gli elementi di discontinuità che, nel tempo, hanno caratterizzato l'evoluzione delle istituzioni.

La comparazione, a sua volta, può essere distinta in macro e **micro comparazione**.

In quest'ultimo caso, caso il confronto avviene tra singoli istituti (ad esempio: la controfirma, lo scioglimento del Parlamento, la crisi di governo), tra organi (ad esempio: la Corte costituzionale, il pubblico ministero, il Difensore civico, il Consiglio superiore della magistratura), tra principi o criteri interpretativi (ad esempio, la rappresentanza politica, la sussidiarietà, il principio di proporzionalità, i criteri di ripartizione delle competenze tra i livelli istituzionali), tra le fonti del diritto (la funzione legislativa, il potere regolamentare, gli effetti giuridici delle sentenze dei Tribunali costituzionali).

Nel caso della **macrocomparazione**, invece, si comparano i criteri informati la forma di governo (parlamentare, presidenziale, semipresidenziale), la

forma di Stato (unitario, federale, regionale), ovvero la disciplina di ampie partizioni del diritto costituzionale (come, ad esempio, la garanzia dei diritti fondamentali, la democrazia rappresentativa, i controlli di costituzionalità).

Poiché la comparazione presuppone sempre un confronto tra due o più ordinamenti, discipline giuridiche, istituti, gli **oggetti** di tale confronto, per risultare comparabili, debbono innanzitutto essere **omogenei**.

A tal fine occorre tenere conto che, se da un lato, si assiste ad una crescente circolazione delle esperienze (ad esempio, i tipi di sentenze adottati dai giudici costituzionali), i sistemi politici si influenzano (ad esempio, la diffusione della forma di governo semipresidenziale nei paesi dell'Europa orientale), alcuni prototipi manifestano una forte capacità attrattiva (ad esempio, il federalismo nordamericano); dall'altro lato, non si assiste ad una sostanziale omogeneizzazione tra gli ordinamenti, dal momento che le differenze permangono assai marcate.

Le singole esperienze costituzionali debbono essere ricondotte all'interno di "grandi sistemi giuridici", i quali si distinguono sulla base del differente processo di formazione storica – come nel caso della distinzione tra ordinamenti di *civil* e di *common law* –, ovvero in quanto si ispirano a valori e principi contrapposti – come, nel caso, dei sistemi costituzionali liberali, islamici, socialisti, asiatici –.

Il requisito dell'omogenità – necessario per ogni corretta comparazione costituzionale – viene nel meno nel caso di confronto tra istituti o principi di ordinamenti appartenenti a differenti "grandi sistemi giuridici": in tal caso, infatti, i caratteri propri di ciascun istituto non risultano confrontabili dal momento che si ispirano a culture costituzionali contrapposte. Non si realizzerbbe, quindi, una vera e propria comparazione, ma piuttosto la descrizione di distinte esperienze di diritto straniero.

La comparazione, invece, è possibile sia tra ordinamenti giuridici che fanno parte della medesima "famiglia giuridica", sia tra ordinamenti appartenenti a "famiglie giuridiche" differenti, ma riconducibili ad un medesimo sistema di valori e di principi giuridici. Come nel caso degli ordinamenti di *common law* e di *civil law*, i quali, nonostante le notevoli differenze originarie, sono egualmente partecipi della tradizione giuridica del costituzionalismo: cioè di quel processo storico che, verso la fine del XVIII secolo, ha determinato la crisi dello Stato assoluto e l'affermazione dello Stato costituzionale di diritto, recependo i valori ispiratori le grandi rivoluzioni liberali (inglese, francese, nordamericana).

Il collante che ha plasmato il “grande sistema giuridico” al quale appartengono le esperienze costituzionali europee, anglosassoni ed americane è costituito dal costituzionalismo, che nasce come reazione allo Stato assoluto ed affermazione del principio del potere limitato e si perfeziona in seguito all’affermazione della forma di Stato sociale e democratica.

È indubbio, infatti, che tutti gli ordinamenti che si riconoscono nel costituzionalismo si ispirino a principi comuni, quali la tutela dei diritti fondamentali, il potere limitato, il principio di legalità, la separazione dei poteri, il riconoscimento del valore normativo della Costituzione, l’attribuzione alla legge di un ruolo primario nel sistema delle fonti del diritto.

Le esperienze che sono confluite nel costituzionalismo, pur possedendo un’unitarietà di fondo, hanno intrapreso percorsi distinti e hanno individuato soluzioni istituzionali differenti: per questo appare corretto considerare che si hanno **diverse tradizioni costituzionali all’interno del costituzionalismo**.

La tradizione costituzionale che si richiama alla rivoluzione francese riconosce la supremazia giuridica della legge, in quanto espressione della volontà generale, rispetto alle altre fonti del diritto; così come introduce un nesso inscindibile tra Stato costituzionale e garanzia dei diritti fondamentali, come emerge dalla nota formulazione dell’art.16 della Dichiarazione francese dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789 secondo cui ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata non ha Costituzione.

Il costituzionalismo di derivazione statunitense, a sua volta, preoccupato di evitare il rischio di una “tirannia democratica”, prefigura un’organizzazione costituzionale basata sul federalismo, sull’equilibrio tra i poteri e su forti strumenti di controllo; inoltre, dal riconoscimento della superiorità del potere costituente rispetto a quelli costituiti, fa derivare sia la preminenza giuridica della Costituzione sulle leggi, sia l’ammissibilità di un controllo giudiziario di costituzionalità.

A sua volta, la tradizione costituzionale del Regno Unito ha perseguito le finalità generali del costituzionalismo attraverso l’elaborazione di soluzioni distinte. L’ordinamento costituzionale del Regno Unito appare il frutto di un’esperienza storica a sé stante, qualora si consideri, per un verso, il ruolo rilevante assegnato alle consuetudini ed alla convenzioni costituzionali, per un altro verso, la permanenza del principio della *sovereignty of Parliament*.

Quest’ultimo, in particolare, è inteso nella duplice accezione per cui, le Camere possono approvare ed abrogare qualsiasi legge, mentre non si può annullare una legge approvata dal Parlamento.

Tra Europa continentale e Stati Uniti d’America vi sono delle significative **differenze** a proposito dei modi di attuare i principi del costituzionalismo. Ad esempio, vi è una diversa concezione della sovranità: unitaria e non frazionabi-

le in Europa, frazionata in USA: da ciò la propensione degli Stati Uniti d'America al federalismo e degli ordinamenti europei allo Stato unitario. Così come un'ulteriore differenza tra le due tradizioni giuridiche può essere individuata nel fatto che in Europa si accoglie il principio del valore primario della legge parlamentare, mentre negli Stati Uniti si afferma il principio della supremazia della Costituzione sulle leggi, con il conseguente riconoscimento di un *judicial review of legislation* da parte del potere giudiziario.

Tuttavia, le differenze originarie tendono a stemperarsi e, a conferma di tale orientamento, merita evidenziare alcune dinamiche che stanno interessando l'area di influenza della *common law*. Per un verso, l'assolutezza di alcuni principi informatori l'ordinamento costituzionale del Regno Unito incontra delle eccezioni; per un altro verso, i sistemi costituzionali di Stati appartenenti al *Dominion* inglese si stanno rivelando non refrattari ad accogliere elementi originari del costituzionalismo europeo e Nordamericano.

Per quanto concerne il primo aspetto, va segnalato che anche nell'ordinamento britannico si inizia ad ammettere l'esistenza di una gerarchia all'interno delle leggi approvate dal Parlamento, distinguendo tra *ordinary statute* e *constitutional statute*. In questa prospettiva, rientrerebbero tra le leggi di rango costituzionale, oltre a documenti storici in materia di diritti fondamentali (la *Magna Carta* del 1297 o il *Bill of Rights* del 1689), alcuni recenti *Act*, quali lo *European Communities Act* 1972, lo *Human Rights Act* 1998 e le leggi di *devolution* del 1998.

Inoltre, va segnalato che con l'approvazione del *Constitutional Reform Act* del 2005 si modificano alcune caratteristiche dell'ordine giudiziario, così come si istituisce una *Supreme Court* del Regno Unito, la quale diverrà non solo la Corte di ultimo appello per il Regno Unito, nonché la Corte competente a dirimere le questioni in materia di *devolution*: competenza questa ultima assimilabile ai compiti propri dei Tribunali costituzionali.

Un ulteriore esempio di attenuazione delle differenze tra le tradizioni costituzionali è costituito dalla tendenza di alcuni ordinamenti di *common law* a codificare i diritti fondamentali in apposite carte costituzionali, rendendoli giustiziabili innanzi alle Corti Supreme (Canada, Regno Unito, Israele, Sud Africa).

In questo senso è emblematica l'**esperienza costituzionale del Canada** che costituisce, a nostro avviso, un tentativo riuscito di far convivere istituti appartenenti a tradizioni giuridiche diverse e di innestare figure proprie della *civil law* in un contesto di *common law*.

Il diritto costituzionale canadese – specialmente in seguito all'approvazione del *Constitution Act* del 1982-, pur rimanendo fortemente tributario della tra-

dizione della madrepatria, si caratterizza per il tentativo di gettare un ponte tra culture giuridiche diverse: dall'esperienza europea “importa” l'essenzialità di una codificazione costituzionale che riconosca e garantisca i diritti fondamentali della persona (la Carta canadese dei diritti e delle libertà); mentre da quella statunitense accoglie la possibilità di temperare il principio della supremazia ed insindacabilità della legge con l'introduzione di meccanismi di *judicial review of legislation*, assegnando alla Corte suprema l'esercizio di un vero e proprio controllo di legittimità costituzionale delle leggi.

A questo proposito, costituisce un punto di svolta l'approvazione del *Constitution Act*, il cui art.51.1 sancisce l'inapplicabilità di ogni legge che sia contraria alla Costituzione del Canada; mentre l'art.52.3 afferma il carattere rigido della Costituzione, disponendo che qualsiasi sua modifica debba avvenire conformemente alle procedure di revisione previste.

Va, tuttavia, precisato che il *Constitution Act* **non** ha determinato la **sostituzione** di un “modello” con un altro, **ma** piuttosto ha tentato un **innesto** che ha conseguito un “ragionevole accomodamento” tra differenti tradizioni del costituzionalismo.

Non si deve, infatti, trascurare che nel *Constitution Act* non mancano neppure disposizioni introdotte con l'obiettivo sia di attenuare l'impatto sul sistema del principio di rigidità costituzionale, sia di riaffermare la perdurante vigenza del principio della *sovereignty of Parliament*. La più evidente di queste è la *notwithstanding clause* dell'art. 33, in base alla quale il legislatore può, per un periodo di tempo limitato, conservare l'applicabilità di norme in deroga alle disposizioni del Carta dei diritti e delle libertà.

Un'altra clausola che valorizza la discrezionalità del legislatore e il suo ruolo di interprete degli interessi generali della società si rinviene nell'art.1 della Carta canadese dei diritti e delle libertà il quale, da un lato, afferma che i diritti contenuti nella Carta non hanno un carattere assoluto, ma possono essere ragionevolmente limitati per finalità coerenti con il carattere democratico e libero della società canadese; dall'altro lato, consente al legislatore di introdurre limiti e deroghe all'esercizio dei diritti ritenute necessarie per il perseguimento di fondamentali obiettivi politici.

Un ulteriore accorgimento che deve essere tenuto presente ai fini di una corretta comparazione consiste nel fatto che **i sistemi**, gli istituti, i principi e gli organi oggetto della stessa **debbono essere** considerati non soltanto dal punto di vista formale – attraverso l'interpretazione dei documenti normativi che li istituiscono e li regolano –, ma anche **inquadrati nel loro contesto storico e culturale**.

La comparazione formale – pur rappresentando un punto di partenza necessario-risulta, in alcuni casi, fuorviante; disposizioni costituzionali eguali, codificate in contesti differenti, possono produrre effetti sostanzialmente diversi: si pensi, per un verso, al differente rendimento che il presidenzialismo ha avuto negli Stati Uniti d'America ed in America latina; per un altro verso, a come un sistema elettorale maggioritario possa produrre esiti differenziati a seconda della peculiarità del sistema dei partiti.

Così come non vanno trascurati altri fattori (di natura prevalentemente sociologica): basti considerare come le caratteristiche della classe politica condizionano la rappresentanza politica; come la corruzione incide sull'effettività dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione; come l'autonomia, la professionalità e l'indipendenza dell'ordine giudiziario concorrono a rendere effettiva la tutela dei diritti fondamentali.

In altri termini, la comparazione non può prescindere da un saldo ancoraggio con la storicità del fenomeno giuridico: va, infatti, sempre considerata la **specificità delle culture costituzionali**, intese nel senso di complesso di norme, istituzioni, riflessioni dottrinali e politiche, usi che emergono dal concreto operare della Costituzione in relazione ad un determinato contesto sociale. Inoltre, in molti casi si è in presenza di documenti che assumono la forma delle Costituzioni proprie della tradizione liberale e democratica, ma non ne possiedono l'anima.

**Alcuni esempi** possono meglio chiarire il senso di siffatta affermazione.

Ad esempio, la storia appare determinante per comprendere i caratteri del costituzionalismo in America latina il quale, pur essendosi ispirato alle Costituzioni francese e degli Stati Uniti- si pensi all'opzione repubblicana e federale, al riconoscimento del principio della sovranità popolare- fu condizionato dall'assenza di un'effettiva penetrazione all'interno della società dei valori e dei principi del costituzionalismo europeo e nordamericano. Infatti, tra l'altro, gli ordinamenti repubblicani delle prime Costituzioni dell'ottocento si qualificavano come rappresentativi, ma non riuscirono a divenire effettivamente democratici.

Egualmente, i caratteri del regionalismo italiano appaiono difficilmente inquadrabili prescindendo dalla considerazione sia del processo storico di costruzione dello Stato italiano, sia dall'idea di Regione fatta propria dai nostri costituenti e dal legislatore: dalla quale emerge una evidente spinta verso un regionalismo omogeneo dal punto di vista delle competenze e dell'organizzazione; nonché la preoccupazione di non intaccare il carattere sostanzialmente unitario dell'assetto costituzionale.

Da ultimo, vi può evidenziare – in tema di tecniche di codificazione dei diritti fondamentali – che non necessariamente le Costituzioni che dedicano numerosi articoli alla loro riconoscimento offrono in effetti una maggiore tutela dei diritti della persona. Ciò in quanto i diritti debbono essere non solo codificati, ma anche convalidati dalla cultura giuridica e politica di un determinato paese. In altri termini, le modalità di tutela dei diritti della persona sono disciplinate dalle carte costituzionali, però l'idea di tutela si forma necessariamente all'interno della comunità e solo in tal modo entra a far parte della sua costituzione in senso sostanziale.

## 2. La circolazione delle esperienze costituzionali

Gli ordinamenti costituzionali, pur essendo influenzati dalla cultura costituzionale del paese, non possono tuttavia, pena la loro vitalità, considerarsi autosufficienti: **l'apertura ad altre esperienze** rappresenta una loro **condizione di vitalità**.

Tuttavia, l'innesto in un determinato contesto istituzionale di esperienze mutuate da altri ordinamenti deve avvenire con cautela; occorre, in particolare, valutare con attenzione gli effetti che l'importazione di una esperienza può produrre sul funzionamento del sistema costituzionale “ospitante”. Si pensi, ad esempio, agli esiti profondamente diversi prodotti dalla circolazione del presidenzialismo e del federalismo nordamericano.

All'interno del fenomeno generale della circolazione delle esperienze si possono individuare situazioni differenti che, a nostro avviso, è opportuno distinguere in casi di esportazione, di imposizione o di circolazione vera e propria.

Per quanto concerne **il fenomeno dell'esportazione**, l'esperienza storica ha dimostrato che alcuni documenti o soluzioni costituzionali sono nati possedendo al loro interno una tensione ed una forza universalizzante: nel senso che hanno funzionato da polo di riferimento per altri ordinamenti, risultando in grado di orientare lo sviluppo di altre esperienze costituzionali, che ad essi si sono richiamati.

Hanno, in altri termini, aperto un “canale di comunicazione” per determinate “ideologie” costituzionali.

Tra gli esempi più evidenti di esportazione possiamo segnalare, da un lato, i primi documenti costituzionali che hanno segnato il passaggio dallo Stato assoluto a quello costituzionale; dall'altro lato, le Costituzioni imposte sulla base di una sconfitta bellica.

Le forze costituenti che hanno positivizzato gli ideali originari del costituzionalismo, dando vita allo Stato di diritto, hanno voluto codificare non solo le norme fondamentali dell'ordinamento di uno Stato, ma anche principi che fungono da paradigma universale: si proponevano di favorire la penetrazione sociale dell'ideologia liberale e la formazione di nuove élites politiche.

È il caso – ad esempio – della diffusione delle prime Costituzioni francesi diffuse in Europa anche grazie alle baionette dell'esercito napoleonico. Ovvero della Costituzione degli Stati Uniti di America che nasce e si consolida animata da una sorta di “spirito missionario”: specie per quanto concerne la diffusione del presidenzialismo, della separazione dei poteri, del federalismo, del ruolo dei giudici nella tutela delle libertà fondamentali dell'individuo .

Così come si hanno esperienze di esportazione come conseguenza di una sconfitta bellica – ad esempio, nel caso delle Costituzioni dell'Europa orientale approvate al termine del secondo conflitto normale utilizzando come matrice i principi ispiratori le Costituzioni di tradizione comunista- ovvero della forte influenza economica, politica e culturale che un ordinamento in posizione dominate sa esercitare nei confronti di altri ordinamenti, legati al primo da vincoli di subordinazione – come nel caso di numerosi ordinamenti formatesi alla fine del colonialismo in Africa ed Asia –.

Il fenomeno dell'esportazione presenta, tuttavia, il limite dell'assimilazione forzata, dell'impoverimento delle esperienze altrui e, quindi, della negazione dell'ammissibilità di percorsi storicamente diversi all'edificazione di un ordinamento costituzionale democratico e di diritto.

Differenti – anche se simile, per alcuni profili, al fenomeno dell'esportazione – è **l'imposizione** di esperienze giuridiche. Tale esperienza appare segnata dalla trasfigurazione che sta assumendo la nozione di potere costituente.

Alla luce della concezione classica di potere costituente – considerato un potere originario, primario, incondizionato, perfettamente in grado di decidere i modi nei quali esso intende esercitarsi – diviene, ad esempio, difficile classificare alcuni recenti casi di transizione costituzionale. L'idea di un'attività costituente quale potere originario che, legittimandosi in via di fatto, pone una nuova Costituzione o modifica quella vecchia nei suoi principi costitutivi in modo da essa non previsto è contraddetta dalle più recenti transizioni costituzionali, che si caratterizzano per un processo diluito nel tempo.

Così come la concezione del potere costituente quale attività incondizionata nei fini appare nettamente contraddetta da diverse esperienze, a proposito delle quali la dottrina ha dovuto elaborare dei neologismi: parlando di potere costituente affidato all'ordinamento internazionale (come nel caso delle recenti Costituzioni della Bosnia-Herzegovina e del Kosovo), di potere costituente

che si esercita all'interno di un accordo internazionale (come nel caso delle Costituzioni della Namibia, della Cambogia e, recentemente, della Macedonia), di potere costituente assistito (come nel caso delle attuali Costituzioni dell'Europa orientale, in particolare di quelle interessate a far parte del processo di integrazione europea, monitorate ed assistite dalla Commissione per la democrazia attraverso il diritto).

Diverso dalle fattispecie sopra richiamate appare, invece, **il fenomeno della circolazione**, il quale è animato non tanto da intenti politici o ideologici, quanto da esigenze funzionali: nel senso che un istituto, un principio, una procedura si affermano in diversi ordinamenti in virtù della loro efficacia, degli esiti positivi e del rendimento che hanno prodotto in altri contesti. In sintesi, si può affermare che la circolazione coinvolge soluzioni costituzionali che, per la loro efficacia, diventano un punto di riferimento per altri ordinamenti: si pensi, ad esempio, alla diffusione della giustizia costituzionale, alle principali formule di razionalizzazione della forma di governo parlamentare, ad alcune tecniche di tutela e di garanzia dei diritti fondamentali.

La circolazione rappresenta una realtà non soltanto diffusa, ma anche assai variegata. Volendo introdurre, a fini didattici, una distinzione si può parlare, ad esempio, di circolazione di principi, di clausole, di istituti, di orientamenti giurisprudenziali.

Si ha, innanzitutto una **circolazione tra i principi** qualificanti il funzionamento degli ordinamenti costituzionali liberali e democratici. Si consideri, ad esempio, la diffusione registrata dal principio della supremazia della Costituzione come limite alla sovranità del Parlamento, il quale, formatosi inizialmente all'interno dell'esperienza costituzionale degli Stati Uniti d'America, ha alimentato anche ordinamenti che si ispiravano al principio del valore generale della legge (come quello francese) e della sovranità parlamentare (come quelli canadese e, in misura minore, inglese).

Si può richiamare anche il principio della separazione dei poteri, che ha ispirato l'organizzazione di quasi tutti gli ordinamenti che si richiamano alla forma di Stato costituzionale, pur essendo attuato sulla base di molteplici soluzioni organizzative ed in considerazione delle differenti culture giuridiche. Ad esempio, nell'ordinamento nordamericano ha ricevuto un'attuazione lineare: il potere legislativo è conferito ad un Congresso a struttura bicamerale, il potere esecutivo è attribuito ad un Presidente eletto direttamente dal corpo elettorale, il potere giudiziario ha al suo vertice la Corte suprema, i poteri dello Stato federale sono equilibrati da quelli degli Stati membri.

Viceversa, in sistemi retti da forme di governo parlamentare si assiste ad una **maggior integrazione tra gli organi costituzionali** nell'esercizio delle diverse funzioni statali (legislativa, amministrativa, giurisdizionale).

In questo caso, un'attività materialmente normativa è svolta, oltre che dalle Camere, dal Governo, attraverso l'emanazione di atti aventi forza di legge: in particolare, i decreti legge e i decreti legislativi. Mentre una competenza in attività materialmente giurisdizionali è riservata a da soggetti estranei alla magistratura: si pensi, ad esempio, – con riferimento alla Costituzione italiana – alla competenza del Parlamento di mettere in stato di accusa il Presidente della Repubblica per alto tradimento e per attentato alla Costituzione (art. 90 Cost.) ovvero a giudicare dei titoli di ammissione dei suoi componenti (art. 66 Cost.); mentre attività giudicante è esplicata da organi appartenenti alla pubblica amministrazione (ad esempio, le commissioni tributarie).

Infine, attività materialmente amministrativa è esercitata sia da organi del potere legislativo (come la nomina degli impiegati delle Camere), sia da organi a rilevanza costituzionale (come nel caso del Consiglio superiore della magistratura, cui competono, ai sensi dell'art. 105 Cost., le assunzioni, le assegnazioni, i trasferimenti, le promozioni ed i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati)

Molto diffusa è anche **la circolazione** di singoli istituti o **di clausole costituzionali**. Numerosi esempi di queste ultime si rinvengono in materia di tutela dei diritti fondamentali: si consideri, ad esempio, il successo registrato sia dalla clausola della salvaguardia del contenuto essenziale dei diritti, sia da quella che ammette la possibilità di riconoscere diritti futuri, al momento non enumerati.

In ordine alla prima, la formula introdotta nell'art.19.2 della Costituzione della Repubblica federale di Germania (in nessun caso un diritto fondamentale può essere leso nel suo contenuto essenziale) è stata sostanzialmente riprodotta nell'art. 53.1 della Costituzione spagnola (i diritti e le libertà riconosciute nel Capitolo secondo del Titolo primo possono essere limitati solo per legge e nel rispetto del loro contenuto essenziale), nell'art.18.3 della Costituzione portoghese (le leggi restrittive dei diritti, delle libertà e delle garanzie.... non possono... diminuire l'estensione e la portata del contenuto essenziale delle previsioni costituzionali), nell'art.8 della Costituzione ungherese, che vieta la limitazione dei diritti che colpisca il loro significato e contenuto essenziale.

La clausola di apertura al riconoscimento di diritti futuri –per la prima volta, codificata nella Costituzione degli Stati Uniti d'America, secondo la quale l'enumerazione di determinati diritti non deve essere interpretata come negazione o restrizione di altri diritti- fu successivamente riprodotta in altri documenti costituzionali tra i quali – limitandoci all'ambito europeo –, l'art.16.1 della

Costituzione portoghese (I diritti fondamentali riconosciuti in Costituzione non escludono altri previsti dalle leggi e dalle norme applicabili del diritto internazionale) e l'art.10 della Costituzione estone, il quale stabilisce che i diritti enumerati nella Costituzione non precludono altri diritti e libertà che sono coerenti con lo spirito della Costituzione o con la dignità umana ed i principi di una società basata sulla giustizia sociale, la democrazia e la *rule of law*.

Assai diffusa si rivela, poi, la **circolazione di singoli istituti giuridici**. Sarebbe impossibile compiere una ricostruzione dei principali istituti che, codificati in un ordinamento, hanno circolato in altri sistemi costituzionali, dal momento che gli esempi possibili comprendono praticamente tutti gli ambiti materiali disciplinati dalle Costituzioni.

A titolo meramente esemplificativo riteniamo utile richiamare due esperienze di circolazione: da un lato, **i criteri di ripartizione delle competenze tra i diversi livelli istituzionali**, dall'altro lato, l'istituto del ricorso diretto di costituzionalità a tutela dei diritti fondamentali.

Dinanzi alla comune necessità di distribuire la competenza legislativa tra lo Stato e le Regioni o tra la Federazione ed i singoli Stati, le Costituzioni si sono ispirate a comuni tecniche di codificazione. Ad esempio, nell'ambito di una stessa materia, si è ripartita la competenza distinguendo tra normativa di principio o di dettaglio (come nel caso della Costituzione italiana e spagnola); ovvero vengono elencate le materie di competenza di un livello istituzionale (lo Stato o le Regioni) attribuendo in via residuale le rimanenti all'altro livello istituzionale.

Si può notare anche la diffusione di un ulteriore criterio di ripartizione delle competenze basato non già su elenchi di materie, bensì sull'analitica e concordata indicazione dei compiti e delle attività spettanti allo Stato o alle Regioni. Tale soluzione, ad esempio, è stata adottata di recente sia negli Statuti di alcune Comunità autonome spagnole, sia nella Legge fondamentale della Repubblica federale di Germania.

Assai interessante è l'esperienza di **circolazione che ha caratterizzato l'istituto della tutela diretta dei diritti da parte dei giudici costituzionali**, dal momento che in questo caso la circolazione è avvenuta su più piani: dall'America latina all'Europa, dall'Europa all'America latina, dall'Europa occidentale a quella orientale.

Tali strumenti sono riconducibili a due esperienze fondamentali: quella messicana nel continente latino americano e quella tedesca in ambito europeo. La prima affonda la propria origine nel primo costituzionalismo messicano: in particolare, nel *Decreto constitucional para la libertad de la América*

*Mexicana* del 22 ottobre 1814 e nell' art.25 dell'*Acta de Reformas Constitucionales* del 18 maggio del 1847, il quale attribuiva ai tribunali della Federazione messicana la competenza a riconoscere l'esercizio e la conservazione dei diritti di rango costituzionale contro le lesioni provenienti dal potere legislativo ed esecutivo; mentre gli artt. 101 ss della Costituzione federale del 5 febbraio 1857, parlando di leggi o atti di "cualquiera autoridad", ampliava l'ambito della tutela includendo anche le decisioni dei tribunali.

L'istituto costituzionale dell' *amparo* dal continente americano si diffonde anche in Europa, influenzando la Costituzione spagnola del 1978. Mentre l'esperienza spagnola ha sicuramente influito sul perfezionamento degli strumenti di tutela giurisdizionale dei diritti introdotti dalle più recenti Costituzioni dell'America latina.

In Europa, sua volta, nel corso del secolo passato, la **Legge fondamentale tedesca** ha attribuito alla Corte costituzionale federale la competenza a decidere – una volta esauriti i ricorsi ordinari – sui ricorsi di costituzionalità proposti da chiunque lamenti la lesione da parte dei pubblici poteri dei diritti costituzionale. Così come il sistema tedesco di protezione dei diritti fondamentali ha previsto in ricorso diretto contro le norme di legge che attentano all'autonomia istituzionale degli enti locali garantita dalla Costituzione.

Queste competenze del Tribunale costituzionale federale hanno circolato, a loro volta, in numerose Costituzioni dell'Europa centrale ed orientale (dalla Svizzera alla Polonia, dall'Ungheria alla Slovenia, dalla Slovacchia alla Russia e alla Macedonia).

Un altro caso interessante di circolazione di un istituto è rappresentato dal c.d. *recall*, un istituto in base al quale un certo numero di elettori possono con il voto revocare anticipatamente i titolari delle cariche eletive. In questo caso, si è anzi in presenza di un istituto la cui circolazione ha interessato ordinamenti appartenenti a differenti famiglie giuridiche.

Il *recall*, costituzionalizzato in alcuni Cantoni della Svizzera alla fine dell'800, è previsto negli ordinamenti di diversi Stati degli Stati Uniti d'America, ha circolato ampiamente nelle Costituzioni degli Stati dell'America latina (dalla Bolivia, al Cile, alla Costa Rica), ma si rinviene anche in sistemi costituzionali di ispirazione socialista (come la Costituzione dell'Unione sovietica e quella cubana).

L'esperienza comparata registra anche una significativa **circolazione di principi per l'interpretazione giurisprudenziale delle disposizioni costituzionali**. La particolarità di questo tipo di circolazione consiste nel fatto che la circolazione non avviene tra codificazioni costituzionali, bensì si determina

quando un determinato comportamento delle Corti supreme trova un riconoscimento formale in disposizioni di rango costituzionale.

È il caso, ad esempio, del principio di proporzionalità, il quale impone all'operatore giuridico di ricercare un ragionevole e proporzionato equilibrio tra interessi e diritti in conflitto. Tale principio, ben presente nell'esperienza giurisprudenziale di moltissimi ordinamenti, è stato via via costituzionalizzato: è presente tanto in alcune Costituzioni di Stati aderenti all'Unione europea (Grecia, Portogallo, Svezia), quanto nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

**La circolazione interessa anche l'attività giurisprudenziale**, nel senso che appare crescente la propensione dei giudici ad utilizzare, per risolvere determinate questioni, o *rationes decidendi* ricavate dalla giurisprudenza di Tribunali costituzionali o di Corti supreme di altri paesi.

La propensione ad utilizzare la giurisprudenza straniera non è eguale in tutti gli ordinamenti: prendendo ad esempio il continente nordamericano, è possibile contrapporre l'atteggiamento della Corte suprema del Canada – ampiamente favorevole all'utilizzo della giurisprudenza straniera – a quello della Corte suprema degli Stati Uniti d'America, tradizionalmente restia a ricorrere allo strumento comparativo –. Tuttavia, si tratta, a nostro avviso, di un fenomeno crescente, alimentato soprattutto dalla diffusione di dichiarazioni costituzionali in materia di diritti che si ispirano ai medesimi criteri; e particolarmente presente in ambito europeo, dove una funzione di unificazione della giurisprudenza – o meglio, di creazione di tradizioni costituzionali comuni – è svolta da due giudici sovranazionali come la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Di norma, i giudici **richiamano** nelle proprie decisioni **le esperienze straniere** – sia legislative che giurisprudenziali – per una duplice finalità: da un lato, al fine di meglio argomentare un *revirement* giurisprudenziale, dall'altro lato, per rafforzare *ad adiuvandum* una determinata interpretazione del dettato costituzionale.

In altri termini, il richiamo al diritto straniero serve ad arricchire la motivazione, sia per rendere più persuasiva l'argomentazione, sia per migliorare la trasparenza del procedimento logico attraverso il quale si è formata la *ratio decidendi*. Così come in determinati casi consente di enfatizzare alcune specificità dell'ordinamento nazionale.

Il fatto che la conoscenza della giurisprudenza (soprattutto costituzionale) di altri ordinamenti rappresenti un valido strumento interpretativo non deve far dimenticare che la sua utilizzazione da parte di un giudice costituzionale o di una Corte suprema deve avvenire con una certa cautela e nel rispetto di deter-

minate condizioni: si richiede, cioè, un atteggiamento non molto dissimile da quello richiesto al legislatore al momento di recepire esperienze costituzionali affermatesi altrove.

In particolare, non si può trascurare la tradizione giuridica del paese, la peculiarità della sua storia costituzionale ed i caratteri della cultura giuridica.

Quasi sempre ed ovunque trarre ispirazione da un altro ordinamento rappresenta una condizione di sviluppo del diritto. Tuttavia, va considerato che **la circolazione**, in genere, non **produce** dei cloni, bensì **degli ibridi**: una soluzione costituzionale adottata in un contesto geografico, culturale e politico differente da quello originario ha esiti non sempre meccanicamente comparabili.

A dimostrazione di quanto affermato, si possono considerare, a titolo di esempio, alcune trasformazioni che hanno interessato sia l'ambito della giustizia costituzionale che quello del decentramento territoriale del potere.

I diversi **sistemi di giustizia costituzionale** sono stati ordinati sulla base di molteplici schemi classificatori, di natura prevalentemente duale (diffusi, accentuati; concreti, astratti; preventivi, successivi).

Le contrapposte classificazioni erano, a loro volta, riconducibili a due fondamentali modelli – quello di ispirazione nordamericana (*judicial review of legislation*) e quello austriaco (*verfassungerichtsbarkeit*) – e si fondavano sul fatto che nel primo soltanto il giudice costituzionale è competente a dichiarare con effetti generali l'illegitimità costituzionale di una norma di legge, mentre nel secondo qualsiasi giudice può decidere se una determinata norma debba essere disapplicata in quanto ritenuta in contrasto con il testo della Costituzione. Inoltre, la *judicial review* si caratterizzava come sindacato concreto, con decisioni aventi effetti *inter partes*, mentre la *verfassungerichtsbarkeit* assumeva il carattere di un controllo di costituzionalità astratto.

Tuttavia, l'esperienza comparata ha evidenziato lo sviluppo di dinamiche, che hanno portato alla combinazione di elementi propri dei due modelli, determinando variegate forme di contaminazione. Così, in Europa il giudizio di costituzionalità tende aquisisce elementi di concretezza (come dimostrano la crescente rilevanza che assume la questione di costituzionalità prospettata dai giudici, ovvero la diffusione del ricorso diretto per la tutela dei diritti); mentre il sistema nordamericano acquista elementi crescenti di astrattezza sia per la regola del precedente, sia per l'affermarsi delle Corti supreme quali *viva vox Constitutionis*.

Inoltre, prendono corpo forme di giustizia costituzionale “mista”, contrassegnate dalla presenza contemporanea, all'interno del medesimo ordinamento, di forme concrete e astratte, preventive e successive.

Una situazione non molto dissimile si presenta agli occhi del comparatista allorché osserva **le trasformazioni che stanno interessando** – a causa delle reciproche contaminazioni – **gli ordinamenti federali e regionali**: al punto che una autorevole dottrina ritiene che il federalismo non esprima una singola idea, ma piuttosto un intricato e vario *network of interrelated ideas and concepts*. Come dimostra la profonda differenza che intercorre, ad esempio, tra il federalismo Nord americano e quello dell'America latina, tra il federalismo tedesco ed austriaco, tra il federalismo canadese e quello australiano.

Inoltre, i molteplici criteri di distinzione individuati, di volta in volta, dalla dottrina per distinguere lo Stato federale da quello regionale (autonomia costituzionale dei livelli istituzionali decentrati, codificazione di Carte dei diritti, caratteristiche della clausola residuale ai fini della ripartizione delle competenze, struttura del bicameralismo, modalità di partecipazione delle entità decentrate alla formazione della volontà statale, organizzazione della funzione giurisdizionale) appaiono difficilmente assolutizzabili, dal momento che per ciascuno di essi si possono individuare esempi in cui il tipo regionale si confonde con quello regionale: come emerge, ad esempio, qualora si considerino due esperienze – peraltro tra di loro profondamente differenti – quale quella delle Comunità autonome spagnole e delle Regioni del Belgio.

## CAPITOLO SECONDO

# LE CODIFICAZIONI COSTITUZIONALI

## 1. Le codificazioni della nascita dello Stato costituzionale

Lo spartiacque che separa la concezione costituzionale degli antichi dal moderno concetto di Costituzione è rappresentato dal processo rivoluzionario che, verso la fine del XVIII secolo, ha determinato la crisi dello Stato assoluto e l'affermazione dello Stato costituzionale di diritto. La nascita della costituzione in senso moderno si collega all'affermazione del **costituzionalismo**, cioè alla solenne approvazione di documenti costituzionali i quali hanno recepito i valori ispiratori le grandi rivoluzioni liberali, traducendoli in norme dotate di funzione prescrittiva. Le disposizioni costituzionali, in altri termini, hanno costituito un vincolo per il potere politico, che predetermina i comportamenti che debbono essere tenuti dai soggetti pubblici obbligandoli al rispetto del principio di legalità.

Sotto il profilo dell'organizzazione costituzionale, lo **Stato liberale di diritto** si propone di garantire il cittadino dai possibili abusi e dall'uso illegittimo del potere da parte della pubblica autorità; tenta di fissare parametri idonei a distinguere la discrezionalità dall'arbitrio, l'esercizio legittimo del potere dal suo abuso.

Da ciò l'adesione a principi comuni, individuabili, soprattutto, nella tutela dei diritti fondamentali, nel potere limitato, nel principio di legalità, nella separazione dei poteri, nel riconoscimento del valore normativo della Costituzione, nell'attribuzione alla legge di un ruolo primario nel sistema delle fonti del diritto. In relazione a quest'ultimo aspetto, si è affermata la regola che soltanto la legge poteva limitare l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo: tutto ciò che non era vietato dalla legge non poteva essere impedito; inoltre, nessuno poteva essere costretto a fare ciò che essa non ordina. La legge era considerata espressione della volontà generale e tale riconoscimento consentiva di far assurgere la volontà delle assemblee legislative al rango di espressione della volontà e dell'interesse generale.

Nel configurare i **rapporti tra lo Stato e la società**, lo Stato liberale si regge su due architravi, sintetizzabili sia nel riconoscimento dell'autonomia dell'individuo, con il conseguente superamento di una società rigidamente divisa in ceti ed ordini, sia nella promozione dell'impresa individuale.

Per quanto concerne, invece, le relazioni tra le istituzioni e l'economia, veniva teorizzata l'improponibilità di ogni intromissione dello Stato nelle vicende economiche suscettibile di alterare le regole del libero mercato. Lo Stato doveva astenersi dallo svolgere compiti di eterodirezione dell'economia: limitandosi – alla stregua di una sorta di “guardiano notturno” – a vegliare

affinché non fosse pregiudicata la libertà dei commerci e dell'iniziativa economica. Nel medesimo tempo, si instaurava un'intima connessione tra liberismo e liberalesimo, dal momento che non era ammessa alcuna cesura tra la garanzia dei diritti di libertà dei cittadini e la tutela assoluta dei loro diritti economici di proprietà, di impresa e di commercio.

In definitiva, l'impostazione costituzionale dello Stato liberale intendeva soddisfare una triplice esigenza garantistica: dell'individuo nei confronti dell'autorità, del cittadino verso i pubblici poteri, dell'*homo oeconomicus* rispetto allo Stato.

Tuttavia, il costituzionalismo liberale, pur possedendo una unitarietà di fondo, si è evoluto seguendo **percorsi differenti** riconducibili essenzialmente all'esperienza statunitense, francese e del Regno Unito.

La prima ha dato vita ad un'organizzazione costituzionale basata sul federalismo, sull'equilibrio tra i poteri e su forti strumenti di controllo; inoltre, dal riconoscimento della superiorità del potere costituente rispetto a quelli costituiti, ha fatto derivare sia la preminenza giuridica della Costituzione sulle leggi, sia l'ammissibilità di un controllo giudiziario di costituzionalità.

A sua volta, la tradizione costituzionale che si richiama alla rivoluzione francese riconosce la supremazia giuridica della legge, in quanto espressione della volontà generale, così come introduce un nesso inscindibile tra Stato costituzionale e garanzia dei diritti fondamentali, come emerge dalla nota formulazione dell'art.16 della Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 secondo cui ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata non ha Costituzione.

Per contro la tradizione costituzionale del Regno Unito sembra contraddistinta da un percorso autonomo ed originale, basato sul ruolo rilevante assegnato alle convenzioni costituzionali e sul principio della *sovereignty of Parliament*, inteso nella duplice accezione per cui, per un verso, le Camere possono approvare ed abrogare qualsiasi legge secondo la propria autonoma volontà e, per un altro verso, gli altri organi non possono annullare una legge approvata dal Parlamento.

I documenti che maggiormente hanno influito sull'evoluzione del costituzionalismo sono essenzialmente riconducibili alle esperienze costituzionali della rivoluzione francese e inglese, alla Costituzione degli Stati Uniti d'America del 1787 e alla Costituzione di Cadice del 1812.

**In Francia**, il costituzionalismo liberale nasce dalla crisi dello Stato assoluto e dalla caduta dell'*ancien régime*.

La grave crisi fiscale e politica che investì la Francia aveva convinto il re

Luigi XVI a convocare immediatamente **gli Stati Generali** - che non erano riuniti da ben 175 anni -. Si trattava di un organo consultivo a base tricamerale, rappresentativo di una società divisa in ordini. Ognuno dei tre ordini (clero, nobiltà, terzo stato) eleggeva separatamente i propri rappresentanti: la Camera del clero, la Camera della nobiltà e la Camera del terzo stato, che rappresentava i cittadini che non erano ecclesiastici o nobili. Per la validità delle decisioni era necessario il consenso di due Camere, indipendentemente dal loro livello di rappresentatività (si consideri che la Camera del terzo stato rappresentava la grande maggioranza dei cittadini francesi).

La struttura dell'organo era evidentemente anacronistica e venne immediatamente contestata dai rappresentanti del Terzo Stato, i quali decisero unilaterralmente di riunirsi in seduta plenaria, autocostituendosi in Assemblea nazionale con il compito primario di redigere una Costituzione scritta.

Da quel momento l'Assemblea inizia ad operare come Assemblea costituente, attivando una **transizione costituente** che determina il passaggio dall'Antico regime al costituzionalismo liberale secondo le seguenti tappe: prima venne abolito il regime signorile, ponendo le premesse per il riconoscimento del principio di egualanza innanzi alla legge; quindi, fu approvata la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789; infine, un'Assemblea nazionale – eletta sulla base di una legislazione elettorale che aveva ampliato il diritto di voto a tutti i cittadini maschi, che avevano compiuto i 25 anni e che risultavano iscritti nel ruolo delle imposte per una tassa annua pari al valore di tre giornate lavorative – redasse il testo di una nuova Costituzione.

In questa fase, si staglia per la sua enorme rilevanza, la **Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino** del 26 agosto 1789, la quale si proponeva, innanzitutto, di spezzare l'unicità del potere assoluto, introducendo limiti e controlli all'azione dei pubblici poteri: tale finalità è resa manifesta dall'art. 16 secondo cui «ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata non ha Costituzione».

A sua volta l'inscindibile nesso tra libertà civili, politiche ed economiche è solennemente esplicitato dall'art. 2 il quale dispone che “il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali ed imprescrittabili dell'uomo. Questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione”. Infine, il principio dell'autonomia del singolo e del corpo sociale nei confronti dello Stato si rinviene tanto nell'art. 3 ( Il principio di ogni sovranità risiede essenzialmente nella Nazione. Nessun corpo, nessun individuo può esercitare un'autorità che da essa non emani espressamente ), quanto

nell'art. 4 (La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri: così l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti ).

La **Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino** privilegia l'individuo a discapito dei gruppi e delle organizzazioni sociali; ha storicamente espresso nel nome dell'egualanza la condanna dell'egoismo e delle discriminazioni, affermando che tutti gli uomini nascono e rimangono liberi ed eguali nei diritti. Tuttavia, l'egualanza s'identificava essenzialmente con l'abolizione dei privilegi, con il superamento della divisione della società civile in ceti e tendeva, pertanto, a convertirsi nel tendenziale riconoscimento a tutte le persone della medesima capacità giuridica.

Inoltre, la volontà di evitare l'arbitrio, sottponendo l'operato delle autorità al rispetto delle determinazioni assunte in via generale da organi a ciò legittimati in virtù della loro rappresentatività, trovava riscontro nell'affermazione congiunta del principio di legalità e del valore primario della legge, in quanto atto approvato dalle assemblee parlamentari: secondo l'art. 6, la legge è l'espressione della volontà generale e tutti i cittadini hanno diritto di concorrere personalmente o per mezzo dei loro rappresentanti alla sua formazione. Solo alla legge competeva porre divieti, limitare la libertà dei cittadini, stabilire le pene.

Il passaggio dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino all'approvazione della Costituzione del 1795 è contrassegnato sia da violenti moti popolari e dalla caduta della monarchia (1792), sia dall'elezione a suffragio universale maschile di una Convenzione nazionale con il compito di decidere la sorte del re e di approvare un nuovo ordinamento costituzionale per la Francia repubblicana.

Il **procedimento di elaborazione della Costituzione** si rivela assai travagliato e dà vita a dalle soluzioni costituzionali assai differenti l'una dall'altra: prima fu approvata una Costituzione che non entrerà mai in vigore (1793), quindi, venne elaborato nello stesso anno un progetto di Costituzione che non verrà approvato e solo nel 1795 fu approvata una vera e propria carta costituzionale

Il primo documento costituzionale prevedeva l'elezione di un'Assemblea legislativa con voto indiretto – gli elettori eleggevano le assemblee elettorali, che a loro volta eleggevano i deputati –, un organo collegiale al vertice dello Stato – il *Conseil exécutif provisoire*, costituito da sei ministri – subordinato all'Assemblea legislativa, che poteva incriminare i suoi componenti e farli

decadere. Si ipotizzava, in definitiva, una forma di governo “assembleare”, in cui l’Assemblea elegge il Consiglio esecutivo e non può essere sciolta anticipatamente.

A sua volta, il progetto di Costituzione del 1793 opta per l’elezione diretta dell’Assemblea da parte dei cittadini sulla base di collegi uninominali. Il procedimento legislativo si svolge all’interno dell’unica assemblea eletta, ma viene prevista anche la possibilità – nella fase di integrazione dell’efficacia – per un certo numero di rappresentanti dei Dipartimenti di presentare un reclamo prima che la legge entri in vigore. In questo caso, la decisione definitiva è demandata al corpo elettorale, che si pronuncia sulla legge impugnata con un referendum popolare.

Anche l’esecutivo è eletto direttamente dal corpo elettorale riunito in assemblee primarie e viene presieduto alternativamente da uno dei suoi componenti.

Infine, la **Costituzione del 1795** contiene sia una Dichiarazione dei diritti, sia una parte riservata all’organizzazione del potere statale.

Per quanto concerne la forma di governo, si opta per un Parlamento bicamerale: costituito da un Consiglio dei cinquecento, che ha competenza esclusiva in materia legislativa ed approva le leggi dopo tre successive letture, e da un Consiglio degli anziani (250 membri) che può approvare o rigettare le risoluzioni del Consiglio. Nell’organizzazione dei lavori prevale il momento assembleare – si introduce il divieto di organizzare i lavori in comitati o commissioni permanenti, si privilegia la democrazia rappresentativa – i cittadini non possono intervenire nel procedimento legislativo, come ipotizzato dal progetto di Costituzione del 1793 –, si prevede una rinnovazione parziale della rappresentanza – i componenti l’assemblea vengono rinnovati annualmente per un terzo.

Nelle relazioni tra Parlamento e Governo non si instaura un rapporto di fiducia: infatti, i membri dell’organo collegiale (Direttorio) sono eletti direttamente dal corpo elettorale e non possono essere fatti decadere dal Parlamento. Nei loro confronti non si configura una responsabilità politica, ma giuridica in caso di comportamenti illeciti come il tradimento, la dilapidazione delle finanze pubbliche, il tentativo di rovesciare la Costituzione, l’attentato contro la sicurezza interna.

Nel caso, invece, del **Regno Unito** non è possibile parlare di codificazione costituzionale, poiché le regole costituzionali sono stare il risultato di un processo lento, ma continuo alimentato tanto dall’approvazione di documenti scritti, quanto dalla formazione di consuetudini costituzionali.

Il primo documento normativo che viene generalmente ricordato risale al

basso Medioevo: è la *Magna Charta Libertatum* emanata nel 1215, la quale ha avuto un'importanza determinante nello sviluppo del diritto costituzionale, pur trattandosi essenzialmente di un “accordo” feudale tra il monarca e nobili in cui il primo “riconosce” ai secondi alcuni privilegi e taluni diritti.

Innanzitutto, viene sancita la necessità di richiedere l'approvazione della nobiltà riunita nel *Magnum Concilium* – ritenuto l'antesignano del Parlamento moderno – per ogni imposta che il Monarca voglia richiedere al popolo: è la prima formulazione del principio “*no taxation without representation*”.

Quindi, si vieta ogni forma arbitraria di arresto e confisca: è la prima formulazione del principio del giusto processo impeniato su un giudizio effettuato da uomini aventi il medesimo *status* dell'accusato. Inoltre, il diritto di resistenza, che autorizza i nobili – con il sostegno del popolo – a resistere anche con atti violenti qualora il Re non rispetti tale Carta.

**Altri documenti storici di rilevanza costituzionale** sono la solenne *Petition of Rights* (1628), con la quale il Parlamento elenco al sovrano Carlo I gli abusi compiuti dalla Corona; l' *Habeas Corpus Act* del 1679, che regolava la procedura da seguire in caso di detenzione, prevedendo, in particolare, che il detenuto dovesse essere sottoposto a giudizio in un periodo di tempo breve e prestabilito. In questo documento si riconosceva la competenza dei giudici di decidere sulla legittimità dell'arresto: un principio che si rinviene nella quasi totalità delle Costituzioni moderne, come nel caso, ad esempio, dell'art. 13 della Costituzione italiana.

Così come va ricordato il *Bill of Rights* del 1689, con il quale il sovrano Guglielmo d'Orange precisava l'assetto istituzionale dello Stato e riconosceva alcuni diritti fondamentali dei cittadini ( come il diritto per ogni cittadino di presentare petizioni, di non subire sanzioni penali “crudeli e desuete”, di non subire multe o confische prima di un giudizio). In particolare, il *Bill of Rights* regolava i rapporti tra il Parlamento e la Corona: vietando al Re di sospendere le leggi o la loro esecuzione senza il consenso dell'assemblea parlamentare; prevedendo che solo con il consenso del Parlamento possano essere imposti i tributi, mantenuto un esercito all'interno dei confini in tempo di pace; riconoscendo la libera elezione del Parlamento e la libertà di parola e di dibattito all'interno dell'Assemblea. Veniva, inoltre, sancito il divieto per ogni cattolico o sposo di cattolico di divenire Re.

Le consuetudini costituzionali, a loro volta, scandirono il mutamento progressivo della forma costituzionale, guidando il suo passaggio – prima – dalla monarchia assoluta alla monarchia costituzionale; quindi, da questa alla monarchia parlamentare.

Attraverso i documenti costituzionali sopra richiamati la Corona è costretta a limitare il proprio potere nei confronti del Parlamento – riconoscendo libere elezioni, gli *interna corporis*, una serie di materie su cui il Re non poteva deliberare senza l'assenso del Parlamento. Tuttavia, ancora conserva significativi poteri nei confronti dell'istituzione parlamentare che, per un verso, non poteva determinare le dimissioni del governo, mentre, per un altro verso, era sottoposta alla sanzione regia ed allo scioglimento da parte del Re.

Tuttavia, **sulla base di consuetudini e convenzioni costituzionali inizia a delinearsi** la struttura di **una nuova forma di governo** : si delineava un organo collegiale con compiti di direzione politica – il *Privy Council* cui spettano tutte le materie e gli affari relativi al buon governo del regno –; mentre al suo interno inizia ad acquisire una posizione di preminenza ( embrione della figura del primo ministro ) il ministro cui compete ricercare in Parlamento il consenso per la spesa pubblica; si sancisce, inoltre, l' incompatibilità tra cariche di governo e di membro della Camera dei Comuni.

Successivamente, l'organizzazione del governo assume una struttura più articolata: il *Privy Council* si suddivide in più comitati e tra questi assume una posizione di preminenza il *Committee for Foreign Affairs*, che si riunisce nella sala privata del Re e dà vita alla graduale formazione del *Cabinet*, inoltre, all'interno del *Cabinet*, acquista un posizione di rilievo “il primo lord della Tesoreria” che, nominato dal Re, deve ricercare nel Parlamento il consenso politico.

In tal modo, a poco a poco, si realizza un maggior equilibrio tra la Corona ed il Parlamento. Quest'ultimo può rifiutare o non votare una legge richiesta dal Re, nonché mettere sotto accusa i ministri ; a sua volta, il Re può porre il voto ad una legge, nominare autonomamente i ministri, sciogliere in anticipo la Camera ed influire politicamente sulla composizione del nuovo Parlamento.

Inoltre, si introduce la prassi per cui il Primo ministro si deve dimettere qualora la sua politica non sia approvata dal Parlamento e successivamente si afferma la convenzione costituzionale secondo la quale il governo per governare deve avere la **fiducia del Parlamento**; mentre lo scioglimento del Parlamento da prerogativa regia diviene strumento che al quale il governo può ricorrere per dirimere i conflitti con la maggioranza parlamentare.

Ben diverso è stato **il processo costituente che ha portato all'approvazione della Costituzione degli Stati Uniti d'America**, innescato dalle dure proteste delle colonie inglesi contro l'aumento dell'imposizione fiscale da parte della madrepatria.

Inizialmente, queste ultime non intendevano mettere in discussione i legami

istituzionali tra il Regno Unito e le sue colonie, ma si proponevano di contrastare l'aumento richiamandosi ai principi costituzionali della madre patria. Ad esempio, la reazione allo *Stamp Act* (22 marzo 1765) – una legge che istituiva una nuova tassa da applicare su atti legali, transazioni, giornali ed altri prodotti per accrescere le entrate del Regno – richiamandosi al principio costituzionale “no taxation without representation”, che era alla base del costituzionalismo inglese e che affermava il diritto di tutti gli inglesi a che non siano loro imposte delle tasse se non con il loro consenso.

I coloni davano, tuttavia, un significato particolare alla nozione di rappresentanza politica, sostenendo che non dovesse essere il Parlamento inglese, ma le assemblee legislative delle colonie a deliberare in materia di imposizioni per gli abitanti le colonie del nord America. Le colonie, in altri termini, non mettevano in dubbio la loro lealtà al Regno, bensì contestavano la legittimità del potere fiscale del Parlamento di *Westminster*, nella considerazione che i loro abitanti costituivano un popolo distinto da quello inglese, il quale – di conseguenza – in virtù del principio rappresentativo avrebbe dovuto essere sottoposto all'autorità dei suoi rappresentati e non del Parlamento inglese.

Il tentativo di incanalare la protesta fiscale in un alveo costituzionale che non recida i legami delle colonie con la madre patria si manifesta anche agli inizi della ribellione di Boston contro l'approvazione da parte inglese di una nuova tassa ( il *Tea Act* del maggio 1773) e la conseguente dura rappresaglia tesa a riaffermare la sovranità sulle colonie.

Anche in siffatto frangente le colonie – riunite a Filadelfia il 5 settembre dello stesso anno nel primo Congresso continentale per decidere la posizione da assumere nei confronti del Parlamento inglese- riaffermarono il seguente principio: “dal momento che i coloni non sono rappresentati e non possono, per circostanze di luogo o altre, essere rappresentati convenientemente nel parlamento inglese”, deve essere riconosciuto il loro diritto a un libero ed esclusivo potere di legislazione “nella sola sede nella quale può essere loro garantito il diritto di rappresentanza in materia di tassazione e politica interna, soggetto soltanto al voto del loro sovrano, così come è stato usato anticamente e praticato consuetudinariamente”.

In tale deliberazione era evidente la contestazione delle decisioni del Parlamento inglese, ma anche la decisione di non separarsi dal Regno e di rimanere nell'alveo della tradizione giuridica inglese.

**Il processo di separazione dalla madre patria** è innescato dal mancato accoglimento di tali richieste e subisce una rapida accelerazione. Nel giugno del 1776 la Convenzione della Virginia propone di decidere che le colonie diventino Stati liberi e indipendenti, sciolti da ogni dovere di fedeltà verso la

Corona britannica e da ogni vincolo politico con il Regno Unito. Il 4 luglio 1776 viene approvata la Dichiarazione di indipendenza americana e, successivamente, i nuovi ordinamenti costituzionali si dotano di Costituzioni approvate da apposite assemblee costituenti (*Provincial Congresses*).

All'acquisizione della sovranità segue un interessante processo di federalizzazione che si articola essenzialmente in due stadi.

Dapprima, i nuovi Stati – riuniti in Congresso – approvarono il 15 novembre 1777 gli *Articles of Confederation and perpetual Union*, dando vita ad una vera e propria entità statale sovraordinata ai singoli Stati. Tale confederazione nasce con una duplice finalità: da un lato, dar vita ad un fronte comune verso l'esterno, dall'altro lato, evitare i conflitti all'interno.

Il Congresso, composto dai delegati dei vari Stati, costituisce la sede istituzionale dove vengono affrontate le relazioni tra gli Stati. Nell'intervallo delle sue riunioni opera un comitato permanente degli Stati, presieduto da un Presidente, che nomina tra l'altro i responsabili dei dipartimenti che costituiscono la struttura dell'esecutivo (esteri, guerra, finanza, marina).

Sotto il profilo delle competenze è significativo notare che il Congresso non ha poteri in materia fiscale, mentre gli viene conferito provvisoriamente il demanio dei territori occidentali, non ancora colonizzati, nella previsione che ivi si creino nuovi Stati da associare alla Confederazione.

Il passaggio dalla Confederazione alla Federazione ha luogo con la Convenzione di Filadelfia (1787), ove gli Stati decidono di dar vita ad una **Costituzione federale** – elaborata sulla base delle Costituzioni nazionali- che non contiene inizialmente una Carta dei diritti e si limita a determinare la forma di governo dello Stato federale e a definire le sue competenze.

Tale documento afferma il carattere contrattuale della Costituzione – che nasce inizialmente come patto tra i territori delle *ex colonie* –, che si riverbera soprattutto nelle procedure previste per la sua revisione : essendo richiesto il consenso della maggioranza degli Stati e, in alcuni casi, la maggioranza qualificata o l'unanimità (qualora si intenda modificare la disposizione che prevede la presenza paritaria degli Stati nel Senato).

Sotto il profilo della ripartizione delle competenze tra la Federazione e gli Stati, la Costituzione del 1787 opta per dar vita ad un ordinamento generale con competenze limitate – anche se politicamente rilevanti e necessitanti una disciplina unitaria –, adottando un criterio per cui la Costituzione enumera le materie di competenza federale, riservando le altre agli Stati. Va, tuttavia, evidenziato che la scelta a favore di *enumerated powers* per la Federazione è bilanciata dall'introduzione di una clausola generale che autorizza il Congresso ad adottare tutte le leggi strettamente necessarie per l'esercizio delle

proprie competenze (i c.d. *implied powers*) : ed è proprio l'utilizzazione in senso ampio di tale formula che ha consentito agli organi della Federazione di ampliare considerevolmente gli ambiti di intervento.

Inoltre, si introduce una gerarchia tra i livelli istituzionali affermando che la Costituzione e le leggi degli Stati Uniti prevalgono nei confronti della normativa statale.

Per quanto concerne **la forma di governo**, la Costituzione prevede un esecutivo monocratico ed elettivo, che esercita il potere esecutivo senza l'esistenza di un organo collegialmente responsabile (il Consiglio dei ministri), ma avvalendosi di alcune figure ausiliarie come il Vice Presidente ed i funzionari preposti ai vari Dipartimenti (*Secretaries*).

Il Congresso e il Presidente sono eletti dal corpo elettorale e rispondono politicamente nei suoi confronti: non sussiste, quindi, un rapporto di fiducia la possibilità che l'uno determini l'interruzione anticipata dalle funzioni dell'altro. All'accentuazione dei poteri presidenziali fa da contrappeso la limitazione della sua rieleggibilità.

Il Parlamento, a sua volta, ha un assetto bicamerale, nel senso che un'assemblea è rappresentativa dell'intero popolo e i suoi componenti sono eletti in collegi uninominali in ragione del numero degli abitanti di ciascuno Stato; mentre l'altra (il Senato) ha una composizione che si propone di porre i diversi Stati sul medesimo piano – secondo un principio tipicamente federale –, cosicché risulta composta da due senatori per ciascuno Stato.

La struttura bicamerale evidenzia un'organizzazione del parlamento funzionale all'esigenza di garantire un equilibrio politico e numerico tra gli Stati (parità degli Stati nel Senato, ripartizione dei deputati sulla base della consistenza demografica degli Stati); così come il divieto per i parlamentari di ricoprire qualsiasi incarico civile per tutta la durata del loro mandato mira a fare degli eletti i rappresentanti degli interessi generale del popolo.

Come anticipato, la Costituzione degli Stati Uniti si preoccupò esclusivamente di definire i rapporti tra gli organi costituzionali della Federazione e tra questa e gli Stati: mancava, quindi, una parte riservata al riconoscimento dei diritti fondamentali degli individui. Solo pochi anni dopo, sotto forma di emendamenti alla Costituzione, il Congresso approvò nel 1791 un ***Bill of Rights***. Tra i primi diritti riconosciuti vi furono la libertà di coscienza religiosa, di espressione, di riunione, di petizione, di detenere e portare armi; nonché il divieto di arresti arbitrari, il diritto ad un giusto processo e a diverse garante di natura processuale. Tuttavia, si dovette attendere la fine della guerra civile per riconoscere il divieto di schiavitù (XIII emendamento, 1865) e il diritto di voto

indipendentemente dalla razza o da precedente condizione servile (XV emendamento, 1870).

Sono state numerose le **soluzioni istituzionali** introdotte nella Costituzione degli Stati Uniti d'America **che influenzarono la cultura e i processi costituenti** di diversi Stati, rappresentando nei loro confronti dei veri e propri "prototipi".

Si pensi, ad esempio, all'organizzazione del federalismo, alla forma di governo presidenziale, alla soluzione bicamerale; così come, sotto il profilo teorico, influì sia la linearità con la quale venne attuato il principio costituzionale della separazione dei poteri, sia il modo con cui l'autonomia costituzionale dei singoli poteri venne bilanciata dalla capacità degli altri di esercitare una funzione di freno e di controllo al fine di evitare che un potere possa prevalere sugli altri (*checks and balances*).

Con riferimento all'organizzazione dei poteri, il potere legislativo è concesso ad un Congresso a struttura bicamerale (in cui una delle due camere è rappresentativa degli Stati), il potere esecutivo è attribuito ad un Presidente eletto direttamente dal corpo elettorale, il potere giudiziario è rappresentato dal complesso dei giudici ed ha al suo vertice la Corte suprema, i poteri dello Stato federale sono equilibrati da quelli degli Stati membri. Inoltre, tra Parlamento e Presidente – entrambi eletti direttamente dal corpo elettorale – non sussiste né un rapporto di fiducia, né di responsabilità politica.

Per contro, il principio costituzionale dei *checks and balances* fa sì che la posizione di preminenza del Presidente sia mitigata dalla durata limitata del suo mandato e dalla possibilità per la Camera dei deputati di porlo in stato di accusa per tradimento, concussione o per altri gravi reati; mentre l'autonomia del Congresso è compensata dalla possibilità di voto da parte del Presidente, che può essere rimosso soltanto con una nuova votazione da parte delle Camere a maggioranza qualificata (due terzi dei componenti l'assemblea).

Tra le Costituzioni che hanno esercitato un'indubbia influenza sull'evoluzione del costituzionalismo liberale, contribuendo a plasmare le culture costituzionali di diversi paesi va, a nostro avviso, annoverata anche la **Costituzione di Cadice del 1812**, dal luogo ove si radunano le *Cortes* istituite con compiti costituenti dalle forze che si proponevano di resistere all'invasione francese e che si battevano per riconquistare la propria indipendenza.

Tale documento costituzionale – nonostante le difficoltà connesse al fatto che i lavori si svolsero in una città assediata e il fatto che le vicende storiche non consentivano di generare eccessive speranze a proposito della sua durata e possibilità di applicazione effettiva – ebbe un'influenza importante sugli ordi-

namenti dell'America latina; così come si segnalò per l'adesione ad importanti principi del costituzionalismo liberale: sostituì al principio della sovranità regia quello della sovranità nazionale, riconobbe la divisione tra i poteri e il principio della rappresentanza politica, assunse le caratteristiche di una Costituzione non ottria, ma votata da un organismo rappresentativo del popolo dotato di poteri costituenti.

Inoltre, tale Costituzione poteva essere annoverata tra gli esempi di carte costituzionali rigide, data la presenza sia di numerose clausole di intangibilità, sia di rimedi contro le eventuali lesioni delle disposizioni in essa contenute

In considerazione dell'influenza esercitata in diverse parti dalla Costituzione francese e dalla Costituzione degli Stati Uniti d'America, la Costituzione di Cadice può essere considerata la **prima apertura del continente di lingua** e cultura **spagnola** alle idee del costituzionalismo liberale moderato: al punto che ancora oggi, la dottrina iberoamericana lo considera il primo tentativo da parte della classe politica spagnola e americana di dar vita ad una comunità ispanica di nazioni, una sorta di *commonwealth*.

Inoltre, tramite tale codificazione si favorì l'incidenza della cultura costituzionale francese e nordamericano sul dibattito politico che preparò l'elaborazione delle prime carte costituzionali dell'indipendenza dell'America latina dall'impero spagnolo e portoghese.

Va anche considerato che l'influenza della Costituzione di Cadice sul costituzionalismo latino americano derivò non solo dai vincoli politici che legavano tale continente alla Spagna, ma anche dalla scelta di associare numerosi rappresentanti di tale continente nelle decisioni costituenti: infatti, dei 303 deputati dell'assemblea costituente 63 provenivano dall'America latina.

## 2. Le codificazioni dello Stato democratico e sociale

Una seconda ondata di processi costituenti, che influì sui caratteri del costituzionalismo, si ebbe in seguito alla crisi dello Stato liberale, causata essenzialmente dalla limitata rappresentatività dell'assetto istituzionale a fronte di una società pluralistica, composita ed articolata in una molteplicità di formazioni sociali.

Le **codificazioni costituzionali proprie dello Stato sociale**, pur richiamandosi idealmente ed in qualche caso formalmente alle Costituzioni liberali (ad esempio, il preambolo della Costituzione francese del 1958 afferma che "il popolo francese proclama solennemente la sua fedeltà ai diritti dell'uomo ed ai principi della sovranità nazionale, definiti dalla Dichiarazione del 1789, confer-

mata e integrata dal Preambolo della Costituzione del 1946) presentano dei profili innovativi.

In particolare si differenziano dalle precedenti, **sotto il profilo dei diritti**, per il tentativo di superare una visione individualistica della persona, riconoscendo il ruolo delle formazioni sociali e per ampliare il novero dei diritti riconosciuti come fondamentali, comprendendovi anche i diritti sociali. Inoltre, vengono potenziati gli strumenti di garanzia, con l'obiettivo di evitare che al riconoscimento dei diritti non si accompagni un'effettività nel loro godimento.

Mentre, **per quanto concerne l'assetto istituzionale**, esse si caratterizzano per la volontà di potenziare gli istituti che favoriscono l'integrazione tra l'organizzazione politica dello Stato e la sua base sociale. Le carte costituzionali di questo periodo ampliano lo spettro dei fenomeni regolati: accanto alla regolazione degli organi di vertice dello Stato e del procedimento di formazione dei principali atti normativi, disciplinano anche i modi e gli strumenti attraverso cui lo Stato interviene nell'economia e nell'organizzazione della vita sociale.

Uno dei primi esempi di Carta costituzionale che si ispira ai principi propri della forma di Stato sociale è rappresentato dalla **Costituzione tedesca di Weimar**. Essa fu elaborata da una Assemblea costituente appositamente eletta (19 gennaio del 1919) e prese il nome dalla località nella quale si riunì (Weimar); i suoi lavori si svolsero in un contesto politico caratterizzato da gravi turbolenze internazionali e interne, accentuate dalla sconfitta bellica e dalle conseguenti pesanti sanzioni. Approvata nell'agosto del 1919, rimase in vigore sino al 1933, cioè sino all'adozione da parte di Hitler della Legge sui pieni poteri (24 marzo 1933).

Riletta con gli occhi di oggi, la Costituzione di Weimar evidenzia **diversi limiti**.

Nella sua struttura costituzionale risente delle divisioni e dalle incertezze circa il futuro dell'ordinamento costituzionale tedesco, al punto che alcuni commentatori vi videro un insieme di norme non plasmate da una identità pre-costituita. In particolare, è evidente la commistione tra orientamenti liberali e socialisti, tra soluzioni parlamentari e presidenziali, tra istanze federali e spinte al potenziamento dei poteri centrali.

Inoltre, ad essa si può imputare l'incapacità di assicurare una stabilità istituzionale che evitasse la crisi della democrazia e l'avvento del nazismo ebbe una grande eco ed influenzò il dibattito costituente successivo alla fine del secondo conflitto mondiale. Tra l'altro, l'involuzione autoritaria fu resa possibile – come avvenne, nel medesimo arco temporale in Italia, con il supera-

mento dello Statuto del 1848 grazie all'approvazione delle leggi che costituzionalizzarono la fascistizzazione dello Stato – dalla disposizione dell'art.76 Cost. che prevedeva la possibilità di modificare la Costituzione per via legislativa, sia pure con maggioranza qualificata.

Ciononostante, tale testo costituzionale ebbe una grande eco ed influenzò in misura significativa il dibattito costituente successivo alla fine del secondo conflitto mondiale. Non solo per la preoccupazione dei costituenti di evitare errori in grado di indebolire la capacità di resistenza delle istituzioni democratiche ai tentativi di revisione autoritaria, ma anche per l'**innovatività** e l'**interesse di alcune soluzioni**.

Ad esempio, con riferimento all'organizzazione dei poteri, si previdero organi rappresentativi, eletti con voto eguale, libero, segreto e secondo un sistema proporzionale; venne affermato il principio della sovranità popolare e si tentò di equilibrare la rappresentanza politica attribuendo al popolo poteri supremi di decisione, tra cui diverse forme di referendum e l'elezione diretta del Presidente.

Inoltre, fu delineata una forma di governo parlamentare ibrida, in cui alla tradizionale relazione tra il Governo e il Parlamento ( basata sul rapporto di fiducia) si affiancava un Capo dello Stato direttamente legittimato dal corpo elettorale. Originale apparve la tecnica prescelta per attuare la separazione dei poteri, consistente nella differenziazione degli organi costituzionali sulla base delle funzioni attribuite dalla Costituzione : per cui si poteva distinguere tra organi di decisione (Cancelliere, *Reichstag*), di controllo (*Reichsrat*), con compiti di garanzia (Presidente, Tribunale costituzionale).

In tema di diritti, poi, va segnalato l'ampio riconoscimento di diritti sociali e del lavoro. Tra le disposizioni in materia si staglia la previsione dell'art.151 Cost. – secondo la quale l'ordinamento della vita economica deve corrispondere alle norme fondamentali della giustizia e tendere a garantire a tutti un'esistenza degna dell'uomo- che rappresenta, forse, il primo, esplicito richiamo costituzionale del principio della dignità umana.

Tra le più significative Costituzioni che si ispirano ai principi propri dello Stato sociale di diritto possiamo annoverare sia la Costituzione italiana del 1948, sia la Legge fondamentale tedesca del 1949.

Diversi sono gli **elementi che accomunano la Costituzione tedesca a quella italiana**.

Tra questi si può segnalare la posizione centrale assegnata al riconoscimento dei diritti fondamentali dell'individuo, che secondo l'art.19 della Costituzione tedesca non possono essere intaccati nel loro contenuto essenzia-

le, mentre l'art.2 della Costituzione italiana ne sancisce la inviolabilità. Inoltre, in entrambi gli ordinamenti è previsto un significativo rafforzamento degli istituti propri dello Stato di diritto, introducendo sia la giustiziabilità di tutti gli atti delle pubbliche autorità (113 Italia, 103 Germania), sia un controllo di legittimità costituzionale sugli atti normativi (in Germania è previsto anche un ricorso diretto per la lesione dei diritti fondamentali).

Inoltre – sulla base della negativa esperienza offerta dalla Costituzione di Weimar – i due ordinamenti si propongono di rafforzare il carattere rigido della Costituzione, ponendo limiti esplicativi all'attività di revisione costituzionale. Secondo l'art.79 della Costituzione tedesca una eventuale revisione costituzionale non può intaccare l'articolazione federale dello Stato, i principi dell'ordinamento statale di cui all'art.20 ed i diritti fondamentali riconosciuti dai primi 19 articoli della Costituzione.

In Italia, a sua volta, l'art. 139 Cost. dispone che la forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale e tale espressione è prevalentemente interpretata in senso estensivo: non tanto nel ristretto significato istituzionale (la presenza di un Presidente della Repubblica quale capo dello Stato e l'impossibilità di prevedere una forma monarchica), quanto in senso sostanziale, quale formula espressiva dei principi supremi in cui si riconosce l'ordinamento costituzionale italiano.

Entrambe le carte costituzionali – in ciò differenziandosi, dalle più recenti transizioni costituzionali – esprimono una **netta ripulsa delle precedenti, drammatiche esperienze totalitarie**. Nono solo vi è un comune giudizio di ripulsa nei confronti del passato (come il divieto di riorganizzazione del partito fascista in Italia e la decadenza dal godimento di alcuni diritti fondamentali per coloro che si propongono di combattere l'ordinamento fondato sui di libertà e di democrazia in Germania), ma si rinviene anche un' interessante posizione nei confronti della guerra: secondo l'art.11 della Costituzione italiana è vietata la guerra come strumento di offesa e di risoluzione delle controversie internazionali ; mentre l'art.26 della Costituzione della Germania vieta tutti gli atti che possono turbare la convivenza pacifica tra i popoli e che preparano una guerra offensiva).

Nonostante tali consonanze, i due documenti costituzionali si differenziano per alcuni significativi elementi. Innanzitutto, va segnalata la **diversità del processo di elaborazione della Costituzione**: in Italia il potere costituente fu esercitato da un'assemblea costituente eletta a suffragio universale, i cui compiti prevalenti consistevano nella redazione e nell'approvazione della nuova carta costituzionale, mentre l'attività legislativa venne delegata al Governo

salva la materia costituzionale, le leggi elettorali e di approvazione dei trattati internazionali.

Invece, in Germania, si assistette ad un caso di potere costituente, se non eterodiretto, sicuramente influenzato dalle forze di occupazione occidentale (Stati Uniti, Regno Unito, Francia). Venne istituito un Consiglio parlamentare, i cui componenti furono eletti dai parlamenti dei *Länder*, con il compito di elaborare un progetto di legge fondamentale, la quale fu approvata dai governatori militari dei tre alleati occidentali.

Altre significative differenze attengono sia al tipo di Stato – federale in Germania, regionale in Italia – sia alla **forma di governo**. Con riferimento a quest’ultimo aspetto si può sottolineare come, pur appartenendo entrambe al tipo della forma parlamentare, si distinguono perché, mentre l’Italia opta per una forma parlamentare che accentua i poteri del Parlamento nei confronti del Governo, in Germania appare – per contro – più evidente l’opzione a favore di un sistema parlamentare razionalizzato, con l’obiettivo di rafforzare la stabilità del Governo, di facilitare la soluzione delle crisi governative, di conferire maggior efficienza al processo di decisione politica.

Nell’ordinamento tedesco, infatti, l’esercizio dell’indirizzo politico è attribuito al Cancelliere, eletto a maggioranza assoluta dal *Bundestag* e si instaura un rapporto fiduciario tra il *Bundestag* ed il solo Cancelliere (mentre i Ministri sono responsabili nei confronti del Cancelliere e possono essere da questo sostituiti e rimossi, senza che si determini una crisi di Governo). Inoltre, per favorire la stabilità dell’esecutivo è stato introdotto il voto di sfiducia costruttivo, nel senso che contestualmente alla votazione della sfiducia deve essere indicata la nuova compagine governativa. Mentre il sistema elettorale si premura di evitare un’eccessiva frantumazione dei gruppi parlamentari introducendo una clausola di sbarramento elettorale del 4% (determinante per semplificare lo schieramento politico, pur con un sistema elettorale proporzionale).

### 3. Alcune recenti codificazioni costituzionali

La fine del secolo passato si rivela di un certo interesse per lo studioso del diritto costituzionale comparato in quanto, in tale periodo si assiste all’**entrata in vigore di numerose nuove Costituzioni**, dando vista ad un fenomeno di codificazione che ha interessato appartenenti a tutti i continenti.

Tale fenomeno è stato alimentato da alcuni importanti eventi storici che hanno necessaria l’approvazione di nuove carte costituzionali: si pensi, a titolo di esempio, da un lato, al completamento dell’espansione dei sistemi democratici nell’Europa occidentale, che si conclude negli anni settanta con la caduta

dei regimi autoritari in Spagna, Portogallo e Grecia; dall'altro lato, alla fine dell'esperienza coloniale nel continente africano, che ha determinato la creazione di numerosi nuovi Stati. Così come non va dimenticata la disgregazione nell'area dell'Europa centro-orientale degli ordinamenti comunisti, con la conseguente formazione di sistemi costituzionali che, in contrapposizione con il regime precedente, si caratterizzano per il riconoscimento di un'economia di mercato e per l'adesione ai principi del costituzionalismo occidentale.

In questa panoramica si inserisce anche il continente latino americano che, a partire dagli anni ottanta del secolo passato, è investito da un'“ondata democratica” che coinvolge quasi tutti gli Stati, obbligandoli a darsi nuove Costituzioni, che segnano una netta discontinuità rispetto ai precedenti regimi.

Entrano a far parte di questo massiccio processo di codificazione costituzionale, anche diversi ordinamenti dell'Europa occidentale, che hanno provveduto – secondo un'azzeccata espressione coniata a proposito della Svizzera – a “**rimettere a giorno**” le proprie **Costituzioni**: è il caso, ad esempio, della già citata nuova Costituzione svizzera – entrata in vigore il 18 aprile del 2000 – la quale, oltre a procedere alla riforma della parte relativa all'attribuzione di competenze fra lo Stato ed i Cantoni, include nel testo un catalogo dei diritti fondamentali. Così come meritano attenzione le incisive riforme costituzionali che sono state introdotte in Belgio, sancendo – attraverso una rinegoziazione del patto fra le diverse comunità linguistiche- il passaggio verso una forma di Stato di tipo federale; ovvero nella Repubblica federale di Germania che ha codificato nuove disposizioni finalizzate sia a favorire l'unificazione con i territori della Repubblica democratica, sia a rendere più efficace la partecipazione dello Stato all'interno dell'Unione europea, sia – infine – a ridefinire i lineamenti del proprio federalismo, delineando nuove relazioni tra lo Federazione ed i suoi *Länder*.

Significative appaiono anche le innovazioni costituzionali che hanno interessato il Regno Unito, favorite in molti casi dalla necessità di adeguare alcune caratteristiche proprie del costituzionalismo inglese alle regole che qualificano il processo di integrazione comunitaria.

Nel Nord America ha assunto una particolare rilevanza l'esperienza costituzionale del **Canada**, che nel 1982, su iniziativa determinata del Presidente Trudeau, si dota di un documento costituzionale – il *Constitution Act* – composto da due parti: la prima è costituita dalla Carta dei diritti e delle libertà, mentre la seconda, che, prevalentemente, incorpora il *British North America Act* del 1867 (che dette origine al *Dominion canadese*), disciplina la distribuzione delle competenze fra Federazione e Province e fra gli organi supremi

dello Stato.

Il processo costituente si rivelò assai laborioso non solo per il peso della tradizione giuridica anglosassone, non favorevole a codificare documenti costituzionali dotati di una forza giuridica superiore alla legge, ma anche per ragioni politiche, a causa delle profonde divisioni che sussistevano tra le forze politiche ed i territori che compongono la Federazione (le Province).

Anzi, la sua approvazione fu possibile solo grazie alla Corte Suprema che, con un proprio parere (*reference*) orientò l'*iter* costituzionale precisando il ruolo che doveva essere riconosciuto alle Province nel procedimento di approvazione della Costituzione: nel senso che il giudice costituzionale, pur riconoscendo la necessità di un loro coinvolgimento nel processo di decisione politica, ha escluso che lo stesso possa essere retto dalla regola dell'unanimità. Cosicché fu possibile approvare il *Constitution Act* nonostante il voto contrario della Provincia del Quebec.

Diverse sono le caratteristiche del *Constitution Act*, 1982, che rendo tale esperienza costituzionale di grande interesse per il comparatista.

Innanzitutto, tale documento ha favorito l'affermarsi del Canada come comunità politica sovrana tanto dal punto di vista formale che sostanziale. In precedenza, infatti, lo *status* di *Dominion* del Canada aveva sempre imposto che le riforme costituzionali dovessero essere approvate dal Parlamento del Regno Unito su formale richiesta del Parlamento canadese, il quale approvava una risoluzione con cui chiedeva al Governo britannico di presentare una proposta di legge di modifica del *British North America Act*. Solo con l'approvazione del *Constitution Act* si riconobbe la piena competenza degli organi costituzionali canadesi in tema di revisione costituzionale (**la c.d. *patriation***).

In secondo luogo, il *Constitution Act* rappresenta un tentativo riuscito di far convivere istituti appartenenti a tradizioni giuridiche diverse e di innestare figure proprie della *civil law* in un contesto di *common law*. La Costituzione del Canada, infatti, pur rimanendo fortemente tributaria della tradizione della madrepatria, si rivela **non refrattaria ad accogliere elementi propri di altre tradizioni costituzionali**.

In particolare, dall'esperienza statunitense accoglie la possibilità di temperare il principio della supremazia ed insindacabilità della legge con l'introduzione di meccanismi di *judicial review of legislation*. Non casualmente la Corte Suprema, nella prima decisione adottata in seguito all'entrata in vigore della Costituzione del 1982, si è premurata di legittimare la propria funzione di giudice costituzionale richiamandosi alla questione *Merbury v. Madison* che diede inizio, negli Stati Uniti d'America, ad una proficua esperienza di giustizia costi-

tuzionale.

In proposito, costituisce un punto di svolta l'art.51.1 del *Constitution Act* che sancisce l'inapplicabilità di ogni legge che sia contraria alla Costituzione del Canada; mentre l'art.52.3 afferma il carattere rigido della Costituzione, disponendo che qualsiasi sua modifica debba avvenire conformemente alle procedure di revisione previste.

In terzo luogo, il *Constitution Act* – contenendo al suo interno una Carta canadese dei diritti e delle libertà – ha inteso codificare un gruppo qualificato di libertà e di principi ritenuti in grado di fondare l'identità politica ed istituzionale del paese: tali da condurre a sintesi le variegate componenti del pluralismo sociale e istituzionale che compongono la società canadese.

Si è trattato di un obiettivo ambizioso, in quanto si è assegnato alla Carta canadese dei diritti e delle libertà una funzione di integrazione, sì da rimarginare divisioni che avevano radici storiche, politiche, economiche e culturali: come la storica contrapposizione tra la popolazione anglofona e quella francofona, ovvero la conflittualità tra le Province orientali – con il loro accresciuto peso economico, causato dallo sfruttamento delle ingenti ricchezze agricole e naturali – e quelle occidentali (Ontario e Québec), che possedevano una consolidata posizione di supremazia politica. Senza trascurare i problemi connessi al riconoscimento dei diritti ancestrali delle comunità autoctone e le questioni connesse al ricco pluralismo etnico, che contraddistingue la società canadese.

Tra gli elementi di modernità della Costituzione canadese va richiamata anche la scelta di aprire l'ordinamento giuridico del paese ad una **prospettiva multiculturale**, superando uno storico atteggiamento di favore nei confronti dei due popoli fondatori – l'inglese e il francese.

Non va dimenticato che per molto tempo il pluralismo riconosciuto e tutelato fu di tipo duale: tra inglese e francese, sul piano linguistico, tra cattolici e protestanti, dal punto di vista religioso, tra civil law e common law, in materia di diritto.

Il salto di qualità – cioè l'affermazione dell'idea che il Canada fosse *a home of diverse communities* e che la società canadese dovesse crescere assorbendo la linfa proveniente dalle molte parti che la compongono – si ebbe appunto con l'approvazione della Carta canadese dei diritti e delle libertà, la quale non si limitò a riconoscere i diritti universali riconducibili alla persona umana, ma tenne anche conto della storia: del suo passato (gli *inherent rights* dei gruppi aborigeni) e del suo futuro (formato dalla coesistenza di molte comunità etniche).

Il **continente sud e centro americano** è stato interessato da un ampio e significativo processo di codificazione costituzionale e di democratizzazione degli ordinamenti costituzionali: si tratta di una vera e propria cesura rispetto sia alle Costituzioni scaturite dal processo di indipendenza (1820-1860), sia alle Costituzioni di stampo liberale (1860 -1920), sia soprattutto alla più recente e traumatica storia contrassegnata dall'instaurazione di regimi autoritari.

Tale fenomeno è significativo non solo per la sua consistenza numerica – dei 18 paesi latinoamericani che si ispirano ai principi del costituzionalismo, 12 hanno approvato nuove Costituzioni, mentre importanti riforme costituzionali si sono avute anche in Bolivia, Costa Rica, Ecuador, Messico e Uruguay-, ma anche per le novità che ha introdotto, al punto che diversi autori hanno parlato in proposito di “nuovo” costituzionalismo latino-americano.

Tra i molti elementi di interesse, meritano una particolare attenzione **le caratteristiche del processo costituente**, l'affermazione della nozione di Costituzione come documento normativo, una particolare attenzione per il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali.

Sotto il profilo delle procedure costituzionali si è in presenza di transizioni pacifiche, di procedure costituzionali *pactadas*, finalizzate ad aumentare la legittimazione delle scelte costituenti: basti considerare, a titolo di esempio, il *Pacto de los olivos* in Argentina, celebrato nel 1993 tra i presidenti delle forze politiche maggioritarie del Peronismo e del Radicalismo, che servì da base per la riforma costituzionale del 1994; il patto tra gli oppositori al governo militare che favorì la riforma costituzionale del 1988 in Brasile .

Viene, poi, superata una idea della Costituzione, quale documento prevalentemente politico e programmatico. Il *derecho político* è sostituito dal *derecho constitucional* e tale passaggio dal produce alcune conseguenze fondamentali: non solo si sancisce l'immediata precettività delle disposizioni contenute nelle Costituzioni, ma si afferma anche il primato della Costituzione sulle altre fonti del diritto, favorendo una progressiva giurisdizionalizzazione del diritto costituzionale, con l'introduzione di apposite procedure ed organi.

Appare notevole, a quest'ultimo proposito, la **diffusione della giustizia costituzionale**, che si segnala sia per un'indubbia originalità di alcune soluzioni giuridiche – tra cui la capacità di combinare elementi propri dei due modelli storici (quello austriaco e quello nordamericano) – sia per la pluralità degli strumenti processuali previsti: al punto che l'America latina è stata paragonata ad un laboratorio di forme particolari di giustizia costituzionale, ove convivono Tribunali costituzionali esterni al potere giudiziario, Sale costituzionali autonome, articolazioni delle Corti supreme, tribunali ordinari che

svolgono anche la funzione di giustizia costituzionale.

Anche nell'ambito specifico dei **diritti della persona** si è in presenza di significativi elementi di novità. Le nuove Costituzioni individuano nella forma di Stato democratica la sola forma di organizzazione politico-istituzionale capace di assicurare i diritti e la dignità della persona ed introducono ampi e dettagliati cataloghi, aperti al riconoscimento di “nuovi diritti”, tra i quali assumono un significato particolare alla luce della storia politica ed istituzionale di quei paesi i diritti culturali e collettivi.

Si pensi, ad esempio, ai diritti di difesa dell'ambiente, di preservazione del patrimonio naturale e culturale che sono codificati anche in polemica con le politiche internazionali di sfruttamento economico del territorio; all'attenzione dedicata agli istituti di partecipazione politica che si contrappone alla formazione di burocrazie e di classi politiche elitarie e corrotte; ai diritti derogatori riconosciuti alle comunità ed ai popoli indigeni a parziale riconoscimento degli errori e degli orrori della colonizzazione del “nuovo mondo”.

Sul versante, poi, degli strumenti di tutela, si assiste ad un affinamento delle tecniche di garanzia, tra le quali si stagliano la **regolamentazione in senso garantistico degli stati di eccezione**, nonché la previsione di una vasta gamma di strumenti di giustizia costituzionali orientati alla tutela diretta dei diritti.

Nella storia costituzionale dell'America centrale, contrassegnata – pur con qualche limitata eccezione – dal succedersi di colpi di Stato e di involuzioni autoritarie del regime politico, il ricorso agli stati di emergenza ha sempre rivelato un'importanza fondamentale per rafforzare l'assetto autoritario dell'ordinamento costituzionale, dal momento che consente di derogare (spesso a tempo indeterminato) alle norme costituzionali, senza peraltro abrogarle espressamente.

Rappresenta, quindi, un elemento di netta discontinuità rispetto al passato la circostanza che alcuni nuovi testi costituzionali si sono premurati di disciplinare i presupposti, le modalità ed i limiti che debbono essere rispettati durante le situazioni di emergenza, con particolare attenzione per la garanzia di alcuni diritti di libertà (in particolare, la libertà personale).

Tuttavia, è indubbio che la peculiarità del costituzionalismo latino americano è costituita dalla diffusione e dalla varietà dei **ricorsi diretti a tutela dei diritti fondamentali**: si pensi, ad esempio, all'*habeas corpus* che consente di impugnare qualsiasi determinazione arbitraria dei poteri pubblici suscettibili di incidere sulla libertà personale, di domicilio e di circolazione; all'*amparo*, attraverso il quale ciascun soggetto può chiedere al giudice competente che

venga ristabilito il godimento del diritto leso illegittimamente; all'azione di incostituzionalità per omissione, la quale, influenzata dal nordamericano *writ of mandamus*, riconosce alla persona che si ritiene lesa in un suo diritto costituzionale a causa dell'inerzia dei poteri pubblici la possibilità di ricorrere innanzi ad un magistrato affinché ordini all'amministrazione di provvedere ed al legislatore di normare.

Assai interessante è, anche, l'esperienza delle azioni popolari e di gruppo a garanzia dei diritti e degli interessi collettivi: con particolare attenzione per alcuni beni, quali la sicurezza e la salute pubblica, l'etica amministrativa, l'ambiente, il mercato e la libera concorrenza economica.

Passando al continente europeo, sono meritevoli di attenzione le nuove Costituzioni di numerosi ordinamenti dell'**Europa centrale ed orientale**, che si segnalano non solo per l'abbandono dei principi ordinatori gli ordinamenti socialisti, ma anche per la forza attrattiva esercitata nei loro confronti dall'Unione europea.

Questi Stati, infatti, per aspirare a divenirne membri debbono soddisfare non solo parametri economici (un'economia di mercato affidabile) o culturali (come l'acquisizione di un *acquis* comunitario, cioè l'attitudine per accettare gli obblighi derivanti dall'adesione, soprattutto gli obiettivi dell'unione politica, economica e monetaria), ma anche di natura istituzionale: tra i quali si segnala l'esistenza di istituzioni stabili che garantiscano la democrazia, lo Stato di diritto, il rispetto dei diritti dell'uomo e delle minoranze.

Queste Costituzioni **si differenziano** dalle precedenti in quanto rifiutano, per un verso, il ruolo egemonico di un partito a favore di un certo pluralismo partitico, per un altro verso, il principio dell'accentramento del potere a favore di una moderata separazione dei poteri. Altri elementi distintivi possono essere individuati sia sul piano dei diritti che dell'organizzazione dei poteri.

In tema di diritti, tali Costituzioni si ispirano alla Convenzione europea per i diritti dell'uomo e contengono un ampio riconoscimento dell'economia di mercato, del valore della proprietà e dell'iniziativa economica privata. Significativa è anche la presenza di alcune disposizioni costituzionali a tutela dei diritti delle minoranze etniche e linguistiche, in ossequio ad principi direttivi che ispirano l'attività di vigilanza dell'Unione europea.

Sul versante delle forme di governo, poi, sembra prevalere un certo favore per la forma di governo semipresidenziale o parlamentare, con un'accentuazione del ruolo di direzione politica del Capo dello Stato. Mentre, per quanto concerne la forma di Stato si registra un progressivo passaggio dalle precedenti esperienze di ordinamenti centralizzati a forme di decentralizzazione, preva-

lentemente di natura amministrativa.

Tuttavia, il passaggio al costituzionalismo liberale e democratico appare, al momento, più formale che sostanziale: sia perché il peso delle precedenti esperienze è ancora forte ( numerosi sono i retaggi del passato), sia perché alcune caratteristiche di quei sistemi politici – come una forte personalizzazione del potere, un limitato pluralismo, la forza dei nazionalismi, una non sufficiente indipendenza del potere giudiziario – evidenziano la permanenza di uno scarso tra le previsioni normative e l'effettività del sistema.

Anche alcuni ordinamenti dell'Europa occidentale sono stati interessati da incisive, ampie revisioni costituzionali: è il caso, ad esempio, del Belgio, della Svizzera, della Repubblica federale di Germania e del Regno unito.

Il **Belgio** è stato a lungo retto dalla Costituzione del 1830, che può essere annoverato un ponte tra le prime Costituzioni liberali e quelle dell'800. Essa, infatti, se, per un verso, trae spunto dal costituzionalismo liberale francese, per un altro verso, ha esercitato un'influenza determinante su svariati testi costituzionali degli Stati europei del XIX secolo (fra cui lo Statuto albertino del 1849, la Costituzione spagnola del 1837 e la Costituzione greca del 1864).

Tale carta costituzionale è rimasta per lungo tempo immutata e soltanto di recente è stata oggetto di significative modifiche: soprattutto in seguito al processo di revisione costituzionale che, intrapreso a partire dagli anni settanta, mediante diverse revisioni costituzionali diluite nel tempo ha trasformato lo Stato belga in un ordinamento fortemente decentralizzato su base etnica e linguistica.

Le revisioni costituzionali si proponevano essenzialmente di **assicurare un equilibrio istituzionale ai gravi conflitti etnico- linguistici** che laceravano la società e la vita politica del paese, alimentati dalla presenza di due differenti collettività (come la fiamminga e la vallone) e di tre lingue materne (francese, olandese, tedesca).

Di conseguenza, la prima revisione del 1970 riconobbe l'esistenza delle due Comunità culturali olandese e francese e delle tre Regioni fiamminga, vallona e di Bruxelles; la seconda (nel 1980) istituì la Comunità germanofona ed attribuì alle Comunità e alle Regioni una competenza legislativa. Con la successiva revisione costituzionale del 1988 vengono ampliate le competenze delle Regioni e delle Comunità e si definisce l'ordinamento della Regione di Bruxelles capitale.

Un'ulteriore revisione costituzionale – avvenuta nel 1993 – ha interessato, tra l'altro, la **riforma del bicameralismo**. Per un lato, si sono modificati i cri-

teri di composizione del Senato, i cui componenti sono eletti in parte direttamente dal corpo elettorale (40), in parte designati dalle tre Comunità (21), in parte cooptati dai senatori nel rispetto delle distinzioni linguistiche (10) ; a questi, poi, si devono aggiungere i membri di diritto rappresentati dai figli del Re o, in mancanza, dai discendenti belgi del ramo regnante della famiglia reale.

Per un altro verso, si differenziano le competenze tra le due Camere, dando vita ad un bicameralismo differenziato: la Camera dei rappresentanti esprime la fiducia all'esecutivo, possiede una competenza legislativa generale e poteri di controllo (esercitato attraverso gli strumenti dell'interrogazione, dell'interpellanza e delle commissioni di inchiesta).

Il Senato, invece, interviene nel procedimento legislativo ordinario soltanto nella fase dell'iniziativa e conserva un potere di emendamento. Mentre, le due assemblee possiedono le medesime competenze in alcuni procedimenti legislativi: come, ad esempio, quelli di revisione della Costituzione, di ratifica dei trattati internazionali, in materia di accordi di cooperazione tra lo Stato, le Comunità e le Regioni, in materia di organizzazione dell'ordine giudiziario.

Il Senato è anche competente ad esprimere pareri sui conflitti di competenza che possono sorgere tra lo Stato e le Comunità (o le Regioni).

Altre innovazioni significative hanno interessato la **forma di governo** e il controllo di costituzionalità.

Per quanto concerne il primo aspetto si è tentato di introdurre alcuni meccanismi di razionalizzazione della forma di governo parlamentare, come gli istituti della "sfiducia costruttiva" – il Governo federale deve dimettersi se la Camera dei rappresentanti approva a maggioranza assoluta dei suoi membri una mozione contenente l'indicazione di un successore del Primo Ministro- e del "rigetto costruttivo della mozione di fiducia" – quando la Camera propone al Re la nomina di un successore al Primo Ministro nei tre giorni successivi al rigetto di una mozione di sfiducia-.

Mentre, per un altro verso è interessante l'evoluzione costituzionale ha riguardato la *Cour d'arbitrage*: un organo giurisdizionale, inizialmente competente a giudicare solo i conflitti di attribuzione fra enti territoriali, che ha successivamente acquisito anche la competenza a sindacare la conformità a Costituzione di leggi, decreti ed ordinanze, con particolare riferimento ai diritti costituzionali. Di conseguenza, tale organo da giudice dei "conflitti" è diventato anche un giudice dei "diritti", modificando nel 2007 il suo nome in Corte costituzionale.

In **Svizzera** il processo di codificazione costituzionale si è evoluto progressivamente, senza vere e proprie cesure. L'iniziale Costituzione del 1798 trasfusse nei tredici Cantoni i principi della Rivoluzione francese: l'eguaglianza tra i

cittadini, la parità tra le entità territoriali del Paese, la centralizzazione delle istituzioni militari e la cittadinanza comune. La Costituzione del 1848, a sua volta, ribadì la struttura federale dello Stato, riconoscendo ai Cantoni una limitata, personalità internazionale ed autonomia nella determinazione del proprio assetto costituzionale, pur nel rispetto dei principi dell'ordinamento federale, di una forma di governo repubblicana, sia essa rappresentativa o di democrazia diretta.

Inoltre, la forma di governo precisò le sue caratteristiche originali, rappresentante, per un verso, dall'adesione alla forma di governo direttoriale, per un altro verso, da un'interpretazione del principio della "sovranità popolare", favorevole ad estendere gli istituti di democrazia diretta e, più in generale, le forme di intervento diretto dei cittadini sull'attività degli organi rappresentativi (dal diritto di assemblea, specie nei piccoli Cantoni, all'istituto della revoca dei componenti gli organi elettivi, alle varie forme di referendum).

La presenza di lacune nella codificazione dei diritti fondamentali, la necessità di una migliore sistematizzazione e semplificazione delle disposizioni a causa dei numerosissimi emendamenti introdotti nel tempo, l'esigenza di meglio precisare i caratteri della struttura federale dello Stato e l'avvertita opportunità di introdurre nuovi istituti – come, ad esempio, il controllo di costituzionalità sulle leggi federali, contribuirono a rendere non procastinabile una **revisione ampia della Costituzione**.

Scartata con realismo la possibilità di realizzare una revisione totale e radicale, si opta per un processo di riforma a tappe, la prima delle quali doveva procedere ad un aggiornamento del testo costituzionale, cui dovranno altri interventi finalizzati tra l'altro a riformare il sistema giudiziario e gli istituti di democrazia diretta (in particolare, l'iniziativa popolare e il referendum).

In tema di diritti, si è tentato di dare copertura costituzionale a nuove situazioni soggettive, come – ad esempio – il diritto alla protezione dei dati, la medicina riproduttiva e l'ingegneria genetica in ambito umano.

Mentre per quanto concerne l'assetto federale, viene individuato il soggetto sovrano nel "popolo svizzero e nei cantoni" – invece che nella "Confederazione svizzera" –, si ridefiniscono le competenze tra la Confederazione ed i cantoni nella logica di un federalismo cooperativo, si valorizza la collaborazione dei Cantoni alle decisioni di politica estera.

**In Germania** tre eventi storici di grande portata hanno inciso in questi ultimi anni sul sistema costituzionale, favorendo importanti innovazioni costituzionali.

In primo luogo, si può segnalare l'unificazione tra la Repubblica Federale e

la Repubblica democratica tedesca avviato con il Trattato di unificazione del 12 settembre 1990, in deroga alla procedura originariamente prevista dall'art.146 della Legge fondamentale del 1949, il quale prevedeva l'approvazione di una nuova Costituzione da parte popolo tedesco unito.

A tal fine, si rese necessaria l'introduzione nel corpo dell'art.143 di alcune deroghe transitorie ( valide sino al 31 dicembre 1995) finalizzate a ridurre le disparità delle situazioni esistenti ed a risolvere le complesse situazioni matrimoniali esistenti.

In secondo luogo, la revisione di alcune parti del testo costituzionale del 1949 fu necessitata dall'intensificazione del processo di integrazione comunitaria e dalla necessità non solo di regolare i rapporti tra le normative, ma anche di ridefinire i processi decisionali comunitari in coerenza con i caratteri propri di uno Stato federale. Da ciò un ampio articolo 23 dedicato appositamente ai rapporti con l'Unione europea.

Da ultimo, un'ampia revisione di venticinque articoli della Costituzione – entrata in vigore il 1 settembre 2006 – riconsiderò alcune caratteristiche dell'assetto federale. Tale attività di revisione fu avviata da una Commissione per la modernizzazione dell'ordinamento federale, istituita nel 2003 dai due rami del Parlamento con il compito di elaborare proposte per la riforma del federalismo, dirette a un miglioramento della capacità decisionale della Federazione e dei *Länder*.

La riforma costituzionale si propone essenzialmente di semplificare il sistema di relazioni intergovernative – fondato sui principi di cooperazione e di solidarietà – ritenuto eccessivamente complesso tanto nella fase deliberativa che in quella attuativa- e di meglio precisare il ruolo del *Bundesrat*.

Anche nel **Regno Unito** sono, di recente, intervenute delle significative novità costituzionali, pur senza modificare i principi costituzionali di base del costituzionalismo inglese rappresentati dalla *severainty of Parliament* e dalla *rule of law*.

Tra di esse possiamo annoverare, in ordine di tempo, l'approvazione dello *Human Rights Act*, la *devolution* e l'approvazione *Constitutional Reform Act*; così come ha prodotto un significato impatto l'adesione all'Unione europea.

In base all'***European Communities Act***, 1972 il diritto dell'Unione europea costituisce una fonte normativa di rango costituzionale: sia la normativa europea, sia le decisioni della Corte di giustizia appaiono vincolanti per l'ordinamento del Regno Unito, stante la loro posizione di primizia rispetto alla normativa degli Stati aderenti.

Inoltre, l'approvazione dello ***Human Rights Act, 1998***, che ha consentito l'attuazione nel Regno Unito ai diritti sanciti nella Convenzione europea dei

diritti dell'uomo, ha introdotto nell'ordinamento costituzionale un organico catalogo dei diritti. Tale costituzionalizzazione, tuttavia, non si pone in contrasto con il principio della sovranità del Parlamento, dal momento che, se da un lato, impone alle Corti britanniche di interpretare le leggi in maniera conforme ai diritti riconosciuti dalla Convenzione europea, dall'altro lato, prevede, nei casi in cui tale interpretazione non sia possibile, la possibilità di formulare una "dichiarazione di incompatibilità". Tale dichiarazione, emessa dal giudice, consiste nella sostanza in una sollecitazione al legislatore affinché modifichi la normativa incompatibile con la Convenzione.

Con la c.d. *devolution*, il Parlamento ha finalmente dato uno sbocco normativo al dibattito secolare in tema di decentramento dei poteri dello Stato a favore di Scozia, Galles, Irlanda del Nord. In seguito alla vittoria elettorale Partito Laburista nel 1997 iniziò **"processo orientato nel senso della devolution"** tuttora in corso e caratterizzato da una evidente asimmetria nel decentramento delle competenze: nel senso che, accanto ad autonomie territoriali dotate di una vera e propria potestà legislativa (Scozia ed Irlanda del Nord) coesistono realtà territoriali cui vengono riconosciute forme di autonomia minori e limitate al solo ambito regolamentare ed amministrativo (Galles).

Il processo di riforma costituzionale fu avviato dall'approvazione di due *White paper* (documenti privi di valore giuridico, ma caratterizzati da un elevato valore politico); alla loro pubblicazione hanno fatto seguito nel 1997 due referendum consultivi delle popolazioni interessate rispettivamente in Scozia ed in Galles, il cui esito è stato favorevole all'attuazione della *devolution*, che fu infine codificata nel 1998 con l'approvazione da parte del Parlamento di Westminster dello *Scotland Act*, e del *Government of Wales Act*.

Nel caso dell'Irlanda del Nord il procedimento risultò differenziato in ragione della peculiarità politica e istituzionale di tali territorio: infatti l'approvazione del *Northern Ireland Act* nel 1998 fu preceduta, prima, da un accordo di pacificazione tra il Governo britannico, la Repubblica d'Irlanda e i partiti dell'Irlanda del Nord favorevoli (il c.d. *Belfast Agreement*); quindi, da un referendum popolare confermativo.

Da ultimo, il *Constitutional Reform Act* – approvato nel 2005 – introdusse interessanti **modifiche nel sistema giudiziario**. Il *Lord Chancellor* è stato sostituito dal *Lord Speaker* nella Presidenza della Camera dei *Lords* e dal *Lord Chief Justice* quale capo del sistema giudiziario: inoltre, ad una Commissione indipendente dal Governo è stato affidato il compito (prima svolto dal *Lord Chancellor*) di selezionare sulla base del merito i giudici da sottoporre, previo accordo con il Segretario di Stato, alla nomina regia.

Ma, soprattutto, viene previsto un nuovo organo di rilevanza costituzionale – la Corte Suprema del Regno Unito- il quale è destinato ad assumere le funzioni giurisdizionali attualmente svolte dalla *House of Lords Appellate Committee*, nonché alcune di quelle svolte dal *Judicial Committee of the Privy Council*. La Corte Suprema diverrà, quindi, la Corte di ultimo appello per il Regno Unito, nonché la Corte competente a dirimere le questioni in materia di *devolution* ed avrà una sede propria, divenendo quindi indipendente da *Westminster* (dal Parlamento) e da *Downing Street* (dall'esecutivo) non solo formalmente ma anche “geograficamente”.

### 3. Evoluzione e trasformazione del potere costituente

Le più recenti codificazioni costituzionali sembrano introdurre alcune novità nelle modalità di esercizio del **potere costituente**, specie se si accoglie la **nozione tradizionale** – e consolidata nel tempo – espressa dalla dottrina costituzionale europea (specialmente di derivazione francese) secondo la quale si tratterebbe di un potere:

- a) originario, che si legittima in via di fatto;
- b) che si manifesta in forme e secondo procedure non necessariamente pre-determinate in via giuridica;
- c) non limitato nei fini e nei contenuti.

Siffatta definizione appare fortemente tributaria sia dei processi di formazione delle Costituzioni che hanno dato vita alle principali manifestazioni dello Stato costituzionale liberale (si pensi all'attività costituente nella Francia rivoluzionaria ovvero alla nascita degli Stati uniti d'America o alle Carte che hanno sancito l'indipendenza dell'America latina della dominazione spagnola), sia della nascita di nuovi Stati o di nuovi ordinamenti costituzionali avvenuta nella prima parte del secolo scorso in seguito a rivoluzioni (ad. esempio la rivoluzione sovietica) o a interruzioni nella continuità dei ordinamenti democratici (come nel caso delle dittature fasciste e naziste in Italia e in Germania).

Tuttavia, già nelle prime codificazioni costituzionali del secondo dopoguerra alcune caratteristiche della concezione tradizionale del potere costituente hanno registrato delle **deroghe**, specie per quanto concerne l'assenza di vincoli e di limiti in ordine ai contenuti e alle procedure da seguire per approvare una nuova Costituzione. In proposito si può richiamare tanto l'esperienza della Costituzione tedesca del 1949, quanto quella della Costituzione italiana del 1948.

Nel primo caso – come già evidenziato in precedenza – l’elaborazione della Costituzione fu condizionata dalle potenze di occupazione occidentale (Stati Uniti, Regno Unito, Francia) ed il procedimento venne predeterminato nel suo *iter* dai governatori militari dei tre alleati occidentali, che approvarono il testo finale.

Con riferimento, poi, all’esperienza italiana non va dimenticato che nel “periodo transitorio” il procedimento costituente fu regolato da due fonti di rilevanza costituzionale: il decreto legge n. 151 del 1944 – il cui art.1 statuiva che « dopo la liberazione del territorio nazionale le forme istituzionali saranno scelte dal popolo italiano che a tal fine eleggerà, a suffragio universale diretto e segreto, un’assemblea costituente per deliberare la nuova costituzione dello Stato »; nonché il decreto legislativo luogotenenziale n. 98 del 1946 che ha circoscritto la sovranità decisionale della futura Assemblea costituente prevedendo che la decisione circa la forma istituzionale dello Stato (Repubblica o Monarchia) fosse demandata ad un apposito referendum popolare.

Inoltre, la nettezza della distinzione tra esercizio del potere costituente ed attività di revisione costituzionale è limitata non solo in alcuni ordinamenti ove si è assistito a una serie di leggi revisione costituzionale che, succedutesi nel tempo, hanno finito per delineare una Costituzione profondamente differente da quella originale; ma anche dalla tendenza a regolare un istituto intermedio – **la revisione totale della Costituzione** – il quale, sotto il profilo procedurale, può essere assimilato alla revisione costituzionale mentre, dal punto di vista sostanziale, dà vita ad una nuova Costituzione, che si differenzia in misura significativa da quella abrogata.

Si può richiamare, a titolo di esempio, la Costituzione spagnola, il cui art.168 Cost. prevede un procedimento di revisione articolato in tre fasi: prima, l’approvazione della decisione di operare un riforma totale della Costituzione da parte dei due terzi di ciascuna Camera, quindi, lo scioglimento immediato del Parlamento; infine, l’elaborazione di un nuovo testo costituzionale da parte delle nuove Camere. Egualmente, in Austria, l’art.44 della Costituzione dispone che ogni revisione totale della Costituzione federale deve essere sottoposta al termine del procedimento parlamentare a referendum popolare.

Sempre con riferimento all’Europa sia può richiamare, da un lato, l’art.138 della Costituzione svizzera che disciplina il procedimento popolare per la revisione totale della Costituzione – 10000 aventi diritto al voto possono proporre tale revisione totale entro diciotto mesi dalla pubblicazione ufficiale della relativa iniziativa; e tale proposta va sottoposta al corpo per approvazione tramite referendum – dall’altro lato, l’art.158 della Costituzione bulgara che attribuisce la competenza a deliberare su di una nuova Costituzione ad una Grande

Assemblea Nazionale, appositamente eletta.

L'istituto della revisione totale della Costituzione, poi, è previsto in numerosi ordinamenti dell'America latina. Valga, per tutti, il riferimento alla Costituzione della Costa Rica, che disciplina una riforma costituzionale generale prevedendo che la decisione deve essere approvata dal Parlamento con il voto favorevole dei due terzi dei componenti ed il testo della nuova Costituzione deve essere approvata da un'Assemblea costituente appositamente eletta.

Altri fenomeni sono suscettibili di mettere in crisi la concezione classica di potere costituente: tra questi meritano, a nostro avviso, una sottolineatura **i processi costituenti diluiti nel tempo**; quelli non liberi nei fini, in quanto condizionati dalla comunità internazionale; le Costituzioni pattuite.

I primi sembrano contraddirre le teorie tradizionali secondo cui l'esercizio del potere costituente si esaurisce al momento dell'emanazione di un documento costituzionale. In contraddizione a siffatta convinzione si stanno diffondendo esperienze in cui l'ordinamento costituzionale di un determinato Stato è formato da una pluralità di atti costituenti che si succedono nel tempo, sino a completare un determinato disegno costituzionale.

Emblematica è, in proposito, l'esperienza del Sud Africa che ove l'attività costituente si è sviluppata per fasi, ciascuna delle quali ha dato vita ad un testo di rilevanza costituzionale: la Dichiarazione di intenti del 1991, la Costituzione *ad interim* del 1993, infine la nuova Costituzione del 1996.

Ma si può richiamare anche il processo costituente che ha interessato il Belgio, ove il nuovo assetto costituzionale si è formato attraverso una pluralità di riforme costituzionali intervenute nel 1970 (creazione delle Comunità culturali), nel 1980 (previsione di organi legislativi nelle Comunità e nelle Regioni), nel 1988 (istituzione del *Tribunal de Arbitraje* per garantire il rispetto della distribuzione delle competenze tra i diversi livelli istituzionali), nel 1988 (organizzazione della Regione di Bruxelles capitale nel 1988): rispetto alle quali il testo costituzionale del 1993 assolve più ad una funzione di coordinamento, che di vera e propria attività costituente.

Interesse è anche l'esperienza delle **Costituzioni eterodirette**, le quali sembrano contraddirre l'idea del potere costituente quale attività autonoma ed incondizionata nei fini; e la dottrina per descrivere siffatto fenomeno ha dovuto far ricorso a dei neologismi costituzionali, parlando – di volta in volta – di potere costituente interamente affidato all'ordinamento internazionale (come nel caso delle Costituzioni della Bosnia-Herzegovina e del Kosovo), di potere costituente che si esercita all'interno di un accordo internazionale (come nel

caso delle Costituzioni della Namibia, della Cambogia e della Macedonia), di potere costituente assistito (come nel caso delle Costituzioni dell'Europa orientale, in particolare di quelle interessate al processo di integrazione europea e monitorate dalla Commissione per la democrazia attraverso il diritto).

Le Costituzioni c.d. eterodirette presentano, sotto il profilo della teoria del diritto costituzionale, delle forti criticità: per un verso, trasformano in una finzione giuridica la natura originaria del potere costituente, dal momento che le scelte fondamentali sono compiute da un soggetto esterno all'ordinamento sovrano; per un altro verso, la Costituzione che risulta rischia di peccare di effettività, in quanto carente di una effettiva adesione da parte del popolo ai valori che sono stati codificati. Infatti, vengono costituzionalizzati istituti e principi che non appartengono all'*idem sentire* del paese, con la conseguenza che si producono evidenti disallineamenti tra le prescrizioni contenute nel testo costituzionale ed i comportamenti delle istituzioni e del corpo sociale.

Si potrebbe affermare che si è in presenza di documenti che assumono la forma delle Costituzioni proprie del costituzionalismo, ma che non ne possiedono l'anima.

Assai diffusa è anche l'esperienza delle **Costituzioni “pattuite”**. Tale fenomeno non deve essere confuso con il carattere di compromesso proprio dei moderni ordinamenti democratici e pluralistici, dal momento che oggi le Costituzioni non possono essere espressione omogenea di una particolare ideologia, ma debbono codificare principi in cui si riconoscono le principali componenti politiche, sociali e culturali della società. Per cui naturalmente una Costituzione dovrebbe essere l'espressione della convergenza che si è storicamente determinata tra le forze costituenti.

Diversi sono, invece, i presupposti che stanno alla base delle Costituzioni “pattuite”, in quanto l'oggetto del patto consiste nell'individuazione dei modi attraverso i quali realizzare una transizione da un ordinamento costituzionale ad un altro.

Numerosi sono stati, ad esempio, i patti costituenti che in America latina si sono realizzati tra le forze democratiche, da un lato, e i movimenti di guerriglia interna o le istituzioni militari, dall'altro lato: con l'obiettivo di conseguire una democratizzazione del sistema istituzionale e politico.

In Colombia, un passo previo e necessario per consentire l'elaborazione e la promulgazione della Costituzione del 1991 fu l'accordo fra le autorità governative e i gruppi guerriglieri. In senso analogo, la revisione del testo costituzionale di El Salvador fu resa possibile solo dopo un accordo con il *Frente Farabundo Martí* nel 1991.

I militari – per contro, che nel continente iberoamericano molto spesso si

configurano come elementi di conservazione dello *status quo* – sono stati arbitri del percorso costituente che ha caratterizzato l'Ecuador e il Cile. In Ecuador, furono i militari a nominare due commissioni di giuristi, ognuna con il compito di elaborare un progetto di Costituzione; i cittadini, attraverso un referendum, dovettero quindi pronunciarsi a favore di uno dei due progetti.

In Cile, la mobilitazione popolare, la ripulsa da parte del corpo elettorale del plebiscito che lo avrebbe legittimato ancora a ricoprire la carica di Capo dello Stato e la grave crisi economica costrinsero il dittatore Pinochet ad avviare un processo di transizione democratica. Tuttavia, l'elaborazione della nuova Costituzione fu attentamente monitorata dalle istituzioni militari, che hanno finito per condizionare gli esiti dell'attività costituente: basti considerare che, accanto ad un catalogo di diritti e al riconoscimento del principio rappresentativo, si mantenne in capo all'ex dittatore la funzione del Capo delle Forze armate e si concesse l'immunità ai soggetti maggiormente compromessi con il regime dittoriale.

Da ultimo, appare rilevante il fenomeno delle **transizioni democratiche**, attraverso le quali si realizza il passaggio in forma pacifica da un regime politico ad un altro, da un sistema costituzionale ad un altro. Tali attività costituenti si caratterizzano per un triplice elemento: sotto il profilo degli esiti, si assiste ad un processo unidirezionale, nel senso che si realizza il passaggio da una forma di Stato autoritaria ad un ordinamento democratico; per quanto concerne, invece, le modalità di svolgimento della transizione, il tratto saliente è dato dal suo essere pacifica. In altri termini, il mutamento di regime politico non si caratterizza in misura significativa per la presenza di movimenti violenti o per eventi particolarmente cruenti.

Inoltre, gli esponenti del vecchio regime partecipano all'elaborazione della nuova Costituzione e continuano – almeno in una prima fase – a essere investiti di responsabilità di governo.

Come esempi positivi di transizioni democratiche possiamo segnalare l'esperienza spagnola e del Sud Africa.

In **Spagna**, il processo costituente si inizia nel 1976 – dopo la morte del dittatore Franco – con la nomina a primo ministro di Adolfo Suárez, il quale dà inizio ad una strategia di “*reforma pactada*” tra gli esponenti del regime franchista ed i rappresentanti dei partiti politici dell'opposizione democratica. Il primo documento di rilievo costituzionale della transizione democratica è costituito dalla *Ley de Reforma política* del 4 gennaio 1977, la quale regolò il procedimento di riforma costituzionale che venne affidato ad un Parlamento bicamerale (*las Cortes*) eletto a suffragio universale, diretto e segreto. La

Costituzione avrebbe dovuto essere rigida, fondata sul riconoscimento della supremazia della legge e sulla tutela dei diritti fondamentali della persona.

Le *Cortes constituyentes* furono elette nel giugno del 1977 e procedettero all'elaborazione ed all'elaborazione di una Costituzione che, quindi, approvata il 6 dicembre del 1978 con un referendum costituzionale.

Nel **Sud Africa**, le terribili e sanguinose lotte legate all'*apartheid* non hanno impedito un processo di pacificazione che ha coinvolto gli esponenti sia del *National Party*, espressione della popolazione bianca, sia dell'*African National Congress*, formazione politica storicamente contrapposta al regime di segregazione razziale e di altri partiti rappresentanti gruppi etnici presenti sul territorio.

Il processo costituente sudafricano è stato, innanzitutto, caratterizzato dall'espressa volontà di procedere attraverso negoziazioni multilaterali, in modo da coinvolgere il più ampio numero possibile di soggetti politici e istituzionali. A tal fine, può essere suddiviso in tre fasi, ciascuna scandita da accordi e patti che tendevano a ridurre le divergenze ed coagulare il consenso più vasto possibile sui principi fondamentali della nuova Costituzione: la fase precostituente (1990-1991), di approvazione della Costituzione provvisoria (1991-1993), la fase costituente vera e propria (1993-1996).

La fase precostituente, che si apre con la dichiarazione della fine dell'*apartheid* da parte del Presidente sudafricano e con la liberazione dei numerosi prigionieri politici, si snoda attraverso negoziati che portano, prima, ad un accordo bilaterale tra il Governo e l'*African National Congress* finalizzato ad assicurare un processo di negoziazioni pacifico, quindi, alla determinazione di convocare una *Convention for a democratic South Africa*.

La seconda tappa si apre con l'approvazione di una *Declaration of Intent*, nella quale sono indicati i principi ispiratori che avrebbero dovuto orientare l'elaborazione della Costituzione definitiva (un ordinamento unitario, non razziale, non sessista; una democrazia pluralistica con un sistema elettorale proporzionale; una magistratura indipendente; una Carta dei diritti) e prevede l'approvazione di un documento costituzionale provvisorio e l'elezione di una Assemblea costituente.

La **Costituzione provvisoria** è costituita da un elenco di 34 *Constitutional Principles* da ritenersi vincolanti. Contestualmente vengono istituiti alcuni organi provvisori in funzione di garanzia, tra cui un *Transitional Executive Council* con il compito di assicurare un procedimento elettorale per l'elezione dell'Assemblea costituente "free and fair".

Infine, **la fase costituente vera e propria** si apre con le prime elezioni generali e multirazziali che eleggono il 27 aprile 1994 un'Assemblea nazionale con compiti costituenti. Il suo compito è di approvare una Costituzione nella quale possano riconoscersi tutti i consociati: infatti, come si legge nel testo della Costituzione provvisoria del 1993, la Costituzione deve realizzare “a historic bridge between the past of a deeply divided society …and a future founded on the recognition of human rights, democracy and peaceful co-existence and development of opportunities for all South Africans”.

Il procedimento di elaborazione della Carta costituzionale presenta due caratteristiche originali. Per un verso, si caratterizza per la ricerca di un'ampia partecipazione – parallelamente ai lavori dell'Assemblea nazionale viene definito un *Partecipation program* con l'obiettivo di suscitare l'interesse ed il coinvolgimento della società-; per un altro verso, la prima stesura del testo costituzionale viene sottoposta al controllo della Corte costituzionale al fine di verificare la sua rispondenza ai principi della Costituzione provvisoria.

All'interno delle transizioni democratiche si può annidare un rischio: sintetizzabile nel pericolo che si sia in presenza di un passaggio verso una “democrazia incerta”, qualora i condizionamenti istituzionali del passato rappresentino, al tempo stesso, un freno al cambiamento e la minaccia di un sempre possibile ritorno al passato. Ciò in quanto si determinerebbe una certa continuità fra i sistemi autoritari del passato e i nuovi ordinamenti democratici, rafforzata dal fatto che la genesi del processo costituente ha avuto inizio proprio dagli apparati dello Stato e dagli esponenti del regime precedente.

Perchè si abbia un'effettiva soluzione di continuità e si realizzi una discontinuità su profili qualificanti dell'ordinamento costituzionale è necessario non solo che si realizzi una modifica dei valori che alimentano la società ed organizzano il funzionamento dello Stato; ma anche che si formalizzi un **giudizio negativo nei confronti dei regimi precedenti**.

Le modalità attraverso le quali le nuove Costituzioni esprimono un giudizio sulle passate esperienze costituzionali sono molteplici: si va dalla codificazione dell'improponibilità dei regimi passati (come in Italia ove la Costituzione vieta la ricostituzione del partito fascista e la revisione della forma Repubblicana), alla codificazione di disposizioni che vietano o impediscono, pur nell'ambito di un ampio riconoscimento del pluralismo politico e della libertà di manifestazione del pensiero, la possibilità di comportamenti propri dei precedenti regimi autoritari (come in Germania, ove l'art.18 della Legge fondamentale priva del godimento di alcuni diritti fondamentali chi intende abusarne, cioè utilizzarli al fine di combattere una società libera e democratica).

Alcuni ordinamenti hanno previsto l'istituzione di apposite Commissioni volte a far emergere le responsabilità dei passati regimi ( come nel caso della Commissione per la verità e la giustizia in Sud Africa); altri hanno attribuito ai giudici (costituzionali od ordinari) la competenza a dichiarare l'illegittimità costituzionale delle norme anteriori, contrarie ai nuovi principi costituzionali, in modo da determinare una cesura nella continuità del sistema normativo. Ad esempio, l'art.123 della Costituzione della Repubblica federale tedesca prevede che le leggi anteriori in vigore in quanto non contrastanti con la legge fondamentale ( per cui i giudici sono tenuti a disapplicarle); mentre secondo l'art.163 della Costituzione spagnola i giudici possono optare tra l'alternativa di disapplicare la normativa anteriore contraria alle nuove disposizioni costituzionali ovvero sollevare una questione di legittimità costituzionale dinanzi al Tribunale costituzionale.

Non mancano, tuttavia, esperienze in cui l'esplicitazione di un netto giudizio di condanna – non solo politica, ma anche giuridica – del passato, è risultata particolarmente difficile e si è preferito optare per una sorta di **oblio**. È il caso, ad esempio, delle recenti esperienze del Cile e dall'Argentina.

In Cile la transizione democratica – che seguì un percorso più accidentato per il ruolo determinante svolto dall'esercito e per la presenza “ingombrante” del gen Pinochet – visse una stringente contraddizione, sintetizzabile nel contrasto tra il consolidamento di nuovi principi democratici ( garanzia dei diritti fondamentali, pluralismo politico, elettività degli organi politico-rappresentativi) e la difficoltà di approvare disposizioni capaci di segnare una cesura netta nei confronti della Costituzione politica approvata dalla Giunta militare in precedenza al governo.

Basti considerare, ad esempio, la presenza delle istituzioni militari – che ebbero un ruolo di primo piano nel precedente colpo di stato e nell'instaurazione di una feroce dittatura militare – all'interno di numerosi organi di rilevanza costituzionale (come il Consiglio di sicurezza nazionale o la Giunta di governo). Ma, soprattutto, appare emblematica la XVI disposizione transitoria della nuova Costituzione la quale, regolando il primo periodo presidenziale successivo all'entrata in vigore della Costituzione, stabiliva che continuerà ad essere Presidente della Repubblica sino alla scadenza del mandato il generale Pinochet.

Equalmente contrastato si rivelò, in **Argentina**, il giudizio nei confronti delle torture, degli omocidi, degli arresti arbitrari perpetrati dai componenti delle Giunte militari. Il primo governo costituzionale successivo alla dittatura dispose l'imputabilità per il personale militare delle Forze Armate e del perso-

nale delle Forze di Sicurezza, di Polizia e Penitenziarie sottoposte al controllo delle Forze Armate.

Tuttavia, già nel 1987, in un clima di forti pressioni istituzionali con un forte rischio per il sistema democratico, il Congresso della Nazione emanò una legge conosciuta con il nome di *Ley de obediencia debida y punto final* che dispose, tra l'altro, la non punibilità di coloro che, in qualità di capi ufficiali, di ufficiali subalterni, sottoufficiali e personale di truppa delle Forze Armate, di sicurezza, di polizia e penitenziarie, avessero agito per dovere di obbedienza. Per quanto riguardava, poi, la posizione dei comandanti in capo delle forze armate, il Governo emanò nel 1990 alcuni decreti di indulto, motivati con l'esigenza di favorire una riconciliazione definitiva.

Solo successivamente, nel 2003, il Congresso della Nazione dichiarò nulla la normativa soprarichiamata e la Corte suprema ritenne che i responsabili di tali efferati delitti potessero essere giudicati in quanto rei del delitto di lesa umanità (un reato non prescrivibile).

#### 4. La revisione costituzionale

La tematica della revisione costituzionale si pone, in un certo senso, sul versante opposto rispetto all'attività costituente: quest'ultima approfondisce i modi attraverso cui si instaura un nuovo ordinamento costituzionale, la prima, invece, affronta il problema di quali procedure adottare per cambiare parti del testo della Costituzione e di quali limiti siffatta attività incontra.

Non appaiono, infatti, sostenibili le due posizioni estreme: sia quella che sostiene l'assoluta intangibilità del documento costituzionale – considerandolo perpetuo ed irrevocabile –, sia quella che afferma la mancanza totale di limiti al cambiamento, sulla base del principio secondo il quale una generazione non può vincolare ed assoggettare alle sue leggi le generazioni future.

La disciplina della revisione costituzionale – che alcuni settori della dottrina annoverano tra i meccanismi di tutela della Costituzionalità (in quanto sottopongono la sua modificazione a garanzie ed a limiti) – è influenzata anche da un'ulteriore acquisizione del costituzionalismo: cioè, l'adesione al principio della **rigidità costituzionale**, secondo cui le disposizioni contenute del testo della Costituzione – in quanto esprimono norme fondamentali, che caratterizzano l'ordinamento e che si pongono in una posizione di supremazia rispetto alla legge – possono essere modificate secondo un procedimento distinto e più complesso di quello previsto per la formazione delle leggi ordinarie. Conformemente ad una antica definizione del Dicey in base alla quale una Costituzione è rigida se “l'insieme e le sue parti non possono essere mutati che

con l'impiego di qualche procedimento straordinario di legislazione”.

Tutte le Costituzioni disciplinano l'attività di revisione costituzionale tanto sotto il **profilo formale** che quello **sostanziale**. Il primo considera eminentemente il procedimento previsto per l'approvazione di norme idonee ad introdurre nell'ordinamento norme di rango costituzionale, capaci di innovare e di modificare il testo della carta costituzionale. Il secondo, invece, è riconducibile all'individuazione delle materie che non possono essere oggetto di revisione costituzionale o la cui disciplina non può essere intaccata nel suo contenuto essenziale. D'altra parte, il potere di revisione costituzionale può essere considerato una procedura tramite la quale la Costituzione è capace di adattarsi nel tempo, assecondando gli sviluppi sociali senza che, tuttavia, il senso della stessa ne rimanga leso: da ciò l'opportunità di specificare i limiti che neppure l'attività di revisione può valicare.

**Le procedure** necessarie per la **modifica** o l'abrogazione **di norme costituzionali** variano molto da ordinamento a ordinamento; tuttavia – a meri fini esemplificativi – si possono individuare alcuni criteri principali:

a) alcuni ordinamenti prevedono soltanto una deliberazione legislativa assunta a maggioranza qualificata, normalmente pari ai due terzi (come nel caso dell'Italia) o ai tre quinti (come nel caso della Spagna) dei componenti le assemblee parlamentari;

b) altri inseriscono nel procedimento – accanto alla deliberazione del Parlamento – un intervento diretto, eventuale o necessario, del corpo elettorale attraverso l'istituto del referendum approvativo. È il caso ad esempio della Francia, il cui art. 89 dispone che il disegno o la proposta di revisione debba essere votata dalle due assemblee nell'identico testo ed approvata con referendum, a meno che il Presidente della Repubblica decida di sottoporlo al Parlamento, che lo approva con la maggioranza dei tre quinti dei voti validi; ovvero del Giappone, la cui Costituzione dispone all'art. 96 che gli emendamenti alla Costituzione sono definiti dalla Dieta, mediante voto concorde dei due terzi dei membri di ciascuna Camera, e sottoposti al popolo per la ratifica a mezzo di referendum;

c) diversi ordinamenti – soprattutto dell'Europa del nord e quelli che prevedono l'istituto della revisione totale della Costituzione – accolgono il principio che l'assemblea che propone la modifica della Costituzione non può procedere anche all'approvazione del nuovo testo: si rende necessario, quindi, lo scioglimento delle Camere e la loro rielezione, cosicché la nuova assemblea legislativa potrà decidere la modifica con quella particolare autorevolezza che le proviene dal consapevole orientamento espresso in merito dal corpo elettorale

(è il caso, ad esempio, dell'art. 15 Cost. della Svezia, dell'art. 88 Cost. della Finlandia, dell'art. 110 Cost. dei Paesi Bassi, dell'art. 168 Cost. della Spagna, dell'art. 196 Cost. della Costa Rica, dell'art. 193 della Cost. svizzera).

Una considerazione specifica richiedono **le procedure di revisione** costituzionale **negli ordinamenti federali**, ove la necessaria partecipazione delle comunità territoriali a tale procedimento trova, a nostro avviso, una giustificazione storica ed un fondamento teorico alla luce del processo di formazione degli ordinamenti federali. Basti considerare che lo Stato federale trova il proprio fondamento nell'iniziale decisione di "stare insieme" da parte di ordinamenti originariamente sovrani, i quali hanno pattuito i principi, le regole e le modalità delle relazioni interistituzionali.

Conseguentemente, i contenuti di tale patto non potrebbero essere modificati unilateralmente, senza la partecipazione dei diversi livelli istituzionali che compongono lo Stato federale. Siffatta partecipazione è assicurata ricorrendo a molteplici tecniche, che possono essere ricondotte all'interno dell'alternativa tra chi opta per una diretta partecipazione degli enti rappresentativi delle comunità territoriali e chi preferisce far riferimento alla particolare struttura della Seconda Camera (il c.d. Senato federale).

Inoltre, il diretto coinvolgimento degli Stati membri di uno Stato federale si realizza, di norma, coinvolgendo le entità territoriali nella fase deliberativa. A questo proposito, si può segnalare l'esempio dell'Austria ove l'art. 44 Cost. prevede che la modifica del *Bundesrat* debba essere approvata almeno da 4 degli 8 Stati; ma soprattutto degli Stati Uniti d'America, il cui articolo V prevede, da un lato, che gli emendamenti alla Costituzione debbano essere ratificati dalle legislature di tre quarti degli Stati o dai tre quarti delle convenzioni riunite a tale scopo in ciascuno degli Stati, a seconda che l'uno o l'altro modo di ratifica sia stato prescritto dal congresso; dall'altro lato, che il principio costituzionale della parità di rappresentanza degli Stati nel Senato possa essere modificato soltanto con il consenso unanime.

A sua volta, l'art. 136 della Costituzione della Russia prevede che la modifica delle disposizioni costituzionali in materia di federalismo debbano essere approvate da non meno dei due terzi delle entità.

Alcuni ordinamenti, poi, introducono **procedure** per la revisione della Costituzione **differenziate in ragione dell'oggetto** della disposizione che si intende abrogare o modificare. Ad esempio, con riferimento alla situazione italiana, si può richiamare la fattispecie prevista dall'art. 132 Cost. che disciplina un procedimento di revisione *ad hoc* per la modifica del territorio delle Regioni.

Tuttavia, l'ordinamento che più in là si è spinto nel diversificare le procedure di revisione costituzionale sulla base dell'oggetto è, senza dubbio, il Canada, ove il *Constitution Act, 1982*, nel prevedere percorsi differenziati per la modifica di parti dei documenti di rango costituzionale, per un verso, ritiene determinante il formarsi di una comune volontà tra gli organi rappresentativi della Federazione e quelli delle Province o della Provincia interessata alla revisione costituzionale; per un altro verso, introduce procedure a "geometria variabile" a seconda delle disposizioni costituzionali che si intendono emendare e della loro rilevanza sostanziale.

In particolare, la sezione V, dedicata ai procedimenti *for amending constitution of Canada*, prevede:

- a) un procedimento generale, che richiede il voto favorevole delle Camere federali e delle assemblee legislative delle Province la cui popolazione rappresenti almeno il 50 per cento della popolazione canadese;
- b) un procedimento basato sul diritto di voto di ciascuna provincia per la normativa costituzionale in particolari materie (tra le quali, la composizione della Corte suprema, il bilinguismo, la determinazione delle rappresentanze provinciali nel Senato);
- c) un procedimento basato sulla volontà congiunta del Parlamento federale e di tutti i Parlamenti provinciali delle Province interessate, nel caso di materie riguardanti soltanto alcune Province;
- d) un procedimento basato sulla sola deliberazione del Parlamento federale nelle materie relative al Governo federale ed al Parlamento;
- e) un procedimento di revisione affidato ai Parlamenti di ciascuna Provincia per le materie di loro specifico, esclusivo interesse.

Dal punto di vista sostanziale la problematica della revisione costituzionale si collega al tema dei **limiti materiali** che incontra l'attività di revisione costituzionale. Essi possono essere suddivisi in:

- a) temporali, nel caso in cui si prevede l'impossibilità di procedere alla revisione stessa prima di un determinato lasso di tempo: ad esempio, l'art. 110 Cost. greca impedisce ogni revisione costituzionale prima della scadenza di un termine di cinque anni dopo la fine della revisione precedente;
- b) esplicativi, qualora la Costituzione individua esplicitamente alcuni istituti, articoli o oggetti della carta costituzionale che non possono essere modificati neppure seguendo le procedure previste per la revisione costituzionale. Tra i più significativi limiti esplicativi possiamo annoverare quelli indicati nell'art. 89 Cost. francese (La forma repubblicana di governo non può costituire l'oggetto di revisione), nell'art. 96 Cost. giapponese (I diritti umani fondamentali garantiti dalla Costituzione sono conferiti a questa ed alle future generazioni, col

mandato di garantirne per sempre l'inviolabilità).

c) inerenti ai principi fondamentali, i quali debbono essere individuati nei principi supremi sui quali si fonda un determinato assetto costituzionale, la cui modificazione determinerebbe lo snaturamento dello stesso: trasformando l'attività di revisione in una vera e propria attività costituente. Per esempio, nell'ordinamento costituzionale tedesca rientra tra i principi supremi il principio federale ed i caratteri propri della forma di Stato democratica e sociale.

Diverse Costituzioni, poi, prevedono per la modifica di parti rilevanti della Costituzione una procedura aggravata rispetto all'ordinario *iter* di revisione costituzionale. Valga, per tutti, l'esempio della Costituzione russa, secondo la quale le disposizioni in materia di diritti fondamentali è possibile soltanto convocando – su richiesta di tre quinti dei membri del Consiglio federale e della Duma – un'apposita assemblea costituente.



## CAPITOLO TERZO

# LE PRINCIPALI FORMA DI GOVERNO

## 1. Gli elementi costitutivi la nozione di forma di governo

Lo studio delle forme di governo, per un verso, approfondisce i rapporti che, alla luce delle disposizioni costituzionali, intercorrono tra gli organi titolari dei poteri supremi dello Stato e, dall'altro lato, ricostruisce i modi attraverso i quali il potere di decisione politica si distribuisce tra gli stessi. La particolarità di ciascuna forma di governo attiene, infatti, alla formazione all'interno dello Stato del processo decisionale che esprime l'indirizzo politico.

In senso generale, si può affermare che **la forma di governo esprime** come il sistema politico si organizza istituzionalmente, i differenti **modi in l'attività di indirizzo politico si riparte** tra gli organi costituzionali attivi – in particolare il Parlamento, il Governo, il Capo dello Stato – .

Tuttavia, per individuare i caratteri propri di ciascuna forma di governo occorre considerare anche altri elementi, quali:

- a) le caratteristiche della base sociale (omogenea o frammentata);
- b) la natura del sistema dei partiti (tendente al bipartitismo o al multipartitismo);
- c) il tipo di sistema elettorale (proporzionale o maggioritario);
- d) l'influenza indiretta esercitata da organi di garanzia (Corte costituzionale, ordine giudiziario).

Ne consegue che ogni ordinamento costituzionale esprime una propria forma di governo, differente sia da quella vigente in una fase storica anteriore, sia da quella tipica degli altri sistemi istituzionali coevi.

Tuttavia, la riconosciuta specificità dei singoli ordinamenti costituzionali non può essere spinta sino al punto di negare non solo la possibilità, ma anche l'opportunità di accorpate le diverse esperienze secondo un numero limitato di tipi, in grado di fungere da paradigmi.

Non va, tuttavia, trascurato che **le classificazioni** assolvono, innanzitutto, ad una funzione descrittiva: nel senso che ricavano dall'osservazione e dal confronto del funzionamento concreto di molteplici ordinamenti alcuni tipi astratti. Lo studioso si comporta, in un certo senso, come un botanico che dopo aver osservato attentamente un certo numero di piante le divide secondo le differenze o le unisce secondo le affinità ed alla fine giunge a classificarle in un certo ordine.

Nel caso delle classificazioni costituzionali, poi, si è in presenza di categorie empiriche, non assolute, dal momento che possono essere messe in crisi da concrete decisioni assunte in Costituzione.

Inoltre, ai fini di una corretta comparazione, il ventaglio delle diverse espe-

rienze deve essere circoscritto alle **forme di governo proprie dello Stato costituzionale moderno**. Ciò in quanto il confronto è possibile tra le forme di governo originano dallo stesso ceppo, quello che ha determinato la nascita dello Stato liberale di diritto ed il superamento dell'assolutismo.

I tipi principali di governo sono la forma direttoriale, la forma presidenziale, la forma parlamentare e quella semipresidenziale. E ciascuno di essi si è originato dalle tre esperienze che hanno segnato l'evoluzione del costituzionalismo: la forma parlamentare dal regime costituzionale inglese; forma presidenziale dalla rivoluzione nord americana, la forma direttoriale dalla rivoluzione francese.

Mentre la forma semipresidenziale – o semiparlamentare – ha un'origine recente, dal momento che il suo prototipo è rinvenibile nella Costituzione francese del 1958.

Inoltre, il concreto modo di funzionare delle diverse forme di governo influenza sui caratteri di alcuni principi propri del costituzionalismo democratico. Mi riferisco, in particolare, alla democrazia rappresentativa ed alla separazione dei poteri.

Secondo un'impostazione teorica risalente nel tempo la **democrazia rappresentativa** si contrappone alla democrazia diretta, in quanto nel primo caso i consociati non partecipano direttamente a procedimenti che terminano con decisioni politiche, bensì partecipano ad un procedimento di scelta dei componenti gli organi che debbono assumere le decisioni politiche: nel senso che le volizioni dello Stato sono assunte da rappresentanti selezionati dal corpo elettorale. Tuttavia, oggi, non si può non considerare che la complessità degli ordinamenti costituzionali contemporanei rende, se non impossibile perlomeno marginale l'esercizio diretto di funzioni sovrane.

Se mai, lo Stato democratico e sociale, pur riconfermando la scelta compiuta dallo Stato liberale a favore del principio rappresentativo, si caratterizza per il tentativo – diversamente organizzato – di migliorare i raccordi tra governanti e governati, di agevolare la comunicazione tra società ed istituzioni. Le esperienze più avanzate di democrazia sono propense ad introdurre nell'organizzazione costituzionale un'articolata gamma di istituti che consentano ai cittadini di esercitare penetranti poteri di informazione e di controllo, di critica all'operato dei governanti.

Molteplici **profili inerenti alla** nozione di **democrazia rappresentativa** interessano anche le diverse forme di governo.

Si pensi, ad esempio, alle modalità di costituzione degli organi che esprimono l'indirizzo politico, al ruolo riconosciuto ai partiti politici nel favorire la

partecipazione dei cittadini alla determinazione della rappresentanza politica, alle regole secondo le quali si determina l'accesso in condizioni di egualanza e senza discriminazioni alle cariche elettive, al principio che determina la temporaneità delle cariche ed il rinnovo a cadenza regolare della rappresentanza politica, all'autonomia degli eletti rispetto agli elettori ( regolata sia dal divieto di vincolo di mandato, sia dal riconoscimento di immunità per gli eletti, quale condizione per esercitare liberamente la rappresentanza politica.

Così come concorrono a caratterizzare una determinata forma di governo tanto il tipo di rapporto fiduciario che intercorre tra il corpo elettorale ed i componenti le assemblee elettive, quanto la scelta se regolare un determinato organo – specialmente, il Governo e il Capo dello Stato – come direttamente (composto da membri direttamente selezionati dalla comunità rappresentata) o indirettamente (i cui componenti sono scelti da organi direttamente rappresentativi) rappresentativo.

Le forme di governo appaiono, altresì, influenzate dall'evoluzione del **principio della separazione dei poteri**, il quale deriva la sua genesi dalla critica allo Stato assoluto, in cui tutti i poteri erano accentrati ed i funzionari esercitavano le diverse funzioni in nome del sovrano.

Questo principio ha, quindi, la finalità esplicita di eliminare il potere arbitrario: distribuendo le funzioni tra i poteri in modo che siano introdotti meccanismi capaci di bilanciare la tendenza di ogni potere a prevalere sugli altri. In altre parole, lo Stato costituzionale fraziona tra più organi l'esercizio delle funzioni sovrane dello Stato e pone le regole affinché ciascun centro di potere sia indipendente e capace di equilibrare gli altri.

Tale principio, pur avendo ispirato l'organizzazione di quasi tutti gli ordinamenti democratici cintemporanei, ha trovato una molteplicità di attuazioni pratiche, che hanno dato vita a soluzioni organizzative differenziate a causa tanto del substrato sociale e culturale, quanto delle particolarità della forma di governo.

In proposito, bisogna considerare che il principio della **separazione dei poteri** può essere più linearmente realizzato in un sistema politico retto dai principi della **forma di governo presidenziale** piuttosto che da quelli tipici della **forma parlamentare**. Nel primo caso, la distinzione dei poteri sulla base delle funzioni ed il riconoscimento di una posizione di relativa indipendenza reciproca e di parità è agevolata dal fatto che il titolare del potere esecutivo è eletto direttamente dal popolo, non è responsabile nei confronti del Parlamento, ha un pieno potere di nomina e di revoca dei ministri.

Invece, nelle forme di governo parlamentare un potere ha maggiori possibi-

lità di influire sull'attività di un altro; mentre la posizione di tendenziale parità sembra alterata dal fatto che il Governo è legato al Parlamento dal rapporto di fiducia e che il Presidente della Repubblica riceve la propria legittimazione dalle Camere.

Appare, altresì, evidente che il principio della separazione dei poteri può trovare più agevole attuazione nelle forme di Stato a forte decentramento politico (federali o regionali), piuttosto che in quelle acczentrate.

L'evoluzione delle forme di governo, inoltre, ha influito sul principio della separazione dei poteri, introducendo **alcuni correttivi** rispetto all'impostazione originaria. Tali correttivi si giustificano con il fatto che, oggi, i poteri contrapposti sono molto più articolati e diversificati che nel passato. Da un lato, l'organizzazione politica dello Stato si articola in una molteplicità di organi in posizione di indipendenza, qualificabili come poteri dello Stato (è il caso, ad esempio, del Presidente della Repubblica, della pubblica amministrazione, della Corte costituzionale); dall'altro lato, ai poteri pubblici si contrappongono anche rilevanti e determinanti poteri allocati nella società, piuttosto che nello Stato apparato, i quali non possono non essere presi in considerazione qualora si voglia dare concreta attuazione al criterio "il potere arresta il potere", a causa della loro influenza nella formazione dei processi decisionali pubblici.

Inoltre, la più recente esperienza costituzionale evidenzia l'individuazione di istituti e di tecniche finalizzate a rafforzare l'effettività del principio della separazione dei poteri. A titolo di esempio, possiamo richiamare:

- a) l'introduzione di regole al funzionamento del sistema politico ed elettorale volte a facilitare la sostituzione delle maggioranze di governo ed a rendere difficile la cristallizzazione del potere;
- b) la regolazione dei poteri sociali, con particolare riferimento ai processi economici ed all'incidenza delle innovazioni tecnologiche sui diritti fondamentali della persona;
- c) l'accentuazione dei poteri di controllo, sia politici – da parte dell'opposizione – sia giuridici – affidati soprattutto ad una magistratura autonoma ed indipendente –;
- d) una equilibrata distribuzione dei poteri non solo tra i poteri dello Stato centrale, ma anche tra i diversi livelli istituzionali in cui si articola lo Stato ordinamento (Stato, Regioni, enti locali territoriali).

## 2. I caratteri della forma di governo direttoriale

La forma di governo direttoriale – che connota oggi soprattutto l'esperien-

za della Svizzera – ha il suo referente storico nella **Costituzione francese del 1795**.

Nei tumultuosi periodi che segnano la transizione tra la fine della Monarchia e l'affermazione dello Stato costituzionale di diritto, il dibattito costituente in tema di organizzazione dei poteri registra un netto favore per il principio di collegialità.

Di conseguenza, per un verso, non si sostituisce la figura del Re con un'altra figura monocratica, ma elettiva, ma si opta per collocare al vertice del potere esecutivo un organo collegiale e rappresentativo; per un altro verso, si dà vita ad un “governo assembleare”, nel senso che l'assemblea elegge il Consiglio esecutivo.

In particolare, la Costituzione del 1795, sotto il profilo dell' **organizzazione dei poteri**, prevede che il potere legislativo sia esercitato da un parlamento bicamerale, composto dal Consiglio dei cinquecento – che ha competenza esclusiva in materia legislativa ed approva la legge dopo tre letture – e dal Consiglio degli anziani – costituito da 250 membri – il quale può approvare o rigettare (ma non modificare) le decisioni del Consiglio.

Il carattere assembleare del Parlamento è espresso dal divieto di creare al proprio interno comitati o commissioni permanenti; inoltre, i componenti le assemblee vengono rinnovati annualmente per un terzo, ritenendo che la qualità democratica di un organo dipenda anche dalla brevità della durata in carica dei suoi componenti.

Il potere esecutivo, a sua volta, è affidato ad un organo collegiale (Direttorio) di 5 membri, eletti dal corpo legislativo, i quali durano in carica per 5 anni e non possono essere revocati con un voto parlamentare. I ministri sono responsabili nei confronti del Direttorio, che li può revocare *ad nutum*

Tra i due poteri – il Parlamento ed il Direttorio – sussiste una forte omogeneità politica, che si realizza al momento dell'elezione del Direttorio. Tuttavia, tra i due organi non si instaura un rapporto di fiducia: il Direttorio non può essere sfiduciato, non è responsabile politicamente, ma soltanto giuridicamente (per tradimento, dilapidazione, manovre per rovesciare la costituzione, attentato contro la sicurezza interna). A loro volta, le assemblee parlamentari non possono essere sciolte anticipatamente dall'esecutivo.

Inoltre, la separazione tra i due poteri è evidenziata anche dalla codificazione del principio per cui tra la carica di deputato e di membro del direttorio sussiste una condizione di incompatibilità .

Se la Costituzione francese del 1795 può essere considerata il prototipo della forma di governo direttoriale, si può affermare che l'esperienza più signi-

ficativa di governo direttoriale si sia realizzata nella **Confederazione svizzera**.

In tale sistema costituzionale opera un **Parlamento** (Assemblea federale) **bicamerale**, formato da due Camere: il Consiglio nazionale ed il Consiglio degli Stati. Il primo rappresenta il popolo svizzero e conta 200 deputati eletti proporzionalmente alla popolazione dei vari Cantoni. Il Consiglio degli Stati, invece, è composto da 46 deputati scelti su base cantonale – nel senso che ad ogni Cantone spettano 2 seggi, mentre i semicantoni hanno diritto ad un solo deputato.

Lo scioglimento anticipato delle Camere è previsto solo in caso di revisione totale della Costituzione: in tal caso, infatti, l'Assemblea federale è automaticamente sciolta e rieletta.

Il bicameralismo svizzero è sostanzialmente paritario, nel senso che una deliberazione è valida solo se è approvata nella stessa versione dai due rami del Parlamento. Qualora il Consiglio nazionale ed il Consiglio degli Stati non trovino l'accordo su un testo comune si attiva una procedura per superare le divergenze, la quale prevede una conferenza di conciliazione nel caso in cui, dopo tre passaggi della deliberazione tra le due Camere, non si raggiunga il consenso.

Conformemente ai principi della forma direttoriale, il **Governo** (Consiglio federale) è eletto ogni quattro anni dall'Assemblea federale ed i suoi componenti rimangono in carica per tutta la durata della legislatura: non possono essere rimossi durante la legislatura, in quanto il voto di sfiducia non è contemplato dalla Costituzione svizzera. Conseguentemente, in assenza di un rapporto di fiducia, il Governo elvetico non ha né il potere di sciogliere anticipatamente il Parlamento, né quello di porre la questione di fiducia.

Inoltre, l'Assemblea federale elegge, tra i sette componenti del Consiglio federale, il Presidente del Consiglio ed è tradizione che questa carica venga fatta ruotare fra tutti i membri del Consiglio federale. Una peculiarità della forma di governo della Svizzera è costituita dalla circostanza che il membro del Consiglio federale, ossia del Governo, che presiede il Consiglio stesso svolge anche le funzioni proprie del Capo dello Stato.

L'interdipendenza che sussiste tra gli organi costituzionali di indirizzo politico e la loro sostanziale omogeneità politica fa sì che il **rapporto tra Parlamento e Governo** si ispiri prevalentemente ad una logica **collaborativa**. In particolare, i due organi sono chiamati a collaborare sia nella formazione delle leggi, sia nella cura degli affari esteri, sia in materia di sicurezza interna ed esterna, nonché in tema di politica finanziaria e di rapporti fra la Confederazione e i Cantoni.

Volendo definire i **caratteri essenziali della forma di governo direttoriale**, si possono evidenziare le seguenti caratteristiche:

a) il potere legislativo, rappresentato dall'Assemblea federale, si pone al vertice del sistema ed è dotato di poteri supremi: elegge il Consiglio federale – organo titolare del potere esecutivo – ed il Presidente della Confederazione;

b) il Capo del Governo è anche il Capo dello Stato federale. Ma il Presidente della Confederazione è sostituito annualmente, determinandosi una rotazione all'interno del Consiglio federale – composto da sette membri —, che dura in carica quattro anni;

c) il potere legislativo nomina il Governo, ma non ha la possibilità di revocarlo o di determinarne le dimissioni. Anche se il secondo è tenuto a rendere annualmente conto del proprio operato al primo, tra i due organi non sussiste un vero e proprio rapporto di fiducia: il Governo non può essere revocato prima della sua scadenza ordinaria (quattro anni);

d) il carattere rappresentativo della forma di governo è mitigato dal ruolo particolare che la Costituzione svizzera assegna al corpo elettorale, chiamato a pronunciarsi – attraverso il referendum – con una certa frequenza ed in modo vincolante su questioni di notevole rilevanza politica.

### 3. I caratteri della forma di governo presidenziale

La forma di governo presidenziale si identifica con l'organizzazione costituzionale e la ripartizione dei poteri codificata dalla **Convenzione di Filadelfia (1787)**, che decise di completare il processo di federalizzazione adottando una Costituzione federale elaborata sulla base delle Costituzioni nazionali.

Tale Costituzione possiede una triplice caratteristica: da un lato, secondo la tradizione storica delle Costituzioni degli Stati federali, conteneva soltanto disposizioni relative all'organizzazione dei poteri – mancava una vera e propria Carta dei diritti fondamentali, che inizierà a formarsi successivamente a partire dal 1791 con i primi dieci emendamenti – ; dall'altro lato, tende a distribuire le competenze secondo un'applicazione lineare del principio della separazione dei poteri.

Inoltre, si segnala per l'affermazione che la Costituzione e le leggi degli Stati Uniti prevalgano nei confronti della normativa statale.

Nella fase liberale, la Federazione venne organizzata secondo il modello del Montesquieu per cui le funzioni proprie dello Stato erano ripartite tra tre poteri, distinti e indipendenti: il Congresso, il Presidente, le Corti: anche se tale separazione era parzialmente attenuata da alcuni *checks and balances* in modo

che ciascun potere potesse operare da freno rispetto all'azione degli altri: come, ad esempio, il potere di voto del Presidente sulle leggi approvate dal Congresso, il necessario consenso del Senato per la ratifica dei trattati stipulati dal Presidente e per la nomina di alti funzionari, il potere della Corte suprema di controllare la costituzionalità delle leggi.

Sotto il profilo specifico dell'organizzazione del **Parlamento**, appare peculiare la posizione costituzionale del Senato, in relazione alla quale influì la natura sia del processo costituente, sia della composizione sociale del popolo. Quest'ultima, caratterizzata dall'assenza della nobiltà, rendeva improponibile l'esperienza storica della madrepatria – cioè l'istituzione di una Camera Alta di formazione nobiliare (la Camera dei Lord); inoltre, le scelte costituenti non potevano non tenere conto del processo politico- costituzionale che tra il 1774 e il 1787 aveva determinato la rottura delle colonie dalla madrepatria, la formazione di tredici Stati indipendenti, l'approvazione di una confederazione e, successivamente, la nascita di uno Stato federale.

La soluzione è consistita, quindi, nell'affiancare ad una Camera dei rappresentanti – i cui membri, eletti ogni due anni, rappresentano il popolo della federazione – un Senato che dura in carica sei anni (ma un terzo è rinnovato ogni due anni) e assolve alla funzione di rappresentare in misura paritaria gli Stati (due per Stato). Il principio dell'eguale rappresentanza degli Stati nel Senato è, inoltre, rafforzato dalla clausola che impone l'unanimità tra gli Stati per revisionare tale disposizione.

Inoltre, il Senato partecipa in misura incisiva sull'attività di governo: sia sul piano simbolico- il vice Presidente degli Stati Uniti è anche Presidente del Senato- sia sotto il profilo dei poteri, dal momento che – come si è visto- tale organo ha un potere di nomina (di alti funzionari) e partecipa alle decisioni di politica estera, esprimendo il proprio consenso alla ratifica dei trattati internazionali stipulati dal Presidente .

Se l'assetto del Parlamento esprime la natura federale degli USA ed evidenzia la duplice natura della Costituzione – come patto tra i cittadini e tra gli Stati –, le scelte in ordine **alla struttura del potere esecutivo** esprimono la netta opzione a favore di uno Stato unitario e democratico. Il principio democratico – rappresentativo si manifesta sia nell'affermazione del principio repubblicano (che si contrappone al principio monarchico proprio degli ordinamenti europei), sia nella previsione che tutti i poteri debbono avere una legittimazione democratica e le cariche essere elettive. Da ciò il favore per un esecutivo monocratico, eletto direttamente da un corpo elettorale specifico.

A sua volta, il principio unitario è simboleggiato dalla **figura del**

**Presidente** quale espressione dell’unità politica del popolo. Il Presidente riuscirebbe nelle sue mani i poteri propri del Capo dello Stato e del Capo del Governo, risponde della propria azione direttamente nei confronti del popolo, che lo elegge e può revocare la fiducia ogni quattro anni. Inoltre, si attribuiscono al Presidente tutti i poteri necessari per rendere tale principio effettivo e operante: conformemente all’affermazione di Hamilton, ad avviso del quale “l’energia dell’esecutivo rappresenta una caratteristica principale di buon governo”.

A tal proposito, va ricordata la previsione dell’art.II, Sezione 3 della Costituzione che consente al Presidente di proporre tutti quei provvedimenti che riterrà necessari e convenienti per il bene del paese, a meno che non siano vietati dalla Costituzione e dalle leggi. Una facoltà ai cui si è fatto ricorso in misura significativa, soprattutto nei periodi di crisi : come, ad esempio durante la Guerra civile (1861- 1865) o per fronteggiare – in tempi recenti – il pericolo del terrorismo internazionale.

Come è noto il testo della Costituzione degli Stati Uniti d’America non è stato oggetto di revisioni formali; è, tuttavia, indubbio che la forma di governo presidenziale abbia registrato degli “aggiustamenti” anche significativi; che siano prodotte delle modificazioni anche rilevanti, pur nell’invarianza del testo originario della Costituzione, soprattutto nel passaggio dallo Stato liberale allo Stato democratico e sociale.

In particolare,

a) la Presidenza assume una posizione di centralità all’interno del Governo: da “esecutore” (secondo la costituzione è investito del potere esecutivo) si trasforma in “motore” della politica governativa, diviene il vero titolare dell’indirizzo politico; partecipa intensamente al procedimento legislativo, non solo ricorrendo al potere di voto, ma anche esercitando con frequenza crescente l’iniziativa legislativa e adottando atti legislativi su delega del Parlamento. Nello stesso tempo, il XXII emendamento si propone di evitare il pericolo di una eccessiva cristallizzazione del potere, stabilendo che nessuno può essere eletto Presidente per più di due volte;

b) il potere esecutivo, incarnato dalla figura del Presidente, inizia a dotarsi di una struttura collegiale; si forma all’interno del Governo un sorta di *Cabinet* (l’ *Executive Office for President*), composto da un gruppo di ministri di fiducia del Presidente con il compito di aiutarlo nel suo lavoro. Tale organo diviene, a poco a poco, la sede all’interno della quale maturano le decisioni presidenziali;

c) ai tre tradizionali poteri dello Stato si affiancano altri poteri, distinti ed autonomi: da un lato, si accresce il ruolo l’amministrazione pubblica, che

potenzia i suoi poteri normativi e la propria autonomia dal Governo. Dall'altro lato si sviluppa l'esperienza delle Commissioni indipendenti (*Independent Regulatory Commissions*) : si tratta di organi, composti da tecnici esterni all'amministrazione, cui è attribuita una sostanziale indipendenza dagli altri poteri dello Stato. Ad essi, dotati di ampi poteri discrezionali, regolamentari e di sanzione, è affidato il governo di interi settori dell'economia e della vita sociale: come, ad esempio, la concorrenza, i trasporti, la politica monetaria, le società commerciali, sistema radiotelevisivo.

Come anticipato, pur esistendo differenti esperienze di governi presidenziali, si è storicamente e culturalmente instaurata una sorta di identificazione tra il prototipo – rappresentato dalla Costituzione degli Stati Uniti d'America – ed il modello, cossicchè **i caratteri essenziali della forma di governo presidenziale** coincidono nella sostanza con quelli propri dell'ordinamento costituzionale degli Stati Uniti d'America.

Si può, quindi, affermare che la forma di governo presidenziale si segnala per separazione che esiste tra il potere legislativo e quello esecutivo. Non a caso nella forma presidenziale si invera in modo limpido il principio costituzionale della separazione dei poteri. Tanto il Presidente, quanto le Camere sono elette direttamente dal corpo elettorale e ad esso rispondono del loro operato: manca, quindi, ogni forma di responsabilità politica di un organo nei confronti dell'altro. Il Parlamento non può provocare la crisi dell'esecutivo ed il Presidente non può decidere lo scioglimento anticipato delle assemblee legislative.

Costituiscono ulteriori profili caratteristici di tale forma di governo:

*a)* la coincidenza soggettiva tra Capo dello Stato (il Presidente) e Capo del Governo;

*b)* l'assenza del Governo come organo autonomo e collegiale;

*c)* l'elezione temporale differenziata degli organi espressivi dei due poteri contrapposti, sì da consentire – nello spirito del principio della separazione dei poteri – la creazione di maggioranze politiche non necessariamente omogenee;

*d)* la non partecipazione del Presidente ai lavori delle Camere: tuttavia, i Ministri partecipano alle attività delle commissioni per illustrare la politica governativa e per immettere nel processo di produzione normativa il punto di vista del Governo.

La forma di governo presidenziale si caratterizza, però, anche per la presenza di numerosi e significativi **meccanismi volti a ridurre la rigidità della separazione tra i poteri**. Va considerato, ad esempio, che secondo la Costituzione nordamericana:

a) la posizione di preminenza del Presidente è mitigata dalla durata limitata del suo mandato e dalla possibilità per la Camera dei deputati di porlo in stato di accusa per tradimento, concussione o per altri gravi reati. Il giudizio ha luogo, in questo caso, innanzi al Senato, che funge in proposito da Alta Corte di giustizia;

b) l'autonomia della funzione legislativa è compensata dalla possibilità di voto da parte del Presidente. Il voto può essere rimosso soltanto con una nuova votazione da parte delle Camere che deve avvenire per appello nominale e conseguire il voto favorevole dei due terzi dei componenti l'assemblea;

c) l'autonomia del potere esecutivo è bilanciata dal fatto che la nomina dei funzionari federali di grado più elevato e dei giudici della Corte suprema deve ottenere il gradimento del Senato. Al Senato compete, inoltre, l'approvazione dei trattati internazionali.

Il **principio presidenziale** e repubblicano ha fortemente influenzato altri sistemi costituzionali, ha esercitato un notevole forza attrattiva al punto che alcuni studiosi hanno parlato, a tal proposito, di uno “spirito missionario” che anima la Costituzione degli Stati Uniti d’America.

L'influenza, più che in europea, si rivelò particolarmente evidente nel “nuovo mondo”, **nel continente latinoamericano**, che fu influenzato non soltanto dalle idee liberali, ma anche – in particolare- dalle due opzioni fondamentali della Costituzione statunitense: cioè il federalismo ed il presidenzialismo. È significativo, infatti, che i nuovi Stati – formatisi in seguito all'acquisita indipendenza dalla Corona spagnola e portoghese – optarono per la soluzione repubblicana; mentre risultò assai diffusa l'opzione per una forma di Stato federale, accompagnata da una forma di governo presidenziale.

È indubbio che l'esperienza nordamericana ha funzionato nei loro confronti come un “modello” a cui ispirarsi.

Tuttavia, nonostante la sopraricordata influenza e la circostanza che l’America latina abbia partecipato appieno al pensiero filosofico e politico del costituzionalismo occidentale, gli esiti delle soluzioni costituzionali adottate nei diversi Stati furono assai diversi.

Tale differenza deve, a nostro avviso, essere imputata alla specificità delle culture costituzionali di quel continente, che hanno inciso sul concreto operare delle disposizioni costituzionali: per cui, la soluzione presidenziale – al pari di quella federale e democratico rappresentativa – segna un progressivo allontanamento dalla spirito (più che dalla lettera) del costituzionalismo noramericano ed europeo.

### **I differenti esiti prodotti dal presidenzialismo in America Latina (rispet-**

to all'esperienza nordamericana) sono imputabili soprattutto al fatto che tale forma di governo è stata inserita in sistemi costituzionali ove non sussistevano – oppure sussistevano in misura non compiuta – i principi propri dello Stato di diritto e dello Stato democratico, con particolare riferimento alla separazione dei poteri e alla democrazia rappresentativa. Si è determinato, quindi, un forte accentramento ed una concentrazione del potere senza attivare i necessary contrappesi, senza rafforzare gli istituti di controllo e di garanzia, senza – infine – assicurare l'autonomia e l'indipendenza del potere giudiziario.

In altri termini, pur nella specificità dei singoli ordinamenti costituzionali, il presidenzialismo dell'America Latina si caratterizza per un forte predominio del potere esecutivo, non controbilanciato da un'adeguata realizzazione del principio della separazione dei poteri.

Rilevante, poi, è il **ruolo** che i **Presidenti** svolgono sia **nel dichiarare gli stati di eccezione**, sia nell'esercitare i relativi poteri di natura eccezionale: anche se una tendenza positiva delle nuove Costituzioni consiste nella volontà di limitare il ricorso a tale dichiarazione, di salvaguardare in tale contesto la garanzia di alcuni diritti fondamentali, di assicurare al Parlamento la competenza a revocare o disciplinare lo stato di eccezione.

A tali elementi di natura costituzionale se ne possono aggiungere altri, con riferimento alla cultura istituzionale e alla struttura sociale di quei paesi. Gli studiosi sottolineano, in particolare, il condizionamento derivante da una forte personalizzazione della politica, una concezione patrimonialistica del potere, una spiccata propensione al clientelismo – cioè l'attribuzione di privilegi a gruppi o a individui al fine di conservare il consenso politico-.

I limiti dell'esperienza presidenziale in America Latina sono evidenti, cosicché alcune riforme costituzionali – introdotte dopo la fine dei regimi militari e l'instaurazione di governi più democratici – hanno evidenziato una **tendenza a riequilibrare i poteri a favore del Parlamento**. Cosicché mentre alcuni ordinamenti mantengono una forma di governo di tipo parlamentare o direttoriale (ad es. l'Uruguay), molti ordinamenti di tipo presidenziale stanno modificandosi, avvicinandosi alle forme proprie del semipresidenzialismo.

Sintomatico appare, in proposito, l'esempio dell'Argentina, che ha introdotto la figura del Capo di Gabinetto – una specie di primo ministro incaricato dell'amministrazione generale del Paese che esercita praticamente le stesse funzioni del Presidente del Consiglio di Ministri francese. Il Capo di Gabinetto è politicamente responsabile sia nei confronti del Presidente (che lo nomina), sia del Parlamento che può votare una mozione di censura.

Un'accentuazione dei poteri di controllo del Parlamento è prevista, inoltre,

nella Costituzione brasiliana, secondo la quale il legislativo può sospendere gli atti dell'esecutivo che oltrepassano i limiti del potere regolamentare o della delega legislativa.

#### 4. I caratteri della forma di governo parlamentare

Il governo parlamentare rappresenta – tra le organizzazioni del sistema politico ed istituzionale contemporanee – la forma di governo maggiormente diffusa tra gli ordinamenti che si ispirano al costituzionalismo europeo, nonché quella maggiormente risalente nel tempo.

La formalizzazione dei suoi elementi caratteristici è il frutto di un lento processo storico, contrassegnato dalla progressiva erosione dei poteri della Corona a favore di assemblee legislative rappresentative. Non vi è dubbio, inoltre, che tale forma di governo sia tributaria della **tradizione costituzionale del Regno Unito**, dei suoi principali documenti e convenzioni costituzionali.

Con il *Bill of Rights* del 1689 si riconoscono le prerogative del Parlamento (libere le elezioni, *interna corporis*), soprattutto vengono individuate le decisioni che la Corona non può assumere senza il consenso del parlamento: tra cui, sospendere l'esecuzione delle leggi, riscuotere tributi, dispensare dalle leggi, tenere un esercito permanente in tempo di pace.

In tale periodo, non si determinano ancora i caratteri propri della forma di governo parlamentare, dal momento che il Parlamento non possiede il potere di far dimettere il governo in carica con un voto *ad hoc*; tuttavia, in via di prassi, si affermano alcune interessanti convezioni costituzionali che preparano il terreno all'affermazione della forma parlamentare: in particolare, l'emergere all'interno della compagine governativa della figura di un ministro al quale compete ricercare in Parlamento il consenso per la spesa pubblica.

In seguito all'*Act of settlement*, 1701, si forma un organo collegiale con funzione di governo, il *Privy Council*, cui spettano tutte le materie e gli affari relativi al buon governo del Regno. A poco a poco, sempre in via di prassi **si afferma una più articolata struttura di governo**: per un verso il *Privy Council* si articola in più comitati e tra questi assume una posizione di preminenza il *Committee for Foreign Affairs*, che si riunisce nella sala privata del Re e dà vita alla graduale formazione del Cabinet; per un altro verso, all'interno del Cabinet acquista un posizione di rilievo “il primo lord della Tesoreria” che diventerà il Primo ministro.

Esso, benché nominato dal Re, deve necessariamente relazionarsi con il Parlamento al fine di attenere il suo consenso politico. Comincia ad affermar-

si (pur non essendo tale atto obbligatorio giuridicamente) la regola per cui il Primo ministro si dimette qualora la sua politica non sia approvata dal Parlamento

Il passaggio definitivo dalla forma costituzionale pura alla forma parlamentare si realizza quando il governo per governare necessita della fiducia del Parlamento e l'istituto dello scioglimento del parlamento da prerogativa regia diviene strumento per dirimere un conflitto tra Governo e maggioranza parlamentare.

Alla luce dell'evoluzione storica, **la forma parlamentare classica** – identificabile con l'esperienza del sistema inglese – si caratterizza per i seguenti elementi:

a) il Capo dello Stato ha poteri effettivi ridotti – nel caso della Corona inglese, ad esempio, si sostanziano nel diritto “di essere consultata, di incoraggiare, di avvertire dei pericoli inerenti a qualche decisione” –;

b) la discrezionalità nella scelta del Primo ministro è assai limitata, dal momento che essa deve ricadere sul leader del partito che detiene la maggioranza in Parlamento;

c) il Governo, per governare, necessita della fiducia da parte del Parlamento e, qualora essa venga meno, ha l'obbligo giuridico di dimettersi;

d) il Primo ministro, per contro, ha il potere di sciogliere le assemblee legislative e può ricorrere a tale istituto con ampia discrezionalità;

d) il Parlamento è bicamerale, ma non paritario. I membri della Camera dei Comuni sono eletti a suffragio universale, sulla base di sistema elettorale maggioritario, uninominale a turno unico: tale formula elettorale, pur non garantendo l'esatta rappresentazione dell'elettorato, ha favorito una tendenziale polarizzazione dell'elettorato in due partiti, nonché un'invidiabile stabilità politico-istituzionale.

Per contro l'*House of Lords* è la camera non elettiva del Parlamento composta da un numero variabile di membri, appartenenti a due categorie: i *Lords Spiritual* (ecclesiastici anglicani) ed i *Lords Temporal*, i quali a loro volta si possono suddividere in: a) *Life Peers* che acquistano il diritto di essere membri a vita dell'*House of Lords*; b) *Hereditary Peers*: sono i nobili per diritto ereditario; c) i *Law Lords*, che sono alti magistrati.

In estrema sintesi, i **principi organizzativi della forma di governo parlamentare** sono tre:

a) la responsabilità politica del Governo nei confronti del Parlamento: nel senso che tale organo ha bisogno della fiducia delle Camere per poter governare ed è costretto a dimettersi qualora tale rapporto di fiducia si incrini;

b) l'autonomia del Capo dello Stato, che costituisce un potere autonomo, distinto dal potere esecutivo, il quale si differenzia dagli altri poteri attivi per la sua funzione di garanzia;

c) una forte integrazione tra i poteri.

Mentre il Parlamento influisce sul Governo attraverso la fiducia, il Governo e il Capo dello Stato condizionano a loro volta l'attività del Parlamento, utilizzando diversi istituti tra i quali spicca il potere di scioglimento dell'assemblea legislativa. Inoltre, Capo dello Stato e Governo si controllano vicendevolmente attraverso l'istituto della controfirma.

Al fine di ridurre alcuni limiti insiti nelle forme di governo parlamentari – in particolare in quelle caratterizzate da un eccessiva frammentazione politica e da sistemi elettorali che non sempre assicurano una maggioranza stabile e duratura (tra cui le frequenti crisi di governo o la difficoltà per l'esecutivo di esprimere un indirizzo politico omogeneo), – diversi ordinamenti che si ispirano alla forma parlamentare si sono evoluti, dando vita a forme di **parlamentarismo razionalizzato**.

Tale variante si propone di introdurre alcuni correttivi al modello classico, con l'obiettivo di rafforzare la stabilità del Governo, di facilitare la soluzione delle crisi governative, di conferire maggior efficienza al processo di decisione politica. In particolare, le **finalità della razionalizzazione** possono essere individuate nel:

- a) rendere difficile la crisi (ad esempio, prevedendo l'istituto della fiducia costruttiva);
- b) rendere la crisi non conveniente (ad esempio, rendendo obbligatorio lo scioglimento anticipato dell'assemblea legislativa in caso di dimissioni del Governo);
- c) prevenire le crisi (ad esempio, prevedendo nel sistema elettorale clausole di sbarramento o premi di maggioranza);
- d) rafforzare il ruolo del Capo del governo (ad esempio, votando la fiducia solo a tale organo, cui compete il potere di nomina e revoca dei ministri).

Le modalità attraverso le cui si può conseguire una razionalizzazione della forma di governo parlamentare sono, pertanto, molteplici: cosicché i diversi Stati che si richiamano a tali obiettivi presentano un'organizzazione costituzionale specifica, non generalizzabile. A fini meramente esemplificativi, possiamo evidenziare le specificità del sistema tedesco e di quello spagnolo.

In **Germania** l'opzione a favore di un sistema parlamentare ampiamente razionalizzato fu influenzata della drammatica esperienza di Weimar: la

Costituzione del 1949, a proposito della forma di governo, si caratterizza sia per la presenza di numerosi istituti finalizzati ad assicurare la regolarità della vita istituzionale e la stabilità dei governi, sia per la scelta di un sistema interamente rappresentativo, che non prevede la partecipazione diretta dei cittadini alle decisioni finali (non va dimenticato che Hitler salì al potere grazie ad un plebiscito popolare).

In particolare, la forma di governo razionalizzato della Repubblica Federale tedesca si impenna sull'introduzione della sfiducia costruttiva (contestualmente alla votazione della sfiducia deve essere nominata la nuova compagine governativa), sulla creazione di un rapporto fiduciario tra il *Bundestag* ed il Cancelliere (mentre i Ministri sono responsabili nei confronti del Cancelliere e possono essere da questo sostituiti e rimossi, senza che si determini una crisi di Governo).

Inoltre, per evitare un'eccessiva frantumazione parlamentare è stata introdotta una clausola di sbarramento elettorale del 4% (che tende a semplificare lo schieramento politico pur con un sistema elettorale proporzionale).

La forma di governo vigente in **Spagna**, a sua volta, si segnala per il particolare meccanismo che regola la formazione del Governo.

Al momento di costituire un nuovo Governo – in seguito ad elezioni o ad una crisi – il Re procede alle consultazioni degli esponenti dei gruppi parlamentari e dei gruppi politici al fine di acquisire le informazioni necessarie per proporre un candidato a Presidente del Governo. Nell'esperienza politica spagnola, il candidato *premier* è normalmente individuato nel leader del partito che ha ottenuto la maggioranza di seggi nel Congresso.

Concluse le consultazioni, il Re propone, con la controfirma del Presidente del Congresso, un candidato a Presidente del Governo, il quale espone il programma politico del Governo che intende formare davanti all'assemblea plenaria del *Congreso*, (la sola Camera cui spetta accordare la fiducia al candidato), richiedendone la fiducia. Nel caso in cui il candidato non ottenga la fiducia, il Re procede ad una nuova candidatura.

Ma se, trascorsi due mesi dalla prima votazione di investitura, nessuno dei candidati proposti ha ottenuto la fiducia del *Congreso*, il Re scioglie entrambe le Camere e convoca nuove elezioni con un atto controfirmato dal Presidente del Congresso.

Dopo aver ottenuto la fiducia il Presidente presenta una lista dei suoi futuri Ministri e collaboratori che vengono nominati dal Re.

## 5. I caratteri della forma di governo semipresidenziale

La forma di governo semipresidenziale è di formazione recente – dal momento che la prima esperienza riconducibile a tale tipo è sicuramente la Costituzione francese del 1958. E l'esigenza di procedere alla ricostruzione teorica di una nuova forma di governo – rispetto a quelle “classiche” – nasce dal fatto che l'ordinamento costituzionale francese scaturito dalla grave crisi istituzionale del 1958, per la sua specificità, non era riconducibile a nessuno dei tipi sinora utilizzati dalla dottrina.

Inoltre, pur trattandosi di **un ibrido tra la forma presidenziale e quella parlamentare** (piuttosto che di un nuovo “modello”) non solo ha suscitato interesse crescente in dottrina, ma è stato anche oggetto di una significativa circolazione giuridica: ascrivibile, probamente, alla sua capacità di accostare i pregi della forma presidenziale a quelli propri della forma parlamentare.

La **sua origine** è riconducibile alla Costituzione francese del 1958 e le originali soluzioni istituzionali introdotte in tale occasione furono la risultante di un processo costituente “anomalo”, attivato – in seguito alla grave crisi internazionale provocata dalla guerra in Algeria – per superare la conflittualità e la frammentazione del sistema politico, l'incapacità della forma di governo delineata dalla Costituzione del 1946 di assicurare la governabilità del sistema, testimoniata dal rapido succedersi di crisi di governo – tutte extraparlamentari –.

Una volta conferito al generale De Gaulle l'incarico di formare un governo di emergenza, il Parlamento accordò poteri speciali al nuovo governo per sei mesi e per consentire ad esso di adottare una nuova Costituzione introdusse una deroga all'ordinaria procedura di revisione costituzionale, approvando la legge costituzionale del 3 giugno 1958.

I limiti cui il Governo si doveva attenere nell'esercizio del potere costituenti furono del tutto vaghi (suffragio universale, separazione dell'esecutivo dal legislativo, richiamo alle Dichiarazioni dei diritti del 1789 e del 1946, organizzazione di nuovi rapporti con i territori di oltremare) salvo l'obbligo – dal punto di vista procedurale – di sottoporre il testo della Costituzione ad un referendum popolare e di prevedere – sotto il profilo sostanziale – la responsabilità del Governo dinanzi al Parlamento.

La soluzione istituzionale contenuta nella Costituzione del 1958 costituì la mediazione tra il progetto sostenuto da De Gaulle, favorevole a rafforzare i poteri del Presidente della Repubblica in quanto rappresentante dell'unità politica della Nazione, e quello caldeggiauto da Debré, più favorevole ad una forma parlamentare rigorosamente razionalizzata.

Nei rapporti tra gli organi costituzionali, le principali novità possono essere individuate: nella posizione particolare del Presidente della Repubblica, nella struttura diarchica del potere esecutivo, nello spostamento del baricentro decisionale dal Parlamento al Governo.

Il **Presidente** è eletto a suffragio universale diretto, con elezione a doppio turno: dura in carica cinque anni. È eletto il candidato che abbia ottenuto la metà più uno dei voti validi. Se ciò non si verifica, si svolge un secondo turno di ballottaggio, a distanza di quindici giorni, tra i due candidati più votati.

Ai sensi dell'art. 58 della Costituzione, spetta al Consiglio costituzionale vigilare sulla regolarità dell'elezione, esaminare gli eventuali reclami e proclamare in via definitiva i risultati dello scrutinio.

In generale, compete al Presidente della Repubblica assicurare il regolare funzionamento dei poteri pubblici, vigilare sul rispetto della Costituzione e garantire l'indipendenza nazionale. Da tale posizione istituzionale conseguono numerosi significativi poteri.

Innanzitutto, la Costituzione abilita il Capo dello Stato a compiere numerosi atti di particolare rilevanza politica. In particolare:

- a) nei confronti dell'esecutivo, nomina il Primo ministro ed i ministri, presiede il Consiglio dei Ministri;
- b) nei confronti del Parlamento, può sciogliere l'Assemblea nazionale, promulga e rinvia le leggi;
- c) indice i referendum;
- d) è il Capo delle Forze Armate e presiede i consigli ed i Comitati superiori delle Difesa nazionale;
- e) ha il potere di grazia.

Inoltre, Il Capo dello Stato è titolare di **funzioni proprie** di grande spessore politico, **non sottoposte alla controfirma ministeriale**: come la nomina del Primo Ministro, lo scioglimento del Parlamento, l'indizione del referendum, l'esercizio dei poteri straordinari, il potere di messaggio alla Nazione).

Importante è, infine, la previsione dell'art.16 Cost., che gli attribuisce poteri straordinari quando sia minacciata l'indipendenza della Nazione, l'integrità del territorio, le istituzioni della Repubblica, il funzionamento dei poteri pubblici costituzionali. In tali casi il Presidente può – sentito il parere non vincolante del Primo ministro, del Presidente del consiglio costituzionale, dei Presidenti delle Camera – assumere i pieni poteri dandone notizia alla Nazione tramite messaggio.

Circa la **struttura del potere esecutivo**, la Costituzione del 1958 si rifà alla tradizione della forma costituzionale pura – piuttosto che all'esperienza del

Regno unito – cosicché il Capo dello Stato è inquadrato all'interno del potere esecutivo. Mentre al suo interno si determina una diarchia tra Presidente e Primo ministro, cui compete dirigere l'azione di governo, proporre al Presidente la nomina e la revoca dei ministri.

Si prevede, quindi, un potere esecutivo costituito sia da un organo monocratico eletto dal corpo elettorale, sia da un organo collegiale con il Primo ministro nominato dal Presidente.

Inoltre, mentre il Presidente della Repubblica non può essere revocato, l'organo collegiale di governo è obbligato a dimettersi in caso di approvazione da parte dell'Assemblea nazionale di una mozione di sfiducia

Si delinea, pertanto, una sua doppia investitura: da parte del popolo attraverso l'elezione diretta del Presidente; da parte del Parlamento a causa della capacità che questo ultimo ha di provocare le dimissioni del governo.

Infine, il baricentro dell'indirizzo politico si sposta dal Parlamento- formato dall'Assemblea Nazionale, eletta a suffragio universale diretto, mediante un sistema elettorale uninominale a doppio turno, e dal Senato, eletto a suffragio universale indiretto, al Governo.

Nei **rapporti tra il Parlamento e l'esecutivo**, la Costituzione prevede che il Presidente possa sciogliere l'Assemblea Nazionale, mentre il Parlamento non può sostituire il Presidente, anche se può metterlo in stato d'accusa.

Di fondamentale importanza è il rapporto fiduciario tra l'Assemblea nazionale e il Governo. Il Primo ministro, nominato dal Presidente della Repubblica, deve avere per il suo governo la fiducia, o almeno la non sfiducia (tacito assenso) da parte del Parlamento. Tuttavia, la Costituzione non prevede un termine tassativo entro il quale il Governo, dopo la nomina, deve presentarsi all'Assemblea per chiedere un voto di fiducia.

Da ciò è stata dedotta l'assenza di un obbligo di fiducia iniziale: il Governo, appena nominato, è già nella pienezza dei suoi poteri. La fiducia, in altri termini, si presume, mentre solo l'assenza di fiducia deve essere certificata (attraverso l'approvazione, a maggioranza assoluta, di un'apposita mozione). Il Governo, per contro, può in qualsiasi momento richiedere un voto di fiducia, nel senso di sottoporre, se lo ritiene politicamente opportuno, il proprio programma ad un voto parlamentare, al fine di rafforzare la sua posizione (art. 49). L'eventuale voto contrario dell'Assemblea comporterebbe per lui e per il suo Governo l'obbligo di dimissioni nelle mani del Presidente della Repubblica (art. 50).

La preminenza del potere esecutivo si riverbera anche sul **sistema delle fonti** e sui poteri del Governo durante il procedimento legislativo.

Sul primo punto, la Costituzione francese, da un lato, ha contrapposto alla riserva di legge una riserva di regolamento, disponendo la competenza regolamentare per tutte le materie che non rientrano nel dominio della legge; dall'altro lato, ha previsto l'intervento del Governo anche nei settori di norma riservati alla legge, attraverso il ricorso al potere di ordinanza.

Infatti, il Governo può chiedere al Parlamento l'autorizzazione a disciplinare, per un periodo di tempo limitato, settori rientranti nella competenza del legislatore al fine di dare attuazione al suo programma. Le ordinanze adottate debbono, poi, essere presentate al Parlamento per la ratifica.

Nel corso dell'*iter legis*, il Governo può chiedere sui disegni di legge un *vote bloqué*, cioè un voto su di un testo, senza che i parlamentari possano presentare emendamenti. Inoltre, il Primo ministro, su deliberazione del Consiglio dei ministri, può porre la fiducia sulla votazione di un testo, che si considera approvato, entro le ventiquattrre ore successive, un decimo dei deputati non presenta una mozione di censura che deve essere votata dalla maggioranza assoluta dei componenti l'Assemblea nazionale.

Come già si è anticipato ed emerge dall'indicazione dei caratteri principali della forma di governo disciplinata dalla Costituzione francese, la forma semipresidenziale può essere considerata un ibrido, dal momento che si colloca in una posizione intermedia tra la forma presidenziale e quella parlamentare.

Essa possiede alcuni dei caratteri tipici della forma presidenziale, tra cui la circostanza che il Capo dello Stato è eletto a suffragio universale e possiede significativi poteri di indirizzo politico, specialmente in materia di difesa nazionale e di politica estera. Tuttavia, **i tratti di differenza dal presidenzialismo** sono notevoli. Infatti:

a) il Governo, a differenza della forma presidenziale, ha una sua autonomia ed è dotato di una struttura collegiale. Non può essere considerato il "braccio attivo" del Capo dello Stato, anche se lo presiede;

b) permane un certo *continuum* tra il Parlamento ed il Governo, derivante dal fatto che questo può essere sfiduciato dalle Camere ed essere costretto alle dimissioni in seguito ad una mozione di sfiducia;

c) il Presidente può sciogliere, come nella forma parlamentare, il Parlamento.

Nel contempo, però, i sistemi semipresidenziali si **differenziano anche da quelli parlamentari**. A differenza di questi ultimi, il Parlamento appare assai depotenziato nei suoi compiti: ad esempio, i parlamentari non possiedono l'iniziativa legislativa in alcune materie di rilevanza politica, mentre il Governo può far inserire argomenti rilevanti nell'ordine del giorno dei lavori parlamentari.

tari. Inoltre, tale organo non possiede una competenza legislativa di natura generale, nel senso che accanto ad una riserva di legge è codificata anche una riserva di regolamento, cosicché la regolazione di aspetti rilevanti per la vita del paese è riservata all'attività normativa dell'esecutivo.

La forma di governo sempresidenziale – oltre ad aver interessato alcune revisioni costituzionali nell'America latina – ha circolato con un certo successo nell'Europa orientale, sia pure con alcune importanti varianti rispetto all'esperienza francese.

È il caso, ad esempio, della **Polonia** ove – dopo l'esperienza non positiva della Costituzione del 1992 ove i poteri presidenziali erano particolarmente ampi ed era stati ulteriormente dilatati dalla prassi del Presidente L.Walesa- si procede all'approvazione nel 1997 di un nuovo testo costituzionale che si preoccupa di ridurre il dualismo all'interno del potere esecutivo, nonché di evitare una sovrapposizione di ruoli tra Presidente e Primo ministro.

Inoltre, si riduce il potere del Presidente circa lo scioglimento del Parlamento, non attribuendoli alcuna discrezionalità nella decisione.

Si notano, inoltre, due significative differenze rispetto all'ordinamento costituzionale francese. A proposito del rapporto tra il Parlamento e il Governo, la Costituzione polacca prevede che la nomina del Primo ministro sia tassativamente approvata a maggioranza assoluta dal Parlamento (cioè la fiducia non è presunta, come in Francia). Qualora il Parlamento neghi la fiducia, spetta alle Camere eleggere il nuovo Governo.

Inoltre, all'interno di una forma di governo semipresidenziale convivono anche istituti tipici della forma parlamentare razionalizzata, come il voto di sfiducia costruttivo.

In altri ordinamenti costituzionali dell'Europa orientale le differenze dal sistema sempresidenziale francese si accentuano – come, ad esempio, in Lituania, in Bulgaria, in Slovenia-: in generale, la figura del Capo dello Stato è strutturalmente separata dal Governo, esercita più poteri di garanzia e di impulso che di esercizio vero e proprio dell'indirizzo politico.

Cossicchè, la dottrina è propensa a qualificare tali esperienze costituzionali come esempi di **semipresidenzialismi deboli**, se non “apparenti”: dal momento che la somiglianza rispetto al prototipo francese, consiste, quasi esclusivamente, nell'elezione diretta del Presidente e nella competenza di quest'ultimo a nominare il Primo ministro.

## 6. Forme di governo e sistemi elettorali

Il sistema elettorale consta di un insieme di procedure che incidono sia sulle forme con cui gli elettori esprimono il loro voto. Esso è comprensivo dell'intera disciplina del procedimento elettorale: dal modo di formazione delle liste alla determinazione delle circoscrizioni elettorali, dalla regolamentazione della propaganda elettorale alle caratteristiche delle modalità di voto.

Un elemento importante del sistema elettorale è, poi, costituito dalla sua formula elettorale, cioè dal procedimento utilizzato per ricavare dai voti la concreta articolazione della rappresentanza politica – o detto, in altri termini – dei modi con cui i voti vengono tradotti in seggi.

Gli **elementi costitutivi** del **sistema elettorale** possono, quindi, essere individuati nella:

*a)* strutturazione del modo di scelta. Avviene definendo i caratteri della scheda elettorale: stabilendo, ad esempio, che l'elettore possa scegliere un solo candidato, distribuire le proprie preferenze tra più candidati oppure possa votare solo la lista senza scegliere tra i candidati;

*b)* dimensione dei collegi, i quali determinano l'ambito al cui interno le preferenze degli elettori vengono trasformate in seggi. Il collegio può essere articolato tanto su base territoriale, quanto in ragione dei gruppi etnici o religiosi che compongono il corpo elettorale. In ragione del numero dei seggi che, all'interno di ciascun collegio, debbono essere assegnati si distingue tra collegi uninominali e plurinominali.

La loro concreta definizione si rivela particolarmente delicata; frequente è il pericolo che la determinazione degli stessi possa favorire, in virtù del suo carattere artificioso, alcune formazioni politiche, specie in quelle realtà in cui l'insediamento elettorale presenta una particolare caratterizzazione sociale o etnica;

*c)* formula di trasformazione dei voti in seggi. A questo proposito si suole distinguere – come vedremo meglio in seguito – tra formule maggioritarie e proporzionali.

Sempre in termini generali, si può affermare che i sistemi elettorali influenzano direttamente la forma di Stato, in quanto qualificano il tasso di democraticità della rappresentanza politica: è attraverso il voto che una determinata comunità politica esercita la propria sovranità e conferisce legittimazione agli organi rappresentativi, una volta entrati in carica. Nel medesimo tempo, tuttavia, i **meccanismi elettorali** incidono anche sulla **forma di governo**. In quanto possono favorire l'efficacia del processo decisionale e la governabilità del sistema .

Inoltre, i sistemi elettorali influenzano contemporaneamente:

a) il comportamento elettorale degli elettori, dal momento che questi tendono a compiere la scelta che appare, a loro avviso, più produttiva. In genere, nei sistemi maggioritari l'elettore tende a concentrare il voto sul partito o sul candidato che, tra quelli più affini al proprio sentire, ha maggiori probabilità di successo; nei sistemi proporzionali, invece, la scelta tra i candidati ed i partiti appare meno condizionata da valutazioni di opportunità, poiché è più probabile che il partito prescelto riesca a veder eletti alcuni suoi rappresentanti;

b) i caratteri del sistema dei partiti, incidendo tanto sul loro numero, quanto sui programmi e sulle reciproche relazioni. È noto che i sistemi maggioritari, a differenza di quelli proporzionali, irrigidiscono e consolidano il sistema partitico, costituendolo su base prevalentemente bipartitica;

c) la stabilità dell'esecutivo il sistema elettorale, infatti, può favorire o contrastare un'eccessiva frantumazione politica, nonché la formazione di governi omogenei ovvero di ampia coalizione.

I sistemi elettorali – in particolar modo le formule elettorali – costituiscono dei meccanismi tecnici dotati di un elevato tasso di politicità nella misura in cui incidono in maniera significativa tanto sulla qualità della rappresentanza politica e sulla natura del sistema dei partiti, quanto sulla funzionalità degli organi costituzionali elettivi.

In base agli effetti che producono si possono introdurre **alcune classificazioni**.

Ad esempio, si può distinguere tra sistemi limitatamente ovvero altamente distorsivi. I primi fotografano la volontà del corpo elettorale e la riproducono sostanzialmente intatta a livello della composizione dell'organo; i secondi alterano l'articolazione matematica del voto all'atto di definire la ripartizione dei seggi.

Si hanno, inoltre, sistemi forti e sistemi deboli. Gli uni – è il caso del sistema maggioritario inglese – condizionano in misura notevole la scelta dell'elettorato, costringendolo ad orientare le proprie preferenze entro un'alternativa predeterminata; gli altri – come accade nei sistemi proporzionali a collegio plurinominale – lasciano all'elettore un'ampia libertà di scelta.

Equalmente, assumendo a riferimento una nota distinzione del Duverger, i sistemi elettorali possono essere classificati a seconda che favoriscano il formarsi di una democrazia “immediata” (in cui la scelta della maggioranza che deve governare spetta eminentemente al corpo elettorale) ovvero di una democrazia “mediata” (in cui gli elettori determinano i rapporti di forza tra i diversi partiti o gruppi politici, affidando a loro il compito di coalizzarsi per esprimere il governo del paese).

Nonostante la varietà delle esperienze in atto, appare poco produttivo domandarsi se sia possibile identificare un sistema elettorale migliore in assoluto: infatti, il rendimento offerto da un sistema può variare in misura anche notevole sia nel tempo che nello spazio, essendo influenzato dalla struttura sociale, politica ed istituzionale di un determinato ordinamento.

I sistemi maggiormente diffusi ruotano attorno alla distinzione che contrappone i **sistemi maggioritari** a quelli proporzionali.

I primi – nonostante la varietà delle formule utilizzate – tendono ad assegnare i seggi ai candidati che in ciascuna circoscrizione attengono il maggior numero di voti (maggioranza assoluta o relativa), ovvero ad assegnare un consistente premio di maggioranza alla lista o alla coalizione di liste che ha conseguito il maggior numero di voti, in modo da consentire l'ottenimento della maggioranza dei seggi.

Tra i **vantaggi** generalmente riconosciuti alle **formule maggioritarie** vi sono quelli di assicurare, da un lato, una maggiore stabilità istituzionale e di affidare, dall'altro lato, una migliore capacità dell'elettore di indirizzare l'azione di governo, dal momento che mediante l'esercizio del diritto di voto impegna il partito o la coalizione di partiti usciti vincitori dalle urne a dare concreta attuazione al programma presentato durante la campagna elettorale.

Non mancano, tuttavia, delle controindicazioni: ad esempio, sembrano difficilmente proponibili in realtà politicamente e socialmente eterogene e frammentate; così come non va trascurato il fatto che i sistemi maggioritari consentono di attribuire una maggioranza anche sostanziosa di seggi a forze politiche che non hanno conseguito la maggioranza assoluta – anzi, in un sistema del tutto peculiare come quelle inglese è fisiologico che possa acquisire la maggioranza dei seggi anche un partito che non abbia avuto il numero di voti complessivi maggiore.

I sistemi maggioritari producono anche **effetti sul sistema politico**:

*a)* alimentano una tendenza centripeta, dal momento che spingono i partiti a modellare i loro programmi in modo da conquistare l'elettorato ancora incerto;

*b)* penalizzano le formazioni politiche le quali nascono da una scissione dai partiti tradizionali;

*c)* ostacolano, di conseguenza, la possibilità per i nuovi raggruppamenti politici di ottenere un'effettiva rappresentanza parlamentare, a vantaggio dei partiti già consolidati.

La principale formula maggioritaria si coniuga con la scelta di collegi uni-

nominali (tanti quanti sono i seggi da eleggere) e prevede che il seggio venga attribuito al candidato che abbia ottenuto più voti. Alcuni sistemi ritengono che sia sufficiente acquisire la maggioranza relativa dei voti validamente espressi (il cd. maggioritario secco); altri, per contro, richiedono, affinché il candidato ottenga il seggio, la maggioranza assoluta (il c.d. modello majority).

Il maggioritario “secco” è utilizzato nel **Regno Unito** e tale sistema ha influenzato diversi ordinamenti appartenenti al *Commonwealth* (come il Canada e la Nuova Zelanda). Il sistema anglosassone si basa sulla divisione del territorio nazionale in tanti collegi uninominali quanti sono i seggi da riconoscere per l’elezione della Camera dei Comuni (659); in ciascun collegio risulta vincitore e consegue il seggio il candidato che ottiene la maggioranza dei suffragi.

L’esito elettorale può essere fortemente condizionato dalla dimensione e dalla geografia dei collegi. A tal fine il *Reform Act* del 1932 ha modificato i confini delle circoscrizioni, al fine di evitare il ripetersi di situazioni per cui alcune circoscrizioni elettorali – con un numero assai ridotto di elettori – potevano eleggere un numero di candidati eguale o maggiore di altre circoscrizioni popolose (il caso dei c.d. “borghi putriti”); mentre attualmente è prevista una revisione periodica delle circoscrizioni elettorali.

I sistemi maggioritari uninominali che si ispirano al c.d. “modello majority” – cioè che richiedono la maggioranza assoluta – individuano alcuni correttivi al fine di evitare che il mancato conseguimento di tale risultato determini il blocco del sistema.

È il caso, ad esempio, del sistema elettorale vigente in **Francia** per l’elezione del Presidente della Repubblica e dei componenti l’Assemblea nazionale. Il sistema prevede che nel primo turno venga eletto il candidato che, in un collegio uninominale, ottiene la maggioranza assoluta dei voti; negli altri casi si ricorre ad un ballottaggio tra i candidati che hanno conseguito almeno una certa percentuale di consensi e che decidono di ripresentarsi.

La maggioranza di consensi richiesti per accedere al ballottaggio diverge a seconda del tipo di elezione. Nel caso dell’elezione del Presidente della Repubblica, il ballottaggio avviene tra i due candidati che hanno ottenuto più voti. Nell’elezione dell’Assemblea nazionale (il Senato è eletto a suffragio indiretto) è eletto al primo turno chi ha ottenuto la maggioranza assoluta dei votanti e almeno i voti del 25 % degli iscritti alla circoscrizione elettorale; in caso contrario, si procede ad un ballottaggio tra i candidati che hanno conseguito almeno il voto del 12,5 % degli iscritti alla circoscrizione elettorale.

Producendo un effetto maggioritario anche quei **sistemi elettorali che pre-**

**determinano il numero di seggi** che vengono riservati alla maggioranza e alle minoranze. È il caso, ad esempio, della legislazione elettorale attualmente vigente in Italia per l'elezione del Parlamento.

Per l'elezione della Camera dei Deputati la legge prevede che i 630 deputati siano eletti in collegi plurinominali e che alla lista (o alla coalizione) che abbia ricevuto il maggior numero di voti spetti, comunque, un numero di seggi pari al 55 per cento dei seggi. La ripartizione dei seggi avviene in sede nazionale con criterio proporzionale tra i partiti che hanno conseguito almeno il 4 per cento dei voti validi (o almeno il 2 per cento dei voti validi se non si presentano autonomamente, ma come parte di una coalizione).

ed i partiti che, all'interno della coalizione di partiti, hanno conseguito;

Il meccanismo per l'elezione del Senato della Repubblica è simile a quello vigente per la Camera dei Deputati, con la principale differenza che la ripartizione dei seggi avviene su base regionale, invece che nazionale.

I **sistemi proporzionali**, invece, ripartono i voti in seggi in proporzione al numero o alla percentuale dei voti ottenuti da ciascuna lista. Favoriscono il formarsi di una pluralità di liste e rendono la rappresentanza politica più sensibile al mutamento degli orientamenti del corpo elettorale.

Secondo parte della dottrina sarebbero quelli più coerenti con il principio costituzionale di egualanza del voto: ciò in quanto lo stesso deve intendersi soddisfatto soltanto allorché si assegna il medesimo "peso" alla volontà degli elettori, indipendentemente dal numero dei consensi che la lista votata ha complessivamente conseguito.

Tuttavia, presentano il limite – sul piano politico – di incentivare la partecipazione alle elezioni da parte di una molteplicità di liste e – sul versante istituzionale – di non assicurare che dall'esito delle elezioni scaturisca una maggioranza capace di esprimere un esecutivo omogeneo e coeso.

Al fine di evitare tali controindicazioni – insite nei sistemi elettorali che si ispirano al proporzionale puro – gli ordinamenti preferiscono adottare **sistemi proporzionali corretti**. È il caso, in ambito europeo, della Repubblica federale di Germania e della Spagna.

Il sistema tedesco prevede che per la elezione del Bundestag i seggi vengano assegnati per la metà in collegi uninominali (e con formula maggioritaria) e per l'altra metà in collegi plurinominali coincidenti con la circoscrizione di ciascun Land (e con formula proporzionale).

Ogni elettore dispone di due voti: il primo viene utilizzato nel collegio uni-

nominale, cosicché risulta eletto il candidato che ottiene il maggior numero dei voti; il secondo è utilizzato nel collegio plurinominale, ed in questo caso i voti vengono ripartiti proporzionalmente. La lista è bloccata (non sono, cioè, ammesse preferenze ed i candidati vengono eletti secondo l'ordine di preferenza indicato dai partiti) ed è ammesso il voto disgiunto (elettorale può votare liste diverse per i collegi uninominali e plurinominali).

Al fine di evitare una frantumazione della rappresentanza politica, la legislazione elettorale prevede una clausola di sbarramento, secondo la quale non possono concorrere alla ripartizione proporzionale dei seggi le liste che non abbiano eletto almeno 3 candidati nei collegi uninominali ovvero non abbiano ottenuto almeno il 5% dei voti in ciascun collegio plurinominale.

In **Spagna**, invece, i 350 membri del Congresso sono eletti sulla base di circoscrizioni elettorali provinciali (con un numero minimo di due deputati da eleggere) e con formula proporzionale. Anche in questo caso non vi è il voto di preferenza (liste bloccate) ed è prevista una clausola di sbarramento per le liste che non abbiano ottenuto almeno il 3% su base provinciale.

Tale sistema, pur essendo propriamente proporzionale, produce degli effetti razionalizzatori a causa della dimensione ridotta delle circoscrizioni provinciali con conseguente numero ridotto di seggi da attribuire, unita alla clausola di sbarramento provinciale

Un tipo particolare di sistemi elettorali – che prescinde dalla distinzione di base tra formule proporzionali e maggioritarie- si ha in quegli ordinamenti costituzionali che, caratterizzati dalla presenza di consistenti **minoranze etniche e linguistiche**, riservano loro un determinato numero di seggi, indipendentemente dai voti conseguiti.

Siffatti meccanismi introducono una deroga al principio costituzionale dell'egualanza del voto (one person, one vote), giustificata dall'esigenza di tutela delle minoranze etniche – normalmente codificata in Costituzione –.

Tra i casi più interessanti in ambito europeo possiamo indicare, per un verso, la Slovenia, che riserva un seggio nell'Assemblea nazionale rispettivamente per la comunità italiana e ungherese; per un altro verso, la Romania, la cui Costituzione stabilisce che le minoranze nazionali debbano avere almeno un seggio alla Camera e al Senato, a patto che la formazione politica raggiunga a livello nazionale almeno il 5% dei voti.

## CAPITOLO QUARTO

# LA CODIFICAZIONE COSTITUZIONALE DEI DIRITTI

## 1. Codificazione dei diritti e costituzionalismo

La garanzia della persona rappresenta il compito essenziale dei sistemi costituzionali che si ispirano ai principi del costituzionalismo : sussiste un **collegamento** diretto **tra diritti e Costituzioni moderne**, la tematica dei diritti costituisce il terreno privilegiato del costituzionalismo, delle sue tecniche e della sua evoluzione.

Diviene, in proposito, spontaneo il richiamo, per un verso, alla Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, la quale dopo aver individuato nella conservazione dei diritti naturali ed imprescrittabili dell'uomo il compito primario di ogni associazione politica, afferma che ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata non ha Costituzione, introducendo un nesso inscindibile tra Stato costituzionale e garanzia dei diritti fondamentali. Per un altro verso, alla Dichiarazione di indipendenza delle colonie inglesi del Nord America del 1776, che riconosceva agli uomini diritti innati, mentre a Costituzione di Cadice del 1812 obbligava la Nazione a conservare e proteggere i diritti legittimi di tutti gli individui.

Tale collegamento trova un fondamento, innanzitutto, sul piano della storia costituzionale, essendo sufficiente richiamare le finalità ed **i valori che hanno animato il costituzionalismo**, movimento di pensiero il quale, nascendo per tutelare la libertà dell'individuo nei confronti del potere pubblico, trova la sua ragione d'essere nell'affermazione della nozione di "potere limitato". D'altra parte, i principali istituti giuridici che connotano l'evoluzione dello Stato liberale di diritto – dalla separazione dei poteri alla riserva di legge, dalla rigidità costituzionale al controllo giudiziale sugli atti dei pubblici poteri – appaiono finalizzati a riconoscere e garantire la fruizione dei diritti della persona.

Catalogo dei diritti e principi sull'organizzazione dei poteri non costituiscono due parti distinte della Costituzione, bensì due profili connessi, in quanto relativi – l'uno – al riconoscimento dei diritti individuali, – gli altri – alla predisposizione di idonee garanzie, istituzionali e giurisdizionali. Emblematica appare, in questo senso, la formulazione dell'art.16 della Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 la quale, dopo aver affermato che ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata non ha Costituzione, introduce un nesso inscindibile tra Stato costituzionale e garanzia dei diritti fondamentali.

**Dapprima i diritti vengono codificati sotto forma di deroghe o privilegi circoscritti a determinati gruppi di persone.**

Si pensi, ad esempio, alla Magna Charta del 1225, in cui il re Enrico III con-

cede ai baroni e ai conti il privilegio di essere giudicati solo dai loro pari, agli ecclesiastici di essere sottoposti all'autorità monarchica solo per quanto concerne i feudi laici, ai mercanti la libertà di commercio e ai contadini di non essere sottoposti a *corvées* o prestazioni particolarmente onerose se non espressamente dovute in base a consuetudini. I titolari delle libertà non sono gli individui, ma soggetti appartenenti a determinate caste, che si intendono tutelare dall'arbitrio del sovrano.

Così come possono essere ricordati altri due documenti costituzionali, fondamentali per l'evoluzione storica del diritto costituzionale: *l'Habeas corpus* del 1679 ed il *Bill of Rights* del 1689.

Il primo tutelava alcune fondamentali garanzie individuali. In particolare, mosso dalla preoccupazione di impedire arresti arbitrari, prevedeva che ogni persona detenuta fuori dai casi previsti dalla legge e senza l'espletamento delle formalità di legge dovesse essere rimessa in libertà, dietro reclamo presentato al magistrato competente. Mentre il secondo, emanato in una fase storica di transizione dallo Stato assoluto al regime parlamentare inglese, si caratterizza per la presenza di limitazioni alle prerogative regie e per il trasferimento di significativi poteri decisionali dalla Corona al parlamento. Può essere assunto a simbolo della crisi del potere assoluto del sovrano e della vittoriosa redistribuzione del potere politico a favore delle classi sociali emergenti.

Successivamente, la titolarità dei diritti si amplia sino ad acquisire – almeno sotto il profilo teorico – **una tensione universale**. Si pensi, per un verso, alla Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, il cui art. 2 individua nella conservazione dei diritti naturali ed imprescrittabili dell'uomo ; per un altro verso alla Dichiarazione di indipendenza delle colonie nordamericane del 1776, la quale proclama: “Noi riguardiamo come incontestabili ed evidenti per se stesse le seguenti verità: che tutti gli uomini sono stati creati uguali, che essi sono stati dotati dal creatore di certi diritti inalienabili, che tra questi diritti sono, in primo luogo, la vita, la libertà e la ricerca della felicità”.

Le codificazioni liberali dei diritti sia del vecchio che del nuovo continente hanno avuto ampia diffusione ed influenzarono le carte costituzionali sia del continente europeo – ne sono un esempio la Costituzione di Cadice del 1812 e quella belga del 1830 – sia del continente latinoamericano ove, immediatamente dopo la conquista dell'indipendenza, furono approvate numerose *Declaraciones de derechos del pueblo* .

Con l'**avvento dello Stato sociale** e con l'estensione dei processi di democratizzazione politica, il collegamento tra costituzionalismo e garanzia dei

diritti si accresce sia sotto il profilo delle garanzie, che per quanto concerne l'ampiezza delle posizioni soggettive garantite. A questo proposito, appare rilevante la codificazione di importanti diritti politici (il voto) e sociali (il lavoro, l'assidenza e la previdenza).

Tra le carte costituzionali degli inizi del novecento spicca la Costituzione di Weimar del 1919, il cui art. 151 afferma che “l'organizzazione della vita economica deve corrispondere ai principi fondamentali della giustizia allo scopo di assicurare a tutti un'esistenza degna dell'uomo. In questi limiti è da garantire la libertà economica del singolo”. Anche se la Costituzione di Weimar non sarà in grado di opporsi all'affermazione del nazismo, la sua influenza ha assunto dimensioni particolarmente significative all'indomani del secondo conflitto mondiale: dal momento che le più significative Costituzioni democratiche di quel periodo – come, ad esempio, quella italiana, francese e tedesca – sono in larga parte tributarie – ameno in tema di diritti sociali – dell'ideologia weimariana.

Il riconoscimento e la tutela dei diritti ha, infine, registrato un indubbio sviluppo nelle **più recenti transizioni costituzionali** che hanno prodotto un'importante cesura rispetto alla precedente, traumatica storia costituzionale e politica del continente europeo, africano e latinoamericano. Se consideriamo i più recenti processi di democratizzazione, non possiamo non notare che essi si caratterizzano per una particolare attenzione manifestata nei confronti della garanzia dei diritti della persona, portata sino al punto di introdurre una sorta di identificazione tra Costituzione rigida e codificazione dei diritti.

È il caso, ad esempio, delle Costituzioni degli ordinamenti mediterranei nati dalla crisi di regimi fascisti (Grecia, Portogallo, Spagna), dei processi di democratizzazione dell'Europa orientale avvenuti in seguito alla crisi dell'egemonia dell'URSS, della nuova Costituzione del Sud Africa, delle transizioni che hanno interessato la gran parte degli Stati dell'America centrale e meridionale.

Nelle Costituzioni più recenti, la stretta **integrazione tra Stato democratico e salvaguardia dei diritti fondamentali della persona** è evidenziata tanto in alcuni preamboli, quanto in apposite disposizioni. I primi identificano nella forma di Stato democratica la più idonea ad assicurare i diritti, la dignità e il valore primario della persona e della dignità umana. Le seconde, a loro volta, riconoscono l'inviolabilità e l'inalienabilità dei diritti umani, come fondamento della comunità umana, della pace e della giustizia (art.1 Cost. tedesca, art.10 Cost. spagnola, art.2 Cost. italiana).

Tuttavia, non sempre è stata rispettata l'affermazione contenuta nell'art.16

della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino secondo la quale si avrebbe una Costituzione solo laddove siano garantiti i diritti e assicurata la separazione dei poteri. In altri termini, si hanno diversi esempi di **Costituzioni che**, inizialmente, nascono come testi che regolano essenzialmente l'organizzazione dei poteri e la distribuzione delle competenze e **solo successivamente avvertono l'esigenza di incorporare** nel proprio testo (o di affiancare attraverso la codificazione di un apposito *Bill of Rights* ) **il riconoscimento** e la garanzia **dei diritti fondamentali** della persona.

Tale esperienza ha caratterizzato soprattutto la formazione degli ordinamenti federali ove – anche a causa di posizioni teoriche che consideravano la Costituzione federale una Costituzione parziale destinata a combinarsi con le Costituzioni nazionali – la prima si considerava limitata alla disciplina dell'organizzazione del potere centrale, alla ripartizione delle competenze tra il centro ed i soggetti decentrati; mentre il riconoscimento dei diritti fondamentali della persona era riservato alle seconde.

A titolo esemplificativo, si può richiamare l'ordinamento federale del Canada, **la Costituzione degli Stati Uniti d'America** e, forse, il processo di costituzionalizzazione che sta interessando l'Unione europea.

La Costituzione federale degli USA (1787) non conteneva – all'origine – disposizioni in materia di diritti, le quali furono introdotte in seguito all'approvazione del *Bill of Rights* americano (1791) ed all'approvazione dei tre fondamentali emendamenti codificati successivamente alla guerra civile con il preciso obiettivo di introdurre garanzie generali applicabili in tutti gli Stati della federazione. Si tratta del XIII emendamento (1865) che proibisce la schiavitù e il servizio non volontario (eccetto che come punizione per un crimine); del XIV emendamento (1868) che attribuisce lo *status* di cittadinanza a tutte le persone nate o naturalizzate negli Stati Uniti; del XV emendamento (1870) che vieta ogni discriminazione sulla base della razza, del colore e della precedente condizione di schiavitù nell'esercizio del diritto di voto.

A sua volta, il *Constitution Act, 1982* del **Canada** risulta composto da due documenti, ben distinti tanto dal punto di vista temporale che sotto il profilo contenutistico: il *British North America Act, 1867* e la Carta canadese dei diritti e delle libertà del 1982. Il primo documento costituzionale si concentrava sull'organizzazione costituzionale del Canada, sulla ripartizione delle competenze tra la Federazione e le Province, sulla regolazione del carattere duale del paese (due lingue, due religioni, due sistemi giuridici); la Carta, a sua volta, codificava un complesso di diritti che dovevano essere riconosciuti – e resi giustiziabili innanzi alla Corte suprema – a tutti gli individui, “da costa a costa”.

Con tale scelta, il Canada sembra allontanarsi progressivamente dalla tradizione anglosassone – che si fonda su di una costituzione non scritta, sull'assenza di un catalogo dei diritti, sulla mancanza di un *judicial review*, sull'affermazione del principio della sovranità parlamentare – per avvicinarsi a concezioni del diritto costituzionale proprie della cultura giuridica dell'Europa continentale.

Non molto dissimile si presenta l'esperienza costituzionale dell'**Unione europea**, il cui processo di codificazione ha interessato prima la forma di Stato e di governo, poi la determinazione di alcuni presupposti unificanti (moneta, cittadinanza), infine, il riconoscimento dei diritti fondamentali, attraverso l'approvazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Un elemento che accomuna la codificazione dell'Unione a quella che ha interessato il Canada può essere individuato nel fatto che i diritti fondamentali sono stati codificati anche per assolvere ad una funzione di integrazione tra ordinamenti ed identità differenti: cioè, per fondare l'identità politica ed istituzionale di un ordinamento giuridico generale. In altri termini, alle due Carte dei diritti si riconosce la funzione di offrire “comuni valori civici” ad un ordinamento democratico che nasce amalgamando tradizioni, storie e culture differenti.

In tempi recenti lo sviluppo, quantitativo e qualitativo, delle codificazioni in materia di diritti – nonché l'affinamento delle tecniche di garanzia- è ascrivibile a differenti fattori, tra i quali rivestono, a nostro avviso, un indubbio interesse tanto la democratizzazione di numerosi ordinamenti, quanto il formarsi di sistemi sovranazionali di riconoscimento e di tutela dei diritti.

Per quanto concerne il primo profilo, non va dimenticato che si sta assistendo all'**approvazione** di numerosi **testi costituzionali, i quali** – indipendentemente dalla loro specificità storica e dalla diversità delle forme di governo e di Stato – **tendono ad omologarsi per la comune volontà di riservare un'ampia parte del testo all'enumerazione di una vasta gamma di diritti** e per la individuazione di strumenti e di organi appositamente individuati per la loro tutela.

Anche se ordinamenti di consolidata tradizione democratica hanno provveduto a più o meno significative revisioni costituzionali interessanti il catalogo dei diritti, non si può contestare che l'approvazione di nuove Costituzioni aperte alla tutela dei diritti fondamentali è prevalentemente avvenuta al termine di un processo di democratizzazione politica: coincide con il passaggio da realtà in cui le libertà erano conciliate all'affermazione delle regole democratiche.

Inoltre, un'omogeneizzazione delle forme di riconoscimento e dei meccanismi di tutela dei diritti fondamentali è favorita da importanti processi di integrazione che coinvolgono la materia dei diritti. Ciò è favorito, ad esempio, dalla **diffusione di Dichiarazioni geograficamente circoscritte** – come la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Convenzione americana sui diritti umani, la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli. la Dichiarazione islamica dei diritti dell'uomo- le quali, indipendentemente della loro grado di effettività, forniscono un importante apporto al miglioramento dei livelli di garanzia, così come contribuiscono ad abbattere i confini della *domestic jurisdiction* in tema di diritti fondamentali, aprendo gli ordinamenti costituzionali interni alla normativa proveniente dall'ordinamento internazionale.

In questo contesto appare particolarmente evoluto **il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali**, dal momento che l'influenza tra l'ordinamento sopranazionale e quello nazionale è dall'esistenza in ambito sopranazionale sia di due Carte dei diritti – la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – sia di due giudici in grado di sindacare con decisioni vincolanti la loro lesione – la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia dell'Unione europea -.

Un rapporto che – tra l'altro – appare rafforzato da una duplice, concomitante tendenza: da un lato, quella degli ordinamenti nazionali che riconoscono una limitazione della propria sovranità a favore dell'ordinamento comunitario e internazionale – come nel caso dell'art.117.1 della Costituzione italiana, in base al quale la legislazione è subordinata ai vincoli derivanti dall'adesione dell'Italia all'ordinamento europeo e dal rispetto degli obblighi internazionali; dall'altro lato, quella dell'Unione europea la quale, con il Trattato di Lisbona del 2007 ha sancito la natura giuridicamente vincolante della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e ha deciso di avviare le procedure per l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – cosicché, quando tale *iter* si concluderà le disposizioni ivi contenute possiederanno la medesima forza giuridica della normativa dell'Unione europea.

Inoltre, il miglioramento degli standard di garanzia dei diritti è promosso anche attraverso la codificazione di specifiche **clausole di apertura** degli ordinamenti nazionali **all'ordinamento internazionale**, che attribuiscono ai documenti internazionali in materia di diritti il rango di norme che – a seconda delle Costituzioni – prevalgono sulla disciplina legislativa nazionale ovvero vincolano, comunque, ad interpretare i diritti costituzionali o in conformità al diritto internazionale riconosciuto.

Si può richiamare, con riferimento alla realtà europea, sia l'art. 10.2 della

Costituzione spagnola, il quale stabilisce che le norme relative ai diritti e alle libertà fondamentali riconosciute dalla Costituzione devono essere interpretate in armonia con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e con i trattati e le convenzioni ratificati dalla Spagna; sia l'art.16 della Costituzione portoghese secondo il quale le previsioni costituzionali e legislative in tema di diritti devono essere interpretate, ed eventualmente integrate, alla luce della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

Tale tendenza, inoltre, è particolarmente sviluppata nelle più recenti Costituzioni degli Stati dell'America latina: come nel caso, ad esempio, della Costa Rica, ove in caso di conflitto tra la norma di un trattato ed una disposizione costituzionale si deve applicare la norma più favorevole al ricorrente. Mentre in Guatemala i trattati relativi ai diritti umani, per espresso riconoscimento costituzionale, sono direttamente applicabili con preferenza rispetto alla legislazione ordinaria e ai fondamentali riconosciuti a livello costituzionale.

Va segnalato, inoltre, che siffatte clausole di apertura all'ordinamento internazionale determinano **l'obbligo** non solo di applicare negli ordinamenti interni le principali Carte sovranazionali ed internazionali dei diritti, ma anche **di seguire l'interpretazione fornita dai giudici internazionali**. Ciò vale per il sistema europeo di protezione dei diritti, ma anche per quello americano. In questo contesto è interessante l'orientamento della Corte americana dei diritti dell'uomo (con sede a S.José di Costa Rica), la quale ha ritenuto applicabili direttamente tanto tutte le Convenzioni in tema di diritti umani, anche se non ratificate, (ad esempio, la Convenzione europea per i diritti dell'uomo), quanto l'interpretazione delle relative norme che si sono consolidate a livello internazionale: tale significativo ampliamento del parametro è stato motivato con l'argomentazione che il fine che deve sempre essere conseguito dai diversi ordinamenti consiste pur sempre nell'esigenza di assicurare la migliore e più ampia tutela dei diritti della persona.

Alla diffusione delle Carte dei diritti ha contribuito la **tendenza alla codificazione dei diritti nei paesi di common law**. Ciò ha favorito un avvicinamento tra i diversi filoni del costituzionalismo – inglese, continentale europeo, nordamericano – ed ha dato vita ad un processo di ibridazione che ha condotto all'attenuazione del principio della “sovranità del Parlamento” a favore della “sovranità della Costituzione”, con conseguente sviluppo di forme di controllo giudiziale di costituzionalità delle leggi e degli atti dei pubblici poteri.

Importante è, in proposito, l'esperienza del Regno Unito, in cui attraverso l'approvazione dello **Human Rights Act**, 1998 si è sancita l' applicabilità nell'ordinamento inglese della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti

ti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

In base a tale atto – che possiede una vera e propria rilevanza costituzionale, da un lato, i giudici possono accertare l'incompatibilità delle norme interne nei confronti di quelle contenute nella Convenzione europea; dall'altro lato, il Parlamento, attraverso una procedura abbreviata, può emendare (*remedial order*) la norma ritenuta in contrasto con la Convenzione.

In tal modo, si è cercato di conciliare la necessità di applicare una normativa sopranazionale in materia di diritti ratificata da tempo dal Regno Unito con il principio della *sovereignty of Parliament*, nel senso che i giudici possono accettare il contrasto tra le norme, ma non esercitare un'attività di *judicial review of Constitution* (cioè di giustizia costituzionale) dichiarando l'incostituzionalità o la disapplicazione della norma interna, Residual Parlamento la competenza finale circa la decisione se modificare o meno la normativa incompatibile con la Convenzione europea .

Più radicale è l'innovazione introdotta in **Canada** in seguito all'approvazione del *Constitution Act*, 1982. Inizialmente mancava un catalogo costituzionale dei diritti su base federale – mentre ciascuna Provincia aveva una propria Carta –; nel 1960 venne emanato il *Canadian Bill of Rights* – prima Carta federale dei diritti –, ma tale *Bill* non possedeva una forza giuridica superiore alla legge. Il legislatore doveva rispettarlo, ma aveva anche la possibilità di legiferare in deroga; tuttavia, doveva però farlo con una dichiarazione espressa, poiché altrimenti le norme incompatibili con *Canadian Bill of Rights* divenivano illegittime e potevano essere disapplicate dai giudici.

Il vero e proprio salto qualitativo si ebbe con l'approvazione nel 1982 del *Constitution Act* – contenente al suo interno una Carta canadese dei diritti e delle libertà – il cui art.51.1 sancisce l'inapplicabilità di ogni legge che sia contraria alla Costituzione del Canada; mentre l'art.52.3 afferma il carattere rigido della Costituzione, disponendo che qualsiasi sua modifica debba avvenire conformemente alle procedure di revisione previste. Si introducono, quindi, per la prima volta due principi estranei alla tradizione giuridica anglosassone come la supremazia della Costituzione rispetto alle altre fonti del diritto e l'introduzione della giustizia costituzionale dal momento che le disposizioni della Carta canadese dei diritti e delle libertà divengono un parametro per il controllo di legittimità costituzionale delle leggi.

Esperienze interessanti sono maturate anche in altri paesi di tradizione anglosassone. **In Israele**, nel 1992, la *Knesset* ha promulgato due *Basic Law* in materia di diritti fondamentali – il *Freedom of Occupation* e lo *Human Dignity and Freedom*- e le disposizioni ivi contenute hanno acquisito, grazie ad un'in-

terpretazione evolutiva da parte della Corte suprema, uno *status* costituzionale che, nella gerarchia delle fonti, le pone al di sopra della legislazione ordinaria.

Equalmente, in **Nuova Zelanda** nel 1990 fu approvato un *Bill of Rights*, il quale ha progressivamente acquisito una forza giuridica superiore alla legge, in virtù della formula contenuta nel suo art.6 secondo la quale deve darsi la preferenza alle interpretazioni compatibili con i diritti e le libertà riconosciute nel *Bill of Rights*. In questo modo, i giudici, pur non essendo competenti a dichiarare la nullità di disposizioni legislative contrarie al *Bill of Rights*, sono obbligati a un'esegesi interpretativa che sia conforme al catalogo dei diritti.

Pur non introducendo una formale costituzionalizzazione dei diritti e non attribuendo ai giudici un potere di disapplicazione delle norme contrarie tale Carta – secondo le parole pronunciate dal Primo Ministro durante il dibattito parlamentare – “is novel to our system of government and will be extraordinarily helpful and beneficial in ensuring that legislation conforms to basic principles, important standards, and real legal tests”.

Un certo interesse tra gli studiosi di diritto comparato ha suscitato la Carta dei diritti che è stata incorporata nella Costituzione del **Sud Africa**.

Essa si segnala, sotto il profilo del riconoscimento dei diritti, per aver conseguito un equilibrio tra la garanzia di diritti “di base” (a lungo conculcati nella drammatica storia del paese) – come il divieto di schiavitù, il divieto di discriminazione su base etnica, il divieto di tortura – e l’apertura nei confronti di “nuovi” diritti – come, ad esempio, il divieto di discriminazione sulla base dell’orientamento sessuale, il diritto al controllo del proprio corpo ed a prendere decisioni in tema di riproduzione, il diritto alla tutela dei propri dati personali -. Così come è interessante il riconoscimento di diritti riconducibili all’appartenenza ad un gruppo etnico : come il diritto a costituire una famiglia fondata su costumi giuridici tradizionali, a godere della propria cultura per tutte le persone che appartengono a comunità culturali, religiose o linguistiche.

Innovative sono anche alcune clausole limitative dei diritti, finalizzate a contemperare la tutela dei diritti dell’individuo con la salvaguardia di alcuni valori fondamentali dell’ordine costituzionale. Si può segnalare, in proposito, sia l’affermazione che la garanzia della libera manifestazione del pensiero non tutela la propaganda per la guerra, l’incitamento alla violenza, l’apologia dell’odio razziale; sia l’ammissibilità di limitare i diritti garantiti dalla Costituzione del Sud Africa, nel caso in cui le limitazioni siano ragionevoli e giustificabili in una società aperta e democratica.

Da ultimo, viene affermata la forza giuridica particolare del *Bill of Rights* che vincola tutti i pubblici poteri . Gli stessi istituti riconosciuti dai diritti tradizionali delle comunità etniche e dalla *common law* debbono essere interpre-

tati in conformità con le disposizioni costituzionali in materia di diritti.

Una maggior difficoltà nel recepire tale tendenza innovativa si registra, invece, in **Australia**. In questo ordinamento è percepita l'inadeguatezza delle garanzie offerte in materia di diritti, determinata dalla mancanza di un vero e proprio catalogo dei diritti; tuttavia, i molteplici tentativi di riformare in questo senso la Costituzione non ebbero esito.

Cionostante, i giudici hanno in diverse occasioni tentato di ovviare a tale lacuna utilizzando come parametro di interpretazione le fonti dell'ordinamento internazionale sulla protezione dei diritti. Un importante precedente in tal senso si rinvie nella sentenza *Dietrich v. The Queen* del 1992, nella quale si afferma il precedente giurisprudenziale secondo cui, in assenza di una formale codificazione dei diritti, è lecito ricorrere agli strumenti internazionali di protezione dei diritti (nel caso specifico si trattava dell'art.14.3 del Patto internazionale sui diritti civili e politici dell'ONU che obbliga a fornire assistenza legale ad ogni imputato).

In conclusione, si può sinteticamente osservare che negli ordinamenti di common law – con la sola eccezione del Canada – non si è prodotta una vera e propria affermazione del principio della supremazia della Costituzione, bensì il riconoscimento che **la normativa in materia di diritti fondamentali dovesse prevalere rispetto al resto della normativa primaria**. Viene, in altri termini, riconosciuto il primato della legislazione in materia di diritti umani.

È indubbio che lo sviluppo delle codificazioni costituzionali in materia di diritti favorisce una loro universalizzazione. Forse non è esagerato affermare che il fenomeno della globalizzazione si stia estendendo dall'economia all'ambito dei diritti fondamentali. Tuttavia, non va trascurato che siffatta tendenza si espone a delle controindicazioni ed incontra notevoli resistenze.

Tra queste ultime va annoverata – senza dubbio – la presenza di forme di **relativismo culturale**. Non ovunque il riconoscimento di determinati diritti tipici del costituzionalismo liberale e democratico è percepito nella sua dimensione – per noi “naturale” – di fattore di progresso e di valorizzazione della libertà, della personalità dell'individuo. In contesti culturali tutt'altro che circoscritti è considerato un'espressione di colonializzazione giuridica ovvero un profilo non primario della dignità della persona umana. Il richiamo alla tradizione, all'ideologia, alla religione oppure ai valori tradizionali rappresenta in alcuni ordinamenti un ostacolo all'universalizzazione dei diritti.

Ad esempio, nella tradizione giuridica islamica si afferma, in genere, la derivazione divina dei diritti dell'uomo : cosicché i diritti trovano il loro riconoscimento ed i limiti nel Corano e nella sua interpretazione. Mentre in nume-

rosi parti del continente Africano, al centro del sistema non si pone l'individuo, ma la comunità di appartenenza. Significativamente, l'art. 17.3 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli colloca tra i doveri fondamentali dei diversi ordinamenti quello di assicurare "la protezione della morale e dei valori tradizionali riconosciuti dalle comunità".

L'esperienza insegna che la rivendicazione del relativismo culturale è servita in molti casi a giustificare istituti del tutto incompatibili con il valore della persona e della sua dignità: come la schiavitù, la discriminazione razziale, la subordinazione per ragioni di sesso e di religione, l'accettazione di pratiche degradanti. Così come il richiamo all'identità culturale ha rappresentato in molti casi uno schermo per conservare tradizioni inconciliabili con i fondamenti stessi dell'autonomia dell'individuo.

Per contro, la vocazione universale del costituzionalismo deve evitare un eccesso di spirito missionario o di cadere nella tentazione di esportare il proprio modello *ratione imperii*. Ciò in quanto all'interno di questi atteggiamenti si annida il **pericolo dell'assimilazione**, dell'impoverimento delle esperienze altrui e della negazione dell'ammissibilità di percorsi storicamente diversi: con il rischio di ferire a morte antiche culture, in passato veicolo di civilizzazione per porzioni amplissime dell'umanità.

Il relativismo culturale – che in nome dell'affermazione che non esiste un unico modello da considerare in materia di riconoscimento dei diritti fondamentali pone sullo stesso piano le diverse opzioni – può essere contrastato non già contrapponendo la supremazia di un modello sull'altro, bensì favorendo la predisposizione di un *humus* istituzionale aperto alla circolazione delle esperienze.

Tanto i diritti, quanto le tecniche e gli strumenti di tutela debbono essere non solo codificati, ma anche accettati e convalidati dalla cultura giuridica e politica di un determinato paese.

Di conseguenza, la positivizzazione di determinati diritti è efficace alla condizione che esprima un valore sentito come tale dalla comunità sociale, che sia il riflesso di un convincimento piuttosto che una prescrizione meramente formale.

## 2. Rapporto tra diritti e forma di Stato.

I diritti costituiscono, nella gran parte delle comunità politiche contemporanee, un elemento qualificante il patto che si instaura tra i cittadini e tra questi ed i loro rappresentanti in ordine alla realizzazione delle forme e delle istitu-

zioni della convivenza: in quanto tali, fanno parte del sistema valori, della cultura sostanziale che si esprime attraverso la Costituzione.

Secondo tale prospettiva, non pare arbitrario attribuire ai diritti della persona una **doppia natura giuridica**. Attraverso la disciplina dei diritti fondamentali si costituzionalizza, da un lato, un insieme di garanzie e di situazioni giuridiche soggettive, dall'altro lato, alcuni tra i valori di base del sistema. La stessa giurisprudenza costituzionale pare aver accolto tale prospettiva, qualora considerano i diritti un elemento essenziale ovvero espressione dei principi supremi di un ordinamento.

In questa prospettiva, i diritti fondamentali – pur essendo costituiti ad una pluralità di diritti specifici ed autonomi – possono essere considerati nella loro unità sistematica, quale elemento caratterizzante la qualità dell'ordine costituzionale. Esprimono, in altri termini, l'ideale politico che plasma un determinato corpo sociale, conferendogli una particolare identità.

I sistemi costituzionali prevedono **diverse tecniche** per affermare questa duplice natura dei diritti fondamentali.

Alcune Costituzioni esplicitano direttamente tale *status* nei preamboli costituzionali, altre, invece, hanno introdotto apposite disposizioni che individuano nel rispetto e nella protezione dei diritti il compito primario dello Stato (come nel caso, ad esempio, dell'art. 10 della Costituzione spagnola, dell'art. 5 della Costituzione del Cile, dell'art. 8 della Costituzione dell'Ungheria).

Vi sono, inoltre, altri ordinamenti nei quali il rapporto tra la forma di Stato democratica di diritto e la tutela dei diritti fondamentali della persona non è esplicitato direttamente, ma si può ricavare indirettamente dalla lettura delle disposizioni che pongono limiti all'attività di revisione costituzionale.

È il caso, ad esempio, ad esempio, dell'art. 19, 2 c. della Costituzione della Repubblica federale di Germania che vieta la modifica del contenuto essenziale di un diritto fondamentale; ovvero dell' 79,3 c. il quale considera sulle le revisioni costituzionali relative ai diritti fondamentali. A sua volta, l'art.8, 2 c. della Costituzione dell'Ungheria, mentre l'art.2 della Costituzione italiana afferma l'inviolabilità dei diritti dell'uomo.

Mentre altri ordinamenti offrono alle disposizioni costituzionali in materia di diritti una tutela rafforzata: si pensi all'art.53 della Costituzione spagnola che differenzia, dal punto di vista degli strumenti di tutela, i diritti fondamentali e le libertà dai principi di politica sociale ed economica: questi ultimi sono disciplinati dalla legge e trovano una garanzia innanzi alla giurisdizione ordinaria; mentre i primi sono tutelabili direttamente di fronte al giudice costituzionale.

Tuttavia, indipendentemente dall'esistenza di un esplicito **riconoscimento** l'esistenza di un rapporto di necessarietà e di complementarietà tra la forma di Stato costituzionale e il riconoscimento dei diritti fondamentali deve ritenersi **immanente all'idea stessa di Costituzione**.

In proposito, rimane – a nostro avviso – sempre valida l'idea della Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 secondo cui la “conservazione dei diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo il compito primario di ogni associazione politica” (art.2), per cui la garanzia dei diritti deve considerarsi un elemento necessario di ogni Costituzione (art.16). Mentre, la Costituzione degli Stati Uniti d'America si fonda sulla convinzione che sia *selfevident* che tutti gli uomini siano creati eguali e che possiedono certi diritti inalienabili.

Nell'esperienza costituzionale la natura di un diritto è data dal suo riconoscimento, l'ampiezza della tutela deriva dalla specifica disciplina costituzionale. Se è vero che tutti gli ordinamenti che si ispirano ai principi del costituzionalismo pongono la persona al centro del sistema di protezione dei diritti fondamentali; tuttavia, la persona cui i testi costituzionali fanno riferimento non rimane la stessa.

**I diritti della persona si storizzano** e, di conseguenza, si trasformano le manifestazioni dell'agire umano cui è riconosciuta la natura di diritto fondamentale ed inalienabile della persona. È indubbio che la nozione di persona tutelata, oggi, dalle Costituzioni è assai diversa dal “cittadino” considerato dalla Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino.

In altri termini, il rapporto tra disciplina dei diritti e forma di Stato non dinamico, nel senso che la trasformazione di quest'ultima influisce sia sul tipo di diritti considerati fondamentali, sia sul garanzia riconosciuta a ciascuno di essi. Un fenomeno che incide sull'evoluzione del principio personalistico, che avviene a tappe, che separano – anche cronologicamente – le Costituzioni liberali da quelle degli albori dello Stato sociale sino alle più recenti carte costituzionali.

**Le codificazioni proprie dello Stato liberale di diritto** (Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789; Dichiarazione di indipendenza delle colonie inglesi del Nord America del 1776; Costituzione di Cadice del 1812) possono essere assunte quale comune matrice per la nascita dei diritti civili, dal momento che – nonostante la diversità delle esperienze storiche che le hanno occasionate – appaiono contraddistinte da una profonda unità di ispirazione, individuabile nei valori espressi dalla lotta vittoriosa all'assolutismo.

Ha instaurato un rapporto inscindibile tra libertà e proprietà, tra diritti individuali e libertà economiche: ha riconosciuto le posizioni soggettive che avevano ad oggetto la persona come individuo (libertà dagli arresti, di domicilio, di circolazione, di corrispondenza e di manifestazione del pensiero, di proprietà e iniziativa economica), non considerando – invece – quei profili della personalità che attengono alla vita di relazione (libertà di riunione, di associazione).

Se le carte costituzionali dello Stato liberale di diritto presupponevano una società basata su di un individuo ideale, astrattamente eguale (al punto di poter far convivere l'idea di diritti innati con la legittimazione della schiavitù), il costituzionalismo proprio dello Stato sociale ha – invece – favorito il passaggio verso **una visione sociale e universale della persona**. Non solo si riconoscono nuovi tipi di diritti (in particolare, quelli sociali e politici), ma si amplia anche il novero dei diritti civili.

Considerando tale evoluzione la dottrina – nel tentare una scansione temporale – ha distinto tra diritti di prima (di libertà ed economici) e di seconda generazione (politici e sociali). Mentre, con riferimento alle più recenti codificazioni costituzionali, alcuni parlano anche di diritti della terza generazione, riconducibili non tanto alla sfera individuale della persona, quanto alla sua proiezione sociale. Diverse Costituzioni hanno riconosciuto, ad esempio, il diritto all'ambiente salubre, alla qualità dei prodotti, allo sfruttamento autonomo delle risorse; così come altre hanno valorizzato le tradizioni proprie dei gruppi minoritari, rinvenendo in esse un'espressione del diritto all'identità culturale per i suoi membri.

La codificazione del diritto all'**identità culturale** è particolarmente presente, da un lato, negli ordinamenti costituzionali che sono nati dalla crisi del colonialismo o che appaiono esposti a nuove forme di colonialismo politico e culturale; dall'altro lato, ove vivono particolari gruppi etnici (popolazioni aborigene o minoranze etniche e linguistiche), a cui le Costituzioni riconoscono – nel rispetto della storia – uno *status* particolare. E tale riconoscimento si traduce nell'ammettere la possibilità di deroghe all'applicazione *erga omnes* dei diritti universali della persona o, più frequentemente, di consentire un “*accodamento ragionevole*”, un contemperamento tra la dimensione individuale (universale) dei diritti e quella identitaria.

In questa prospettiva appare di grande significato la previsione contenuta nell'art. 30 della Costituzione del Sud Africa, la quale si propone di garantire un equilibrio tra il Bill of Rights e le specifiche tradizioni locali affermando che “ognuno ha diritto di usare la lingua e di partecipare alla vita culturale

secondo la propria scelta, ma deve farlo in modo coerente con le previsioni del Bill of Rights”.

Non solo le Costituzioni nazionali, ma anche diversi atti internazionali fanno riferimento all'esistenza di un diritto all'identità culturale: è il caso, ad esempio, del Patto internazionale di diritti civili e politici, che riconosce il diritto delle minoranze ad avere una propria vita culturale (art.27).

Un'ulteriore caratteristica delle codificazioni dei diritti proprie dello Stato sociale e democratico può essere individuata nella maggior consapevolezza che la garanzia è parte essenziale, condizione indispensabile per l'esistenza di un diritto: da ciò una particolare attenzione per gli **strumenti di tutela dei diritti**.

È indubbio che in materia di garanzia dei diritti il giudice ed il processo occupano un posto di assoluta preminenza. In particolare, il carattere rigido delle Costituzioni e la posizione di preminenza delle norme costituzionali hanno evidenziato il ruolo della giustizia costituzionale che si è gradatamente affermata quale principale tribunale dei diritti e delle libertà, specie in quei sistemi che prevedono ricorsi diretti di costituzionalità contro le lesioni dei diritti fondamentali.

Cionostante non si affievolisce l'importanza della legge nell'assicurare la garanzia dei diritti. In molti casi è la legge a conferire concretezza alle garanzie offerte dalla Costituzione; l'intervento del legislatore appare spesso necessario sia per implementare il contenuto dei singoli diritti della persona, sia per favorire il contemperamento tra contrapposti diritti costituzionali.

Nel medesimo tempo, acquista un ruolo crescente la tutela amministrativa dei diritti costituzionali, dal momento che negli ordinamenti contemporanei l'effettività dei diritti necessita di un certo protagonismo dell'amministrazione pubblica. Tale affermazione –rilevante soprattutto in materia di diritti sociali– appare non meno vera nel caso degli stessi diritti civili, la cui piena fruizione spesso dipende dall'approntamento di appositi servizi. Basti considerare, ad esempio, che l'effettività delle norme di sanciscono la natura anche rieducativa della pena dipende dalla qualità delle strutture carcerarie; mentre l'esigenza costituzionale di ridurre i termini della carcerazione preventiva abbisognano di servizi giudiziari efficienti. Mentre in tema di diritti sociali è evidente che tanto il diritto all'istruzione che quello alla salute sono maggiormente fruibile in quegli ordinamenti dove vengono apprestati servizi pubblici ben funzionanti.

I molteplici diritti riconosciuti nelle codificazioni costituzionali che si ispirano al costituzionalismo democratico e sociale sono essenzialmente riconducibili ad alcuni valori (principi): di questi, due – **la libertà individuale** e l'e-

guaglianza – provengono dalle esperienze dello Stato liberale, ma sono state rielaborate ed arricchite di nuovi significati; mentre la terza – la dignità – costituisce una acquisizione più recente, tipica della forma di Stato sociale e democratica.

La dimensione della libertà maggiormente risalente nel tempo si collega all’istituto storico della “libertà dagli arresti”, ai diritti di *habeas corpus* che hanno trovato una prima codificazione nel documento costituzionale inglese del 1679 (*l’Habeas corpus Act*) che rendeva annullabili da parte del potere giudiziario tutti i provvedimenti restrittivi della libertà personale che fossero adottati dai pubblici poteri al di fuori dei casi e senza le garanzie previste dalla legge.

In tale testo di rilevanza costituzionale si rinvengono i principi di garanzia tuttora presenti nelle Costituzioni liberali: cioè, una riserva assoluta di legge (nel determinare i casi in cui è possibile limitare la libertà personale), una riserva di giurisdizione (in quanto l’autorità giudiziaria è il solo potere competente a verificare la legittimità delle restrizioni alla libertà personale), il diritto di chi ritiene lesa la propria libertà di impugnare i provvedimenti restrittivi.

Attraverso le garanzie sopra richiamate i costituenti hanno inteso proteggere la libertà personale nella sua dimensione negativa, come tutela della persona dalle coercizioni fisiche e dalle restrizioni di vario genere da parte dei pubblici poteri suscettibili di incidere sulla sua sfera fisica. Tuttavia, l’intrinseca libertà della persona comprende anche profili che gli ordinamenti attuali non possono non riconoscere e tutelare.

Si afferma, quindi, come espansione dell’originaria concezione della libertà personale, il riconoscimento che ogni persona ha il diritto a vedere rispettata la propria vita privata. Si instaura un collegamento tra diritto di proprietà (inteso come *ius excludendi alios*), diritto all’inviolabilità del proprio domicilio e non ingerenza da parte di terzi nella vita privata delle persone: “nasce”, così, il diritto alla **riservatezza** (*the right to be let alone*).

Esso scaturisce, innanzitutto, dall’elaborazione giurisprudenziale della Corte suprema degli Stati Uniti d’America, che era stata preceduta da un saggio, uscito in una prestigiosa rivista nel 1890, di Warren e Brandeis, che prendevano spunto dalla battaglia iniziata dall’avvocato Warren contro l’eccessiva invadenza della stampa, che dava – a suo avviso – eccessiva attenzione alla vita sua sfarzosa e mondana. Tale diritto trova oggi un esplicito riconoscimento nelle più recenti Costituzioni: dalla Costituzione spagnola che tutela il diritto all’intimità personale alla Costituzione belga che riconosce il diritto al rispetto della propria vita personale e familiare; dalla Costituzione del Cile che assicura il rispetto della vita privata e dell’onore alla Costituzione del Sud Africa il

cui art.14 è dedicato appositamente al diritto alla *privacy*.

Il diritto alla riservatezza che si caratterizza, inizialmente, come *ius solitudinis*, a confronto con lo sviluppo delle tecnologie e delle forme di comunicazione, amplia il suo significato: infatti, la riservatezza riguarda non soltanto l'originaria intimità della persona all'interno della propria residenza, ma anche la possibilità per la stessa di avere il controllo delle molte informazioni di carattere personale che lo riguardano. Da ciò la necessità di garantire efficacemente la libertà personale riconoscendo anche un diritto ad impedire una raccolta ed un'utilizzazione arbitraria dei dati. Accanto al tradizionale *habeas corpus* si disciplina anche un *habeas data*.

Inoltre, la libertà personale finisce per comprendere anche il **diritto all'autodeterminazione** della propria personalità, del proprio corpo e della propria immagine. Tale visione considera l'esigenza che ogni individuo ha di poter sviluppare liberamente la propria identità.

Sono numerose le carte costituzionali che hanno codificato esplicitamente il libero sviluppo della personalità individuale: valga per tutti l'esempio della Costituzione della Repubblica federale tedesca, il cui art. 2 riconosce a tutti il diritto al libero sviluppo della propria personalità.

In definitiva, si può affermare che le più recenti codificazioni costituzionali in materia di diritti, attraverso il riconoscimento della libertà personale, si propongono sia di difendere l'individuo da comportamenti arbitrari lesivi della propria libertà, sia di tutelare le **diverse manifestazioni dell'individualità umana**, riconducibili al diritto che ciascuna persona ha di poter scegliere i propri comportamenti, di possedere un'autonomia nell'assumere decisioni fondamentali relative alla propria persona: cosicché, diverse Costituzioni riconoscono il diritto dell'individuo alla propria identità (comprensiva anche dell'onore e della reputazione); il diritto alla riservatezza o all'intimità personale; il diritto all'integrità fisica comprensivo, da un lato, del divieto della tortura e di sottoporre le persone a trattamenti degradanti e, dall'altro lato, diritto di porre limiti ai trattamenti sanitari; il diritto alla conservazione della capacità giuridica, che non può essere perduta, comunque, per motivi politici; il diritto ad avere la disponibilità sull'intero ciclo della propria vita.

Un altro valore che costituisce il fondamento dei sistemi di riconoscimento dei diritti è rappresentato dal **principio di egualianza**. Esso, tuttavia, non è più considerato come principio naturale (tutti gli uomini nascono e rimangono liberi), bensì un **elemento qualificante l'ordinamento giuridico**, che deve essere conseguito attraverso l'azione dei pubblici poteri: dall'ordine giudizia-

rio attraverso l'indipendenza dei suoi comportamenti, dalla pubblica amministrazione in virtù dell'imparzialità dell'azione amministrativa, dal legislatore attraverso il divieto di discriminazioni e di trattamenti arbitrariamente diseguali.

Da tempo, la rivendicazione delle libertà si è accompagnata con la richiesta di egualanza: mentre le prime consentono l'autodeterminazione della persona, la seconda intende assicurare pari capacità giuridica e pari opportunità. L'egualanza esprime, in altri termini, la condanna dell'egoismo e delle discriminazioni a danno di individui e di gruppi sociali. Basti considerare che la parola egualanza era presente nel motto della rivoluzione francese (*Egalité, liberté, fraternité*) e che la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 affermava che «tutti gli uomini nascono e rimangono liberi ed eguali nei diritti. Le distinzioni sociali non possono essere fondate che sull'utilità comune».

Pertanto, secondo l'accezione dell'egualanza maggiormente risalente nel tempo si ricava, innanzitutto, la regola che a tutti deve essere assicurata **pari capacità giuridica**, cioè eguale capacità di essere titolari di diritti e di doveri. Non va dimenticato che la storia è costellata di discriminazioni in proposito: nel diritto romano, la piena capacità giuridica spettava soltanto agli uomini liberi, mentre era esclusa o limitata nei confronti delle donne, dei figli e degli schiavi; sino a non molto tempo fa alcuni ordinamenti giuridici prevedevano l'istituto della schiavitù; mentre la titolarità di fondamentali diritti politici era esclusa a rilevanti gruppi sociali per ragioni di sesso, di razza o di religione.

Alla luce di questa lettura si può ritenere che l'egualanza, da un lato, imponga di attribuire alle norme eguale efficacia formale per tutti i cittadini e, dall'altro alto, viet leggi di tipo personale.

Ma il principio di egualanza assume una portata più ampia, la quale – pur non escludendo l'eguale capacità giuridica – comprende anche la regola che alcune differenze non possono tradursi nel mancato riconoscimento della pari dignità morale e giuridica di tutti gli individui. Di conseguenza, quasi tutte le Costituzioni prevedono disposizioni tese ad introdurre un **divieto di discriminazione**. In particolare, le carte costituzionali che si ispirano al costituzionalismo democratico rinvengono nella storia e negli stereotipi sociali le differenze che sono più frequentemente utilizzate per negare a tutti gli individui i medesimi diritti o la medesima dignità.

La gran parte delle Costituzioni europee – in particolare quelle del secondo dopoguerra, ammaestrate dall'esperienza dei regimi autoritari- convergono nell'individuare nel sesso, nella razza, nella lingua, nella nazionalità, nella reli-

gione, nelle convinzioni politiche i principali fattori di discriminazione che debbono essere assolutamente vietati. (art.7 Cost.austriaca, art.3 Cost. italiana, art.13 Cost. portoghese, art.3 Cost. tedesca). Mentre un numero più limitato di testi costituzionali si limitano a vietare le discriminazioni in via generale, senza introdurre alcuna specificazione: è il caso, ad esempio, dell'art.11 della Costituzione del Belgio, dell'art.9 della Costituzione spagnola, dell'art.3 della Costituzione della Polonia.

Nei documenti costituzionali più recenti, inoltre, si assiste ad un **“aggiornamento” dei comportamenti discriminatori** da vietare. Si può considerare la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, il cui art.21 vieta anche le discriminazioni fondate sul colore della pelle, sulle caratteristiche genetiche, le tendenze sociali; mentre l’art.23 della Costituzione dell’Ecuador vieta, tra l’altro, le discriminazioni basate sullo stato di salute, sul colore della pelle, sull’orientamento sessuale. Così come non dissimile appare l’elencazione delle possibili cause di discriminazione vietate dalla Costituzione del Sud Africa.

D’altra parte, sembra prevalere un orientamento giurisprudenziale favorevole a considerare le specificazioni come esemplificative, piuttosto che tassative, riconoscendo l’esistenza di un principio costituzionale generale che vieta ogni discriminazione. Emblematica appare, in proposito, la posizione della Corte suprema del Canada, ad avviso della quale il catalogo dei comportamenti ritenuti discriminatori e previsto nell’art.15 della Carta canadese dei Diritti e delle Libertà non sarebbe esaustivo, ma consentirebbe di vietare anche altri atteggiamenti discriminatori (nel caso di specie l’orientamento sessuale).

Sarebbe, tuttavia, arbitrario identificare il divieto di discriminazione con la differenziazione nel trattamento delle diversità; piuttosto la disposizione costituzionale rafforza la regola generale per cui situazioni diverse ammettono **trattamenti differenti purché ragionevolmente fondati** e motivati. Ne consegue che l’esistenza di differenziazioni giuridiche fondate sul sesso, sulla razza, sulla lingua, sulla religione, sulle opinioni politiche e sulle condizioni personali e sociali e sugli altri elementi individuati dalle Costituzioni costituiscono un indizio di illegittimità costituzionale, che può essere superato soltanto se trova il fondamento in un’altra disposizione costituzionale ovvero se è accettabile la ragionevolezza del diverso trattamento.

Il principio di non discriminazione ha esteso la sua portata sino ad ammettere la possibilità di interventi preferenziali nei confronti di quelle categorie di cittadini che – per ragioni sociali, economiche o pregiudizi – erano maggiormente esposte a subire trattamenti pregiudizievoli. Secondo siffatta prospetti-

va, il principio di non discriminazione si coniuga con una **dimensione sostanziale del principio di egualanza**, che, prendendo atto delle discriminazioni reali esistenti nella società, impegna i pubblici poteri ad intervenire per rimuovere gli ostacoli che impediscono l'effettiva egualanza tra le persone.

Inoltre, in tal modo, il principio di egualanza rappresenta il punto di contatto tra lo Stato di diritto e lo Stato sociale: l'uno realizza e dà sostanza all'egualanza giuridica, l'altro si propone di offrire a tutti i cittadini quelle parità di opportunità e di condizioni che la società non è in grado predisporre autonomamente. Non solo si inseriscono nel catalogo dei diritti fondamentali specifici diritti sociali a tutela dei soggetti più deboli della società, ma si fornisce anche una base costituzionale alle politiche sociali ed alle azioni positive. dei c.d. "soggetti deboli", di coloro – cioè – i quali si vedono ostacolati nella possibilità di un esercizio effettivo e paritario dei diritti costituzionali: la donna rispetto all'uomo, il lavoratore rispetto al datore di lavoro, i gruppi minoritari rispetto alle minoranze "deboli".

In alcuni ordinamenti il **fondamento costituzionale delle c.d. "azioni positive"** si rinvie nelle disposizioni che costituzionalizzato il principio di egualanza in senso sostanziale: l'esempio più significativo – che ha influenzato anche altri testi costituzionali – è offerto dall'art.3, 2 c della Costituzione italiana che impegna i pubblici poteri a rimuovere le disegualanze di fatto nella misura in cui impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese. Alla medesima filosofia, anche se con una formulazione differente, pare ispirarsi l'art. 15.2 della Carta canadese dei diritti e delle libertà secondo il quale il principio di egualanza non preclude "leggi, programmi o attività destinate al miglioramento della condizione di individui o gruppi svantaggiati".

Altri ordinamenti, invece, preferiscono specificare le condizioni di svantaggio che debbono essere riequilibrati attraverso appositi interventi di favore. In proposito, si può richiamare la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, la quale, oltre a ribadire un generale divieto di discriminazione, riconosce all'art.23 (intitolato "parità tra uomini e donne") che il principio di parità non ostia al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato, mentre il successivo art.26 riconosce il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantire l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità.

Particolarmente interessanti sotto il profilo del diritto costituzionale risulta-

no quelle **disposizioni di favore** per gruppi etnici o razziali che – **in materia elettorale** – si propongono di assicurare una migliore rappresentatività del pluralismo sociale nelle assemblee legislative, sancendo il divieto del *vote dilution* (cioè costituire i collegi elettorali in modo che la quantità di votanti appartenenti ad un gruppo di maggioranza possa vanificare la forza elettorale – e quindi il diritto di accesso in condizione di egualanza alle cariche elettive – di un gruppo minoritario – ; ovvero riconoscendo l'ammissibilità di pratiche di *gerrymandering* (cioè la creazione artificiale di alcuni collegi elettorali, in modo da assicurare l'elezione in essi di rappresentanti di una minoranza etnica).

Nella medesima prospettiva si pongono, inoltre, le disposizioni costituzionali che limitano la portata generale del principio “one man, one vote” attraverso l’introduzione di un sistema di “quote”, consistente nella riserva di un determinato numero di seggi a favore del sesso sottorappresentato ovvero dei rappresentanti di minoranze linguistiche.

Rispetto alla codificazione costituzionale del principio di libertà personale e di egualanza, il **riconoscimento della dignità della persona** rappresenta un’acquisizione relativamente recente, può considerarsi un’ **acquisizione tipica delle costituzionalismo democratico e sociale**. E ciò è comprensibile qualora si considerino sia i movimenti sociali e culturali che hanno plasmato le relazioni sociali all’interno di tali ordinamenti, sia l’ ideologia costituzionale che ha ispirato il costituzionalismo dello Stato sociale.

Si può affermare, in definitiva, che il principio costituzionale del rispetto della dignità umana costituisca la premessa antropologica dello Stato democratico e sociale di diritto, in quanto intende affermare, nelle relazioni interne alla società e tra la società e lo Stato ,una cultura di vita ispirata a regole di convivenza fondate sulla reciproca tolleranza e sul reciproco rispetto.

Un richiamo generale ed esplicito alla dignità umana si rinviene in numerose **Dichiarazioni internazionali** in materia di diritti: dall’art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 (tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali nella dignità e nei diritti) all’art. 11.1 della Convenzione americana dei diritti umani del 1969 (ogni persona ha diritto al rispetto del suo onore ed al riconoscimento della sua dignità), all’art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione (la dignità umana è inviolabile . Essa deve essere rispettata e tutelata). Così come si può richiamare la Convenzione di Oviedo approvata dal Consiglio di Europa nel 1999, la quale individua tra le sue finalità quella di prendere le misure necessarie per garantire la dignità dell’essere umano.

Per quanto concerne, poi, le **codificazioni costituzionali** in Europa, il tema della dignità umana ha acquisito rilevanza, nel secondo dopoguerra, come reazione al nazionalsocialismo ed alle violenze, ai maltrattamenti ed umiliazioni subite dalle persona a causa della loro fede politica, religiosa o della natura etnica e razziale. Non a caso una delle prime Costituzioni che ha chiaramente codificato tale principio fu proprio la Costituzione tedesca (art.1. La dignità della persona è intangibile); mentre l'art.3 della Costituzione italiana afferma la pari dignità sociale di tutte le persone.

Il richiamo alla dignità della persona è presente, poi, negli ordinamenti mediterranei nati dalla crisi di regimi fascisti (l'art.10 della Costituzione spagnola considera la dignità umana un fondamento dell'ordine politico e della pace sociale; l'art.13 della Costituzione portoghese riconosce a tutti i cittadini la stessa dignità sociale;) ed in quelli scaturiti dai processi democratici e delle transizioni costituzionali che hanno di recente caratterizzato l'Europa orientale (art.1 Cost.Ceca; art. 30 Cost.Polonia; art. 12 Cost.Slovacca; art. 54 Cost.Ungherese).

Codificazioni simili si rinvengono, poi, nella quasi totalità delle carte costituzionali dell'America latina.

Le carte costituzionali prendono in considerazione la dignità umana sotto **differenti prospettive**. In primo luogo, può essere considerata la sua dimensione individuale, in stretta connessione con il principio di egualianza inteso nell' accezione di divieto di discriminazione.

L'esigenza primaria di rispettare la dignità umana impone di evitare comportamenti che – per la loro natura o per le modalità con le quali sono posti in essere- provochino nella persona un senso di umiliazione o una sensazione di avvilimento. Nella sua dimensione individuale la dignità si traduce, in definitiva, nel diritto del singolo a vedere, comunque, rispettata la propria reputazione, il proprio buon nome, a non essere discriminato a causa dei propri orientamenti e dei propri stili di vita. Sussiste, pertanto, un rapporto di complementarietà tra il principio di dignità ed il principio personalistico, inteso nella moderna accezione di libero sviluppo della personalità.

Il riconoscimento costituzionale della dignità è rilevante anche sotto il profilo relazionale: secondo siffatta prospettiva, esso presuppone l'esistenza o il formarsi di una coscienza sociale orientata a non trasformare le inevitabili differenziazioni sociali in fattori di esclusione; postula che non solo l'ordinamento, ma anche il contesto sociale preveda relazioni ispirate ad un naturale dovere di reciproco rispetto. In altri termini, non è sufficiente che le persone siano trattate con dignità, ma bisogna anche che tutte siano trattate con eguale dignità

e rispetto.

Inoltre, la **dignità umana** si riferisce a un **valore** non solo dei singoli, ma anche **del gruppo sociale** ed etnico cui gli individui appartengono: cioè, il sentimento della propria dignità risulta leso anche quando si offende e disprezza l'identità culturale di un'etnia, di una categoria di persone, di una razza.

Alcuni ordinamenti, al fine di tutelare la dignità di un determinato gruppo etnico, linguistico, religioso, codificano limiti alla libertà di manifestazione del pensiero. Essi sono giustificati, in genere, con la considerazione che il divieto di forme di propaganda o di incitamento all'odio controbilancia il danno che esse possono produrre nel confronto di alcuni valori essenziali di una società libera e democratica, tra cui rientra indubbiamente il rispetto il rispetto reciproco tra i diversi gruppi razziali dell'uguaglianza e della dignità delle persone. Emblematica, è – in proposito – la formulazione dell'art.16 della Costituzione del Sud Africa secondo il quale il diritto di libertà di espressione non tutela – tra l'altro – l'apologia dell'odio razziale, etnico, di genere o religioso.

Lo stretto legame che intercorre tra garanzia della **dignità** e tutela della personalità fa sì che il principio di dignità rappresenti un **valore universale**: almeno nel senso che non solo riguarda tutti gli individui indipendentemente dal possesso dello *status* di cittadino, ma anche tutela la persona indipendentemente dalla traiettoria del loro percorso di vita. In altri termini, i diritti riconducibili alla dignità debbono rimanere inalterati qualunque sia la condizione in cui una persona si trova concretamente (sottoposta agli arresti, carcerata, degente in ospedale o rinchiusa in istituti di cura) e la loro fruizione non può essere condizionata dalla sussistenza di particolari condizioni giuridiche oppure dalle sue scelte di vita.

Costituendo la dignità il nucleo intangibile della personalità umana, il suo riconoscimento si traduce nel divieto assoluto di prevedere o di porre in essere comportamenti degradanti l'essere umano.

Conseguentemente, debbono considerarsi contrari alla dignità umana e, quindi, costituzionalmente illegittimi trattamenti – altrimenti legittimi – tali da provocare in chi li subisce una condizione di umiliazione.

Le Costituzioni tendono ad individuare un numero sempre più ampio di **diritti direttamente riconducibili alla dignità** della persona, tanto nell'ambito dei rapporti civili, quanto in quelli sociali ed economici.

In primo luogo, la dignità influisce sulle modalità di limitazione della libertà personale e sul sistema delle pene: vietando comportamenti degradanti, ecces-

sivamente afflittivi, condizioni di abbruttimento, pratiche invasive dell'intimità e del pudore delle persone. Deve essere punita ogni violenza fisica e morale nei confronti delle persone sottoposte a restrizione di libertà; mentre le pene non consistano in trattamenti contrari al senso di umanità e tendano alla rieducazione del condannato.

La dignità incide, inoltre, sui comportamenti processuali e, instaurando una relazione tra principio di dignità e diritto ad un processo giusto, impone che ogni persona sia trattata *fairly by the law*.

In secondo luogo, il principio di dignità influisce sui rapporti economici: non solo perché non sono ammissibili forme o modalità di esercizio dell'economia privata che danneggino la dignità umana ovvero si deve garantire al lavoratore una retribuzione sufficiente ad assicurare un'esistenza libera e dignitosa; ma anche in quanto si richiedono politiche economiche tali da non privare la persona di quel livello minimo di benessere e di capacità economica oltre il quale essa, trovandosi nell'impossibilità di poter comunque soddisfare i propri bisogni di base, vedrebbe, di conseguenza, compromessa la propria dignità umana.

Gli stessi diritti sociali e di assistenza debbono essere considerati una specificazione importante del principio di dignità.

Infine, **la dignità** funge da **criterio generale di interpretazione**: nel senso che il riconoscimento costituzionale della dignità umana richiede, per un verso, che una disposizione suscettibile di assumere più significati debba essere interpretata nel senso più conforme al principio di dignità; esclude, per un altro verso, che possa essere legittimamente accolta un'interpretazione contraria o confligente con tale principio.

Inoltre, l'interprete ed il legislatore possono proficuamente rifarsi al principio di dignità per bilanciare più diritti suscettibili di entrare in conflitto, ovvero contemperare l'esercizio di un diritto con la salvaguardia di un principio o di un valore costituzionale.

Secondo siffatta accezione il valore della dignità si può considerare un principio che orienta la attività normativa e giurisprudenziale, proiettando la sua luce sui diritti individuali, arricchendoli di nuovi significati.

### 3. Tecniche di codificazione dei diritti fondamentali.

L'esperienza costituzionale evidenzia una pluralità di **tecniche di costituzionalizzazione dei diritti fondamentali**. Una distinzione di base si può introdurre tra gli ordinamenti che dedicano al riconoscimento ed alla tutela dei diritti

ti un'apposita parte del documento costituzionale (come nel caso della Repubblica federale tedesca, dell'Italia, della Spagna, del Portogallo) e quelli che disciplinano la materia in un'apposita Carta dei diritti, come avviene, soprattutto, negli ordinamenti appartenenti all'ex *Commonwealth* (Canada, Sud Africa, Nuova Zelanda) e nella stessa Unione europea).

Si pone al di fuori di questa alternativa l'ordinamento costituzionale francese, ove il riconoscimento dei diritti avviene in virtù del preambolo alla Costituzione, che si richiama solennemente alla dichiarazione del 1789 e alla Costituzione del 1946 (il popolo francese proclama solennemente la sua fedeltà ai diritti dell'uomo ed ai principi della sovranità nazionale così come sono stati definiti dalla dichiarazione del 1789, confermata ed integrata dal preambolo della Costituzione del 1946). A tale preambolo il Consiglio costituzionale ha attribuito un valore normativo, cosicché permangono vigenti – e utilizzabili come parametro dal giudice costituzionale – le norme delle precedenti carte costituzionali in esso richiamate.

Inoltre, sotto il profilo linguistico le Costituzioni, nel classificare ed elencare i diritti della persona, ricorrono a **terminologie** significativamente **differenti**. Alla linearità delle antiche codificazioni si contrappone l'eterogeneità delle attuali .

Vi sono Costituzioni che non introducono distinzioni tra i diritti, qualificati tutti come fondamentali o costituzionali (Argentina, Bolivia, Chile, México e Uruguay, Germania, Belgio, India, Olanda, Svezia, Estonia, Ungheria); Costituzioni che optano per una ripartizione tradizionale che distingue tra diritti civili, politici, sociali ed economici (Perú, Panama, Ecuador, Guatemala, Salvador, Brasile, Costa Rica, Italia, Portogallo, Polonia, Slovacchia) .

Altri ordinamenti – a loro volta- hanno adottato criteri meno sistematici : per cui differenziano tra diritti individuali e collettivi (Brasile), tra libertà e diritti economici, sociali e culturali (Polonia): ovvero introducono un apposito riferimento ai diritti culturali ed identitari (Colombia, Honduras, Nicaragua, Paraguay y Venezuela, Irlanda, Repubblica Ceca), tra i quali inseriscono i diritti di difesa dell'ambiente, di preservazione del patrimonio naturale e culturale (codificati anche in polemica con le politiche internazionali di sfruttamento economico del territorio), nonchè i diritti derogatori dei popoli indigeni.

Alcune Costituzioni, poi, hanno attribuito ai **diritti di libertà** uno *status* differente rispetto ai c.d. **diritti di distribuzione** (in particolare, quelli sociali), basato sulla considerazione che mentre i primi sono assoluti – cioè, pongono limiti all'azione pubblica o di altri privati e sarebbero immediatamente azionabili), i secondi sono condizionati ( cioè il loro godimento dipenderebbe dalle

risorse disponibili e dalla presenza di un'organizzazione idonea in grado di assicurare l'erogazione di determinate prestazioni) e relativi ( nel senso che necessitano di una graduazione e di una mediazione da parte dei pubblici poteri).

È il caso, ad esempio, della Costituzione spagnola, che distingue tra diritti fondamentali e libertà pubbliche, da un lato, e principi informatori della politica sociale ed economica (dall'altro lato): i primi godono di una tutela costituzionale rafforzata – vincolano i poteri pubblici e non possono essere limitati in modo da intaccare il loro contenuto essenziale – e fruiscono di un apposito istituto processuale di garanzia – il ricorso di *amparo* dinanzi al Tribunale costituzionale. A sua volta, si può richiamare la Costituzione svizzera che differenza tra diritti fondamentali, diritti civici ed obiettivi sociali.

Interessante sotto il profilo metodologico appare la **tecnica di classificazione** adottata dalla **Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea**. Essa non accoglie le tradizionali classificazioni, ma tenta di accorpate le molteplici posizioni soggettive garantite attorno ad alcuni valori di riferimento: la dignità, la libertà, l'eguaglianza, la solidarietà, la cittadinanza, la giustizia. E questi valori vengono, a loro volta, unificati dalla posizione centrale della persona e della sua intrinseca ed indefettibile dignità.

Si determina, quindi, una struttura piramidale che ha al suo vertice la persona, la cui tutela presuppone il riconoscimento attivo di precisi valori, i quali – a loro volta – vengono realizzati attraverso il riconoscimento di specifici diritti.

Un'ulteriore caratteristica dei più recenti cataloghi costituzionali in tema di diritti consiste in una evidente propensione alla **distinzione delle situazioni** soggettive **riconosciute come diritti**: nel senso che numerose disposizioni non si riferiscono astrattamente agli individui, alle persone o ai cittadini, ma a determinati gruppi o categorie (detenuti, anziani, minori, disabili,...). In altri termini, la codificazione tende a specificare in modo dettagliato i profili della personalità e dell'agire umano che sono tutelati.

Anche in questo caso, tra i numerosi esempi possibili, è interessante richiamare la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea la quale, accanto a diritti universali (di cui è titolare ogni individuo) sono riconosciuti anche diritti spettanti agli appartenenti a determinate categorie come i minori (art.24), gli anziani (art.25), le persone con disabilità (art.26), i lavoratori (art.27, 28, 31,32), i consumatori (art.38), i cittadini dell'Unione (artt.39 ss).

Sotto il profilo della tecnica di codificazione dei diritti le più recenti Carte

dei diritti appaino, altresì, favorevoli alla **specificazione** delle situazioni soggettive riconosciute come diritti: la codificazione tende ad essere esaustiva ed a specificare in modo dettagliato i profili della personalità e dell'agire umano che vengono tutelati; gli elenchi si presentano assai minuziosi .

In proposito è sufficiente porre a raffronto la scarna, ma efficace schematicità della Dichiarazione d'indipendenza nordamericana del 1776 – “noi teniamo per certo che tutti gli uomini sono creati eguali, che essi sono dotati dal loro Creatore di certi diritti inalienabili, che tra questi vi siano la vita, la libertà ed il perseguitamento della felicità ” – con la dettagliata enumerazione dei diritti contenuta in alcune delle più recenti carte costituzionali.

Va, però, considerato che la tendenza alla specificazione rappresenta non tanto un ampliamento sostanziale della sfera dei diritti tutelati, quanto – piuttosto – una specifica tecnica di codificazione, finalizzata a storicizzare i diritti della persona riconosciuti in un determinato ordinamento ed in un preciso periodo storico. Non sussiste, in altri termini, una diretta, necessaria connessione tra ampiezza dei cataloghi ed effettività nel godimento dei diritti da parte dei singoli.

Infatti, un' **analitica positivizzazione non è di per sé indice di maggiore tutela** dei diritti della persona; affichè il riconoscimento si trasformi in tutela occorre che i diritti siano non solo codificati, ma anche accettati e convalidati dalla cultura giuridica e politica: in altri termini, l'idea di tutela si deve formare all'interno della comunità, altrimenti si è in presenza di “Costituzioni senza costituzionalismo”, cioè di documenti che assumono la forma delle Costituzioni proprie della tradizione liberale e democratica, ma non ne possiedono l'anima. In altri termini, la positivizzazione dei diritti è efficace se esprime un valore sentito dalla comunità, se è il riflesso non solo di una prescrizione formale, ma anche di una convinzione, che penetrando in profondità nel testo sociale diviene elemento integrante della cultura di un popolo.

Le Costituzioni che si limitano a disciplinare i diritti considerati “essenziali” della persona hanno, di solito, dimensioni notevolmente ridotte, presentano una struttura semplice e contengono disposizioni dal contenuto normativo generale: preferiscono affidare al legislatore ordinario ed alla giurisprudenza il compito di specificare le manifestazioni della personalità umana che il contesto sociale considera meritevoli di riconoscimento e di tutela.

Siffatta tecnica di codificazione contraddistingue, in genere, le Costituzioni di quegli **ordinamenti che hanno registrato un'evoluzione progressiva, senza subire cesure violente ed autoritarie**: in cui la continuità costituzionale ha permesso a determinati valori e principi riconducibili alla persona umana

di penetrare in profondità nel tessuto sociale, divenendo parte integrante della cultura di quel paese.

Per contro, **la scelta di dettagliare** e di specificare analiticamente **i diritti** tutelati si manifesta, soprattutto, nelle Costituzioni che sono state approvate in conseguenza di una rottura politico – istituzionale ovvero risultano esposte a contraccolpi autoritari. È il caso, per un verso, delle Costituzioni europee approvate al termine del secondo conflitto mondiale che ha sanzionato la fine del fascismo e del nazismo, per un altro verso, delle Costituzioni nate dalla crisi dei regimi autoritari in America latina.

L'esperienza costituzionale induce tali ordinamenti a sottolineare, non solo i diritti tipici dello Stato democratico e sociale, ma anche quei profili della dignità e della libertà della persona che i precedenti regimi avevano maggiormente conculcato: si pensi, ad esempio, all'attenzione con cui alcune Costituzioni regolano il diritto alla vita, il divieto della schiavitù, il divieto di torture, il divieto di discriminazione, la libertà dagli arresti arbitrari, l'inviolabilità del domicilio, della comunicazione e corrispondenza, i diritti associativi, il divieto di censure nella manifestazione del pensiero.

La specificazione rappresenta, pertanto, una specifica tecnica di codificazione finalizzata- a nostro avviso- a **soddisfare diverse esigenze**.

In primo luogo, si propone di storizzare i diritti della persona riconosciuti in un preciso periodo storico e di segnare una cesura nei confronti del passato. Ponendosi l'obiettivo di evidenziare la rottura politico –istituzionale che separa l'attuale ordinamento costituzionale da quelli precedenti, assolve ad una funzione di reazione rispetto a periodi precedenti di attenuazione delle garanzie.

In secondo luogo, la specificazione dei diritti riconducibili allo sviluppo della personalità umana intende offrire parametri più dettagliati per l'attività interpretativa dei giudici e per quella specificativa del legislatore. Ciò consente, per un verso, di aggirare l'inerzia delle assemblee legislative e, per un altro verso, di limitare l'attività pretoria dei giudici.

Secondo siffatta prospettiva la specificazione assolve ad una funzione di garanzia, almeno in quegli ordinamenti costituzionali ove mancano organi giurisdizionali professionali e dotati di uno *status* costituzionale di autonomia e di indipendenza dal potere politico e la rappresentanza politica non sempre è attenta a salvaguardare la sostanza dei diritti costituzionali della persona.

Da ultimo, va tenuto presente che **le disposizioni costituzionali in materia di diritti fondamentali possiedono una struttura variegata**: nel senso che

quelle che riconoscono specifici diritti (ad esempio, a non essere arbitrariamente arrestato, all'inviolabilità del domicilio, alla segretezza delle comunicazioni personali, alla riservatezza, a manifestare il proprio pensiero senza censure, a professare un culto) sono affiancate da altre che codificano principi (come, ad esempio, il principio di egualità, della dignità); così come risulta frequente la presenza di disposizioni che introducono clausole, che possono assolvere ad una funzione sospensiva (o limitativa) di determinati diritti o derogatoria.

Le **clausole derogatorie** autorizzano il legislatore o il giudice a derogare, nel rispetto di determinate procedure e al determinarsi di eventuali condizioni o presupposti, ad alcune disposizioni costituzionali di natura universale, introducendo in tal modo un'eccezione al principio generale di supremazia della Costituzione. Sono diffuse – in particolare, ma non solo – in quegli ordinamenti che intendono conciliare il principio della rigidità costituzionale con quello (proprio del costituzionalismo anglosassone) della “sovranità” del Parlamento.

Tali deroghe, a seconda che riguardino l'intero testo costituzionale, oppure solo una parte circoscritta, possono essere generali o settoriali.

Nel primo caso, il potere di deroga può dispiegarsi su qualsiasi oggetto. È il caso, ad esempio, dell'art. 145 della Costituzione rumena, che dispone come norme di leggi dichiarate incostituzionali possano comunque far parte dell'ordinamento nazionale se riapprovate con un voto dei 2/3 dei parlamentari. In senso analogo, si configura l'esperienza della Costituzione del Portogallo del 1976, in cui gli articoli 278 e 279 disciplinano la possibilità che il Parlamento con una maggioranza dei 2/3 possa riapprovare una legge sulla quale il Tribunale Costituzionale si sia pronunciato per la sua incostituzionalità in via preventiva.

Le deroghe **settoriali** operano solo su alcune parti della Costituzione, e tra queste presentano profili problematici quelle che interessano l'ambito dei diritti fondamentali. In proposito, l'esempio, forse, più interessante è offerto dalla clausola *nonobstant* introdotta dall'art. 33 della Carta canadese dei diritti e delle libertà secondo la quale il Parlamento federale o le Assemblee legislative provinciali possono votare una legge in contrasto con le norme costituzionali concernenti alcuni diritti fondamentali della persona.

L'esercizio di tale potere derogatorio, tuttavia, incontra alcuni limiti procedurali, dal momento che deve essere esplicito ed ha una validità di cinque anni.

Tra le **clausole derogatorie** settoriali che ineriscono alla materia dei diritti fondamentali presentano un interesse crescente quelle **che si collegano al**

**carattere multiculturale dell'ordinamento** ovvero che si propongono di rispettare e salvaguardare la specifica identità culturale, linguistica o religiosa di determinati gruppi di cittadini.

La loro specificità può essere individuata nel fatto che, in deroga al principio di egualità formale, l'ordinamento configura alcune diversità culturali come un criterio legittimante deroga alla dimensione universalistica di determinati diritti. Si pensi, ad esempio, all'art. 27 della Carta canadese dei diritti e delle libertà, che riconosce e garantisce il patrimonio multiculturale del Canada, ovvero all'art.22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (L'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica).

Le **clausole sospensive**, invece, consentono in determinate circostanze la sospensione temporanea delle garanzie costituzionali in materia di diritti: giustificata dalla necessità di salvaguardare esigenze generali della collettività come – ad esempio – l'ordine pubblico, la sicurezza, la difesa nazionale, la salvaguardia del carattere democratico e liberale della società.

Tali sospensioni possono essere sia **generali**, che individuali.

Tra le primi si possono indicare, innanzitutto, quelle disposizioni costituzionali che ammettono la possibilità per il legislatore di attenuare temporaneamente le garanzie in materia di diritti fondamentali se ritenute ragionevolmente necessarie salvaguardare la democraticità di un regime politico e delle sue istituzioni. Infatti, nell'esperienza costituzionale si presentano con frequenza momenti nei quali l'incondizionato o indiscriminato esercizio di una libertà potrebbe incrinare valori costitutivi l'ordine costituzionale.

Si può richiamare in tal senso la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la quale consente di sottoporre l'esercizio di alcune libertà a determinate formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni costituenti misure necessarie in una società democratica, per la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale o l'ordine pubblico. Tali formulazioni hanno influenzato sia alcune Costituzioni dell'Europa – ad esempio, l'art.31 della Polonia, l'art.11 dell'Estonia, l'art.12 della Svezia, l'art.23 della Finlandia – sia le Costituzioni del Canada e del Sud Africa.

Infatti, l'art.1 della Carta canadese dei diritti e delle libertà afferma che non possono essere imposte restrizioni ai diritti ed alle libertà enunciate nella Carta se non quelle stabilite dalla legge, nei limiti della ragionevolezza e di cui si possa dimostrare la giustificazione nel quadro di una società libera e democratica. Dall'altro lato, l'art.33 della Costituzione del Sud Africa contiene una disposizione similare, la quale consente di apportare ai diritti fondamentali limiti ragionevoli e giustificabili in una società aperta e democratica fondata sulla dignità, sulla libertà e sull'egualità, purchè non sia violato il contenuto

to essenziale del diritto stesso .

Tra le clausole generali di sospensione nel godimento dei diritti costituzionali ha una rilevanza particolare anche la disciplina degli **stati di eccezione** o di **emergenza**. In questo caso, le disposizioni costituzionali sono formalmente conservate, ma la loro vigenza è drasticamente limitata, sia per quanto riguarda i poteri delle Camere e degli organi giurisdizionali, sia a proposito del godimento dei principali diritti civili e politici.

In **Europa**, la disciplina degli stati d'emergenza ha importanti precedenti nell'art. 16 della Costituzione francese, il quale consente al Presidente della Repubblica – sentiti i Presidenti delle due Camere, il Consiglio costituzionale e il Primo Ministro – di adottare tutte le misure necessarie ( ad eccezione dello scioglimento dell'Assemblea nazionale) per prevenire o rimuovere un grave e immediato pericolo per le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza nazionale, l'integrità territoriale, l'adempimento degli obblighi internazionale, per il corretto funzionamento dei poteri costituzionali.

Tale disciplina ha esercitato un'indubbia influenza sulle Costituzioni di diversi paesi dell'Europa orientale. Come nel caso, ad esempio, dell'art. 101 della costituzione croata e dell' art. 108 della Costituzione slovena che attribuisce il potere al Presidente della Repubblica di emanare decreti in situazioni di emergenza. In senso analogo, si muove l'esperienza costituzionale della Russia, ove il Presidente può dichiarare lo stato d'emergenza o di guerra ,nonché emanare editti presidenziali di sospensione delle libertà costituzionali, qualora sia necessaria l'adozione di misure per la difesa della sovranità della Federazione russa, della sua indipendenza, nonché della sicurezza e dell'integrità dello Stato.

Anche alcune realtà costituzionali africane presentano clausole costituzionali per la sospensione dei diritti: ad esempio, la Costituzione della Nigeria prevede che i diritti e le libertà possono essere oggetto di restrizione nell'interesse della difesa, della sicurezza pubblica, della salute pubblica, della pubblica moralità. Tuttavia, la disciplina delle situazioni di emergenza costituisce un **tratto tipico dell'esperienza costituzionale dell'America latina**, ove la possibilità di sospendere l'applicazione della Costituzione ha rappresentato la via maestra per l'instaurazione di regimi autoritari o di forme di Stato di natura autococratica.

Tutte le Costituzioni di quel continente contengono disposizioni finalizzate a regolare gli stati di necessità: non solo attribuiscono al Capo dello Stato il potere di esercitare poteri *extra ordinem* qualora ciò sia ritenuto necessario per assicurare la pace e l'ordine interno, in caso di catastrofe o per prevenire gravi

situazioni che colpiscono la vita della Nazione, ma si preoccupano – altresì- di sottoporre tale potere a dei limiti sia formali che sostanziali. Tra i primi si possono individuare le disposizioni che limitano temporalmente la validità dello stato di necessità, i poteri di controllo dell'esecutivo e delle forze armate da parte del Parlamento, l'impossibilità di reiterare tale stato senza il consenso del Parlamento.

I principali **limiti sostanziali** consistono nel tentativo di assicurare comunque la fruizione di alcuni diritti e di determinate garanzie. Ad esempio, la Costituzione della Colombia stabilisce che le libertà fondamentali riconosciute dai trattati internazionali non possono essere intaccate durante lo stato di insurrezione; la Costituzione del Nicaragua salvaguardia durante gli stati di emergenza il diritto alla vita e diversi diritti riconducibili alla dignità ed all'integrità della persona umana; la Costituzione del Perù stabilisce che durante lo stato di assedio e di emergenza permangono le garanzie del *recurso de amparo* e di *habeas corpus*; a sua volta, la Costituzione del Venezuela salvaguardia durante gli stati di emergenza il diritto alla vita, ad un processo equo ed il divieto di tortura e di discriminazione .

Importante è, in proposito, l'orientamento della Corte interamericana per i diritti umani la quale ha in più occasioni precisato che anche durante la validità degli stati di eccezione deve essere garantito l'esercizio di tutti gli strumenti processuali che le Costituzioni prevedono per la tutela diretta dei diritti fondamentali .

Tra le **clausole derogatorie di tipo individuale** possiamo richiamare, innanzitutto, quelle finalizzate a vietare l'abuso nell'esercizio dei diritti. Esse si rinvengono in numerose Carte costituzionali: dall'art.18 Cost.tedesca (Chiunque, allo scopo di combattere l'ordinamento fondato sui principi di libertà e di democrazia,abusi della libertà di manifestare il proprio pensiero....decade da questi diritti fondamentali), all'art.55 Cost.spagnola,il quale autorizza a stabilire con legge organica le forme ed i casi in cui si può procedere alla sospensione di determinati diritti fondamentali nei confronti di persone determinate in occasione di interventi contro il terrorismo o le bande armate. A sua volta, l'art.25 Cost. greca si limita genericamente a dichiarare non permesso l'esercizio abusivo di un diritto.

Rilevante è, poi, la formulazione dell'art.17 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il quale precisa che non può riconoscersi alcun diritto a favore di Stati,gruppi ed individui ad esercitare un'attività o a compiere un atto mirante alla sospensione dei diritti.

ti o delle libertà riconosciuti nella Convenzione stessa.

Le disposizioni che sanzionano l'**abuso dei diritti** – in generale ovvero con particolare riferimento ad alcuni di essi – sono essenzialmente finalizzate a garantire la salvaguardia del corretto funzionamento delle istituzioni democratiche – come ha evidenziato la giurisprudenza della Corte europea – ovvero a difendere l'ordinamento fondato sui principi di libertà e di democrazia – come precisa l'art.18 della Costituzione tedesca–.

#### **4. Clausole costituzionali per l'ampliamento e l'interpretazione dei diritti fondamentali**

La concreta individuazione dei diritti costituzionalmente garantiti è – con frequenza sempre maggiore – favorita attraverso la codificazione di alcune clausole o criteri interpretativi. A tal fine, si possono individuare nelle carte costituzionali tanto disposizioni che favoriscono un ampliamento degli standard di tutela, quanto disposizioni che facilitano l'applicazione dei diritti nelle situazioni concrete: nel primo caso si può parlare di **clausole di implementazione**, nel secondo di clausole di interpretazione **dei diritti**.

Le prime offrono all'interprete una base legale per sviluppare un'attività creativa che consenta di assicurare, attraverso una interpretazione evolutiva delle disposizioni costituzionali in materia di diritti, una continua sintesi tra diritto e valori contemporanei.

In dottrina si sono registrate oscillazioni in ordine al significato normativo da attribuire a tali clausole. È evidente che una loro interpretazione alla stregua di una clausola aperta offrirebbe all'interprete un criterio troppo incerto ed evanescente, dal momento che l'individuazione dei diritti da considerare fondamentali non può prescindere da un ancoraggio alle previsioni formali della Costituzione: debbono essere considerati fondamentali soltanto i diritti ricavabili – in via esplicita o implicita, diretta o strumentale – dal testo della Costituzione.

Tuttavia, sarebbe eccessivamente riduttivo relegarle al rango di espressione meramente riassuntiva ed anticipatrice del catalogo dei diritti contenuto negli articoli successivi. Non sarebbe colta l'opportunità di affidarsi alla portata normativa di tali clausole generali sia per aggiornare il novero dei diritti fondamentali in connessione con le attività e le esigenze della persona umana, sia per ottenere una più variegata e dinamica tutela della persona.

Sono riconducibili a tale tipo **le clausole che si richiamano al principio personalista** in modo da tutelare le molteplici manifestazioni dell'agire umano

riconducibili alla personalità dell'individuo. È il caso, ad esempio, dell'art.2 della Costituzione italiana (la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità), dell' art.2 della Costituzione tedesca (tutti hanno diritto al libero sviluppo della propria personalità), dell'art.5 della Costituzione greca (tutti hanno diritto a sviluppare liberamente la propria personalità e a partecipare alla vita sociale, economica e politica del paese ), dell'art.10 della Costituzione spagnola (la dignità della persona, i diritti inviolabili ad essa connessi, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della legge e dei diritti altrui sono il fondamento dell'ordine politico e della pace sociale), dell'art.7 della Costituzione finlandese (tutti hanno diritti alla vita e alla libertà personale, all'integrità fisica e alla sicurezza personale).

Meno frequente, ma egualmente interessante, è la codificazione di **clausole che contengono un'apertura generica al riconoscimento di futuri diritti**, al momento non enumerati. Queste, in genere, si ispirano alla nota formula della Costituzione degli Stati Uniti, secondo la quale l'enumerazione di determinati diritti non deve essere interpretata come negazione o restrizione di altri diritti.

A titolo di esempio, possiamo ricordare, da un lato, l'art.16 della Costituzione portoghese (I diritti fondamentali riconosciuti in Costituzione non escludono altri previsti dalle leggi e dalle norme applicabili del diritto internazionale); dall'altro lato, l'art.10 della Costituzione estone, il quale stabilisce che i diritti enumerati nella Costituzione non precludono altri diritti e libertà che sono coerenti con lo spirito della Costituzione o con la dignità umana. Una formula similare si rinvie anche nella costituzione del Perù, il cui art.3 precisa che la precedente enumerazione dei diritti costituzionalmente riconosciuti non esclude l'esistenza di altri diritti di analoga natura o che si fondano sulla dignità dell'uomo e sui principi propri della sovranità popolare, dello Stato democratico di diritto e della forma repubblicana di governo.

Costituiscono, nel panorama costituzionale, una novità le clausole che, in materia di diritti, **aprono il sistema costituzionale nazionale al diritto internazionale**, attribuendo alle Dichiarazioni internazionali in materia di diritti fondamentali una forza giuridica di rango costituzionale. Siffatte clausole sono ampiamente diffuse sia in Europa – si veda, per tutti, l'art. 10.2 Cost. spagnola, secondo il quale le norme relative ai diritti fondamentali ed alle libertà riconosciute dalla Costituzione si interpretano in conformità alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e ai trattati e accordi internazionali sulle stesse materie ratificati dalla Spagna – sia in America latina – come nel caso, a titolo di esempio, dell' art.46 Cost.Guatemala, dell' art.46 Cost.Nicaragua, dell-

l'art.5 Cost.Brasile dell'art.75 Cost.Argentina, dell'art.17 Cost.Ecuador, dell'art. 23 Cost.Venezuela .

In un mondo sempre più integrato è evidente la crisi di autosufficienza dei singoli ordinamenti nazionali, tale esigenza, poi, è avvertita soprattutto in materia di diritti fondamentali in considerazione della tensione universalistica che anima la protezione della persona umana. E la loro inserzione nei testi costituzionali favorisce, da un lato, una certa omogeneizzazione dei livelli di tutela dei diritti della persona, dall'altro lato, amplia i diritti riconosciuti nei singoli ordinamenti, dal momento che quelli riconosciuti in ambito internazionale sono applicabili nell'ordinamento interno e i diritti codificati nelle Costituzioni nazionali debbono essere interpretati conformemente alle Carte e alla giurisprudenza internazionale.

**La forza giuridica delle disposizioni internazionali in materia di diritti** richiamate dalle Costituzione varia a seconda delle scelte compiute nei singoli ordinamenti. Alla luce delle esperienze in atto si possono evidenziare le seguenti possibilità:

*a) la normativa sopranazionale e internazionale ha una forza giuridica di rango costituzionale (come, ad esempio, nel caso italiano ove l'art.117, 1 c. Cost. equipara alle norme costituzionali i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionale – tra cui spicca, al momento, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali –;*

*b) la normativa sopranazionale e internazionale entra a far parte del “blocco di costituzionalità”, nel senso che deve essere utilizzata dai giudici come parametro per valutare la conformità alla Costituzione di una norma o per decidere un ricorso diretto a tutela di un diritto fondamentale;*

*c) la normativa sopranazionale e internazionale è incorporata nell'ordinamento giuridico con il rango di fonte primaria, cosicché è applicabile nella misura in cui non contrasta con le disposizioni costituzionali in materia di diritti;*

*d) la normativa sopranazionale e internazionale rappresenta un necessario criterio interpretativo, nella misura in cui le disposizioni nazionali debbono essere interpretate in sintonia con la portata e il significato che gli stessi diritti hanno in ambito internazionale.*

Da siffatta spinta all'integrazione tra i diversi ordinamenti derivano **alcune conseguenze** favorevoli a rafforzare la garanzia dei diritti costituzionali. In primo luogo – come già si è detto – questi ultimi debbono essere interpretati in conformità con l'interpretazione fornita dalle giurisdizioni internazionali,

soprattutto in Europa dal Tribunale europeo dei diritti umani e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

In secondo luogo, i diritti riconosciuti in ambito sopravanzionale e internazionale – grazie alle clausole costituzionali di apertura – divengono immediatamente giustiziabili ricorrendo alle molteplici procedure di ricorso diretto previste dalle Costituzioni contro la lesione di diritti fondamentali. Infine, siffatto processo di osmosi favorisce la creazione di un diritto comune, che costituisce la base unitaria per la tutela dei diritti fondamentali in un determinato ambito geografico sovranazionale. Ovviamente, perché tale risultato si consegua sono necessari anche altri elementi: come la'adesione ad un comune metodo di interpretazione, l'esistenza di una adeguata unità culturale e l'adesione ad un sistema di valori costituzionali sufficientemente omogeneo.

A loro volta, le **clausole di interpretazione** si propongono di facilitare l'individuazione della regola giuridica da applicare dinanzi ad una concreta fatti-specie. Infatti, nei sistemi costituzionali è assai improbabile che la tutela di una posizione soggettiva si realizzi utilizzando una sola disposizione costituzionale, facendo riferimento ad un unico diritto, ovvero interpretando una o di più disposizioni omogenee. In genere, per individuare la norma applicabile si rende necessario bilanciare più diritti suscettibili di entrare in conflitto o in concorrenza, essendo necessario contemperare l'esercizio di un diritto con la salvaguardia di un altro. A tal fine le Costituzioni accompagnano il riconoscimento dei diritti con l'individuazione di un alcuni criteri di interpretazione e di ponderazione dei diritti.

Tra le principali clausole di interpretazione e di ponderazione dei diritti possono essere annoverate quelle che si richiamano al **principio di proporzionalità** ovvero della tutela del contenuto essenziale dei diritti. Il primo impone all'operatore giuridico di ricercare un ragionevole e proporzionato equilibrio tra interessi e tra diritti in potenziale conflitto. Esso è richiamato, in ambito comunitario, nell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ove si afferma che eventuali limitazioni ai diritti fondamentali possono essere apportate soltanto nel rispetto del principio di proporzionalità e laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

La stessa clausola è presente anche in alcune Costituzioni di Stati aderenti all'Unione europea. Ad esempio, l'art. 25 Cost. greca afferma che le limitazioni ai diritti costituzionali devono rispettare il principio della proporzionalità; mentre l'art. 18 Cost. portoghese prevede che le restrizioni di diritti, delle libertà e delle garanzie devono limitarsi a quanto necessario per salvaguardare

altri diritti o interessi costituzionalmente protetti. Egualmente, l'art. 12 Cost. svedese vieta che le limitazioni ai diritti ed alle libertà fondamentali vadano "oltre la misura necessaria con riferimento al motivo che l'ha provocata".

Tuttavia, si può affermare che il principio di proporzionalità abbia un fondamento costituzionale anche in quegli ordinamenti che non gli riservano un'esplicita disposizione costituzionale. In tali casi, infatti, la sua sussistenza può essere ricavata dal principio di egualanza formale, il quale vieta che situazioni differenti possano essere regolate in modo irragionevolmente diversificato.

Il principio di proporzionalità – che contiene un criterio interpretativo che può essere annoverato tra i principi generali del diritto costituzionale – impone all'operatore giuridico di ricercare un ragionevole e proporzionato equilibrio tra interessi o tra diritti in conflitto; si premura di evitare che il godimento di un diritto avvenga con modalità tali da comprimere i diritti altrui "oltre misura", cioè oltre quanto è essenziale ed indispensabile per esercitare un proprio diritto.

Alcune Costituzioni regolano direttamente le operazioni logiche che devono essere compiute in sede interpretativa (come la Costituzione portoghese e quella svedese), altre si limitano ad operare un rinvio dinamico al principio di proporzionalità, demandando – di fatto – al giudice o al legislatore la competenza a specificarlo.

In generale, il **test sulla base dei quali valutare la conformità delle norme al principio di proporzionalità** comprende la verifica:

- a) della legittimità delle finalità per cui un diritto viene limitato;
- b) della sussistenza di un'effettiva relazione funzionale tra il contenuto della limitazione e le sue finalità;
- c) del carattere non irragionevole, arbitrario o inutilmente oppressivo del limite;
- d) del fatto che, comunque, non si determini il totale annullamento del diritto.

Il principio di **proporzionalità** assume, poi, una particolare rilevanza nel **l'ambito del diritto penale**: in quegli ordinamenti – tra cui quello comunitario, alla luce dell'art.49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – ove vigono disposizioni che proibiscono di infliggere pene sproporzionate rispetto al reato commesso. La specificità di siffatta disposizione consiste nel fatto che non si contesta l'opportunità di sanzionare determinate condotte, bensì la razionalità di infliggere pene sproporzionate.

Altra clausola codificata al fine di facilitare l'interpretazione delle disposizioni costituzionali in materia di diritti è quella che si richiama alla **garanzia del contenuto essenziale dei diritti**. Essa è presente, ad esempio, nell'art. 53 della Costituzione spagnola (i diritti e le libertà riconosciute nel Capitolo secondo del Titolo primo possono essere limitati solo per legge e nel rispetto del loro contenuto essenziale), nell'art.19 della Costituzione tedesca (In nessun caso un diritto fondamentale può essere intaccato nel suo contenuto essenziale), nell'art.18 della Costituzione portoghese ( le leggi restrittive dei diritti, delle libertà e delle garanzie.... non possono... diminuire l'estensione e la portata del contenuto essenziale delle previsioni costituzionali), nell'art.8 della Costituzione ungherese, che vieta la limitazione dei diritti che colpisca il loro significato e contenuto essenziale.

La dottrina più recente ritiene, tuttavia, che non si sia in presenza di una clausola di interpretazione autonoma, bensì di un criterio necessario per valutare il rispetto del principio di proporzionalità: nel senso che la garanzia del contenuto essenziale serve come contrappunto argomentativo e valorativo al momento di considerare se una determinata disciplina legislativa sia ragionevole e garantisca il diritto costituzionalmente tutelato.

D'altra parte, la proporzionalità richiede che gli interventi sui diritti non costituiscano un'intervento smisurato e intollerabile tale da attentare alla sostanza del diritto garantito.



## PARTE SECONDA

# APPROFONDIMENTI



## CAPITOLO PRIMO

# TRANSIZIONI COSTITUZIONALI E PROCESSI COSTITUENTI

## I.1 - Transizioni, processi costituenti e qualità della democrazia

**Sommario: 1. Un'intensa fase di “produzione costituzionale”. 2. I processi di transizione: una via pacifica dall'autoritarismo alla democrazia. 3. La circolazione dei modelli. 4. Gli elementi caratterizzanti le recenti Costituzioni. 5. Conclusioni.**

### 1. Un'intensa fase di “produzione costituzionale”.

La seconda metà del Ventesimo secolo rappresenta un periodo significativamente rilevante per il costituzionalismo, perché cronologicamente questa fase coincide con la promulgazione di un gran numero di Costituzioni. Un dato quantitativo può forse far comprendere meglio la rilevanza del fenomeno: l'ONU conta 257 membri, di cui 37, e cioè il 15% si sono associati dopo il 1990. Ora anche se non è evidente che l'adesione all'ONU presupponga automaticamente la promulgazione di una nuova Costituzione, resta, comunque, un dato su cui riflettere, soprattutto se si verifica l'elenco di questi nuovi membri.

Indubbiamente alcuni eventi storici hanno inciso profondamente in molti Paesi, condizionandone la struttura ordinamentale. Fra questi possiamo annoverare: la fine della Seconda Guerra Mondiale, che obbliga a ricostituire assetti istituzionali in maniera del tutto diversa dal periodo precedente; il tramonto dell'esperienza del colonialismo, che restituisce alla propria autodeterminazione molte nazioni; la fine dei regimi comunisti e la conseguente dissoluzione di molti Stati.

Il conflitto mondiale lascia agli Stati europei la sfida di ricostituire i propri ordinamenti, dopo l'esperienza devastante dei totalitarismi. La seconda metà del Novecento è caratterizzata dalla irreversibile affermazione dello Stato democratico pluralista; l'ingresso definitivo delle masse sugli scenari politici in virtù del suffragio universale spinge a riconsiderare i propri assetti e, nell'ottica dei diritti, viene consacrato il definitivo ingresso dei diritti sociali nelle Carte costituzionali. Il completamento dell'espansione dei sistemi democratici sul continente europeo si conclude con la fine dei regimi autoritari negli anni settanta di Spagna, Portogallo e Grecia e la conseguente promulgazione di testi costituzionali allineati ai principi del costituzionalismo classico.

La fine dell'esperienza coloniale nel continente africano ha come conseguenza evidente la creazione di un gran numero di Stati, i quali, per la maggior parte, trovandosi per la prima volta di fronte a un'esperienza organizzativa di tipo statuale – e non solo più tribale – provvedono a dotarsi di Costituzioni. Il percorso attraverso il quale si snodano le esperienze di queste realtà è stato sintetizzato dalla dottrina in cicli che si succedono in maniera cronologica. In un primo momento, i testi costituzionali sono fortemente influenzati dai principi liberali delle madrepatrie; successivamente, si assiste, invece, a un'attenuazione di queste caratteristiche per privilegiare, al contrario, forme di concentrazione del potere nelle mani del partito unico e/o di un soggetto, il

quale ricopre la carica di Capo dello Stato. Il terzo ciclo è, invece, caratterizzato, dall'affermazione in alcune realtà dell'ideologia marxista, mentre, attualmente sembra configurarsi un quarto ciclo che coincide, oltre che con l'abbandono dei principi comunisti, con il ripristino e la rielaborazione dei principi dello Stato costituzionale di diritto. Una prova evidente della formalizzazione di questa fase è che negli ultimi quindici anni ben trentaquattro Stati africani hanno promulgato nuovi testi costituzionali, che accolgono i principi cardine degli Stati democratici.

Nell'area dell'Europa centro-orientale, dal 1989 in poi si disgrega il predominio ideologico comunista e il suo ruolo di principio organizzatore statuale, determinando la realizzazione di nuove carte fondamentali, le quali si pongono in netta contrapposizione con il regime precedente, adottando regole di economia di mercato e inscrivendosi nell'ambito dei principi del costituzionalismo occidentale. La crisi dei regimi comunisti, inoltre, offre anche l'occasione ai Paesi, cosiddetti di "oltrecortina" di ricercare una propria dimensione territoriale diversa da quella avuta fino a quel momento. Infatti, molte articolazioni territoriali – derivate dagli accordi di pace della Seconda Guerra Mondiale – non più coagulate dall'ideologia, ricercano soluzioni che vanno nella direzione della secessione dallo Stato di appartenenza. Siffatta lacerazione del tessuto unitario ha avuto luogo o in maniera pacifica, come avvenuto per la Cecoslovacchia che nel 1992 si è divisa tra Repubblica ceca e Slovacchia, oppure in forme più o meno aggressive come il caso dell'Urss, la quale, sotto la spinta di spinte disgregatrici, non è in grado di salvaguardare la propria unità territoriale e si scomponne in molteplici Stati, i quali a sua volta non sono immuni da tensioni. Infine, la Jugoslavia, schiacciata da divisioni etniche e religiose, ridisegna il proprio assetto al costo di conflitti bellici "domestici" particolarmente sanguinosi, la cui fine lascia una mappa dei confini territoriali sostanzialmente diversa dalla situazione precedente. Il susseguirsi di questi eventi conducono alla promulgazione di più di venticinque Costituzioni, nell'Europa centro-orientale.

In questa panoramica che intende contribuire alla spiegazione delle ragioni dell'intensa fase di promulgazione di nuovi testi costituzionali si aggiunge il contesto latino-americano, che fino alla fine degli anni Ottanta, era da annoverarsi fra le aree di democrazia debole, in cui le Costituzioni potevano definirsi, secondo una terminologia classica, semantiche o nominali. Gli anni Ottanta, tuttavia, coincidono con un'ondata di democratizzazione, che pervade quasi tutti i Paesi del continente sudamericano, obbligandoli a darsi nuove Costituzioni, le quali rappresentano – almeno in parte – un elemento di discontinuità con i passati regimi.

Tuttavia, nonostante l'affermazione delle istituzioni democratiche mostri delle difficoltà nell'area centro e sudamericana, la situazione in questi Paesi si presenta con profili diversi da quelli degli ambiti geografici dell'Europa centro-orientale e dell'Africa. Infatti, nel continente d'oltreatlantico esiste una tradizione liberal-democratica, anche se caratterizzata dall'instabilità, che ha origine fin dal Diciannovesimo secolo, mentre, i Paesi delle altre aree hanno affrontato la transizione democratica solo in tempi più recenti.

Questo elemento è confermato storicamente: infatti, volendo suddividere la storia istituzionale dei Paesi iberoamericani in fasce temporali, possiamo evidenziare la

prima, che si sviluppa fra il 1820 e il 1860 e che si caratterizza per il processo di indipendenza di questi dalle proprie madrepatrie. A questa fase ne succede un'altra, che si colloca temporalmente fra il 1860 e il 1920, in cui vengono approvate Costituzioni di stampo liberale.

L'introduzione del suffragio universale e l'immissione sugli scenari politici delle masse popolari producono situazioni di grave instabilità e le istituzioni non riescono a far fronte alle ripetute crisi sociali e politiche aprendo le porte a molti regimi dittatoriali. Tuttavia, gli ultimi due decenni sembrano essere caratterizzati da fasi di transizione alla democrazia e, se anche non sarebbe corretto parlare di una piena corrispondenza fra lo Stato costituzionale europeo e le realtà dell'America latina, tuttavia, sembra indubbio che si stia assistendo a un'evoluzione in senso democratico, anche se non mancano elementi che inducono a perplessità.

Infatti, il continente iberoamericano non sembra ancor una volta in grado di affrancarsi da alcuni fenomeni di *caudillismo*. Questi disegnano scenari istituzionali, in cui il potere si accentra nelle mani di un uomo forte, anche se non più un capo militare, il quale condiziona l'autonomia di tutti gli altri poteri dello Stato, anche senza formalmente procedere alla loro destituzione.

Le ragioni di questa propensione sono difficilmente esplicabili; sicuramente l'instabilità politica e la precarietà economica e fenomeni particolarmente cruenti, quali la guerriglia, spingono verso la ricerca di una personalità che sappia imporsi e governare tutte queste pulsioni. Si esaspera la forma di governo presidenziale, che finisce per avere un taglio prevalentemente populista. In questo ambito suscitano dei timori la passata esperienza di Menem in Argentina, di Fujimori in Perù e di Chavez in Venezuela, dove i Presidenti si sono contraddistinti per una gestione autoritaria del potere, che ha finito per condizionare l'indipendenza degli altri organi costituzionali.

Questa panoramica, focalizzata su nazioni che hanno affrontato recenti processi di democratizzazione, rappresenta indubbiamente una semplificazione rispetto alla poliedricità delle vicende istituzionali di molti Paesi, che possono rimanere esclusi da questa scarna semplificazione storico-costituzionale. Infatti, l'instaurazione di nuove Costituzioni è un fenomeno che lambisce anche Paesi di consolidate tradizioni democratiche appartenenti alla tradizione giuridica occidentale. È il caso della *patriation* della Costituzione canadese avvenuto nel 1982, con la quale l'ex *dominion* scioglie formalmente i vincoli con il Regno Unito, sceglie una Costituzione rigida e un controllo di costituzionalità e introduce per la prima volta una Carta dei diritti. E ancora, il 18 aprile del 2000 è entrata in vigore la nuova Costituzione svizzera, la quale, oltre a procedere alla riforma della parte relativa all'attribuzione di competenze fra Stato e Cantoni, include nel testo un catalogo dei diritti fondamentali così come era stato sviluppato nella giurisprudenza del Tribunale federale.

Incisive riforme costituzionali, tanto da far sfumare la differenza fra esercizio di potere costituente e di revisione, si sono prodotte anche in Belgio, nel 1993, il quale ha rinegoziato il patto fra le diverse comunità linguistiche componenti il Paese per sancire il passaggio a una Forma di stato di tipo federale.

Il breve *excursus* ci permette di affermare che nell'ultimo trentennio si è assistito a una fase del costituzionalismo particolarmente interessante e densa di suggestioni,

costituita dalla promulgazione di un ampio numero di testi costituzionali, in grado di evidenziare nuovi scenari e tendenze.

È pur vero che questo attivismo costituente non pervade tutti i Paesi, nonostante sia percepibile l'esigenza per molti di questi di rimodificare il patto fra i consociati. Molti Paesi hanno tentato o tentano di procedere nella direzione di significative riforme costituzionali, senza, però, essere in grado di portare a compimento questo processo. È il caso dell'Italia che fin dal 1983, con ben tre successivi tentativi, si è incamminata sul sentiero delle riforme per il cambiamento della propria forma di Stato, riuscendo a raggiungere questo obiettivo fra il 1999 e il 2001, anche se sembra non in maniera definitiva visto che la maggioranza governativa della legislatura successiva a quella che aveva prodotto le riforme ha manifestato l'intenzione di procedere a ulteriori riforme. Questa persistente incapacità da parte del legislatore costituzionale italiano di procedere a un mutamento della carta fondamentale non può essere ascritto solo alla "pietrificazione" delle norme consolidate ormai da più di cinquant'anni, ma all'incapacità della classe politica di trovare un consenso sui contenuti e sulle procedure da adottare.

Non mancano, infatti, nel panorama costituzionale europeo, testi costituzionali coevi a quello italiano i quali, però, conoscono periodiche forme di "aggiornamento": come quello tedesco, in cui la Costituzione materiale segue di pari passo la Costituzione formale. Si sono avute, infatti, 43 revisioni costituzionali di importanza variabile, a cui si aggiungono alcune leggi significative, fra le quali possono essere annoverate la legge sulla co-gestione delle imprese del 1976, la legge sulle pensioni, la legge sull'assistenza sanitaria ai lungodegenti del 1996, le quali testimoniano la capacità del sistema di modificarsi. Inoltre, è opportuno sottolineare l'intensa attività del Tribunale costituzionale, che con alcune sentenze ha contribuito a incisive interpretazioni evolutive del testo costituzionale.

Al contrario, testi promulgati più recentemente, nonostante sia emerso quasi istantaneamente la necessità di apportare delle modifiche, si trovano in condizioni analoghe a quella del nostro Paese. La Spagna ha dovuto fin da subito constatare l'inefficacia del sistema di relazione fra Stato e Comunità autonome. Infatti, dopo poco più di vent'anni le forze politiche nazionali e delle comunità territoriali non sono state in grado di produrre un accordo sulle forme di partecipazione di queste ultime alle attività dello Stato centrale. Mentre, per quanto concerne la distribuzione delle competenze fra centro e periferia, è stata principalmente la legislazione ordinaria, che ha recepito i "Patti autonomici", a contribuire alla riforma del blocco di costituzionalità.

Oggetto di significative interpretazioni evolutive, a cui contestualmente si accompagna una quasi assoluta immodificabilità testuale, è la Costituzione degli Stati Uniti, nonostante sia un testo risalente al 1787. Siffatta affermazione conosce solo dei temperamenti a proposito degli emendamenti XIII, XIV e XV emanati dopo la fine della guerra civile ma per il resto è ragionevole affermare che è stato soprattutto l'intervento della Corte suprema ad adeguare il testo formale alle mutate esigenze storiche e sociali. In particolare, si può citare la giurisprudenza che ha offerto le basi per lo sviluppo del *New Deal* di Roosvelt, oppure le sentenze riguardanti la tutela dei diritti civili e politici dei cittadini.

Analogamente, l’Australia conferma la riottosità di alcuni paesi a procedere a modifiche emendative; dal 1900, anno della promulgazione del *Commonwealth of Australia Constitutional Act*, si sono prodotte solo otto modifiche formali della Costituzione riguardanti l’elezione del Senato (1906), i rapporti finanziari tra la Federazione e gli Stati, con particolare riferimento al debito pubblico (1909 e 1928), le competenze della Federazione in materia di servizi sociali (1946), i diritti degli aborigeni (1967), le vacanze fortuite dei seggi in Senato, il pensionamento dei giudici e il diritto dei residenti nei territori di votare nel *referendum* costituzionale (1977). Anche in questo caso, si sono affermate vie diverse dalla procedura di revisione prevista costituzionalmente, quali l’interpretazione giurisprudenziale.

Sussistono e si sviluppano, pertanto due tendenze parallele, da una parte si assiste alla creazione di nuove Costituzioni o di riforme incisive di queste, dall’altra, invece, esistono delle realtà assolutamente impermeabili alle pressioni finalizzate a modifiche formali. Tuttavia, qualora si proceda nella realizzazione di un patto costituzionale è possibile individuare alcune caratteristiche peculiari del risultato ottenuto. Pur affondando le loro radici nel costituzionalismo classico, i costituenti restituiscono – se vogliamo – un prodotto che non può essere solo una rivisitazione di un modello consolidato, pertanto, le recenti Costituzioni, pur ponendosi su un *continuum* dagli argini già definiti, sono portatrici di un valore aggiunto rispetto ai modelli tradizionali e si caratterizzano per alcuni elementi specifici, a prescindere dalle diverse realtà storiche e culturali. La coincidenza cronologica dei testi permette di individuare in modo trasversale una serie di aspetti che caratterizzano queste nuove Costituzioni, al di là delle loro apparenti distanze ideologiche e culturali.

## 2. I processi di transizione: una via pacifica dall’autoritarismo alla democrazia.

Il fenomeno relativo alla promulgazione di nuovi testi costituzionali si associa nel continente iberoamericano, in quello africano e in quello dell’Europa centro-orientale al passaggio di questi Stati da regimi autoritari ad altri di tipo democratico, anche se, in alcuni casi, a livello embrionale.

Si evidenzia, quindi, un dato per il quale aree sempre più vaste del globo affrontano processi di transizione. Con quest’ultimo termine si intende: “l’intervallo fra un regime politico e un altro ... Le transizioni sono delimitate, da una parte, dall’inizio del processo di dissoluzione di un regime autoritario, dall’altra, dall’instaurazione di forme democratiche, dal ritorno a forme di Stato autoritarie o dall’affermazione di alternative rivoluzionarie. L’ambiguità e l’incertezza delle regole del gioco sono caratteristiche peculiari del periodo della transizione”.

La definizione offerta dagli studiosi di scienza della politica fa emergere due profili significativi rispetto alla situazione attuale: uno riguarda il momento conclusivo della transizione, l’altro riguarda le modalità di svolgimento di questa.

Per quanto concerne il primo, è evidente il fenomeno per il quale i processi di tran-

sizione sembrano configurarsi sempre più come “unidirezionali”, cioè sempre di più si assiste a un avvicendamento fra sistemi autoritari e democratici. Risultano, infatti, recessive le ipotesi per le quali la transizione si risolve nel ripristino della *condicio ante*, oppure si indirizzi verso l’instaurazione di governi cosiddetti rivoluzionari. Pertanto, i processi di transizione nel periodo più recente della nostra storia, vengono a comporsi e a identificarsi in altri due fenomeni: quello della liberalizzazione e della democratizzazione. Il primo accompagna la fase iniziale della transizione, nella quale vengono riconosciuti alcuni diritti dei cittadini, in precedenza negati; mentre, la seconda si conclude con il definitivo abbandono delle istituzioni del regime precedente.

Siffatta constatazione non può essere assunta in modo apodittico e necessita di modulazioni. Infatti, mentre sembra essere aderente alla realtà nei paesi dell’Europa centrale, maggiori incertezze sussistono per le Repubbliche ex sovietiche e per i Paesi africani, e ancora la situazione si presenta “a macchia di leopardo” nel continente ibero-americo.

Per quanto, invece, riguarda il secondo profilo e cioè la descrizione del modo in cui si determina la transizione, è da notare come quest’ultima venga a svolgersi in maniera pacifica. In sostanza, il cambio di regime non si associa a movimenti violenti, per cui, nonostante il momento sia privo di certezze rispetto alle regole del gioco, ciò non determina eventi sanguinosi o cruenti. Risalta, dunque, che alla macroscopica entità della trasformazione di questi regimi non si associano movimenti violenti.

Affinché una transizione possa definirsi pacifica, è necessario che si rinvenga l’esistenza di alcuni presupposti:

a) l’ordine pubblico e la sicurezza dei cittadini devono essere mantenuti, o quanto meno, non soppressi per un periodo di tempo molto lungo;

b) gli esponenti del vecchio regime continuano – almeno in una prima fase – a essere investiti di responsabilità di governo, che saranno limitate progressivamente in favore delle nuove forze.

Un elemento che sicuramente consente e facilita lo svolgimento di una transizione pacifica è costituito dal coinvolgimento nel processo, non solo degli esponenti politici appartenenti al passato regime, ma anche di settori della società civile, degli apparati economici e militari. Tale allargamento permette di conseguire una molteplicità di risultati che, poi, si dimostrano strategici per l’affermazione definitiva di assetti democratici. In primo luogo, l’inclusione nelle fasi di transizione di attori diversi da quelli politici consente di aumentare le probabilità di raggiungere un accordo solido e, quindi, destinato ad avere maggiori probabilità di successo. In secondo luogo, tale patto forte e condiviso permette di rendere stabili gli esiti della negoziazione e può facilitare l’isolamento di forze estremiste che potrebbero rallentare se non impedire la piena affermazione di forme di organizzazione politica democratica.

Eppure la storia mostra come maggiore è la distanza fra gli elementi caratterizzanti una Forma di governo rispetto all’altra e più intense e violente siano le modalità di affermazione del nuovo regime. Le rivoluzioni più significative della storia e che più sensibilmente hanno inciso in assetti statuali consolidati si sono realizzate in modo cruento, a testimonianza anche della forte contrapposizione e della assoluta inconciliabilità fra un regime e l’altro. Ne sono una testimonianza la Rivoluzione americana

del 1774, la Rivoluzione francese del 1789, la Rivoluzione bolscevica del 1917, eventi avvenuti in maniera violenta e sanguinosa per la loro definitiva consacrazione; e, in tempi più recenti, solo il disastro bellico della Seconda Guerra Mondiale ha indotto la Germania, il Giappone e la stessa Italia ad adottare un regime costituzionale democratico.

Tuttavia, l'elemento dello scontro in maniera violenta fra i conservatori dei vecchi regimi e i propugnatori del nuovo sembra attenuarsi nelle più recenti transizioni, che appunto presentano i caratteri evidenziati in precedenza.

Un punto di svolta, in questo senso, può essere individuato nei periodi di transizione che hanno coinvolto Spagna, Portogallo e Grecia nel loro passaggio da regimi dittatoriali a democratici.

Negli anni settanta, la Spagna e il Portogallo e la Grecia rappresentano gli esempi maggiormente emblematici del fenomeno relativo alle transizioni pacifiche, non solo per la fine dei regimi autoritari, ma anche e soprattutto per la sostanziale irreversibilità del loro processo di democratizzazione.

I tre Paesi dell'area mediterranea erano i soli territori ancora sottoposti al giogo di una dittatura in Europa occidentale. Il Portogallo era il Paese in cui le forze dittatoriali avevano assunto il potere fin dal 1933; seguiva la Spagna arresasi nel 1936, dopo la fine della Guerra civile, che aveva visto il trionfo degli esponenti militari; infine, la Grecia, i cui cittadini si erano visti sopprimere le libertà civili e la tutela dei propri diritti, dopo un colpo di mano da parte dell'esercito nel 1967.

Fra il 1974 e il 1975, i tre Paesi dettero inizio a un processo di transizione democratica. La coincidenza del dato cronologico può essere in parte spiegata con le pesanti conseguenze della crisi economica internazionale, che – scoppiata nel 1973 – aveva avuto delle forti ripercussioni a livello mondiale, ma, soprattutto, aveva fatto sentire i suoi effetti perniciosi su Spagna, Portogallo e Grecia, già fiaccati dalle precarie condizioni economiche. A ragioni di tipo economico, per Grecia e Portogallo si aggiunsero anche tensioni a livello internazionale: il Portogallo non era in grado di controllare adeguatamente i suoi territori coloniali, mentre, il Paese ellenico fu gravemente scosso dall'insuccesso militare da parte delle forze turche nel tentativo di occupare l'isola di Cipro.

In due anni, quindi, si assiste allo sgretolamento dei tre regimi, i quali si trasformarono da autoritari in democratici in un modo, sostanzialmente, pacifico, differenziandosi, quindi, dalle esperienze del passato.

Non è sufficiente a inficiare questa ipotesi, il fatto per il quale in Portogallo la transizione iniziò ad opera di un colpo di mano militare, in quanto gli esponenti dell'esercito indicarono immediatamente in tre documenti: il Manifesto del *Movimento das Forças Armadas*, il compromesso assunto dalla *Junta de Salvação Nacional* al momento della presa di potere il 26 aprile del 1975 e il programma del primo Governo provvisorio, che i principali obiettivi della loro azione sarebbero stati la democratizzazione del Paese e la decolonizzazione. Come sarebbe accaduto in Spagna, fu prevista la restituzione ai cittadini dei diritti e delle libertà fondamentali, quali la libertà di associazione, di riunione, di espressione; inoltre, si affermò la volontà di ricostituire le istituzioni democratiche, di abolire la censura per la stampa, di garantire l'indipenden-

denza dei giudici. Infine, fu indicato il termine di un anno per la convocazione di elezioni generali a suffragio universale, diretto e segreto. Queste misure furono in grado di dare il segnale del forte cambiamento e della discontinuità con i passati regimi, inducendo le popolazioni a non perseguire soluzioni contro la legalità.

Non manca, inoltre, a conforto della tesi “pacifista” delle transizioni degli anni Settanta, la volontà dei nuovi governanti di mantenere l’ordine e di procedere a un’opera di riconciliazione nazionale, evitando, in ogni modo un confronto armato fra le diverse fazioni. Al contrario, le varie componenti della società e dello Stato si associarono al processo di transizione verso la democrazia: in Spagna, l’esercito non ostacolò il processo democratico, mentre, addirittura la Monarchia lo sostenne; le forze economiche stabilirono un patto con le formazioni politiche, formalizzato nel cosiddetto *Pacto de la Moncloa*, in cui furono indicate le misure legislative per adeguare l’ordinamento giuridico alla nuova realtà democratica. In Portogallo, furono proprio i militari a dare avvio all’evoluzione democratica e così in Grecia, questi accettarono e sostennero il primo presidente *post* dittatura.

L’obiettivo di non dilaniare la società e di non procedere a un cambiamento integrale fu sostenuto anche dal fatto che la popolazione fu aliena da brame di vendetta. Infatti, la società portoghese dimostrò di essere costituita prevalentemente da soggetti moderati, elemento evidenziato anche dai risultati delle elezioni per l’istituzione dell’Assemblea costituente: un partito di centro-sinistra, uno di centro-destra e uno conservatore, tutti in favore di una democrazia legale, avevano ottenuto il 72% dei suffragi; percentuale sostanzialmente confermata nelle elezioni del 1976. Dati analoghi furono registrati in Spagna, in cui le elezioni del 15 luglio 1977 videro il netto successo dei partiti in favore dell’instaurazione della democrazia senza velleità radicali o rivoluzionarie, i quali ottennero 303 seggi su 350 al *Congreso de los Diputados*. Così come in Grecia, nelle consultazioni del 17 novembre del 1974 – quattro mesi dopo la fine del regime dei Colonnelli – i risultati confermarono la moderazione degli elettori: Nuova Democrazia (il partito del *leader* conservatore succeduto ai militari, Karamanlis) ottenne il 54,5%; il 20% andò all’Unione del Centro, mentre le sinistre – socialisti e comunisti – raccolsero il restante 25%.

Dunque, le transizioni degli anni settanta – classificate come pacifiche – hanno inaugurato una tendenza che, seppure con opportune distinzioni, è stata riprodotta nelle fasi di transizione di quei Paesi che recentemente hanno affrontato processi di democratizzazione. In particolare, un aspetto viene riprodotto nelle recenti transizioni dei modelli di europei: l’avvicendamento fra un sistema e l’altro avviene in maniera negoziata attraverso gli esponenti e organi del regime autoritario.

Tuttavia, preme l’obbligo di sottolineare come il fenomeno sia evidente in alcuni ambiti geografici e culturali e più sfumato in altri. È, infatti, lecito parlare di transizioni pacifiche per quanto riguarda i Paesi ex comunisti, così come è possibile per i Paesi più importanti dell’America del Sud. Il continente africano, invece, assume delle caratteristiche diversificate: una prima fase della storia dei Paesi di quel continente, che coincide con il processo di decolonizzazione, non registrò eventi particolarmente cruenti, anche se non mancarono ribellioni e aspre guerriglie; al contrario, scontri e conflitti particolarmente sanguinosi ed efferati sono avvenuti in epoche successive.

Pertanto, per quanto concerne i sistemi africani sembra più corretto affermare che la loro fase della transizione, iniziata con il distacco dalle rispettive madrepatrie, si è svolta in maniera pacifica, ma tale condizione non è riuscita a perpetuarsi nel periodo del consolidamento. Quest'ultimo, infatti, è caratterizzato da violenti conflitti che spesso accompagnano l'avvicendamento di un Governo all'altro e che rendono le istituzioni democratiche deboli e inermi e spesso incapaci di ostacolare recrudescenze dittatoriali o conflitti armati.

In questo quadro spiccano due eccezioni di rilievo: la Jugoslavia e il Sudafrica. La prima non è stata in grado di contrastare la sua dissoluzione in modo pacifico, nel momento in cui le Repubbliche hanno manifestato segnali incisivi di contrapposizione rispetto alle autorità di Belgrado. Solo la Slovenia riesce a secedere nel 1990 dalla Federazione senza rimanere coinvolta in un conflitto; diversi, invece, furono i percorsi sia per la Croazia che la Bosnia che nel 1990 furono coinvolte in una guerra militare contro le forze serbe. Il Sudafrica, al contrario, rappresenta un esempio di transizione e – allo stato attuale – anche di consolidamento democratico in forma pacifica, in un continente dove questo percorso stenta ad affermarsi.

In Sudafrica, le terribili e sanguinose lotte legate all'*apartheid* non hanno impedito un processo di pacificazione che ha visto coinvolti sia gli esponenti del *National Party*, espressione della popolazione bianca, sia dell'*African National Congress*, formazione politica storicamente contrappostasi al regime di segregazione razziale, sia di altri partiti rappresentanti gruppi etnici presenti sul territorio. Il processo costituenti sudafricano è stato, infatti, caratterizzato dall'espressa volontà di procedere attraverso negoziazioni multilaterali, coinvolgenti il più ampio numero possibile di soggetti politici e istituzionali. Gli anni che vanno dal 1991 al 1993, che vedono la formazione della Costituzione provvisoria, sono scanditi da una serie di accordi e patti che tendono a ricucire il sistema e a ridurre le divergenze fra i vari attori, al fine di coagulare un consenso il più vasto possibile sui principi fondamentali della nuova Costituzione. Infatti, nonostante gli schieramenti fossero portatori di visioni distinte e all'apparenza inconciliabili, nel 1993 fu raggiunto un accordo su una Costituzione *ad interim*, la quale fu approvata dal Parlamento tricamerale, che, a conferma della formula del cambiamento nel segno della continuità, era un organo appartenente alla vecchia Costituzione fondata su basi razziali del 1981.

Eppure i principali attori del processo costituenti partivano da posizioni lontane. Il *National Party* nel 1986, quando erano già in atto i prodromi del mutamento politico nel paese, aveva accettato l'idea dell'introduzione di una carta dei diritti, la quale doveva trovare il fondamento nel principio dell'equità, della *rule of law* e della fede cristiana. L'orientamento era quello di procedere nella direzione di un mutamento moderato dell'ordine istituzionale.

Del tutto differenti apparivano i toni dell'*African National Congress* che, in un documento pubblicato nel 1990, rifiutavano l'idea che il *Bill of Rights* e la Costituzione trovassero legittimazione nella *common law* sudafricana – la stessa sostanzialmente che aveva permesso l'instaurazione e la perpetuazione dell'*apartheid* – o del diritto naturale di matrice europea. Emblema del momento di cesura rivendicato con vigore dalla forza politica è la definizione che quest'ultima offre della

Costituzione, la quale viene definita *product of struggle*. Ciò che veniva richiesto era che la codificazione costituzionale fosse il prodotto della specificità storica del Sudafrica, considerando il suo passato di segregazione razziale, pertanto il *Bill of Rights* e l'intero testo costituzionale doveva essere connotato come il documento fondamentale dell'anti-*apartheid*.

La forte determinazione a sancire il testo costituzionale come un patto fra tutti i consociati in un'ottica di riconciliazione nazionale è esemplificata da un passo della Costituzione del 1993 che recita: “*This Constitution provides a historic bridge between the past of a deeply divided society characterised by strife, conflict, untold suffering and injustice, and a future founded on the recognition of human rights, democracy and peaceful co-existence and development of opportunities for all South Africans ... The pursuit of national unity ... require[s] reconciliation ...*”.

In questa prospettiva è comprensibile (e forse condivisibile) la scelta di procedere all'amnistia per i crimini dell'*apartheid* commessi fra l'1 marzo 1960 e il 10 maggio 1994. L'atto di clemenza è stato attribuito a tutti coloro che ne hanno fatto richiesta e che di fronte alla *Truth and Reconciliation Commission* hanno confessato i propri crimini.

La difficile opera di concertazione e mediazione fra tutte le forze politiche presenti nel Paese si compie con il varo definitivo della Costituzione nel 1996, approvata dalla *Constitutional Assembly*, composta da *National Assembly* e *Senate*, organo rappresentativo eletto, per la prima volta nella storia del Paese, con suffragio universale diretto.

Ma la *transición pactada* è un processo che si realizza, seppure con modalità distinte anche nei Paesi latinoamericani, permettendo fasi costituenti precedute ed accompagnate da accordi fra i diversi componenti della scena politica. Tuttavia, il continente iberoamericano si configura con alcune caratteristiche peculiari rispetto ad altre aree: si stagliano, infatti, due soggetti forti nei procedimenti negoziali – se vogliamo definirli “pre-costituenti” – e cioè i movimenti di guerriglia interna e i militari. I primi, infatti, rappresentano una forte opposizione interna, che mina alle fondamenta le istituzioni democratiche; i secondi, generalmente, svolgono il ruolo di garante dell'ordine e della legalità nei periodi di attenuazione delle libertà democratiche.

In Colombia, un passo previo e necessario per consentire l'elaborazione e la promulgazione della Costituzione del 1991 fu l'accordo fra le autorità governative e i gruppi guerriglieri. In senso analogo, la revisione del testo costituzionale di El Salvador fu resa possibile solo dopo un accordo con il *Frente Farabundo Martí* nel 1991.

I militari sono stati arbitri del percorso costituente e, quindi, attivi nel processo di transizione, ad esempio in Ecuador e in Cile. Diversamente da quanto accaduto in Portogallo, dove le forze militari si caratterizzavano come forza “progressista”, nel continente iberoamericano molto spesso si configurano come elementi di conservazione dello *status quo*. In Ecuador, furono i militari a nominare due commissioni di giuristi, ognuna con il compito di elaborare un progetto di Costituzione. Ciascun testo fu sottoposto a *referendum*, la cui procedura prevedeva che i cittadini potessero scegliere o l'uno o l'altro, senza la facoltà di opporsi a entrambi.

In Cile, la mobilitazione popolare e la grave crisi economica costrinsero il dittatore Pinochet, dopo la sconfitta nel 1988 del plebiscito che lo avrebbe legittimato ancora a ricoprire la carica di Capo dello Stato, a inaugurare un processo di transizione democratica. Questa consentì l'elaborazione di una nuova Costituzione dai principi democratici ma il nuovo assetto, comunque, mantenne in capo all'ex dittatore la funzione di Capo delle Forze armate e concesse l'immunità ai soggetti maggiormente compromessi con il regime precedente.

Anche gli avvenimenti verificatisi nei Paesi ex comunisti si pongono su un terreno di forte discontinuità con il proprio passato, tuttavia, le transizioni sono avvenute con modalità pacifiche.

Il passaggio da regimi a economia pianificata a forme democratiche avvenne, introducendo una serie di riforme, che almeno formalmente rispettavano l'ordinamento esistente e mantenendo ruoli di *leadership* a soggetti appartenenti ai vecchi regimi.

Infatti, dopo l'ascesa al potere di Michail Gorbaciov nel marzo del 1985 e l'inaugurazione della politica di *perestrojka* e di *glasnost*, si è innescata nell'area dei cosiddetti Paesi socialisti una serie di mutamenti, che hanno prodotto significative innovazioni giuridiche e costituzionali. Dagli anni immediatamente successivi al cambiamento della politica dell'URSS, in questo blocco geografico e politico, si assiste, infatti, allo sgretolamento dei sistemi a economia pianificata, che coincide con l'abbandono del partito unico e l'avvicinamento a forme di Stato democratiche. Il passaggio da una Forma all'altra ha avuto luogo in tempi relativamente brevi, sostanzialmente, in quasi tutti i paesi avviene fra il 1988 e il 1993 e – aspetto di grande rilevanza – in modo pacifico.

La parabola istituzionale dell'*ex* Unione Sovietica può rappresentare un archetipo dei processi di transizione nell'Est europeo. Michail Gorbaciov dal 1985 intraprende un processo di trasformazione delle strutture istituzionali ed economiche del paese, imponendo al PCUS la sua linea riformatrice. Fra il 1988 e il 1990, con cadenza annuale l'ala riformatrice del Partito Comunista si prodigò affinché venissero approvate leggi di riforma costituzionale che procedano nella direzione di una maggiore democratizzazione del paese. Nella riunione della XIX Conferenza del PCUS fra il 28 giugno e l'1 luglio 1988, furono delineate le linee guida del processo di transizione e solo dopo pochi mesi (l'1 dicembre 1988) il *Soviet Supremo*, riunito in sessione comune straordinaria votava una ponderosa Legge di revisione costituzionale. Quest'ultima – approvata con 1.370 voti favorevoli, 5 contrari e 27 astenuti – procedette alla modifica di ben 55 articoli su 174 della Costituzione russa del 1979, di fatto mutando la composizione e la funzione degli organi costituzionali. Parallelamente fu deliberata una nuova Legge elettorale, che modificava 32 dei 62 articoli della legge precedente. Gli obiettivi ispiratori della riforma erano quelli di procedere a una separazione fra il Partito comunista e gli apparati statali e disegnare uno Stato socialista di diritto, in cui si avrebbe dato maggior spazio a organi legislativi eletti dal corpo elettorale, si sarebbe accolto il principio della rigidità costituzionale e gli organi giurisdizionali avrebbero potuto agire con una maggiore indipendenza rispetto alle strutture partitiche.

Un anno più tardi (20-23 dicembre 1989) furono approvate altre tre Leggi di revi-

sione costituzionale: due riguardavano l'organizzazione e il funzionamento dei *Soviet* dei diversi livelli territoriali e il procedimento elettivo, introducendo la responsabilità dei componenti del Governo nei confronti del *Soviet* Supremo dell'Urss. La terza Legge disciplinava la composizione e le funzioni del Comitato di sorveglianza costituzionale, istituito con la Legge di revisione costituzionale del 1988, potenziando le sue caratteristiche di organo di giustizia costituzionale. Nel 1990, anche su pressione dell'opinione pubblica, furono affrontati alcuni nodi cruciali rimasti irrisolti della nuova forma di governo sovietica. Una nuova Legge costituzionale introdusse la carica di Presidente dell'URSS, fu intaccata la norma sul partito unico per dare spazio al riconoscimento del pluripartitismo e fu riformato l'assetto economico e sociale dell'Unione Sovietica. Il *Soviet* Supremo continuò la sua opera di trasformazione con altri interventi legislativi, quali la Legge sulla libertà di stampa, la Legge sulle lingue dei popoli dell'URSS e – particolarmente significativa – la Legge sulla libertà di coscienza e sulle organizzazioni religiose, che poneva fine all'ateismo di Stato, la Legge sui partiti, la Legge sulle imprese e la Legge che conferiva pieni poteri al Presidente Gorbaciov per l'attuazione del piano di ristrutturazione economica dell'intero Paese. La situazione giunse a una svolta quando ebbe luogo un tentativo autoritario il 19 agosto 1991 da parte di un'area del Partito comunista con velleità restauratrici. Il golpe fallì ma produsse un'improvvisa accelerazione verso la disgregazione del tessuto unitario dell'Unione Sovietica, già posto a diverse tensioni nei mesi precedenti. In questa fase, le altre Repubbliche, approfittando della situazione di aperta illegittimità degli atti del potere della Federazione, si apprestarono a dichiarare la propria indipendenza: il 20 agosto l'Estonia, il 21 la Lettonia, il 24 l'Ucraina, anche se in attesa di un *referendum* popolare, il 25 la Bielorussia, il 26 la Moldavia, il 30 l'Azerbaigian, il 31 il Kirghizstan e l'Uzbekistan. Tuttavia, l'evento fu anche l'occasione per la ribalta di Boris Yeltsin, che assurse a difensore della *perestrojka*, determinando il tramonto politico e, successivamente, la definitiva esautorazione di Gorbaciov. Il 21 settembre, infatti, forte della sua elezione popolare emanò un decreto che gli conferiva pieni poteri e dispose la sospensione dei lavori del Congresso dei Deputati e del *Soviet* Supremo. Yeltsin spinse per l'adozione di una nuova Costituzione e, sventato un altro tentativo di golpe il 3 ottobre, proclamò lo stato di emergenza, durante il quale indisse un referendum sul progetto di Costituzione, il quale fu approvato a larga maggioranza.

Gli intensi mutamenti politici e istituzionali di questi anni che portarono a rifondare le basi del Paese furono condotti quasi esclusivamente dalla classe dirigente del Partito comunista, a cui a dieci anni dall'inizio della transizione, le elezioni del 1995 confermarono la *leadership* nel paese, raccogliendo 189 seggi su un totale di 450 nella Duma.

Anche la transizione in Ungheria avvenne per mezzo del Partito comunista al potere che il 7 ottobre del 1989 in un Congresso straordinario decide il proprio autosciooglimento. E come era avvenuto in Unione Sovietica, si procedette a un'ampia revisione della Costituzione del 1949 con 94 emendamenti, che lasciarono invariati solo 19 articoli rispetto ai 70. Il consenso sulla riforma fu tanto vasto, che si contarono solo 5 voti contrari rispetto ai 333 favorevoli. La velocità con la quale l'Ungheria accolse il

cambiamento ha origini lontane e trova terreno fertile in una società che aveva già i prodromi del cambiamento: già nel 1968, a causa dell'opposizione interna al partito e alle pressioni da parte della società civile, i vertici dello Stato avevano proceduto a una revisione della Costituzione (1972), che andava nel senso di una riduzione del peso dello Stato nella vita dei cittadini; nel 1976, lo Stato magiaro aveva ratificato il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e il Patto sui diritti civili e politici e, infine, nel 1988 erano state approvate una serie di leggi che già prefiguravano un sistema di tipo costituzionale.

Anche in Bulgaria, la transizione avvenne in maniera pacifica ad opera degli stessi esponenti comunisti, tanto da far parlare di "operazione gattopardesca", ma questo fu inevitabile, dal momento che non esisteva fino al 1989 una opposizione organizzata, a differenza di quanto era avvenuto in Polonia, Cecoslovacchia e Ungheria. Tuttavia, nonostante alcuni momenti di tensione, ma mai sfociati in eventi cruenti, il 12 luglio del 1991 fu approvata una nuova Costituzione dai tratti democratici; anzi la Bulgaria era il primo paese *ex* comunista a dotarsi di una nuova Carta fondamentale.

In questo senso, anche la transizione in Polonia appare emblematica; infatti, l'*ex* Partito comunista ha continuato a condividere responsabilità di governo, come partito di una più ampia coalizione ed è riuscito a far eleggere nel 1995 un proprio esponente alla Presidenza.

Analogo percorso in Romania, dove alcuni disordini scoppiati in Transilvania innescarono una serie di eventi che condussero alla destituzione e alla successiva esecuzione del *leader* comunista Ceaușescu e di sua moglie e all'insediamento di un nuovo governo. Questo – primo governo post-comunista nel 1989 – fu guidato dal Fronte di salvezza nazionale, formazione politica costituita in gran parte da esponenti del passato regime. Le successive elezioni del 1992 confermarono il ruolo significativo degli *ex*-comunisti, in gran parte confluiti nel Partito socialdemocratico, i quali dettero vita a una coalizione di governo con il Partito social-laburista romeno, erede dell'*ex* Partito comunista

### **3. La circolazione dei modelli.**

Gli Stati di recente democratizzazione sono in larga parte tributari dei modelli costituzionali consolidati occidentali. La circolazione dei modelli culturali è un fenomeno noto nell'ambito costituzionalistico; nel passato erano soprattutto le guerre di conquista il principale veicolo per l'affermazione di modelli istituzionali in paesi diversi da quello d'origine, mentre, attualmente il perdurare del fenomeno è più concretamente legato agli ampliamenti dei mercati e alle crescenti esperienze di integrazione sovranazionale.

Si assiste, quindi, a una contaminazione fra modelli costituzionali, la quale produce sistemi variabili difficilmente ascrivibili a un unico archetipo, anche se è possibile enucleare alcune tendenze generali. La rilevanza nella redazione dei testi costituzionali di elementi esogeni rappresenta un elemento fondamentale per queste nuove esperienze, in quanto possono mutuare istituti ed organi la cui funzionalità è testimoniata

dalla loro lunga vigenza. Storicamente questo è diverso dalla situazione creatasi all'indomani della fine della Seconda Guerra Mondiale, in cui la trasformazione sociale, economica e culturale aveva determinato condizioni assolutamente incomparabili con quelle precedenti al conflitto; pertanto, i nuovi costituenti dovevano affrontare e risolvere problematiche nuove senza potersi appoggiare a esperienze consolidate nel tempo, anche se teoricamente meditate. In tal senso, il richiamo alla codificazione e alla tutela dei diritti sociali pare naturale; dopo la Seconda guerra mondiale l'affermazione dello Stato sociale è completa ma si tratta di un ordinamento completamente da costruire e le esperienze della Costituzione di Weimar del 1919 e della Costituzione della Repubblica spagnola del 1931 non potevano assurgere ad archetipo, data la loro breve durata nel tempo e soprattutto vista la loro inefficacia a contrastare elementi disgregatori delle forme democratiche.

I nuovi testi costituzionali, invece, hanno l'opportunità di recepire istituzioni che sono stati create negli anni successivi all'adozione delle Costituzioni del secondo dopoguerra, in modo da poter innestare su questo substrato normativo consolidato ulteriori soluzioni di tipo costituzionale a problematiche sorte negli ultimi decenni e che erano state ignorate – non potendo essere altrimenti – nelle Costituzioni classiche. In questo senso, soprattutto l'ambito dei diritti della persona è sottoposto a tensioni e a una progressiva ridefinizione delle classificazioni tradizionali.

L'influenza della tradizione culturale occidentale nei paesi di recente democratizzazione è, comunque, forte ed è empiricamente verificabile attraverso un esame testuale.

A titolo esemplificativo, la Legge fondamentale tedesca sembra aver fatto da modello alla Costituzione polacca del 1997 per quanto riguarda alcuni articoli sulla dignità umana e alla Costituzione della Repubblica di Corea del 1988 relativamente alle norme sui partiti politici, sulla tutela della proprietà e sulla dignità umana.

Nei paesi africani ed asiatici che si liberano dall'influenza coloniale straniera, si mutuano i modelli costituzionali delle *ex* potenze dominatrici, così come in un primo momento alcuni paesi nel periodo successivo alla indipendenza avevano accolto il modello socialista. Molto spesso alla vigilia della concessione dell'indipendenza in Africa, gli Stati europei avevano condizionato pesantemente la Costituzione del nuovo Stato indipendente, o facendo promulgare il testo direttamente dagli organi della Madre Patria, oppure fornendo alle assemblee costituenti un progetto. In entrambi i casi, come è evidente, il processo costituenti non si era prodotto grazie a un approfondito dibattito fra i componenti della realtà sociale e politica di quei paesi. Questo perché le nazioni coloniali vincolavano la concessione dell'indipendenza all'accettazione da parte degli Stati africani di Costituzioni liberali. Siffatto percorso, però, non è stato vissuto in maniera drammatica dalle *élites* dominanti autoctone, in quanto proprio le stesse avevano utilizzato i principi del costituzionalismo liberale come armi per l'affrancamento dei propri paesi dall'influenza coloniale. In questo modo, la codificazione di un catalogo dei diritti diviene un elemento essenziale delle nuove Costituzioni, anche nei paesi appartenenti all'influenza coloniale del Regno Unito, tradizionalmente riluttante alla formalizzazione in Costituzioni rigide di *Bill of Rights* e ossequioso del principio della supremazia parlamentare.

Anche i paesi dell'Europa centro-orientale subiscono una penetrante influenza da parte dei modelli costituzionali europei anziché da quello statunitense. Alcuni elementi inducono a siffatta affermazione:

- a) la forma di governo prevalentemente scelta è quella parlamentare e anche là dove si opta per una forma presidenziale si guarda più all'esperienza della Quinta Repubblica francese piuttosto che a quella nordamericana;
- b) in tema di giustizia costituzionale, gli ordinamenti hanno optato – nella maggior parte dei casi – per un organo speciale simile o al Tribunale costituzionale tedesco o al *Conseil Constitutionnel* francese, piuttosto che un organo di ultima istanza come la *Supreme Court*.

Le ragioni di questa predilezione per i modelli europei può essere ascritta anche alla vicinanza geografica ma soprattutto a ragioni economiche. La dissoluzione dell'impero sovietico ha determinato anche la sparizione di qualsiasi legame economico e commerciale fra questi paesi, i quali adesso si trovano nella necessità di proporsi come *partners* economici i cui interlocutori privilegiati sono i paesi del vecchio continente. L'accoglimento di sistemi giuridici simili può sicuramente agevolare questo processo di avvicinamento. Inoltre, non è da sottovalutare l'attrazione culturale che l'Europa esercita sui giuristi e sugli intellettuali dell'*ex* blocco sovietico.

Molto più difficile sembra l'ipotesi che sia la Costituzione statunitense a fungere da modello per le Costituzioni del blocco *ex* sovietico, in quanto è diffusa l'opinione che il testo costituzionale d'oltreatlantico sia il frutto di una cultura liberale, radicata nelle tradizioni del costituzionalismo britannico e configurata dalla particolare esperienza storica americana. Tutto ciò rende difficilmente riproducibile, esportabile la Costituzione americana, come si evince dalle Costituzioni latinoamericane dell'epoca di Bolívar che si richiamavano ad essa, nonché in tempi più recenti dai problemi delle Filippine e della Liberia.

Anche il modello della Costituzione spagnola del 1978 ha svolto un ruolo determinante nella redazione di alcune Costituzioni dell'Est europeo. La riproducibilità delle scelte costituenti spagnole deriva in qualche modo dalla "giovinezza" del testo iberico che ha recepito tematiche nuove rispetto alle Costituzioni classiche del secondo dopoguerra. Inoltre, sia la Spagna che i paesi dell'*ex* blocco comunista hanno vissuto il passaggio dal regime autoritario a quello democratico in senso pacifico. L'influenza della Costituzione spagnola è stata riconosciuta espressamente per esempio dai costituenti rumeni, così come le Costituzioni di Croazia, Macedonia, Bulgaria sono tributarie del modello spagnolo per quanto riguarda gli organi di autogoverno della Magistratura. La maggiore eco del testo del 1978 sulle nuove Costituzioni si è riverberata sul modello dell'organizzazione territoriale dello Stato, ove si è tentato di comporre le diversità delle varie componenti nell'unità; sulla protezione costituzionale offerta a settori della società precedentemente ignorati nei testi costituzionali; nella tutela dei cosiddetti diritti della terza generazione.

Per quanto riguarda il primo aspetto è il cosiddetto federalismo asimmetrico, la forma di Stato che maggiormente consente agli Stati di attribuire un'autonomia diversificata a seconda delle specificità delle singole entità territoriali: l'esperienza spagnola rappresenta un esempio che la Federazione di Russia ha tentato di riprodurre.

Per quanto concerne il secondo profilo, sono soprattutto le Costituzioni iberiche e quelle dell'America Latina che includono diritti economici e sociali per nuove categorie di cittadini. Per esempio, l'art. 49 della Costituzione spagnola, che garantisce la protezione e un trattamento speciale alle persone fisicamente e psichicamente disabili, è stato trascritto letteralmente nell'art. 57 della Costituzione della Croazia, nell'art. 46 della Costituzione romena, nell'art. 51.3 della Costituzione bulgara, nell'art. 35 della Costituzione macedone, nell'art. 38 della Costituzione slovacca e nell'art. 52 della Costituzione slovena. Altro aspetto recepito è quello relativo alle politiche giovanili, concernenti la formazione, le opportunità di lavoro e il tempo libero, (v. art. 48 della Costituzione spagnola) e trova analoghe disposizioni negli artt. 62 e 64 della Costituzione croata, nell'art. 45.5 della Costituzione rumena (riprodotto letteralmente) e nell'art. 16 della Costituzione di Ungheria.

#### 4. Gli elementi caratterizzanti le recenti Costituzioni.

Alcuni fenomeni testimoniano il deterioramento nei testi recentemente promulgati del concetto di Costituzione come *Grundnorm*, come norma fondante l'intero ordinamento, frutto di un patto fra consociati e dotata di precettività: è il caso, in particolare, delle costituzioni eterodirette e della presenza di clausole derogatorie e sospensive, previste in alcuni testi costituzionali.

##### 4.1 Le Costituzioni eterodirette.

Nella tradizione giuridica, il potere costituente, libero nei propri fini e nelle procedure, è l'artefice della carta costituzionale di un paese. In questa fase densa di cambiamento per il costituzionalismo, si assiste a un nuovo fenomeno: potere costituente guidato o assistito, per il quale Stati stranieri realizzano o coadiuvano nella preparazione di testi costituzionali, che poi avranno vigore in ordinamenti, almeno formalmente, indipendenti.

Nel passato erano avvenuti alcuni esempi in tal senso, è sufficiente ricordare l'esperienza costituente della Legge Fondamentale tedesca ovvero le vicende relative alla promulgazione della Costituzione giapponese, tuttavia, in quest'ultima fase storica il fenomeno ha assunto caratteristiche più incisive. Non si tratta di un processo analogo a quello evidenziato relativo alla circolazione dei modelli giuridici oppure all'apertura del proprio ordinamento alla normativa internazionale; il fenomeno si presenta con caratteristiche qualitativamente distinte: uno Stato, in via di principio sovrano, non è legittimato all'esercizio del potere costituente, il quale viene abdicato o sottratto in favore di potenze straniere. Non si tratta solo di un'influenza culturale da parte di altri Stati oppure di autolimitazione della sovranità statale in favore dell'ordinamento internazionale ma di un'azione esogena, che lascia incerti sulla effettiva titolarità del potere costituente.

L'affermazione di questa nuova forma di potere costituente fa emergere due profili, i quali, a seconda della prevalenza dell'uno o dell'altro, può indurre alla formulazione di un giudizio positivo o negativo del fenomeno. Un primo elemento da osser-

vare è che i processi di globalizzazione, oramai non più solo economica, tendono a rimodificare il concetto di Stato-nazione, pertanto, gli ordinamenti sono oggetto di pressioni più o meno cospicue della comunità internazionale e i confini territoriali non sono più in grado di allontanare influenze eteronome.

Un secondo elemento – più inerente alla questione dibattuta – propone il dubbio se il fenomeno influenzi il futuro del nuovo ordinamento, in quanto il processo costituenti è stato considerato, fino a questo momento, qualificante e caratterizzante per gli Stati. La rinuncia a un dibattito approfondito su un aspetto rilevante l'assetto costituzionale, quale può essere quello relativo al *Bill of rights*, può avere delle ripercussioni sulla definizione dei principi della convivenza civile. Tutto ciò può determinare delle conseguenze rispetto al grado di adesione dei cittadini rispetto al testo costituzionale come tavola di valori condivisi, soprattutto se il paese ha intrapreso di recente il processo di democratizzazione.

L'esperienza comparata offre alcuni esempi di Costituzioni *“octroyées”*: Namibia (1982-1990), Cambogia (1989-1993), Bosnia Herzegovina (1991-1995) e in qualche misura Albania.

Nel 1978, un accordo fra il Gruppo di contatto costituito da Stati Uniti, Canada, Francia, Gran Bretagna, Repubblica federale tedesca e il Sudafrica e l'opposizione locale della Namibia dette luogo alla Risoluzione n. 435 del 29 settembre del 1978 sulla forma da attribuire al nuovo Stato. In questo documento venivano indicati i principi costituzionali, fra cui il richiamo alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, che avrebbero dovuto essere recepiti nel nuovo testo costituzionale e che successivamente sono stati integrati nella risoluzione n. 632 del 16 febbraio 1989, denominata *“piano per la transizione”*. Nello stesso anno, viene convocata l'assemblea costituenti che lavora sotto il coordinamento e il controllo di uno speciale gruppo per l'assistenza alla transizione (UNTAG), i suoi lavori si concludono con la Costituzione del 1990, che ricalca i principi enucleati nella prima risoluzione delle Nazioni Unite.

Anche per quanto concerne la Cambogia, alla fine del conflitto armato, fu emanata una risoluzione del Consiglio di sicurezza n. 718 del 31 ottobre del 1991, la quale conteneva anch'essa i principi a cui ispirarsi nella redazione della nuova Costituzione, in cui si sottolineava l'esigenza del rispetto dei diritti umani, richiamando sia la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, sia altri strumenti internazionali. L'assemblea costituenti, che lavorò, anch'essa sotto tutela di un'Autorità transitoria delle Nazioni Unite (UNTAC), approvò la Costituzione nel 1993 ma recependo in modo parziale le indicazioni relative alla tutela dei diritti fondamentali. Successivamente, però, la promulgazione di una Costituzione non impedì in seguito la degenerazione violenta della situazione in Cambogia.

Più recentemente vi è l'esempio della Bosnia Herzegovina, la cui carta fondamentale è rappresentata dall'Allegato IV degli accordi di pace per la Bosnia-Herzegovina, negoziati a Dayton, in Ohio fra il 1° e il 21 novembre 1995 e firmati a Parigi il 14 dicembre dello stesso anno, data che coincide con l'entrata in vigore della nuova Costituzione. Gli accordi internazionali determinarono l'istituzione di uno Stato federale costituito da due entità: la federazione di Bosnia-Herzegovina e la Repubblica di Srpska e l'aspetto saliente è che il testo costituzionale è il prodotto di una negozia-

zione internazionale fra le Grandi potenze. L'allegato non prevedeva neppure l'obbligo di sottoporre a ratifica il testo da parte delle assemblee legislative o a un referendum, pertanto la nuova Costituzione si trova sprovvista di qualsiasi legittimazione democratica e la sua resistenza alle pressioni disgregatrici dipende in larga parte dalla sua capacità di dimostrarsi un tessuto connettivo forte per le etnie presenti sul territorio: Serbi, Croati e Musulmani.

Seppur in maniera meno rilevante rispetto ai paesi citati in precedenza, è possibile ascrivere a questa tipologia anche la Costituzione dell'Albania (adottata dal Parlamento il 21 ottobre 1998 e approvata con referendum popolare il 22 novembre dello stesso anno), per la cui stesura ha svolto un ruolo significativo e preponderante la Commissione per la democrazia attraverso il diritto, denominata Commissione di Venezia, (dal luogo della sua sede), che in varie occasioni e con diverse modalità ha "rivisto" dal punto di vista tecnico il testo del progetto elaborato dalla Commissione costituzionale albanese.

Emerge, in sostanza, un problema di legittimazione delle Costituzioni eterodirette, la cui esperienza offre dei risultati alterni; infatti, sembra essere fallita in Cambogia e pare essere problematica in Bosnia-Herzegovina. In via generale, la sensazione è che maggiori probabilità di successo sembrano essere laddove organismi internazionali permangano sul territorio come vigilatori del rispetto degli accordi ma in loro assenza il rispetto sembra avere esiti incerti.

#### *4.2 Le clausole derogatorie e sospensive.*

Alcuni testi costituzionali prevedono espressamente delle procedure attraverso le quali alcuni organi dello Stato possono derogare a norme costituzionali. Si tratta, quindi, di una procedura per la quale è la stessa Costituzione che si pone delle "autolimitazioni".

Siffatte delle cosiddette clausole di *override*, che tendono ad attenuare un principio cardine del costituzionalismo moderno, quello della supremazia della Costituzione rispetto alle fonti subordinate e il conseguente controllo di costituzionalità di queste ultime.

Volendo tracciare una linea immaginaria, siffatte clausole si situano all'estremo opposto rispetto alle norme che prevedono l'assoluta immodificabilità di alcune norme costituzionali. La sporadicità o la frequenza del ricorso determinano il loro grado di "pericolosità" rispetto alle garanzie delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini.

Le deroghe costituzionali possono essere generali o settoriali e cioè riguardare, in via di principio, l'intero testo costituzionale, oppure solo una parte circoscritta. Inoltre, possono essere provvisorie o permanenti e, in quest'ultimo caso, sottopongono a forte tensione l'intero sistema costituzionale, in quanto avrebbero efficacia nell'ordinamento norme *contra constitutionem* e sottratte al controllo di costituzionalità.

Rispetto alla generalità o alla particolarità delle clausole derogatorie, possiamo annoverare nel primo caso, l'esempio dell'art. 145 della Costituzione rumena del 1991, che dispone come norme di leggi dichiarate incostituzionali (nella fase del con-

trollo preventivo di costituzionalità) possano comunque far parte dell'ordinamento nazionale se riapprovate con un voto dei 2/3 dei parlamentari. In senso analogo, si configura l'esperienza della Costituzione del Portogallo del 1976, in cui gli articoli 278 e 279 disciplinano la possibilità che il Parlamento con una maggioranza dei 2/3 possa riapprovare una legge sulla quale il Tribunale costituzionale si sia pronunciato per la sua incostituzionalità in via preventiva.

In questi due esempi, non ci sono limiti di contenuto alle deroghe costituzionali, potendo dispiegarsi su qualsiasi oggetto e demandando all'organo legislativo l'instaurazione della procedura. Le indicazioni testuali sono parche, anche se la Costituzione portoghese introduce un ulteriore elemento di garanzia, attribuendo la discrezionalità al Presidente della Repubblica nella promulgazione o meno dell'atto dichiarato incostituzionale.

Per quanto riguarda, invece, le clausole derogatorie settoriali, la cui efficacia può dispiegarsi solo su alcune parti della Costituzione, spiccano le esperienze del Canada e della Giamaica. Un elemento che contribuisce a creare ulteriori perplessità, rispetto a questo istituto è che le deroghe possono avere effetti proprio sulle parti relative al catalogo dei diritti.

In Canada, l'art. 33 della Carta dei diritti e delle libertà del 1982 introduce la *clause nonobstant* o *notwithstanding clause* per la quale il Parlamento federale o le Assemblee legislative provinciali possono votare una legge in contrasto con le norme dell'art. 2 e degli articoli da 7 a 15 della Carta concernenti alcuni diritti fondamentali della persona. L'esercizio del potere derogatorio deve essere espresso nel contenuto della legge e non può essere implicito in base alla mera incompatibilità fra le norme legislative e il testo costituzionale; inoltre, la deroga ha una validità di cinque anni, spirati i quali il Parlamento o l'assemblea legislativa provinciale può reiterare la procedura.

Analogamente, l'art. 50 della Costituzione giamaicana del 1962 prevede che con la maggioranza dei 2/3 si possa emanare una legge in deroga ai diritti dei cittadini stabiliti dall'art. 13 all'art. 26.

È evidente che l'ammissione del potere derogatorio riduce la competenza dell'organo costituzionale come giudice di garanzia dei diritti, in quanto attraverso questa procedura verrebbe superato il controllo di costituzionalità.

Le ragioni che possono aver indotto i costituenti alla previsione di deroghe costituzionali possono essere quelle di voler salvaguardare il principio della supremazia parlamentare, limitando il principio della rigidità costituzionale e conseguentemente quello del controllo di costituzionalità. A ben vedere, sia la Giamaica che il Canada sono ex colonie britanniche e, quindi, tributarie del sistema di *common law*, in cui viene attribuito un ruolo primario al Parlamento.

Inoltre, alcune specificità storiche dei singoli paesi contribuiscono alla giustificazione di queste disposizioni: in Canada, il processo di *patriation* della Costituzione e la conseguente introduzione di una Carta dei diritti e delle libertà e il principio della rigidità costituzionale hanno incontrato forte opposizione da parte delle Province, timorose di perdere le proprie specificità. Al fine di superare l'*impasse* il governo federale ha dovuto operare delle concessioni, mantenendo in capo alle comunità terri-

toriali l'opportunità di potersi opporre a legislazioni eccessivamente omogeneizzanti

Altro volto della medaglia relativo al ridimensionamento della precettività delle norme costituzionali è la presenza costante di formule limitative delle disposizioni costituzionali, per cui con clausole come ordine pubblico, sicurezza, difesa si prevede la sospensione delle garanzie costituzionali in materia di diritti. Ne sono un esempio, la possibilità prevista in molte Costituzioni della procedura per la dichiarazione dello stato di emergenza. In questo senso, i testi vengono formalmente mantenuti, ma generalmente vengono limitati i poteri delle Camere e degli organi giurisdizionali, i diritti politici e il ruolo dell'opposizione.

Si direbbe un classico soprattutto nelle Costituzioni iberoamericane, tanto da far parlare di dittatura costituzionale in America Latina, perché sarebbero proprio le norme del testo costituzionale a tracciare il percorso per la realizzazione di regimi autoritari o forme di Stato di natura autocratica. Queste norme rappresentano una costante nella storia dei paesi centro e sudamericani e molte recenti Costituzioni ereditano queste norme da testi precedenti, pertanto, avendo ben presente i pericoli insiti in questa scelta. La Costituzione del Brasile del 1946 prevedeva l'instaurazione di un periodo di emergenza, così come lo prevedono gli artt. 34-36 dell'attuale Costituzione; la Repubblica di El Salvador all'art. 29 prevede in talune fattispecie la sospensione di alcune garanzie dei cittadini, fra cui la libertà di espressione, di associazione, la libertà personale e affida ai tribunali militari pieni poteri, così come già disponeva l'art. 114 della Costituzione del 1950.

Anche le realtà costituzionali africane propongono clausole sospensive dei diritti, esercitabili attraverso la legge ma senza che le Carte indichino dei principi vincolanti o limitanti l'ipotesi a cui ricondurre lo stato di emergenza. La Costituzione nigeriana del 1979 prevedeva che i diritti e le libertà potessero oggetto di restrizione nell'interesse della difesa, della sicurezza pubblica, della salute pubblica, della pubblica moralità. Inoltre, una legge generale poteva, durante i periodi di emergenza, derogare le disposizioni degli artt. 30 e 32 della Costituzione, che riguardavano il diritto alla vita e alla libertà personale.

La Costituzione della Georgia del 1995 vieta da una parte la tortura (art. 18, 4°c.) e dall'altra conferisce al Presidente la facoltà di rimuovere le garanzie costituzionali per i diritti fondamentali delle persone nei periodi di emergenza. Analoghe disposizioni emergono anche nelle Costituzioni del 1972 e 1980 della Corea del Sud e in quella delle Filippine del 1973.

La dichiarazione di stato d'emergenza ha illustri precedenti anche nella tradizione costituzionale europea, in particolare, l'art. 16 della Costituzione francese e l'art. 19 della Costituzione tedesca, i quali hanno esercitato una certa influenza. Nei paesi dell'Europa centro-orientale, nei quali permane evidente l'influenza del modello costituzionale gaullista, si può citare, l'art. 101 della Costituzione croata, che attribuisce il potere al Presidente della Repubblica di emanare decreti in situazioni di emergenza e, seppure in maniera più sfumata, l'art. 108 della Costituzione slovena. In senso analogo, si muove l'esperienza costituzionale della Russia, che, oltre ad avere un testo in cui è prevista la facoltà per il Presidente di dichiarare lo stato d'emergenza o di guerra (art. 88), rende possibile, attraverso un'interpretazione giurisprudenzia-

le, che il Presidente emani editti presidenziali di sospensione delle libertà costituzionali, qualora sia necessaria l'adozione di misure per la difesa della sovranità della Federazione russa, della sua indipendenza, nonché della sicurezza e dell'integrità dello Stato.

## 5. Conclusioni.

Il sommario *excursus* di alcune delle nuove realtà costituzionali indica come le trasformazioni da assetti autoritari a democratici siano avvenute all'interno di un quadro apparente di legalità e con la volontà di procedere nella direzione di una riconciliazione nazionale.

Il primo aspetto positivo di questi processi è, indubbiamente, legato alla riduzione, se non all'eliminazione, di lotte violente in grado di sconvolgere il Paese e, forse, può essere ascritto al livello di progresso della civiltà raggiunto in maniera più generalizzata che nel passato.

Tuttavia, è indubbio che la scomparsa dei regimi autoritari in maniera pacifica reca con sé il fatto che l'avvicendamento con le forme democratiche non può essere netto. Le transizioni pacifiche, infatti, non sono in grado di rinnovare automaticamente la classe dirigente, al contrario, di quelle che avvengono in maniera cruenta, che si concludono molto spesso con l'eliminazione anche fisica dei membri maggiormente compromessi con il vecchio regime e/o con la messa al bando e l'esclusione dalla vita politica delle vecchie formazioni politiche.

In sostanza, le democrazie sorte sulle ceneri dei precedenti regimi si rifanno ai criteri della giustizia retributiva nel momento in cui decidono il trattamento di coloro che sono stati compromessi con il passato regime. La condanna di coloro che hanno svolto un ruolo attivo nel passato ha rappresentato un elemento caratteristico, ad esempio, delle transizioni democratiche avvenute dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale. Alla fine del conflitto, infatti, le potenze vincitrici ritenevano di dover sancire la loro prevalenza acquisita con le armi anche con una legittimazione di tipo giuridico: come testimoniano i processi di Norimberga e Tokyo. Mentre in altri ordinamenti, furono gli stessi testi costituzionali a sancire la condanna dei regimi sconfitti. Si pensi, ad esempio, al caso della Costituzione italiana, dove – alla XII<sup>a</sup> disposizione transitoria – si stabilisce il divieto di ricostituzione “sotto qualsiasi forma” del partito fascista.

La disposizione trae origine, oltre che da ragioni di tipo politico, dall'obbligo di adempimento dell'art. 17 del Trattato di pace (reso esecutivo con il d.lgs. c.p.s. 28 novembre 1947, n. 1430), il quale stabilì che “l'Italia la quale, in conformità dell'art. 30 della Convenzione di armistizio, ha preso misure per sciogliere le organizzazioni fasciste in Italia, non permetterà, in territorio italiano, la rinascita di simile organizzazioni, siano esse politiche, militari o militarizzate, che abbiano per oggetto di privare il popolo dei suoi diritti democratici”.

Al contrario, nei Paesi in cui si assiste all'affermazione dei regimi democratici in maniera pacifica, al fine di “fare i conti con il proprio passato” si opta per soluzioni legate al perdono e all'oblio, sancito, in genere, dalla concessione dell'immunità dalla

giurisdizione penale e dall'amnistia per tutti i fatti commessi. In questo caso, l'obiettivo che prevale è quello della riconciliazione nazionale e si tende a far partecipare alla definizione del patto costituente anche coloro che sono stati compromessi con il vecchio regime: ciò nel tentativo di ampliare al maggior numero di soggetti la partecipazione alla definizione del nuovo ordine, al fine di ridurre le occasioni di opposizione e contrapposizione, che potrebbero ostacolarne la sua affermazione.

In questa ottica, trova la sua giustificazione l'amnistia totale concessa a tutti i responsabili dei crimini del franchismo in Spagna; così come il tema del perdono giudiziale riveste una significativa importanza nei Paesi dell'America Latina, dove, a titolo esemplificativo l'immunità è stata concessa al dittatore cileno Pinochet, ai capi militari argentini e più recentemente al Presidente peruviano Fujimori.

La clemenza concessa alle *élites* appartenenti ai vecchi regimi non democratici viene percepita nelle più recenti fasi di transizione come *condicio sine qua non* per inoltrarsi definitivamente verso il cammino della democratizzazione del Paese. In questo senso, sono illuminanti le parole della Corte suprema del Sudafrica, che nella sentenza del 25 luglio 1996, *Azanian Peoples Organization (AZAPO) and others v. The President of the Republic of South Africa and other* afferma: "... L'amnistia prevista non è una amnistia generale e incondizionata per tutti quanti, garantita automaticamente come se fosse stabilita obbligatoriamente per legge. È specificamente autorizzata allo scopo di rendere possibile una costruttiva transizione a un nuovo ordinamento democratico. Può essere concessa soltanto laddove ci sia una piena rivelazione di tutti i fatti di fronte all'*Amnesty Committee* e laddove sia chiaro che il reato è stato commesso durante il periodo previsto e compiuto a fine politico durante il passato conflitto".

La pronuncia giurisprudenziale, oltre a esplicitare formalmente le ragioni della condotta delle autorità, mette in evidenza un'ulteriore caratteristica delle transizioni *pactadas*, di cui il Sudafrica è un paradigma, e cioè la necessità di porre accanto al momento del perdono, quello dell'accertamento della verità. Infatti, nel paese sudafricano la fase dell'amnistia per i crimini legati all'*apartheid* è stata accompagnata dall'istituzione della *Truth and Reconciliation Commission*, istituita con il *Promotion of national unity and reconciliation Act* del 26 luglio 1995.

Con questo organo il nuovo ordinamento ha voluto sancire, non solo il momento della riconciliazione nazionale, ma anche l'occasione per gettare una luce sulla natura del regime di segregazione razziale. Infatti, il suo compito è stato quello di ricostruire nella maniera più esaustiva possibile le cause, la natura e l'ampiezza delle violazioni dei diritti umani commesse tra il marzo 1960, data del massacro di Sharpeville, e il 10 maggio 1994, data del giuramento di Nelson Mandela come Presidente della Repubblica. Per raggiungere l'obiettivo, si sono svolte molteplici audizioni di fronte ai diciannove membri della Commissione, i quali hanno visto sfilare circa 20.000 persone fra vittime e carnefici, la cui collaborazione è stata ottenuta grazie alla promessa di amnistia.

In questo modo, si è potuto finalmente squarciare quella cortina impenetrabile che aveva circondato le azioni dei pubblici poteri che con la violenza avevano represso e soffocato qualsiasi forma di rivendicazione in senso egualitario della maggioranza

nera del Paese. Pertanto, il rapporto della Commissione ha avuto il pregio di consegnare alla memoria collettiva del Sudafrica “rinnovato” l'esatta dimensione dei crimini del passato.

Diversa appare, invece, l'esperienza – compiuta, ad esempio, in Argentina nel 1983, in Cile, nel 1990, o in El Salvador, nel 1992, mentre attualmente sono in funzione commissioni per la verità e la riconciliazione in Perù, in Sierra Leone, in Ghana e a Timor Est – di organismi istituiti soltanto con il compito di accertare i fatti criminosi avvenuti prima dell'introduzione di forme di Stato democratiche, senza aver alcun potere di natura giurisdizionale. In questi casi, infatti, l'assenza di un'esplicita condanna penale o politica degli individui compromessi con i regimi autoritari se, da un lato contribuisce ad ampliare l'arco delle forze politiche che partecipano alla fase costituente e consente di procedere al cambiamento di regime con un più alto tasso di concordia, dall'altra parte, forse non permette un incisivo rinnovamento della classe dirigente.

È inevitabile, infatti, che sussista una certa continuità fra i sistemi autoritari e quelli democratici, rappresentata dagli attori della transizione, oppure dal fatto che molto spesso la genesi del processo costituente ha inizio proprio dagli apparati dello Stato che, in prospettiva, dovrebbero essere riformati. Pertanto, non si determina alcuna cesura tra gli organi dell'ordinamento previgente e del nuovo.

Tutto ciò induce a riflettere sul dato qualitativo di queste nuove transizioni, o meglio sul loro spessore e sulle loro capacità di consolidarsi in regimi democratici. Infatti, da una parte è indubbio che si verifichi un cambiamento forte rispetto all'assetto previgente – l'esempio del Sudafrica o del Cile sono emblematici in tal senso – tale da indicare l'estinzione di un dato regime; dall'altra parte, è lecito chiedersi se si sia prodotto nei “principi di regime” ovvero si sia determinato una continuità nella Costituzione i valori e principi caratterizzanti il contesto istituzionale precedente e cioè la Costituzione materiale.

Forse sarebbe proprio questo mimetismo dei vecchi modi di gestione del potere in senso autoritario, all'interno di formule costituzionali e organi dello Stato rinnovati, la causa delle debolezze di alcune neo-democrazie. L'esito delle transizioni di Spagna, Grecia e Portogallo mostrano che se anche l'instaurazione di una nuova forma di stato avviene nel segno della continuità con il passato, il nuovo assetto è in grado di produrre dei meccanismi per la propria garanzia di esistenza, fino all'espulsione di tutte le pulsioni anti-democratiche. Siffatta conclusione, però, può giungere solo a distanza di anni dal momento dell'abbandono degli autoritarismi e dopo aver constatato il significativo attaccamento della popolazione e delle istituzioni alla democrazia, baluardo forte per la propria salvaguardia; al contrario, le neo-democrazie con le loro Costituzioni non sembrano essere in grado di offrire parametri certi e indicativi per la tenuta del nuovo assetto.

## I.2 - Un esempio di codificazione costituzionale: il processo di adozione della Carta canadese dei diritti e delle libertà

**Sommario:** 1. Introduzione. 2. Il processo costituente. 3. Alcuni profili problematici emersi nei lavori del Comitato parlamentare congiunto. 3.1 La clausola limitativa dei diritti. 3.2 Il riconoscimento del principio di egualianza. 3.3 La codificazione dei diritti delle popolazioni autoctone. 3.4 Il riconoscimento del multiculturalismo. 4. Il temperamento dell'unilateralismo di Trudeau e la Corte suprema. 5. Le influenze esterne sulla codificazione dei diritti in Canada. 6. Potere legislativo v. potere giudiziario. Il nuovo ruolo dei giudici .

### 1. Introduzione.

La Carta dei diritti e delle libertà è stata adottata il 17 aprile 1982 e rappresenta per l'ordinamento canadese l'ultimo atto di un processo istituzionale, che si è concluso con l'introduzione di un catalogo di diritti fondamentali in un documento di rango costituzionale.

L'approvazione di un *Bill of rights* costituisce soltanto uno degli eventi significativi, da un punto di vista istituzionale, che avvennero in un periodo ricompreso fra il 1980 e il 1982. La Carta dei diritti e delle libertà, infatti, si inserisce in un progetto politico che sostanzialmente aveva due obiettivi fondamentali: a) sciogliere i legami con il Regno Unito, in modo da far cessare di efficacia sul territorio canadese le leggi approvate dal Parlamento di Westminster, la cosiddetta *patriation*; b) trasformare la Costituzione da flessibile in rigida con la conseguenza di attribuire alla Corte suprema la funzione di giudice costituzionale e di introdurre procedure di revisione costituzionale aggravate.

### 2. Il processo costituente.

L'“odissea costituzionale”, che ha condotto alla *patriation* della Costituzione canadese, pone in luce alcune peculiarità del processo costituente che condizionano l'esistenza stessa dell'intero testo. *In primis*, preme rilevare che lo *status* di *dominion* del Canada ha sempre imposto che le riforme costituzionali dovessero essere approvate dagli organi parlamentari britannici, per cui emergevano due livelli di decisione politica: uno interno e uno allogeno.

A sua volta, il primo si componeva di un ambito federale e provinciale, i cui esponenti si sforzavano di trovare una soluzione concordata a problemi di ordine istituzionale; ciò si traduceva nella realizzazione di Conferenze a cui partecipavano i rappresentanti degli organi esecutivi, i cui lavori potevano protrarsi per molti anni prima di

raggiungere a un accordo e che poi doveva essere ratificato dagli organi elettori. La peculiarità dei processi riformatori in Canada ha come conseguenza che ogni modifica del testo aveva un *iter* molto lungo e articolato, “diluito” nel tempo e non sintetizzabile in un preciso momento o in una specifica sede decisionale.

Infine, per quanto concerne più propriamente il *Constitution Act* (la cui approvazione non si discosta da questo schema), è necessario precisare che il documento è scisso in due parti: la prima è costituita dalla Carta dei diritti e delle libertà, mentre la seconda, che, prevalentemente, incorpora il *British North America Act* del 1867 (che dette origine al *dominion* canadese), disciplina il sistema di distribuzione delle competenze fra Federazione e Province e dei poteri fra gli organi supremi dello Stato. Quest’ultima parte era sempre stata oggetto di dibattiti e tentativi di riforma sin dal 1867, anno di fondazione del Canada, mentre, al contrario, il tema dei diritti era sempre stato negletto, poiché si riteneva che il sistema di *common law* fosse uno strumento di garanzia adeguato per le situazioni giuridiche soggettive dei cittadini.

Agli albori del Canada, nel 1864, nella Conferenza di Charlottetown, in cui di fatto ebbe inizio il processo di unificazione delle Province canadesi, i temi all’ordine del giorno riguardarono: il sistema di ripartizione delle competenze fra Stato centrale e Province, l’assetto del bicameralismo, la questione relativa alla successione dei debiti e la regolazione dei beni delle Province.

Il *British North America Act* del 1867, che istituì il *dominion* del Canada, faceva solo un breve cenno al tema dei diritti nella disposizione che riservava i “*property and civil rights*” alla competenza delle Province. Tale norma era il risultato del compromesso raggiunto nella Conferenza di Quebec del 1864, che avrebbe consentito la sopravvivenza dell’applicazione del diritto civile nella Provincia francofona (che, quindi, ricomprendeva il diritto commerciale e il diritto di famiglia), in modo che quest’ultima avrebbe potuto continuare a regolare alcuni settori come l’istruzione, l’assistenza ospedaliera e altre attività legate al *welfare*. Tuttavia, i padri dell’unificazione canadese non dimostrarono alcun interesse per l’introduzione di un catalogo dei diritti, ma furono disponibili solo a riconoscere quei diritti che l’esperienza aveva dimostrato necessari per la realizzazione di una convivenza pacifica fra le due comunità. Siffatto orientamento si tradusse nel riconoscimento dell’utilizzo della lingua inglese e francese nelle assemblee legislative federali e nei tribunali e questo consentì la protezione dei diritti delle minoranze linguistiche in tutte le Province e nel mantenimento delle *denominational schools* in Quebec e Ontario. Tuttavia, l’obiettivo non era quello di garantire delle posizioni giuridiche soggettive ma solo salvaguardare i precari equilibri politici fra le comunità di origine anglofona e francofona.

Anche in seguito, quando i dibattiti politici si focalizzarono sulle procedure emanative del *British North America Act*, laddove emergevano riferimenti a garanzie rispettive ai diritti linguistici, alle discriminazioni razziali e religiose, questi erano inquadrati nell’ottica di poter riconoscere la specialità del Quebec nei confronti delle Province di origine britannica. Il tema dei diritti, quindi, lambì soltanto il livello federale, lasciando la competenza sui *civil rights* alle Province, che, soprattutto dopo la Seconda Guerra Mondiale approvarono molti atti legislativi di tutela, soprattutto in ambito lavorativo.

L’introduzione di un catalogo dei diritti a livello federale avvenne soltanto nel 1960

con l'approvazione del *Bill of Rights*, proposto dal Governo Diefenbaker, che garantiva il diritto alla vita, alla libertà, alla sicurezza, alla proprietà, all'eguaglianza, le libertà di religione, di espressione, di associazione e di riunione. Tale atto, però, vincolava – per sua espressa disposizione – solo la Federazione e non le Province e poteva essere derogato, avendo la forza giuridica di una legge ordinaria, pertanto non poteva essere considerato uno strumento efficace di garanzia. Nella storia dell'applicazione del *Bill*, si registrò, infatti, un solo caso in cui la Corte Suprema esplicitamente dichiarò che la contrarietà di alcune norme legislative rispetto alle disposizioni del *Bill of Rights* determinava la nullità di queste ultime. Tuttavia, questa pronuncia rimase un caso isolato, mentre era pacifico che le norme del 1960 vincolavano solo le assemblee legislative federali e potevano essere modificate da maggioranze semplici.

La tematica dei diritti cominciò ad avere un peso rilevante nella vita politica istituzionale del paese quando si affacciò alla ribalta politica, Pierre Trudeau: esponente politico del Partito Liberale, originario del Quebec, che può essere considerato il vero padre della Carta dei diritti e delle libertà.

Già nel settembre 1967, Trudeau, come Ministro della Giustizia nel Governo Pearson, delineò, in un discorso davanti alla *Canadian Bar Association*, il suo progetto politico, che poneva come priorità l'introduzione di un *Bill of rights*, che avrebbe dovuto includere i diritti dei cittadini sia come singoli che come membri delle comunità anglofona e francofona. Il suo obiettivo era quello di favorire l'unità del Canada, di costruire un'identità nazionale, attraverso il catalogo dei diritti. Il pluralismo culturale della società canadese induceva a codificare i diritti in un testo costituzionale scritto, in quanto molti cittadini, che non condividevano le stesse radici culturali dei due popoli fondatori, non potevano sentirsi sufficientemente tutelati dalla *common law* di matrice europea.

Trudeau ribadì la sua posizione in un documento pubblicato nel gennaio del 1968, dal titolo significativo: *A Canadian Charter of Human Rights*. In questo ambito, il Ministro della Giustizia sostenne che l'adozione di una carta dei diritti sarebbe “all evidence of the interest of the Canadian People in some form of safeguard of individual liberty”. D'altra parte, a giudizio di Trudeau, l'integrazione di un documento di garanzia dei diritti nel sistema istituzionale canadese non si poneva in contrasto con il principio della sovranità parlamentare.

L'orientamento di Pierre Trudeau emerse con evidenza nella Conferenza di Ottawa, svoltasi il 5 febbraio 1968, dove il Governo Pearson presentò il suo progetto: *Federalism for the Future*, in cui fu evidenziato come lo strumento più efficace per rafforzare l'identità canadese fosse costituito dall'introduzione – a livello costituzionale – di un catalogo dei diritti, a cui si affiancava l'obiettivo di rafforzare il ruolo del Senato e della Corte suprema; al contrario, i temi della *patriation* e della revisione costituzionale non erano neppure menzionati.

In quegli anni, l'impegno di Trudeau si concentrò attorno alla tematica dei diritti, che divenne la sua assoluta priorità. Nella sua ottica, la pari tutela dei diritti di ciascuno doveva costituire il legame fondamentale di cittadinanza dello Stato canadese; infatti, il riconoscimento dei diritti linguistici non costituiva il presupposto per accettare uno statuto speciale al Quebec, al contrario, si voleva introdurre un bilinguismo in tutto il

paese e in questo modo favorire la mobilità dei cittadini, che in qualsiasi area territoriale avrebbe potuto parlare la propria lingua madre.

In un confronto televisivo con Daniel Johnson, *Premier* del Quebec, Trudeau si contrappose allo *chauvinismo* etnico della Provincia francofona, sottolineando come i diritti dei canadesi di origine francese non sarebbero stati salvaguardati attraverso la costituzione di una Provincia autonoma, ma con il riconoscimento del diritto a utilizzare la propria lingua in tutto il paese. La visione di Trudeau opponeva il suo nazionalismo “federale” *pan-Canadian* a quello francofono, e ciò elettoralmente incontrava i favori di circa un terzo dei cittadini che non avevano origini né britanniche, né francesi. Gli anni settanta furono contrassegnati da due elementi: il primo riguardava l’intensificazione delle attività delle associazioni di tutela dei diritti; il secondo concerneva il fatto che il processo di riforma costituzionale basato sullo svolgimento di Conferenze, a cui vi partecipavano solo gli esponenti degli esecutivi centrali e periferici, iniziò a parere inadeguato. Pertanto, nel 1970, l’ormai *Premier* Trudeau decise di percorrere anche la via parlamentare e per questo venne istituito un *Joint Committee*, presieduto dal deputato Mark Guigan e dal senatore Gildas Molgat, che aveva il compito di riesaminare gli aspetti più controversi della Costituzione. Si trattò di un percorso non alternativo a quello degli incontri fra gli esecutivi, ma integrativo e che, comunque, già prefigurava la tendenza di Trudeau a ricorrere alle istituzioni rappresentative e ai cittadini.

Nei due anni successivi, il Comitato fece molteplici audizioni per tutto il paese, che, però, non fecero emergere una particolare sensibilità verso la questione dell’incorporazione a livello costituzionale di un *Bill of rights*. Il progetto incontrò soprattutto la strenua opposizione delle Province, che temevano di perdere la loro supremazia legislativa relativa alla disciplina delle condizioni dei propri cittadini; in particolar modo, le Province dell’Ovest manifestarono profonde perplessità relativamente alla possibilità di essere destinatarie di una più incisiva disciplina sui diritti linguistici relative alle minoranze francofone.

Tuttavia, il ruolo del *Committee* fu rilevante in quanto costituì il primo esempio di partecipazione popolare al processo costituente. Il Comitato tenne incontri in 47 città, ricevette 8000 pagine di rapporti e tenne 1486 audizioni a cui parteciparono 13000 canadesi. Il comitato concluse che: “The people want a new constitution” e, nel suo rapporto finale, fece emergere due temi qualificanti: l’autodeterminazione del Quebec e la questione dei popoli nativi.

Se la prima questione era da anni al centro del dibattito politico, la seconda, invece, non aveva mai costituito una priorità nell’agenda di Trudeau, in quanto escludeva che gli indigeni dovessero essere destinatari di una normativa *ad hoc*. Il *Premier* era fortemente impregnato da una visione di stampo liberale, per cui nel suo disegno istituzionale gli aborigeni avrebbero dovuto essere tutelati come persone e non come gruppi, al pari di qualsiasi altro cittadino canadese. Al contrario, il rapporto del Comitato congiunto evidenziava come fosse preferibile considerare gli aborigeni come collettività piuttosto che come singoli individui e invitava a non procedere a riforme costituzionali avventate, fino a quando non vi fossero stati studi approfonditi sul tema.

La rilevanza del tema fu in parte favorita dalla sentenza *Calder* della Corte suprema nel 1973, in cui si riconobbe che i diritti degli indigeni sono specifici e non per con-

cessione della Corona o per un riconoscimento di tipo legale o perché stabiliti in un trattato ma perché nel passato gli aborigeni erano stati popoli sovrani su quel territorio. Le conseguenze della sentenza *Calder* costituirono i presupposti per il riconoscimento degli aborigeni come popoli fondatori. Tutto ciò convinse Trudeau a modificare la sua strategia e il Governo accettò di procedere a delle negoziazioni con le popolazioni indigeni a proposito dei diritti tradizionali all'uso e all'occupazione della terra, qualora questi non fossero stati estinti da un trattato o sospesi con legge.

Durante i lavori del Comitato congiunto, le conferenze costituzionali continuarono a svolgersi abbastanza frequentemente, senza, però, approdare a risultati significativi. Nel 1971, in una conferenza dei Primi ministri, il *Premier* del Quebec, Bourassa prospettò la possibilità di introdurre un *Bill of rights* e di riconoscere la Corte suprema come giudice costituzionale. Il 14 giugno del 1971, i *Premiers* provinciali e quello federale si riunirono a Victoria, a conclusione di una serie di incontri che avevano avuto luogo nei mesi precedenti, al fine di trovare un consenso su un *constitutional package*. Quest'ultimo prevedeva anche la *patriation* e l'introduzione di una procedura di revisione, mentre, per quanto concerne i diritti si proponeva l'introduzione di una carta dei diritti, che ricomprendeva, oltre al suffragio universale e il riconoscimento della co-ufficialità dell'inglese e del francese, la libertà di pensiero, di coscienza, di espressione, di associazione e di riunione, tali libertà potevano essere limitate dal potere legislativo per sicurezza e ordine pubblico, sanità, sicurezza morale o nazionale. Il compromesso di Victoria rappresentò il momento in cui Trudeau sfiorò da più vicino il coronamento del sogno di dare ai canadesi una carta dei diritti e la sua importanza è testimoniata dal fatto che il testo attuale degli artt. 2 e 3 della Carta è largamente tributario della *Victoria Charter*. Tuttavia, anche quest'ultima non riuscì neppure ad arrivare all'esame delle assemblee legislative per l'opposizione del *Premier* del Quebec, Bourassa che non fu in grado di superare gli ostacoli postigli dai nazionalisti della Provincia.

Nel luglio del 1977, il Governo federale istituì una *task force on Canadian unity*, i cui presidenti furono Jean-Luc Pepin, già membro del Gabinetto Trudeau e John Robarts ex *Premier* dell'Ontario. Anche questo organismo effettuò una serie di incontri per il paese al fine di comprendere gli orientamenti dei cittadini sui temi costituzionali. Gli esiti del comitato Pepin-Robarts, pubblicati nel 1979 con il titolo: *A Future Together*, tuttavia, non furono in sintonia con gli orientamenti di Trudeau. In sostanza, si ritenne che l'unità canadese non poteva costruirsi con una carta dei diritti, ma attraverso il riconoscimento delle differenze provinciali e della diversità linguistica e culturale del paese, soprattutto in relazione al Quebec al quale sarebbe dovuto riconoscere e garantire una sua specificità.

Contemporaneamente ai lavori del Comitato, Trudeau continuava a mettere a punto il suo progetto, che fu reso noto nel 1978 attraverso una pubblicazione: *A Time for Action*. I punti qualificanti erano: la riforma del Senato (*House of Federation*) che avrebbe dovuto essere eletto sia dai membri della Camera dei Comuni che dalle assemblee legislative federali, l'ampliamento della Corte suprema a 11 membri, per la cui nomina – ratificata dal Senato – sarebbe stato necessario consultare i governi provinciali, la codificazione delle convenzioni costituzionali, l'affermazione dei principi di unità della Federazione con timide aperture al nazionalismo francofono (*Canada clau-*

ses) e l'introduzione di una Carta dei diritti vincolante solo per la Federazione. Questa prima parte del programma poteva essere realizzata unilateralmente dal Governo federale con i poteri emendativi avuti nel 1949. La seconda – costituita dalla riformulazione della divisione dei poteri fra Federazione e Province e da nuove procedure di revisione costituzionale – doveva essere realizzata solo dopo l'accordo con le Province. Il processo si sarebbe dovuto concludere con una completa *patriation* entro il 1° luglio del 1981.

A seguito del *Time for Action*, nel giugno del 1978, venne presentato alle Camere il *Bill C-60 (The Constitutional Amendment Bill)*. Questo disegno di legge ampliava il catalogo dei diritti della *Victoria Charter*, includendo la libertà di stampa e degli altri mezzi di informazione, il diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della persona, il diritto di proprietà seppur con limitazioni riservate alla legge, l'eguaglianza formale e l'*equal protection of the law*, il divieto di discriminazione in base alla razza, origine etnica e nazionale, lingua, colore religione, sesso ed età, la libertà di circolazione e il diritto di stabilimento su tutto il territorio federale, il diritto a ricevere l'istruzione in francese o in inglese. Inoltre, si proponeva – come nel documento di Victoria – una clausola limitativa dei diritti (art. 25) che recitava: “Nothing in this Charter shall be held to prevent such limitations on the exercise or enjoyment of any individual rights and freedoms declared by this Charter as are justifiable in a free and democratic society in the interests of public safety or health, the interests of the peace and security of the public, or the interests of the rights and freedoms of others, whether such limitations are imposed by law or by virtue of the construction or application of any law”.

L'opposizione delle Province al progetto di Trudeau si manifestò pressoché immediatamente, in particolare da parte dell'Ontario e del New Brunswick, che avevano delle componenti francofone al proprio interno e del Quebec, che inasprì significativamente le sue posizioni separatiste. Inoltre, siccome il disegno di legge prevedeva anche la riforma del Senato, era necessario che questo atto fosse formalmente approvato dalle camere britanniche e questo costituì un *empasse* in quel momento non superabile politicamente, proprio per il disaccordo delle Province.

Il processo costituente dovette, quindi, riprendere dalle negoziazioni della Federazione con le Province: il *Premier* Trudeau dichiarò di rinunciare alla soluzione in due fasi prefigurata inizialmente e propose un nuovo progetto, sintetizzato in quattordici punti, fra cui emergevano come priorità: la Carta dei diritti, la riforma del Senato e della Corte suprema, la codificazione della monarchia costituzionale, la riduzione delle disparità provinciali, la *patriation* e le procedure di revisione costituzionale. Contestualmente, le Province continuavano a richiedere la riduzione dello *spending power* e del *declaratory power* del Governo centrale e l'attribuzione di competenze in materia di pesca, diritto di famiglia, comunicazione e controllo delle risorse naturali e marine.

Il tentativo di comporre la contrapposizione fra le parti, condusse, nell'autunno del 1978, all'istituzione di un Comitato permanente di Ministri sulla Costituzione (*Committee of Ministers on the Constitution, CCMC*) presieduto da Roy Romanow, *Attorney-general* del Saskatchewan e dal Ministro della Giustizia, prima Otto Lang e poi Marc Lalonde.

Il comitato lavorò alacremente per tre mesi al fine di produrre un documento che potesse costituire la base di partenza per un proficuo dibattito, ma nella Conferenza costituzionale del febbraio 1979 non fu possibile trovare un accordo sia per l'opposizione del Quebec, sia perché Trudeau sembrò distratto dall'imminente campagna elettorale. L'esito di quest'ultima fu negativa per il *Premier*, che perse le elezioni, mentre divenne Primo Ministro il conservatore Charles Joseph Clark. Tuttavia, un anno dopo, si rese necessario convocare altre elezioni, che Trudeau rinvise, tornando a ricoprire il suo quarto mandato come Primo Ministro.

Il 1980 fu un anno determinante per il progetto costituzionale di Trudeau: forte del consenso popolare ottenuto alle elezioni, decise di riavviare il processo costituente, nonostante durante la campagna elettorale – su suggerimento dei suoi collaboratori – non avesse fatto riferimento all'obiettivo di dare una nuova Costituzione al Canada.

La sua risolutezza fu accresciuta anche a seguito dell'esito del referendum nel Quebec: il Primo Ministro francofono, René Levesque intese sottoporre al vaglio referendario il 20 maggio 1980 la sua proposta di far divenire il Quebec uno stato associato alla Federazione canadese, il ché avrebbe consentito di riconoscere la sovranità e l'autodeterminazione alla Provincia. Tuttavia, le previsioni di Levesque risultarono errate e il suo progetto ottenne solo il 40,4% dei consensi.

A questo punto la scena politica vide da una parte la posizione forte di Trudeau, che molto si era impegnato in questo referendum, promettendo un rinnovamento del federalismo canadese e dall'altra parte, la posizione del *Premier* del Quebec, ormai indebolita sia nei confronti del Governo centrale che delle altre Province.

Tale situazione convinse Trudeau a iniziare nuove trattative con le Province al fine di perfezionare il suo intento e nel giugno del 1980 il Comitato riprese alacremente i suoi lavori al fine di sottoporre alle Province un testo condiviso, che potesse costituire la bozza di partenza per delle nuove negoziazioni. I *leaders* provinciali e della Federazione si incontrarono dall'8 al 12 settembre nella conferenza di Ottawa, in cui, però, il dissenso provinciale al progetto del *Premier* si dimostrò insuperabile.

Questo ulteriore ostacolo posto in essere dalle Province convinse Trudeau a procedere unilateralmente alla realizzazione del suo progetto e perciò il 2 ottobre 1980 annunciò, in un discorso televisivo alla nazione, che avrebbe depositato un progetto relativo alla Costituzione del Canada prima alla Camera dei Comuni, dove disponeva di una solida maggioranza e poi al Parlamento di Westminster; questo *iter* sarebbe avvenuto anche senza l'approvazione delle Province. Il cosiddetto *people package* – come lo aveva definito il *Premier* – prevedeva la norma per la quale le leggi del Regno Unito non avrebbero più avuto efficacia in Canada – la cosiddetta *patriation* – una Carta dei diritti, una procedura aggravata di revisione costituzionale e una dichiarazione di principio sulla perequazione fiscale.

Trudeau, stante l'impossibilità di superare i veti provinciali, preferì rivolgersi direttamente al popolo, in quanto ritenne che quest'ultimo – particolarmente sensibile all'ipotesi di introduzione di un catalogo dei diritti – avrebbe sostenuto il suo progetto (e che, in questo modo, l'opposizione dei *Premiers* provinciali sarebbe stata più difficile da mantenere).

A tal fine, Trudeau decise di istituire uno speciale comitato bicamerale, composto

da dieci senatori e quindici deputati, di cui quindici appartenenti al partito Liberale, otto a quello conservatore e due al *New Democratic Party*. I lavori iniziarono il 7 novembre del 1980 e si conclusero il 2 febbraio 1981: si svolsero per 267 ore di audizioni e comparirono di fronte al comitato 914 persone fra politici, personaggi istituzionali o rappresentanti delle 294 associazioni di difesa dei diritti umani, solo cinque persone furono ammesse a titolo personale, (di cui due scelti ciascuno dal partito liberale e da quello conservatore e uno dal *New Democratic Party*), mentre altri gruppi inviarono al Comitato lettere, telegrammi e 1100 rapporti, tutti esaminati dall'organo.

I dati testimoniano l'interesse che la società civile mostrò nei confronti del progetto di riforma costituzionale e, soprattutto, della Carta dei diritti; tuttavia, la funzione rilevante del Comitato risultò duplice: in primo luogo, le audizioni furono tutte trasmesse dalla televisione e questo sottrasse il dibattito costituzionale all'opacità che sempre aveva contraddistinto i negoziati provinciali; in secondo luogo, emerse con significativa chiarezza il ruolo dei gruppi di pressione, che fino a quel momento erano stati esclusi dal circuito decisionale. Questi ultimi assicurarono al *Premier* una solida base di consenso e mostrarono come il tema della tutela dei diritti fosse particolarmente sentito dalla cittadinanza, rispetto a quello delle procedure emendative o addirittura della *patriation*. Inoltre, la pluralità delle associazioni dimostrò – se mai ce ne fosse stato bisogno – come la società canadese fosse estremamente frammentata e non potesse essere ricondotta esclusivamente alla contrapposizione fra anglofoni e francofoni.

Ed è forse proprio in questa fase temporale di fronte al Comitato, che la Carta dei diritti e delle libertà riesce a configurarsi significativamente come un patto fra i consociati, un *pactum societatis*, che allarga i confini imposti dal dualismo franco-anglofono e conferisce visibilità e riconoscimento ad altre componenti della società canadese. Questo elemento fu immediatamente percepito nelle audizioni davanti al *Joint Committee* del Parlamento nel 1980: il percorso costituente aveva avuto inizio per volontà delle autorità federali e si era snodato attraverso molteplici incontri intergovernativi, mentre, era rimasta in ombra la partecipazione dei cittadini, esclusi da questo *iter processuale* fino a quel momento. Ma la lunga lista di associazioni e gruppi, che desideravano essere ricevuti dal comitato, testimoniò il vivace interesse dei cittadini verso questo processo e la consapevolezza della rilevanza del momento istituzionale.

D'altra parte, se le finalità dell'esecutivo federale erano quelle di "costruire" un'identità canadese dei cittadini, non sembrava percorribile la strada per la quale proprio i soggetti destinatari delle risultanze di questo processo rimanessero permanentemente esclusi dal circuito decisionale.

### **3. Alcuni profili problematici emersi nei lavori del Comitato parlamentare congiunto.**

L'intensa attività del Comitato si tradusse nella proposizione di 67 modifiche al testo iniziale presentato, di cui 58 provenienti dal Governo.

#### *3.1 La clausola limitativa dei diritti*

Il dibattito all'interno dell'organo fu assai intenso ed emersero molteplici divergen-

ze di vedute sia fra i membri dello stesso e coloro che erano intervenuti; nonostante ciò il suo apporto alla versione finale del testo della Carta fu di ampia portata, infatti, pochissimi articoli rimasero inalterati dopo il passaggio parlamentare. Al contrario, l'art. 1 – cioè la clausola generale di limitazione dei diritti – suscitò molteplici discussioni.

La prima versione presentata al Comitato indicava che le disposizioni della Carta potevano essere oggetto di “reasonable limits as are generally accepted in a free and democratic society with a parliamentary system of government”.

Questo primo *drafting* incontrò le opposizioni di quasi tutte le associazioni che si presentarono al Comitato. In particolare, le critiche si appuntarono su quattro profili:

- a) l'opportunità dell'esistenza di una clausola limitativa;
- b) l'assenza di riserva legale;
- c) la formulazione relativa ai limiti “generalmente accettati”;
- d) il riferimento al sistema parlamentare di governo.

Per quanto concerne il primo elemento, ci furono delle proposte finalizzate alla soppressione della disposizione ovvero a circoscriverla ai soli casi di guerra, insurrezione o *civil emergencies*. Altre si proponevano di mantenerla ma escludendo la sua applicazione ad alcuni diritti, quali la libertà religiosa, il diritto di voto, l'accesso ai pubblici uffici, il diritto alla vita. Riguardo a queste indicazioni, il Ministro della Giustizia, Chretien di fronte al Comitato ribadì la necessità di trovare un contemperamento fra i diritti individuali e il legittimo potere delle assemblee legislative, che avrebbero dovuto agire a salvaguardia del bene comune, pertanto, dichiarò irricevibile la proposta di soppressione dell'art. 1.

Riguardo al secondo profilo – cioè alla possibilità che non vi fosse alcun riferimento all'obbligo di prevedere i limiti attraverso la legge – vi fu un intenso dibattito; molte associazioni, infatti, ritenevano fortemente penalizzante per le garanzie della Carta che le clausole limitative potessero essere adottate da fonti secondarie o amministrative e ritenevano imprescindibile l'introduzione della riserva di legge. Tuttavia, anche questa integrazione non era scevra di problemi, infatti, si palesava il timore che qualsiasi legge, in quanto votata dall'organo di rappresentanza politica, sarebbe stata sottratta alle censure di incostituzionalità, se si dimostrava che i limiti imposti fossero generalmente accettati in una società democratica. Inoltre, si temeva che la specificazione dei limiti ad opera solo della maggioranza parlamentare avrebbe finito per coartare i diritti delle minoranze. Si espressero in senso contrario a questa formula anche gli esperti convocati dal Comitato, fra cui Tarnopolsky e lo *Human Rights Commissioner*, Fairweather, che seppur favorevoli a una clausola limitativa generale volevano circoscriverla.

In terzo luogo, parve chiaro che il richiamo ai limiti “generalmente accettati” in una società libera e democratica fosse eccessivamente vaga e che i giudici chiamati a verificare la legittimità dell'atto legislativo avrebbero dovuto limitarsi a verificare se in ordinamenti democratici sussistevano limiti analoghi. Gli spazi per l'azione del potere giudiziario sembravano, dunque, particolarmente angusti e pertanto nel Comitato si votò per sostituire il disposto iniziale con quello attualmente previsto dalla Carta e cioè che i limiti dovevano essere quelli “giustificabili in modo dimostrabile” (*demonstrably justified*). Questa nuova articolazione normativa sembrava maggiormente rispondere

alle esigenze di ridurre la discrezionalità del legislativo a favore del vaglio da parte della Corte suprema.

Infine, fu ritenuto che il riferimento agli ordinamenti con una forma di governo parlamentare fosse inappropriato e, a seguito della sua soppressione, i giudici della suprema corte poterono utilizzare anche i precedenti della giurisprudenza statunitense.

In sostanza, le aspre critiche emerse sia nella società civile che in seno al Comitato, soprattutto ad opera del Senatore Robin, spinsero il Governo a proporre un emendamento modificativo, che disponeva come i diritti potevano essere oggetto di “reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”.

Il richiamo alla riserva di legge, come strumento per apporre dei limiti alla fruizione dei diritti, piuttosto che come istituto di garanzia, costituì un profilo di ampio dibattito nel processo costituente. Anche per quanto concerne la formulazione degli artt. 8 e 9, riguardanti rispettivamente la tutela da perquisizioni arbitrarie e la libertà personale, la versione presentata al Comitato faceva riferimento alle condizioni stabilite dalla legge. Come per l'art. 1, la questione problematica risiedeva ancora una volta nel richiamo generico alla legge, cioè si riteneva di dover esplicitare che la riserva legale non costituisse condizione escludente per il controllo di legittimità costituzionale ed è per questo che successivamente il Governo decise di proporre la soppressione dell'ultimo inciso.

### 3.2 Il riconoscimento del principio di egualanza

Un intenso e vivace dibattito accompagnò anche la formulazione finale dell'art. 15 sul principio di egualanza, sul quale tutte le associazioni si mostrarono particolarmente sensibili.

In generale, queste ultime furono orientate a estendere l'elenco delle caratteristiche personali in base alle quali la discriminazione dovesse essere vietata. La prima versione giunta all'esame del Comitato ricomprendeva: la razza, l'origine nazionale o etnica, il colore, la religione, l'età e il sesso.

Le proposte di integrazione riguardarono: lo *status* matrimoniale, l'orientamento sessuale e le idee politiche; i diritti culturali, lo *status* socio-economico, la condizione di immigrato, rifugiato, recluso e internato e la condizione di portatore di *handicap* mentale e fisico. Fra tutte queste opzioni, però, prevalse solo quest'ultima, mentre le altre vennero nettamente escluse; ad esempio, l'emendamento sull'aggiunta dell'orientamento sessuale, presentato dal deputato Svend Robinson, che pure, era stato invocato da molte associazioni di tutela dei diritti, fu respinto con 22 voti contro due.

Al contrario, alcune associazioni erano ostili a un'estensione del catalogo, anzi, l'*Advisory Council on the Status of Women* si dimostrò favorevole a una sua riduzione, proponendo l'esclusione dalla disposizione del riferimento all'età. Alla base di questa scelta, vi era il timore che un'estensione del catalogo potesse indurre i giudici a introdurre una sorta di gerarchia fra i *grounds* elencati nell'articolo e questo era ritenuto non auspicabile dai gruppi femministi.

Non mancarono proposte, invece, che intendevano superare il sistema della enumerazione per rimandare a un'espressione più generale, come *equality of service*, in modo

da risolvere l'annoso problema del carattere esemplificativo o tassativo del catalogo.

In secondo luogo, il dibattito sull'art. 15 si concentrò sul secondo comma, che recitava: "Le présent article n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation des personnes et des groupes défavorisés". La specificazione era comprensibile alla luce del fatto che si paventava che l'affermazione del divieto di discriminazione non rendesse più possibile l'adozione di azioni positive in favore di soggetti deboli. Su questo tema, si dimostrarono particolarmente sensibili – come è ovvio – le associazioni femministe – timorose che la disposizione avrebbe permesso l'adozione di trattamenti di favore per qualsiasi individuo che lamentasse uno svantaggio, causando di fatto effetti deteriori nei confronti delle donne – ma anche le Province in quanto temevano che i giudici avrebbero potuto ritenere illegittime le loro politiche sociali. L'esito nel Comitato fu quello di confermare il secondo comma ma di aggiungervi espressamente le condizioni personali previste dal primo comma come titolo autorizzante per l'adozione di misure di favore, così come aveva richiesto l'*Advisory Council on the Status of Women*. Inoltre, le organizzazioni femministe – memori delle passate discriminazioni anche in presenza di formule normative anti-discriminatorie – invocarono l'integrazione di una disposizione (che sarebbe divenuta poi l'art. 28 della Carta dei diritti e delle libertà) in cui si esplicitava che tutti i diritti e le libertà previste dalla Carta dovessero essere garantiti egualmente sia alle donne che agli uomini.

### *3.3 La codificazione dei diritti delle popolazioni autoctone*

Anche la codificazione dei diritti degli aborigeni fu oggetto di intensi dibattiti all'interno del Comitato. Nella prima versione presentata all'organo, il testo relativo ai diritti degli aborigeni recitava: "The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed as denying the existence of any other rights or freedoms that exist in Canada, including any rights or freedoms that pertain to the native peoples of Canada."

Il dibattito coinvolse anche l'opportunità di un espresso riferimento ai diritti delle popolazioni aborigene, poiché alcuni rappresentanti indiani ritenevano che la Carta dei diritti non fosse la sede idonea per il riconoscimento e la tutela delle loro rivendicazioni, in quanto i loro rapporti storicamente, dopo l'arrivo degli europei, erano sempre stati con il Regno Unito e non direttamente con le autorità canadesi, pertanto, si dichiararono sfavorevoli anche all'ipotesi della *patriation*.

Inoltre, le donne aborigene non si dimostrarono particolarmente sensibili nei confronti della possibilità di riconoscere i diritti tradizionali degli indiani, in quanto temevano che una loro costituzionalizzazione avrebbe potuto perpetuare situazioni di discriminazione anche in presenza dell'art. 15 sul principio di egualanza, poiché la disposizione sui diritti dei nativi costituiva una norma speciale rispetto a quella generale.

Comunque, la maggior parte delle associazioni di tutela degli autoctoni (ma anche gran parte dell'associazionismo non indigeno) espressero il consenso relativamente alla costituzionalizzazione dei loro diritti, muovendo, però, alcune critiche e portando alcuni suggerimenti che, in parte furono accolti.

In primo luogo, si rivendicava una piena partecipazione degli aborigeni al processo

costituente in atto, visto che in passato il rapporto con i bianchi era stato conflittuale e di aperta sopraffazione. Esplicitamente si rifiutava la posizione di “*observers*” nei dibattimenti per reclamare una pari dignità con i due popoli fondatori.

Tale questione recava con sé un’altra conseguenza e cioè la richiesta dei popoli aborigeni di partecipare alla procedure di revisione costituzionale. L’esecutivo condivise questa prospettiva e appoggiò un emendamento in cui si aggiungeva un articolo (art. 35, c. 2 del disegno di legge) in cui il Governo si impegnava a convocare i rappresentanti delle popolazioni indigene qualora una conferenza costituzionale avesse in discussione questioni inerenti la disciplina dei loro diritti.

In terzo luogo, la formulazione comparsa nel testo del Comitato risultava insoddisfacente, in quanto si faceva riferimento alla tutela dei diritti e alle libertà che appartengono ai popoli nativi. Il testo sembrava eccessivamente vago, non a caso il titolo dell’articolo era: *undeclared rights* e si esprimeva il timore che la non specificazione potesse sottoporre gli Indiani a una *probatio diabolica*, in cui l’onere della prova ricadesse interamente nella competenza dei ricorrenti, con l’esito di oscurare le differenze culturali fra gli indigeni e non.

In quarto luogo, alcune associazioni indigene ritenevano che il testo non ricompridesse i diritti dei trattati, che le tribù avevano stipulato con i rappresentanti canadesi e che, invece, avrebbero dovuto essere riconosciuti nel nuovo testo costituzionale. Inoltre, non risultava soddisfacente l’espressione “*Native*” perché la maggior parte delle associazioni ritenevano più corretto parlare di *indigenous* o *aboriginal peoples*, in modo da potervi ricomprendere, oltre che gli Indiani e gli *Inuit*, i *Métis*. Anche questa suggestione – come la precedente – fu accolta dal Comitato che votò un emendamento che disponeva: “The aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed. In this Act aboriginal peoples of Canada include the Indian, Inuit e Métis”, anche se queste disposizioni ricadevano nel *Constitution Act* e non nella Carta dei diritti e delle libertà.

Infine, i rappresentanti delle popolazioni indigene volevano che fossero incluse nella Carta alcune fonti disciplinanti i rapporti fra i colonizzatori e gli autoctoni fra cui la *Royal Proclamation* del 1763, ritenuta la “cornerstone of constitutional recognition of native rights” e “the first confirmation of their special status within North America.

Il pluralismo delle posizioni degli aborigeni trovò una sintesi in un emendamento sostenuto fortemente dalla *Métis and Nonstatus Federation*, l’*Inuit Tapiriyat* e la *National Indian Brotherhood*, che recitava: The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada including

- a) any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763; and
- b) any rights or freedoms that may be acquired by the aboriginal peoples of Canada by way of land claims settlement.

Il testo votato dal Comitato rese giustizia di molte proposte avanzate dalle associazioni di tutela dei diritti, anche se soluzioni più avanzate erano state ritenute assolutamente irricevibili, come ad esempio, la richiesta del riconoscimento dell’autogoverno

nei territori storicamente occupati dalle tribù, osteggiato in primo luogo dalle Province che temevano un depauperamento delle loro competenze sullo sfruttamento delle risorse ivi presenti e della rappresentanza indigena in alcuni organi come Parlamento e Corte suprema.

### 3.4 Il riconoscimento del multiculturalismo

Un'altra disposizione particolarmente significativa – che trovò la sua origine nel Comitato – fu la clausola interpretativa dell'articolo 27 relativa al mantenimento e la promozione del patrimonio culturale dei Canadesi.

Si tratta di un disposto innovativo e, soprattutto caratterizzante, anche a livello comparato il catalogo dei diritti canadese. Diversamente da altre norme, il cui testo ha subito molte modifiche – sia nei comitati parlamentari che nelle conferenze costituzionali – quella sul multiculturalismo costituisce una sorta di *coup de théâtre* all'interno del Comitato parlamentare. Con questo non si vuole affermare che il tema del multiculturalismo costituisse un'assoluta novità all'interno dell'ordinamento canadese, come testimonia la circostanza che già nel 1971 era stato istituito il Ministero del Multiculturalismo; ma all'interno del dibattito costituenti non si era mai parlato di questo profilo. Vi era stato solo un timido accenno indiretto nei lavori del Comitato dei Ministri sulla Costituzione, svoltosi a Toronto fra il 14 e il 18 luglio 1980, dove, nella relazione finale riguardante i contenuti del Preambolo alla Carta, si citava l'opportunità di introdurre nell'*incipit* la formula: “*we, the diverse people of Canada*” e di far riferimento esplicito alla diversità del paese, delle sue genti e delle sue culture, tuttavia, il *focus* del dibattito era incentrato prevalentemente sul dualismo anglo-francofono, piuttosto che sulla eterogeneità delle componenti della società canadese.

Solo nelle audizioni del Comitato, emerse in maniera rilevante la necessità di far affiorare la diversità culturale quale elemento fondate e caratterizzante la struttura sociale canadese. Molte associazioni continuarono a richiedere di operare tale richiamo nel preambolo, tuttavia, sia il Governo che i commissari si convinsero che la prospettiva multiculturale avrebbe dovuto trovare accoglimento nel patto fondante affinché non sembrasse circoscritto solo ai *French* e gli *English Canadians* ed è per questo che Mr Irwin mise in votazione un emendamento aggiuntivo che recitava: “*This Charter shall be interpreted in manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.*” La proposta fu accolta e la versione votata nel Comitato sarebbe stata quella definitivamente approvata.

## 4. Il temperamento dell'unilateralismo di Trudeau e la Corte suprema.

Le Province e, in primo luogo, il Quebec non accolsero favorevolmente la dichiarazione di Trudeau di procedere alla *patriation* della Costituzione canadese, senza prima aver raggiunto un accordo. Il loro diniego a questa opzione si realizzò su due piani: il primo riguardò le audizioni di fronte al *Joint Committee*; il secondo si estrinseco nel ricorso alla Corte suprema.

A seguito del deposito alla Camera dei Comuni del disegno di legge sulla *patriation*

e sulla Carta dei diritti, i Governi del Manitoba, Quebec e Terranova avevano dato inizio a un procedura di *reference* di fronte alle rispettive Corti di appello, rivolgendo loro due quesiti. Il primo riguardava la legittimità del Parlamento canadese di richiedere all'organo legislativo britannico di approvare norme costituzionali senza l'accordo delle Province; il secondo concerneva la questione se siffatta procedura unilaterale violasse una convenzione costituzionale canadese.

Gli organi giurisdizionali di Manitoba (tre giudici contro due) e Quebec (quattro a uno) ritenero legittima la condotta del Governo centrale, mentre la Corte di Terranova all'unanimità la censurò. Tutte le decisioni furono appellate alla Corte suprema e Trudeau informò che, qualsiasi fosse stato l'esito, si sarebbe adeguato alle indicazioni della Corte, affidando, quindi, il progetto politico più importante della sua carriera alla volontà dei giudici; contestualmente l'opposizione parlamentare annunciò la sospensione delle sue tattiche ostruzionistiche in aula in attesa del pronunciamento.

La decisione della Corte suprema fu resa pubblica il 28 settembre 1981, per la prima volta attraverso una diretta televisiva. In ordine al primo quesito, sette dei nove giudici sostennero la piena legittimità dell'azione governativa; mentre, per quanto concerne il secondo, una maggioranza appena più risicata di sei giudici sottolineò come, comunque, fosse necessario ricercare un certo grado di consenso fra le Province, in quanto esisteva una convenzione costituzionale sia britannica che canadese in tal senso: "We don't really know for sure but there should be sufficient measure of provincial consent".

La tesi delle Province per cui fosse necessario il loro consenso unanime per qualsiasi modifica non fu accolta dalla Corte, per cui veniva meno l'idea che sussistesse un diritto di voto da parte loro; tuttavia, la Corte esplicitò l'esistenza di una convenzione che obbligava a ricercare un certo consenso con le articolazioni territoriali, senza, però, fornire indicazioni più precise. I giudici, *de facto*, optarono per una soluzione salomonica.

Gli esiti della pronuncia rafforzarono il *Premier* nel suo intento di concludere il processo costituente, che – come aveva detto la Corte – poteva essere anche perseguito unilateramente. Nella prima settimana di novembre 1981 a Ottawa ebbe luogo una conferenza costituzionale dei *Premiers* e il 5 novembre fu annunciato che un accordo era stato raggiunto, ma su un testo significativamente modificato rispetto a quello approvato dal Parlamento. In particolare, erano state modificate le procedure di revisione costituzionale (in un senso più favorevole alle Province), erano state limitate le libertà di circolazione e stabilimento nelle Province in cui vi fosse un alto livello di disoccupazione, era stata accolta la proposta di sopprimere i riferimenti ai diritti delle popolazioni aborigene e, soprattutto, era stata introdotta l'*override clause*. In base a quest'ultima norma gli organi parlamentari sia federali che provinciali potevano approvare una legge che violasse i disposti della Carta, tale atto poteva rimanere in vigore solo cinque anni. La clausola era stata fortemente promossa da Alberta, Saskatchewan e Manitoba e considerata *condicio sine qua non* per il loro consenso al *people package*. La questione era già stata presentata nelle proposte delle Province del 29 agosto 1980 ma poi nel Kirby *Memorandum* erano state espresse delle forte perplessità su questa ipotesi e così fu deciso di non introdurla nel testo sottoposto al Comitato congiunto.

Alla Conferenza di Ottawa, non vi era accordo neppure fra le Province: Saskatchewan e Terranova volevano che la disposizione derogatoria fosse circoscritta

agli artt. 7-15, mentre Alberta – la cui posizione finì per prevalere – insisteva per l'inclusione anche dell'art. 2. L'applicazione della disposizione non riguardava i diritti di partecipazione politica, la libertà di circolazione e i diritti linguistici, in quanto ritenuuti da Trudeau strategici per l'affermazione della sua idea di cittadinanza canadese.

L'introduzione di questa disposizione nel testo fu, comunque, accolta *ob torto collo* dal *Premier*, che riteneva che questo avrebbe nuociuto alla credibilità dell'intero progetto e avrebbe indotto nei cittadini un senso di sfiducia nella Carta; tuttavia confidava nel fatto che questo strumento sarebbe stato utilizzato con molta parsimonia per i costi politici che la sua adozione avrebbe potuto comportare.

Gran parte dei negoziati furono condotti, oltre che da Trudeau, dal suo Ministro della Giustizia, Chrétien, mentre da parte provinciale il maggior attivismo è da ascrivere agli *Attorneys-General* di Ontario, Roy McMurtry e di Saskatchewan, Roy Romanow. Il Quebec continuò a mantenere la sua posizione di rifiuto al progetto costituzionale e al fine di far rientrare il suo dissenso, furono apportate ulteriori modifiche al testo (definito *Kitchen Accord*), soprattutto per quanto concerneva i diritti linguistici.

Il nuovo testo, tuttavia, suscitò aspre polemiche nella società civile e causò la mobilitazione dei gruppi di interessi che avevano partecipato alle audizioni davanti al Comitato congiunto. Le associazioni in difesa dei diritti degli aborigeni, che si erano visti esclusi dal testo finale, protestarono con particolare vigore, mentre i gruppi femministi palesarono la loro contrarietà all'ipotesi che la clausola derogatoria potesse ricomprendersi l'art. 28 della Carta.

Di fronte alle ostinate e vibranti proteste, le Province acconsentirono a reintrodurre le disposizioni riguardanti i diritti delle popolazioni aborigene ed escludere l'art. 28 dall'applicazione della *notwithstanding clause*. Questi cambiamenti furono accolti dalle Province, sempre con l'eccezione del Quebec, che fino all'ultimo manifestò la sua opposizione al progetto, che fu formalizzata con un voto all'Assemblea nazionale. Il testo, votato a maggioranza dalle Camere canadesi, compresi anche i settantuno su settantacinque deputati eletti nella Provincia francofona, nel marzo del 1982, fu sottoposto all'esame delle Camere britanniche, che lo approvarono; il 17 aprile del mese successivo la Regina Elisabetta II firmò ad Ottawa il documento finale, alla presenza di tutti i *Premiers* provinciali, ad eccezione del *quebecois*, René Levesque.

## 5. Le influenze esterne sulla codificazione dei diritti in Canada.

Il sistema internazionale e gli ordinamenti stranieri contribuirono non poco a rafforzare il processo di codificazione dei diritti in Canada. Dopo la Seconda Guerra Mondiale, furono creati molteplici organizzazioni internazionali – a cui il Canada aderì – che adottarono una pluralità di convenzioni e trattati internazionali sul rispetto dei diritti umani. Rivestirono un particolare significato la Carta delle Nazioni Unite del 1945, seguita dalla Dichiarazione universale dei diritti umani, il Patto sui diritti civili e politici e il Patto sui diritti economici, sociali e culturali. Inoltre, merita ricordare che lo stesso Regno Unito nel 1950 firmò la Convenzione europea sui diritti umani. Questo coacervo di strumenti normativi internazionali avviaronno un crescente

dibattito sui diritti fondamentali all'interno del paese, producendo una certa pressione sulle autorità federali.

Lo stesso Trudeau – nel suo documento del 1968 (anno che coincideva con l'anno internazionale dei diritti dall'Assemblea generale delle Nazioni unite) – fece espresso riferimento all'ordinamento internazionale in cui il Canada era inserito; in particolare, il Primo Ministro ripercorse il ruolo dell'ONU nella tutela dei diritti attraverso l'approvazione di convenzioni internazionali e, in particolare, furono menzionati per la loro rilevanza: il Patto sui diritti civili e politici e quello sui diritti economici e sociali.

L'importanza delle fonti dell'ordinamento internazionale era, comunque, condivisa, essendo, tra l'altro, prassi invalsa per gli avvocati citare nelle proprie cause la Carta universale dei diritti e la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, al fine di integrare il parametro di giudizio; inoltre, nel 1950 un comitato del Senato raccomandò l'adozione della *Canadian Declaration of Human Rights*, il cui testo era in gran parte mutuato dalla Dichiarazione Universale; mentre, nelle audizioni di fronte al Comitato congiunto, tutte le associazioni di difesa dei diritti umani evocarono gli obblighi che discendevano dalla ratifica dei Patti dell'ONU e lo *Human Rights Commissioner* Gordon Fairweather sostenne che senza un catalogo dei diritti non sarebbe stato possibile dare attuazioni ai Patti.

Si dimostrò, invece, meno incisiva l'influenza operata dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950, che era stata ratificata dal Regno Unito nel 1951, se non forse, a proposito della formulazione dell'art. 1, laddove si fa riferimento a una società democratica, espressione che viene più volte ripresa nel testo della Convenzione.

L'influenza delle fonti dell'ordinamento internazionale è, dunque, abbastanza significativa, mentre è quantomeno curioso che la Carta dei diritti non sia tributaria del *Bill of Rights* statunitense, anzi se ne distacca in maniera cospicua.

A titolo esemplificativo, si possono porre in evidenza almeno tre elementi che contribuiscono a differenziare il testo canadese dal suo omologo statunitense: il primo riguarda le tecniche di *drafting*; il secondo la presenza dell'art. 1 e il terzo concerne il riconoscimento dei diritti dei gruppi.

Per quanto consta il primo profilo, è evidente come la Carta in molte parti rifugga la disciplina per principi tipica della Costituzione statunitense per accogliere, invece, una tecnica di redazione abbastanza dettagliata e specifica; basti per tutti comparare la disposizione sul principio di egualianza nei due testi. Nel testo canadese, si fa espresso riferimento al “right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age, or mental or physical disability”; inoltre, nel secondo comma, è ribadita la legittimità di interventi di favore per individui o gruppi svantaggiati. Al contrario, il XIV emendamento statunitense, si limita ai cittadini l’”equal protection of law”.

Un secondo aspetto riguarda la formalizzazione dei contenuti dei limiti ai diritti, in cui è palese che il *balancing test* debba essere ispirato non solo a un contemperamento fra situazioni giuridiche soggettive di ciascun individuo, ma anche al contemperamento con l'interesse generale. In questa ottica, la Carta dei diritti canadesi mostra una valenza “sociale” o addirittura solidaristica, mentre, il *Bill of rights* statunitense rimane fortemente impregnato da una logica individualistica.

Infine, nel documento canadese emergono, oltre i diritti individuali, anche quelli delle identità culturali. E questo viene testimoniato dall'art. 15 in cui si fa riferimento alla facoltà di porre in essere programmi di favore nei confronti di gruppi svantaggiati a causa della razza, origine etnica o nazionale, colore, religione, sesso, età e disabilità; dagli artt. 16-23 che disciplinano i diritti delle minoranze linguistiche ufficialmente riconosciute; dagli artt. 25 e 35 che impongono il riconoscimento dei diritti esistenti e derivanti dai trattati dei popoli autoctoni e, infine, soprattutto dall'art. 27 che impone a giudice e legislatore che la Carta debba essere interpretata in modo coerente con il patrimonio multiculturale canadese.

Soprattutto quest'ultimo articolo sembra risentire delle condizioni storiche e sociali in cui è stato scritto, infatti, non può essere sottovalutato il fatto che la fine degli imperi coloniali e i movimenti di liberazione nazionale fecero venire meno l'idea della supremazia europea, mentre la forte immigrazione nel paese costringeva la società a confrontarsi con differenze etniche, razziali, religiose che esistevano nel paese e che reclamavano strumenti di tutela.

Al contrario, nel sistema statunitense resiste e si impone il primato dell'individuo per cui gli esponenti di una minoranza si vedono tutelati in quanto individui e non per le loro caratteristiche che discendono e si configurano per l'appartenenza a un gruppo.

Le disposizioni canadesi citate sottolineano il distacco fra l'impostazione liberale del catalogo dei diritti, di cui il progetto di Trudeau era fortemente impregnato e l'esito finale non perfettamente coincidente con le ispirazioni originarie. Il *Premier* – come dimostra il processo storico – può a ben diritto essere definito il “padre” della Carta dei diritti, tuttavia, quest'ultima non può essere definita una carta “*octroyée*”, ma piuttosto si configura come il risultato di negoziazioni e influenze a cui il vertice del potere esecutivo si dimostrò particolarmente sensibile e che finì per condividere.

Un'ultima analisi sul tema deve riguardare inevitabilmente l'influsso che la Madrepatria britannica ha svolto sul suo *ex dominion*. Uno dei profili di cui maggiormente il Canada era tributario dell'ordinamento britannico era il principio della supremazia parlamentare, che si configurava come un elemento storicamente condiviso ma costituiva anche il discriminante fondamentale che differenziava il Canada dagli Stati Uniti. La supremazia della legge incarnata nel principio della sua insindacabilità costituì uno dei più forti elementi ostacolivi al progetto di Trudeau di rendere rigida la Costituzione e affidare alla Corte suprema il controllo delle leggi, di cui vi è larga traccia nei dibattiti politici precedenti all'adozione della Carta.

Il superamento di questo ostacolo può essere spiegato – oltre alla pervicacia del *Premier* canadese – anche con l'appannamento del ruolo internazionale della monarchia britannica sia come centro dell'Impero, sia come potenza economica. Inoltre, non è da sottovalutare come anche i cambiamenti demografici asseendarono questa tendenza: ai tempi della Confederazione, l'80% della popolazione canadese era di origine britannica, mentre negli anni ottanta, il numero di canadesi appartenenti ad altre aree geografiche aumentò del 340%. L'indebolimento del prestigio della Madrepatria finiva per essere anche motivo di decadenza del principio della supremazia parlamentare. La *Britishness* non godeva più di un *appeal* particolarmente forte, il prestigio e lo *status* che erano associati al Regno Unito sembrarono venire meno e contestualmente si

rafforzava, a livello simbolico, il modello statunitense di protezione dei diritti da parte dei suoi giudici, anche se è vero che il Canada non aderirà fino in fondo a questo modello, introducendo la clausola derogatoria dell'art. 33, conservando, quindi, una sua peculiarità di sistema.

Paradossalmente, in questo momento storico sembra che sia la Gran Bretagna a mutuare l'esperienza del paese d'oltreatlantico; infatti, in un gioco di ricorsi storici o, per meglio dire, di circolazione dei modelli giuridici, sembra essere proprio la Madrepatria britannica a dover percorrere in parte i passaggi compiuti dal Canada. Pur non essendo oggetto del presente contributo, non può essere taciuta la vicenda istituzionale relativa alla promulgazione dell'*Human Rights Act* nel 1998. In questa fatti-specie, è palpabile l'analogia con la realtà canadese; infatti, la scelta del legislatore è stata quella di attribuire una posizione gerarchicamente superiore all'*Human Rights Act* rispetto alle norme interne sia primarie che secondarie. In sintesi, in entrambi gli ordinamenti la tematica relativa ai diritti ha acquisito una rilevanza dirompente tale da minare tradizioni giuridiche consolidate. Preme rilevare, comunque, che l'introduzione di una carta dei diritti ha motivi diversi nei rispettivi ordinamenti: per il Canada sono da ascriversi a cause endogene, in quanto vi era l'esigenza di rifondare la nazione su base unitarie; al contrario, per la Gran Bretagna, l'elemento propulsore deriva dall'esterno, specificamente dalle pressioni del Consiglio d'Europa che premeva per l'esecuzione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

## 6. Potere legislativo v. potere giudiziario. Il nuovo ruolo dei giudici.

La Carta dei diritti e delle libertà, assieme al *Constitution Act*, rappresenta lo sforzo, da parte delle autorità governative di Ottawa, di creare un diritto federale unico per tutto il paese, valido per l'intera nazione e che, conducesse a una sintesi le varie componenti del pluralismo sociale e istituzionale che compongono la società canadese.

La storia costituzionale del paese è sempre stata condizionata dalla esigenza di trovare elementi di ricomposizione fra le varie articolazioni. Gli eventi mostrano come il Canada sia un paese profondamente lacerato da divisioni e contrapposizioni, che hanno radici storiche, politiche, economiche e culturali.

Per un verso, si fronteggiano il Governo federale e le Province, in un complicato "duello" dagli esiti incerti, in cui il centro tende ad attrarre verso di sé un sempre maggior numero di competenze, minacciando l'autonomia delle comunità territoriali, le quali reagiscono con tutti gli strumenti di garanzia a loro disposizione.

Per un altro verso, in Canada non è solo la relazione centro-periferia a porre in pericolo l'equilibrio del paese, a questa si aggiunge la storica contrapposizione fra la cultura della popolazione anglofona e quella francofona, testimoniata dai numerosi tentativi da parte del Québec di farsi riconoscere a livello federale uno statuto di "distinct society", sempre osteggiato da parte delle altre Province e che sta conducendo a un progressivo deterioramento dei vincoli unitari della Provincia francofona nei confronti della federazione.

A queste dinamiche se ne aggiungono, inoltre, altre di tipo economico e che vedo-

no, da una parte le Province occidentali rivendicare una visibilità politica più significativa, in virtù anche del loro accresciuto peso economico, causato dallo sfruttamento delle ingenti ricchezze agricole e naturali, in contrapposizione alla consolidata posizione di supremazia delle Province orientali (Ontario e Québec), a causa della quale queste ultime si vedono attribuiti un maggior peso politico.

Infine, vivono sparsi su tutto il territorio più di 800.000 individui appartenenti a quelle che sono definite *First Nations*, cioè comunità autoctone che popolavano il Canada ancora prima dell'arrivo dei colonizzatori europei e che rivendicano il riconoscimento di alcuni diritti specifici sui territori da loro occupati.

Alla luce delle varie componenti del pluralismo sociale e istituzionale presenti, la stessa scelta del federalismo, quale forma di stato, pare giustificata dalla necessità di porre in essere delle regole istituzionali mediante le quali le diverse componenti territoriali dello Stato possano trovare un contemperamento fra la salvaguardia della propria autonomia e la necessità di mantenere l'unità dell'ordinamento. È agevole, quindi, comprendere come le tensioni presenti nel paese abbiano indotto le *élites* politiche più illuminate a ricercare un substrato comune attraverso il quale rifondare l'unità dello Stato posta in pericolo da molteplici fattori.

La soluzione proposta per siffatte problematiche affonda le sue radici nella consapevolezza di dover individuare alcuni valori che potessero essere condivisi dall'intera popolazione dello Stato, al di là delle differenziazioni linguistiche, culturali ed economiche presenti. Se il federalismo rispondeva all'esigenza di mantenere l'unità nella diversità delle distinte articolazioni territoriali e sociali, la promulgazione di un catalogo dei diritti valido per tutti i cittadini dello Stato introduceva il principio egualitario per gli individui dell'intero Stato, ponendo l'accento soprattutto sull'eguaglianza piuttosto che sulla differenza. Il significato politico della Carta andava al di là della semplice codificazione di un catalogo di diritti, rappresentava lo strumento attraverso il quale una pluralità di individui, divisi da lingua, cultura, appartenenza territoriale, possono divenire una unica comunità di cittadini. Atraverso questo processo si intendeva porre in essere *“a new foundation on which to build a more united, a more generous and a greater country”*.

La promulgazione della Carta, quindi, simboleggia la codificazione di valori supremi che avrebbero dovuti essere condivisi da tutti i canadesi e rappresenta, dopo circa un secolo dalla formazione dello stato canadese, la positivizzazione dei principi fondanti l'identità nazionale.

La Carta dei diritti e delle libertà assurge, quindi, a simbolo di una tavola di valori condivisi da tutti i cittadini *“coast to coast”*, in quanto rappresenta un compromesso fra le varie componenti del pluralismo e si configura come uno strumento di integrazione dei gruppi sociali presenti sul territorio, attraverso la codificazione di alcuni valori che riguardano gli individui e non le articolazioni territoriali.

Per altre ragioni, è comprensibile il fatto che le resistenze all'introduzione del catalogo dei diritti provenissero proprio dagli esponenti politici delle singole Province, i quali, temevano che un catalogo dei diritti eguali per tutti i cittadini, finisse per porre in ombra i profili specifici e le diversità delle proprie comunità. Fino al 1982, infatti, erano le Province competenti in materia di diritti e libertà dei cittadini, in quanto il *Bill*

*of Rights* del 1960, non essendo una fonte costituzionale poteva essere modificato da qualsiasi atto legislativo federale e non vincolava gli organi provinciali. In questo modo, le Province costituivano per i cittadini i veri arbitri dei contenuti della cittadinanza canadese, che, però, si risolveva nell'essere una cittadinanza provinciale, in quanto la tutela o meno dei diritti fondamentali dipendevano dall'appartenenza dei cittadini alla popolazione della Provincia.

Inoltre, e, più concretamente, le autorità territoriali decentrate ritenevano che la codificazione dei diritti in un documento di rango costituzionale e la sua conseguente configurazione come parametro di legittimità delle leggi fossero incompatibili in un sistema parlamentare, poiché temevano un depauperamento delle competenze degli organi legislativi rispetto a quello delle autorità giurisdizionali.

Nei lavori del Comitato congiunto – ma anche in molte dichiarazioni di esponenti politici – emergeva il timore che il ruolo del Parlamento e quindi della *supremacy of law* potesse essere eroso dai giudici, i quali non potevano vantare una legittimazione popolare. Particolarmente illuminanti in questo senso rimangono le parole di Sterling Lyon, Primo Ministro del Manitoba che riteneva che il rispetto dei diritti fondamentali sarebbe stato più adeguatamente tutelato dalle assemblee legislative elette democraticamente, piuttosto che da “*men, albeit learned in the law, who are not necessary aware of everyday concerns of Canadians*”. In sostanza, l’introduzione del *judicial review* in Canada era percepito come *undemocratic*, trascurando il fatto che, però, l’adozione della Carta consentiva un avanzamento nella direzione della tutela dei diritti di gruppi minoritari – che difficilmente avrebbero potuto raggiungere una rappresentanza significativa nelle aule parlamentari – e che poteva essere considerata un progresso nel consolidamento della democrazia.

La contrapposizione fra *supremacy of law* e *supremacy of Constitution* progressivamente è andata stemperandosi, nel senso della ricomposizione della dicotomia fra potere legislativo e giudiziario in favore di un dialogo.

Il modello statunitense di giustizia costituzionale non smorzava le preoccupazioni dei *leaders* provinciali, che anzi, ritenevano come i contenziosi avrebbero potuto determinare un’ulteriore frammentazione della società civile, mentre, al contrario, gli organi rappresentativi fossero più adeguatamente in grado di condurre a una sintesi le varie contrapposizioni sociali. Il *Premier* del Saskatchewan, Allan Blakeney dichiarò di fronte al Comitato parlamentare congiunto che il Canada avrebbe dovuto evitare “*the experience of our neighbours to the south, where judges create rights – on occasion in direct defiance of the people*” è *selected and accountable representatives*”. In sostanza, gli esponenti politici preferivano immaginare che i propri cittadini coagulassero le proprie forze in un’attività di *lobbying* piuttosto che di *litigating*. La prima consentirebbe che la normativa prodotta, avendo tenuto conto e ponderato tutti gli interessi coinvolti e contrapposti, possa svolgere in maniera più efficace un’opera di garanzia delle situazioni giuridiche soggettive, avendo trovato queste ultime visibilità e riconoscimento nella norma. Il ricorso agli organi giurisdizionali evidenzierebbe, invece, una schizofrenia del sistema, in quanto essi interverrebbero quando la lesione del diritto si è già prodotta e la mediazione del giudice si configurerebbe come un intervento volto a dare una soluzione concreta e specifica al caso sottopostogli, senza affrontare alle radici le ragio-

ni che lo hanno prodotto. Coloro che si opponevano all'introduzione della Carta, infatti, sottolineavano con forza come i progressi degli strati sociali più deboli (donne, disoccupati, disabili) erano stati compiuti attraverso gli organi elettivi, i quali dispongono del potere legislativo per ridistribuire ricchezza e svolgere interventi perequativi. Si temeva che l'introduzione della Carta avrebbe potuto rallentare se non escludere questo processo, trascurando il fatto, però, che alcuni gruppi sociali minoritari potevano trovare garanzia solo attraverso l'intervento delle corti.

Inoltre, serpeggiava una convinzione in base alla quale i giudici avrebbero preso decisioni estremamente conservatrici e non sarebbero stati in grado di rispondere efficacemente alle richieste della società in costante trasformazione.

Infine, sussisteva un'altra ragione politica ostativa al potere giudiziario, in base alla quale le Province temevano che la trasformazione della Corte suprema in un organo di giustizia costituzionale, di fatto, avrebbe creato un movimento centripeto in favore della Federazione a scapito delle competenze provinciali. Lo spostamento del baricentro dagli organi legislativi a quelli giudiziari innescava il timore di una riduzione dell'autonomia di ciascuna Provincia rispetto ai contenuti dei propri programmi economici di sviluppo, i quali avrebbero potuto essere dichiarati illegittimi dalla Corte suprema.

L'opposizione delle Province, seppur incisiva e palese, però non è stata in grado di giungere alle estreme conseguenze, bloccando il progetto della Carta, proprio perché questo avrebbe significato una lacerazione forte con il tessuto sociale, sensibile all'*appeal* dei diritti.

Tuttavia, non va dimenticato che il consenso finale all'adozione della Carta è stato reso possibile grazie all'introduzione dell'art. 33, la *notwithstanding clause*, in base alla quale un'assemblea legislativa sia federale che provinciale può adottare un atto legislativo che dichiari espressamente che le proprie disposizioni violano l'art. 2 e gli articoli dal 7 al 15 della Carta.

Questo è un omaggio al principio della supremazia parlamentare e rappresenta un'importante concessione che durante i negoziati fu compiuta nei confronti delle Province per superare la loro opposizione. L'obiettivo perseguito dalle autorità provinciali era quello di avere uno strumento che permettesse loro di opporsi a interpretazioni particolarmente centralizzatrici della Carta e che fosse in grado di assicurare la permanenza di una specificità provinciale, messa in pericolo appunto dalle tendenze omogeneizzatrici del catalogo dei diritti. Al di là della rilevanza di una siffatta clausola, che contraddice il principio di rigidità costituzionale, è doveroso sottolineare come questa norma abbia avuto scarsa fortuna e sia stata limitatamente applicata dalle Province, una sola volta dal Saskatchewan e dall'Alberta e poi dal Québec.

La presenza di una clausola derogatoria di siffatto tipo consentì di riaffermare in ultima istanza la supremazia del Parlamento e permise di superare tutte le obiezioni e i timori che le Province avevano espresso nei riguardi della Carta e della sua portata accentratrice.

Lo stesso Ministro della Giustizia Chretien quando presentò la clausola *notwithstanding* alle Camere, il 20 novembre del 1981, disse: "The purpose of an override clause is to provide the flexibility that is required to ensure that legislatures rather than judges have the final say on important matters of public policy".



## CAPITOLO SECONDO

# TENDENZE E PROBLEMI DELLA CODIFICAZIONE COSTITUZIONALE DEI DIRITTI



## II.1 - La concezione dei diritti fondamentali nel costituzionalismo latino-americano

**Sommario: 1. La peculiarità del costituzionalismo latino-americano. 2. La positivizzazione dei diritti e la loro classificazione. 3. Strumenti costituzionali per rafforzare la garanzia dei diritti fondamentali.**

### 1. La peculiarità del costituzionalismo latino-americano

Il diritto costituzionale, pur dovendo essere annoverato a pieno titolo tra le scienze giuridiche, appare contiguo più di altre partizioni del diritto alle discipline storiche; l'analisi del diritto positivo tende a combinarsi con la valutazione del contesto che lo ha generato ed in cui si situa. In altre parole il fenomeno costituzionale può essere considerato il crocevia in cui la storia delle istituzioni giuridiche si interseca con quella politica e sociale. La Costituzione è insieme sistema e storia, nel senso che non può essere oggetto soltanto di uno studio giuridico, ma deve essere considerato anche un elemento essenziale della realtà che intende regolare e nella quale produce i suoi effetti.

Questa necessità metodologica, valida in generale, appare ancora più rilevante in ordine allo studio delle codificazioni costituzionali in materia di diritti fondamentali, stante lo stretto rapporto che esiste tra costituzionalismo e garanzia dei diritti della persona.

Sarebbe, pertanto, fuorviante analizzare la disciplina costituzionale dei diritti nelle Costituzioni dell'America latina sulla base dei meri testi normativi, prescindendo dalla considerazione dello sviluppo storico dei sistemi costituzionali di quel continente.

La concezione costituzionale dei diritti fondamentali dell'America latina può essere proficuamente comparata con quella europea ed interpretata alla luce dei principi propri del costituzionalismo liberale e democratico.

Gli storici, infatti, inseriscono l'esperienza latinoamericana all'interno della "famiglia romano-germanica" e tra le filiazioni del costituzionalismo, cioè di quel processo storico e culturale che – sulla scia delle rivoluzioni liberali della fine del XVIII secolo – ha segnato la crisi dello Stato assoluto, l'affermazione dello Stato costituzionale di diritto e la nascita del concetto moderno di Costituzione.

A favore della classificazione all'interno di tale categoria empirica giocano diversi elementi.

Per un verso, va considerata l'influenza giuridica esercitata dallo *ius commune*, dalla scuola spagnola di diritto naturale, dal giusnaturalismo, da una tradizione europeo continentale che fu recepita attraverso la via, orale, accademica e pratica. L'influenza culturale esercitata dalla Spagna – che comprendeva non solo la religione,

la lingua e le tradizioni, ma anche il diritto – fu determinante per plasmare l'identità dell'America latina: la dottrina ha parlato, a proposito, di una specie di “*infiltración subterránea*”, ma profonda, dal momento che tre secoli di dominazione politica non potevano non lasciare un segno indelebile nella cultura del continente.

Per un altro verso, va considerato che nel secolo XIX il continente latinoamericano fu influenzato dalle idee liberali, che favorirono la generalizzazione di Carte dei diritti che si ispiravano – anche dal punto di vista formale – alla Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino e al *Bill of Rights* nordamericano. Si pensi, ad esempio, alle numerose *Declaraciones de derechos del pueblo* approvate in numerosi Stati immediatamente dopo la conquista dell'indipendenza, ovvero alla Costituzione argentina del 1853 ed alla Costituzione messicana del 1857.

In effetti, i principi del costituzionalismo si diffusero nel continente sulla spinta rivoluzionaria dei movimenti di indipendenza, così come – in Europa – vennero diffusi dalle baionette dell'esercito napoleonico: basti considerare che la Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino venne proibita dal Tribunale dell'Inquisizione di Cartagena de Indias nel 1789 e che i conquistatori spagnoli rite-nevano che “*en la cabeza de los americanos comenzaban a fermentar principios de libertad e independencia peligrosísimos a la soberanía de España*”.

Il fatto che l'America latina abbia partecipato appieno “*del pensamiento filosófico e político del mundo moderno y civilizado, mediante el orden constitucional*” non deve, tuttavia, indurre nell'errore di trascurare che la storia costituzionale di quel continente appaie peculiare ed eterogenea.

L'eterogeneità trova la sua origine nel fatto che con la fine della c.d. “era coloniale” e l'affermazione della fase indipendentista e repubblicana si passa dall'unità politica del *Reino de las Indias* ad una molteplicità di Stati sovrani e di ordinamenti. I sistemi si svilupparono nelle diverse aree del continente attraverso percorsi autonomi e differenziati, talché i soli elementi unificanti sembrano rimanere quello linguistico e quello religioso.

Se la caratteristica dell'eterogenità dovrebbe indurre a sviluppare analisi orientate allo studio dei singoli ordinamenti costituzionali ovvero di sotto-sistemi omogenei, per contro, l'elemento della peculiarità rende opportuna e proficua la ricerca degli elementi giuridici unificanti.

Quando Rodrigo de Triana, il marinaio della Pinta che il 12 ottobre 1492 lanciò il grido “*tierra, tierra*”, fece approdare nel Nuovo Mondo, insieme alla predicazione evangelica, alle armi da fuoco ed ai germi, anche il diritto: tuttavia, i *conquistadores* non colonizzarono un territorio vergine, anzi, “lo antico *jus* dovette impegnarsi a fondo in una laboriosa esplorazione alla ricerca di soluzioni giuridiche nuove sollecitate da nuovi problemi e nuove esigenze”. In altri termini, il “Nuovo Mondo” rappresentò davvero un “altro mondo”, nel senso che si determinarono numerose contaminazioni, le quali fecero sì che i paesi dell'America latina avessero una storia “distinta” che “*los acerca entre sí y los aleja de los países europeos que les dieron sus elementos básicos*”.

Equalmente, il diritto costituzionale latinoamericano, pur non essendo “originale” – a causa dei suoi legami stretti e duraturi con il costituzionalismo europeo e norda-

mericano – si presenta come “peculiare”: utilizzando un’efficace espressione si può sinteticamente sostenere che *“Europa es la matriz, pero la América latina es una realidad propia”*.

I germi della peculiarità del diritto costituzionale latinoamericano possono essere individuati, da un lato, nell’esperienza delle *Cortes de Cádiz* e, dall’altro lato, nella ideologia indipendentista, solo parzialmente tributaria del costituzionalismo nordamericano e francese.

In particolare, l’influenza della Costituzione di Cadice sul costituzionalismo latino americano derivò non solo dai vincoli politici che legavano tale continente alla Spagna, ma anche dalla scelta di associare numerosi rappresentanti di tale continente nelle decisioni costituenti: dei 303 deputati dell’assemblea costituente 63 provenivano, infatti, dall’America latina.

I componenti americani delle *Cortes de Cádiz* fornirono al dibattito costituente un apporto peculiare e contribuirono a conferire a tale testo costituzionale una indubbia vocazione americanista. Inoltre, la particolare interazione tra costituenti metropolitani e ultramarini arricchì il dibattito ed influì sui contenuti stessi della Costituzione: specie in tema di sovranità, egualianza, separazione dei poteri, decentramento politico, diritti degli aborigeni. Cosicché ancora oggi la Costituzione del 1812 è considerata *“el primer y único intento que realizó la clase política española, conjuntamente con la americana, de crear una comunidad hispánica de naciones, una verdadera commonwealth”*.

L’influenza culturale e politica della Costituzione di Cadice andò ben oltre il limitato arco temporale della sua validità, dal momento che costituì la prima apertura alle idee del costituzionalismo liberale, che proseguirono poi con i movimenti indipendentisti: come evidenzia emblematicamente il caso della Costa Rica, la cui Costituzione del 1821 all’art. 41 affermava che la *“justicia se administraría pronta y directamente conforme a la Constitución española”*.

La specificità del sistema costituzionale latinoamericano si consolidò lungo un percorso di due secoli, che si può schematicamente distinguere in tre fasi.

Il primo costituzionalismo latino-americano – contrassegnato dal passaggio da un sistema monarchico basato sull’unità del continente ad una molteplicità di Stati repubblicani, separati ed indipendenti – si è caratterizzato, soprattutto, per l’opzione repubblicana e federale, per l’affermazione del principio della sovranità popolare, per il riconoscimento delle libertà quali attributo intimo della persona umana, per l’introduzione di correttivi all’assolutismo attraverso il riconoscimento sia della separazione dei poteri, sia del criterio dell’alternanza al governo (sancendo la non rieleggibilità delle cariche).

Le carte costituzionali di quel periodo, sulla scia delle idee di Simón Bolívar, aspiravano a delineare un sistema costituzionale capace di coniugare insieme stabilità e libertà. Tuttavia, tale intenzione non riuscì a concretizzarsi e nel successivo periodo i limiti del processo costituente vennero in evidenza. Ad esempio, gli ordinamenti repubblicani si qualificarono come rappresentativi – sulla base di un suffragio ristretto – e non come democratici – mancavano strumenti di partecipazione politica ed i partiti politici non ebbero alcun riconoscimento costituzionale –. I principi del plura-

lismo, della laicità e della solidarietà sociali non furono accolti nelle Costituzioni; mentre i cambiamenti relativi agli assetti istituzionali non vennero accompagnati da una trasformazione coerente dei rapporti economici e sociali, da una sostanziale penetrazione all'interno della società dei valori e dei principi del costituzionalismo.

La storia costituzionale dell'America latina fu, così, contrassegnata da una lunga fase di transizione, contrassegnata da una concezione più semantica che normativa di Costituzione, quale documento prevalentemente politico e programmatico, ma non suscettibile di immediata e diretta applicazione. Le Costituzioni di quel periodo erano concepite alla stregua di un manifesto, come *"un ideal, como un necesario instrumento para el cambio y para el logro de los principios y objectivos políticos que idealmente proclamaban"*. Inoltre, il succedersi di colpi di Stato, di moti e di rivoluzioni determinò *"la duración indefinida de la vigencia formal y la conculcación constante del texto constitucional"*.

Un cambiamento importante – che, a nostro avviso, può essere considerato una vera discontinuità nella storia costituzionale dell'America latina – è stato introdotto dalle recenti Costituzioni, che danno vita al secondo costituzionalismo latino-americano.

Nei paragrafi successivi approfondiremo in dettaglio le principali novità che hanno inciso sul riconoscimento ed i modi di garanzia dei diritti fondamentali, al momento ci possiamo limitare ad evidenziare i tratti essenziali di tale cambiamento: che hanno coinvolto sia il processo costituente, sia la nozione di Costituzione, sia infine le tecniche di garanzia dei diritti fondamentali.

Sotto il profilo delle procedure costituzionali si è in presenza di transizioni pacifiche, di processi di ridemocratizzazione e di procedure costituzionali *pactadas*. Per quanto concerne, le teorie della Costituzione si afferma il valore normativo ed il carattere rigido di tale fonte, mentre in tema di diritti si assiste contemporaneamente ad un ampliamento delle posizioni soggettive tutelate – grazie all'adesione ai modelli propri dello Stato sociale e democratico di diritto – e ad un affinamento delle tecniche di garanzia – in conseguenza dello sviluppo di una giustizia costituzionale orientata alla tutela diretta dei diritti, di una regolamentazione in senso garantistico degli stati di eccezione, dell'introduzione all'interno delle Costituzioni di clausole di apertura all'ordinamento internazionale –.

In sintesi, le vicende della storia costituzionale latinoamericana consentono di comprendere come il costituzionalismo di questo continente sia attraversato da tensioni contradditorie: da spinte alla distinzione e dal fascino di una storia comune, da ideali liberali e pratiche antidemocratiche, da aperture a nuove correnti di pensiero e dalla ricerca di soluzioni “interne”.

## 2. La positivizzazione dei diritti e la loro classificazione.

Il sistema costituzionale di protezione dei diritti si sostanzia – a nostra avviso – nella presenza di alcuni istituti e tecniche di codificazione che prevedono essenzialmente i seguenti elementi: la positivizzazione dei diritti riconosciuti come fondamen-

tali, l'introduzione di principi generali di garanzia istituzionale, la predisposizione di strumenti di tutela giurisdizionale.

Per quanto concerne il primo di tali elementi, va sottolineato che in questi ultimi decenni si è verificata una vera e propria cesura rispetto alla precedente, traumatica storia costituzionale e politica dell'America latina, contrassegnata dal fatto che questa area geografica è stata investita da un ampio processo di democratizzazione: il che ha indotto autorevoli autori a parlare di "nuovo costituzionalismo iberoamericano".

Infatti, dei 18 paesi latinoamericani che si ispirano ai principi del costituzionalismo, 12 hanno approvato nuove Costituzioni, mentre importanti riforme costituzionali si sono avute anche in Bolivia, Costa Rica, Ecuador, Messico e Uruguay.

Queste transizioni costituzionali – pur nella loro eterogeneità e specificità storica – presentano due tratti comuni, relativi, rispettivamente, al procedimento di codificazione ed ai valori che ispirano la costituzione in senso sostanziale di quegli Stati.

Per quanto concerne il procedimento di codificazione si è assistito a transizioni democratiche e pacifiche, favorite dalla ricerca di accordi politici finalizzati a conferire legittimazione alle scelte costituenti. Basti considerare, a titolo di esempio: il processo di negoziazione in Colombia con esponenti della guerriglia, che facilitò la riforma costituzionale del 1991; le modifiche prodotte nella Costituzione de El Salvador, dopo l'accordo con il *"Frente Farabundo Martí"* nel 1991; il *"Pacto de los olivos"* in Argentina, celebrato nel 1993 tra i presidenti delle forze politiche maggioritarie del Peronismo e del Radicalismo, Carlos Menem e Raúl Alfonsín, che servì da base alla riforma costituzionale del 1994; il patto che servì alla conferma del fronte politico che si oppose al governo militare in Brasile e che favorì la riforma costituzionale del 1988.

Sotto il profilo dei contenuti – poi – le Costituzioni dei paesi dell'America latina si contrassegnano non solo per la presenza di ampi e dettagliati cataloghi di diritti (veri e propri *Bill of Rights*), ma anche per la comune consapevolezza che i diritti fondamentali della persona costituiscono un elemento qualificante il patto che si instaura tra i cittadini e tra questi ed i loro rappresentanti: in altri termini, che il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali sono elementi caratterizzanti la forma di Stato democratico di diritto.

In merito, si può ricordare che in occasione del vertice di tutti gli Stati dell'America, svoltosi a Quebec nell'aprile del 2001, si sottolineò l'importanza del rafforzamento della democrazia; mentre la Carta Democratica Interamericana, sottoscritta a Lima, nel settembre dello stesso anno, riaffermò il rispetto essenziale dei valori democratici come una condizione propria dell'organizzazione politica di questo emisfero.

La stretta integrazione tra Costituzione, Stato democratico e salvaguardia dei diritti fondamentali della persona emerge sia da diversi preamboli, sia da specifiche disposizioni costituzionali.

In riferimento ai primi, possiamo ricordare che alcuni di essi individuano nell'istituzione della forma di Stato democratica l'unico mezzo per assicurare i diritti e la dignità dei cittadini (Venezuela), per garantire i diritti individuali e sociali (Brasile), per assicurare il primato della persona umana e la sua dignità (El Salvador, Guatemala). Mentre – a sua volta – l'art. 5.2 della Costituzione cilena considera il

rispetto dei diritti inerenti alla persona un limite all'esercizio della sovranità.

I cataloghi dei diritti delle Costituzioni dell'America latina presentano una pluralità di linguaggi e tecniche di classificazione che rendono assai arduo un tentativo di sintesi. Si può parlare, in proposito, di una bable di linguaggi che induce a ritenere che si sia in presenza di una *"carencia casi absoluta de sistematizacion"*. Per cui si hanno Costituzioni che non introducono distinzioni all'interno dei diritti fondamentali, qualificati come fondamentali o costituzionali (Argentina, Bolivia, Cile, Messico, Uruguay); Costituzioni che optano per una ripartizione tradizionale distinguendo tra diritti civili, politici, sociali ed economici (Perù, Ecuador, El Salvador); Costituzioni, infine, che introducono classificazioni più ampie, aprendosi al riconoscimento dei diritti culturali e di identità, ai diritti ambientali, ai diritti di particolari categorie di cittadini (Colombia, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Venezuela).

Tuttavia, nonostante le differenze terminologiche e le diverse tecniche di positivizzazione, i cataloghi costituzionali dei diritti della persona presentano alcuni elementi comuni.

In primo luogo, molte Costituzioni dell'America latina riconoscono anche diritti culturali e collettivi; e tale riconoscimento acquista – a nostro avviso – un significato particolare alla luce della storia politica ed istituzionale dell'America latina: si pensi ai diritti di difesa dell'ambiente, di preservazione del patrimonio naturale e culturale che sono codificati anche in polemica con le politiche internazionali di sfruttamento economico del territorio; all'attenzione dedicata agli istituti di partecipazione politica – tra i quali si segnala il *cabildo* aperto e il potere cittadino di revoca del mandato dei suoi rappresentanti o dei funzionari popolarmente eletti, che si contrappone alla formazione di Stati e di burocrazie elitarie e corrotte; ai diritti derogatori delle comunità e dei popoli indigeni a parziale riconoscimento degli errori e degli orrori della colonizzazione del "nuovo mondo".

In secondo luogo, sotto il profilo degli istituti di garanzia si nota una generale tendenza a non graduare le forme di tutela dei diritti in relazione alla loro natura o classificazione: tutti i diritti positivizzati nelle carte costituzionali debbono considerarsi egualmente garantiti e sono suscettibili – con l'eccezione della Costituzione del Guatemala – di tutela giurisdizionale diretta tramite *el recurso de amparo*.

Tale soluzione è interessante perché si differenzia da quanto previsto in Europa dagli ordinamenti costituzionali che prevedono un ricorso diretto di costituzionalità a difesa dei diritti. In Spagna, ad esempio, l'art.53 Cost. assicura la possibilità di ricorrere al Tribunale costituzionale non per la tutela di tutti i diritti costituzionali, ma soltanto di quelli riconosciuti all'art. 14 e nella sezione I del Capitolo secondo; in Germania, a sua volta, l'art. 93 Cost. limita i ricorsi di costituzionalità ai casi di lesione di un diritto fondamentale o di uno dei diritti garantiti dagli artt. 20.4, 33, 38, 101, 103, 104 Cost.

Una terza, rilevante caratteristica dei cataloghi costituzionali in tema di diritti è rappresentata da una evidente propensione alla specificazione delle situazioni soggettive riconosciute come diritti. La codificazione tende ad essere esaustiva ed a specificare in modo dettagliato i profili della personalità e dell'agire umano che vengono tutelati. Gli elenchi si presentano assai minuziosi e spesso il costituente si fa carico di

individuare direttamente le situazioni giuridiche soggettive da tutelare.

La specificazione rappresenta una specifica tecnica di codificazione con la quale a nostro avviso – si intendono soddisfare essenzialmente tre esigenze.

In primo luogo, si propone di storicizzare i diritti della persona riconosciuti in un preciso periodo storico e di segnare una cesura nei confronti del passato. Ponendosi l’obiettivo di evidenziare la rottura politico – istituzionale che separa l’attuale ordinamento costituzionale da quelli precedenti, assolve ad una funzione di reazione rispetto a periodi precedenti di attenuazione delle garanzie.

Emblematica appare, in proposito, l’esperienza del Cile, ove l’affermazione di un clima costituzionale ispirato ai valori della democrazia politica e del pluralismo sociale, capace di superare il precedente regime dittoriale, fu preannunciata dall’approvazione nel 1989 di 54 riforme costituzionali concordate tra i partiti della *Concertación*, il partito di destra *Renovación nacional* ed il Governo militare in quell’anno ancora in carica – relative in grande misura all’introduzione di un vero e proprio *Bill of Rights*.

In secondo luogo, la specificazione dei diritti riconducibili allo sviluppo della personalità umana intende offrire parametri più dettagliati per l’attività interpretativa dei giudici e quella specificativa del legislatore.

Attraverso la specificazione si vuole agevolare la loro applicazione diretta: ciò consente, per un verso, di aggirare l’inerzia delle assemblee legislative e, per un altro verso, di limitare l’attività pretoria dei giudici. Secondo siffatta prospettiva la specificazione assolve ad una funzione di garanzia, qualora si consideri che in diversi ordinamenti costituzionali dell’America latina mancano organi giurisdizionali professionali e dotati di uno *status* costituzionale di autonomia e di indipendenza dal potere politico e la rappresentanza politica non sempre è attenta a salvaguardare la sostanza dei diritti costituzionali della persona.

Infine, la specificazione dei diritti riconosciuti assolve ad una funzione di natura didattica: nel senso che la stretta connessione esistente tra la conquista di nuovi ordinamenti democratici e la dettagliata indicazione dei diritti riconosciuti come fondamentali consente di sottolineare quei profili della dignità e della libertà della persona che i precedenti regimi avevano maggiormente conciliato. Gli esempi che si possono richiamare sono moltissimi; a titolo di mera esemplificazione si possono richiamare le norme che vietano la schiavitù e la segregazione razziale, quelle che escludono la tortura e tutelano il diritto alla vita, quelle che assicurano il pluralismo ed i diritti politici.

Il processo di positivizzazione e di specificazione dei diritti fondamentali della persona avvenuto in America latina ha di sicuro contribuito ad ampliare il numero dei diritti “universalmente” accettati e riconosciuti. Va, però precisato che un’ampia, analitica positivizzazione non è di per sé indice di un’effettiva e sostanziale tutela dei diritti della persona. Il loro inserimento nel testo delle Costituzioni – per quanto necessario ed importante – non consente di percepire con immediatezza il livello di effettività degli stessi.

I diritti debbono essere non solo codificati, ma anche accettati e convalidati dalla cultura giuridica e politica di un determinato paese. In altri termini, le modalità di tutela dei diritti della persona sono disciplinate dalle carte costituzionali, però l’idea di

tutela si forma necessariamente all'interno della comunità e solo in tal modo entra a far parte della sua costituzione in senso sostanziale.

Ciò evidenzia un dato importante, che non può essere trascurato dal giurista e dall'interprete costituzionale: il fatto, cioè, che in molti casi si è in presenza di documenti che assumono la forma delle Costituzioni proprie della tradizione liberale e democratica, ma non ne possiedono l'anima. Si è in presenza, secondo una felice espressione, di *Constitutions without Constitutionalism*.

Occorre, tuttavia, riconoscere che tale rischio – pur ampiamente presente – è stato preso in considerazione dalle Costituzioni del nuovo costituzionalismo latino-americano, le quali – a differenza delle prime carte costituzionali del periodo *insurgente* – hanno tentato di arginarlo prevedendo interessanti strumenti di tutela processuale ed introducendo diverse tipologie di garanzia istituzionale: sia di carattere generale – riconducibili essenzialmente ai principi propri dello Stato costituzionale di diritto, quali la superiorità normativa della Costituzione, il principio di legalità, la riserva di legge, la separazione dei poteri, l'autonomia della magistratura –, sia di natura settoriale, in quanto rivolte allo specifico ambito materiale dei diritti – tra le quali occupano un rilievo particolare l'introduzione di clausole di apertura all'ordinamento internazionale, la previsione di limiti alla revisione costituzionale, la regolamentazione degli stati di eccezione e di sospensione delle garanzie costituzionali, la salvaguardia del contenuto essenziale dei diritti –.

Ma alla base delle recenti codificazioni costituzionali in materia di diritti fondamentali si colloca una comune acquisizione, sintetizzabile nel valore primario della dignità umana, che opera come *nucleo aglutinador* il sistema giuridico dei diritti umani.

Si può richiamare, in proposito, l'art. 33 della Costituzione della Costa Rica che proibisce *“discriminaciones contrarias a la dignidad humana”*; l'art. 1 della Costituzione del Perù secondo il quale *“la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*; l'art. 6 della Costituzione della Bolivia e nell'art. 2 della Costituzione di Porto Rico, le quali affermano che la libertà e la dignità della persona sono inviolabili ed è dovere primordiale dello Stato rispettarle e proteggerle; l'art. 1 della Costituzione del Brasile, l'art. 5 della Costituzione del Nicaragua e l'art. 3 della Costituzione del Venezuela, che pongono la dignità della persona umana tra i fondamenti dello Stato democratico di diritto; la Costituzione della Colombia, che inserisce, all'art. 1, la dignità umana tra i principi fondamentali dello Stato e riconosce; ovvero le Costituzioni dell'Ecuador (art. 23) e dell'Honduras (art. 68) le quali riconoscono il diritto fondamentale all'integrità personale, vietando ogni comportamento degradante per la persona; mentre l'art. 1 della Costituzione del Messico vieta ogni discriminazione finalizzata ad attentare contro la dignità umana.

A sua volta, l'art. 10 della Costituzione del El Salvador considera incostituzionale ogni atto che comporti il sacrificio della dignità della persona, mentre il successivo art. 11 attribuisce ad ogni persona il diritto all'*habeas corpus* contro atti dell'autorità che attentino alla dignità o all'integrità fisica, psichica o morale delle persone.

Alcune Costituzioni, poi, sembrano accreditare l'idea che esistano diritti ricondu-

cibili direttamente alla dignità della persona, oltre a quelli espressamente disciplinati in Costituzione: è il caso, ad esempio, dell'art. 3 della Costituzione del Perù, il quale afferma che l'enumerazione dei diritti stabiliti nel capo I non esclude l'esistenza di altri che si fondano sulla dignità dell'uomo.

Il richiamo al valore primario della dignità umana non ha un significato meramente evocativo – quasi si fosse in presenza di una formula di natura ideale e politica piuttosto che di carattere propriamente giuridico –: esso può assolvere ad una importante funzione di interpretazione e di unificazione.

In primo luogo, esso può essere utilizzato quale criterio di interpretazione dei diritti disciplinati nelle carte costituzionali: nel senso che abilitano ad enucleare dalle molteplici disposizioni costituzionali in materia di diritti singoli profili della personalità umana che concorrono a delineare il diritto che ogni persona ha alla dignità ed allo sviluppo della propria personalità.

Secondo siffatta accezione il valore della dignità si può considerare un *principio rector* in considerazione del quale, ad esempio, una disposizione suscettibile di assumere più significati deve essere interpretata nel senso più conforme al principio di dignità; ovvero non può essere legittimamente accolta un'interpretazione contraria o confligente con tale valore.

Inoltre, le clausole sulla dignità umana assolvono ad una funzione di unificazione, nel senso che compattano la molteplicità dei diritti riconosciuti dalla carte costituzionali attorno alla nozione di persona, favorendo una ricostruzione unitaria della stessa. I diversi diritti, pur possedendo ciascuno uno specifico significato, tutelano un bene giuridico unitario: la persona nella sua individualità e dignità. Sotto questo profilo, la dignità umana non è tanto “un” diritto, quanto “il” fondamento costituzionale di tutti i diritti strettamente connessi allo sviluppo della personalità umana, non è di per sé un diritto, però costituisce la base dei diritti riconosciuti come fondamentali dalla Costituzione.

Ciò significa che dignità e diritti fondamentali della persona non si pongono sullo stesso piano, con la conseguenza che la dignità rappresenta un valore assoluto, che non può essere intaccato, mentre i secondi sono limitabili, regolabili ed in alcuni casi – costituzionalmente disciplinati – possono anche essere temporaneamente soppressi.

### **3. Strumenti costituzionali per rafforzare la garanzia dei diritti fondamentali.**

Il riconoscimento dei diritti fondamentali deve essere accompagnato dalla codificazione di strumenti di garanzia istituzionale, i quali possono essere tanto generali – come nel caso dei principi riconducibili al costituzionalismo liberale e democratico – quanto specificamente rivolti alla materia dei diritti della persona.

Gli ordinamenti costituzionali dell'America latina contengono, in proposito, alcune interessanti clausole specifiche.

In alcune Costituzioni – influenzate dalla Costituzione spagnola e tedesca – viene accolta la teoria del contenuto essenziale dei diritti costituzionalmente riconosciuti –. È il caso, ad esempio, del Cile e della Colombia ove i Tribunali costituzionali dei due

Paesi hanno precisato che la disciplina, la limitazione e la stessa sospensione temporanea di alcuni diritti costituzionali non può intaccare l' *"ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste, el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas"*.

Conseguentemente, i diritti *"pueden en consecuencia ser canalizados en sus diferentes expresiones, sin ser desconocidos de plano; ellos pueden ser moldeados pero no pueden ser objeto de desnaturalización"*, vivecessa non possono essere privati *"de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide "el libre ejercicio" en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entraban más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica"*.

Un'ulteriore tecnica di garanzia istituzionale dei diritti può essere individuata nelle c.d. *eternal guarantee clause*, cioè in quelle disposizioni costituzionali che, prevedendo procedure di revisione costituzionale differenziate in relazione alle diverse parti del testo costituzionale, tendono a rendere difficilmente modificabili dal potere costituito alcune scelte compiute dal potere costituente. Clausole di questo tipo irrigidiscono, in particolare, il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali. Ad esempio i diritti ricompresi nel capo primo del titolo II della Costituzione di Guatemala possono essere riformati solo attraverso l'Assemblea Nazionale Costituente (artt. 278-279), convocata dopo un voto in senso affermativo dei 2/3 dei membri del *Congreso*. Il decreto di convocazione dovrà anche indicare gli articoli che si intendono sottoporre a modifica.

Specifiche della realtà politica e costituzionale dell'America latina sono, a loro volta, le clausole costituzionali che tendono a mettere alcuni diritti fondamentali – o almeno il loro nucleo essenziale – al riparo dalle compressioni che possono derivare nei casi di emergenza o di dichiarazione dello stato di eccezione. La Costituzione della Colombia stabilisce che le libertà fondamentali riconosciute dai trattati internazionali non possono essere intaccate durante lo stato di insurrezione (art. 212); la Costituzione del Nicaragua salvaguardia durante gli stati di emergenza il diritto alla vita e diversi diritti riconducibili alla dignità ed all'integrità della persona umana (art. 185); la Costituzione del Perù stabilisce che durante lo stato di assedio e di emergenza permangono le garanzie del *recurso de amparo* e di *habeas corpus* (art. 200); a sua volta, la Costituzione del Venezuela salvaguarda durante gli stati di emergenza il diritto alla vita, ad un processo equo ed il divieto di tortura e di discriminazione 8 (art. 337).

Importante, sul punto, è poi l'orientamento della Corte interamericana per i diritti umani la quale ha in più occasioni precisato che anche durante la vigenza degli stati di eccezione deve essere garantito l'esercizio di tutti gli strumenti processuali che le Costituzioni prevedono per la tutela diretta dei diritti fondamentali (*recurso de amparo, habeas corpus, mandado de segurança, recurso de protección, acción de tutela*).

Tuttavia, la clausola più interessante è rappresentata, a nostro avviso, dalla presenza di disposizioni favorevoli a riconoscere alle norme del diritto internazionale rango

costituzionale ed una posizione di supremazia sul resto dell'ordinamento giuridico: con particolare riferimento alle norme dell'ordinamento sovranazionale aventi funzione di integrazione latinoamericana (Organizzazione degli Stati Americani, Carta Interamericana dei diritti, Comunità Andina, Mercosur, Patto Amazzonico, Gruppo di Rio).

In un mondo sempre più integrato è evidente la crisi di autosufficienza dei singoli ordinamenti nazionali. Tale esigenza, poi, è avvertita soprattutto in materia di diritti fondamentali in considerazione della tensione universalistica che anima la protezione della persona umana.

Il nuovo costituzionalismo latinoamericano presenta diverse disposizioni che attribuiscono un valore di rango costituzionale alle norme internazionali in materia di diritti umani. Si può far riferimento, a titolo di esempio, all'art. 46 Cost. Guatemala, all'art. 46 cost. Nicaragua, all'art. 5 Cost. Brasile, all'art. 75 Cost. Argentina, all'art. 17 Cost. Ecuador, all'art. 23 Cost. Venezuela.

Inoltre, il valore normativo della giurisprudenza della Corte interamericana è stato riconosciuto da diversi Tribunali costituzionali: ad esempio, la *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina* ha qualificato tale giurisprudenza alla stregua di una guida per l'interpretazione delle disposizioni della Convenzione; la *Corte Suprema de Justicia* del Venezuela ha dichiarato l'incostituzionalità di atti giuridici in contrasto con la giurisprudenza internazionale. Mentre in modo incisivo la *Sala Constitucional* della Costa Rica ha affermato che la giurisprudenza degli organi di giustizia interamericana possiede "*el mismo valor de la norma interpretada*".

L'influenza della normativa e della giurisprudenza sovranazionale sugli ordinamenti nazionali genera un vero e proprio blocco di costituzionalità a tutela dei diritti fondamentali sta alimentando una tendenza costituzionale di particolare interesse: si stanno creando le condizioni per dar vita ad una vera e propria giurisdizione costituzionale interamericana, la quale è suscettibile di produrre un circolo virtuoso che consente al diritto nazionale di specificare e di implementare i propri *standards* di tutela. E tale processo di osmosi favorisce la formazione di comuni tradizioni costituzionali in grado di omogeneizzare i livelli di tutela dei diritti della persona indipendentemente dall'ordinamento statale di riferimento.

Da tale integrazione derivano alcune rilevanti conseguenze di ordine costituzionale, capaci di rafforzare la garanzia dei diritti costituzionalmente riconosciuti.

In primo luogo, i diritti riconosciuti dall'ordinamento costituzionale dei singoli paesi debbono essere interpretati conformemente all'interpretazione ed alla giurisprudenza degli organi internazionali, soprattutto della *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

In secondo luogo, tali diritti – in quanto incorporati nell'ordinamento nazionale per scelta del potere costituente – rappresentano un limite alle scelte ed ai comportamenti del potere costituito.

In terzo luogo, i diritti riconosciuti a livello internazionale sono immediatamente giustiziabile attraverso le molteplici procedure di ricorso diretto innanzi ai Tribunali costituzionali previste dalle carte costituzionali dell'America latina.

In quarto luogo, i diritti contenuti nei trattati e nelle dichiarazioni internazionali

debbono essere interpretati secondo buona fede e conformemente alle finalità che essi intendono perseguire. Infatti, secondo l'art. 29 della *Convención Americana de Derechos Humanos* nessuna disposizione della stessa può essere interpretata in modo da “*excluir o limitar el efecto que puede producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza*”.

## II.2 - La codificazione dei diritti attraverso le carte costituzionali in Australia e Nuova Zelanda: lezioni dal Canada

**Sommario: 1. La codificazione costituzionale dei diritti: un fenomeno emergente anche nei paesi di *common law*. 2. La costituzionalizzazione di un catalogo dei diritti in Canada. 3. L'influenza del Canada sul dibattito relativo alla codificazione costituzionale dei diritti in Nuova Zelanda e Australia.**

### 1. La codificazione costituzionale dei diritti: un fenomeno emergente anche nei paesi di *common law*.

La costituzionalizzazione dei diritti si estende anche al di là delle aree di cultura occidentale, per affermarsi laddove il clima culturale pare maggiormente impermeabile alle teorie del costituzionalismo e alla democrazia pluralista.

Il riferimento è soprattutto alle aree geografiche asiatiche e africane, che dopo la fine del dominio coloniale si trovano a dover scegliere fra le tradizioni costituzionali occidentali pervenute loro attraverso la dominazione e il ripristino o la salvaguardia delle tradizioni degli antenati, molto spesso confliggenti con i principi del costituzionalismo classico. In altre aree geografiche, quali per esempio quella iberoamericana, il processo di codificazione costituzionale dei diritti assume dimensioni significative, arricchendosi anche di norme finalizzate all'effettività delle tutele.

L'inarrestabile marcia della codificazione dei diritti si è attualmente propagata in ambiti in cui solo in un secondo momento la tematica dei diritti è stata percepita come elemento essenziale ovvero in aree geografiche, la cui tradizione giuridica tributaria del sistema di *common law* si è sempre dimostrata restia a procedere nella costituzionalizzazione di un *Bill of Rights*.

L'avvento del costituzionalismo, però, determina una tendenza alla codificazione dei diritti e alla costituzionalizzazione degli stessi anche nei paesi di *common law*, determinando un appannamento delle distinzioni fra questo sistema giuridico e quello cosiddetto di *civil law*. Questo – come noto – incorpora gli ordinamenti riconducibili alla famiglia giuridica romano-germanica, che accolgono il principio della forma scritta della Costituzione, la quale viene posta al vertice delle fonti. Il principio della rigidità costituzionale reca con sé l'esigenza di istituire un sistema di giustizia costituzionale, legittimato a dichiarare l'incostituzionalità delle leggi. Al contrario, la fonte suprema negli ordinamenti di matrice anglosassone resta la consuetudine, permanendo il rifiuto di una codificazione costituzionale, a cui possa essere attribuita la caratteristica della rigidità.

Tuttavia, siffatte caratteristiche genetiche e strutturali non hanno impedito una tendenza al progressivo avvicinamento dei due sistemi, tant'è che molti paesi di *common law* optano per una carta costituzionale scritta.

Siffatto cammino non presuppone la prevalenza netta delle caratteristiche precipue

di un sistema rispetto all'altro fino a determinare la sparizione di uno dei due, ma piuttosto un fenomeno di *contaminatio* fra modelli, fino a determinare un lento ma inesorabile avvicinamento fra i due sistemi. Ciò è reso possibile dal fatto che le "divergenze fra il diritto anglo-americano e quello europeo-continentale riguardano più l'apparato concettuale, didattico ed espositivo predisposto per conoscere il diritto (...), che non il contenuto delle norme (e i valori che le norme intendono garantire)".

Non a caso, una delle ragioni determinanti l'ibridazione dei due modelli è ascrivibile alla tematica dei diritti, sempre più percepita come motore delle trasformazioni costituzionali degli ultimi anni. Infatti, sembra che la *common law* presenti dei profili di inadeguatezza rispetto alla tutela dei diritti, in quanto, se i diritti politici e quelli relativi al giusto processo e alla libertà personale trovano ampi spazi di tutela, non lo stesso si può dire per alcuni diritti, quali il diritto alla *privacy*, i diritti delle minoranze, i diritti sociali, economici e culturali.

Un esempio, per il quale la tematica dei diritti è lo strumento attraverso il quale si indeboliscono le distinzioni fra ordinamento di *common* e *civil law* è il Regno Unito, in cui si è provveduto a dare esecuzione con legge alla Convenzione europea dei diritti umani attraverso l'*Human Rights Act*. Ora, il legislatore britannico ha attribuito una posizione gerarchicamente superiore all'*Act* rispetto alle norme interne sia primarie che secondarie, minando, quindi, le tradizioni giuridiche consolidate del Regno Unito, in cui non sussiste un *judicial review*. La rottura con la tradizione di *common law* si dimostra particolarmente significativa, in quanto viene infranta la sovranità assoluta del Parlamento, che vincola la propria attività alle norme dell'*Human Rights Act*.

La promulgazione dell'*Human Rights Act* incorpora, quindi, i diritti codificati dalla CEDU e rende illegittima l'azione dei pubblici poteri, in determinati contesti, quando questa sia incompatibile con i diritti umani. Non stiamo assistendo a una vera e propria costituzionalizzazione dell'*Human Rights Act*, tuttavia, come indicato alla sez. 3, questo diviene il parametro interpretativo di tutte le norme di rango primario e secondario passate e future, le quali devono risultare compatibili con i diritti della Convenzione, anche al costo di distorcere il significato letterale delle disposizioni. L'*Human Rights Act* diviene il caleidoscopio attraverso il quale sistematizzare tutta la normativa sui diritti fondamentali nel Regno Unito e, comunque, diviene un parametro per la legittimità delle norme interne.

È pur vero che i giudici non possono provvedere all'annullamento della norma ritenuta incompatibile con la Convenzione europea, come sarebbe logico in un sistema di *judicial review*, ma provvedono a emanare soltanto una dichiarazione di incompatibilità. A questo punto, ai sensi dell'art. 10 (2) dell'*Act*, il Parlamento, attraverso una procedura abbreviata, può emendare (*remedial order*) la norma ritenuta in contrasto con la CEDU. Il Parlamento, tuttavia, non è obbligato a intraprendere una simile procedura ma ne ha solo la facoltà.

Le resistenze relative alla codificazione di un catalogo dei diritti e, soprattutto, di un controllo di costituzionalità delle leggi sono particolarmente evidenti anche negli altri paesi di *common law*, i quali sono tributari del modello britannico, in quanto ex colonie. Tale situazione di dipendenza dalla Madrepatria ha prodotto l'adesione al teorema di Dicey sulla supremazia del potere parlamentare, a cui sarebbe affidata anche

la funzione giurisdizionale, attraverso il *Privy Council*, il quale agisce come suprema corte. Tuttavia, questo blocco teorico, che percepisce come pericoloso per il sistema democratico il controllo della legislazione da parte di un organo giudiziario in posizione di terzietà rispetto agli altri poteri dello Stato, sembra progressivamente perdere la sua absolutezza.

## 2. La costituzionalizzazione di un catalogo dei diritti in Canada.

In Canada, prima della promulgazione della Carta dei diritti e delle libertà, era stato emanato, nel 1960, il *Canadian Bill of Rights*, il quale vincolava al suo rispetto la funzione legislativa e amministrativa a livello federale. L'art. 2 della legge disponeva che *“Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the Canadian Bill of Rights, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms recognized and declared”*.

È evidente che l'obiettivo del legislatore era quello di vincolare gli organi federali al rispetto del *Bill of Rights*, senza, però, attribuirgli una posizione di supremazia assoluta rispetto alla legislazione successiva, consentendo a questa di derogare all'atto anche senza alcuna motivazione. Tuttavia, il rapporto fra il *Canadian Bill of Rights* e la legislazione posteriore non era soggetto al criterio cronologico *tout court*, in quanto un atto legislativo successivo poteva considerarsi illegittimo rispetto alle norme del *Bill of Rights*, qualora la volontà del legislatore a derogare il catalogo dei diritti non fosse stata espressa.

L'art. 2 rappresentava un criterio orientatore soprattutto per l'attività interpretativa dei giudici, i quali dovevano decidere nel caso concreto quale fosse la norma da applicare. Tuttavia, il dato numerico relativo alle pronunce in cui è stato invocato il *Bill of Rights* spinge a ridimensionare la portata dell'atto legislativo. Infatti, la Corte suprema è stata chiamata a verificare la legittimità di atti legislativi rispetto al *Bill of Rights* in 32 casi, di questi, in 25 ha ritenuto che non vi fosse stata una violazione delle norme del *Bill* ovvero lo ha ritenuto inapplicabile alla fattispecie concreta. In soli sei casi, i giudici dell'alta corte lo hanno citato come parametro di legittimità ma con significato accessorio: in due casi ha affermato che vi fosse stata un'inosservanza del *Bill of Rights*, quando i tribunali non avevano autorizzato la presenza di un interprete nel giudizio; in altri due giudizi, la violazione riguardava il rifiuto di ascoltare un sospetto prima di deciderne il fermo; infine, l'ultimo caso riguardava un conducente di un ciclomotore che era stato sottoposto a un test alcolico prima di poter contattare il proprio avvocato.

Tuttavia, è *R. v. Drybones* il caso di maggior importanza nella giurisprudenza canadese relativamente al *Bill of Rights*. Joseph Drybones era un cittadino aborigeno dei Territori del Nord Ovest, il quale era stato fermato per ubriachezza, al di fuori dei confini della riserva all'Old Stop Hotel a Yellow Knife nei Territori del Nord-Ovest. Tale arresto era giustificato in base all'art. 94 dell'*Indian Act* che prevedeva il reato di

abuso di bevande alcoliche al di fuori delle riserve. Ora, però, non esistevano riserve nei Territori del Nord Ovest e, comunque, la disposizione dell'*Indian Act* avrebbe legittimato un giudizio penale anche nel caso in cui l'indiano si fosse ubriacato nella propria casa; al contrario, tutti gli altri cittadini canadesi sarebbero stati perseguiti, qualora il loro stato etilico fosse stato evidente solo in un luogo pubblico. L'art. 94 dell'*Indian Act* era, dunque, in contrasto con l'art. 1 del *Canadian Bill of Rights*, che stabiliva l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge. I giudici, confermando le sentenze delle corti inferiori, con una maggioranza di 6 a 3 ritennero che l'art. 94 dovesse essere inapplicabile in quanto essi si ritenevano vincolati all'art. 2 del *Canadian Bill of Rights* che impone di non derogare allo stesso e, siccome l'art. 94 derogava il diritto di Drybones all'eguaglianza di fronte alla legge, questo non doveva essere applicato. Tuttavia, la sentenza Drybones non fu in grado di produrre degli effetti particolarmente incisivi, tant'è che fino a dopo l'entrata in vigore della Carta dei diritti e delle libertà nessun'altra norma di legge fu dichiarata inapplicabile per contrasto con il *Canadian Bill of Rights*.

Il vero fattore di differenziazione rispetto agli altri ordinamenti di *common law* fu l'introduzione della Carta dei diritti e delle libertà accompagnata da un sistema di *judicial review*. Nel 1982, infatti, la Regina d'Inghilterra promulga una legge britannica che formalmente scioglie i legami del Canada con *Westminster* e che determina le seguenti conseguenze: da quella data le leggi del Regno Unito cessano di avere efficacia anche sul territorio canadese, viene promulgato il *Constitution Act*, di cui fanno parte alcuni atti della Corona che dal 1867 avevano costituito l'"ossatura" istituzionale dell'ordinamento canadese, a cui vengono aggiunte alcune norme sulla procedura di revisione del *British North America Act* del 1867 e la Carta dei diritti e delle libertà.

La previsione di meccanismi di revisione del testo costituzionale introduce per la prima volta nell'ordinamento canadese il principio della rigidità costituzionale, attribuendo, appunto al *Constitution Act* la supremazia rispetto alle altre fonti e il ruolo di parametro per il controllo di legittimità costituzionale di queste.

Il processo costituente ebbe inizio nel 1980 e rappresentò un'operazione voluta dal governo federale, il quale predispose un documento che sanciva come le leggi del Regno Unito non avrebbero più avuto efficacia in Canada, una Carta dei diritti, una procedura aggravata di revisione costituzionale.

La notizia della presentazione alla *House of Commons* britannica di questo progetto incontrò immediatamente le ostilità delle Province timorose di vedersi ridurre la propria autonomia, le quali annunciarono immediatamente la loro opposizione nei vari incontri istituzionali con il governo di Ottawa.

In ambito federale, era, invece, previsto l'esame da parte del Parlamento, il quale affidò i suoi lavori a un Comitato costituito da senatori e deputati, che articolò i suoi lavori in cento sei riunioni e sentendo il parere di circa un centinaio di organismi, soprattutto sul progetto della Carta.

Il forte richiamo ideale al tema dei diritti e la loro incisiva carica evocativa furono immediatamente percepiti nelle audizioni davanti al *Joint Committee* del Parlamento nel 1980; il percorso costituente aveva avuto inizio per volontà delle autorità federali e si era snodato attraverso molteplici incontri intergovernativi, mentre, era rimasta in

ombra la partecipazione dei cittadini, esclusi da questo *iter* processuale fino a quel momento. Ma la lunga lista di associazioni e gruppi che desideravano essere ricevuti dal comitato, (fra cui gruppi a tutela dei diritti civili, associazioni di avvocati, istituti di ricerca, associazioni di difesa dei diritti delle donne, degli omosessuali, dei disabili, degli autoctoni) testimoniavano il crescente interesse dei cittadini verso questo processo e la consapevolezza della rilevanza del momento istituzionale. Infatti, in un sondaggio *Gallup* del 1981, il 62% dei cittadini canadesi si dichiarava favorevole all'idea dell'introduzione di una Carta nel progetto di *patriation* e soltanto il 15% si dimostrava contrario.

Non a caso il progetto della Carta fu definito “*people package*” in contrapposizione al “*power package*”, che riguardava il progetto relativo all’organizzazione dei pubblici poteri e il riparto di competenze fra Stato e Province proprio per evidenziare come i destinatari dell’operazione federale non fossero i governi ma i cittadini.

D’altra parte, se le finalità dell’esecutivo federale erano quelle di “costruire” un’identità canadese dei cittadini, non sembrava percorribile la strada per la quale proprio i soggetti destinatari delle risultanze di questo processo rimanessero permanentemente esclusi dal circuito decisionale. Gli esiti delle audizioni del Comitato misto, resi il 13 febbraio 1981, dettero luogo a un nuovo testo della Carta dei diritti e delle libertà, che riproduceva alcune suggestioni fornite da questi incontri.

Ad esempio, veniva raccomandata l’introduzione, per quanto riguardava il testo della Carta, del riconoscimento dei diritti degli autoctoni, sia quelli ancestrali che quelli introdotti dai trattati. Suggerimento che fu accolto successivamente nel testo definitivo agli artt. 25 e 35, ove espressamente vengono richiamati i diritti atavici delle comunità indigene e quelli riconosciuti dai trattati stipulati fra le autorità federali e le autorità indigene. Inoltre, per sottolineare il rilievo della questione autoctona, il progetto finale prevedeva che, entro un anno dalla promulgazione della Carta, sarebbe stata convocata una conferenza costituzionale a cui avrebbero partecipato, oltre agli esecutivi provinciali e federale, anche i rappresentanti delle popolazioni indiane.

È forse, in questa fase temporale, che la Carta dei diritti e delle libertà si configura maggiormente come patto fra i consociati, allargando i propri confini imposti dal dualismo franco-anglofono e finendo per conferire visibilità e riconoscimento ad altre componenti della società canadese. Infatti, il testo, all’art. 27 riconosceva espressamente il multiculturalismo come principio fondante la società canadese e prescriveva che la Carta dovesse essere interpretata in modo da preservare e ampliare questo elemento essenziale.

Al contrario, gli incontri con gli esecutivi provinciali, convocati dal *Premier* federale, non lasciarono emergere un consenso relativo alla costituzionalizzazione della Carta dei diritti, producendo, di conseguenza, un incisivo rallentamento nel processo costituente. Quest’ultimo subì un’improvvisa accelerazione quando il *Premier* Trudeau decise di presentare, senza il consenso delle articolazioni territoriali, il progetto di Costituzione al Parlamento londinese perché l’approvasse. Siffatta condotta venne legittimata in seguito anche dalla Corte suprema, che in due *Reference* approvò la condotta federale, pur auspicando un negoziato con le Province. Quest’ultimo avveniva e portava al risultato di una nuova stesura della Carta, che, però, non trovò il con-

senso della Provincia del Québec.

Il raggiungimento di un accordo su un testo non era stato affatto agevole: i *leaders* provinciali palesavano in maniera significativa la loro opposizione soprattutto alla costituzionalizzazione della Carta dei diritti e delle libertà, privilegiando le ipotesi che fossero le Province stesse a codificare e a tutelare i diritti dei propri cittadini. Si contrapponeva, in sostanza, un confronto fra la cittadinanza provinciale e quella federale e si riteneva che la prima, dal punto di vista delle comunità territoriali, dovesse prevalere sulla seconda.

Nonostante le difficoltà, il testo della Carta dei diritti e delle libertà venne firmato il 5 novembre del 1981 dal governo federale e dalle Province con la sola eccezione del Québec. Quest'ultima si dimostrò tenacemente contraria alla promulgazione della Carta, perché questa riconosceva certi diritti all'insegnamento nella lingua della minoranza, che erano formulati in maniera incompatibile con la legge n. 101 sull'istruzione del Québec.

Il testo modificato fu approvato nel dicembre del 1981 dalla Camera e dal Senato e, nella primavera seguente, il Parlamento britannico approvò per l'ultima volta un atto legislativo riguardante il Canada.

Tralasciando le motivazioni che hanno condizionato la fase costituente canadese, è possibile inserire l'esperienza d'oltreatlantico in una tendenza del costituzionalismo più recente, caratterizzata da un processo di positivizzazione dei diritti.

La Costituzione canadese abbandona, infatti, lo schema classico ottocentesco che confinava le carte costituzionali alla semplice definizione dei rapporti fra i poteri dello Stato, per acquisire anche quella relativa ai diritti.

Ora, il processo costituente canadese spinge a riflettere sul fatto che mentre, da un lato la parte della Costituzione relativa all'organizzazione dello Stato si caratterizza per la sostanziale continuità con il passato e con la tradizione anglosassone testimoniata dall'accoglimento pressoché integrale del *British North America Act* del 1867, dall'altro lato, l'introduzione della Carta dei diritti e delle libertà rappresentava un elemento di cesura sia con la tradizione canadese, sia con la storia britannica.

Infatti, prima del 1982, per quanto riguarda la tematica dei diritti, alcuni di questi, quali quello dell'*habeas corpus* o delle tutele processuali, erano stati pienamente accolti nella società canadese, anche perché provenienti dal patrimonio giuridico anglosassone di cui il Canada era tributario. La Carta dei diritti e delle libertà, assieme al *Constitution Act*, rappresenta lo sforzo da parte delle autorità governative di Ottawa di creare un diritto federale unico per tutto il paese, valido per l'intera nazione e che, conducesse a una sintesi le varie componenti del pluralismo sociale e istituzionale che compongono la società canadese.

### **3. L'influenza del Canada sul dibattito relativo alla codificazione costituzionale dei diritti in Nuova Zelanda e Australia.**

L'esperienza canadese prima con il *Canadian Bill of Rights* e poi, soprattutto, con la Carta dei diritti e delle libertà del 1982 sembra essere assurta come elemento cata-

lizzatore rispetto alla codificazione dei diritti nei paesi di *common law*. Infatti, un'apertura verso l'introduzione di un controllo di costituzionalità è avvenuta anche in un altro paese riconducibile all'area di *common law*, quale Israele. Infatti, nel 1992, la *Knesset* ha promulgato la *Basic Law: Freedom of Occupation* e la *Basic Law: Human Dignity and Freedom*. Entrambi gli interventi legislativi, grazie a un'interpretazione evolutiva da parte della Corte suprema iniziata nel 1995 con la sentenza *United Mizrachi Bank Ltd. vs. Migdal Co-operative Village*, hanno acquisito uno *status* costituzionale e si situano al di sopra della legislazione ordinaria nella gerarchia delle fonti.

### 3.1 Nuova Zelanda

Relativamente alla percezione della necessità di un catalogo dei diritti di livello costituzionale, vale la pena citare il tentativo di costituzionalizzazione del *Bill of Rights* del 1990 in Nuova Zelanda, il quale sembra evidenziare la necessità di un maggior attivismo giudiziario nel campo della protezione dei diritti.

Nel 1985, il Governo neozelandese pubblicò un *White Paper* in cui si proponeva l'emanazione di un *Bill of Rights*, evidenziando le seguenti ragioni:

“A Bill of Rights for New Zealand is based on the idea that New Zealand's system of government is in need of improvement. We have no second House of Parliament. And we have a small Parliament. We are lacking in the most of the safeguards which many other countries take for granted. A Bill of Rights will provide greater protection for the fundamental rights and freedoms vital to the survival of New Zealand's democratic and multicultural society. The adoption of a Bill of Rights in New Zealand will place new limits on the powers of Government. It will guarantee of fundamental values and freedoms. It will restrain the abuse of power by the Executive branch of Government and Parliament itself. It will provide a source of education and inspiration about the importance of fundamental freedoms in a democratic society. It will provide a remedy to those individuals who have suffered under a law or conduct which breaches the standards laid down in the Bill of Rights. It will provide a set of minimum standards to which public decision making must conform. In that sense a Bill of Rights is a mechanism by which governments are made more accountable by being held to a set of standards”.

Il *Bill of Rights* fu poi approvato nel 1990 e, dopo alcuni anni dalla sua entrata in vigore, è possibile registrare una tendenza per la quale è attribuita allo stesso una forza giuridica superiore a quello delle leggi ordinarie. Tale processo trova il suo fondamento positivo all'art. 6 del *Bill* che espressamente afferma: “*Interpretation consistent with Bill of Rights to be preferred – Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning*”. In questo modo, i giudici, pur non essendo competenti a dichiarare la nullità di disposizioni legislative contrarie al *Bill of Rights*, tuttavia, sono obbligati a un'esegesi interpretativa che sia conforme al catalogo dei diritti. Tale disposizione è controbilanciata dall'art. 4, in cui si dispone esplicitamente che la contrarietà di una norma di legge al *Bill of Rights* non incide sulla validità o efficacia della stessa.

Tuttavia, la potenziale carica dirompente dell'approvazione del catalogo dei diritti,

anche se non ha determinato l'introduzione di un controllo di costituzionalità delle leggi, era percepita (e forse voluta) dallo stesso legislatore, infatti, il Primo Ministro, Sir Geoffrey Palmer, nella terza lettura del disegno di legge alla Camera dei Rappresentanti, affermò che

“The Bill of Rights will put obstacles in the way of the Executive when it is framing its legislative proposals. It will provide standards by which legislation must be measured, and it will provide criteria that must be followed... That is novel to our system of government and will be extraordinarily helpful and beneficial in ensuring that legislation conforms to basic principles, important standards, and real legal tests”.

Infatti, nonostante la presenza della clausola dell'art. 4 del *Bill*, la prassi applicativa ha finito per attribuire una forza “quasi costituzionale” alla legge e ciò sembra soprattutto evidente nel 1992, nella sentenza *R. v. Butcher* e, in particolare, nel caso *Ministry of Transport v. Noort*, in cui gli organi giurisdizionali affermarono esplicitamente che l'art. 6 del *Bill* era “one of the key features” of the legislation, prefigurando, quindi, l'introduzione di una sorta di *higher law*. Infine, nel caso *Simpson v. Attorney General (Baigent's case)*, l'*High Court* addirittura sostenne che la violazione di una norma del *Bill of Rights* legittimava a chiamare in giudizio una pubblica amministrazione per il risarcimento del danno. In questo modo, i giudici introdussero un tipo di responsabilità civile per le pubbliche amministrazioni, disapplicando tutte le norme di legge che riconoscevano un'immunità alle stesse. L'organo giurisdizionale argomentò la sua posizione richiamandosi al ruolo di difensore dei diritti delle corti e alla conseguente indifferenza rispetto alla gerarchia delle fonti del paramento di giudizio, per cui non rilevava se questo fosse di rango legale o costituzionale.

Tuttavia, questo *favor* per il *Bill of Rights* era emerso anche in precedenza rispetto a queste pronunce: nel caso *Flickinger v. Crown Colony of Hong Kong*, i giudici della Corte d'Appello sostennero che effettivamente il convenuto non avrebbe avuto diritto a un appello per un processo penale ex art. 66 del *Judicature Act* del 1908, tuttavia, questa interpretazione era da ritenersi cedevole in quanto l'efficacia del *Bill of Rights* del 1990 imponeva che l'art. 66 della legge in questione dovesse essere interpretata alla luce di quanto disposto dalle norme del 1990, anche se la volontà dell'organo legislativo quando aveva votato il *Judicature Act* nel 1908 si era espressa in maniera diversa. L'interpretazione adeguatrice basata sulla forza del *Bill of Rights* del 1990 estendeva, quindi, il diritto all'appello anche ai giudizi penali e non solo civili.

La giurisprudenza inaugurata dal caso *Flickinger*, con la quale l'interpretazione delle norme sulla tutela dei diritti era svincolata dall'intenzione del legislatore, per essere, al contrario, legata ai principi del *Bill of Rights* viene confermata nel caso *R. v. Poumako*. Il 13 ottobre 1999 Poumako fu riconosciuto colpevole di omicidio e condannato a 13 anni di prigione in base all'art. 80(2A) del *Criminal Justice Act* del 1985. Questo articolo era stato modificato nel luglio dello stesso anno e aveva esteso il periodo detentivo da 10 a 13 anni per il reato di omicidio, qualora questo si fosse verificato nel domicilio della vittima. La Corte doveva decidere se la riformulazione dell'art. 80 si estendeva anche ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge (così come nel caso di Poumako, il quale aveva commesso il delitto il 30 novembre del

1988) come espressamente disponeva il nuovo art. 80 del *Criminal Justice Act*. La Corte sostenne all'unanimità che l'art. 80.(2A) era in contrasto con l'art. 25 (g) del *Bill of Rights* che prevedeva il principio *pro homine e pro libertate* per i quali deve applicarsi all'imputato la pena più favorevole, qualora vi sia un contrasto fra norme. I giudici dell'Alta Corte sostennero che l'art. 80.(2A) era inapplicabile in quanto contrastante con le norme del *Bill of Rights*, anche se era evidente che la disposizione legislativa stabiliva la retroattività della pena, in maniera chiara e ineccepibile.

La giurisprudenza degli organi giudiziari neozelandesi, orientata a elevare il *Bill of Rights* a parametro di legittimità per la legislazione sia precedente che successiva, si deve, soprattutto, alle convinzioni del giudice Robin Cooke. Quest'ultimo si è sempre dimostrato convinto della legittimità da parte del potere giudiziario di poter annullare disposizioni legislative, al fine di mettere al riparo le situazioni giuridiche soggettive dei cittadini dagli abusi delle maggioranze parlamentari. Infatti, ancor prima dell'entrata in vigore del *Bill of Rights*, il giudice aveva sostenuto questa sua posizione in alcuni *obiter dicta*. In particolare, egli sostenne che “*one may have to accept that working out truly fundamental rights and duties is ultimately an inescapable judicial responsibility*”; di conseguenza la potestà dei giudici di sanzionare norme di rango legislativo risiederebbe nella loro essenziale e caratterizzante funzione di organi di garanzia dei diritti dei cittadini. Tale convinzione è ribadita in *New Zealand Drivers' Association v. New Zealand Road Carriers*, in cui i giudici affermarono: “*we have reservations as to the extent to which in New Zealand even an Act of Parliament can take away the rights of citizens to resort to the ordinary Courts of law for determination of their rights*”.

In *Taylor v. New Zealand Poultry Board*, i giudici erano chiamati a decidere sulla legittimità di comportamenti finalizzati a obbligare i cittadini a rispondere a domande di pubblici ufficiali e a questo proposito il giudice Cooke scrisse: “*I do think that literal compulsion, by torture for instance, would be within the lawful powers of Parliament. Some common law rights presumably lie so deep that even Parliament could not override them*”. Sostanzialmente, viene sottolineato come anche il Parlamento abbia dei limiti, che nel 1984 vengono rinvenuti nella *common law*, mentre, dopo il 1990, sono riconducibili alle norme del *Bill of Rights*, in quanto atto finalizzato alla garanzia dei diritti dei cittadini e che, quindi, si imporrebbe anche alle maggioranze politiche.

A queste posizioni non sembrano estranee alcune pronunce degli organi di giustizia canadesi che sembrano aver influenzato fortemente il pensiero giuridico neozelandese. Infatti, i giudici canadesi hanno affermato che la legislazione sui diritti degli individui dovesse prevalere rispetto al resto della normativa primaria, basandosi sul fatto che la materia dei diritti ha un valore fondamentale per l'intero ordinamento e che, quindi, deve essere salvaguardata e garantita. Il primato della legislazione sui diritti umani viene espressamente affermato nel 1985 dalla Corte suprema nel caso *Re Winnipeg School Division (no 1) and Craton*. In questa sentenza, il giudice McIntyre, riprendendo le parole di un altro giudice espresse in una precedente pronuncia, affermò:

“*Human Rights legislation is public and fundamental law of general application. If there is a conflict between this fundamental law and other specific legi-*

*slation, unless an exception is created, the human rights legislation must govern*” e aggiunse “Human Rights legislation is of a special nature and declares public policy regarding matters of general concern. It is not constitutional in nature in the sense that it may not be altered, amended, or repealed by the Legislature. It is however of such nature that it may not be altered, amended or repealed, nor may exceptions be created to its provisions, save by clear legislative pronouncement. To adopt and apply any theory of implied repeal by later statutory enactment to legislation of this kind would be to rob of its special nature and give scant protection to the rights it proclaims”.

Nel caso specifico la ricorrente Craton era stata assunta da un istituto scolastico con un contratto che, in ossequio al *Manitoba's Public Schools Act* del 1980, stabiliva che l'età per il pensionamento era di 65 anni. Tuttavia, la ricorrente opponeva il suo diniego basandosi su una norma del *Manitoba's Human Rights Act* del 1974 che proibiva le discriminazioni basati sull'età per quanto riguarda l'impiego. Utilizzando il principio *lex posterior derogat anteriori* e, soprattutto, il principio *lex specialis derogat generali* alle corti inferiori era sembrato legittimo far prevalere la norma di legge del 1980 che imponeva il pensionamento all'età di 65 anni. Tuttavia, come già indicato, questa non fu la posizione accolta dalla Corte suprema che, appunto, dichiarò l'inefficacia della disposizione del *Public School Act*, sostenendo la prevalenza della normativa generale sui diritti umani rispetto a qualsiasi altra norma legislativa.

### 3.2 Australia

La necessità di introdurre una carta dei diritti è percepita anche in un altro paese di *common law*, l'Australia, dove si sottolinea l'inadeguatezza delle garanzie offerte ad alcuni diritti, in quanto non esiste nella Costituzione un catalogo dei diritti. La ragione di questa assenza è in parte spiegabile storicamente. Infatti, nonostante si sostenga che i lavori della *convention* costituente australiana abbiano risentito del modello statunitense, la proposta caldeggia soprattutto da Inglis Clark, un deputato della Tasmania, che aveva soggiornato negli Stati Uniti, finalizzata all'inserimento di un catalogo dei diritti simile a quello statunitense, non fu approvata. Le ragioni che condussero a questo epilogo sono, in parte, ascrivibili alle posizioni di coloro che ritenevano che l'introduzione di una democrazia rappresentativa fosse già di per sé una garanzia sufficiente per i diritti dei cittadini e, in parte, sono riconducibili ai timori da parte di alcuni rappresentanti che norme relative al principio di egualianza potessero inficiare la legittimità delle legislazioni statali discriminatorie nei confronti degli aborigeni, dei lavoratori asiatici o neri.

I lavori costituenti si conclusero includendo soltanto uno scarno elenco di diritti fra cui, il diritto di voto (art. 41), il diritto a essere giudicati da una giuria (art. 80), la libertà di religione (art. 116), il divieto di discriminazione in base al luogo di residenza (art. 117), la libertà di commercio fra gli Stati (art. 92) e il diritto di proprietà e i limiti alla sua espropriazione (art. 51, xxxi). Tuttavia, negli anni successivi alla promulgazione della Costituzione australiana nel 1901, ci sono stati molteplici tentativi di emendare il testo al fine di introdurre alcuni diritti: nel 1944, nel 1973, nel 1984, nel 1988 e nel 1999.

Il primo tentativo, compiuto negli anni '40, è legato a una situazione contingente: infatti, il Partito Laburista riteneva opportuno ampliare le competenze della Federazione per cinque anni dalla fine della Seconda Guerra Mondiale, per far fronte alle esigenze di ricostruzione del paese. Le materie che sarebbero state conferite allo Stato riguardavano prevalentemente il settore economico, in particolare, venivano attribuite alla Federazione le competenze in materia di controllo del mercato del lavoro, dei beni, al fine di scongiurare cartelli e monopoli di impresa, di calmierare i prezzi e coordinare la produzione e distribuzione dei prodotti. Tuttavia, al fine di rimuovere gli ostacoli che la proposta di revisione avrebbe potuto incontrare, l'*Attorney General*, Evatt si fece portavoce di una proposta emendativa al disegno di legge costituzionale in cui venivano inclusi alcuni diritti; in particolare, la libertà di manifestazione del pensiero, l'ampliamento della libertà di religione e il controllo da parte del Parlamento delle discipline di attuazione di questi due diritti. La proposta fu accolta con 46 voti contro 18 e la proposta di legge di revisione costituzionale mutò il suo nome da *Post War Reconstruction Bill* a *Constitution Alteration (Post War Reconstruction and Democratic Rights) Bill*. Tuttavia, il disegno di legge non riuscì a raggiungere la maggioranza dei consensi negli Stati e, quindi, divenne evidente che il tentativo di codificare alcuni diritti fondamentali non era stato percepito come fondamentale per i cittadini.

Un nuovo tentativo di conferire forza costituzionale ad alcuni diritti fondamentali ebbe luogo il 21 novembre 1973 con la presentazione al Senato, da parte dell'*Attorney General*, Murphy, dell'*Human Rights Bill* e del *Racial Discrimination Bill*. Questa volta la volontà del Governo era condizionata dalla necessità di ratificare il Patto internazionale sui diritti civili e politici dell'ONU del 1966, che era stato firmato dall'Australia nel 1972 e che, incontrava la strenua opposizione da parte degli Stati. Il disegno di legge di costituzionalizzazione dei diritti, il cui contenuto era prevalentemente tributario del Patto internazionale sui diritti civili e sociali dell'ONU, si presentava come un articolato organico relativo ai diritti civili, fra i quali erano ricompresi il divieto di discriminazione, il principio di egualanza, la libertà di pensiero, di espressione e di circolazione, il diritto di voto, alla *privacy* e le garanzie processuali, inoltre, prevedeva l'istituzione dell'*Australian Human Rights Commissioner*, con compiti di investigazione e giudizio relativi a casi di violazione di diritti dei cittadini. Tuttavia, crescenti problemi politici e le difficoltà nei rapporti fra Federazione e Stati membri causarono lo scioglimento delle Camere e, quindi, si determinò la conseguente decadenza di tutti i disegni di legge della legislatura.

Il tema dei diritti tornò alla ribalta politica nel settembre del 1984, quando l'*Attorney General*, Evans si pronunciò in favore dell'introduzione di un catalogo dei diritti nell'ordinamento australiano. Il dibattito che ne seguì comportò la presentazione alla Camera, il 9 ottobre del 1985, da parte del successore di Evans: Bowen dell'*Australian Bill of Rights*, dello *Human Rights and Equal Opportunities Commission Bill* e dello *Human Rights and Equal Opportunities Bill (Transitional Provisions and Consequential Amendments) Bill*. Anche le disposizioni dell'*Australian Bill of Rights* riproducevano quelle del Patto internazionale sui diritti civili e politici dell'ONU e, fra l'altro, introducevano una clausola che consentiva la

limitazione dei diritti, se giustificata sulla base di una *“free and democratic society”*. È evidente l'influenza dell'esperienza canadese in questa formulazione, infatti, l'art. 1 della Carta dei diritti e delle libertà del 1982 ripropone la medesima disposizione, che poi, è stata mutuata integralmente dall'art. 5 del *Bill of Rights* della Nuova Zelanda, mentre in altri paesi di *common law* come per esempio il Sudafrica si parla di una *“open and democratic society, based on human dignity, equality and freedom”* (art. 33 della Costituzione), mentre, in Israele, le due leggi fondamentali *Freedom of Occupation* e *Human Dignity and Liberty* dispongono che una legge può restringere l'esercizio e il godimento dei diritti ivi sanciti solo se *“accords with the values of the State of Israel”*. L'introduzione di clausole limitative generali rispondono all'esigenza di offrire al legislatore dei criteri orientatori per il bilanciamento dei diritti e ai giudici dei parametri per la valutazione della legittimità degli atti normativi. In questo modo, i difficili rapporti nei paesi di *common law* fra il potere legislativo a cui è legato il principio della supremazia parlamentare e quello giudiziario si riequilibrerebbero, consentendo a quest'ultimo di poter sindacare la ragionevolezza delle scelte del legislatore. Tuttavia, nonostante i disegni di legge fossero stati esaminati e approvati da entrambe le Camere con una certa celerità, le voci di opposizione a questi progetti furono così incisive e forti che lo stesso Governo decise di ritiralo certo dell'esito negativo in sede referendaria.

Contestualmente il Governo australiano istituì una *Constitutional Commission*, composta da cinque membri fra giuristi ed ex esponenti politici, che articolò i suoi lavori attraverso cinque comitati consultivi, incaricati di studiare delle proposte di modifica costituzionale, di cui uno dei comitati riguardava i diritti individuali. Nel suo rapporto finale, presentato nel 1988, la Commissione raccomandò di estendere e precisare i diritti già previsti in Costituzione e, inoltre, auspicò, l'introduzione di un più completo catalogo dei diritti nel testo costituzionale. Il Partito Laburista presentò, il 3 settembre 1988, quattro proposte referendarie, di cui una – nota come *Constitutional Alteration (Rights and Freedoms) Bill*, – che prevedeva una riformulazione di alcuni diritti già presenti in Costituzione, quale quello del diritto a essere giudicato da una giuria, la libertà di religione e le garanzie per l'espropriazione di proprietà da parte degli Stati. Nessuna delle proposte raggiunse il *quorum* previsto ma è significativo che il quesito relativo alla proposta di legge costituzionale sui diritti raggiunse solo il 31% dei consensi, caratterizzandosi per la più bassa percentuale raggiunta nelle proposte referendarie.

Merita sottolineare come la proposta della Commissione costituzionale avesse riprodotto in larga parte il testo della Carta dei diritti e delle libertà del Canada, ritenendo come l'esperienza canadese potesse essere il modello con maggiori probabilità di affermazione, data la storia e la cultura condivisa fra i due paesi. La mutuazione del modello canadese differiva, però, in alcuni aspetti. La Commissione costituzionale, infatti, non inserì il diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza (art. 7 della Carta), ritenne di escludere la norma che garantiva la protezione dei cittadini da ispezioni, perquisizioni o sequestri illegali (art. 8 della Carta), fu portatrice di una codificazione del principio di egualianza più circoscritto rispetto a quello dell'ordinamento canadese (art. 15 della Carta), e, infine, gli esperti australiani, non senza un certo dibatti-

to interno, esclusero la possibilità di introdurre la clausola derogatoria (art. 33 della Carta).

L'ultimo tentativo, in senso cronologico, fu quello del 1999, in cui furono sottoposte alla volontà degli elettori due proposte: la prima relativa alla proclamazione della Repubblica e la seconda relativa all'inserimento di un preambolo in Costituzione. Quest'ultimo rappresentava un compromesso minimo rispetto all'introduzione di un catalogo dei diritti, obiettivo che non avrebbe trovato il consenso neppure nelle Camere. Tuttavia, entrambe le proposte furono rigettate dal corpo elettorale: la prima con il 54, 87 e la seconda con il 60, 6%.

Nonostante persista da parte della popolazione e dei partiti politici una certa riottosità a costituzionalizzare un catalogo dei diritti – come emerge dalle vicende istituzionali – è pur vero che gli organi giurisdizionali hanno tentato di colmare questa lacuna. Pertanto, in assenza di un catalogo dei diritti interno, nazionale, ci si rivolge alle fonti dell'ordinamento internazionale sulla protezione dei diritti oppure si opta per un'interpretazione evolutiva della *common law*.

L'inadeguatezza dei parametri giudiziali per la tutela dei diritti è manifestata palesemente nel 1992 in *Dietrich v. The Queen* e in *Mabo v. Queensland*. Nel primo caso, un processo penale per importazione illegale di eroina presso la *County Court of Victoria* si era concluso con una sentenza di colpevolezza, senza che all'imputato, Dietrich, privo di ogni risorsa finanziaria, fosse garantito un avvocato d'ufficio, nonostante ne avesse fatto richiesta. L'imputato presentò un appello, sostenendo che non vi fosse stato un giusto processo. La Corte, confermando una giurisprudenza consolidata, non ritenne che vi fosse stata una violazione della *common law*, in quanto riteneva che un fermato non avesse il diritto ad avere assistenza legale a spese dello Stato:

"It should be accepted that Australian Law does not recognise that an indigent accused on trial for a serious criminal offence has the right to the provision of counsel at public expense". Tuttavia, affermò – e qui è la novità – che la mancanza di un rappresentante legale di un imputato può inficiare la correttezza del processo: "Instead Australian law acknowledges that an accused has the right to a fair trial and that, depending on all the circumstances of the particular case, lack of representation may mean that an accused is unable to receive, or did not receive, a fair trial (...) the desirability of an accused charged with a serious offence being represented is so great that we consider that the trial should proceed without representation for the accused in exceptional cases only".

L'organo giurisdizionale, a sostegno delle sue posizioni, invocò il rispetto dell'art. 14(3) (d) del Patto internazionale sui diritti civili e politici dell'ONU che obbliga a fornire assistenza legale a un imputato e affermò che le corti devono presumere che il Parlamento intendeva emanare delle leggi conformi agli obblighi scaturenti dal diritto internazionale e, perciò, di fronte a una legislazione ambigua si deve optare per un'interpretazione coerente con la normativa internazionale. In sostanza, si affermò che, qualora la *common law* non sia sufficientemente chiara, sia lecito ricorrere agli strumenti internazionali di protezione dei diritti, in assenza di una formale codificazione dei diritti.

Nella sentenza *Mabo* i giudici affermarono, pensando alla *common law*, che "to

*maintain the authority of those cases would destroy the equality of all Australian citizens before the law*”. Il caso aveva origine dalla pretesa di alcuni diritti sul territorio delle Isole Murray nel Torres Strait da parte del popolo aborigeno dei *Meriam*. Il giudice Brennann, estensore della sentenza, sostenne che nella soluzione dei casi è necessario rifarsi agli *standards* internazionali di garanzia dei diritti umani, pertanto, utilizzando come parametro la giurisprudenza delle corti internazionali e non quella interna, soprattutto, “*when international law declares the existence of universal human rights*”. In questo modo, la Corte riconobbe l’esistenza di un diritto specifico delle comunità aborigene residenti sul territorio, sostenendo che la *common law* poteva essere modificata, tenendo conto della “*contemporary notions of justice and human rights*”. Su questi presupposti la corte ha riconosciuto che l’Australia – prima dell’insediamento britannico – non era *terra nullius*, e, pertanto, i tradizionali diritti degli indigeni sopravvivevano alla colonizzazione e dovevano essere accolti nella *common law* australiana. In particolare, si sostenne: “*The common law of this country would perpetuate injustice if it were to continue to embrice the enlarged notion of terra nullius and to persist in characterizing the indigenous inhabitants of the Australian colonies as people too low in the scale of social organization to be acknowledged as possessing rights and interest in land*”.

Anche in Australia, così come in Nuova Zelanda e prima ancora in Canada, il tema della protezione dei diritti degli individui assume un ruolo centrale per gli organi giurisdizionali, i quali tendono a fornire interpretazioni che consentano di tutelare i diritti dei singoli, anche ricorrendo a dei percorsi interpretativi che forzano il sistema. Tuttavia, questo processo non sembra irreversibile, tant’è che qualche anno più tardi, in Australia, nel 1995, nel caso *Minister for Immigration and Ethnic Affairs v. Teoh*, i giudici affermarono: “*It is well established that the provisions of an international treaty to which Australia is a party do not form part of Australian law unless those provisions have been validly incorporated into our municipal law by statute*”. Analogamente, in Nuova Zelanda sono emerse delle resistenze rispetto al riconoscimento al *Bill of Rights* di una forza giuridica superiore alle leggi ordinarie, testimoniata sia dalle posizioni espresse in sede parlamentare, sia da altre sentenze che tendono a inquadrare il *Bill of Rights* come una legge ordinaria.

## CAPITOLO TERZO

### I TRIBUNALI COSTITUZIONALI COME GIUDICI DELLE LIBERTÀ

### III.1 - Diritti fondamentali e Stato democratico: il ruolo della giustizia costituzionale

**Sommario: 1. Giustizia costituzionale e diritti: due pilastri del costituzionalismo democratico. 2. La giustizia costituzionale istituto essenziale per la tutela dei diritti fondamentali. 3. L'apporto della giurisprudenza dei Tribunali costituzionali alla generalizzazione ed all'ampliamento dei diritti fondamentali.**

#### 1. Giustizia costituzionale e diritti: due pilastri del costituzionalismo democratico.

Una prima, significativa relazione tra diritti fondamentali della persona e giustizia costituzionale consiste nel fatto che entrambi rappresentano due pilastri del moderno costituzionalismo democratico, la cui coesistenza è necessaria per qualificare un determinato ordinamento come *“Estado democratico de derecho”*, per riprendere le parole dell'art. 1 della Costituzione spagnola.

Per quanto concerne il primo pilastro – cioè il riconoscimento e la garanzia di diritti fondamentali riconducibili alla tutela ed alla promozione della persona umana – la dottrina ha concordemente sottolineato la stretta relazione che intercorre tra costituzionalismo e diritti della persona. Come è stato efficacemente sottolineato, “Il diritto costituzionale nasce quando si affermano i diritti dell'uomo. Quello dei diritti resta in ogni caso il terreno del costituzionalismo, delle sue tecniche e della sua evoluzione”.

Siffatto collegamento trova fondamento tanto sul piano teorico che storico.

In ordine al primo, è sufficiente richiamare le finalità ed i valori che hanno animato il costituzionalismo, il quale nasce e si afferma per tutelare la libertà dell'individuo nei confronti del potere pubblico dello Stato moderno: rinviene la sua ragione d'essere nell'affermazione della nozione di “potere limitato”. D'altra parte, i principali istituti giuridici che connotano l'evoluzione dello Stato liberale di diritto – dalla separazione dei poteri alla riserva di legge, dalla rigidità costituzionale al principio di legalità – appaiono finalizzati a garantire e ad agevolare la fruizione dei diritti umani.

Nonostante le differenze, anche rilevanti, che distinguono i diversi “modelli” storici – schematicamente riconducibili alle due grandi rivoluzioni liberali (quella francese e quella nordamericana) – il costituzionalismo appare alimentato da una visione unitaria, sintetizzabile nella intenzione di vincolare il potere politico al rispetto del principio di legalità, sì da garantire ai cittadini una difesa qualora i loro diritti vengano concinati da comportamenti arbitrari o da abusi da parte dei pubblici poteri.

Il collegamento tra costituzionalismo e garanzia dei diritti appare corretto anche sotto la prospettiva storica. Diviene, in proposito, spontaneo il richiamo alla Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, la quale – dopo aver individuato nella conservazione dei diritti naturali ed imprescrittabili dell'uomo il compito primario di ogni associazione politica – afferma che “ogni società nella quale

la garanzia dei diritti non è assicurata non ha Costituzione". In tal modo, si introduce un nesso inscindibile tra Stato costituzionale e garanzia dei diritti fondamentali.

Siffatto collegamento ha influenzato anche la natura giuridica dei diritti fondamentali, rendendoli – al tempo stesso – diritti soggettivi della persona ed elementi essenziali dell'ordinamento costituzionale.

La terminologia adoperata è in proposito varia, ma sul punto si può rimarcare una significativa concordanza di valutazioni anche da parte dei Tribunali costituzionali. Ad esempio, il Tribunale costituzionale spagnolo ha parlato di *"elementos esenciales de un ordenamiento objectivo de la comunidad nacional, en quanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica"*. Sempre il Tribunale costituzionale spagnolo ha affermato che *"los derechos fundamentales no son sólo normas constitucionales que establecen derechos subjectivos públicos, sino rasgos esenciales del sistema democrático de modo que la protección efectiva del derecho fundamental y de su actuación concreta trasciende del significado individual, para adquirir una dimensión objetiva"* (sentenza 245/91).

A sua volta, il giudice costituzionale italiano ha richiamato la nozione di "principi supremi", per sottolineare come la garanzia e la tutela di un ampio *corpus* di diritti concorrono a definire la fisionomia dei democratici ordinamenti costituzionali.

In questa prospettiva, i diritti fondamentali – pur essendo costituiti da una pluralità di diritti specifici ed autonomi – possono essere considerati nella loro unità, quale elemento caratterizzante la forma di Stato, dal momento che appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione di un determinato paese.

In altri termini, tra Costituzione democratica e diritti fondamentali della persona si instaura un legame dialettico secondo il quale, per un verso, la Costituzione – in quanto fonte di vertice dell'ordinamento – costituisce la fonte del loro riconoscimento e della loro tutela; per un altro verso, la concreta fruizione dei diritti fondamentali – almeno nel loro contenuto essenziale – è la condizione essenziale per la sussistenza dello Stato democratico di diritto.

A sua volta, l'istituto della giustizia costituzionale si inserisce nella relazione tra Costituzione e diritti fondamentali, creando una sorta di triangolo equilatero che unisce tre caratteristiche del costituzionalismo contemporaneo: principio di legalità, garanzia dei diritti fondamentali e giustizia costituzionale.

Si consolida l'idea che la giustizia costituzionale rappresenta un corollario naturale del carattere rigido delle Costituzioni. La giustizia costituzionale sembra costituire il completamento dei principi fondamentali che caratterizzano la forma di Stato contemporaneo, definibile come Stato sociale, democratico e di diritto.

Dello Stato liberale di diritto la giustizia costituzionale valorizza il principio di legalità, estendendone la portata anche all'attività legislativa. Valorizza anche il principio della separazione dei poteri, rendendo giustiziabile, grazie alla competenza a sindacare i conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e tra lo Stato e le Regioni, la ripartizione della sovranità tra una pluralità di organi e di enti, reciprocamente equiparati ed indipendenti.

Il giudizio di costituzionalità esercita inoltre una funzione di garanzia, propria del moderno Stato democratico: in favore dei diritti fondamentali delle persone contro gli

abusì del legislatore a vantaggio delle minoranze e delle opposizioni politiche contro le decisioni arbitrarie della maggioranza parlamentare e del governo. Nei sistemi attuali, il giudice costituzionale può essere considerato una garanzia per la tutela dei diritti e delle posizioni soggettive che la carta costituzionale riconosce agli individui, ai gruppi e alle strutture organizzate della società.

Come ha ricordato il Presidente emerito della Corte costituzionale italiana, Livio Paladin, “in tutti gli ordinamenti retti da una Costituzione rigida e lunga (...) occorre che i diritti costituzionalmente disciplinati nelle grandi linee dalla Costituzione siano garantiti in sede giurisdizionale nei confronti di ogni possibile tipo di violazione. È anche e soprattutto a questo scopo (...) che in molti Stati funzionano apposite Corti o Tribunali costituzionali”.

## **2. La giustizia costituzionale istituto essenziale per la tutela dei diritti fondamentali.**

Le relazioni tra la giustizia costituzionale ed i diritti possono essere analizzate anche sotto un altro profilo: quello relativo all'apporto sostanziale che i Tribunali costituzionali hanno fornito sul fronte di un miglioramento delle forme di tutela dei diritti fondamentali della persona.

Si tratta – per riprendere le parole de la Diclaración de Antigua sulla giustizia costituzionale (Guatemala, 1992) – di considerare come “*la existencia de una justicia constitucional se ha convertido en un elemento esencial de la garantía de la libertad y de los demás derechos fundamentales*”.

È generalmente accettata l'idea che la garanzia è parte essenziale, condizione necessaria per la esistenza di un diritto, che non si può parlare di diritti se le posizioni soggettive della persona non risultano protette in modo efficace. È necessario creare meccanismi di garanzia sostanziale e processuale al fine di evitare che il riconoscimento dei diritti fondamentali si riduca ad essere una dichiarazione romantica, ma priva di efficacia.

L'inserimento nel testo delle Costituzioni di ampi cataloghi di diritti – per quanto necessario ed importante – non consente di percepire con immediatezza il livello di effettività. L'esperienza di diritto comparato evidenzia la contraddizione stridente che si percepisce in molti ordinamenti qualora si confronti la lettura del testo della Costituzione con l'effettivo livello di democrazia del sistema e di libertà per i cittadini.

È difficilmente confutabile che i più elevati *standards* di tutela si sono – sinora – ottenuti in questi sistemi in cui la positivizzazione dei diritti della persona si è incastonata in un contesto istituzionale che si ispira alla dimensione più evoluta dello Stato di diritto: in cui, per un verso, esistono organi giurisdizionali di tutela indipendenti e professionali; per un altro verso, è ammessa la possibilità di far sanzionare da un giudice qualsiasi atto o comportamento suscettibile di ledere un diritto fondamentale.

In altri termini, per valutare la rilevanza che hanno le dichiarazioni costituzionali dei diritti occorre considerare con particolare attenzione le modalità di tutela dei diritti.

ti che l'ordinamento appronta, gli strumenti e gli istituti che ne consentono l'effettivo esercizio.

Come è noto, la dottrina ha suddiviso le garanzie costituzionali dei diritti in due tipologie generali, distinguendo tra garanzie giurisdizionali e garanzie istituzionali: queste ultime riconducibili – in sostanza – ad alcuni degli istituti tipici dello Stato democratico di diritto (riserva di legge, principio di legalità, separazione dei poteri, indipendenza del giudice, imparzialità della pubblica amministrazione).

Mentre altri autori, nella medesima prospettiva hanno distinto tra garanzie generali – che si riferiscono all'organizzazione della comunità politica e che sono determinate dalle condizioni sociali, culturali e politiche che possono favorire l'esercizio dei diritti fondamentali – e garanzie più specificamente rivolte al sistema giuridico – come nel caso della protezione giurisdizionale dei diritti fondamentali.

In passato, si era soliti contrapporre due distinti modelli di tutela dei diritti: quello francese, il quale, animato dal principio della sovranità parlamentare, affidava essenzialmente al legislatore il compito di tutelare i diritti fondamentali; quello nordamericano, che trasferiva al giudice il potere di rendere concreto il valore generale della libertà della persona umana che ha ispirato i costituenti.

Un filone di pensiero individuava nella legge la fonte competente a determinare la misura in cui le persone godono delle libertà fondamentali e considerava il Parlamento l'organo in grado, nella sua qualità di espressione della sovranità popolare, di meglio assicurare tali diritti. L'altro confidava nel processo, quale sede deputata a garantire i cittadini nei confronti di qualsiasi violazione dei loro diritti.

Oggi, per contro, pare acquisita la consapevolezza che la legge ed il giudice non esprimono tanto due modelli contrapposti, quanto due strumenti distinti, ma complementari, per la garanzia dei diritti della persona.

Tuttavia, i diritti della persona vengono, in genere, accostati all'attività dei giudici costituzionali, dal momento che i diritti della persona sono effettivamente tali se la loro tutela rappresenta un limite non solo per l'amministrazione e la magistratura ma anche per il legislatore.

Con l'introduzione delle Costituzioni rigide e l'affermazione della giustizia costituzionale si modifica il tradizionale rapporto tra diritti e leggi – che aveva caratterizzato la dottrina statalistica del XVIII secolo – secondo il quale i diritti erano conformati ed esistevano in base alla legge, i diritti si riducevano in molti casi ad essere pretesa a comportamenti legali dell'autorità. Come diceva già Hobbes: “*law and rights are often confounded*”. Con le Costituzioni rigide, infatti, i diritti divengono un limite per la legge ed, al tempo stesso, un elemento che condiziona e conforma la Costituzione. Parafrasando le parole del *Federalist* si può dire che “Nessuna legge contraria alla Costituzione può essere valida” e, pertanto, nessuna legge contraria ai diritti può essere valida.

A nostro avviso, si può affermare che una tutela organica dei diritti fondamentali necessita della giustizia costituzionale, che si conferma come il principale tribunale dei diritti e delle libertà. Come dimostra, da un lato, l'evoluzione concreta della giurisprudenza dei tribunali costituzionali in Europa e in Nordamerica e, dall'altro lato, la grande diffusione che questo istituto ha avuto nelle nuove carte costituzionali

dell'Europa orientale, del Centro e Sudamerica, in stretta connessione con la codificazione di ampi cataloghi di diritti.

In molti ordinamenti, l'attività del giudice costituzionale si caratterizza proprio per la sua giurisprudenza in materia di diritti della persona e le principali decisioni in materia hanno rappresentato una pietra miliare nell'evoluzione del ruolo dei tribunali costituzionali. In proposito, è naturale riferirsi alla Corte suprema degli U.S.A. del giudice Warren, per il ruolo di impulso dato al superamento della schiavitù, delle discriminazioni razziali, ovvero al riconoscimento del diritto al giusto processo o alla libera manifestazione del pensiero.

Equalmente, ci si può richiamare all'esperienza della Corte suprema del Canada, che ha rafforzato il suo ruolo di giudice costituzionale in seguito all'approvazione nel 1982 della Carta canadese dei diritti e delle libertà, che ha introdotto diritti propri dei cittadini che possono essere tutelati giudizialmente dinanzi all'azione arbitraria dei poteri pubblici.

Non è stata di minore importanza l'azione della Corte costituzionale in Italia, alla quale si deve il merito di aver eliminato dall'ordinamento giuridico, dinanzi all'inerzia del legislatore, gran parte della legislazione anteriore alla Costituzione, incompatibile con i diritti della persona ivi tutelati. È interessante notare come in Italia, il processo di positivizzazione dei diritti fondamentali e di "defascistizzazione" dell'ordinamento non si è conseguito – almeno nei primi anni di esperienza repubblicana – grazie al Parlamento, bensì in virtù di una sorta di "tacita alleanza" che ha unito la Corte costituzionale ed i giudici ordinari (competenti a sollevare in via incidentale una questione di legittimità costituzionale).

Alla luce di queste considerazioni, può essere utile classificare i diversi sistemi di giustizia costituzionale secondo le tecniche e le modalità previste al fine di garantire i diritti fondamentali. In tal caso, occorre abbandonare la tradizionale distinzione tra sistemi diffusi ed accentuati, distinguendo – per contro – tra un modello che si propone prioritariamente di depurare la legge dei suoi vizi e di garantire l'equilibrio tra i poteri; ed un modello incentrato direttamente sulla difesa dei diritti.

Nel primo caso, acquistano rilevanza, soprattutto, le competenze dei Tribunali costituzionali in tema di controllo sulla legittimità costituzionale delle leggi ed in tema di conflitti tra i poteri dello Stato. Nel secondo, invece, diviene centrale la previsione di forme di ricorso diretto avverso tutti gli atti dei poteri pubblici – e, in qualche caso, anche dei privati – suscettibili di ledere diritti fondamentali. In quest'ultimo caso, compito primario dei sistemi di giustizia costituzionale è difendere l'individuo dalla sua posizione di inferiorità nei confronti dei poteri pubblici.

Infine, il rapporto tra giustizia costituzionale e diritti fondamentali della persona può essere affrontato analizzando il ruolo che i Tribunali costituzionali esercitano nel diffondere, nel generalizzare e nell'implementare i diritti riconoscibili e tutelabili come fondamentali.

Tale effetto si determina perché il giudice costituzionale nel decidere sul ricorso risolve – è vero – un caso particolare, cioè assicura la protezione del diritto concreto del ricorrente; ma, nel medesimo tempo, fornendo una determinata interpretazione, introduce una regola generale che può fungere da precedente ovvero orientare i com-

portamenti futuri tanto dello stesso giudice costituzionale, quanto dei giudici ordinari.

Visti dal punto di vista dei diritti fondamentali della persona, i modelli di giustizia costituzionale possono quindi essere graduati in :

a) sistemi in cui la giurisdizione costituzionale delle libertà opera in modo ampio. È il caso, in Europa, della Repubblica Federale tedesca. Mentre in America latina ed in Centroamerica si può richiamare, soprattutto, la fondamentale esperienza della *Sala constitucional* della Costa Rica, la quale possiede un'ampia competenza sia in materia di *habeas corpus*, che di *recurso de amparo*. La dottrina, anzi, ha individuato – come ha ben sintetizzato Rubén Hernández Valle – quattro tipi di *habeas corpus* (*réparador, preventivo, restringido, correctivo*); così come ha sottolineato l'ampiezza del *recurso de amparo*, che può essere presentato *contra actos, por hechos, por omisiones o per amenazas*.

b) sistemi in cui la giurisdizione costituzionale delle libertà opera in modo ampio, ma è sottoposta ad alcune limitazioni sotto il profilo degli atti sindacabili dal giudice costituzionale. Ad esempio, in alcuni ordinamenti, i ricorsi sono ammissibili soltanto contro atti di alcuni pubblici poteri, non di tutti: è il caso, ad esempio, dell'art. 84 della legge sull'organizzazione giudiziale svizzera, che limita l'impugnazione agli atti delle autorità cantonali; del ricorso costituzionale austriaco, che non è utilizzabile per sanzionare violazioni dei diritti da parte del potere legislativo e giudiziale, o gli atti di diritti privato delle amministrazioni pubbliche.

In altri ordinamenti, invece non sono previsti ricorsi avverso gli atti dei privati, anche se si cerca in via interpretativa di superare questo limite. È il caso, ad esempio, della Spagna, dove la legge organica sul Tribunale costituzionale ha limitato l'*amparo* alla tutela dei diritti violati dagli atti dei poteri pubblici. Ciò anche se la giurisprudenza costituzionale ha tentato di rimediare a tale limite ammettendo in alcuni casi il *recurso de amparo* anche in caso di rapporti tra privati.

c) sistemi che si collocano in una posizione intermedia, di frontiera tra i due modelli, poiché – pur non prevedendo forme di ricorso diretto, ma soltanto questioni di costituzionalità delle leggi – conseguono una sostanziale salvaguardia dei diritti concretamente lesi in virtù di forme di controllo concreto di costituzionalità, o del particolare rapporto che si instaura tra giudizio di costituzionalità delle leggi e processo che ha occasionato il giudizio del Tribunale costituzionale.

d) sistemi, infine, in cui la garanzia dei diritti rimane del tutto indiretta. Emblematico è l'esempio del Consiglio costituzionale francese, il quale esercita un mero controllo preventivo sulle leggi e si qualifica essenzialmente come regolatore dell'attività dei poteri pubblici piuttosto che come protettore dei diritti e delle libertà.

Proprio per le ragioni – sia di ordine dommatico, che storico e politico – che abbiamo evidenziato si stanno ampiamente diffondendo i procedimenti costituzionali finalizzati ad assicurare una tutela diretta dei diritti della persona, consentendo al cittadino che si ritenga leso in un proprio diritto costituzionalmente garantito di ricorrere innanzi al giudice costituzionale.

In Europa, l'accesso diretto alla giustizia costituzionale è previsto – ad esempio – dall'art. 90 della legge sul Tribunale costituzionale federale tedesco, dagli artt. 82 ss.

della Legge sul Tribunale costituzionale austriaco, ovvero dagli artt. 41 ss. della legge organica sul Tribunale costituzionale spagnolo. Ma siffatta forma di tutela ha avuto uno sviluppo particolare soprattutto negli ordinamenti costituzionali iberoamericani.

Al di là della terminologia variamente utilizzata – *habeas corpus*, *habeas data*, *mandado de seguranga*, *amparo*, *acción de tutela* – tali istituti di garanzia costituzionale dei diritti possono essere classificati sotto un duplice punto di vista.

a) Qualora si consideri la natura dei diritti giustiziabili innanzi al Tribunale costituzionale, si può distinguere tra strumenti di garanzia generale o settoriale.

L'esperienza più diffusa e significativa del secondo tipo è costituita dall'istituto dell'*habeas corpus*, il quale consente di impugnare ogni determinazione arbitraria ed illegale dei pubblici poteri che sia suscettibile di incidere sulla libertà personale e di circolazione e soggiorno. Questi strumenti garantistici appaiono limitati dal fatto che, per un verso, tutelano il cittadino dalle aggressioni ai propri diritti provenienti dai pubblici poteri, ma non da altri privati; mentre, per un altro verso, limitano la garanzia ai diritti storici della persona – essenzialmente di libertà personale e di movimento –.

Sotto questo profilo, può essere considerato un rafforzamento del livello di tutela dei cittadini, la diffusione dell'istituto dell'*amparo constitucional*, finalizzato a tutelare i cittadini dalle lesioni di tutti i diritti fondamentali tutelati dalle Costituzioni.

b) Qualora, invece, gli istituti di tutela giurisdizionale vengano presi in considerazione sulla base dei soggetti nei confronti dei quali si può azionare il ricorso si può distinguere, in modo particolare, tra ordinamenti che ammettono il ricorso soltanto nei confronti dei pubblici poteri ed ordinamenti che consentono di ricorrere anche avverso i privati.

Nel primo caso, le Costituzioni hanno optato per formulazioni generali, ammettendo i ricorsi in tutti i casi in cui la presunta violazione provenga dai poteri pubblici: come nel caso, ad esempio, della *Ley Organica 2/1979* del *Tribunal constitucional* in Spagna, de la *Ley de Procedimientos constitucionales* in El Salvador (art. 12), della Costituzione di Panama (art. 50), della Costituzione della Bolivia (art. 120), della Legge sull'*amparo* del Guatemala (art. 9).

Gli ordinamenti che ammettono il ricorso contro atti di privati lesivi di diritti costituzionalmente garantiti introducono, in genere, particolari limiti. Ad esempio, la *ley de amparo* in Costa Rica ammette il ricorso di *amparo* in quattro ipotesi: quando il privato esercita funzioni pubbliche; quando il privato si trova in una particolare posizione di potere nei confronti del ricorrente; quando il privato, per ragioni di fatto, si trova in una evidente posizione di potere; quando gli altri rimedi processuali risultano chiaramente insufficienti per assicurare una piena efficacia dei diritti fondamentali.

Altri esempi significativi possono essere ricordati: in Argentina, il *recurso de habeas data* può essere promosso contro privati che operano nell'informazione; in Guatemala anche contro partiti politici, associazioni e sindacati. Mentre in Colombia i casi nei quali si può procedere contro i privati sono individuati tassativamente nelle fattispecie di:

- a) esercizio di funzioni pubbliche;
- b) organizzazioni private, al cui interno il ricorrente si trova in una posizione di subordinazione;

c) attività suscettibili di ridurre una persona in schiavitù ovvero di determinare la tratta di esseri umani.

### **3. L'apporto della giurisprudenza dei Tribunali costituzionali alla generalizzazione ed all'ampliamento dei diritti fondamentali.**

In primo luogo, i giudici costituzionali assolvono ad una funzione civica, di educazione alla democrazia: può essere corretto parlare di ruolo didattico delle Corti costituzionali, consistente nella loro capacità di radicare nella società la cultura dei diritti fondamentali, di rendere percepibile per l'opinione pubblica il significato ed il valore delle disposizioni costituzionali in materia di diritti.

Tale obiettivo viene perseguito, in numerose Costituzioni, attraverso un'analitica specificazione delle posizioni soggettive riconducibili alla persona umana meritevoli di garanzia costituzionale; ma non va neppure dimenticato che lo stesso risultato si consegue anche – e con effetti più cogenti dal punto di vista giuridico – attraverso una decisa e chiara giurisprudenza dei Tribunali costituzionali.

Una delle caratteristiche esteriori del costituzionalismo contemporaneo è costituita dalla spinta all'universalizzazione di molti diritti della persona; in questo ultimo decennio, in moltissimi Stati, sono state approvate carte costituzionali le quali – al di là delle specificità storiche, della diversità delle forme di governo e di Stato – tendono ad omologarsi sotto il profilo della elencazione dei diritti della persona riconosciuti come fondamentali. Tale tendenza pare avvicinare realtà costituzionali assai differenti, come quelle degli Stati dell'Europa centrale ed orientale, le recenti Costituzioni dell'America latina e centrale e dell'Africa.

Tale dato non deve, tuttavia, trarre in inganno; infatti, i livelli effettivi di garanzia dei diritti fondamentali della persona sono assai diversi tra i vari ordinamenti. In generale, gli *standards* di tutela appaiono più elevati laddove il riconoscimento di determinati diritti esprime un valore sentito come tale dalla comunità sociale, è il riflesso di un convincimento piuttosto che una prescrizione meramente formale. La garanzia dei diritti è più sostanziale laddove essi entrano a far parte del sistema di valori, della cultura sostanziale di un determinato Paese.

Non pare, a nostro avviso, azzardato affermare che i diritti fondamentali della persona traggono il loro fondamento non dalla natura o dallo Stato, bensì dalla *polis*, attraverso il patto costituzionale che si instaura tra i cittadini e tra questi ed i loro rappresentanti. È indubbio che i Tribunali costituzionali, in virtù dell'autorevolezza che deriva dalla loro posizione costituzionale, concorrono in misura determinante a rafforzare la coscienza sociale circa l'essenzialità dei diritti per l'esistenza dello Stato democratico di diritto.

In molti ordinamenti il giudice costituzionale è considerato il principale difensore della Costituzione e dei diritti in essa riconosciuti: il che permette di comprendere la ragione per la quale tale organo ha conseguito autorevolezza e prestigio.

Oltre ad un ruolo educativo, i Tribunali costituzionali assolvono ad una funzione di tipo conoscitivo, qualora si consideri che la loro giurisprudenza in materia di diritti

fondamentali costituisce un emblematico specchio della realtà sociale, delle sue contraddizioni e delle sue trasformazioni. Le decisioni più rilevanti in materia possono essere paragonate alle scene del pittoresco teatro del mondo contemporaneo: ove trova spazio la quotidiana lotta per la vita, per la dignità, per la libertà umana.

Infatti, l'esame dei *leading cases* consente di comprendere, per un verso, l'evoluzione democratica dei sistemi costituzionali, per un altro verso, le profonde disparità esistenti tra gli ordinamenti, che pure si richiamano formalmente alla tradizione del costituzionalismo. Si possono, ad esempio, confrontare le questioni affrontate dai giudici costituzionali dei paesi a democrazia matura – prevalentemente alle prese con i problemi di tutela della persona indotti dallo sviluppo culturale, dal progresso scientifico e tecnologico, dal carattere multiculturale della società – con quelle decise dai Tribunali costituzionali in ordinamenti a democrazia “instabile” – ove, si discute di diritto alla vita, diritto alla sepoltura, diritto ad un processo, ecc. –

Importante si rivela, in particolare, il ruolo dei giudici costituzionali nelle fasi di transizione, allorchè sulle ceneri di un ordinamento totalitario si instaurano nuove Costituzioni ispirate ai valori dello Stato democratico di diritto: i giudici costituzionali esercitano un ruolo determinante nella modernizzazione e nella democratizzazione dell'ordinamento giuridico, contribuendo ad affermare i nuovi valori costituzionali. Ciò soprattutto negli ordinamenti in cui si riconosce la competenza dei Tribunali costituzionali anche in ordine alle leggi ed alla normativa anteriore all'entrata in vigore della Costituzione: in tal modo, si sottolinea con maggior evidenza il valore di “rottura” che la nuova Costituzione intende segnare nei confronti del regime precedente.

Diversi giudici costituzionali hanno potuto depurare l'ordinamento espungendo le disposizioni precostituzionali incompatibili ricorrendo – soprattutto quando erano in gioco diritti fondamentali della persona – alla nozione di incostituzionalità sopravvenuta.

Nella Repubblica federale tedesca, si può richiamare l'art. 123 cost. secondo il quale le leggi anteriori alla prima riunione del *Bundestag* restano in vigore in quanto non contrastanti con la Legge fondamentale. In Italia, il giudice costituzionale ha ammesso, sin dalla sua prima sentenza del 1956, la propria competenza a sindacare le leggi anteriori alla Costituzione, dichiarandone l'illegittimità costituzionale. Egualmente, in Spagna, il Tribunale costituzionale ha affermato che il contrasto tra norma costituzionale e legge ordinaria precostituzionale determina l'incostituzionalità sopravvenuta di quest'ultima, rendendola invalida ed inapplicabile: tuttavia, ha altresì consentito che i giudici ordinari possano disapplicare le norme precostituzionali che ritengono in contrasto con la Costituzione, senza sollevare la questione di costituzionalità innanzi al Tribunale costituzionale.

Con queste decisioni i giudici costituzionali hanno reso vitali i principi costituzionali e le norme in materia di diritti fondamentali diffondendone la conoscenza all'interno del corpo sociale. Inoltre, hanno rappresentato uno stimolo al rinnovamento dell'ordinamento giuridico, eliminando le disposizioni incostituzionali e gli atti dei pubblici poteri lesivi dei nuovi principi in materia di diritti fondamentali, anche se basati su leggi anteriori ancora vigenti.

In terzo luogo la giurisprudenza costituzionale contribuisce a specificare il princi-

pio personalistico, che è alla base della concezione democratica dei diritti fondamentali, sia realizzando un contemperamento tra diversi diritti – entrambi riconducibili alla persona umana –, ma suscettibili di entrare nelle concrete fattispecie in conflitto tra di loro, sia favorendo una lettura evolutiva delle disposizioni costituzionali in materia di diritti della persona umana.

Per quanto concerne il primo profilo, occorre considerare che, mentre i ricorsi diretti di *amparo* hanno ad oggetto prevalentemente lesioni dei diritti fondamentali da parte dei pubblici poteri, in specie dell'autorità giudiziaria, sicchè tendono a trasformarsi in un ricorso di ultima istanza; le questioni di legittimità costituzionale non hanno ad oggetto prevalentemente una lesione diretta di un diritto da parte della legge, quanto una richiesta di bilanciamento tra diritti (costituzionalmente tutelati) suscettibili di entrare in contrasto: ad es. libertà di manifestazione del pensiero e diritto alla riservatezza, libertà di ricerca e diritto alla salute, libertà di iniziativa economica e pluralismo culturale, ecc.

A questo proposito, l'attività dei Tribunali costituzionali è decisiva nel far sì che l'affermazione di un diritto non si traduca nella negazione, nella eccessiva diminuzione di un altro diritto, meritevole egualmente di tutela costituzionale.

Tale situazione si rende possibile, poiché la nozione di persona tutelata, oggi, dalle Costituzioni è assai diversa dal "cittadino" considerato dalla Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino. Gli ordinamenti costituzionali democratici pongono al centro del sistema di protezione dei diritti fondamentali non l'individuo isolato, bensì la persona considerata nella sua proiezione sociale.

Questa particolare proiezione del principio personalistico impone, innanzitutto, ai giudici costituzionali di porre in correlazione i diritti connessi al principio di libertà e quelli collegati al principio di egualanza, ovvero – come più sinteticamente si suole affermare – diritti civili e diritti sociali. Un equilibrio non agevole da conseguire qualora si consideri che gli orientamenti prevalenti tendono a differenziare le due tipologie di diritti (diritti di libertà, diritti economico-sociali) ed a introdurre una sorta di implicita gerarchia, sulla base della considerazione che i diritti sociali – a differenza delle libertà – sono condizionati anche dalle risorse economiche disponibili, dipendendo per la loro effettività dal bilancio pubblico.

In secondo luogo, la necessità di inverare il principio personalistico, così come è inteso nelle forme di Stato sociale e democratico, impone ai Tribunali costituzionali – nel risolvere le specifiche fattispecie – di affermare una evoluta lettura del principio di egualanza, evitando che la garanzia della parità tra le persone ed il divieto di discriminazioni irragionevoli non finiscano per disconoscere le molteplici diversità, individuali e collettive, in cui si articola la società contemporanea. In altri termini, il principio di egualanza, analizzato in connessione con le disposizioni che riconoscono il diritto al libero sviluppo della propria personalità ed identità, non esclude, ma presuppone la tutela delle molte differenze che frastagliano la società: da quella sessuale a quella etnica, da quella culturale a quella linguistica. All'interno del classico principio di egualanza si cela il bozzolo del diritto al riconoscimento delle differenze, il suo essere parte di un gruppo sociale più ampio e fornito di una spiccata individualità.

Infine, i diritti tradizionalmente riconducibili alla tutela della libertà della persona debbono essere contemporanei con lo sviluppo della ricerca scientifica e della tecnologia, con l'impressionante accelerazione delle innovazioni. Agli albori del nuovo millennio, la libertà della persona deve ingaggiare sfide pericolose con nuovi fenomeni, i quali, oltre che costituire un indubbio fattore di modernizzazione ed uno stimolo al progresso, rappresentano al tempo stesso un potenziale pericolo per il libero sviluppo della persona. Si pensi, ad esempio, ai molti interrogativi che alcuni filoni di ricerca (le manipolazioni genetiche, gli interventi di ingegneria biologica, i cambiamenti chirurgici di sesso, le nuove tecniche di fecondazione artificiale) pongono per quanto concerne il rispetto della personalità umana, ivi compresa la sua identità. Equalmente, si possono considerare i nuovi profili del diritto alla riservatezza ed all'identità personale indotti, per un verso, dallo sviluppo delle tecnologie, per un altro verso, dall'evoluzione sociale del costume.

### III.2 – La tutela diretta dei diritti fondamentali da parte dei Tribunali costituzionali in America latina

**Sommario:** 1. La pluralità dei sistemi di giustizia costituzionale e l'originalità della giustizia costituzionale in America latina. 2. L'evoluzione del costituzionalismo nel continente americano e lo sviluppo degli strumenti di tutela diretta dei diritti fondamentali. 3. Tipi e classificazioni dei principali ricorsi a tutela dei diritti fondamentali. 4. La tutela diretta dei diritti nelle situazioni di emergenza. 5. La disciplina dell'amparo constitucional.

#### 1. La pluralità dei sistemi di giustizia costituzionale e l'originalità della giustizia costituzionale in America latina.

L'esperienza del costituzionalismo contemporaneo si contraddistingue per una significativa diffusione della giustizia costituzionale, che ha interessato in misura omogenea non soltanto la quasi totalità dei paesi europei, ma anche numerosi ordinamenti del continente americano; sia ordinamenti di civil law che di common law. Così come esperienze significative si stanno affermando negli ordinamenti costituzionali scaturiti dalla crisi dei regimi comunisti.

Nel caso specifico dell'America latina, poi, tale espansione è stata favorita dai processi di democratizzazione che hanno caratterizzato moltissimi paesi di quel continente, determinando una ampia istituzionalizzazione di organi e di strumenti di giustizia costituzionale.

Tra le ragioni dello sviluppo e del consolidamento della giustizia costituzionale va sicuramente annoverato il fatto che essa appare in grado di assolvere ad una pluralità di funzioni, tutte riconducibili – ovviamente – al principio della supremazia delle norme costituzionali ed alla conseguente illegittimità degli atti contrari.

Innanzitutto, la giustizia costituzionale favorisce la coerenza del sistema giuridico: non solo espungendo le possibili antinomie interne all'ordinamento, costituite dalla presenza di norme di legge contrastanti con quelle di rango costituzionale, ma anche assolvendo ad una funzione di interpretazione autentica del significato delle disposizioni costituzionali ovvero di unificazione degli orientamenti giurisprudenziali in ordine ai diversi articoli della Costituzione

Va, inoltre, considerato che la giustizia costituzionale è comunemente annoverata tra i principali istituti che sono preposti alla tutela delle posizioni soggettive e dei diritti riconosciuti dalla Costituzione: è univoco il consenso intorno all'affermazione – presente nel “Federalista” di Hamilton – secondo cui la presenza nell'ordinamento di un sistema di giustizia costituzionale è una condizione necessaria per impedire che una Costituzione si riduca ad essere «una romantica dichiarazione dei diritti dell'uomo».

La giustizia costituzionale manifesta anche una crescente propensione a svolgere

un'azione di garanzia per le opposizioni politiche a fronte di possibili abusi delle maggioranze parlamentari e del Governo. Tale funzione appare del tutto coerente con il fatto che le decisioni della Corte costituzionale non sono più percepite come ingerenza di un organo non rappresentativo nell'autonomia politica del Parlamento, bensì come freno al possibile assolutismo delle maggioranze. In generale, siffatto obiettivo è conseguito attraverso due distinte procedure: per un verso, un numero crescente di ordinamenti attribuisce anche ad un certo numero di leggi la legittimazione a ricorrere avverso le leggi deliberate dalla maggioranza parlamentare; per un altro verso, alcune giurisdizioni costituzionali riconoscono la competenza a sindacare il procedimento legislativo, i procedimenti interni che le Camere hanno seguito per addivenire all'approvazione di una determinata legge.

Infine, la giustizia costituzionale si è rivelata in grado di assicurare l'equilibrio istituzionale tra i poteri dello Stato e tra lo Stato centrale le Regioni (o gli Stati membri negli ordinamenti federali). I Tribunali costituzionali rafforzano la loro posizione sistematica di difensori della Costituzione svolgendo anche un ruolo arbitrale: in tal caso, i conflitti che possono insorgere tra i poteri e gli organi di vertice dello Stato in ordine alle rispettive competenze sono canalizzati all'interno dei procedimenti giurisdizionali, invece di trovare una soluzione di carattere meramente politico.

Va, inoltre, considerato che tra le ragioni della diffusione della giustizia costituzionale e dello sviluppo di appositi Tribunali costituzionali deve sicuramente essere annoverata anche la convinzione che il processo costituzionale è una delle sedi privilegiate ove si garantisce la tutela delle posizioni soggettive e dei diritti riconosciuti dalla Costituzione: attraverso il processo costituzionale si controllano i pubblici poteri (cioè i governanti) a garanzia dei diritti dei governati, si vigila affinché le decisioni pubbliche non vulnerino le libertà garantite dalla Costituzione. In altri termini, attraverso il processo costituzionale il cittadino è garantito dalla Costituzione attraverso organi e procedure specifiche.

Nel passato, i sistemi di giustizia costituzionale sono stati ordinati – secondo l'autorevole pensiero di P. Calamandrei – sulla base di schemi classificatori di natura prevalentemente duale (formali, sostanziali; diffusi, accentuati; concreti, astratti; preventivi, successivi). Le contrapposte classificazioni erano, a loro volta, riconducibili a due fondamentali modelli: quello di ispirazione nordamericana (judicial review of legislation) e quello austriaco (Verfassungsgerichtsbarkeit).

Tale contrapposizione – come è stato ampiamente ricostruito dalla dottrina – si fondata sul fatto che nel primo soltanto il giudice costituzionale è competente a dichiarare con effetti generali la illegittimità costituzionale di una norma di legge, mentre nel secondo qualsiasi giudice può decidere se una determinata norma debba essere disapplicata in quanto ritenuta in contrasto con il testo della Costituzione. Più in particolare, la judicial review si caratterizza come sindacato diffuso, concreti, con decisioni aventi effetti inter partes; la Verfassungsgerichtsbarkeit, invece, assume il carattere di un controllo di costituzionalità accentuato, astratto, con sentenze aventi effetti erga omnes.

Siffatta bipartizione possiede un'indubbia rilevanza storica e didattica; tuttavia, non appare – oggi – in grado di descrivere i sistemi concretamente operanti nei diver-

si paesi, i quali hanno finito per combinare elementi propri dei due modelli, determinando varie forme di contaminazione.

L'esperienza comparata evidenzia lo sviluppo di dinamiche che fanno evolvere i due principali prototipi di giustizia costituzionale verso risultati convergenti. Da un lato, i sistemi "accentrati" sembrano aprirsi a forme di convivenza con la judicial review; dall'altro lato, i sistemi "diffusi" registrano una tendenza delle Corti Supreme a monopolizzare l'esercizio della giurisdizione costituzionale, accentuando gli elementi di accentramento sostanziale del sistema.

La circolazione delle esperienze giuridiche favorisce un avvicinamento tra sistemi contrapposti e tra le diverse anime del costituzionalismo occidentale: per cui l'esperienza evidenzia casi crescenti di convivenza tra istituti appartenenti a tradizioni giuridiche diverse, innesti di figure proprie della civil law in un contesto di common law.

Ciò in quanto, il fenomeno della circolazione appare animato non tanto da intenti politici o ideologici, ma piuttosto da esigenze funzionali, nel senso che un istituto, un principio, una procedura si affermano in diversi ordinamenti in virtù della loro efficacia, degli esiti positivi e del rendimento che hanno prodotto in altri contesti. Quasi sempre ed ovunque trarre ispirazione da un altro ordinamento costituisce la via principale di sviluppo del diritto.

Tuttavia, sotto un altro profilo, va considerato che nel diritto costituzionale la circolazione, in genere, non produce dei cloni, bensì degli ibridi: una soluzione costituzionale adottata in un contesto geografico, culturale e politico differente da quello originario ha esiti non sempre meccanicamente comparabili, dal momento che viene necessariamente influenzata dalla specificità delle distinte culture costituzionali intese nel senso di complesso di norme, istituzioni, riflessioni dottrinali e politiche, di usi, di caratteri che emergono dal concreto operare della Costituzione in relazione ad un determinato contesto sociale.

Per descrivere questi fenomeni di circolazione e di contaminazione si è parlato tanto di forme di giustizia costituzionale "mista" – contrassegnate dalla presenza contemporanea di forme concrete e astratte, preventive e successive, erga omnes o inter partes – quanto di "mescolanza" dei modelli, cioè di esperienze contraddistinte dalla presenza tanto di istituti propri del controllo concreto, quanto di quello astratto. Come è stato efficacemente affermato, "a seguito dell'impetuosa espansione del costituzionalismo e della forma di Stato liberale e democratica, i modi di fare giustizia costituzionale si sono ancor più mescolati e complicati": per cui, se si esclude la perdurante omogeneità del sistema preventivo di costituzionalità francese, negli altri ordinamenti ci troviamo in presenza sia di sistemi misti, che di mescolanze di sistemi.

In altri termini, rigide classificazioni basate sulle caratteristiche degli istituti e degli strumenti processuali stanno perdendo la loro capacità interpretativa dei processi in atto. Per questa ragione settori autorevoli della dottrina preferiscono adottare classificazioni ispirate non tanto alla struttura, quanto alle finalità proprie del processo costituzionale.

Ad esempio, alcuni suggeriscono di distinguere tra control de constitucionalidad de la ley y control con ocasión de la aplicación de la ley; altri introducono una contrap-

posizione tra sistemi basati sulla leggi e sistemi orientati alla garanzia dei diritti; oppure differenziano tra procedimenti che si ispirano ad una logica soggettiva e concreta ovvero ad una logica oggettiva ed astratta. Non mancano, poi, autori che preferiscono puntare l'attenzione non tanto (o non solo) sulle caratteristiche del processo costituzionale, quanto sulla sua formazione ed evoluzione storica: distinguendo, quindi, tra sistemi originari e derivati. Così come si prospetta, dinanzi alla varietà delle soluzioni istituzionali adottate in diversi ordinamenti, la necessità teorica non tanto di affiancare ai prototipi storici ulteriori "modelli", quanto di ragionare sul fatto che elementi di quelli tendono a combinarsi secondo una molteplicità di combinazioni.

Questa caratteristica sembra qualificare in misura significativa la realtà degli ordinamenti dell'America latina, i quali – senza entrare nel merito delle diverse classificazioni introdotte- evidenziano una varietà di esperienze di giustizia costituzionale difficilmente riconducibili a classificazioni classiche (o comunque valide per gli ordinamenti europei e del Nord America).

L'indubbia originalità di alcune soluzioni giuridiche e la pluralità di strumenti processuali previsti rappresentano per il comparatista un vero e proprio laboratorio di formule peculiari di giustizia costituzionale.

In particolare, alcuni aspetti dell'esperienza costituzionale latinoamericana meritano una specifica attenzione.

In primo luogo, non va dimenticato che il passaggio da forme di controllo di costituzionalità ed esperienze di giustizia costituzionale è tutt'altro che recente, risalendo ad un periodo sicuramente anteriore alla tradizione europea.

Se in una prima fase conseguente alla conquista dell'indipendenza ed alla diffusione del pensiero bolivariano, si affermò – sulla base dell'influenza del costituzionalismo francese – l'idea di una difesa politica della Costituzione, da attuarsi attribuendo il compito di vigilare sul rispetto delle norme costituzionali o a organi interni al potere legislativo (ad esempio nella Costituzione politica della Bolivia del 1826, della Costa Rica del 1821, del Brasile del 1824, del Perù del 1823) o a organi consultivi come il Consiglio di Stato (ad esempio, la Costituzione ecuadoriana del 1851).

Successivamente, la forza attrattiva dell'esperienza costituzionale degli Stati Uniti d'America e dell'Europa, prima, l'introduzione di forme di giustizia costituzionale diffusa, con l'attribuzione alla Corte suprema del monopolio del controllo di costituzionalità quindi, l'istituzione di veri e propri Tribunali costituzionali: il primo dei quali fu previsto nella Costituzione di Cuba del 1940, che introdusse all'interno del Tribunale supremo di giustizia una Sala specializzata denominata Tribunal de garantías constitucionales y sociales.

In secondo luogo, il sistema iberoamericano di giustizia costituzionale si segnala – come abbiano accennato – per l'eterogenità delle esperienze, che fanno di tale realtà una vero e proprio patchwork costituzionale.

Per un verso, nel continente americano si assiste alla convivenza di Tribunali costituzionali esterni al potere giudiziario (Cile, Ecuador, Guatemala e Perù), Tribunali costituzionali interni all'ordine giudiziario (Bolivia e Colombia), Sale costituzionali autonome, articolazioni delle Corti supreme (El Salvador, Costa Rica, Paraguay, Nicaragua, Venezuela) e tribunali ordinari che svolgono anche la funzione di giusti-

zia costituzionale (Argentina, Brasile, Honduras, Messico, Panama e Uruguay).

Per un altro verso, la varietà dei modi di accesso alla giustizia costituzionale fa dell'America latina rappresenta un originale laboratorio, in cui si ha la coesistenza di forme di controllo concentrato e diffuso (Colombia, Guatemala, Perù, Bolivia, Ecuador, Brasile, Argentina); di controllo preventivo e successivo (Bolivia, Colombia, Cile), di controlli di costituzionalità e di recursos de amparo.

Tuttavia, nonostante l'attenzione che il peculiare sincretismo delle esperienze americane di giustizia costituzionale suscita, è indubbio che l'interesse della dottrina europea nei confronti dei sistemi latinoamericani di giustizia costituzionale è attratto, soprattutto, dall'esperienza del juicio de amparo: sia perché tale competenza rappresenta in quegli ordinamenti lo strumento privilegiato di tutela giurisdizionale dei diritti costituzionali; sia per l'influenza che tale istituto processuale ha esercitato in alcune Costituzioni – prima fra tutte la Costituzione spagnola del 1978 -, e per il contributo dato alla circolazione giuridica delle forme di ricorso diretto di costituzionalità a tutela dei diritti.

## **2. L'evoluzione del costituzionalismo nel continente americano e lo sviluppo degli strumenti di tutela diretta dei diritti fondamentali.**

È convinzione consolidata che la garanzia sia una condizione essenziale per assicurare l'effettività di un diritto; che non si possa parlare di diritti se le posizioni soggettive non vengono efficacemente protette. Conseguentemente, per valutare l'effettività delle codificazioni costituzionali in materia di diritti è necessario considerare le forme di tutela, gli strumenti e le istituzioni che ne consentono un effettivo esercizio.

In proposito, la dottrina ha suddiviso le garanzie costituzionali in due tipi distinguendo tra garanzie giurisdizionali ed istituzionali: le seconde possono essere ricondotte alle caratteristiche del sistema giuridico e ad alcuni dei principi propri dello Stato democratico di diritto (riserva di legge, principio di legalità, separazione dei poteri, indipendenza del potere giudiziario, imparzialità dell'amministrazione pubblica) –; le prime, a loro volta, presuppongono l'esistenza di un diritto alla tutela judicial efectiva, la precostituzione di un giudice competente a giudicare sulla lesione di un diritto costituzionale, l'individuazione di un processo quale meccanismo giuridico attraverso il quale pervenire alla decisione.

In altri termini, la garanzia circa l'effettività di un diritto deve essere assicurata attraverso la presenza: di un organo esterno al processo politico e fornito dei requisiti di imparzialità e di professionalità, di un procedimento che presenta i caratteri tipici di un processo, di un giudizio operato le tecniche proprie del metodo giuridico.

Non si può negare che sussista un collegamento molto stretto tra riconoscimento e tutela giurisdizionale di un diritto; così come si ritiene che una garanzia organica dei diritti garantiti in Costituzione necessiti di un sistema di giustizia costituzionale, di una giurisdizione costituzionale delle libertà, secondo l'efficace e sempre attuale affermazione di Cappelletti.

Siffatta consapevolezza è confermata dall'evoluzione della giurisprudenza dei

Tribunali costituzionali e dalla circostanza che l'attività di tali organi si caratterizza soprattutto per la loro giurisprudenza in materia di diritti della persona. Ricorrendo alle parole della Declaración de Antigua (Guatemala, 1992) in materia di giustizia costituzionale, si può sostenere che “la existencia de una justicia constitucional se ha convertido en un elemento esencial de la garantía de la libertad y de los demás derechos fundamentales”.

La stretta interdipendenza che unisce oggi la costituzionalizzazione e la specificazione dei diritti fondamentali allo sviluppo di forme di giustizia costituzionale è particolarmente evidente nel “neocostituzionalismo” latinoamericano, il quale introduce elementi di profonda novità nell’evoluzione del pensiero giuridico e costituzionale dell’America latina.

L’esperienza costituzionale del Centro e Sud America, pur avendo avuto esiti istituzionali assai diversi, si è alimentato del medesimo humus del costituzionalismo europeo, sia per l’influenza esercitata dalla Spagna, che fu determinante per plasmare l’identità del continente iberoamericano, sia perché la spinta rivoluzionaria dei movimenti di indipendenza favorì l’infiltrazione e la diffusione dei principi del costituzionalismo liberale.

Tuttavia, sebbene l’intero continente iberoamericano abbia partecipato – sia pure con gradazioni ed intensità assai differenti da paese a paese – al pensiero politico e giuridico del costituzionalismo europeo e nord-americano, è indubbio che i sistemi costituzionali si sono sviluppati seguendo percorsi autonomi, fortemente condizionati dal contesto politico, economico e sociale: il che, se da un lato, ha determinato in alcuni momenti un radicale scostamento dalla tradizione liberale, dall’altro lato, ha favorito il formarsi di istituti originali, la formazione di numerosi “ibridi”.

Inoltre, non vanno sottovalutati i tratti di discontinuità che separano le vigenti Costituzioni dalla tradizione costituzionale del continente. Queste costituiscono – a giudizio della dottrina – un’importante novità rispetto al passato, segnano uno spartiacque nella storia costituzionale di diversi ordinamenti dell’America latina, al punto che non pare azzardato parlare in proposito di “nuovo” costituzionalismo latino-americano. Si tratta, inoltre, di un processo costituenti generalizzato qualora si consideri che dei 18 paesi latinoamericani che si ispirano ai principi del costituzionalismo, 12 hanno approvato nuove Costituzioni, mentre importanti riforme costituzionali si sono avute anche in Bolivia, Costa Rica, Ecuador, Messico e Uruguay.

I tratti essenziali di tale cambiamento hanno, a nostro avviso, coinvolto sia il processo costituenti, sia la nozione di Costituzione, sia infine le tecniche di garanzia dei diritti fondamentali.

Sotto il profilo delle procedure costituzionali si è in presenza di transizioni pacifiche, di processi di democratizzazione e di procedure costituzionali pactadas, finalizzate a conferire legittimazione alle scelte costituenti. Basti considerare, a titolo di esempio: il processo di negoziazione in Colombia con esponenti della guerriglia, che facilitò la riforma costituzionale del 1991; le modifiche introdotte nella Costituzione di El Salvador, dopo l’accordo con il Frente Farabundo Martí nel 1991; il Pacto de los olivos in Argentina, celebrato nel 1993 tra i presidenti delle forze politiche maggioritarie del Peronismo e del Radicalismo, che servì da base per la riforma costituzionale

del 1994; il patto tra gli oppositori al governo militare che favorì la riforma costituzionale del 1988 in Brasile.

Sul piano, poi, della teoria della Costituzione si assiste ad una profonda novità rappresentata dal diffondersi di una idea normativa di Costituzione, che supera una concezione semantica della Costituzione, quale documento prevalentemente politico e programmatico, ma non suscettibile di immediata e diretta applicazione. Se, per un verso, le Costituzioni appartenenti al primo costituzionalismo latinoamericano erano concepite alla stregua di un manifesto: “como un ideal, como un necesario instrumento para el cambio y para el logro de los principios y objectivos políticos que idealmente proclamaban”; per un altro verso, il passaggio dal Derecho político al Derecho constitucional produce nell’assetto costituzionale degli Stati alcune conseguenze fondamentali: non solo sancisce l’immediata precettività delle disposizioni contenute nelle Costituzioni, ma favorisce anche una conseguente progressiva giurisdizionalizzazione del diritto costituzionale, con l’introduzione di appositi organi competenti ad affermare il primato della Costituzione sulle altre fonti del diritto.

Sotto il profilo della loro struttura – poi – le Costituzioni dei paesi dell’America latina si qualificano non solo per la presenza di ampi e dettagliati cataloghi di diritti, ma anche per la comune consapevolezza che essi costituiscono un elemento qualificante il patto che si instaura tra i cittadini e tra questi ed i loro rappresentanti: nel senso che il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali sono elementi caratterizzanti la forma di Stato democratico di diritto. In piena coerenza con le dichiarazioni della Carta Democratica Interamericana (Lima, 2001) secondo la quale il rispetto essenziale dei valori democratici rappresenta una condizione necessaria dell’organizzazione politica di questo emisfero.

La stretta integrazione che si rileva tra processi di democratizzazione, approvazione di nuove carte costituzionali e riconoscimento di numerosi diritti emerge sia da diversi preamboli costituzionali, sia da specifiche disposizioni costituzionali.

In relazione ai primi si possono ricordare i preamboli che individuano nella forma di Stato democratica la sola forma di organizzazione politico-istituzionale capace di assicurare i diritti e la dignità della persona (Venezuela, Brasile, El Salvador, Guatemala). A sua volta, l’art.5. 2. della Costituzione del Cile considera il rispetto dei diritti della persona un limite all’esercizio della sovranità, mentre la difesa della persona e il rispetto della sua dignità costituiscono il fine supremo della società e dello Stato. Mentre l’art.1 della Costituzione del Perù e l’art.59 della Costituzione dell’Honduras affermano solemnemente che “la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla. La dignidad del ser humano es inviolable”.

Il nuovo costituzionalismo iberoamericano si caratterizza anche per una diffusa adesione alla forma di Stato sociale e democratico: come dimostrano l’art.1 delle Costituzioni di Ecuador, Colombia e Bolivia che parlano di Stato sociale di diritto fondato sul rispetto della dignità umana e sui valori di libertà, egualianza e giustizia. Mentre l’art.2 della Costituzione del Venezuela qualifica l’ordinamento come uno Stato democratico e sociale di diritto, che propugna la preminenza dei diritti umani, dell’etica e del pluralismo politico.

Anche nell'ambito specifico dei diritti della persona si è in presenza di significativi elementi di novità: sia in quanto si afferma una nozione più evoluta di persona, che pone il valore della libertà a fianco di quello di dignità e che arricchisce il principio di egualanza di nuovi significati; sia perché vengono potenziati ed affinati gli strumenti di garanzia, tra i quali si stagliano la regolamentazione in senso garantistico degli stati di eccezione, l'introduzione all'interno delle Costituzioni di clausole di apertura all'ordinamento internazionale, nonché la previsione di una vasta gamma di strumenti di giustizia costituzionali orientati alla tutela diretta dei diritti.

### **3. Tipi e classificazioni dei principali ricorsi a tutela dei diritti fondamentali.**

I sistemi di giustizia costituzionale possono essere classificati – come si è visto nel paragrafo iniziale – introducendo, una distinzione di massima tra quelli che si pongono principalmente di depurare l'ordinamento dai vizi delle leggi e di assicurare l'equilibrio tra i poteri, ovvero quelli che appaiono maggiormente orientati alla difesa dei diritti fondamentali: come è stato affermato si può porre un'alternativa tra la “jurisdicción constitucional kelseniana” e “la jurisdicción constitucional de la libertad”.

Appartengono al primo tipo, ad esempio, i controlli preventivi di costituzionalità delle leggi, degli atti con forza di legge e dei trattati internazionali, i conflitti di attribuzione ed i ricorsi di costituzionalità; mentre tra gli esempi più significativi di sistemi orientati alla tutela diretta dei diritti si possono annoverare, per un verso, le esperienze di judicial review e, per un altro verso, i recursos de amparo innanzi ai Tribunali ordinari o costituzionali .

Si collocano, invece, in una posizione intermedia i processi costituzionali attivati sulla base di una cuestión de incostitucionalidad. nei quali la tutela dei diritti opera soltanto in via indiretta nel senso che consegue dal particolare rapporto che si instaura tra giudizio di costituzionalità delle leggi e processo che ha occasionato il giudizio del giudice costituzionale. In questo caso, l'istituto processuale della pregiudizialità consente di combinare la tecnica del controllo astratto con quella del controllo concreto.

Il giudizio di costituzionalità in via incidentale rappresenta una fortunata “ibradazione” dei due prototipi modelli più antichi, dal momento che l'organo competente a decidere è unico come nel c.d. “modello austriaco”, però ciascun giudice può essere coinvolto nel processo costituzionale come negli Stati Uniti.

Apparentemente, il giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale presenta i caratteri propri di un “processo di diritto obiettivo”, finalizzato, principalmente, a garantire l'interesse obiettivo dell'ordinamento alla costituzionalità delle leggi, però il dubbio sulla costituzionalità della legge promana da un caso concreto e riguarda non il puro enunciato normativo della disposizione, ma la norma che incide direttamente sulle posizioni soggettive esaminate nel processo. D'altra parte, nella vita concreta della giurisdizione la distinzione tra sistemi oggettivi o soggettivi risulta non così netta, dal momento che – come è stato autorevolmente affermato – “lo abstracto vive en el concreto y lo concreto es la espacífica articulación en un caso de normas abstractas”.

All'interno di questi schemi classificatori, le principali forme di tutela diretta dei diritti fondamentali da parte di un giudice – ordinario o speciale – sono riconducibili a due esperienze fondamentali: quella tedesca in ambito europeo, quella messicana all'interno del continente latino americano.

La prima ebbe il suo riconoscimento nell'emendamento introdotto nel 1969 alla Legge fondamentale (art.93.4 a), secondo il quale la Corte costituzionale federale è competente a decidere – una volta esauriti i ricorsi ordinari – sui ricorsi di costituzionalità proposti da chiunque lamenti la lesione da parte dei pubblici poteri sia dei diritti fondamentali, sia di altri diritti riconosciuti in parti diverse della Costituzione: come, ad esempio, il diritto fondamentale alla vita, alla parità nel godimento dei diritti civili e politici, il diritto di voto, il diritto a determinate garanzie processuali.

Inoltre, il sistema tedesco di protezione dei diritti fondamentali si è dotato di un altro interessante istituto costituito dal c.d. ricorso di amparo municipal contro le norme di legge che attentano all'autonomia istituzionale degli enti locali garantita dalla Costituzione: in questo caso, il ricorso può essere presentato tanto ai Tribunali costituzionali dei Länder (per violazione del diritto statale), quanto al Tribunale costituzionale federale (per violazione del diritto federale o come intervento sussidiario nel caso di impossibilità di presentare la questione dinanzi al tribunale di un Länder). Si tratta tuttavia di una competenza di difficile sistematizzazione, in quanto si può discutere se sia sia in presenza di un vero e proprio ricorso diretto a tutela di un diritto costituzionale oppure di un ricorso per dirimere un conflitto di competenza.

L'influenza esercitata dall'ordinamento costituzionale tedesco ha favorito una diffusione dei ricorsi diretti per la tutela dei diritti fondamentali in numerose Costituzioni dell'Europa orientale. Si può ricordare, a titolo di esempio che: l'art.79 Cost. Polonia prevede il ricorso diretto dei cittadini contro le violazioni dei diritti fondamentali da parte di provvedimenti definitivi adottati da autorità amministrative o giurisdizionali; l'ordinamento costituzionale ungherese (Legge sul Tribunale costituzionale dell'Ungheria del 1989) e slovacco (art.127.1 Cost. slovena), a loro volta, prevedono un ricorso diretto da parte di qualsiasi persona che lamenti una violazione dei propri diritti fondamentali, una volta esperiti e rimedi ordinari previsti.

Mentre la Slovenia ammette i ricorsi diretti in caso di violazione dei diritti da parte di atti legislativi, amministrativi e giurisdizionali anche in via eccezionale se la violazione è manifesta ed un eventuale ritardo può determinare pregiudizi irreparabili (artt.160 ss). Il medesimo istituto è previsto anche dall'art.189 della Costituzione svizzera, che attribuisce al Tribunale federale la competenza a giudicare della lesione dei diritti costituzionali cantonali.; oltre che dalle Costituzioni della Macedonia (art.50) e della Russia (art.125.4).

In ambito europeo, poi, merita una sottolineatura la previsione di forme particolari di ricorso diretto a tutela delle minoranze nazionali, previste tanto in ambito europeo, quanto nazionale.

Con riferimento al primo caso si può ricordare che il Tribunale europeo dei diritti dell'uomo è competente a decidere sui ricorsi presentati dalle minoranze nazionali che lamentano una lesione diretta del loro diritto all'identità culturale (in particolare, per

quanto concerne il diritto ad utilizzare la propria lingua, la libertà di associazione, la tutela del proprio tradizionale stile di vita, il diritto alla partecipazione ed alla rappresentanza politica): va, tuttavia, segnalato che il godimento di tali diritti sono in molti casi rimessi all'apprezzamento discrezionale da parte dei singoli Stati.

Per quanto concerne l'ambito nazionale si può richiamare lo Statuto del Trentino Alto Adige, il cui art.97 prevede la possibilità di impugnare innanzitutto alla Corte costituzionale italiana le leggi regionali e provinciali per lesione del principio di parità tra i gruppi linguistici.

Assai più variegata si presenta, invece, l'esperienza latino americana dei ricorsi di amparo, la quale affonda la propria origine nel costituzionalismo messicano. Tale istituto – a giudizio di alcuni autori – può essere ricondotto alla figura dell' amparo colonial, uno strumento processuale per la protezione dei diritti della persona considerati violati da atti illegittimi. In proposito, si può rammentare che il primo caso conosciuto di amparo colonial fu presentato al Viceré da un gruppo di indigeni che rivendicavano la restituzione delle terre possedute dai loro antenati .

Così come, sempre in una prospettiva storica, si può citare anche il Decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana del 22 ottobre 1814 – considerato dalla dottrina il simbolo più chiaro del ideal insurgente- il cui art.127 riconosceva il diritto di ogni cittadino a presentare reclami contro le violazioni dei diritti fondamentali riconosciuti. Mentre, a sua volta, l'art.8 della Costituzione di Yucatán del 31 marzo 1841, che consentiva di ricorrere contro atti o leggi dei poteri pubblici;

Tuttavia, qualora si consideri la differenza esistente tra controllo politico o giurisdizionale di costituzionalità, appare più pertinente il riferimento all' art.25 dell' Acta de Reformas Constitucionales del 18 maggio del 1847, il quale attribuiva ai tribunali della Federazione la competenza a riconoscere l'esercizio e la conservazione dei diritti di rango costituzionale contro le lesioni provenienti dal potere legislativo ed esecutivo; mentre gli artt. 101 ss della Costituzione federale del 5 febbraio 1857, parlando di leggi o atti di "cualquiera autoridad", ampliava l'ambito della tutela includendo anche le decisioni dei tribunali.

Come già anticipato, i sistemi di tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali vigenti nel continente latinoamericano si caratterizzano per la varietà e la originalità della loro disciplina. In proposito, si possono introdurre alcune classificazioni.

In primo luogo, qualora si consideri l'organo competente a decidere il ricorso, si distingue tra ricorsi ordinari e costituzionali. Mentre questi ultimi – come si vedrà meglio in altro paragrafo – rientrano tra le competenze proprie dei Tribunali costituzionali, i primi danno vita a procedimenti giurisdizionali risolti dal potere giudiziario ordinario.

Ricorsi ordinari sono previsti, ad esempio, in Cile, la cui Costituzione disciplina il recurso de protección, il quale consente di ricorrere innanzitutto alle Cortes de Apelaciones contro atti od omissioni illegali che incidono sul legittimo esercizio dei diritti e delle garanzie costituzionali; oppure in Argentina, dove la riforma costituzionale del 1994 ha introdotto vari ricorsi a tutela dei diritti fondamentali (habeas corpus, habeas data, amparo) esperibili contro tutti i comportamenti suscettibili di restringere in modo arbitrario o manifestamente illegale l'esercizio di un diritto fondamentale.

Equalmente, ricorsi ordinari di amparo o di habeas corpus o di habeas data sono previsti negli ordinamenti costituzionali del Messico, di Panama, della Colombia, dell'Ecuador e del Brasile.

Inoltre, i ricorsi per la tutela diretta dei diritti fondamentali possono essere classificati in relazione ai soggetti nei cui confronti può essere presentato il ricorso.

In questo caso, si distingue tra ordinamenti che ammettono il ricorso solo nei confronti di tutti i pubblici poteri (Cile, Messico, Panama, Ecuador, Bolivia, El Salvador); tra ordinamenti che escludono dari ricorsi di amparo contro i pubblici poteri le sentenze dei giudici – è il caso, ad esempio, della Colombia ove la Corte costituzionale (sentenza C-543 del 1992) ha dichiarato incostituzionale la norma del decreto 2591 del 1991 che prevedeva l' *acción de tutela* anche contro le decisioni giurisdizionali – o che consentono di ricorrere anche verso atti od omissioni dei privati (Argentina, Costa Rica, Guatemala, Colombia).

I ricorsi avverso i privati, in genere, sono sottoposti ad alcune limitazioni specifiche. Per esempio, la Ley de Amparo della Costa Rica ammette il ricorso contro i privati in tre ipotesi: se il privato svolge funzioni pubbliche; se si trova in una posizione di preminenza nei confronti del ricorrente; quando i rimedi processuali ordinari appaiono insufficienti o tardivi per consentire un tutela effettiva dei diritti fondamentali.

Equalmente, in Brasile il mandado de securanga può essere attivato soltanto nei confronti di privati che esercitano funzioni pubbliche; mentre, in Colombia, la legge individua tassativamente i casi in cui può essere presentato un ricorso contro privati.

#### **4. Segue: ricorsi settoriali e generali.**

Tuttavia, la distinzione principale consente di suddividere i ricorsi a seconda che siano previsti istituti di garanzia generale ovvero settoriale.

Il principale strumento settoriale di tutela diretta dei diritti è costituito dall' habeas corpus – successivamente accompagnato dall' habeas data che ne costituisce una naturale evoluzione, dal momento che la tutela della riservatezza e la protezione dei dati personali costituiscono elementi necessari al libero sviluppo della personalità – : tale istituto consente, in generale, di impugnare qualsiasi determinazione arbitraria dei poteri pubblici suscettibile di incidere sulla libertà personale, intesa in una accezione ampia.

Il ricorso di habeas corpus – riconducibile all'omonimo istituto inglese, introdotto per tutelare la libertà personale da limitazioni arbitrarie – rappresenta uno strumento processuale assai risalente nel tempo: basti considerare che una apposito progetto di legge fu elaborato dalle Cortes de Cádiz già nel 1810, mentre la prima disciplina positiva si rinviene nel Codice penale dell'Impero del Brasile del 1830.

Nella sua ampia diffusione nei paesi dell' America latina ha ricevuto discipline differenziate, sia dal punto di vista della denominazione che sotto il profilo dell' individuazione delle posizioni soggettive tutelate.

Con riferimento al primo elemento si può evidenziare che in alcuni ordinamenti si

parla di recurso de exhibición personal (Honduras, El Salvador, Guatemala), di madero de segurança (Brasile), di amparo a la libertad (Venezuela), di recurso de amparo (Chile) o di amparo libertad (Messico) secondo la classica classificazione di Fix Zamudio. Per quanto concerne, poi, l'oggetto della garanzia si oscilla dalle posizioni più restrittive – che tutelano i diritti “storici” di libertà dagli arresti e di circolazione – a quelle più evolute, che ricoprendono nella tutela la gran parte delle posizioni soggettive riconducibili al diritto costituzionale al libero sviluppo della propria personalità, alla libertà da coscienza e di opinione, alle garanzie processuali (dal diritto alla difesa al principio di presunzione di innocenza).

Tuttavia, nonostante la varietà dei percorsi, mi pare che non sia arbitrario ricondurre i differenti istituti processuali all'interno di una figura unitaria sia per la sua funzione istituzionale, finalizzata ad assicurare il controllo del giudiziario nei confronti dell'esecutivo e a determinare la legalità costituzionale di ogni provvedimento restrittivo della libertà individuale. Sia perché il suo obiettivo specifico può essere individuato nella tutela di una visione sempre più evoluta di persona, passando dalla garanzia della libertà personale alla salvaguardia della libertà della persona.

Alla luce di tale sviluppo si può, a nostro avviso, affermare che i diversi strumenti processuali riconducibili alla figura dell' *habeas corpus* fanno parte dello strumentario che il costituzionalismo ha predisposto nell'ambito dei diritti fondamentali e rappresentano, in quanto tali, una delle manifestazioni della giustizia costituzionale: come ha emblematicamente evidenziato l'ordinamento costituzionale della Costa Rica allorché ha attribuito siffatta competenza alla Sala costituzionale.

Tra i profili di interesse che rivela l'evoluzione dell'*habeas corpus* in America latina merita una particolare sottolineatura la crescente esigenza di riconoscere l'esercizio di tale strumento processuale anche durante i regimi di eccezione

La storia costituzionale dell'America latina – pur con qualche differenza – è stata contrassegnata dal succedersi di colpi di Stato, di moti e di rivoluzioni, che determinarono – come è stato efficacemente affermato – “la duración indefinida de la vigencia formal y la conculcación constante del texto constitucional. Tale risultato è stato possibile, in genere, attraverso il ricorso alla disciplina degli stati di emergenza, che consentivano di derogare (spesso a tempo indeterminato) alle norme costituzionali, senza peraltro abrogarle espressamente.

Per tale motivo, i testi costituzionali del nuovo costituzionalismo latinoamericano si sono premurati di disciplinare i presupposti, le modalità ed i limiti dei poteri attribuiti in seguito alla dichiarazione di una situazione di emergenza: con particolare riferimento alle procedure da seguire per conferire legittimazione agli stati di eccezione. Così come hanno precisato le garanzie ed i diritti individuali che, comunque, debbono essere riconosciuti.

Si tratta di una novità importante sia dal punto di vista teorico, che pratico. Teoricamente, lo stato di eccezione cessa di essere una fonte del diritto extra ordinem, per essere – in sintonia con il principio di legalità, proprio dello Stato di diritto – regolata dalla Costituzione. In pratica, poi, le procedure che regolano l'emergenza politica ed istituzionale consentono di introdurre dei limiti legali all'esercizio del potere, a garanzia dei diritti fondamentali di libertà riconosciuti dalle Costituzioni.

Ad esempio, la Costituzione della Colombia stabilisce che le libertà fondamentali riconosciute nei trattati internazionali non possono essere lese durante el estado de insurrección (art. 212); la Costituzione del Nicaragua salvaguardia, durante gli stati di emergenza, il diritto alla vita ed i diritti riconducibili alla dignità ed all'integrità della persona umana (art.185); la Costituzione del Perù dispone che durante el estado de asedio y de emergencia si conservano le garanzie processuali proprie del juicio de amparo y habeas corpus (art.200); a sua volta la Costituzione del Venezuela garantisce durante gli stati di emergenza, oltre al diritto alla vita, il diritto ad un giusto processo, mentre vieta la tortura e la discriminazione (art.337). Inoltre, disposizioni costituzionali similari sono presenti nelle Costituzioni del Paraguay, del Guatemala, del Cile, dell'Argentina.

Così come si può citare, in proposito, l'orientamento della Corte Interamericana de Derechos Humanos, secondo il quale durante la vigenza degli stati di emergenza deve, comunque, garantirsi l'esercizio di tutti gli strumenti processuali previsti dalle Costituzioni per la tutela diretta dei diritti fondamentali (juicio de amparo, habeas corpus, mandato de segurança, recurso de protección, acción de tutela).

Una peculiarità del sistema latinoamericano di tutela dei diritti fondamentali è rappresentata dall'istituzione di Tribunali elettorali, cioè di organi autonomi, specializzati e permanenti – di norma, incardinati all'interno del Poder Judicial) – aventi competenza in materiale elettorale per quanto concerne sia l'organizzazione delle elezioni, sia la risoluzione delle controversie elettorali.

Tali organi hanno svolto un ruolo istituzionale di grande rilevanza: per un verso, vegliando sulla regolarità delle procedure elettorali e sulla legittimità della rappresentanza politica, hanno favorito la transizione e il consolidamento democratico nel continente americano. Per un altro verso, hanno trasferito i contenzioni in materia elettorale da quelli di natura politica a quelli giurisdizionali, ampliando lo spettro delle forme di giustizia costituzionale, intesa come tutela giurisdizionale della primizia della Costituzione.

In tal modo la giustiziabilità dei diritti costituzionali si è estesa anche all'ambito dei diritti politici – in alcuni ordinamenti esclusi dal ricorso di amparo –. Ad esempio, secondo una giurisprudenza risalente agli inizi del secolo passato della Suprema Corte de Justicia de la Nación del Messico la violazione dei diritti politici non autorizzava la presentazione di un ricorso di amparo “porque no se trata de garantías individuales”.

In questo contesto, si segnala l'articolata esperienza messicana che alcuni autori hanno qualificato come “sistema integral de justicia constitucional”. Essa, infatti, si articola in tre livelli: uno amministrativo, che consente di presentare un recurso de revisión presso l'Instituto federal electoral; uno propriamente costituzionale, che autorizza i partiti politici e le minoranze parlamentare a sollevare un'azione di inconstituzionalità presso la Suprema Corte de Justicia de la Nación contro leggi ritenute lesive delle disposizioni costituzionali in materia elettorale. Una forma, infine, di ricorso diretto a tutela dei diritti elettorali presso il Tribunal electoral del Poder Judicial avverso atti o risoluzioni in materia elettorale.

A loro volta, i ricorsi generali a tutela dei diritti possono essere attivati a salva-

guardia di qualsiasi diritto riconosciuto e protetto dalla carta costituzionale, dalle leggi o dagli accordi internazionali ratificati dallo Stato.

In generale, la legittimazione attiva spetta a qualsiasi persona – fisica o giuridica (compresi gli stranieri) – che si ritenga lesa o minacciata nell'esercizio di un diritto fondamentale. Con il ricorso si chiede al giudice competente che venga ristabilito il godimento del diritto leso illegittimamente; le decisioni sono vincolanti per l'autorità pubblica ed in caso di mancato rispetto della decisione il giudice può sollecitare la rimozione del funzionario inadempiente, l'applicazione di sanzioni e di indennizzi.

Tra le azioni di carattere generale a tutela dei diritti costituzionalmente garantiti suscita un particolare interesse per lo studioso di diritto pubblico comparato – accanto allo strumento processuale dell'amparo constitucional – l'esperienza delle azioni popolari e di gruppo, previste a garanzia dei diritti e degli interessi collettivi: con particolare attenzione per alcuni beni quali la sicurezza e la salute pubblica, l'etica amministrativa, l'ambiente, il mercato e la libera concorrenza economica.

La possibilità per i cittadini di ricorrere ai Tribunali costituzionali al fine di far verificare la legittimità degli atti normativi era già stata prefigurata da alcuni teorici della giustizia costituzionale – tra cui Kelsen; tuttavia è soprattutto in America Latina che l'istituto ha trovato ampia applicazione nel diritto positivo. Infatti, l'azione popolare di incostituzionalità è prevista dalle Costituzioni della Colombia, El Salvador, Nicaragua, Venezuela e Panama, Guatemala ed Ecuador.

L'azione popolare può essere attivata sia da privati, sia da specifici organi quali –ad esempio- il Difensore del popolo o il pubblico ministero. I principi processuali applicabili sono analoghi a quelli delle azioni di amparo: prevalenza del diritto sostanziale, pubblicità, economia, celerità ed efficacia. Inoltre, il giudice deve assicurare il rispetto delle garanzie processuali e dell'equilibrio tra le parti.

All'interno di questi caratteri generali, si hanno poi delle specificità. Ad esempio, la legittimazione attiva in Colombia, El Salvador e Nicaragua è consentita a tutti i cittadini; invece, in Venezuela e Panama è estesa a qualsiasi persona, anche se non gode del requisito della cittadinanza. In Guatemala, poi, è concessa a qualsiasi individuo, che deve però essere assistito da un collegio di tre avvocati; mentre in Ecuador è soggetta a previo parere favorevole del Defensor del Pueblo.

Inoltre, per quanto concerne l'oggetto del ricorso, la Costituzione di Panama prevede che possano essere oggetto di impugnazione non solo le leggi e gli atti aventi forza di legge (come negli altri ordinamenti) ma tutti gli atti statali; per contro in Nicaragua, l'azione popolare può essere esercitata anche avverso i regolamenti.

Un altro istituto processuale di particolare interesse – e che, a nostro avviso, meriterebbe una maggior attenzione da parte della dottrina europea – è costituita dai rimedi contro le omissioni del legislatore e dei pubblici poteri suscettibili di ledere diritti costituzionali.

Due tendenze della disciplina costituzionale dei diritti fondamentali vanno considerate: da un lato, la rilevanza crescente che nelle carte costituzionali assumono i diritti di prestazione (los derechos ad algo), dall'altro lato l'osservazione che la stessa distinzione storica tra diritti come libertà negativa (che si realizzano attraverso la protezione e la difesa del singolo nei confronti del legislatore, dei pubblici poteri e dei pri-

vati) e diritti di prestazione (che postulano un intervento regolatore della legge) non sembra più rappresentare un'alternativa radicale circa la concezione dei diritti fondamentali. Infatti, la componente prestazionale è importante in entrambi i tipi, dal momento che anche nel caso dei diritti di libertà il loro godimento è necessariamente condizionato dall'interposizione in funzione organizzativa dell'amministrazione pubblica o del legislatore.

Siffatti elementi pongono problemi nuovi e specifici in tema di garanzia dei diritti fondamentali sintetizzabili nel fatto che la violazione di un diritto non è determinata solo da una scelta attiva dei pubblici poteri o da un comportamento di un privato, ma anche dalla mancata predisposizione di regole, di strumenti e di mezzi necessari per assicurarne l'effettiva fruizione.

L'amparo contro le omissioni da parte dei pubblici poteri, influenzato dal nordamericano writ of mandamus, riconosce alla persona che si ritiene lesa in un suo diritto costituzionale a causa dell'inerzia dei poteri pubblici la possibilità di ricorrere innanzi ad un magistrato – ivi compresa la Corte Suprema o il Tribunale costituzionale – affinchè ordini all'amministrazione di provvedere ed al legislatore di normare. In particolare, l'azione di incostituzionalità per omissione della legge può essere attivata quando “el legislador no hace algo que positivamente le impone la Constitución. No se trata pues de un simple no hacer negativo, sino de no hacer lo que de forma concreta y explicita estaba obligado constitucionalmente.

In generale, il giudice può rimediare all'omissione sia unilateralmente, tramite una sentenza interpretativa o attuando direttamente il disposto costituzionale; sia in forma bilaterale ricercando una collaborazione con l'autorità che ha dato vita alla condotta omissiva- fissando un termine entro il quale provvedere ovvero fornendo raccomandazioni da fare al legislatore-.

Ad esempio, in Costa Rica, in virtù dell'art. 73.f) della legge sulla giurisdizione costituzionale del 18 ottobre 1989, tale controllo può essere richiesto anche di ufficio da parte del Contralor General de la República, del Fiscal General de la República o del Defensor de los Habitantes. Perchè si possa ricorrere davanti alla Sala Constitucional deve esistere preventivamente un contenzioso giurisdizionale, a meno che la natura della omissione produca effetti diretti o si tratti di interessi diffusi che interessano la comunità nel suo complesso.

In Argentina sono le Costituzioni provinciali a disciplinare questi istituti: ad esempio, la Costituzione della Provincia di Río Negro (art. 207.2 d) attribuisce al Tribunale superiore di giustizia la competenza per intervenire in caso di non attuazione di una norma dalla quale derivano obblighi specifici a carico dei poteri pubblici. L'ordinamento di tale Provincia prevede che la Corte dichiari l'omissione e sani l'ordine giuridico violato; così come dispone che in caso di ulteriore inerzia da parte dei pubblici poteri sia previsto un indennizzo.

EGualmente, l'art.295 della Costituzione del Perù prevede azioni ogni volta che i diritti costituzionali vengono violati a causa di omisión di “actos de cumplimiento obligatorio”. Mentre l'art.87 della Costituzione della Colombia consente ad ogni persona di ricorrere innanzi all'autorità giudiziaria per rendere effettiva l'applicazione di

una norma o di un atto amministrativo, attraverso un ordine di adempimento da parte dell'autorità giurisdizionale.

Tuttavia, l'esperienza più significativa nel panorama comparato appare quella del Brasile, la cui Costituzione prevede all'art.103.2 che il Tribunale supremo federale, qualora verifichi l'esistenza di una omissione tale da produrre l'ineffettività di un preceitto costituzionale, deve ingiungere al potere di compire latto dovuto. Nel caso, poi, che l'omissione colpisca il godimento di un diritto fondamentale, l'art. 5. 71 della Costituzione prevede il mandado de injunção :un controllo di costituzionalità per omissione di tipo concreto, che può essere esercitato sia dal Tribunale supremo federale, sia dal Tribunale superiore di giustizia, sia da altri organi giurisdizionali.

La Costituzione brasiliiana ha previsto anche il mandato di garanzia collettivo, che può essere esercitato dai partiti politici rappresentati nel Congresso nazionale, dalle organizzazioni sindacali e da enti o associazioni legalmente riconosciute e con non meno di un anno di funzionamento) in difesa degli interessi dei loro membri o associati.

Con riferimento esclusivo alle c.d. "omissioni legislative" i sistemi costituzionali europei – con la sola eccezione del Portogallo – non prevedono appositi strumenti processuali: ciò non significa, tuttavia, che manchino rimedi in grado di sopperire alla lesione di diritti fondamentali a causa di omissioni da parte del legislatore.

Con riferimento all'esperienza italiana, mi pare interessante richiamare sia le sentenze di tipo additivo della Corte costituzionale, sia l'istituto del potere sostitutivo regolato dall'art.120 Cost.

Le prime appartengono alla categoria delle sentenze interpretative, cioè di quelle tecniche cui il giudice costituzionale ricorre per meglio ponderare gli effetti delle proprie decisioni, calibrandole sulla base dell'impatto che possono provocare non solo sull'ordinamento giuridico, ma anche sui rapporti con gli altri poteri dello Stato.

Con le sentenze additive una disposizione è dichiarata incostituzionale non per quello che prevede, ma per quello che non prevede: in tal modo la Corte costituzionale introduce nell'ordinamento norme nuove, che non si possono ricavare dal testo normativo, rimediando ad una illegittima omissione.

Questo tipo di decisioni contraddice l'impostazione kelseniana della giustizia costituzionale, in base alla quale il giudice costituzionale avrebbe dovuto caratterizzarsi come una sorta di "legislatore negativo": infatti, il giudice delle leggi si trasforma in creatore di norme giuridiche, sostituendo il Parlamento. D'altra parte, in molti casi, il mero annullamento della legge incostituzionale non risolverebbe il problema posto dalla questione di legittimità costituzionale e l'aggiunta di una norma mancante costituisce l'unica via per ripristinare la costituzionalità violata .

Qualora, poi, il giudice costituzionale preferisca limitare la sua indubbia interferenza con l'attività normativa del legislatore, ha la possibilità di ricorrere ad un altro tipo di decisioni – le sentenze additive "di principio", con le quali la Corte non introduce direttamente nell'ordinamento nuove norme giuridiche, ma definisce i principi cui il legislatore dovrà dare attuazione. Talvolta, nella motivazione di queste sentenze, la Corte indica anche il termine entro cui il legislatore è tenuto ad intervenire.

In questo contesto non pare arbitrario richiamare anche l'art.120.2 della

Costituzione italiana, il quale consente al Governo di esercitare il proprio potere sostitutivo qualora il mancato intervento – sia amministrativo che legislativo – delle Regioni determini una violazione sia della normativa internazionale e dell'Unione europea, sia dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

Tale procedimento è sottoposto a particolari garanzie deve riguardare la mancata adozione di atti sottoposti a termini perentori, deve essere preceduto da apposita difida ad adempiere; inoltre gli effetti del potere sostitutivo in caso di inerzia debbono avere una durata circoscritta nel tempo, nel senso che si esauriscono al momento in cui le Regioni esercitano concretamente la propria autonomia normativa.

Qualora, poi, si passi dall'ordinamento nazionale a quello sopranaionale, si può evidenziare che la Corte di giustizia dell'Unione europea ha introdotto la nozione di "obbligazioni positive", affermando che in determinate fattispecie sussiste un obbligo specifico dello Stato di adottare misure adeguate e ragionevoli finalizzate a proteggere i diritti tutelati dalle convenzioni sopranaionali. Nel qual caso, diviene controllabile e sanzionabile non già un intervento coercitivo o limitativo di un diritto, bensì un mancato intervento rivolto a rendere possibile la fruizione di un diritto.

In altri termini, il giudice comunitario ha la competenza di obbligare lo Stato ad intervenire vincolandolo al conseguimento di un determinato risultato; così come può verificare la coerenza e la razionalità degli interventi posti in essere.

Si tratta complessivamente di esperienze interessanti che merita approfondire, anche se non si possono negare le difficoltà di ordine teorico e pratico che si frappongono: tra le seconde sono da annoverare gli esiti incerti sul piano dei diritti conseguenti al mancato adeguamento alle determinazioni del giudice; le prime – a loro volta – sono riassumibili nell'incidenza che un obbligo positivo a legiferare ha sui caratteri della sovranità parlamentare.

## **5.La disciplina dell' amparo costituzionale**

Con lo sviluppo della giustizia costituzionale ed il potenziamento del ruolo dei Tribunali costituzionali, i tradizionali istituti di tutela diretta dei diritti fondamentali si sono arricchiti dell'amparo constitucional: nel senso che il giudizio di amparo si svolge, invece, che dinanzi al potere giudiziario ordinario, innanzi al Tribunale costituzionale, che decide sul ricorso in via esclusiva ovvero come potere di revisione delle decisioni assunte dai giudici ordinari.

Attualmente, tale competenza è riconosciuta dagli ordinamenti della Bolivia, de El Salvador, del Perù, della Costa Rica, del Guatemala, della Colombia e del Nicaragua.

In Bolivia, l'art.120 Cost. attribuisce al Tribunale costituzionale sia la competenza a decidere contro le risoluzioni del Parlamento suscettibili di incidere sui diritti e le garanzie della persona (120.5), sia il potere di revisione d'ufficio dei ricorsi di amparo e di habeas corpus (120.7).

La ratio di tali competenze, introdotte con la riforma costituzionale del 12 agosto 1994, n.1585, può essere individuata nel fatto che i diritti occupano una posizione particolare nell'ordinamento costituzionale dello Stato, per cui la loro lesione rappresen-

ta una vulnerazione dell'essenza stessa del testo della Costituzione; nel caso, poi, della competenza di cui all'art.120.5 si è inteso affermare il primato della Costituzione anche nei confronti della sovranità parlamentare a garanzia dei diritti costituzionali della persona.

Il ricorso per la revisione di ufficio deve essere presentato almeno 24 ore prima della decisione giurisdizionale (art.93 e102.1 Cost.) e la decisione del Tribunale ha effetti *inter partes*. Qualora il giudice costituzionale rilevi una responsabilità può stabilire un indennizzo (nel caso di responsabilità civile) ovvero trasmettere gli atti al pubblico ministero nel caso di responsabilità penale.

I ricorsi contro le risoluzioni del Congreso nacional o di una delle due Camere debbono essere presentati, invece, entro trenta giorni ed il Tribunale, in caso accoglimento, annullerà l'atto parlamentare lesivo del diritto: qualora, invece, decida per il rigetto del ricorso potrà comminare al ricorrente una multa ed il pagamento delle spese processuali.

In Colombia, l'art.86 Cost. prevede un meccanismo particolare di tutela diretta dei diritti fondamentali, che coniuga insieme elementi propri del controllo diffuso e di quello concentrato. Per un verso, le decisioni sull' *acción de tutela* presentata per avere una garanzia immediata a salvaguardia dei diritti costituzionali sono assunte dal giudice competente e possono essere impugnate innanzi al giudice di secondo grado. Per un altro verso, il Tribunale costituzionale ha un potere autonomo ed eventuale di revisione delle sentenze emanate in appello e di quelle di primo grado che non siano state impegnate.

Infatti, tutte le decisioni in materia di diritti fondamentali debbono essere trasmesse al Tribunale costituzionale, il quale può selezionare con discrezionalità quelle che ritiene di maggior rilevanza e pronunciarsi sulla loro legittimità entro tre mesi dalla trasmissione degli atti.

Gli orientamenti del giudice costituzionale e l'interpretazione che esso fornisce in ordine alle disposizioni in materia di diritti fondamentali fungono, in sostanza, da precedente ed orientano l'attività interpretativa dei giudici ordinari. La doctrina del Tribunale costituzionale non è vincolante, ma –come ha precisato la Corte costituzionale della Colombia- “si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad”.

A sua volta, il modello costarricense di giustizia costituzionale presenta la caratteristica di essere fortemente accentrato: tutte le problematiche connesse alla garanzia della Costituzione sono riservate alla Sala costituzional.

In particolare, l'art.48 Cost. riconosce ad ogni persona il diritto a presentare ricorsi di *habeas corpus* e di amparo per lamentare la lesione tanto dei diritti riconosciuti dalla Costituzione, quanto di quelli stabiliti dagli accordi internazionali vigente in materia di diritti della persona. In caso di contrasto tra disciplina dei diritti riconosciuti in Costituzione e nelle carte internazionali si dà la prevalenza a questi ultimi, se la tutela è più ampia e favorevole (voto 1329-97 della Sala costituzional).

La disciplina di questi istituti si caratterizza per l'ampiezza della legittimazione attiva e per la informalità e semplicità del procedimento. Per quanto concerne la legit-

timazione, il ricorso può essere presentato da qualsiasi persona (anche da uno straniero), sia da chi non è stato direttamente leso nell'esercizio di un diritto fondamentale, sia da un terzo. Sono esclusi dal ricorso di amparo soltanto gli atti giurisdizionali del potere giudiziario, le determinazioni in materia di risultati elettorali del Tribunal supremo de elecciones, nonché gli atti amministrativi attuativi di decisioni giurisdizionali e le azioni o omissioni che siano state legittimamente consentite dall'interessato.

Il ricorso può essere presentato senza alcuna formalità: la finalità è quella di favorire l'effettività dei diritti costituzionali e di avvicinare con fiducia i cittadini alla giustizia costituzionale. Non è necessaria la presenza di un avvocato, né la autenticazione della firma; così come non occorre indicare il parámetro costituzionale. L'unico deterrente previsto dall'ordinamento contro ricorsi temerari è la possibilità per la Sala constitucional di condannare il ricorrente al pagamento di una multa in caso di decisione sfavorevole.

El Salvador è stato – dopo il Messico – il secondo ordinamento dell'America latina a riconoscere l'istituto dell'amparo, introdotto dall'art.37 della Costituzione del 1886. Inizialmente, la competenza spettava alla Suprema Corte de Justicia o ai Tribunali di seconda istanza.

L'art.174 della vigente Costituzione ha, invece, assegnato tale competenza alla Sala constitucional della Corte Suprema de Justicia: che, in particolare, decide: sui ricorsi di amparo, contro le violazioni di diritti costituzionali; sui ricorsi di *hábeas corpus* o *exhibición personal*, a tutela della libertà personale e della dignità ed integrità fisica, psichica e morale dei detenuti; sui procedimenti di *de suspensión, pérdida y rehabilitación* de los derechos de ciudadanía, attivati dai cittadini che rischiano di essere privati dei diritti politici.

In particolare, la Sala constitucional ha una competenza esclusiva in materia di ricorsi di amparo, mentre ha una competenza di revisione contro le decisioni in materia di *habeas corpus* e di *exhibición personal* pronunciate dai Tribunali di seconda istanza che non hanno sede nella capitale. Al fine di evitare possibili interferenze con la giurisdizione ordinaria – anche in considerazione del fatto che il sistema è misto in quanto prevede tanto un controllo accentrativo che diffuso di costituzionalità- la normativa esclude che i ricorsi di amparo possano essere presentati contro sentenze definitive in materia penale o per questioni di mera legalità.

Nei processi di amparo e per la tutela dei diritti politici, i ricorsi debbono essere presentati dai soggetti lesi; mentre nelle altre fattispecie, poste a tutela della libertà e della dignità della persona, la legittimazione attiva compete anche a qualsiasi persona che agisca a favore di chi sta soffrendo una arbitraria limitazione della libertà personale.

Secondo l'art.272 della Costituzione del Guatemala, la Corte costituzionale ha numerose competenze, tra le quali rientrano quelle in materia di tutela diretta dei diritti fondamentali, tanto costituzionali che riconosciuti dagli accordi internazionali ratificati. La competenza è duplice: esclusiva, nel caso di ricorsi presentati contro il Congresso, la Corte suprema, il Presidente e vicepresidente della Repubblica; negli altri casi, invece, opera come giudice di secondo grado.

L'amparo può essere presentato contro qualsiasi atto suscettibile di ledere un diritto fondamentale della persona: sono escluse le sentenze, ma comprese le leggi, qualora colpiscono in modo concreto un diritto fondamentale. Può essere sia preventivo –presentato contro una “minaccia” di violazione- che riparatore –qualora la lesione sia già intervenuta-. Inoltre, il procedimento di amparo non può essere attivato d'ufficio, ma soltanto su istanza di parte; deve riguardare un provvedimento definitivo nei confronti del quale non esiste alcun altro rimedio processuale a tutela del diritto leso.

Il Nicaragua ha un sistema di giustizia costituzionale di tipo misto, che si manifesta anche nel caso ricorsi per la tutela diretta dei diritti fondamentali. Infatti, mentre i ricorsi di habeas corpus o di exhibición personal sono decisi dai giudici ordinari e la Sala constitucional della Corte suprema opera soltando come giudice di appello; i ricorsi di amparo, invece, sono impugnabili innanzi alla Sala constitucional, ad eccezione dei ricorsi contro atti giurisdizionali (art.164 Cost.).

Da ultimo, merita un'attenzione particolare il sistema peruviano, anche in considerazione della recente approvazione di un codice di diritto processuale costituzionale.

Secondo la Costituzione il controllo di legittimità costituzionale è di tipo misto, essendo ripartito tra i giudici ordinari ed il Tribunale costituzionale. I primi hanno una competenza esclusiva nei confronti dell'azione popolare; il Tribunale costituzionale, invece, possiede una giurisdizione esclusiva in caso di acción de inconstitucionalidad e di conflitti tra poteri.

Invece, nel caso di procedimenti di hábeas corpus, amparo, hábeas data e acción de cumplimiento la competenza è ripartita tra i giudici (che decisono in primo grado) ed il Tribunale costituzionale (che decide in appello).

Tuttavia, il recente Código procesal constitucional ha modificato la natura e la disciplina dei ricorsi diretti a tutela dei diritti fondamentali: nel senso che l'accesso al Tribunale costituzionale non è possibile in ogni caso, ma soltando quando non sono esperibili “vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias”. La dottrina ha parlato in proposito di amparo residual.

La ratio della nuova disciplina processuale è individuabile nell'intenzione di migliorare e rendere più funciónale l'attività del Tribunale costituzionale; tuttavia, non vanno taciuti i rischi di una possibile riduzione delle garanzie sostanziali della persona, qualora non vengano preciseate le fattispecie igualmente satisfactorias, alternative all'amparo costituzionale.

### III.3 - I caratteri di una società libera e democratica secondo la giurisprudenza della Corte Suprema del Canada

**Sommario:** 1. Il Canada come laboratorio costituzionale 2. La difficile trasformazione del Canada da ordinamento biculturale a *home of diverse communities* 3. Il contributo della Corte suprema del Canada alla valorizzazione della Carta dei diritti e delle libertà 4. La valorizzazione da parte della Corte suprema dei principi che sono alla base di una società libera e democratica. 5. La difficile ricerca di un equilibrio tra diritti individuali ed interessi collettivi 6. Segue: e... tra egualianza e tutela delle differenze culturali.

#### 1. Il Canada come laboratorio costituzionale

Nello sviluppo dei sistemi costituzionali è corretto associare al diciannovesimo secolo la nascita degli Stati nazionali ed al ventesimo la formazione di Stati multinazionali; mentre i primi anni del ventunesimo secolo sembrano richiedere il formarsi di ordinamenti statali multiculturali, caratterizzati tanto dalla coesistenza di differenti nazionalità, quanto dai valori della diversità, del pluralismo e della tolleranza.

In proposito, è interessante ricordare che la Corte suprema del Canada ha interpretato l'art. 1 della Carta canadese dei diritti e delle libertà nel senso che la tolleranza razziale costituisce un carattere essenziale di una effettiva *free and democratic society*; così come rientra nell'interesse pubblico tutelare il *multicultural heritage*, in quanto il riconoscimento dell'eguale dignità di ogni gruppo è ingrediente essenziale per rendere funzionante una società libera e democratica. Equalmente, in *R. v. Oakes*, il giudice canadese ha individuato in tal modo i principi fondamentali della democrazia liberale contemporanea: "I tribunali devono essere guidati dai valori e dai principi essenziali ad una società libera e democratica, i quali comprendono, per citare qualche esempio, il rispetto della dignità dell'essere umano, la promozione della giustizia e dell'uguaglianza sociale, l'accettazione di una grande diversità di credenze, il rispetto di ogni cultura e di ogni gruppo e la fede nelle istituzioni sociali e politiche che favoriscono la partecipazione degli individui e dei gruppi nella società".

Il carattere multiculturale degli ordinamenti è – sotto il profilo sociale – l'effetto di molteplici tendenze, generate dalla globalizzazione e dalla intensificazione di fenomeni migratori; così come – dal punto di vista del diritto costituzionale – sollecita nuove prospettive interpretative e postula una rivisitazione di alcuni concetti. Ad esempio, sul piano dei diritti fondamentali, impone di contemperare i diritti individuali della persona con quelli scaturenti dall'identità culturale dei molteplici gruppi che frastagliano la società; così come legittima la presenza nei documenti costituzionali di clausole derogatorie, di favore che incrinano il tradizionale principio di egualianza, inteso come egualianza innanzi alla legge e come divieto di discriminazione.

Equalmente, il multiculturalismo incide sull'organizzazione costituzionale dei poteri favorendo l'introduzione sia di forme particolari di autogoverno da parte di alcune comunità territoriali (soprattutto autoctone), sia di meccanismi volti a riconoscere una rappresentanza politica su base etnica.

In terzo luogo, questi fenomeni influiscono sulla nozione stessa di cittadinanza, che viene costruita fondandosi non soltanto su elementi pregiuridici e materiali che un gruppo sociale ha in comune (quali la lingua, la storia, la razza, la religione), ma anche sull'effettiva partecipazione alla vita politica e sociale della comunità di appartenenza, su di una adesione a principi e valori comuni. In questa prospettiva viene affidata una funzione importante alle Costituzioni, le quali – in quanto patto tra consociati e tra territori – possono favorire una consapevole appartenenza ad una comunità politica: sia riconoscendo – da un lato – la ricchezza che proviene dal pluralismo etnico e culturale, sia codificando – dall'altro lato – diritti e principi in grado da costituire valori unificanti ed identitari.

In società composite, eterogenee, pluralistiche l' *idem sentire* , il sentirsi parte di un medesimo ordinamento non può fondarsi sul principio di uniformità (che annulla le differenze e le molteplici aspirazioni); la via maestra si snoda tra l'affermazione di una comune base di valori ed il rifiuto di omogeneizzare forzosamente le diversità presenti nel corpo sociale.

In proposito, è spontaneo riferirsi all'esperienza costituzionale canadese sia perché è noto che l'obiettivo fondamentale della Carta dei diritti e delle libertà consisteva nel forgiare, attraverso il riconoscimento di diritti fruibili da tutti, un senso di appartenenza, nell' identificare le ragioni che potevano stare alla base di un cosciente e consensuale “stare insieme ”; sia in quanto la struttura del documento costituzionale prevede accanto a diritti generali -in cui si debbono riconoscere tutti i canadesi “da costa a costa ” – clausole costituzionali rivolte a riconoscere, all'interno di un contesto unitario, le ragioni delle specificità nazionali e delle differenze etniche.

L'esperienza costituzionale del Canada, probabilmente, non può essere assunta a paradigma, ma sicuramente rappresenta un interessante terreno di osservazione per comprendere –in una prospettiva comparata – le trasformazioni da un ordinamento plurinazionale ad uno multiculturale: va considerato, infatti, che all'interno dello Stato canadese – a causa della sua storia – convivono contemporaneamente le molteplici varianti di una società multietnica. Sono presenti comunità autoctone, costituite da gruppi di individui che risiedono tradizionalmente e da tempo sullo stesso territorio, dotati di *inherent rights*, cioè di diritti di cui le popolazioni native godono non in via derivata – perché vi sia stata una concessione da parte della Corona, o un riconoscimento di ordine legale, o la stipula di un trattato – ma in quanto nel passato sono stati dei popoli sovrani.

Inoltre, è noto che la storia costituzionale del Canada è stata caratterizzata e fortemente condizionata dalla presenza di due gruppi linguistici di origine europea -la popolazione francofona e quella di lingua inglese – che ha influito sulla politica del Governo canadese nei confronti degli altri gruppi etnici minoritari. Infine, la crescita economica di un paese sviluppato, territorialmente assai ampio e poco densamente popolato, unita ad un atteggiamento tollerante e di apertura culturale, ha alimentato

una massiccia immigrazione da continenti diversi, con il conseguente formarsi di una società etnicamente assai variegata. Sono, pertanto, numerose ed, in genere, autonomamente organizzate le c. d. “nuove minoranze”, costituite da gruppi di immigrati, prevalentemente per motivi di lavoro.

In secondo luogo, un approfondimento dell’esperienza costituzionale del Canada può essere utilizzato ai fini di un confronto tra le due sponde dell’Oceano Atlantico il quale appare plausibile qualora si consideri che il percorso costituzionale del Canada e dell’Unione europea presentano singolari similitudini.

Tanto l’Unione europea quanto il Canada sono delle entità plurinazionali e plurietniche la cui Costituzione è contestata: basti considerare, in ambito europeo il travagliato processo di ratifica del Trattato costituzionale; mentre l’approvazione e l’entrata in vigore della Carta canadese dei diritti e delle libertà fondamentali è stata possibile soltanto grazie ad un coraggioso *reference* della Corte suprema e scontando una profonda lacerazione tra la Federazione e la Provincia del Quebec.

Tanto il Canada quanto l’Unione europea rappresentano ordinamenti che hanno a lungo funzionato sotto un sistema costituzionale non esplicitamente fondato sul principio della sovranità popolare (nel caso dell’Unione l’esercizio di poteri sovrani si giustifica come limite alla sovranità dei singoli Stati aderenti; nel caso del Canada soltanto con il *Constitution Act* si è avuta una effettiva *patriation*). Tanto il Canada quanto l’Unione europea, infine, hanno tentato di far ricorso a Carte dei diritti per costruire un senso di unità tra le loro varie componenti (geografiche, politiche e sociali).

## 2. La difficile trasformazione del Canada da ordinamento biculturale a *home of diverse communities*

La presenza di due gruppi linguistici di origine europea ha condizionato a lungo la storia costituzionale del Canada. Sin dall’inizio della sua formazione, si consolidò l’idea che alla base del Canada vi fosse un patto tra “due popoli fondatori” e, di conseguenza, il pluralismo riconosciuto e tutelato fu di tipo duale: tra inglesi e francesi, sul piano linguistico, tra cattolici e protestanti, dal punto di vista religioso, tra *civil law* e *common law*, in materia di diritto.

Siffatta condizione fu codificata nel *British Constitutional Act* del 1867, il cui art. 93 introduce garanzie per le sole scuole confessionali cattoliche e protestanti; mentre l’art. 133 disciplina il bilinguismo. Mancavano, invece, nel primo documento di rilievo costituzionale disposizioni finalizzate a considerare lo *status* ed i diritti delle popolazioni indigene ovvero a riconoscere la specificità di altri gruppi etnici.

La concezione essenzialmente duale della società canadese non fu intaccata neppure in tempi più recenti, qualora si consideri che ancora nel 1963 il Primo Ministro Lester Pearson istituì una *Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism* per affrontare e risolvere il contenzioso tra i due “popoli fondatori”. La Commissione doveva preparare un rapporto sullo stato e la pratica del bilinguismo nei servizi pubblici e le istituzioni, presentare raccomandazioni per garantire il carattere bilingue e fondamentalmente biculturale dell’amministrazione federale; ma soprattutto aveva il

compito di superare la contrapposizione anglo-francese, nella prospettiva di configurare il Canada come un solo paese, con due lingue e due culture.

Siffatta caratterizzazione trovava una giustificazione nelle vicende politiche del periodo relative alla posizione istituzionale del Quebec ed all'incerto futuro del federalismo canadese. Non va dimenticato, infatti, che il Governo provinciale in Quebec si andava avvicinando al nazionalismo, rivendicava un ruolo più esteso e la *Révolution Tranquille* stava cessando di essere tale con l'apparizione di tendenze estremiste che davano vita ad azioni, seppur isolate, di violenza.

Il Canada aveva dovuto affrontare in precedenza altre crisi, che avevano rivelato la concezione profondamente differente che gli anglofoni e i francofoni avevano del loro paese; tuttavia, la presente possedeva -ad avviso della Commissione – una importante novità: non si trattava più di un conflitto tra una maggioranza e una minoranza, ma piuttosto tra due maggioranze (il gruppo maggioritario in Canada e il gruppo maggioritario in Quebec). Se in passato il Quebec francofono si era comportato accettando di essere una *minorité ethnique* privilegiata, adesso rivendicava di essere riconosciuta come una società autonoma e distinta, di essere considerata *partner* del Canada inglese.

Il nuovo atteggiamento del Quebec imponeva di superare una visione della democrazia basata sul mero principio di maggioranza -che non può fornire un riconoscimento specifico alle diversità culturali-; e la convinta decisione di superare, nei rapporti tra i gruppi etnici, la “regola aurea della maggioranza” ebbe un effetto inizialmente non previsto, in quanto fece considerare non soltanto il contenzioso in atto tra i due popoli fondatori, ma anche le sollecitazioni provenienti da altri gruppi etnici, i quali rivendicavano anch'essi uno specifico riconoscimento all'interno del processo di unificazione del Canada.

Tuttavia, il salto di qualità – cioè l'affermazione dell'idea che il Canada fosse a *home of diverse communities* e che la società canadese dovesse crescere assorbendo la linfa proveniente dalle molte parti che la compongono – si ebbe con l'approvazione della Carta canadese dei diritti e delle libertà, la quale non si limitò a riconoscere i diritti universali riconducibili alla persona umana, ma tenne anche conto della storia: del suo passato (gli *inherent rights* dei gruppi aborigeni) e del suo futuro (mosaico etnico, formato dalla coesistenza di molte comunità etniche).

La Carta canadese dei diritti e delle libertà considera le “due anime” della persona contemporanea – l'individualità e l'identità culturale, il profilo soggettivo e l'appartenenza ad un gruppo – e si propone di integrale e di armonizzarle. Da un lato, gli artt. 2 – 12 della Carta codificano un corpo di diritti propri di ogni persona, individuandoli nella libertà di coscienza e religione, di manifestazione del pensiero, di riunione, di associazione, di integrità e sicurezza personale, di giusto processo, di non crudeltà delle punizioni. Dall'altro lato, si rinvengono disposizioni finalizzate a bilanciare la tutela dei diritti universali della persona con i diritti connessi all'identità culturale di un gruppo, come negli artt. 25, 35 e 27: i primi due riconoscono rispettivamente i diritti dei popoli aborigeni del Canada e prevedono che la Carta non possa abrogare o derogare i trattati con gli aborigeni o altro diritto o libertà che appartenga loro; il terzo, invece, dispone che la Carta dovrà essere interpretata in modo da preservare e svilup-

pare il patrimonio multiculturale dei canadesi.

In una posizione di cerniera si colloca il fondamentale art. 15 della Carta dei diritti e delle libertà che codifica il principio di egualanza e che è stato ampiamente utilizzato dalla giurisprudenza della Corte suprema del Canada sia per evitare – in nome del valore della dignità umana -effetti discriminatori nei confronti di singoli e di gruppi, sia per giustificare – in nome di una visione sociale delle politiche pubbliche – azioni positive finalizzate a migliorare le condizioni di svantaggio di individui o di gruppi determinate da ragioni di *race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age, or mental or physical disability*.

A nostro avviso, il riconoscimento in Costituzione del principio multiculturale assume un valore simbolico, che trascende la stessa portata normativa dell'art. 27 della Carta dei diritti e delle libertà, permeando di sé anche l'interpretazione di altre disposizioni costituzionali (dall'art. 1 all'art. 15). Per questa ragione, non mi sembrano condivisibili le posizioni eccessivamente svalutative di tale articolo manifestate da alcuni autori, che lo hanno considerato un mero *rhetorical flourish*; ovvero hanno enfatizzato la portata più politica che giuridica dell'articolo.

Queste ed altre argomentazioni sottovalutano l'utilità di una clausola costituzionale di interpretazione alla quale sia il legislatore che i giudici possono far riferimento per giustificare –in nome del rispetto del carattere multiculturale del paese – deroghe al principio di egualanza: il principio multiculturale, equilibrando l'altro piatto della bilancia occupato dal principio di egualanza, autorizza a non interpretare l'egualanza in termini di uniformità ed omogeneità.

La tutela delle differenze legittima deroghe al carattere universale di determinati diritti, purchè, per un verso, siano finalizzate all'obiettivo di favorire la specificità di un gruppo riconosciuto dall'ordinamento ovvero l'identità culturale di una persona; e, per un altro verso, risultino giustificate alla luce dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità.

La costituzionalizzazione di uno *status* specifico per le popolazioni indigene ed il riconoscimento dell'identità culturale dei gruppi minoritari, oltre che possedere un valore fortemente simbolico, rappresentano principi della costituzione in senso sostanziale: che intendono esprimere un riconoscimento – sia pure parziale -degli errori e degli orrori della colonizzazione e delle persecuzioni politiche.

Si tratta, d'altra parte, di un profilo del diritto costituzionale che l'ordinamento canadese ha anticipato e che può essere, oggi, annoverato tra i profili caratteristici del più recente costituzionalismo. Sono molte le Costituzioni dell'America latina, dell'Africa e dell'Europa orientale che riconoscono diritti culturali e collettivi e siffatto riconoscimento assume un particolare significato alla luce della storia politica di quei paesi. Così come, in materia, ha manifestato una particolare attenzione anche l'Unione europea, la quale, prima di codificare nella Carta dei diritti dell'Unione il principio del rispetto delle diversità etniche e culturali (art. II. 82) ha approvato diversi atti internazionali a tutela dei gruppi etnici minoritari.

### 3. Il contributo della Corte suprema del Canada alla valorizzazione della Carta dei diritti e delle libertà

Se la Carta canadese dei diritti e delle libertà ha costituito, nella storia costituzionale del Canada, uno spartiacque nella concezione dei diritti e nel riconoscimento delle differenze culturali, si deve –tuttavia – riconoscere che spetta alla giurisprudenza della Corte suprema del Canada un ruolo decisivo nel rendere effettiva la fruizione dei diritti garantiti e nel fare delle disposizioni costituzionali un effettivo *living tree*. Occorre considerare che il travaglio istituzionale che ha contrassegnato l'emancipazione costituzionale del Canada dall'Inghilterra non solo ha trasferito l'esigenza di unitarietà dal piano dell'ordinamento normativo a quello costituzionale, ma ha altresì posto l'esigenza di realizzare un *idem sentire* in ordine alla natura della Costituzione ed al significato normativo da attribuire alle sue singole disposizioni. In questo contesto, ci si è rivolti alla Corte suprema per ricevere un contributo importante sia per dipanare i difficili problemi procedurali inerenti alle procedure di revisione costituzionale – aggravati da un sistema di *common law* che assegna rilevanza alle consuetudini ed alle convenzioni costituzionali – sia per fornire una lettura unitaria del testo costituzionale e per la formazione del diritto costituzionale vivente.

D'altra parte, solo in seguito all'entrata in vigore della Carta dei diritti e delle libertà la Corte suprema riuscì a ritagliarsi un ruolo preciso all'interno degli organi costituzionali della Federazione. In precedenza, nel corso dei suoi primi cento anni di attività la Corte Suprema più che partecipare al processo politico-istituzionale del paese, lo ha osservato dall'esterno, assumendo una posizione defilata rispetto alle scelte compiute dal legislatore: al punto che la sua presenza nel panorama istituzionale canadese fu assimilata a quella di una *quite Court in an unquiet country*.

Pertanto, la vita di questo organo fu contraddistinta da una lunga adolescenza e le ragioni di tale condizione affondano sicuramente le radici nella cultura giuridica e nella genesi costituzionale dello Stato federale.

È noto che i padri della Costituzione si ispirarono integralmente alla tradizione inglese, contraddistinta dal principio della sovranità parlamentare e dal conseguente rifiuto di un controllo giurisdizionale sulle scelte del legislatore. Nell'evoluzione iniziale del sistema canadese, poi, l'influenza comparatistica fu assai limitata e solo dopo un periodo non breve l'esperienza del modello statunitense – del quale non poteva non colpire la funzione di garanzia assolta in un ordinamento non unitario, ma di tipo federale, da un organo indipendente come la Corte suprema – riverberò effetti significativi sull'assetto costituzionale del Canada.

Lo sviluppo dell'attività della Corte suprema ed il consolidamento del suo ruolo all'interno del sistema politico hanno accompagnato la progressiva emancipazione dell'ordinamento canadese dalla tutela inglese. Soltanto nel momento in cui il Canada diviene effettivamente sovrano – e l'ordinamento costituzionale si distanzia dalla “madrepatria” per aprirsi all'influenza della *judicial review of legislation* – diviene possibile affidare ad un organo giurisdizionale il compito di garantire il rispetto dei diritti fondamentali e la salvaguardia dei valori fondanti la Costituzione del paese.

Indubbiamente il *Constitution Act* del 1982 ha rappresentato uno spartiacque tanto

nel processo costituzionale canadese, quanto nell'evoluzione dell'attività della Corte suprema.

È ben vero che anche prima del 1982 il sistema non escludeva la possibilità di forme di *judicial review of legislation*; anche sotto la piena influenza del modello inglese esistevano basi giuridiche per esercitare un controllo giudiziale di costituzionalità – tra l'altro, il *Colonial Laws Validity Act* del 1865 riconosceva la competenza di disapplicare le norme coloniali contrastanti con le *Imperial laws*, determinando una gerarchia tra le due tipologie di norme –; tuttavia, è indubbio che fu la codificazione dei diritti fondamentali della persona in un'apposita Carta costituzionale vincolante per tutti i pubblici poteri ad imprimere un'accelerazione allo sviluppo del controllo di costituzionalità.

La previsione dell'art. 32 della Carta dei diritti e delle libertà, in base alla quale le disposizioni del *Constitution Act* si applicano al Parlamento ed al Governo del Canada, nonché alle assemblee legislative ed agli esecutivi di ogni Provincia, si è ben presto saldata con la maturata consapevolezza dei cittadini che esistono dei diritti loro propri che possono essere tutelati in via giurisdizionale nei confronti dell'azione arbitraria dei poteri pubblici.

Per un verso, muta l'atteggiamento dei giuristi nei confronti del legislatore e si ribalta una tradizione culturale che valutava con disfavore l'attivismo dei giudici: non casualmente la Corte suprema, nella prima decisione adottata in seguito all'entrata in vigore della Costituzione del 1982 (*Law Society Upper Canada v. Shapinkier*) si premurò – nel corpo della motivazione – di autolegittimare la propria funzione di giudice costituzionale, richiamandosi alla questione *Merbury v. Madison* che diede inizio negli Stati Uniti d'America all'esperienza di giustizia costituzionale. Per un altro verso, i cittadini hanno iniziato a rivolgersi con crescente fiducia all'autorità giudiziaria per la tutela dei diritti costituzionali, mentre organizzazioni che in precedenza non avevano ricevuto adeguata udienza presso le tradizionali istituzioni della democrazia parlamentare hanno individuato nel giudice costituzionale un significativo referente, dando vita ad una sorta di *Court party*.

Il crescente attivismo della Corte suprema ha impressionato la dottrina, al punto che alcune voci hanno paventato che tale giudice potesse trasformarsi, in virtù della sua crescente legittimazione, da una *quiet* ad una *institution under stress*.

La Corte suprema avvertì immediatamente le difficoltà che avrebbe potuto incontrare nell'affermarsi come giudice costituzionale, al punto di premurarsi di rendere accettabile – se non indolore – la sua presenza all'interno del sistema costituzionale canadese. Per non interferire con la discrezionalità del legislatore, alimentando una contrapposizione tra funzione giurisdizionale e potere legislativo, ha inteso distinguere nettamente il diritto dalla politica, chiarendo che le sue decisioni si ispirano alle regole del diritto piuttosto che a quelle della politica; così come ha fatto ricorso con frequenza alla valvola di salvaguardia del sistema costituita dall'art. 1 della Carta dei diritti e delle libertà, secondo il quale i diritti ivi garantiti possono incontrare ragionevoli limiti nella legge, purchè essi siano motivatamente giustificati da una *free and democratic society*.

Tuttavia, non ha mai rinunciato a svolgere una funzione attiva all'interno del siste-

ma costituzionale; cercando di realizzare un accordo *cocktail* di continuità ed innovazione, di tradizione e dinamismo, ha costantemente rivendicato la possibilità di esercitare un attivismo interpretativo. Affermando che la Carta deve essere *liberally interpreted and enthusiastically applied*, ha inteso assumere un ruolo trainante nella valorizzazione delle nuove disposizioni costituzionali.

Più volte la Corte suprema ha considerato la Carta dei diritti e delle libertà un complesso normativo vivente: ad esempio, rifacendosi ad un precedente del 1930 (*Hanrietta Edwards v. A. G. Canada*) ha paragonato la norma costituzionale ad un *living tree capable of growth and expansion within its natural limits*; nella decisione *Hunter et al. v Southam Inc.* ha affermato che una Costituzione è redatta con lo sguardo verso il futuro e, quindi, deve essere capace di *growth and developpement over time to meet new social, political and historical realities often unimagined by its framers*; mentre in occasione della sentenza *Upper Canada v. Skapinker* ha ricordato che compito della Costituzione è di guidare e servire il Canada per lungo tempo, accompagnando il processo di sviluppo delle istituzioni.

D'altra parte, il frequente richiamo alla volontà dei costituenti (ai *Fathers of the Constitution*) non deve trarre in inganno: più che l'intenzione di pietrificare il passato, pare la volontà di collegare dinamicamente, attraverso l'interpretazione, il diritto alla realtà storica del paese. È significativo, in proposito, richiamare che la sua giurisprudenza (specie se relativa all'applicabilità dell'art. 1 della Carta dei diritti e delle libertà) non esclude mai la possibilità di modificare il proprio orientamento qualora ciò sia accompagnato da una evoluzione o modificazione del sentire sociale.

Comunque, la giurisprudenza della Corte suprema è apparsa –pur nel modificarsi della propria composizione – costantemente orientata a sostenere ed a qualificare i valori fondamentali della democrazia liberale contemporanea.

In sintesi, la Corte suprema ha inteso perseguire sempre un punto di equilibrio e di tolleranza nell'affrontare le molteplici contraddizioni di una realtà plurale. In questo contesto, si segnala la sua attenzione circa gli effetti che determinate norme possono provocare sulla convivenza all'interno di una società pluralistica e multietnica, in ordine alle conseguenze discriminatorie che possono derivare da una non adeguata considerazione delle diversità culturali dei singoli e dei gruppi ovvero delle condizioni personali dei cittadini appartenenti a determinati gruppi svantaggiati, alle modalità attraverso le quali il legislatore cerca di contemperare le diverse sensibilità presenti nella società.

#### **4. La valorizzazione da parte della Corte suprema dei principi che sono alla base di una società libera e democratica**

La riforma costituzionale del 1982 si proponeva un duplice obiettivo: assicurare una migliore protezione dei diritti e delle libertà caratterizzanti una democrazia liberale contemporanea e promuovere l'unità nazionale.

Il conseguimento di quest'ultimo è stato indubbiamente facilitato dal “rimpatrio” della Costituzione, dalla codificazione della libertà di circolazione e di residenza, dal

potenziamento dei diritti linguistici e dal riconoscimento dei diritti storici dei popoli aborigeni. Infatti, alcune disposizioni costituzionali hanno inteso sanare delle situazioni che, in passato, avevano indebolito il sentimento d'identità nazionale: quali, ad esempio, le difficoltà derivanti dal regionalismo provinciale, la differenza storica tra il Canada di lingua francese e quello di lingua inglese, le politiche dei governi federali e provinciali nei confronti dei popoli indigeni.

Anche il riconoscimento costituzionale di diritti e libertà propri di una società liberale e democratica svolse un ruolo importante al fine dell'integrazione nazionale e della costruzione di un sentimento di appartenenza morale alla comunità da parte dei singoli: i costituenti, in altre parole, ritenevano che l'approvazione di una Carta dei diritti e delle libertà avrebbe potuto costituire il legame che unisce gli uni agli altri.

Tale consapevolezza, d'altra parte, si traduce – sotto il profilo teorico – nel riconoscimento che i diritti fondamentali possiedono una doppia natura giuridica: da un lato, garantiscono situazioni giuridiche soggettive, dall'altro lato, esprimono alcuni tra i valori di base dell'ordinamento. Costituiscono – in Canada come nella gran parte delle comunità politiche contemporanee – un elemento qualificante il patto che si instaura tra i cittadini e tra questi ed i loro rappresentanti in ordine alla realizzazione delle forme e delle istituzioni della convivenza: in quanto tali, fanno parte del sistema di valori, della cultura sostanziale che si esprime attraverso la Costituzione.

Nella sua struttura la Carta dei diritti e delle libertà non ha seguito la tecnica della specificazione, dell'inserimento nel corpo del documento costituzionale di un ampio catalogo che enumera le posizioni soggettive tutelate.

Sotto questo profilo, si differenzia dalle coeve nuove Costituzioni che sono state approvate in altri continenti, le quali si caratterizzano per una evidente propensione a specificare i diritti riconosciuti attraverso degli elenchi minuziosi e dettagliati. La diffusione di tale fenomeno può essere rinvenuta nel fatto che il processo di specificazione dei diritti costituzionali soddisfa alcune importanti esigenze: in primo luogo, storizza i diritti della persona riconosciuti in un determinato periodo storico e segna una cesura netta rispetto al passato, assolvendo ad una funzione di reazione rispetto a precedenti periodi autoritari e antidemocratici; in secondo luogo, offre parametri precisi e puntuali all'attività interpretativa dei giudici ed all'azione disciplinatrice del legislatore – e tale finalità è evidente soprattutto in quei sistemi costituzionali ove mancano organi giurisdizionali professionali e dotati di uno *status* costituzionale di autonomia e di indipendenza dal potere politico. Infine, la specificazione si propone di assolvere ad una funzione di trasparenza nei confronti dei cittadini, rendendo “visibili” i diritti garantiti ed azionabili.

Ben diversa appare la struttura delle Costituzioni di ordinamenti – ed il Canada è tra questi – che si caratterizzano per la loro continuità, che hanno registrato un'evoluzione progressiva, senza subire cesure violente ed autoritarie: in questo caso, le parti del testo costituzionale riservate alla disciplina dei diritti fondamentali della persona hanno di solito dimensioni notevolmente più ridotte e presentano una struttura più semplice. La ragione di siffatta differenza può essere ricercata, a nostro avviso, nel fatto che la continuità costituzionale ha permesso che determinati valori e principi riconducibili alla persona umana siano penetrati in profondità nel tessuto sociale.

Infatti, i diritti debbono essere non solo codificati, ma anche accettati e convalidati dalla cultura giuridica e politica di un paese; l'idea di tutela si deve formare all'interno della comunità e solo in tal modo al riconoscimento costituzionale di un diritto corrisponde anche una sua sostanziale tutela.

In Canada l'elaborazione della Carta dei diritti e delle libertà, prima, e la giurisprudenza della Corte suprema, poi, si sono premurati di individuare diritti e principi conformi ai valori di una democrazia liberale contemporanea e di fornire interpretazioni capaci di assecondare l'evoluzione e le aspirazioni della società.

I caratteri essenziali di una democrazia sono stati, ad esempio, sintetizzati dalla Corte suprema nel suo importante *Reference* sulla secessione del Quebec, che li ha individuati nel federalismo, nel costituzionalismo, nel principio di legalità e nella tutela delle minoranze.

A loro volta, i profili liberali della società e dell'ordinamento costituzionale canadese sono stati ricostruiti soprattutto attraverso l'interpretazione delle disposizioni in materia di libertà personale, egualanza, dignità della persona e pluralismo identitario. E la sua giurisprudenza manifesta la consapevolezza che il passaggio dallo Stato liberale di diritto allo Stato sociale ha determinato una significativa evoluzione della struttura degli stessi diritti di libertà, attenti a considerare la persona non solo nella sua individualità, ma anche nella sua esistenza storica e materiale. Così come ha presente che una visione dei diritti conforme ad una visione evoluta della democrazia e del pluralismo deve farsi carico dell'eguale dignità delle persone e del riconoscimento delle diverse identità che compongono il mosaico sociale di una comunità statale.

In materia di libertà della persona la Corte suprema ha rifiutato un'impostazione restrittiva tale da identificare la libertà con il divieto di coazioni fisiche arbitrarie, ma ha fatto prevalere una visione attiva di tale diritto, tale da comprendere anche il diritto all'autodeterminazione della propria personalità, del proprio corpo e della propria immagine. L'art. 7 della Carta dei diritti e delle libertà afferma un diritto alla dignità personale e ad uno spazio di sovranità individuale nel quale lo Stato non può compiere intrusioni arbitrarie.

L'espressione *liberty*, in altri termini, tutela la *personal privacy*, secondo una interpretazione evolutiva che comprende diverse manifestazioni dell'individualità umana, sinteticamente riconducibili al diritto che ciascuna persona ha di poter scegliere i propri comportamenti, di svolgere liberamente la propria personalità, di possedere un *degree of personal autonomy over important decisions intimately affecting their private lives*.

Ad esempio, la Corte ha giudicato che il diritto alla libertà è un diritto generale ad "un margine di autonomia personale sulle proprie decisioni importanti, che rilevano intimamente, della propria vita privata"; in *Rodriguez v. Colombie-Britannique* la Corte suprema ha valutato che il diritto all'autonomia comprende il diritto di effettuare scelte riguardanti la propria persona e di avere il controllo esclusivo sulla propria integrità fisica e mentale. In altri termini, la giurisprudenza della Corte ha fortemente contribuito a fare in modo che lo Stato rispetti quanto più possibile le scelte personali ed eviti di assoggettarle ad una concezione particolare del senso della vita umana.

Inoltre, si deve ritenere che diversi profili della vita individuale – in particolare,

quelli più direttamente incidenti sulla formazione della identità personale – non solo debbano essere lasciati all'autonomia individuale, ma debbono altresì essere rispettati dal contesto sociale all'interno del quale l'individuo si trova. Siffatto collegamento tra l'autonomia individuale e l'atteggiamento della società nei confronti dei comportamenti del singolo richiama l'attenzione sul legame, sul rapporto di interdipendenza che unisce la libertà del singolo alla propensione della società alla tolleranza. Costantemente, quindi, la giurisprudenza della Corte suprema ribadisce che la tolleranza è un ingrediente necessario di una *free and democratic society*.

Il rispetto della persona, tutelato dall'art. 7 della Carta dei diritti e delle libertà, presuppone il suo diritto di adottare decisioni personali fondamentali senza l'intervento dello Stato.

Se la libertà si propone di garantire l'autodeterminazione della persona, l'eguaglianza esprime la condanna dell'egoismo e delle discriminazioni a danno di individui e di gruppi sociali. Basti considerare che la parola eguaglianza è presente nel motto della rivoluzione francese (*Egalité, liberté, fraternité*) e che la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 affermava che tutti gli uomini nascono e rimangono liberi ed eguali nei diritti.

Nell'impostazione liberale, l'eguaglianza si identificava essenzialmente con l'abolizione dei privilegi, con il superamento della divisione della società in ceti e corporazioni: tendeva, pertanto, a convertirsi nel tendenziale riconoscimento a tutte le persone della medesima capacità giuridica e della condizione di eguaglianza innanzi alla legge.

Nel costituzionalismo attuale, però, l'eguaglianza assume una portata più ampia; pur non escludendo l'eguale capacità giuridica degli individui, si colora di ulteriori significati. In primo luogo, l'eguaglianza si traduce nel riconoscimento della pari dignità sociale e nel divieto di discriminazioni: ne consegue che l'esistenza di differenziazioni giuridiche fondate su elementi quali il sesso, la razza, l'origine etnica, la religione, l'età e le condizioni personali costituisce un indizio di illegittimità costituzionale, che può essere superato soltanto se trova fondamento in un'altra disposizione costituzionale ovvero se è accettabile la ragionevolezza del diverso trattamento. In particolare, secondo la Corte suprema le differenze individuali non debbono costituire il presupposto per atti di discriminazione, suscettibili di incrinare la eguale dignità delle persone.

Inoltre, il divieto di discriminazioni legittima l'esistenza di *affirmative actions* finalizzate a migliorare le condizioni di svantaggio di individui o di gruppi: anche se la Corte suprema non accoglie le posizioni dottrinali che tendevano a far descendere dal divieto di politiche discriminatorie il riconoscimento di uno speculare diritto per i singoli a richiedere specifiche azioni positive.

Dall'eguaglianza e dal divieto di discriminazioni deriva, secondo la giurisprudenza della Corte suprema, il necessario rispetto della dignità dell'essere umano, che rappresenta uno dei pilastri di una società libera e democratica. Il valore della dignità impone di riconoscere che tutti gli esseri umani meritano lo stesso rispetto, la stessa deferenza e la stessa considerazione.

L'eguaglianza non necessariamente richiede che tutte le persone siano trattate allo

stesso modo; occorre, tuttavia, che la legge rispetti sempre il valore di ogni essere umano in quanto membro della società.

In questo contesto, si può segnalare l'apporto che l'interpretazione del principio di egualanza da parte della Corte suprema ha fornito alla tutela del valore e della dignità degli omosessuali. Per un verso, ritenendo che l'*Individual Rights Protection Act* contenesse una discriminazione fondata sulla tendenza sessuale, la Corte suprema ha escluso che gli omosessuali siano meno degni di protezione rispetto ai membri di altri gruppi; per un altro verso, riconoscendo che alle coppie dello stesso sesso debba essere esteso il diritto di chiedere una pensione alimentare riconosciuta alle coppie eterosessuali, ha rifiutato l'idea che la relazione omosessuale meriti meno rispetto e tutela.

Il valore costituzionale della dignità umana non possiede soltanto un profilo individuale, ma anche uno relazionale: se il primo si traduce nel diritto del singolo a veder rispettata la propria reputazione (*one's good name, reputation and integrity*), il secondo, a sua volta, presuppone l'esistenza o il formarsi di una coscienza sociale orientata a non trasformare le inevitabili differenziazioni sociali in fattori di esclusione o in cause di discriminazione: richiede che tutte le persone debbano essere egualmente rispettate indipendentemente dalla loro posizione sociale: debbano cioè, essere trattate *as an equal*. In altre parole, il contesto sociale deve prevedere relazioni ispirate ad *an natural duty of mutual respect*.

Il riconoscimento dell'eguale dignità dei gruppi costituisce l'altra faccia della medaglia della necessità di evitare discriminazioni. Come ha chiaramente espresso il giudice Iacobucci il divieto di discriminazione è rivolto *"to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as member of Canadian society"*.

Nella giurisprudenza della Corte suprema, infine, ha acquisito rilevanza un ulteriore profilo del principio di egualanza, dal momento che le profonde trasformazioni che interessano la composizione sociale degli ordinamenti contemporanei inducono a considerare che la non omogeneità delle società deriva non soltanto dalla sua struttura pluriclasse, ma anche dal carattere multietnico e multiculturale. Per tale motivo, il riconoscimento dei diritti connessi all'identità culturale dei gruppi linguistici, etnici e religiosi deve considerarsi una proiezione del principio di egualanza.

A questo proposito, appare significativo il *Report* elaborato nel 1989 dalla *Canadian Human Rights Commission*, nel quale si afferma che il multiculturalismo richiede l'accettazione delle differenze, o meglio il riconoscimento dell'egualanza nelle differenze, l'assegnazione di eguale dignità e valore ai vari gruppi etnici che compongono la società canadese. È difficile non individuare in tali principi etico-politici altrettante articolazioni del principio costituzionale di egualanza, letto attraverso il riconoscimento della natura multiculturale del Canada.

Il riconoscimento delle diversità considera la persona non solo nella sua individualità, ma anche all'interno della comunità intermedia cui appartiene. Da ciò l'impossibilità di trattare in modo uniforme persone che possiedono una personalità distin-

ta per ragioni storicamente consolidate di natura etnica, linguistica e culturale. Se la disomogenità sociale postula azioni positive finalizzate ad eliminare le cause della diseguaglianza, la disomogeneità etnica e culturale rivendica – per contro – interventi finalizzati a riconoscere le diversità: particolarmente significativi appaiono, in proposito, gli interventi della Corte suprema attenti ad evitare che una applicazione formale del principio di eguaglianza menomi il pluralismo religioso del paese, ovvero disconosca la particolare posizione costituzionale delle popolazioni indigene.

Se è vero che già nel 1861 Lord Acton affermava “*liberty provokes diversity, and diversity preserves liberty*”, è altrettanto indubitabile che una garanzia sostanziale del pluralismo culturale quale caratteristica fondamentale dell’identità e del patrimonio di un intero Paese costituisce un’acquisizione abbastanza recente, sia dal punto di vista giuridico che politico: ed è indubitabile il ruolo promozionale svolto in proposito dalla Corte suprema.

## 5. La difficile ricerca di un equilibrio tra diritti individuali ed interessi collettivi.

In un ordinamento pluralistico come quello canadese non è semplice contemporaneare la tutela di diritti universali e di principi unitari con il riconoscimento delle differenze etniche, linguistiche, culturali. Molto opportunamente, la Carta dei diritti e delle libertà contiene diverse clausole derogatorie ed interpretative, finalizzate sia a bilanciare più diritti suscettibili di entrare in conflitto, sia a contemperare l’esercizio di un diritto con la salvaguardia di un interesse collettivo: la loro presenza, infatti, ha consentito alla Corte suprema di equilibrare i differenti interessi in gioco e di ricercare la soluzione più idonea a riconoscere le specificità di un gruppo, di un territorio, di una Provincia senza incrinare i caratteri unitari del sistema ed i valori unificanti della società canadese.

Queste clausole possono essere ricondotte a due tipologie fondamentali.

Le prime legittimano deroghe al riconoscimento dei diritti garantiti dalla Carta al fine di salvaguardare i principi generali di democrazia e di giustizia. Si può richiamare, a questo proposito, per un verso, l’art. 1 della Carta dei diritti e delle libertà che autorizza il legislatore ad introdurre limiti ragionevoli all’esercizio dei diritti fondamentali purchè siano giustificati in una *free and democratic society*; per un altro verso, l’art. 7 secondo il quale il diritto di ogni persona alla vita, alla libertà ed alla propria sicurezza non può essere leso se non in conformità con i principi di *fundamental justice*.

Le seconde consentono di derogare al principio di eguaglianza al fine di riconoscere la specificità di alcune identità storiche e culturali –dai gruppi francofoni alle popolazioni indigene, alle ”nuove minoranze” prodotte dai massicci fenomeni migratori che hanno interessato il continente nordamericano-. È il caso, ad esempio, dell’art. 25 della Carta dei diritti e delle libertà il quale esclude che il riconoscimento di determinati diritti operato dalla Carta possa abrogare o derogare i diritti dei popoli aborigeni del Canada (siano essi *inherents* ovvero derivanti da specifici trattati); dell’art. 27 che impone di interpretare la Carta in conformità con l’esigenza di conservare e

rafforzare il *multicultural heritage of Canadians* ovvero dell'art. 33 che autorizza i Parlamenti a dichiarare con una legge l'inapplicabilità temporanea di alcune disposizioni contenute nella Carta dei diritti e delle libertà.

La Corte suprema ha fatto ricorso con una certa frequenza a tali clausole, con risultati interpretativi di sicuro interesse in merito al loro significato ed alla portata giuridica di siffatte clausole è ampia e di sicuro interesse.

La formula di cui all'art. 1 della Carta dei diritti e delle libertà – che riconosce al legislatore di limitare i diritti individuali allo scopo di favorire la realizzazione di obiettivi pubblici urgenti, ma solo nel caso in cui sia possibile stabilire che la riduzione sia ragionevole e giustificabile nel quadro di una società libera e democratica – risponde ad una esigenza particolarmente sentita negli ordinamenti costituzionali contemporanei, ove si presentano con frequenza casi nei quali l'affermazione piena di una posizione soggettiva finirebbe per incrinare valori costitutivi l'ordinamento costituzionale. Talvolta, i presupposti per garantire la permanenza dei diritti fondamentali e la democraticità di un regime politico possono essere assicurati soltanto in seguito alla loro temporanea attenuazione. Tuttavia, deve sempre essere assicurato che l'intervento limitativo del legislatore sia legato a bisogni urgenti e reali e per un obiettivo ritenuto rilevante in una democrazia.

Non a caso diverse Costituzioni – al pari del Canada – riconoscono dignità costituzionale al principio della “democrazia che si difende”. Si pensi, ad esempio, all'art. 10. 2 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che consente di sottoporre l'esercizio della libertà di espressione a determinate formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni costituenti misure necessarie in una società democratica; ovvero all'art. 33 della Costituzione del Sud Africa, il quale consente di apportare ai diritti fondamentali limiti ragionevoli e giustificabili in una società aperta e democratica fondata sulla dignità, sulla libertà e sull'egualianza, purchè non sia violato il contenuto essenziale del diritto stesso.

Tali clausole affidano alla saggezza dei giudici costituzionali il compito di dirimere le controversie derivanti da un bilanciamento tra libertà individuali ed interessi della comunità. Tuttavia, valutare se una restrizione ai diritti ed alle libertà sia ragionevole e trovi giustificazione nel quadro di una società libera e democratica richiede un'attività interpretativa molto delicata, che si svolge sullo stretto crinale che separa il giudizio giuridico dalla valutazione politica.

I giudici debbono, innanzitutto, definire i parametri sulla scorta dei quali considerare ragionevoli le limitazioni legislative al godimento di diritti costituzionali; ed a tal fine la Corte suprema si è dotata di un proprio *test* interpretativo – assai simile al criterio di proporzionalità ampiamente usato dalla giurisprudenza europea – il quale, elaborato per la prima volta dal giudice *Dickson* nella sentenza *Oakes*, è stato utilizzato in modo sostanzialmente inalterato dai giudici secondo una giurisprudenza oramai consolidata.

In base a tale *test* il legislatore deve, primo luogo, dimostrare che l'obiettivo della legge è sufficientemente rilevante da giustificare la limitazione o la deroga di un diritto costituzionale; vi debbono essere circostanze effettive per le quali l'esercizio di un diritto sia pregiudizievole per il conseguimento di obiettivi collettivi di importanza

fondamentale. In secondo luogo, deve sussistere un'effettiva relazione tra il contenuto della limitazione e le sue finalità. Occorre, cioè, provare che sussiste un nesso tra la legge e l'obiettivo, che la legge raggiungerà probabilmente il suo obiettivo: in assenza di tale prova non ci sarebbero sufficienti motivi di credere che una limitazione di un diritto fondamentale possa essere difesa nell'interesse di una società libera e democratica.

Infine, la limitazione deve procurare la minore restrizione possibile all'esercizio del diritto; se l'obiettivo può essere conseguito in modo meno lesivo di quello prescelto dal legislatore, viene a mancare un equilibrio accettabile tra l'interesse individuale e quello di una società libera e democratica. Compete ai tribunali vigilare che nei singoli casi si sia conseguito un equilibrio accettabile tra l'interesse della collettività (che il legislatore persegue) ed il diritto individuale (che è stato violato).

Nel compiere tale valutazione la Corte suprema tiene nella massima considerazione se la decisione finale del legislatore sia scaturita da un procedimento partecipato e risulti animata da spirito collaborativo di ricerca di un soddisfacente punto d'equilibrio tra gli interessi concorrenti, ovvero sia il frutto di una decisione unilaterale del potere pubblico. Nel primo caso, il giudice si accontenta di verificare che sussista un fondamento ragionevole per concludere che la disciplina legislativa soddisfa al criterio della lesione minima; nel secondo, invece, il sindacato risulta assai più pregnante ed approfondito.

Tuttavia, il passaggio interpretativo più delicato si ha allorché la Corte suprema, dovendo valutare se la limitazione di un diritto è giustificata da bisogni reali di una società libera e democratica, è chiamata a specificare gli elementi essenziali che qualificano il carattere liberale e democratico della società canadese.

Ripercorrere la sua giurisprudenza risulta interessante, dal momento che ci consente di apprezzare la concezione che la Corte ha del dover essere della società canadese. Si può ricordare, a titolo meramente significativo, che la nozione di *free ad democratic society* comprende al suo interno l'accettazione del principio multiculturale, in quanto la tolleranza razziale è un ingrediente essenziale per rendere funzionante una società libera e democratica; inoltre, è conforme all'art. 1 della Carta dei diritti e delle libertà vietare le parole di odio e di disprezzo nei confronti di gruppi sociali e di popoli, perché tutela la società contro alcuni mali ed incoraggia valori che sono l'essenza stessa della democrazia liberale contemporanea, quali il rispetto dell'uguaglianza e della dignità delle persone.

Un altro strumento interpretativo che i giudici hanno a disposizione per contemplare i diritti collettivi con quelli individuali si rinviene nell'art. 7 della Carta dei diritti e delle libertà secondo il quale i diritti alla vita, alla libertà ed alla propria sicurezza possono essere lesi solo in conformità con i principi di giustizia fondamentale.

Questa formula, che ha un riferimento spaziale nel V emendamento della Costituzione degli Stati Uniti – secondo cui *no person shall be prived of life, liberty or property without due process law* – e temporale nell'art. 2 del *Canadian Bill of Rights* del 1960 – il quale disponeva che *no law of Canada shall be construed or applied so as to.. deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations* –

non è stata considerata una mera garanzia procedurale, ma un vincolo per i pubblici poteri di rispettare nelle relazioni con il privato una *procedural fairness*.

Ad essa la Corte suprema si è richiamata per vigilare *as guardian of the justice system*, al fine di verificare la fondatezza delle limitazioni apportate dal legislatore al diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza. La Corte, infatti, prima di concludere che una disposizione legislativa sia contraria al principio di giustizia fondamentale, deve esaminare il nesso che esiste tra la disposizione e l'interesse dello Stato, nonché verificare se il legislatore è riuscito a trovare un punto d'equilibrio tra l'interesse dello Stato e quello della persona.

Ad esempio, utilizzando la formula richiamata dall'art. 7 della Carta dei diritti e delle libertà, la Corte suprema ha cercato di "umanizzare" il diritto penale, facendo in modo che l'interesse pubblico per il rispetto della legge, il mantenimento dell'ordine e la certezza della pena non desse luogo ad una normativa eccessivamente afflittiva, ha stabilito che la legislazione penale non deve punire la persona moralmente innocente, ha invocato la necessità di una proporzionalità tra la pena e la colpevolezza morale, ha affermato la necessità che sia rispettato il diritto di determinatezza delle norme penali, ha dichiarato incostituzionale l'estradizione dei fuggiaschi in assenza dell'assicurazione che non siano passibili della pena di morte nell'altro paese.

## 6. Segue: e.... tra eguaglianza e tutela delle differenze culturali

La tutela delle differenti individualità è assicurata non soltanto dal principio di eguaglianza, dal divieto di discriminazioni e dal riconoscimento dell'eguale dignità di tutte le persone, ma anche dalla presenza nella Carta dei diritti e delle libertà di disposizioni che legittimano trattamenti differenziati a favore degli appartenenti a minoranze dotate di una particolare garanzia costituzionale. Si tratta di clausole che consentono di bilanciare la tutela dei diritti universali della persona con i diritti connessi all'identità culturale di un gruppo, introdotte come riconoscimento della specificità storica, di un territorio o della composizione etnica della società canadese.

Nel primo caso, su può far riferimento agli artt. 25 e 35 della Carta dei diritti e delle libertà, che riconoscono i diritti e le libertà dei popoli autoctoni, sia ancestrali che derivanti da specifici trattati; mentre la clausola *nonobstant* introdotta dall'art. 33 – pur nella sua formulazione generale (Il Parlamento o l'organo legislativo di una Provincia può adottare una legge....) – appare chiaramente influenzata dall'intenzione di rendere graduale e il meno traumatico possibile l'impatto della Carta dei diritti e delle libertà all'interno dell'ordinamento costituzionale del Quebec. Essa, infatti, consente di dilazionare nel tempo – per un periodo non superiore a cinque anni – l'applicazione nel territorio di una determinata Provincia delle disposizioni costituzionali relative ad alcuni importanti diritti garantiti dalla Carta dei diritti e delle libertà: quali, ad esempio, le libertà di espressione, religiosa, di associazione, di riunione, personale, di eguaglianza.

Si tratta di una deroga all' immediata precettività della Costituzione, che appare in

astratto assai ampia –anche se circondata da alcune garanzie procedurali–, ma che la realtà democratica del paese si è premurata di depotenziare, dal momento che il senso di responsabilità delle istituzioni – ivi compreso, del sistema politico dei territori dove più forte era il riconoscimento del carattere distinto della propria società – ha fatto sì che il ricorso a tale clausola derogatoria sia risultato assai circoscritto.

Meritevole di attenzione è, a sua volta, la clausola interpretativa dell'art. 27 della Carta dei diritti e delle libertà, secondo la quale *this Charter shall be interpreted in a manner consist with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.*

Tale formula ha influenzato la giurisprudenza della Corte suprema su molteplici piani.

In primo luogo, la codificazione del principio multiculturale ha consentito ai giudici di precisare la portata ed il significato di alcuni diritti, qualora si riferiscono a persone appartenenti a gruppi etnici minoritari presenti stabilmente nel territorio del Canada: ha assolto, cioè, ad un compito di specificazione, soprattutto delle libertà tutelate dall'art. 2 della Carta dei diritti e delle libertà.

Ad esempio, in relazione alla libertà religiosa, è stata utilizzata per affermare che una norma che imponga la domenica quale giorno festivo privilegia una religione a scapito delle altre, entrando in conflitto con il dovere di tutelare il *multicultural heritage* dei canadesi. La Corte suprema ha, altresì, fatto ricorso all'art. 27 per meglio precisare la portata del diritto all'assistenza di un interprete nel corso di un processo, ritenendo discriminatorio nei confronti di un cittadino di altra razza che non comprende l'inglese il fatto che l'interprete non traduca nella lingua madre dell'imputato l'intero dibattito processuale.

Viceversa, la Corte Suprema non ha utilizzato la clausola multiculturale nei confronti di alcuni privilegi riconosciuti a determinati gruppi religiosi, specialmente in materia scolastica. Ad esempio, ha ritenuto che tale principio non fosse in grado di incidere sulla previsione dell'art. 29 della Carta dei diritti e delle libertà (che salvaguardia, in deroga al principio di egualianza, i diritti ed i privilegi assicurati a *denominational, separate or dissentient school*), in quanto tale posizione di favore fa parte del compromesso istituzionale su cui si fonda la federazione canadese. Siffatto orientamento, formalmente ineccepibile, non ha trovato, tuttavia, concorde l'intero collegio, dal momento che un'opinione dissidente ha ritenuto che il mancato finanziamento delle scuole appartenenti ai gruppi religiosi minori produce non soltanto un danno economico, ma anche una limitazione della possibilità di rafforzare la propria fede ed il proprio *multicultural heritage*.

Egualmente, l'art. 27 della Carta dei diritti e delle libertà acquista rilevo in relazione al principio di non discriminazione garantito dall'art. 15. 1 della medesima. Per un verso, quest'ultimo deve essere interpretato in modo da permettere lo sviluppo di valori multiculturali; per converso, questi ultimi non possono essere presi come pretesto per perseguire finalità discriminatorie nei confronti di altre persone o gruppi. Ad esempio, una volta optato per programmi di finanziamento di azioni positive a favore dei gruppi culturali, sarebbero discriminatorie le norme che non offrano a tutti i gruppi eguali opportunità. Sarebbe egualmente discriminatoria una legislazione che non

offrisse ai componenti i gruppi etnici le medesime condizioni di accesso ai servizi pubblici ovvero di partecipazione politica.

Inoltre, la Corte suprema ha precisato che la tutela del multiculturalismo impone di vietare forme di discriminazione anche indiretta e di considerare attentamente l'impatto che ogni normativa produce nei confronti dei gruppi che compongono il mosaico etnico del paese: ciò in quanto si ha discriminazione anche a causa delle conseguenze non intenzionali prodotte da una determinata normativa.

Da ultimo, il principio multiculturale è stato utilizzato anche per giustificare discipline derogatorie del principio di egualianza sancito dall'art. 15 della Carta. Ad esempio, si è considerata costituzionalmente corretta una legislazione la quale consente di assumere insegnanti avendo riferimento non soltanto al merito, ma anche all'esigenza di assicurare una rappresentatività etnica dei docenti adeguata alle caratteristiche del tessuto sociale ove opera l'istituto scolastico: in quanto gli aspetti relativi alla cultura possiedono un valore rafforzativo, a causa del loro specifico riconoscimento costituzionale.

## CAPITOLO QUARTO

# DIRITTI CULTURALI E MULTICULTURALISMO

## IV.1 - Multiculturalismo

**Sommario.** 1. Le difficoltà definitorie del fenomeno. 2. Il riconoscimento legale della differenza e gli strumenti per la sua promozione. 3. Multiculturalismo e limiti della diversità culturale.

### 1. Le difficoltà definitorie del fenomeno.

In primo luogo, occorre precisare che cosa si intende per cultura, per la quale si può far riferimento a un processo di stratificazione e di sintesi di alcuni elementi storici, linguistici, religiosi, razziali ed etnici condivisi da una pluralità di persone in senso intergenerazionale e che sono considerati strategici per la costruzione dell'identità individuale.

In secondo luogo, è opportuno tentare di dare una definizione di multiculturalismo, termine che ormai da qualche tempo emerge con certa frequenza nei dibattiti di vari ambiti disciplinari. A questo fine, potremmo ispirarci a chi collega il fenomeno “all’idea di una pari dignità da riconoscersi alle espressioni culturali dei gruppi e delle comunità che convivono in una società democratica e all’idea che ciascun essere umano ha diritto a crescere dentro una cultura che sia la propria e non quella contingentemente maggioritaria nel contesto socio-politico entro cui si trova a vivere”.

La definizione configura le relazioni fra Stato e minoranze, in modo che il primo debba consentire a coloro che si identificano “culturalmente” con una specifica comunità a mantenere, salvaguardare, promuovere quella differenza culturale, la cui dignità e peculiarità deve essere riconosciuta e rispettata anche dagli altri. Questo implica che i pubblici poteri, ma anche l’intera società, riconoscano l’eguale valore di culture diverse e che ottemperino alla richiesta di non lasciarle solo sopravvivere, ma di prendere atto che sono preziose.

Il dovere dello Stato consisterebbe nell’adozione di norme che proteggano, garantiscono e promuovano la diversità culturale degli individui, escludendo – di fatto – l’imposizione di politiche di assimilazione al contesto maggioritario. Il cambiamento di prospettiva – qualora si voglia aderire a una logica multiculturale – riguarda, quindi, la concezione dello Stato e sgombra il campo da alcuni equivoci che intendono accreditare l’ipotesi in base alla quale la crescita dell’attenzione al multiculturalismo sia determinata dall’aumento dei flussi migratori; come, se in sostanza, il principio prendesse corpo esclusivamente da elementi contingenti, trascurando, invece, come la questione si fondi su un approfondimento teorico del concetto di Stato.

Se accogliessimo, infatti, la prima prospettiva, finiremmo per configurare tutte le aggregazioni statuali come multiculturali; infatti, non si può trascurare il fatto che il fenomeno migratorio ha sempre costituito un elemento consolidato nella vita degli Stati, senza che, però, si potesse parlare di multiculturalismo. La storia ci rimanda molteplici esempi come l’immigrazione pacifica degli *Hyksos* nell’Antico Egitto

oppure la conquista militare dell'Inghilterra dei Normanni ovvero le invasioni dei barbari in Europa a seguito del crollo dell'Impero Romano ovvero l'emigrazione forzata dei neri negli Stati Uniti.

Pertanto, la nascita degli Stati nazionali non avviene o si giustifica con l'ineluttabilità di processi di unificazione di comunità nazionali essenzialmente omogenee, ma sulla base di una forte ideologia che vede nell'appannamento delle differenze il suo nerbo costitutivo più significativo.

Nel processo di formazione dello Stato assoluto, è prevalente la necessità di costituire un unico centro di potere sovrano che possa imporsi su un territorio in contrapposizione a una pluralità di ordinamenti distinti. Analogamente, quando l'evoluzione storica delle forme di stato conduce allo Stato di diritto, l'affermazione del principio di egualità formale impone la cecità del potere pubblico rispetto a qualsiasi differenziazione degli individui, che si traduce nell'affermazione piena della fonte-legge come un atto caratterizzato dalla generalità e dall'astrattezza.

Il monolitismo del potere pubblico si incrina nel momento in cui lo Stato si avvia a divenire democratico e perciò si caratterizza per uno spiccato pluralismo: politico, istituzionale, sociale, culturale, di cui le Costituzioni (soprattutto quelle approvate dopo la fine della seconda Guerra Mondiale) diventano l'espressione più significativa.

La Rivoluzione francese aveva imposto un'idea di persona di tipo atomistico, priva di qualsiasi connotazione sociale, culturale, religiosa, la cui asetticità consentiva il pieno diritto a non essere discriminata; più recentemente, il principio personalistico viene sviluppato anche secondo una prospettiva diversa, che fa riferimento non tanto ai singoli quanto ai gruppi cui essi appartengono. Questa prospettiva è distinta ma non antagonista a quella tradizionale del riconoscimento dei diritti individuali, poiché entrambe sono riconducibili al principio della tutela dell'egualità e della dignità dell'uomo. Per quanto concerne il primo, si assiste a un mutamento in base al quale il principio di egualità non viene più considerato astrazione delle differenze ma, anzi, al contrario, l'egualità si sostanzia nel diritto a essere trattati come eguali, salvaguardando al contempo, le proprie diversità.

Analogamente, il valore della dignità concorre all'affermazione in ambito statale della prospettiva multiculturale. Questo tema ha acquisito particolare rilevanza nel secondo dopoguerra come reazione al nazionalsocialismo ed alle violenze, ai maltrattamenti ed umiliazioni subite dalle persone a causa della loro fede politica, religiosa o della natura etnica e razziale. Non a caso, infatti, è stata proprio la Legge fondamentale tedesca a indicare come la dignità della persona sia intangibile, così come la Costituzione italiana afferma la pari dignità sociale di tutte le persone.

Il richiamo alla dignità della persona è presente, poi, negli ordinamenti mediterranei nati dalla crisi di regimi fascisti (l'art. 10 della Costituzione spagnola considera la dignità umana un fondamento dell'ordine politico e della pace sociale; l'art. 13 della Costituzione portoghese riconosce a tutti i cittadini la stessa dignità sociale) ed in quelli scaturiti dai processi democratici e dalle transizioni costituzionali che hanno di recente caratterizzato l'Europa orientale (art. 1 Cost. ceca; art. 30 Cost. polacca; art. 12 Cost. slovacca; art. 54 Cost. ungherese). La rilevanza del principio della dignità,

infatti, sembra costituire la premessa antropologica dello Stato democratico e sociale di diritto, in quanto intende affermare, nelle relazioni interne alla società e tra la società e lo Stato, una cultura di vita ispirata a regole di convivenza fondate sulla reciproca tolleranza e sul reciproco rispetto.

Pertanto, il combinato disposto dell'affermazione del principio di egualianza e del rispetto della dignità favorisce la prospettiva multiculturale nei diversi ordinamenti, facendo emergere l'obbligo per gli Stati di salvaguardare e promuovere la caratterizzazione collettiva e storica della persona, il suo essere parte di un gruppo sociale più ampio e dotato di una spiccata individualità, che le viene fornita da elementi comuni e consolidati di natura etnica, linguistica e culturale. In questo senso vi è la volontà di rendere visibile ciò che differenzia piuttosto che quello che uniforma e in base a ciò si richiede che i pubblici poteri tutelino e garantiscano le diversità.

Con un'evoluzione delle forme di Stato sempre più attente ai diritti degli individui, non sembra più condivisibile l'ipotesi che l'ordinamento sia noncurante o *blind* (per utilizzare un'espressione di origine anglosassone) rispetto alle differenze, perché questo si è dimostrato una finzione in quanto le politiche pubbliche sono inevitabilmente determinate dalla maggioranza che tende a mantenere la prevalenza del proprio gruppo etnico, razziale o religioso che esprime.

Ora, gli elementi aggiuntivi che inquadrono lo Stato multiculturale come un anello ulteriore nella catena evolutiva dello Stato democratico sono costituiti dal fatto che l'azione tutelare e promozionale dei pubblici poteri deve dispiegarsi nei confronti sia delle minoranze storiche presenti all'interno dei confini nazionali che delle cosiddette "nuove minoranze", costituite da gruppi di immigrati (o dalle generazioni successive) che hanno acquisito la cittadinanza o che risiedono stabilmente in uno Stato straniero.

Infatti, la garanzia delle minoranze definite storiche costituiva già patrimonio dello Stato democratico, poiché molti Stati avevano acquisito – a vario titolo – territori in cui si trovavano individui che avevano lingua, cultura, religione o etnia diverse dalla maggioranza. In questa ottica, gli esempi sono numerosi e riguardano, in primo luogo, paesi in cui i colonizzatori bianchi si sono sovrapposti – fino quasi a determinarne l'estinzione – alle popolazioni autoctone e, in secondo luogo, porzioni di territorio in cui erano stanziati degli individui con tradizioni culturali differenti a cui sia l'ordinamento internazionale che quelli nazionali garantivano dei diritti speciali.

Al primo tipo, appartengono ordinamenti come Stati Uniti, Canada, Australia, Nuova Zelanda e Finlandia che hanno riconosciuto all'interno dei propri ordinamenti norme di tutela e salvaguardia delle specificità delle popolazioni autoctone.

In Canada, la Carta dei diritti e delle libertà del 1982 riconosce all'art. 25 che i diritti sanciti dal documento costituzionale non potranno essere "construed so a sto abrogate or derogate from any aboriginal, treaty, or other rights of freedoms that pertain to the aboriginal peoples". Analogamente, in Australia, l'Alta Corte ha riconosciuto che l'Australia – prima della conquista britannica – non era *terra nullius* e pertanto, i diritti tradizionali degli indigeni potevano essere incorporati nella *common law*. E ancora, l'art. 17 della Costituzione finlandese recita: "The Sami, as an indigenous people,...) have the right to maintain and develop their own language and culture".

Al secondo tipo, possono essere ascritte tutte quelle norme che favorivano la conservazione delle identità linguistiche di quegli individui il cui territorio era passato alla sovranità di un altro Stato. In questo ambito, possiamo citare l'art. 66 del Trattato di Saint Germain del 1919 che stabiliva che: "non può essere imposto nessuna limitazione al libero uso da parte di ciascun cittadino austriaco di qualunque lingua in privato, nelle pratiche commerciali, nel culto religioso, nella stampa, nelle pubblicazioni di qualunque tipo o nei pubblici dibattiti". Pare opportuno citare anche l'art. 6 della Costituzione italiana sulle protezioni delle minoranze linguistiche che inserisce il pluralismo linguistico fra i principi fondamentali dello Stato e che ha permesso il riconoscimento di diritti speciali alle minoranze nazionali nelle Regioni a Statuto speciale della Valle d'Aosta, Trentino Alto-Adige e Friuli Venezia Giulia e l'approvazione della legge n. 482 del 1999 che consente ad alcune lingue espressamente individuate dalla legge (albanese, catalano, tedesco, greco, sloveno, croato, francese, franco-provenzale, friulano, ladino, occitano e sardo) di poter essere utilizzate come veicolari nei rapporti con la pubblica amministrazione, come strumento di insegnamento nelle scuole e come elemento della programmazione radiofonica e televisiva in alcune aree.

In questi casi, il riconoscimento delle diversità culturali trovava una sua giustificazione di ordine storico; tuttavia, più recentemente, si assiste a un fenomeno – come emerge dalla definizione di multiculturalismo data *supra* – in base al quale l'ordinamento statuale riterrebbe necessario riconoscere, conservare e promuovere la pluralità delle culture che possono essere presenti nel territorio: non solo delle comunità storicamente insediate, ma anche di individui eterogenei culturalmente rispetto alla maggioranza della popolazione dello Stato ma che, comunque, dispongano della cittadinanza o siano residenti in via permanente sullo stesso territorio.

È innegabile che la valorizzazione del multiculturalismo esclude di per sé qualsiasi logica di integrazione e più che mai di assimilazione del diverso, dell'allogeno ma intende contribuire al mantenimento dell'alterità. In questa prospettiva, il fine non è l'integrazione piena in una comunità politica, ma la demarcazione della propria identità culturale, che deve acquisire piena visibilità e riconoscibilità. Ciò che con il multiculturalismo si invoca è che vi debba essere un apprezzamento pubblico delle diversità, il cui abbandono comporterebbe la fine del gruppo che vi si rispecchia: mantenere determinate pratiche vuol dire continuare il legame collettivo che simboleggiano ed è per questo motivo che si domanda di preservarne la continuità.

## 2. Il riconoscimento legale della differenza e gli strumenti per la sua promozione.

Il cambiamento dell'approccio al tema del rispetto delle minoranze ha recato con sé, in alcuni casi, la codificazione del principio multiculturale in maniera esplicita. Tale circostanza è confermata dall'art. 27 della Carta dei diritti e delle libertà del Canada, approvata nel 1982 che stabilisce che: "This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage" ovvero dall'art. 30 della Costituzione del Sudafrica del 1996 che indica come:

“Everyone has the right to use the language and to participate in the cultural life of their choice”. E ancora, sembra di poter annoverare fra i testi costituzionali che riconoscono il principio multiculturale, la Costituzione ungherese che all’art. 68, c. 2 dispone che la Repubblica “shall provide for the protection of national and ethnic minorities and ensure their collective participation in public affairs, the fostering of their cultures, the use of their native languages, education in their native languages (...).”.

Tuttavia, anche gli ordinamenti che non hanno introdotto il principio multiculturale espressamente, ma che si sono limitati a recepire le norme consuete sulla tutela delle minoranze o sul divieto di discriminazione hanno, in taluni casi, proceduto a introdurre dei diritti finalizzati a valorizzare le identità culturali.

Volendo compiere una sorta di classificazione di questi ultimi potremmo suddividerli in: diritti derogatori, diritti promozionali, diritti all’autogoverno, diritti alla rappresentanza etnica nelle istituzioni.

## 2.1

I diritti derogatori sono costituiti da eccezioni alle norme, che, invece, si applicherebbero a tutti i cittadini, la cui legittimazione deriva dal riconoscimento dello *status* particolare attribuito agli appartenenti di una determinata comunità o gruppo. L’eccezionalità della regolazione di una determinata fattispecie rispetto alla generalità applicabile all’*universitas* dei cittadini costituirebbe il pegno da pagare per poter mantenere e salvaguardare dei profili specifici di una determinata minoranza. In questo senso, alcuni ordinamenti hanno previsto delle norme che consentono l’applicazione del criterio della specialità per disciplinare determinate fattispecie, la cui *ratio* espli- cativa e legittimante è da rinvenire nella volontà di salvaguardare stili di vita, pratiche comuni ed esigenze dei membri appartenenti alle minoranze.

Per quanto concerne le deroghe accordate alle popolazioni aborigene, sembra particolarmente conferente l’esperienza canadese relativamente ai diritti tradizionali di pesca e di caccia degli autoctoni, di cui la Corte suprema nella sentenza *Sparrow*, ha specificato l’ambito di applicazione. L’art. 35 del *Constitution Act* del 1982 offre copertura costituzionale agli “existing aboriginal rights and treaty rights” che, infatti, debbono essere riconosciuti e affermati. Siffatti diritti debbono essere salvaguardati e mantenuti anche in aperta violazione delle norme statali, a meno che non vi siano dei “compelling and substantial” interessi pubblici (come ha precisato in una sentenza successiva). Il ricorso nasceva perché un indiano pescava con una rete di lunghezza superiore a quanto previsto dalla normativa federale stabilita nel *Fisheries Act*. Il convenuto sosteneva che questa legge contrastava con l’art. 35 del *Constitution Act*, che riconosceva i diritti atavici dei popoli aborigeni alla caccia e alla pesca. I giudici supremi hanno precisato che il riconoscimento degli *Aboriginal rights* non escludeva di per sé una disciplina federale o provinciale sulle stesse materie finalizzate alla protezione delle varie specie animali; tuttavia, nella fattispecie era necessario che lo Stato considerasse la necessità per gli Indiani di procurarsi il cibo nei modi in cui tradizionalmente erano stati soliti farli. Pertanto, in questa pronuncia, è stato invocato un bilanciamento fra la tutela dell’ambiente e gli *inherent rights* delle popolazioni autoc-

tone, i quali devono essere oggetto di lesione nel minor modo possibile e solo qualora vi si contrapponga un interesse primario, quali, per esempio, la conservazione di una risorsa naturale o la sicurezza pubblica. Successivamente, nella sentenza *Van der Peet*, il massimo organo giurisdizionale canadese precisava quali fossero i requisiti necessari per enucleare i diritti speciali degli Indiani degni di essere salvaguardati anche in contrasto con le norme dell'ordinamento generale, sostenendo che si dovesse verificare che:

- a) Il diritto aborigeno costituisse un uso, una tradizione o una consuetudine che fosse centrale, necessaria e parte integrante di quella specifica cultura della società aborigena;
- b) Gli usi, le tradizioni e le consuetudini non dovessero essere esercitati in modo marginale o solo occasionalmente;
- c) Gli usi, le tradizioni e le consuetudini dovessero essere parte integrante di quella cultura prima del contatto con i colonizzatori europei;
- d) Alcuni aspetti di una comunità aborigena dovessero possedere il carattere della specificità e dell'unicità; pertanto, in generale, le attività legate al procacciamento del cibo non potrebbero configurarsi *tout court Aboriginal rights*, in quanto questo sarebbe un elemento comune alla quasi totalità delle società organizzate.

I diritti di caccia delle popolazioni indigene previsti nei trattati stipulati fra le autorità canadesi e quelle aborigene si estenderebbero anche ai terreni privati. Tale deroga alla proprietà privata è giustificabile – per la Corte – con il fatto che gli Indiani, quando hanno firmato il Trattato con i colonizzatori inglesi relativo alla disciplina di alcuni diritti e alla cessione di terre, non erano in grado di comprendere appieno il significato di proprietà privata e, pertanto, questo diritto non può essere opposto loro.

Un altro tipo di deroga riconosciuta ai membri delle popolazioni aborigene è costituita dalla legge n. 48 del 1993 della Colombia che esclude gli indigeni dal servizio militare obbligatorio, a patto che essi rimangano all'interno della riserva e che rispettino il sistema culturale, economico e sociale della comunità nella sua interezza. La deroga è stata concessa al fine di non impoverire numericamente le comunità e di non sottrarre loro forza lavoro, la cui diminuzione influenzerebbe in maniera sensibile sulle possibilità di sopravvivenza delle tribù. Di conseguenza, la deroga è attivabile a condizione che i singoli accolgano in pieno e rispettino le regole della propria comunità di appartenenza e contribuiscano alla loro salvaguardia.

Le clausole derogatorie sono previste in alcuni ordinamenti anche per la tutela delle minoranze religiose. Fra queste, si possono ricomprendere tutte quelle norme che consentono di riconoscere le festività in giorni diversi da quelli osservati dalla maggioranza della popolazione. In questa logica, si è posta, infatti, la Corte suprema canadese, nel caso *R. v. Big M Drug Mart*(t) del 1985, che ha sancito l'incostituzionalità del *Lord's Day Act* – che disponeva il divieto di attività commerciali la domenica – ritenendolo lesivo della libertà religiosa dei non cristiani.

La particolare sensibilità e apertura dell'ordinamento canadese ai fattori religiosi si sono tradotte spesso nel riconoscimento di deroghe alla normativa generale, ritenendo che l'applicazione cieca di una norma apparentemente neutra potrebbe condur-

re al mancato rispetto dei sentimenti religiosi dei propri cittadini. Due casi, in particolare, possono essere illuminanti a tal proposito: *Amselem* e *Multani*. Nella prima sentenza, la questione riguardava la legittimità o meno della rimozione di capanne provvisorie definite *succahs* dalle terrazze di un'abitazione, che sono costruite dagli ebrei per festeggiare il *Succot*, ma che contrastavano con il regolamento condominiale. La Corte suprema, risolvendo il caso in favore dei credenti, ha legittimato la disapplicazione della normativa condominiale, in quanto le strutture religiose non andavano a intaccare il diritto di proprietà degli altri condomini, né costituivano un pericolo per l'incolumità delle persone, per cui la deroga era giustificata dal dovere di *accommodation* fra salvaguardia della libertà religiosa e normativa generale.

Nel secondo caso, la questione riguardava il divieto di indossare armi negli istituti scolastici, che contrastava con il precezzo religioso dei *sikk* di portare il *kirpan*, un coltello tipico che, secondo la tradizione, servirebbe per combattere gli spiriti. Le autorità scolastiche avevano vietato la detenzione dell'arma perché ritenuta potenzialmente lesiva dell'incolumità degli alunni, mentre la Corte suprema ha sostenuto che il coltello – se adeguatamente conservato in una custodia sigillata e osservando alcune cautele – poteva essere portato a scuola.

Più controverse sono le esenzioni riservate ad alcune comunità religiose negli Stati Uniti nel settore dell'istruzione. La Corte suprema, nel caso *Wisconsin v. Yoder*, ha riconosciuto agli *Amish* la possibilità di escludere i propri figli dall'istruzione obbligatoria oltre l'ottava classe (quattordici anni) in quanto i giudici hanno affermato che il protrarre la permanenza dei ragazzi *Amish* in scuole non connotate religiosamente potrebbe incidere negativamente sulla loro formazione, causando un loro allontanamento dalla comunità e, quindi, indebolendo, di fatto la sua consistenza e i suoi presupposti teologici che si basano su uno stile di vita del tutto peculiare, del tutto alieno dallo sviluppo tecnologico. I giudici supremi hanno confermato, quindi, la necessità di legittimare un'eccezione alla regola generale, riconoscendo implicitamente che altrimenti l'esistenza stessa della setta e – pertanto la libertà religiosa dei suoi adepti – potrebbe essere messa in pericolo.

L'ambito di applicazione delle deroghe investe anche il sistema sanzionatorio sia civile che penale. Sul punto, gli esempi maggiormente significativi sono rappresentati dall'esperienza dei tribunali indiani negli Stati Uniti, che hanno piena competenza in materia penale e civile su fattispecie insorgenti nel territorio delle tribù, che coinvolgono individui ad esse appartenenti.

Nella medesima prospettiva, sembra muoversi l'Accordo di *San Andrés Larrainzar* del 1996, stipulato fra le autorità federali del Messico e le popolazioni indigene del Chiapas, i cui contenuti sono stati recepiti dalla riforma costituzionale del 2001 dell'art. 2 della Costituzione e che legittima la realizzazione di organi giurisdizionali competenti in materie relative alla comunità indigena.

E ancora, l'art. 246 della Costituzione colombiana autorizza l'istituzione di organi giurisdizionali delle comunità indigene competenti ad amministrare la giustizia applicando le norme consuetudinarie sui propri territori, a patto che le sentenze emanate non siano contrarie alle norme costituzionali e legislative.

In Sudafrica, al fine di riconoscere e mantenere il diritto tradizionale delle tribù, è

stata prevista l'istituzione del *Council of Traditional Leaders*, costituito dai capi tradizionali, che, oltre ad esercitare delle funzioni di tipo consultivo, si configura come un organo giurisdizionale competente a dirimere tutte le questioni relative all'applicazione del diritto indigeno, che deve essere, comunque, subordinato alla legge.

## 2.2

### 2.2.1

Accanto ai diritti derogatori, che consentono ai singoli appartenenti a un determinato gruppo di agire in maniera difforme da quanto previsto per la maggioranza, vi sono i cosiddetti diritti alla promozione culturale, che sono finalizzati a propiziare il mantenimento di aspetti peculiari di gruppi culturalmente identificati.

Anche nella nuova realtà democratica del Sudafrica, il tema del pluralismo culturale ha avuto un riconoscimento formale, con l'obiettivo di non voler coartare l'ordinamento in logiche omogeneizzanti, le quali avrebbe potuto condurre all'esplosione di contrasti anche violenti, stante i vari gruppi componenti la società. A sostegno delle norme dell'art. 31 della Costituzione finalizzate alla salvaguardia e alla promozione delle distinte culture, l'art. 185 ha previsto l'istituzione della *Commission for the Promotion and Protection of the Rights of Cultural, Religious and Linguistic Communities*, con il compito specifico di promuovere il rispetto, la pace, l'amicizia e la tolleranza fra le varie comunità presenti nel paese.

L'obiettivo di ricomporre i contrasti fra la minoranza russa (circa il 20% della popolazione) e il resto della popolazione lituana sembra essere la *ratio* giustificativa dell'emendamento della legge sulle minoranze etniche nel 1991, che obbliga lo Stato a sostenere e promuovere la cultura dei gruppi etnici e a favorire l'istruzione nelle lingue minoritarie di qualsiasi ordine e grado.

Il diritto a utilizzare la propria lingua rappresenta un elemento strategico per il riconoscimento delle identità culturali e assume una forte valenza simbolica in molti paesi, in quanto se non è conseguito lo *status* di lingua pubblica questa non può sopravvivere in quanto le persone non hanno occasione o interesse personale a svilupparla.

La Nuova Zelanda, nel 1987, ha promulgato il *Maori Language Act* che è stato definito come uno strumento di "biculturalism", riconoscendo non solo l'ufficialità della lingua Maori assieme a quella inglese, ma, implicitamente, l'eguaglianza fra le due culture presenti nel paese. Gli effetti scaturenti dall'atto legislativo riguardano la possibilità di utilizzare la lingua degli indigeni, in tutti i procedimenti di tipo giurisdizionale da parte sia degli avvocati, dei giudici, delle parti in giudizio e dei testimoni. Inoltre, su richiesta, può essere previsto che i documenti inerenti al procedimento siano tradotti. L'ufficialità della lingua Maori ha determinato, nel 1996, l'adozione dello *standing order* n. 107 da parte della Camera dei Rappresentanti, che attribuisce la facoltà ai membri dell'organo legislativo di esprimersi in inglese o nella lingua indigena. Inoltre, deliberazioni successive hanno consentito l'utilizzo della lingua degli aborigeni per la presentazione di petizioni e, su richiesta dello *Speaker*, gli atti legislativi e non, adottati dalla Camera, possono essere tradotti in una lingua diversa da quella originale.

In senso promozionale sono significativamente importanti le normative che tutelano le culture alloglotte attraverso il finanziamento e la realizzazione di strumenti di comunicazione di massa. In Italia, in base all' art. 12 della legge n. 482 del 1999, si consente al Ministero delle comunicazioni di stipulare convenzioni con la società concessionaria del servizio pubblico televisivo affinché siano assicurate condizioni per la tutela delle minoranze linguistiche, mentre l'art. 13 permette la stipula di convenzioni fra le Regioni e la società concessionaria del servizio pubblico televisivo e/o emittenti locali al fine di realizzare trasmissioni in lingua minoritaria.

Anche le minoranze linguistiche riconosciute in Germania hanno la possibilità di fruire di spazi radiotelevisivi pubblici. A questo proposito la minoranza danese dispone di un proprio rappresentante nell'Autorità per le telecomunicazioni dello Schleswig-Holstein; mentre, è più debole l'azione promozionale a favore della minoranza frisona e soraba. Alla prima sono concessi quotidianamente solo alcuni minuti di trasmissione nella propria lingua nel canale televisivo "Welle Nord"; mentre la minoranza soraba dispone di alcune ore di trasmissione su reti pubbliche a diffusione regionale. Inoltre, la minoranza danese nello Schleswig-Holstein possiede un proprio giornale, così come la minoranza soraba nel Brandeburgo e nel Saschen.

Equalmente in Austria, la televisione pubblica trasmette localmente nel Kärten e nel Burgenland alcuni programmi in lingua croata, slovena e ungherese.

Infine, l'art. 5 del decreto della comunità fiamminga del 7 novembre 1990 dispone che il riconoscimento da parte della comunità fiamminga di una radio avviene solo se quest'ultima trasmette in fiammingo.

## 2.2.2

Fra le tecniche per riconoscere, mantenere e rafforzare al meglio le regole tradizionali delle identità culturali sono ricomprese la previsione di organi per la promozione e la tutela dei diritti delle comunità. Si tratta, in genere, di organi rappresentativi di uno o della pluralità dei gruppi etnici presenti sul territorio, dotati di funzioni consultive o di proposta nei confronti delle assemblee elette ovvero dei governi o di funzioni di tipo giurisdizionale. L'istituzione di organi di consultazione costituisce una tendenza generalizzata nel diritto comparato, soprattutto, in quei paesi dove la diversità culturale ha prodotto dei grandi conflitti difficili a ricomporsi.

Nella Costituzione sudafricana è prevista l'istituzione del *Council of Traditional Leaders*, il quale gode di poteri consultivi e deve essere sentito ogniqualsiasi progetto di legge abbia per oggetto le autorità tradizionali, il diritto delle popolazioni locali, le tradizioni e i costumi delle comunità native. Inoltre, sempre nel continente africano, con le stesse finalità, si può ricordare l'istituzione del *Traditional Council* in Namibia e la *House of Chiefs* in Ghana e in Botswana.

Tuttavia, questa tendenza si riverbera anche sul continente europeo: ad esempio, in Lettonia, il Consiglio consultivo delle nazionalità, istituito con la legge costituzionale sul libero sviluppo e il diritto all'autonomia culturale dei gruppi nazionali ed etnici del 1991, svolge una funzione consultiva nel procedimento legislativo.

La configurazione etnica e linguistica variegata della Bosnia-Herzegovina ha favorito l'adozione della legge sulla protezione dei diritti delle minoranze nazionali del

2003, che prevede l'istituzione di un Consiglio per le minoranze nazionali, composto da almeno un rappresentante per ciascun gruppo minoritario con funzioni consultive e di proposta nei confronti del Parlamento.

Particolarmente sensibile alla composizione pluralistica del paese è la Macedonia, la cui Costituzione all'art. 78 indica che il Parlamento elegge i membri del Comitato per le relazioni tra Comunità. Quest'ultimo è formato dai rappresentanti in assemblea dei macedoni, degli albanesi, dei turchi, dei valacchi e dei rom e di tutte le altre minoranze nazionali, fra cui sono ricompresi i serbi e i bosniaci. Il Comitato può esprimere pareri e proposte, i quali debbano essere tenuti in adeguata considerazione dall'assemblea.

Molto spesso questi organi sono articolati anche a livello locale e svolgono funzioni consultive nei confronti delle assemblee municipali; è il caso della Croazia, in cui la legge costituzionale sui diritti delle minoranze nazionali del 2002 prevede l'istituzione dei Consigli per le minoranze nazionali, che, oltre ai compiti tradizionali, propone anche i candidati della minoranza negli organi amministrativi statali e negli enti locali e della Slovenia, dove i membri della minoranza italiana e ungherese possono formare delle comunità di autogoverno etnico che hanno delle competenze in materia culturale e coadiuvano l'attività degli enti locali.

L'azione degli organi consultivi può svolgersi anche nei confronti del potere esecutivo. Nella realtà europea possiamo richiamare, oltre ai già citati Consigli per le minoranze nazionali della Croazia, l'esperienza dell'Assemblea popolare svedese, la quale è composta da 75 membri e può avanzare proposte o esprimere pareri relativamente ai provvedimenti del Governo finlandese, suscettibili di incidere sugli interessi della minoranza svedese.

Sempre come organo consultivo del Governo, può essere annoverato il Consiglio per le minoranze nazionali previsto in Romania, istituito dal decreto governativo n. 137 del 6 aprile 1993. Questo organo è competente a esprimere un parere su tutti i provvedimenti normativi e amministrativi del Governo riguardanti i diritti delle minoranze etniche. È composto da 36 membri designati dalle 17 associazioni rappresentanti le minoranze etniche del Paese, legalmente costituite alla data delle elezioni generali del 1992 e da 14 esponenti del Governo con il rango di segretario di Stato o di direttore generale. Questa composizione non sembra giovare all'efficacia dell'organismo, tant'è che i rappresentanti della minoranza ungherese (che rappresentano il 67% delle minoranze etniche presenti in Romania) hanno sospeso la loro partecipazione.

Possiamo, inoltre, richiamare nella realtà europea, il *Northern Ireland Bill* (1998), che ha istituito due Commissioni con funzioni consultive, volte a rappresentare gli interessi delle due comunità religiose a fronte dell'azione normativa e delle politiche sociali del Governo. In particolare la prima – *Northern Ireland Human Rights Commission* – ha il compito di assicurare il mutuo rispetto per l'identità, il costume e la parità di trattamento fra le due comunità; la seconda – *Equality Commission* – prevista per garantire il rispetto del principio di egualianza, si propone, anche nella sua composizione, di rappresentare gli interessi dei due gruppi.

All'interno di questi meccanismi, un aspetto particolare è rappresentato dall'intro-

duzione di forme di giurisdizione speciale competenti a dirimere controversie relative a interessi delle identità culturali. Spicca in questo ambito il tribunale *Waitangi* in Nuova Zelanda, che è un organo arbitrale, competente in materia di interpretazione del Trattato di *Waitangi*, stipulato fra le rappresentanze Maori e i colonizzatori inglesi nel 1840, che ha per oggetto la proprietà è la gestione di alcuni territori aborigeni e il riconoscimento di alcuni diritti su queste terre da parte delle popolazioni indigene. La peculiarità di questo tribunale è che metà dei rappresentanti devono essere necessariamente appartenenti all'etnia *Maori*, mentre l'altra metà è composta da esponenti della maggioranza anglofona: ciò in quanto si è ritenuto che l'interpretazione di un Trattato non fosse esclusivo appannaggio di una sola delle parti contraenti.

Talvolta, gli organi consultivi dispongono di altre competenze di garanzia delle differenze culturali, che riguardano la possibilità di richiedere l'intervento di altri organi a tutela delle minoranze nei confronti degli atti normativi. Spiccano in questo senso la facoltà dei Consigli per le relazioni interetniche della Serbia di adire la Corte costituzionale per verificare la legittimità di atti degli enti locali che potrebbero essere lesivi dei diritti delle minoranze ovvero dei Consigli del Montenegro che possono richiedere al Presidente della Repubblica l'esercizio del voto sui deliberati legislativi.

### 2.3.

I diritti all'autogoverno delle identità culturali ricomprendono una pluralità di soluzioni istituzionali di variabile intensità, a seconda dei diversi contesti storici e statuati: per cui si passa dal riconoscimento a divenire una nazione indipendente all'accogliimento di un sistema federale, all'autonomia regionale, all'autogoverno di una porzione del territorio e finanche la secessione.

In riferimento alla diversa gradazione con la quale tale diritto si estrinseca, alcuni autori hanno introdotto una distinzione fra diritti di autonomia e *national rights*. Solo questi ultimi legittimerebbero l'autodeterminazione, intesa – secondo quanto precisato nella Risoluzione delle Nazioni Unite n. 1514 del 14 dicembre 1960 (Dichiarazione sull'indipendenza dei popoli coloniali) – come il diritto di ogni popolo a non essere sottoposto a dominazione coloniale, occupazione straniera o regime d'*apartheid*. Al contrario, i diritti di autonomia si affermerebbero attraverso l'uso della lingua, la previsione di forme e strumenti di *self-government* e la possibilità di fruire della propria cultura.

L'idea dell'autodeterminazione individua un nesso inscindibile fra sovranità e popolo (o nazione) e rifiuta l'idea che quest'ultimo possa essere governato da uno Stato straniero che si è imposto sui cittadini. Siffatto principio, nell'età dell'ideologia liberal-democratica, ha costituito lo strumento più efficace attraverso i quale i popoli colonizzati hanno rivendicato la loro indipendenza. Tuttavia, la sua teorizzazione spinta fino alle estreme conseguenze costituisce il substrato ideologico per rivendicazioni secessionistiche di popoli che – in virtù di una diversità culturale, etnica, religiosa, razziale dall'*élite* dominante – sostengono la piena legittimità della richiesta di indipendenza del territorio a cui appartengono. Tali velleità sono alimentate dall'idea di costituire Stati, i cui cittadini sono accomunati da specificità storiche, culturali ed etniche ritenute non adeguatamente tutelate in un ambito statuale più ampio ovvero da un

esacerbato nazionalismo che ritiene che le comunità politiche debbano essere basate su una forte omogeneità culturale, ponendo ai margini tutte le altre espressioni di alterità. È evidente che il secondo approccio si situa in una zona molto lontana dalla prospettiva multiculturale, pur sfruttandone in una certa misura alcuni assunti di base. Si configura in maniera diversa il primo profilo che probabilmente ha costituito la *ratio giustificativa* per alcune recenti esperienze di destrutturazione statale come quelle che hanno coinvolto l'Unione Sovietica e la Cecoslovacchia.

In questo lavoro, la prospettiva scelta è quella di verificare quali siano a livello comparato gli strumenti introdotti nei singoli ordinamenti per tutelare e garantire le diversità culturali, senza che questi, però, si convertano in tecniche di allentamento dei vincoli unitari statuali. Pertanto, ci riferiremo solo agli istituti di *self-government*, giustificati dall'esigenza di preservare le specificità culturali in determinati ambiti territoriali.

Alla luce di queste considerazioni, è da registrarsi un *favor* verso il riconoscimento di istituzioni di autogoverno per i popoli autoctoni, scaturito dalla consapevolezza che questi fossero delle vere e proprie *Nations*, prima dell'arrivo dei colonizzatori europei. Un esempio sicuramente significativo è espresso dalla proclamazione del Territorio del Nunavut in Canada nel 1999. Con questo atto, si è dato corpo a una serie di rivendicazioni iniziata nel 1973, attraverso l'*Inuit Tapirisat* del Canada (l'organizzazione politica nazionale rappresentante degli *Inuit*), che attraverso uno studio ha dimostrato l'esistenza di un titolo ancestrale degli Esquimesi sulle terre artiche canadesi. Il nuovo territorio ha circa 24.000 abitanti di cui 18.000 (85%) sono *Inuit*. Le finalità del Governo federale nell'istituzione del nuovo territorio sono quelle di incrementare lo sviluppo economico della zona e migliorare la qualità delle popolazioni native, ma anche e, soprattutto, di favorire la realizzazione di un piano di sviluppo in ambito educativo e culturale per salvaguardare le tradizioni e la lingua degli *Inuit*. In tal senso, a differenza degli altri territori e Province che si basano sul bilinguismo, *Nunavut* ha tre lingue ufficiali: inglese, francese e *inuktitut*.

Oltre l'esperienza canadese, possiamo considerare quanto previsto nell'esperienza nicaraguense relativamente alle popolazioni autoctone della Costa atlantica, le quali si distinguono per la loro capacità di resistenza all'assimilazione prima da parte della Spagna e poi del Nicaragua. La popolazione indigena parla un linguaggio creolo-inglese (date le sue relazioni con la Corona britannica), è di religione protestante e le loro attività economiche sono legate prevalentemente ai paesi caraibici di area britannica. La Costituzione del 1987 riconosce il carattere multietnico dello Stato e all'art. 181 sancisce l'autonomia delle popolazioni della Costa Atlantica. La legge n. 28 del 1987 stabilisce le linee guida dell'autonomia dell'area e suddivide il territorio in due regioni, ciascuna con organi legislativi ed esecutivi, i quali devono assicurare la rappresentanza delle popolazioni presenti sul territorio.

Oltre alle rivendicazioni aborigene, particolari forme di autonomia sono state riconosciute a comunità linguistiche, etniche e religiose, che rappresentano una testimonianza evidente del fatto che gli Stati si stanno orientando verso un riconoscimento sempre più esplicito delle minoranze esistenti.

L'India rappresenta in questo senso un'esperienza interessante, soprattutto, perché

– come Stato federale – ha riconosciuto uno *status* differenziato ad alcune aree per ragioni esclusivamente religiose, costituendo, forse, un *unicum* nel panorama comparato. Il riferimento è allo Stato del Jammu-Kashmir che gode di un regime speciale, determinato dalle permanenti (e talvolta cruento) contrapposizioni fra la maggioranza musulmana e le altre minoranze religiose, fra cui quella indù. Lo Stato in questione – a differenza delle altre istituzioni territoriali indiane – dispone di una propria Costituzione, (approvata nel 1957), che determina la forma di governo; inoltre, le assemblee legislative godono di una potestà legislativa esclusiva in una pluralità di materie (mentre negli altri Stati è di tipo concorrente) e infine, la clausola residuale funziona in favore del livello substatale e non della Federazione.

Più frequentemente, la concessione di autonomie differenziate si basa su presupposti linguistici o etnico-razziali. Per quanto concerne, il primo profilo gli esempi sono numerosi e, pertanto, ci limiteremo a citare solo alcuni casi, fra cui anche l'Italia, che riconosce ad ambiti territoriali storicamente determinati una specialità statutaria, definita con legge costituzionale, che si estrinseca in forme di autogoverno diverse dalle restanti Regioni e che si traduce in norme di ampia garanzia per la lingua e cultura dei cittadini alloglotti. Analogo approccio è stato posto in essere in Spagna ove si riconosce alle Comunità Autonome, tramite i loro Statuti, la possibilità di conferire il carattere dell'ufficialità ad altre lingue, oltre al castigliano, e di disporre di una serie di competenze esclusive in materia di istruzione.

Per quanto riguarda il secondo profilo e cioè le peculiarità etniche (che, comunque, spesso presentano anche una componente linguistica), è possibile annoverare ancora una volta l'Unione indiana, la cui Costituzione prevede la possibilità di individuare dei territori in cui risiedano stabilmente delle comunità tribali, le quali possono istituire dei consigli di distretto con competenze amministrative.

Nell'area europea, possono essere segnalate la Costituzione dell'Estonia (art. 50) e dell'Ungheria (art. 68, c. 5) che prevedono la creazione di istituzioni di autogoverno per le minoranze etniche.

Fra i diritti all'autogoverno possono rientrare anche quelli che procedono al riconoscimento di uno *status* di cittadinanza rinforzata a favore degli appartenenti alle identità culturali autoctone. Alcuni ordinamenti attribuiscono ai cittadini appartenenti a comunità etniche uno *status* di cittadinanza “regionale”, che si affianca a quella di cittadinanza nazionale. In questo senso, si muove l'esperienza delle Isole Aaland in Finlandia, (dove risiede una cospicua minoranza svedese), alle quali è attribuito uno statuto speciale di autonomia, secondo il quale coloro che non sono “cittadini regionali” non godono di alcuni diritti: tra i quali l'elettorato attivo e passivo per quanto riguarda le assemblee provinciale e comunali, l'accesso libero alla proprietà della terra, la libertà di impresa e l'esercizio di alcune professioni. In questo modo, le minoranze autoctone mantengono il controllo del territorio e delle proprie risorse, preservando l'omogeneità e il carattere svedese delle isole. L'attribuzione della cittadinanza “regionale” è subordinata ad una ragionevole padronanza della lingua svedese e alla residenza stabile sulle isole per almeno cinque anni.

## 2.4

In molti ordinamenti pluralistici è assicurata la presenza di rappresentanti delle comunità all'interno degli organi costituzionali appartenenti tanto al potere legislativo, che esecutivo, che giudiziario. Tale riconoscimento si basa sul principio in base al quale i membri dei gruppi identitari debbono partecipare alla definizione della volontà generale dello Stato attraverso la loro inclusione negli organi di vertice. È evidente che la scelta degli ordinamenti consta di un duplice profilo: da una parte, si richiama alla espressa volontà di riconoscere il pluralismo presente nella propria società, dall'altra parte, palesa logiche inclusive e non di separatezza dei gruppi.

### 2.4.1.

In primo luogo, l'obiettivo è quello di inserire dei rappresentanti dei gruppi identitari negli organi che esercitano il potere legislativo. Questo assunto riveste una significativa importanza, anche se non può essere occultato il fatto che gli effetti pratici sono assai limitati; infatti, poiché le assemblee rappresentative si esprimono attraverso maggioranze, la possibilità concreta che i rappresentanti delle comunità culturali possano effettivamente incidere sul processo legislativo è simbolicamente importante, anche se probabilmente esigua, a meno che non si garantisca a questi eletti un potere di voto nelle materie che riguardano specificamente le minoranze, come è il caso della Slovenia per gli esponenti delle comunità italiane e ungheresi.

L'obiettivo dell'integrazione dei membri delle minoranze all'interno degli organi legislativi può essere conseguito attraverso diverse opzioni: a) riservare dei seggi a esponenti delle minoranze; b) favorire l'elezione dei rappresentanti identificati culturalmente; c) rafforzare il peso dei rappresentanti delle minoranze nel procedimento di formazione delle norme.

Nei primi due casi, come è evidente, si sottopone a torsione il principio della parità di accesso alle cariche politiche che è sempre stato considerato un elemento caratterizzante dello Stato di diritto Tuttavia, l'evoluzione delle forme di Stato ha evidenziato come la necessità di inglobare soggetti tradizionalmente esclusi dal circuito politico-decisionale costituisca uno dei fini qualificanti gli ordinamenti democratici a caratterizzazione multiculturale, poggiando sulla convinzione che in materia sia preferibile sostituire il principio costituzionale *one person, one vote* con quello della *mirror representation*: si pensa che, negli Stati multiculturali, i cittadini possono essere rappresentati adeguatamente soltanto da altri cittadini con i quali condividono eguali esperienze di natura etnica, razziale, linguistica etc.

Rispetto alle scelte illustrate in precedenza, va da sé che la prima, che si sostanzia nell'individuazione di quote riservate a soggetti portatori di istanze culturalmente differenziate è quella che può creare più problemi rispetto alla violazione del principio di egualianza formale nell'elettorato passivo. Non a caso, laddove siano state previste delle norme in tal senso, gli organi di giustizia costituzionale non hanno mancato di censurarle, come è avvenuto in Montenegro dove le disposizioni della legge sui diritti e le libertà delle minoranze nazionali ed etniche del 2006, che riservava da uno a tre seggi in Parlamento ai rappresentanti delle minoranze nazionali, è stata dichiarata incostituzionale con una decisione del 17 luglio 2007.

Non mancano, invece, esperienze di segno diverso come in Slovenia e Italia. Nel paese ex-comunista, l'organo di giustizia costituzionale nel 1998 non ha rinvenuto eccezioni di illegittimità nella norma che prevedeva la riserva di un seggio rispettivamente per la comunità italiana e ungherese nell'assemblea nazionale, sostenendo che la sua legittimazione derivasse dal rispetto di obblighi internazionali assunti con Italia e Ungheria. Allo stesso tempo, in Italia, la Corte costituzionale, affrontando una questione relativa allo Statuto del Trentino Alto Adige, ha precisato che la scelta di un determinato sistema elettorale “non appare dettata da una preferenza che abbia di mira solo l'organizzazione e il funzionamento delle istituzioni, ma risponde alla ritenuta necessaria che il sistema elettorale renda possibile, con il metodo proporzionale, la rappresentanza delle minoranze linguistiche nelle istituzioni, consentendo ai gruppi linguistici di esprimersi anche in quanto tali, in relazione alla loro consistenza e sempre in forza delle libere scelte degli elettori”.

Una soluzione compromissoria – che bilancia la rappresentanza delle minoranze con quella generale – è fornita dall'art. 59 della Costituzione di Romania che indica che le minoranze nazionali debbano avere almeno un seggio alla Camera e al Senato, a patto che – stabilisce la legge elettorale – la formazione politica raggiunga a livello nazionale almeno il 5% dei voti che sono normalmente necessari a un candidato per essere eletto. Analogamente, la legge regionale n. 3 del 1993 della Valle d'Aosta riserva a un esponente della minoranza tedesca un seggio, qualora nessuno dei candidati abbia raggiunto una percentuale di voti sufficienti. L'attribuzione del seggio è subordinata alla condizione che la lista collegata abbia ottenuto nei comuni, dove la minoranza risiede, la maggioranza dei voti validi e almeno il 40% dei suffragi validamente assegnati a tutte le liste negli stessi comuni.

Talvolta, i seggi possono essere garantiti anche ad esponenti delle popolazioni autoctone come in Colombia, dove l'art. 171 della Costituzione riserva due seggi al Senato a membri delle popolazioni indigene e ancora, l'art. 176 stabilisce che i gruppi etnici dispongono di quote speciali nella Camera dei Rappresentanti. La legislazione elettorale ha previsto a tal proposito una circoscrizione elettorale speciale per la Camera bassa che consente l'elezione di cinque rappresentanti delle comunità autoctone, mentre per il Senato è stato costituito una circoscrizione elettorale nazionale, la quale permette l'elezione dei due senatori.

Come è stato richiamato precedentemente, a livello comparato sussiste anche un'altra modalità atta a favorire la presenza di eletti provenienti dai gruppi minoritari e riguarda interventi normativi che possano favorire una rappresentanza di un certo tipo, agendo sulla legislazione elettorale, evitando la rigidità eccessiva dell'attribuzione *ex officio* degli scranni.

Un ambito di intervento che può essere utile alla causa della rappresentanza dei gruppi concerne il ritaglio delle circoscrizioni elettorali, il cosiddetto *gerrymandering*, soprattutto laddove vi siano sistemi elettorali maggioritari. Spicca in questo ambito l'esperienza del sistema statunitense, dove alcuni Stati avevano ritenuto opportuno utilizzare il *gerrymandering*, per costruire circoscrizioni elettorali in cui la minoranza afro-americana costituisse la maggioranza degli elettori al fine di eleggere un proprio rappresentante (*majority-minority district*). Tuttavia, questa tendenza di *favor* verso le

minoranze razziali sembra esser stato ridimensionato da parte della Corte suprema nel 1993 nella sentenza *Shaw v. Reno* che ha richiamato i legislatori al rispetto del principio di non discriminazione in base alla razza, ponendo in luce la dimensione individuale dell'elettore a scapito della sua appartenenza a una razza ben determinata e indicando come sia necessario sottoporre allo *strict judicial scrutiny* qualsiasi scelta normativa che abbiano la razza come elemento giustificativo, anche se a fini premiali.

Nei sistemi proporzionali, invece, le *affirmative electoral actions* si concentrano sulle soglie di sbarramento che molto spesso sono presenti per ridurre l'eccessiva proliferazione dei partiti ma che hanno effetti particolarmente penalizzanti per i partiti che rappresentano gruppi minoritari.

In questa ottica si inscrive la legge elettorale polacca del 12 aprile 2001, la quale dispone che i partiti che rappresentano gruppi minoritari sono esentati dal raggiungimento della clausola di sbarramento del 5% per accedere alla ripartizione dei seggi sia nella Camera bassa che nel Senato.

La stessa disposizione che esclude i partiti rappresentanti le minoranze dal superamento della clausola di sbarramento del 5% è prevista dall'art. 6 (6) della legge elettorale federale tedesca per le elezioni del *Bundestag*. Merita rilevare che le minoranze linguistiche in Germania sono numericamente esigue e attualmente esiste un solo partito rappresentativo dei gruppi minoritari minoranze ed è lo *Sydslesvig-Holstein Vaelgerforening* rappresentativo delle minoranze danesi dello Schlesvig-Holstein.

Infine, possono sussistere delle procedure legislative particolari finalizzate ad assicurare la partecipazione ai processi decisionali dei gruppi etnici. In proposito, l'emendamento alla Costituzione cecoslovacca del 1968 prescriveva che le leggi di maggiore importanza dovessero essere approvate dall'assemblea legislativa con la maggioranza dei deputati di ognuna delle due Repubbliche. Più recentemente l'art. 68, c. 5 della Costituzione ungherese, emendata nel 1990, prevede che i disegni di legge riguardante i diritti delle minoranze etniche e nazionali devono ricevere l'approvazione dei due terzi dei componenti dell'Assemblea nazionale. Mentre, in Italia, lo Statuto della Regione Trentino Alto Adige prevede che, in caso di proposte di legge che incidono sull'egualianza dei diritti dei cittadini appartenenti ai diversi gruppi linguistici ovvero sulle caratteristiche etniche e culturali dei gruppi, può essere richiesto che si voti per gruppi linguistici. Qualora la richiesta di votazione separata non sia accolta o la proposta di legge sia approvata nonostante il voto contrario dei 2/3 dei componenti del gruppo linguistico, è possibile impugnare la legge davanti alla Corte costituzionale.

Un tipo di partecipazione “speciale” al procedimento legislativo è disciplinato dall'art. 35 del *Constitution Act* del Canada, che, per quanto concerne il procedimento di revisione costituzionale, impone l'obbligo di convocare una Conferenza composta dai rappresentanti delle *First Nations*, qualora il progetto di riforma abbia come oggetto le disposizioni riguardanti i popoli aborigeni (art. 25 della Carta dei diritti e delle libertà, art. 91.24 del *British North America Act*, art. 35 del *Constitution Act*)

#### 2.4.2

Alcuni ordinamenti hanno introdotto delle disposizioni che garantiscono la rappresentanza delle minoranze all'interno dell'esecutivo statale. Le riflessioni sul punto,

però, appaiono meno approfondite e la prassi comparata offre minori esempi, il ché può indurre a ritenere che questo ambito sia ritenuto meno pregnante o strategico ai fini di una implementazione di uno Stato multiculturale. Tuttavia, preme sottolineare come normative riguardanti l'organizzazione dei governi che contemplino l'obbligo di rispecchiare la diversità culturale della società di riferimento avrebbero meno possibilità di incorrere nelle censure di incostituzionalità per violazione del principio di egualianza formale e potrebbero parimenti svolgere un ruolo efficace nell'edificazione dello Stato multiculturale, in considerazione anche del fatto che molte forme di governo in Stati democratici tendono a far spostare il pendolo sugli organi esecutivi piuttosto che su quelli legislativi.

Circa la struttura del Governo, si può evidenziare la composizione dell'esecutivo Nordirlandese che pare influenzata dal carattere della società e da un sistema politico diviso su base religiosa. Infatti, viene previsto un meccanismo per l'elezione congiunta del Primo Ministro e del Vice-Primo Ministro, in modo da favorire la ricerca di un accordo fra gli eletti del Partito Unionista e del Partito Nazionalista.

A sua volta, il Consiglio Federale svizzero rispecchia la pluralità linguistica del Paese: infatti, per consuetudine i cantoni tedeschi di Berna e Zurigo hanno un rappresentante ciascuno, un altro rappresentante è attribuito al cantone francese di Vaud, mentre altri due sono destinati a rappresentanti di lingua latina (francese o italiana).

I *cleavages* linguistici e culturali sono riflessi anche nella composizione del Governo belga in cui la comunità fiamminga e vallona debbono avere lo stesso numero di Ministri.

#### 2.4.3

Merita un cenno particolare il settore della giustizia. Iconograficamente talvolta la giustizia è rappresentata come una figura di donna bendata in obbedienza al principio di imparzialità; qualora, invece, si ritenga strumentale ai fini dello Stato multiculturale avere una rappresentanza dei gruppi minoritari in questo apparato, forse il principio in questione può risultare in parte appannato, a meno che non si ritenga che la funzione giurisdizionale sia esercitata più efficacemente qualora le parti del processo condividano con il giudice alcuni elementi di ordine culturale, linguistico, etnico etc.

In Italia, nella Provincia di Bolzano esiste la possibilità di un concorso riservato a candidati che dispongano del certificato di bilinguismo e i posti sono riservati ai gruppi linguistici in proporzione alla consistenza risultante dall'ultimo censimento della popolazione.

E ancora, un caso emblematico di composizione di un organo giurisdizionale, espressiva del pluralismo linguistico, si rinvie in Canada, ove l'art. 6 del *Supreme Court Act* stabilisce che tre dei nove posti della Corte Suprema siano riservati ai giudici francofoni provenienti dal Québec. Inoltre, pur in assenza di una precisa disposizione legislativa, per convenzione, altri tre giudici provengono dall'Ontario, due dalle Province Occidentali e uno da quelle atlantiche.

In questo contesto, è doveroso menzionare la composizione della Corte costituzionale della Bosnia-Herzegovina, che è caratterizzata dalla rappresentanza delle componenti etniche all'interno dei pubblici poteri. L'organo di giustizia costituzionale è com-

posto di nove membri, di cui due eletti dall'assemblea legislativa rappresentativa della componente serba, quattro eletti dalla camera costituita dai bosniaci, mentre gli altri sono nominati dal Presidente della Corte europea dei diritti. La struttura istituzionale della Bosnia-Herzegovina evidenzia la difficoltà di ricomporre ad unità uno Stato, diviso e dilaniato da contrasti etnici, formato più sulla contiguità delle due entità territoriali che sull'unità di queste ultime.

### **3. Multiculturalismo e limiti della diversità culturale.**

Questa rapida panoramica evidenzia una tendenza a introdurre negli ordinamenti statuali forme di riconoscimento di diritti propri delle collettività, seppure attraverso modalità distinte. A conclusione di quanto specificato *supra*, si ritiene opportuno esprimere delle valutazioni che precisino alcuni aspetti.

In primo luogo, pare di poter rintracciare un percorso comune a diversi ordinamenti che pure appartengono ad aree geografiche molto lontane ovvero a sistemi giuridici differenti o che hanno trascorsi storici diversificati. Ciò induce a ritenere che, comunque, a prescindere dalle peculiarità di ciascuno, gli ordinamenti tendano a governare la complessità attraverso strumenti comuni.

La consapevolezza di un *trend* convergente non può, però, occultare il fatto che esistono realtà ordinamentali democratiche che escludono qualsiasi ipotesi di riconoscimento e valorizzazione delle differenze. Il riferimento è chiaramente alla Francia e cioè ad uno Stato con solide radici democratiche che, tuttavia, non ha inteso ispirarsi al multiculturalismo, ritenendolo un attentato ai principi di egualanza di fronte alla legge e di unicità del popolo francese. L'eredità lasciata dalla Rivoluzione francese con la sua idea di un cittadino privo di qualsiasi connotazione differenziale costituisce un elemento ostacolo alla permeabilità dell'ordinamento alle suggestioni del multiculturalismo. Una prova evidente di ciò è rappresentata dalla promulgazione della cosiddetta legge sui simboli religiosi, approvata a larga maggioranza dall'Assemblea nazionale nel 2004 (494 voti a favore, 36 contrari e 31 astensioni) che proibisce agli studenti delle elementari e delle superiori di indossare simboli o abiti attraverso i quali la loro affiliazione religiosa emerga in maniera assolutamente palese; rientrano nel divieto l'ostensione di croci o l'utilizzo di *kippa* ebraiche, turbanti *sikk* e, soprattutto, veli islamici. L'intento del legislatore è stato di creare una neutralità assoluta dell'individuo nello spazio pubblico, all'interno del quale sussisterebbe solo la persona, privata di qualsiasi connotazione religiosa. In questo caso, l'ordinamento ha fatto la scelta di essere *blind* rispetto alle diversità o meglio di non volerle vedere nella dimensione pubblica. Se volessimo tracciare una linea immaginaria, porremmo a ciascuno degli estremi opposti da una parte l'approccio francese, dall'altro tutte quelle esperienze che consentono deroghe ed eccezioni ai propri cittadini in virtù della loro diversa identità culturale. Non è questa la sede per esprimere giudizi di valore sull'una o sull'altra scelta, perché entrambe riposano su un substrato ideologico di tipo liberal-democratico e ambedue rispondo all'obiettivo di far convivere pacificamente persone con radici culturali profondamente diverse.

Entrambe, però, non sembrano prive di rischi: la prima – improntata sul modello francese – rischia di configurarsi come particolarmente coartante nei confronti della libertà degli individui che non potrebbero esprimere pienamente la propria identità e non assicura che i conflitti siano leniti piuttosto che sollecitati; la seconda, invece, potrebbe condurre a un'eccessiva frammentazione della società, innescando, altresì, un'*escalation* di rivendicazioni identitarie, che porrebbero allentare i vincoli unitari all'interno dello Stato.

Le ultime riflessioni ci inducono ad approfondire la questione se uno Stato multiculturale può effettivamente riconoscere e promuovere tutte le identità culturali presenti nella società. La definizione di multiculturalismo che qui è stata accolta fa riferimento all'eguaglianza e alla pari dignità di tutte le culture; tuttavia, non è concepibile l'ipotesi che un'entità statuale possa configurarsi così aperta da realizzare questo, pena, effettivamente, la dissoluzione dello stesso. L'ammissione che ciascuna cultura debba essere garantita e promossa dai poteri pubblici presupporrebbe l'affermazione di un radicale relativismo culturale che non pare condivisibile. Infatti, si ritiene che si debba rifiutare un approccio che veda lo Stato obbligato a riconoscere e a proteggere tutte le istanze provenienti da gruppi connotati etnicamente, razzialmente etc., sulla base dell'assunto per cui tutte le culture siano meritevoli di tutela, abdicando a quel ruolo di selettori di interessi e principi che, invece, naturalmente devono appartenergli.

Lo Stato, dunque, non può essere succube – per dirla come Weber – del politeismo dei valori, ma deve farsi carico dell'onere di tutelare e promuovere solo quelle culture che possono contribuire allo sviluppo della società e che possono al contempo garantire la pacifica convivenza fra le diversità comunità culturali. In questo risiede, forse, l'elemento valutativo in base al quale i pubblici poteri possano acconsentire al riconoscimento di uno *status* differenziato a certe comunità rispetto ad altre; cioè, in sostanza, potrebbero aspirare alla salvaguardia della propria diversità solo coloro che sono portatori di principi non ostili a quelli del contesto maggioritario e che tollerano che anche altri gruppi identificati culturalmente possano essere egualmente meritevoli di analoga tutela. Tolleranza, solidarietà e reciprocità possono costituire le parole chiave per giustificare la selezione della comunità politica che in questo modo ancorerebbe la propria scelta a una sorta di imparziale e superiore ragione.

In questa prospettiva, va collocato il diniego delle autorità dell'Ontario in Canada di estendere alle comunità musulmane la facoltà di istituire collegi arbitrali per dirimere controversie in materia di diritto di famiglia, possibilità che, invece, era stata prevista per i collegi arbitrali ebraici. La motivazione adottata indicava come l'applicazione della *sharia* islamica si ponesse in antitesi rispetto ai principi di una società libera e democratica, che sono caratterizzanti l'ordinamento canadese: in particolare, al riconoscimento ostava la considerazione che l'uomo e la donna non godessero delle stesse garanzie processuali, violando il principio di eguaglianza fra le persone appartenenti al medesimo gruppo, ritenendo prevalente questo principio piuttosto che la parità di trattamento fra i gruppi.

Un ulteriore elemento critico che spesso emerge nei dibattiti sul multiculturalismo riguarda, infatti, il trattamento che viene riservato a coloro che appartengono al grup-

po da parte degli stessi aderenti. Specificamente, si sottolinea il fatto che le dinamiche di comunità chiuse possano essere particolarmente coartanti, limitando l'autonomia personale degli individui e, pertanto, accogliere astrattamente il multiculturalismo significherebbe negare i principi liberali. Tale ragionamento appare *prima facie* abbastanza solido, tuttavia, presupporrebbe il fatto che i singoli aderiscano alle regole del gruppo per nascita e non per scelta, che, invece, viene sempre garantita, poiché nella nostra ricostruzione ci siamo sempre mossi nell'ambito di un ordinamento democratico. Per chiarire meglio questo punto, possiamo sottolineare che uno Stato multiculturale si situa molto lontano dall'esperienza dei *millet* dell'Impero Ottomano, che rappresenta un modello arcaico di tutela e riconoscimento delle diversità religiose. Al suo interno, infatti, vi erano gruppi di cittadini con religioni diverse dalla musulmana come l'ebraica e la cristiana. Ai loro fedeli non veniva imposto un processo di conversione, anzi, il *millet* consentiva ai suoi esponenti di costituirsi in comunità autonome, al cui vertice vi era un'autorità religiosa che era competente a disciplinare alcuni aspetti della vita privata dei propri aderenti (come il diritto di famiglia). I cristiani e gli ebrei non erano costretti a rinnegare la propria cultura religiosa, tuttavia, gli appartenenti a queste comunità non potevano abbandonare il proprio gruppo di riferimento e pertanto rivendicare una parità di trattamento con la maggioranza musulmana; inoltre, era vietato qualsiasi attività di proselitismo sia da parte cristiana ed ebraica che musulmana. Esisteva, quindi, un profondo rispetto delle minoranze, a cui non si richiedeva un processo di assimilazione ma, d'altra parte, non si lasciava spazio a forme di autonomia della persona, la quale si trovava incardinata in maniera immutabile nel gruppo in cui era nata. Tutto ciò non può accadere negli Stati moderni che, di fatto, consentono una sorta di mobilità fra i gruppi, essendo sempre concesso all'individuo di cessare di essere minoranza per rivendicare un trattamento analogo a quello della maggioranza.

Siffatta conclusione può rispondere, in parte, anche a un'altra critica che viene mossa al multiculturalismo, e cioè che la difesa esasperata e il rafforzamento delle specificità delle minoranze si mutino in mezzi per favorire la ghettizzazione e la perpetuazione di condizioni di debolezza economica e culturale nei confronti degli esponenti del gruppo maggioritario nella società. Ciò che si paventa è che si cristallizzino concezioni influenzate da regole arcaiche e che si alimentino stereotipi; la valorizzazione delle differenze potrebbe configurarsi, infatti, come una riedizione aggiornata delle politiche segregazionistiche. I timori qui espressi possono essere reali e un'applicazione rigida dell'identitarismo potrebbe davvero favorire una riedizione delle politiche *separate but equal*. Tuttavia, quando parliamo di culture facciamo riferimento a un processo di conoscenze che storicamente è sempre stato interattivo e permeabile alle influenze esterne; in fondo, lo sviluppo delle culture avviene attraverso processi di comunicazione e non di separazione.



## IV2 - La problematica del multiculturalismo nella Unione europea

**Sommario: 1. Identità europea e principio multiculturale. 2. L'art. 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. 3. La portata normativa dell'art. 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. 4. Le minoranze riconosciute dall'ordinamento comunitario. 5. Il ruolo degli ordinamenti nazionali nel riconoscimento delle diversità culturali, religiose e linguistiche. 6. Riconoscimento delle differenze culturali e valorizzazione del principio di autonomia.**

### **1. Identità europea e principio multiculturale.**

Isocrate, il famoso pensatore greco, paragonava con una suggestiva immagine la Costituzione all'“anima della città”, al cemento ideale che plasma la società e realizza un rapporto armonico tra cittadini ed istituzioni. Una volta affermatesi una nozione di Costituzione come norma giuridica e del diritto costituzionale quale scienza giuridica positiva, non viene, tuttavia, meno una sua dimensione sostanziale, nel senso che tale fonte produce quelle norme che esprimono sul piano giuridico i valori, i principi e le regole nei quali i consociati si riconoscono: in altri termini, i documenti costituzionali debbono formalizzare i contenuti ideali del patto che, per un verso, unisce i cittadini e, per un altro verso, riconduce ad unità le differenti articolazioni territoriali dello Stato.

In tale contesto, si può apprezzare la funzione dei preamboli costituzionali – il più rilevante de quali è, senza dubbio, il Preambolo inserito nella Costituzione francese, il quale si ricollega ai valori costituzionali che avevano animato la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 – ovvero l'inserimento nel testo della Costituzione di disposizioni finalizzate ad individuare i principi e gli obiettivi che qualificano un ordinamento costituzionale. Si possono, in merito, richiamare l'art. 20 della Costituzione tedesca (La Repubblica Federale di Germania è uno Stato federale, democratico e sociale), l'art. 1 della Costituzione spagnola (*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*), l'art. 1 della Costituzione portoghese (*Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular y empeñada en la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria*), l'art. 1 della Costituzione italiana (L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro).

Appare, quindi, comprensibile che nel Trattato istitutivo di una Costituzione europea siano previsti sia un preambolo, sia due articoli dedicati rispettivamente ai valori ed agli obiettivi dell'Unione. Il primo, richiamandosi alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, esprime la volontà dell'Europa di essere un continente aperto alla cultura, al sapere ed al progresso sociale, che desidera approfondire il carattere

re democratico e trasparente della vita pubblica ed operare a favore della pace, della giustizia e della solidarietà nel mondo.

L'art. 2 della Costituzione per l'Europa, a sua volta, afferma che l'Unione si fonda sui valori della dignità, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani. Mentre, l'art. 3 prevede – tra l'altro – sia un'apertura internazionale ispirata ai valori della pace, della sicurezza, dello sviluppo sostenibile, sia un'adesione ai principi propri dello Stato sociale: si propone, per un verso, di combattere l'esclusione sociale e le discriminazioni e di promuovere la giustizia sociale e la solidarietà tra le generazioni, e, per un altro verso, di vigilare alla salvaguardia ed allo sviluppo del patrimonio culturale europeo, rispettando la ricchezza delle sue diversità culturali e linguistiche.

Le disposizioni che abbiamo richiamato esprimono l'intento di creare una base di diritti comuni per tutti gli europei, ma si premurano – nel contempo – di evitare che sia posta in ombra la ricchezza multiculturale dei suoi abitanti. In particolare, si ispirano ad un'idea universalistica di cittadinanza, con l'obiettivo di estendere il fenomeno della globalizzazione dall'economia alle strutture costituzionali, dai mercati finanziari al settore dei diritti fondamentali della persona.

Sotto questo profilo, la Costituzione per l'Europa si inserisce a pieno titolo nel solco del costituzionalismo liberale, che storicamente ha posto al centro del sistema il riconoscimento e la garanzia di diritti riconducibili alla tutela ed alla promozione della persona umana. È noto, infatti, il nesso inscindibile che lega, nella cultura europea, lo Stato di diritto ai diritti fondamentali della persona, concorrendo a definire la fisionomia dei moderni ordinamenti democratici.

Tuttavia, nel medesimo tempo, non si possono offuscare le molte, profonde novità che hanno influito sulla concezione dei diritti della persona, introducendo un valore aggiunto rappresentato, a nostro avviso, dall'evoluzione e dall'arricchimento che ha interessato il principio personalistico, in connessione con il consolidamento delle forme di Stato sociale, prima, e con il loro confluire nelle forme dello Stato democratico di diritto, in seguito.

Se le carte costituzionali dello Stato liberale di diritto presupponevano una società basata su cittadini astrattamente eguali e disciplinavano prevalentemente gli istituti rivolti ad assicurare la libertà degli individui (con particolare riferimento all'*habeas corpus*, alla libertà di movimento e di commercio, alla proprietà privata), il costituzionalismo proprio dello Stato sociale ha – invece – favorito il passaggio ad una visione sociale della persona umana: gli individui diventano uomini e donne nella loro qualità di persone concrete.

Tale evoluzione è passata attraverso diversi stadi. In un primo momento, i diritti connessi al principio di libertà si sono collegati al principio di egualità: ai diritti civili si affiancano i diritti sociali e politici. In seguito, il principio di egualità è considerato sia nel suo profilo formale (tutti sono eguali dinanzi alla legge), sia nella sua dimensione sostanziale (che, prendendo atto delle discriminazioni reali esistenti nella società, impegna i pubblici poteri ad intervenire per rimuovere gli ostacoli che impediscono l'effettiva egualità tra le persone): in modo da offrire una base costituzionale alle politiche sociali ed alle azioni positive. Infine, gli ordinamenti contem-

poranei stanno prendendo coscienza del fatto che le società non sono omogenee non soltanto per ragioni economiche, sociali o politiche, ma anche in quanto divengono sempre più multietniche e multiculturali: da ciò l'emergere di una particolare attenzione per il riconoscimento delle differenze.

Se è indubbio che l'umanità sia attratta dall'idea che tutte le persone sono nate eguali, è però indiscutibilmente vero che la realtà sociale induce ad enfatizzare le differenze. Se le differenze che si collegano a fenomeni di discriminazione storica e sociale ovvero a particolari condizioni di vulnerabilità di determinate categorie di individui debbono essere contrastate in quanto si traducono in fattori di discriminazione, quelle – per contro – che sono parte integrante dello sviluppo della personalità individuale o contribuiscono a definire l'identità di un gruppo debbono essere considerate positivamente e favorite. Infatti, assumendo come punto di riferimento il valore positivo delle differenze, si può ritenere che esse sono inerenti alla persona tanto nella sua dimensione intima, che in quella collettiva – come ci ricorda, tra l'altro, l'art. 2 della Costituzione italiana secondo il quale “la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità” –.

Esiste, inoltre, un rapporto diretto tra riconoscimento delle diversità culturali e principio di dignità che, rappresenta “il valore fondante il riconoscimento delle diversità... leggendo in essa la libertà di costruire la dimensione culturale nella quale identificarsi ed essere identificati”. Infatti, la dignità umana possiede non soltanto un profilo individuale (il diritto del singolo a veder rispettata ed a tutelare la propria reputazione, il proprio “buon nome”), ma anche uno di relazione, che presuppone l'esistenza o il formarsi di una coscienza sociale orientata a non trasformare le inevitabili differenziazioni sociali in fattori di esclusione o in cause di discriminazione. In altre parole, tale diritto, per essere effettivo, postula che non solo l'ordinamento, ma anche il contesto sociale preveda relazioni ispirate ad un naturale dovere di reciproco rispetto.

Pertanto, il riconoscimento dell'eguale dignità di ogni persona presuppone una visione dei rapporti sociali fondata sulla tolleranza, sul rispetto delle regole di convenienza, sull'accettazione del principio multiculturale. Di conseguenza, tale valore si riferisce non solo ai singoli, ma anche al gruppo sociale ed etnico cui gli individui appartengono: riprendendo le parole del Tribunale costituzionale spagnolo, nella sentenza n. 214 del 1991, si può affermare che *“el sentimiento de la propia dignidad resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende o desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza”*.

La codificazione costituzionale del diritto all'identità culturale è particolarmente presente sia negli ordinamenti costituzionali nati dalla crisi del colonialismo o esposti a nuove forme di colonialismo politico e culturale; sia colà ove vivono particolari gruppi etnici originari, a cui una Costituzione democratica non può non riconoscere – nel rispetto della storia – particolari condizioni di garanzia. Ma, al momento, il consolidamento di processi sociali quali la globalizzazione e l'intensificazione dei movimenti migratori fa sì che i diritti legati all'identità culturale dei gruppi possano difficilmente essere esclusi dal novero dei diritti fondamentali della persona.

Di conseguenza, l'Unione europea – mentre appare impegnata a costruire la propria identità, passando da un'unità prevalentemente economica (rappresentata dalla moneta unica, dall'affermazione del principio della concorrenza, dal patto di stabilità) ad una di natura costituzionale – non poteva non considerare tanto le sue innumerevoli radici culturali, quanto l'apporto che continuamente proviene da altre e nuove culture. Queste alimentano una concezione della cittadinanza europea che si fonda non tanto su basi pregiuridiche – quali la nazione o l'etnia – quanto sulla condivisione da parte dei consociati di comuni valori civici: per cui il legame tra le comunità e l'ordinamento assume una dimensione volontaristica piuttosto che naturalistica, è determinato – utilizzando l'espressione del giurista spagnolo Solozabal – più da una sorta di *"patriotismo constitucional"* che dalla mera appartenenza a una comunità *"de origen y destino"*.

La costituzionalizzazione dell'ordinamento comunitario non può, quindi, disconoscere il suo intrinseco pluralismo culturale. Se è vero che proprio dall'unione di popolazioni, lingue, religioni e tradizioni diverse è nato il patrimonio culturale del vecchio continente, a livello giuridico, scientifico, filosofico, letterario, artistico, possono non risultare utopistiche le parole di Mann, che riteneva che l'Europa rappresenti *"l'accordo prezioso e difficile in cui le dissonanze concorrono, senza dissolversi"*. Se tale obiettivo si potrà realizzare, la realtà dell'Unione europea rappresenterà un esempio di *"globalizzazione virtuosa"*, in cui l'armonizzazione prevale sulle tentazioni di omogeneizzazione e di omologazione: secondo un processo di osmosi in base al quale le minoranze debbono accettare di essere parte di una realtà più ampia, mentre le maggioranze debbono rinunciare a pensare che la loro sia la volontà generale.

## 2. L'art. 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Attualmente si sta assistendo a fenomeni divaricanti, ma egualmente pericolosi: da un lato, si rafforzano spinte centrifughe e separatiste; dall'altro lato, si abbassano i livelli di tolleranza e si alimentano tentazioni di omologazione culturale. In entrambe le fattispecie, gli ordinamenti si trovano innanzi al problema di come combinare la garanzia, la valorizzazione delle identità culturali con la salvaguardia di valori comuni e di principi unitari.

Gli Stati, di fronte al problema di tutelare i diritti delle identità culturali autoctone si ispirano, in genere, a due strategie distinte: l'una si propone di rafforzare le diversità e le differenziazioni; l'altra ha come obiettivo quello di includere le diversità in un'ottica di integrazione.

Nel primo caso si predispongono degli strumenti istituzionali finalizzati a rafforzare e conferire visibilità alle differenti identità; nel secondo, invece, si preferisce perseguire politiche ispirate al principio delle azioni positive. Le politiche rivolte all'integrazione – sia sociale, che etnica e culturale – trovano il loro fondamento originario nei principi equalitari che hanno caratterizzato lo sviluppo del costituzionalismo. Esse, pur riconoscendo il pluralismo sociale, esprimono un modello basato sull'eguaglianza formale, sull'individuo, sull'astrazione di qualsiasi differenza fondata sull'appartenenza.

nenza ad un gruppo: ciò in quanto appaiono preoccupate di evitare che le differenze diventino causa di discriminazione, piuttosto che di valorizzazione delle specificità. Alla base di questo atteggiamento vi è la considerazione che storicamente gli elementi etnici, razziali, religiosi, linguistici sono stati utilizzati per negare la pari dignità morale e giuridica di tutti gli individui.

Inizialmente, anche l'Unione europea ha inserito la tutela delle identità culturali minoritarie all'interno del principio di egualianza e del divieto di discriminazione. Ad esempio, l'art. 13 del Trattato istitutivo, autorizzando il Consiglio – sia pure con deliberazione all'unanimità – a prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sulla razza, l'origine etnica o la religione, individua in tali elementi fattori di discriminazione a cui si possono contrapporre azioni positive; nella medesima prospettiva si pone la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il cui art. 14 – con una formulazione sostanzialmente identica a quella contenuta nelle carte costituzionali italiana, francese e tedesca – vieta ogni discriminazione fondata, tra l'altro, sulla razza, la lingua, la religione, l'appartenenza ad una minoranza nazionale. Siffatti precedenti, d'altra parte, trovano una conferma nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale vieta qualsiasi forma di discriminazione fondata sulla razza, il colore della pelle, l'origine etnica, la lingua, la religione, l'appartenenza ad una minoranza nazionale.

Nei confronti di siffatto contesto, il necessario rispetto delle diversità culturali, religiose e linguistiche sancito dall'art. 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea introduce un elemento di discontinuità. In questo caso, la tutela delle differenze si pone su di un piano diverso rispetto alle precedenti: mentre la tutela del principio di egualianza – sia formale (divieto di discriminazione) che sostanziale (impegno a rimuovere le disegualanze) – appare coerente con l'esigenza di costituire un sistema comunitario fondato su un unico mercato interno e su un unico *status* di cittadinanza, il rispetto delle diversità risponde, invece, all'esigenza pluralistica di salvaguardare le differenze che qualificano determinati gruppi minoritari, riconoscendole come parte del patrimonio storico e culturale del continente europeo.

Come è stato opportunamente ricordato, la formula finale dell'art. 22 si segnala in quanto l'espressione utilizzata – l'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica – si differenzia concettualmente dalla proposta iniziale che si richiamava al principio di parità e di egualianza: il ché avrebbe determinato un mero rafforzamento del principio di non discriminazione, non già un preceppo nuovo.

Nella disposizione dell'art. 22 della Carta sono sinteticamente confluiti alcuni orientamenti generali presenti nella normativa internazionale, che intendono sia tutelare alcuni gruppi minoritari al fine di scongiurare il rischio della loro sparizione, sia impegnare gli Stati aderenti ad evitare politiche di assimilazione culturale. Basti considerare, a titolo di esempio, la Dichiarazione dei diritti delle persone appartenenti a minoranze nazionali o etniche, religiose o linguistiche, approvata dalla Assemblea generale dell'ONU il 18 dicembre 1992, che si propone di individuare alcuni *standards* essenziali che debbono qualificare la normativa a favore dei gruppi minoritari; oppure l'art. 27 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 19 dicem-

bre 1966, il quale riconosce il diritto delle persone appartenenti a minoranze etniche, religiose o linguistiche a valorizzare la loro religione, a praticare una propria vita culturale e ad utilizzare la propria lingua.

In ambito più propriamente europeo, poi, non si può non ricordare la Carta delle lingue regionali e minoritarie approvata nel 1992 dal Consiglio d'Europa, che si propone di assicurare ai gruppi minoritari, che parlano lingue che rischiano di scomparire, in quanto soffocate dalle lingue ufficiali e co-ufficiali, determinati diritti – quali, ad esempio, la promozione dell'uso orale e scritto della propria lingua sia nel settore pubblico che tra privati, lo sviluppo delle relazioni tra gruppi che si esprimono nella medesima lingua, la promozione di studi e ricerche, l'incoraggiamento di scambi transfrontalieri –; la Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali adottata dal Consiglio d'Europa nel 1994 che affida agli Stati aderenti il compito di dare attuazione, secondo il principio di buona fede, a misure adeguate a promuovere la piena ed effettiva egualianza tra le persone appartenenti alle minoranze nazionali e quelle appartenenti alla comunità maggioritaria.

L'inserimento nel testo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dell'art. 22 era stato, del resto, sollecitato da una risoluzione del Parlamento europeo del 16 marzo 2000, la quale sottolineava l'importanza per l'Unione e per i suoi Stati membri di tutelare la diversità delle lingue e delle culture d'Europa: anche nella considerazione che siffatto riconoscimento rappresentava lo sviluppo di alcuni orientamenti già presenti nella normativa europea, quali gli art. 151.1 e 151.4 del Trattato.

La costituzionalizzazione del principio di differenziazione è, tuttavia, avvenuta attraverso una formulazione linguistica abbastanza debole, qualora si consideri che si utilizza il verbo “rispettare” al posto di forme verbali più impegnative.

Ed, in effetti, la comparazione con altre disposizioni presenti tanto nella Carta, quanto nelle Costituzioni nazionali pare giocare a sfavore del testo dell'art. 22. Per un verso, si può far notare che negli altri articoli che fanno parte del Capo III, intitolato all'Uguaglianza, si qualifica espressamente l'oggetto della tutela come diritto [ad esempio, l'art. 24 (diritti del bambino), l'art. 25 (diritti degli anziani), l'art. 26 (diritto dei disabili), o si richiama la doverosità delle forme di garanzia (ad esempio, l'art. 23 afferma che la parità tra uomini e donne deve essere assicurata in tutti i campi) oppure si introducono espressioni rafforzative particolarmente pregnanti (ad esempio, l'art. 20 stabilisce che tutte le persone sono uguali davanti alla legge e l'art. 21 che è vietata qualsiasi forma di discriminazione).

Per un altro verso, decisamente più incisive sono le previsioni contenute nelle carte costituzionali di alcuni Stati aderenti all'Unione europea: come nel caso dell'Austria che salvaguardia “i diritti riconosciuti dalla legislazione federale alle minoranze linguistiche” (art. 8), della Spagna che considera “la ricchezza delle diverse lingue un patrimonio culturale, che deve essere oggetto di speciale rispetto e protezione (art. 3), della Finlandia, la quale impone allo Stato di farsi carico delle necessità culturali e sociali degli abitanti di lingua finnica o svedese, nonché riconosce ai lapponi, ai gitani e agli altri gruppi il diritto a conservare e sviluppare la propria lingua e la propria cultura (art. 14); della Svezia, che assicura alle minoranze etniche, linguistiche e religiose la possibilità di conservare la propria cultura ed i propri modi di vita all'interno

della comunità (Capo. I, art. 2 ).

Interessanti disposizioni costituzionali – anche se, in genere, non supportate da un’efficace legislazione di sostegno – si rinvengono anche in alcuni degli ordinamenti di nuova o prossima adesione all’Unione europea: dall’art. 6 della Costituzione romena, che garantisce il diritto all’identità delle persone appartenenti a gruppi etnici, culturali, linguistici e religiosi, all’art. 49 della Costituzione estone, il quale riconosce il diritto di ciascuno a preservare la propria identità nazionale; all’art. 114 della Costituzione lituana, che riconosce agli appartenenti a minoranze etniche il diritto a preservare e sviluppare la propria lingua, e la propria identità culturale ed etnica.

Un tentativo non fortunato di rafforzare il principio costituzionale di tutela delle identità culturali di determinati gruppi minoritari fu compiuto, durante i lavori preparatori della Costituzione per l’Europa, con la presentazione di alcuni emendamenti che intendevano inserire tra i valori dell’Unione codificati nell’art. 2 anche il rispetto delle minoranze nazionali ed etniche, ovvero il riconoscimento dei diritti delle minoranze: proposte motivate dalla considerazione che l’esigenza di garantire i diritti delle minoranze era oramai parte integrante dell’*aquis* comunitario. D’altra parte, il successivo art. 3 del Trattato individua tra gli obiettivi dell’Unione il rispetto della ricchezza della sua diversità culturale e linguistica, nonché la salvaguardia e lo sviluppo del patrimonio culturale europeo.

Appare, invece, coerente con la volontà di garantire il carattere multiculturale dell’Unione europea la decisione di non inserire tra i valori di cui all’art. 2 alcun riferimento alle radici religiose, dal momento che tale previsione non soltanto avrebbe diminuito la laicità delle istituzioni comunitarie e reso ulteriormente problematico l’allargamento ad altri Stati, ma soprattutto avrebbe prodotto un effetto discriminatorio nei confronti delle molte minoranze che fanno parte – come recita l’art. 3 del Trattato – del patrimonio culturale europeo.

Nonostante tali limiti, la previsione dell’art. 22 appare significativa, anche se non vanno sottovalutate le difficoltà che l’Unione europea incontrerà nell’assicurare effettività a tale criterio orientatore le politiche comunitarie e nazionali.

Alcune resistenze derivano dalla difficoltà di circoscrivere e definire in termini giuridici i gruppi legittimati ad invocare le azioni positive e le garanzie ricomprese nella formulazione dell’art. 22 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea; altre sono riconducibili al timore che tale garanzia possa incrinare la universalità di determinati diritti fondamentali, ovvero il principio di egualianza. Così come non va disconosciuto che la garanzia dell’identità culturale di determinati gruppi pone dei rilevanti problemi inerenti alla determinazione delle concrete politiche istituzionali da perseguire per governare società sempre più multietniche e multiculturali : ciò in quanto entrambe le fondamentali strategie perseguiti a livello nazionale – identificabili nel *melting pot* (che persegue l’obiettivo di includere le diversità in un’ottica di integrazione) e nel “mosaico etnico” (che si propone di rafforzare le diversità e le differenziazioni) presentano delle criticità e delle controindicazioni.

Ma soprattutto appare problematico conferire effettività ad un principio – prevalentemente elaborato dalle discipline filosofiche e sociologiche – che, costituzionalizzando il carattere strutturalmente disomogeneo delle società, impone ai giuristi ed ai

politici di ricercare nuovi strumenti di regolazione, necessariamente diversi da quelli propri delle società omogenee elaborati dal costituzionalismo liberale. Non si tratta soltanto di contemporaneare il riconoscimento di diritti collettivi – *group rights* – con l'affermazione dei tradizionali diritti liberali orientati a proteggere le scelte individuali; ma anche di considerare – come è stato efficacemente sottolineato – che le società e le comunità non possono più essere regolate soltanto dal principio di maggioranza, ma possono risolvere armonicamente i propri conflitti soltanto se sanno saldare questo principio con la cultura della tolleranza ed il riconoscimento del pluralismo e dell'autonomia degli individui e dei gruppi sociali.

Si tratta di un impegno non indifferente qualora si consideri che il valore della tolleranza fatica ad affermarsi: non potendosi dimenticare che proprio l'intolleranza ha segnato – anche in tempi recenti – profondamente la storia e l'anima dell'Europa, rappresentando l'atteggiamento prevalente nel campo religioso, della differenziazione razziale, dell'ideologia politica. Basti considerare che il divieto di assumere la razza, la lingua e la religione quali fattori di discriminazione è presente con funzione polemica nelle Costituzioni europee approvate al termine del secondo conflitto mondiale che ha sanzionato la fine del fascismo e del nazismo (si veda, l'art. 3 cost. italiana, l'art. 3 cost. tedesca, l'art. 1 cost. francese), nelle Costituzioni mediterranee nate sulla crisi dei regime autoritari, (si veda, l'art. 14 cost. spagnola, l'art. 5 cost. greca, l'art. 13 cost. portoghese), nelle Costituzioni dei Paesi che si sono dati nuovi ordinamenti di ispirazione democratica in seguito al crollo dei regimi comunisti.

### **3. La portata normativa dell'art. 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.**

Tra i commentatori della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non sono mancate – come si è anticipato – critiche alla formulazione dell'art. 22, evidenziandone il limitato valore precettivo. A nostro avviso, tuttavia, le posizioni svalutative presentano il limite di non approfondire le molteplici direzioni lungo le quali si può attribuire a tale disposizione una portata direttamente normativa, piuttosto che una generica dichiarazione di principio, di natura prettamente programmatica.

Non pare corretto considerare il testo dell'art. 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea una ripetizione – linguisticamente aggiornata – di quanto già contenuto nell'art. 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o nell'art. 13 del Trattato istitutivo. Né lo stesso può essere considerato meramente rafforzativo del principio di non discriminazione codificato nell'art. 21 della medesima Carta – in base al quale è vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, tra l'altro, sulla razza, il colore della pelle, l'origine etnica, l'appartenenza ad una minoranza nazionale.

In altri termini, il rispetto della diversità culturale, religiosa e linguistica non costituisce una mera specificazione del principio di egualianza: utilizzando le parole del giudice costituzionale italiano (sent. n. 86 del 1975) si potrebbe affermare che essa “rappresenta qualche cosa di diverso, e di più, rispetto al principio di parità dei citta-

dini”, in quanto da esso discende la “esigenza di un trattamento specificamente differenziato”. Anzi, la stessa collocazione del principio multiculturale in un articolo specifico inserito immediatamente dopo l'affermazione dell'uguaglianza davanti alla legge e del divieto di discriminazione, impone una interpretazione sistematica dell'intero titolo tesa a ricercare l'autonomo significato di ogni articolo.

Nella fattispecie, il criterio distintivo può essere individuato nel fatto che, mentre il principio di eguaglianza formale vieta qualsiasi discriminazione e, quindi, rende facoltative le misure di tutela predisposte dall'ordinamento (al punto che l'art. 23, c. 2 ha dovuto specificare che il principio della parità tra uomini e donne non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato), mentre il principio di eguaglianza sostanziale legittima apposite azioni positive, per contro, la tutela delle differenze è rivolta a conservare la specificità di un gruppo riconosciuto dall'ordinamento. In quanto tale, consente di configurare la diversità come un criterio legittimante deroghe alla dimensione universalistica di determinati diritti.

Siamo, in altri termini, in presenza di una disposizione la quale, pur autorizzando deroghe al principio di eguaglianza, non si pone in conflitto con esso, qualora si consideri che il valore dell'eguaglianza consiste proprio nell'assegnare eguale valore a “tutte le differenti identità che fanno di ogni persona un individuo differente dagli altri e di ogni persona una persona come le altre”, così come afferma Ferrajoli. Deroghe alla disciplina generale sono, infatti, ammissibili soltanto se trovano fondamento nel diritto all'identità culturale, religiosa e linguistica di un gruppo e dei suoi appartenenti. Le stesse, inoltre, come generalmente precisato dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale, debbono essere giustificate: cioè fondate sui principi di ragionevolezza e di proporzionalità.

Siffatta interpretazione del principio multiculturale può essere rafforzata anche dall'analisi comparistica.

Si può far riferimento, ad esempio, all'art. 27 della Carta canadese dei diritti e delle libertà canadese, secondo la quale *“this Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians”*; non molto dissimile appare sotto il profilo strutturale – nonostante la diversità della formulazione – la previsione contenuta nell'art. 30 della Costituzione del Sudafrica, la quale, al fine di garantire un equilibrio tra il *Bill of Rights* e le specifiche tradizioni locali, ha stabilito che “ognuno ha diritto di usare la lingua e di partecipare alla vita culturale secondo la propria scelta, ma deve farlo in modo coerente con le previsioni del *Bill of Rights*”.

Nell'ambito, poi, delle fonti del diritto internazionale, è possibile richiamare la Dichiarazione dell'Assemblea generale dell'ONU del 18 dicembre 1992 sui diritti delle persone appartenenti a minoranze nazionali, etniche, linguistiche o religiose, la quale ha precisato che “le misure adottate dagli Stati per assicurare il godimento effettivo dei diritti proclamati in questa dichiarazione non saranno considerate *prima facie* contrarie al principio di eguaglianza contenuto nella Dichiarazione universale dei diritti umani (...) l'esercizio dei diritti proclamati in questa dichiarazione non deve pregiudicare il godimento, da parte di tutti gli individui, dei diritti umani e delle libertà

fondamentali universalmente riconosciuti". Mentre l'art. 4 della Convenzione—quadro per la protezione delle minoranze nazionali adottata dal Consiglio d'Europa nel 1994 impegna le parti contraenti a "tenere nel debito conto le specifiche condizioni delle persone appartenenti a minoranze nazionali".

In definitiva, si è dell'avviso che il principio multiculturale, equilibrando l'altro piatto della bilancia occupato dal principio di egualanza, autorizza tanto il legislatore, quanto il giudice a non interpretare l'egualanza in termini di uniformità ed omogeneità: cosicché, dall'interpretazione integrata del principio di egualanza e del principio multiculturale scaturisce il divieto di politiche di assimilazione e trovano giustificazione discipline derogatorie del principio di egualanza.

Secondo una certa prospettiva, la disposizione contenuta nell'art. 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione può essere considerata una clausola di interpretazione dei diritti connessi al principio di egualanza qualora si riferiscano a persone appartenenti a gruppi minoritari riconosciuti dall'ordinamento comunitario: sia perché concorre a meglio specificare la portata degli altri diritti, sia perché può fungere da limite all'esercizio di un diritto.

#### **4. Le minoranze riconosciute dall'ordinamento comunitario.**

Delineati i possibili contorni dell'oggetto tutelato dall'art. 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, occorre determinare i profili soggettivi della materia, cioè i destinatari della garanzia offerta dalla disposizione costituzionale. L'espressione utilizzata (rispetto della diversità culturale, religiosa e linguistica) sembra ricondurre alla nozione di minoranza: essendo evidente che le diverse culture che danno vita all'Unione europea – richiamate nel preambolo al Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa – trovano adeguati strumenti di garanzia e di valorizzazione nelle politiche perseguitate dagli Stati sovrani.

Tuttavia, quella di minoranza è una figura che ha un'origine non giuridica ed è fortemente tributaria delle scienze sociali, a cui si debbono le principali definizioni dottrinali e classificazioni. Si è distinto, ad esempio, tra minoranze *by will* (che considerano la loro diversità culturale un patrimonio specifico da salvaguardare) e minoranze *by force* (costituite da quei gruppi le cui caratteristiche distinctive sono attribuite loro da una maggioranza e percepite come fattore di esclusione). Così come i gruppi che risiedono tradizionalmente e permanentemente su di uno stesso territorio sono differenziabili dai gruppi diffusi e dispersi sull'intero territorio di uno Stato.

Quando, invece, si fa riferimento agli esiti dei massicci fenomeni migratori da continenti diversi, si parla di "nuove minoranze"; mentre le comunità autoctone sono costituite da individui che, risiedendo tradizionalmente e da tempo sullo stesso territorio, risultano in genere dotati di *inherent rights*, cioè di diritti di cui godono non in via derivata, ma in quanto nel passato erano dei popoli sovrani. Un'ulteriore distinzione, infine, può essere fatta tra minoranze nazionali e minoranze etniche: nel primo caso, si tratta di gruppi che anteriormente stavano concentrati in uno Stato territorialmente distinto e la diversità culturale è il risultato dell'incorporazione dentro una

determinata comunità politica preesistente; le minoranze etniche, invece, sorgono come esito di migrazioni familiari ed individuali.

Infine, si può riassuntivamente parlare di minoranze culturali, allorché – secondo la definizione contenuta nella Dichiarazione dell'UNESCO sulle politiche culturali del 1982 – ci si riferisce ad un gruppo sociale che possieda comuni caratteristiche distinte di natura spirituale, materiale, intellettuale.

Si è in presenza – come si può vedere – di definizioni assai diversificate, di un concetto intrinsecamente relativo, che ha trovato un apprezzabile e positivo sforzo di sintesi nella formulazione proposta dal relatore speciale della sottocommissione dell'ONU per la lotta contro le misure discriminatorie e la protezione delle minoranze, secondo la quale si dovrebbe intendere per minoranza “un gruppo numericamente inferiore al resto della popolazione di uno Stato, in posizione non dominante, i cui membri – essendo cittadini dello Stato – posseggono caratteristiche etniche, religiose o linguistiche che differiscono da quelle del resto della popolazione e mostrano, quanto meno implicitamente, un senso di solidarietà inteso a preservare le loro culture, tradizioni, religioni, lingue”.

Sotto il profilo giuridico, quindi, le minoranze riconducibili a specifiche forme di tutela e di valorizzazione costituzionale debbono soddisfare ad alcuni requisiti, che possono essere riassuntivamente ricondotti ai seguenti elementi. Innanzitutto, le minoranze – in quanto espressione del principio pluralistico proprio degli ordinamenti democratici – debbono essere costituite da gruppi sociali tendenzialmente permanenti, distinti da quello che, all'interno dell'ordinamento considerato, esercita un ruolo preminente e contrapposto.

In secondo luogo, l'adesione al gruppo sociale deve possedere carattere volontario, come sottolinea l'art. 3 della Convenzione-quadro del Consiglio d'Europa per la protezione delle minoranze nazionali, il quale afferma che ogni persona appartenente ad una minoranza ha il diritto di scegliere liberamente di essere trattata come tale, senza che possa derivare alcuno svantaggio da tale scelta e per l'esercizio dei diritti. In caso contrario, il gruppo sociale costituente la minoranza si configurerebbe alla stregua di un corpo intermedio necessario ed obbligatorio, in contraddizione con i principi di libertà e di autonomia individuale propri dello Stato di diritto.

Infine, la minoranza costituisce pur sempre una porzione, una frazione del popolo: non si contrappone ad una nozione unitaria di cittadinanza, ma ne rappresenta, semmai, una specifica qualificazione.

Occorre, quindi, precisare che la tutela delle minoranze si pone su di un piano normativo differente dalla disciplina giuridica degli stranieri. Il che, ovviamente, non esclude che anche le leggi che regolano la posizione giuridica dello straniero non comunitario siano aperte al riconoscimento delle differenze culturali degli immigrati presenti all'interno dei territori nazionali. In proposito, si può – a titolo di mero esempio – ricordare che la legge italiana n. 40 del 1998 sull'immigrazione prevede che “la comunità scolastica accolga le differenze linguistiche e culturali come valore da porre a fondamento del rispetto reciproco, dello scambio delle culture e della tolleranza; a tal fine promuova e favorisca iniziative volte all'accoglienza, alla tutela della cultura e della lingua di origine e alla realizzazione di attività interculturali comuni”.

Inoltre, va precisato che non ogni tipo di minoranza presente all'interno di un ordinamento costituzionale è automaticamente oggetto di tutela; non tutte le diversità sociali riconducibili alla nozione di minoranza debbono automaticamente fruire della medesima posizione giuridica, ma deve essere riconosciuto a ciascun ordinamento una facoltà selettiva, un apprezzabile margine di discrezionalità nell'individuare i fattori distintivi meritevoli di tutela. In altri termini, il principio costituzionale di tutela delle minoranze non si applica in modo indifferenziato, rientrando nella competenza di ciascun ordinamento il potere di differenziare la posizione dei diversi gruppi sociali.

Ad esempio, garantiscono soltanto le minoranze linguistiche l'Austria (art. 8 cost.) e l'Italia (art. 6 cost.). Trovano, invece, una garanzia costituzionale anche le nazionalità ed i territori forali in Spagna (art. 2 e disp. ad. primera cost.), i popoli indigeni ed i gitani in Finlandia (art. 14 cost.), le minoranze etniche e religiose in Svezia (Capo I, art. 2 cost.). A sua volta, nel Regno Unito, le minoranze tutelate sono circoscritte ad un numero limitato di gruppi sociali, individuabili essenzialmente nei Sikh, negli ebrei e negli zingari.

A sua volta, l'art. 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea circoscrive l'ambito delle minoranze oggetto di specifica tutela a quelle culturali, religiose e linguistiche; spetterà, poi, alle istituzioni comunitarie ed ai legislatori nazionali, sulla base del principio di sussidiarietà, procedere alla puntuale individuazione dei gruppi sociali che – per le loro caratteristiche – possono essere ricondotti alle tipologie richiamate dalla Carta.

Il ché, tuttavia, non significa che le altre minoranze non possano godere di particolari forme di riconoscimento e di tutela. Il discriminio introdotto dall'art. 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea opera, a nostro avviso, nel senso che mentre le minoranze etniche, religiose e linguistiche debbono comunque trovare un riconoscimento all'interno degli Stati aderenti all'Unione europea, le altre possono essere tutelate – in via generale o circoscritta – in determinati ambiti statali, ben potendo i singoli ordinamenti optare per forme più ampie di multiculturalismo, conferendo riconoscimento giuridico anche ad altri tipi di minoranze.

Sarebbero, comunque, illegittime – in quanto contrarie ai vincoli derivanti dall'adesione all'ordinamento comunitario – normative nazionali discriminatorie o restrittive della diversità culturale, religiosa e linguistica di minoranze insediate nei loro territori.

## 5. Il ruolo degli ordinamenti nazionali nel riconoscimento delle diversità culturali, religiose e linguistiche.

La disposizione dell'art. 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è suscettibile di sviluppi differenti e di gradi di applicazione di diversa intensità non solo a seconda delle politiche che l'Unione europea porrà in essere, ma – soprattutto – sulla base degli indirizzi concretamente perseguiti dai singoli Stati aderenti all'Unione europea.

È prevedibile che l'Unione europea individui degli *standards* comuni, affidando ai

singoli Stati, in base al principio di sussidiarietà, la determinazione delle forme e modalità per assicurare effettività a tale previsione. Si tratta, indubbiamente, della soluzione più rispettosa delle diverse realtà storiche e culturali dei paesi membri e più coerente con il fatto che all'interno dei distinti ordinamenti esistono indubbiamente approcci e posizioni assai differenziate rispetto al tema delle minoranze. D'altra parte, l'implementazione del principio del rispetto della diversità culturale, religiosa e linguistica rappresenta una delle materie nelle quali diviene naturale, in ossequio al principio di sussidiarietà, individuare nell'ambito subcomunitario il livello di intervento più appropriato.

All'interno di ciascun ordinamento statale il riconoscimento delle minoranze di cui all'art. 22 della Carta può essere operato tanto da fonti costituzionali che di rango legislativo e – negli ordinamenti federali o regionali – tanto dalle Costituzioni dell'ordinamento generale quanto dalle Costituzioni o dagli Statuti delle comunità territoriali.

Nel primo caso, compete alle carte costituzionali definire l'oggetto ed i limiti del diritto, mentre le leggi contribuiscono a delineare le misure finalizzate a conferirgli concretezza, nonché a fissare le politiche di tutela e le azioni positive rivolte a rimuovere situazioni di svantaggio. È il caso, ad esempio, del Regno Unito, ove la legislazione si premura sia di evitare forme di discriminazione fondate sul colore, la razza, la nazionalità, l'etnia o l'origine nazionale (*Race Relations Act 1976*), sia di punire molestie fondate sull'odio razziale e religioso (*Criminal Justice and Public Order Act 1994*), sia di introdurre deroghe alla disciplina generale fondate sulle differenze culturali (*Road Traffic Act 1988*, *Employment Act 1989*).

Le legislazioni nazionali individuano, in generale, diversi meccanismi di tutela delle differenze culturali, nella giusta consapevolezza che le dichiarazioni dei diritti rischiano di essere delle vuote formule retoriche, se non vengono accompagnate da politiche promozionali e dalla previsione di strumenti di garanzia.

Tra questi ultimi possiamo richiamare, innanzitutto, la presenza necessaria di rappresentanti delle minoranze riconosciute negli organi costituzionali dello Stato, in quanto l'attenzione per le differenze etniche e linguistiche è suscettibile di incidere sulla nozione stessa di rappresentanza politica nazionale. È interessante, a questo proposito, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 2 marzo 1987, nella quale, a proposito dell'adozione dei diversi sistemi elettorali all'interno dei singoli paesi, si sottolinea la necessità di porre in essere dei meccanismi tali da consentire agli elettori appartenenti a lingue minoritarie di esprimere la loro preferenza a candidati capaci di usare la lingua della propria regione, sì da avere rappresentanti appartenenti alla propria minoranza. In questa ottica, vale la pena evidenziare come in Italia sia stato riconosciuto a gruppi linguistici – ritenuti meritevoli di tutela rafforzata – il diritto a essere rappresentati negli organi di rappresentanza politica. È il caso, in particolare, dello Statuto della Regione Trentino-Alto Adige, il cui art. 30 introduce un criterio di rotazione fra i soggetti appartenenti al gruppo linguistico italiano e tedesco, relativamente alle modalità di elezione del Presidente e dei Vicepresidenti del Consiglio regionale. Infatti, per i primi trenta mesi della legislatura (la cui durata complessiva è di cinque anni), il Presidente deve essere eletto tra i consiglieri appartenenti al gruppo linguistico italiano, mentre, per il periodo rimanente della legislatura, il Presidente

deve essere scelto fra i membri del Consiglio di lingua tedesca; inoltre, i Vicepresidenti devono appartenere al gruppo linguistico diverso da quello del Presidente. Alla minoranza ladina, la Presidenza può spettare solo qualora vi sia un accordo fra il gruppo italiano e tedesco. Norme analoghe sussistono per l'elezione del Presidente e dei Vicepresidenti del Consiglio provinciale di Bolzano (art. 48 dello Statuto della Regione), mentre, sempre la fonte statutaria prevede norme di garanzia di rappresentanza per la minoranza ladina.

L'inserimento dell'elemento etnico e linguistico tra i fattori costitutivi la rappresentanza politica è stato ritenuto costituzionalmente legittimo anche dalla Corte costituzionale italiana, nella sentenza n. 233 del 1994, la quale ha riconosciuto il diritto delle minoranze linguistiche a esprimere la propria rappresentanza politica in condizioni di effettiva parità, “anche se tale garanzia non può superare certi limiti, dovuti a una serie di diverse considerazioni (anche di proporzionalità numerica) e soprattutto al necessario contemperamento di questa esigenza con altri parametri meritevoli di tutela (come il principio di pari efficacia di ciascun voto nella formazione degli organi elettivi)”.

La diversità linguistica conforma anche l'assetto istituzionale del Belgio. Infatti, la divisione linguistica si riflette nella composizione degli organi del potere legislativo, esecutivo e giudiziario. Per quanto riguarda il primo, l'art. 43 della Costituzione dispone che “i membri eletti di ciascuna Camera sono suddivisi in un gruppo linguistico francese e in un gruppo linguistico fiammingo, nel modo stabilito dalla legge”. È da notare come sia esclusa la partecipazione della comunità germanofona, che, tuttavia, trova una sua rappresentanza al Senato: infatti, l'art. 67 della carta costituzionale attribuisce ai rappresentanti della comunità di lingua tedesca la possibilità di designare uno dei 71 membri al Senato.

La rappresentanza paritaria dei due gruppi linguistici maggioritari informa anche la composizione del potere esecutivo, a proposito del quale l'art. 99 della Costituzione impone che il Consiglio dei Ministri, escludendo il Primo Ministro, comprenda un numero eguale di Ministri di lingua francese e fiamminga. Infine, per quanto concerne il potere giudiziario, va sottolineato che la Costituzione prevede all'art. 152 che il Consiglio superiore di giustizia sia composto da un collegio di lingua francese e da uno di lingua fiamminga, ciascuno dei quali ha lo stesso numero di membri; per quanto concerne, poi, la rappresentanza della minoranza germanofona, è previsto che un membro del gruppo francese abbia conoscenza della lingua tedesca.

La posizione di apparente subalternità della comunità linguistica tedesca è stata ritenuta legittima dalla *Cour d'Arbitrage*, che, nella sentenza n. 3 del 2001, ha ritenuto che la ridotta presenza all'interno di tale organo di membri che comprendano il tedesco non configura una fattispecie discriminatoria, in quanto tutti i membri dell'ordine giudiziario possono comprendere il francese, avendo dovuto conseguire la laurea o il dottorato nella suddetta lingua.

Altro meccanismo di garanzia delle minoranze è, in genere, costituito sia dal riconoscimento del diritto ad utilizzare la propria lingua nei procedimenti giurisdizionali ed amministrativi, sia dalla previsione di regimi speciali per l'accesso all'interno delle pubbliche amministrazioni.

Nel primo caso, la misura di garanzia si intreccia con il diritto costituzionale alla difesa ed al giusto processo: infatti, essa è operante anche in quegli ordinamenti ove manca un'esplicita disposizione costituzionale o legislativa, come ha precisato il giudice costituzionale italiano, ad avviso del quale il diritto alla tutela in giudizio comprende anche la possibilità di utilizzare una lingua diversa da quella italiana nei procedimenti giudiziari.

Per quanto concerne, poi, l'uso della lingua minoritaria nei procedimenti amministrativi, si può ricordare la legge sul procedimento amministrativo del *Länder* di Brandeburgo in Germania, il quale prevede che gli atti possono essere presentati in lingua soraba e che la loro traduzione in tedesco sia a totale carico dell'amministrazione (qualora, invece, gli atti siano presentati in qualsiasi altra lingua straniera, i costi sono a carico del cittadino). Mentre, a sua volta, l'art. 7 del Trattato di Vienna impone all'Austria che nei *Länder* di Carinzia, Burgenland e Stiria, sia usata la lingua croata e slovena nelle attività amministrative e giudiziarie.

In Belgio, poi, la legge del 18 luglio del 1966 obbliga gli operatori dell'amministrazione locale ad impiegare, al proprio interno e per le attività di informazione e comunicazione al pubblico, esclusivamente la lingua della comunità linguistica di appartenenza.

L'obbligo di utilizzare determinate lingue in aree territoriali del paese dove questa lingua può essere maggioritaria induce, poi, alcuni ordinamenti ad introdurre forme particolari di selezione del personale delle pubbliche amministrazioni basati su criteri linguistici, in deroga al principio dell'eguaglianza nell'accesso ai pubblici uffici.

In terzo luogo, quasi tutte le legislazioni nazionali introducono specifiche forme di promozione delle culture minoritarie: che prevedono sia la creazione di programmi e reti radiotelevisive, sia il finanziamento di giornali e altri strumenti di diffusione del pensiero, sia – infine – la promozione di attività culturali e di formazione scolastica.

Negli ordinamenti federali e regionali, poi, si assiste ad una interessante ripartizione di competenza tra il livello centrale e quello decentrato. In genere, i profili più direttamente connessi al principio di eguaglianza – formale e sostanziale – ed al divieto di discriminazione trovano la loro garanzia nelle norme dell'ordinamento generale, in quanto valide nei confronti di tutti i consociati; per contro, gli aspetti della materia che preferibilmente attengono ai diritti dei gruppi sociali minoritari sono preferibilmente regolate dalle fonti di autonomia. In proposito, appare emblematica l'esperienza della Repubblica federale di Germania, ove la proposta di inserire nel testo della Costituzione un articolo aggiuntivo volto a prevedere che “lo Stato tutela l'identità delle minoranze etniche, culturali e linguistiche” (art. 20 bis) non venne accolta con l'argomentazione che, nello specifico della realtà tedesca, il problema delle minoranze non doveva ritenersi di rilievo federale, bensì trovare la sua sede idonea di regolazione nei *Länder* interessati dalla presenza di gruppi minoritari.

Di sicuro rilievo è, altresì, la realtà giuridica spagnola qualora si consideri, da un lato, la competenza assegnata agli Statuti delle Comunità autonome a disciplinare le lingue identitarie (art.3, c. 2 cost. spagnola), dall'altro lato, la competenza legislativa delle Comunità autonome ad approvare specifiche leggi di “normalizzazione linguistica”, finalizzate ad individuare gli strumenti per promuovere e rafforzare l'uso delle

lingue parlate all'interno della comunità territoriale.

Su di un piano differente si pone – come è noto – la posizione francese, caratterizzata dalla preminenza di posizioni favorevoli ad una visione rigidamente equalitaria dei diritti che male si conciliano con il riconoscimento delle differenze etniche, linguistiche e culturali. Basti considerare, in proposito, per un verso, che la previsione costituzionale secondo la quale “la lingua della Repubblica è il francese” è stata introdotta proprio in connessione con l’incremento dell’integrazione europea e viene rafforzata dall’art. 1 della legge n. 665 del 1994 secondo cui la lingua francese costituisce elemento fondamentale della personalità e del patrimonio della Francia; per un altro verso, che l’aumento del carattere multietnico della popolazione francese è accompagnato dall’introduzione di norme volte a rafforzare la natura laica delle istituzioni e dell’ordinamento giuridico.

Tuttavia, è indubbio che processi politico-istituzionali interni ed esterni alla Nazione francese iniziano ad introdurre delle crepe nella tradizionale posizione restrittiva dell’ordinamento costituzionale francese. Prime, timide aperture al riconoscimento delle differenze culturali, etniche e linguistiche sono state favorite dai processi di decentramento e riconoscimento delle autonomie in atto: è il caso, ad esempio, della legge sull’autonomia della Corsica, il cui art. 7 prevede che la lingua corsa sia inserita nell’orario normale di insegnamento delle scuole materne ed elementari dell’isola, ovvero della normativa volta a promuovere il trasferimento di nuove competenze a favore dei territori di oltremare. Così come va considerato l’effetto propulsivo svolto dalla normativa internazionale e comunitaria: in particolare dall’attuazione della Carta europea delle lingue regionali e minoritarie.

Le politiche nazionali nei confronti delle diversità culturali, religiose e linguistiche risentono indubbiamente delle specificità storiche e sociali dei singoli ordinamenti, ciò non impedisce – tuttavia – che possano essere tentate alcune considerazioni conclusive di sintesi.

In primo luogo, si registra una *summa divisio* tra strategie volte a rafforzare le diversità ovvero orientate ad inserire le diversità in un’ottica di integrazione: le prime persegono prevalentemente politiche di separatismo, le seconde, invece, sono più propense a promuovere azioni positive. In secondo luogo, si può distinguere tra sistemi che pongono le minoranze su di un piano sostanziale di parità ed altri che intendono attribuire ad alcune di esse una posizione di preminenza, o meglio di tutela rafforzata. In terzo luogo, ordinamenti che disciplinano i diritti culturali di gruppi storicamente insediati nel proprio territorio si possono contrapporre ad altri, i quali assicurano misure promozionali anche a minoranze “atipiche”, non strutturalmente radicate in uno specifico territorio. Infine, con l’ottica rivolta esclusivamente al profilo linguistico, si può differenziare tra normative ispirate al separatismo ovvero al pluralismo linguistico.

## 6. Riconoscimento delle differenze culturali e valorizzazione del principio di autonomia.

Molti autori, hanno direttamente collegato la struttura federale o regionale dello Stato all’esigenza di promuovere le identità culturali, individuando tra le principali

ragioni di legittimazione del federalismo nella realtà contemporanea "la conservazione della diversità e della pluralità culturale". In questa prospettiva, la decentralizzazione del potere e delle funzioni su base territoriale rappresenta un criterio di organizzazione, secondo cui le "diverse comunità si uniscono sotto un unico governo allo scopo di raggiungere determinati fini e allo stesso tempo conservano propri governi per altri obiettivi, vivendo unite e contestualmente rifiutando l'unitarismo" (Wheare); nel senso che le forme di Stato non accentratato favoriscono la creazione di una comunità nazionale "formata da comunità le quali mantengono ciascuna la propria peculiarità" (Friedrich).

D'altra parte, l'attribuzione di autonomia nel governo di una porzione del territorio rappresenta una soluzione istituzionale che tanto gli accordi internazionali, quanto le legislazioni nazionali individuano affinché determinati gruppi etnici possano non soltanto fruire della propria cultura, ma anche organizzare la vita dei territori e lo sfruttamento delle risorse in armonia con la propria concezione della vita.

Si tratta di posizioni – a nostro avviso condivisibili – che delineano una visione comunitaria del principio di autonomia, secondo la quale esso non definisce tanto il modo di organizzarsi di un ente, né qualifica la sua posizione all'interno dell'organizzazione statale, ma piuttosto rappresenta il modo di organizzarsi sul territorio di una determinata comunità, di una porzione di popolo, fornita di propria identità. In tal modo, si riconosce la soggettività istituzionale delle diverse comunità, al fine di seguirne l'integrazione politica all'interno dello Stato attraverso la valorizzazione delle differenze territoriali, di un pluralismo fatto di diverse identità.

Un riferimento esplicito al rapporto tra autonomia e comunità territoriali è presente, ad esempio, nell'art. 2 della Costituzione spagnola, il quale configura l'autonomia come diritto delle nazionalità e delle regioni; così come si può rinvenire nella Carta europea dell'autonomia locale, che dopo aver affermato, nel preambolo, che "le collettività locali costituiscono uno dei principali fondamenti di ogni regime democratico", dispone all'art. 3 che "per autonomia locale si intende il diritto e la capacità effettiva, per le collettività locali, di regolamentare e amministrare nell'ambito della legge, sotto la loro responsabilità, e a favore delle popolazioni, una parte importante degli affari pubblici".

Va, inoltre, considerato che l'esigenza di tutelare alcune minoranze culturali, storicamente radicate nel territorio di uno Stato, induce talvolta gli ordinamenti costituzionali ad attribuire a determinate comunità territoriali un complesso di competenze differenziate, uno *status* speciale di autonomia. Si affermano, in altri termini, tendenze favorevoli a passare da un autonomismo omogeneo ad uno differenziato: nella considerazione che la peculiare identità di ciascuna comunità territoriale trovi nella storia, nell'antropologia, nelle tradizioni elementi giustificativi una disciplina costituzionale distinta, che si traduce nell'attribuzione di maggiori e specifiche competenze, specie sul terreno linguistico e culturale.

All'interno dell'Unione europea la spinta a forme di differenziazione delle competenze regionali fondate su basi etniche, culturali e linguistiche è particolarmente presente in Spagna, Italia e Belgio: anche se si tratta di realtà assai diverse e non facilmente comparabili.

In Spagna, il testo costituzionale mostra una chiara propensione a favore di forme di regionalismo differenziato, basate non soltanto su ragioni storiche, ma anche sulla codificazione del principio dispositivo: le prime trovano fondamento nell'art. 2 e nelle disposizioni addizionali prima, terza e quarta; la seconda a sua volta, emerge da numerose disposizioni del capo III (*De las Comunidades Autónomas*) e dalle disposizioni transitorie. Il sistema previsto consente profonde differenziazioni territoriali, anche se tale potenzialità è stata progressivamente depotenziata sia dai contenuti dei diversi *Pactos Autonómicos* – sottoscritti centralmente, dalle forze politiche nazionali –, sia delle modifiche statutarie, che hanno finito per disegnare un sistema sostanzialmente omogeneo: cosicché, al momento di individuare i fattori che possono costituzionalmente giustificare il trattamento di favore riservato ad una singola Comunità autonoma, la dottrina prevalente ha finito per riferirsi ad un numero circoscritto di materie – quali, le competenze linguistiche, il diritto civile, il sistema fiscale, l'insularità, l'organizzazione degli enti locali – in buona misura riconducibili alle differenze culturali e linguistiche delle popolazioni insediate in quei territori.

In Italia, a sua volta, il riconoscimento di Regioni ad autonomia speciale non ha impedito l'affermarsi di una tendenza verso una progressiva omogeneizzazione dei sistemi regionali: un risultato al quale hanno contribuito motivi diversi tra i quali, da un lato, la stessa incapacità delle Regioni ad autonomia speciale a definire la propria identità, dall'altro lato, il ruolo fortemente omogeneizzatore svolto dalla Corte costituzionale e le più recenti riforme costituzionali che hanno esteso alle Regioni a statuto speciale la normativa prevista per le Regioni ordinarie. Cosicché, al momento, appare meglio motivata la posizione particolare di quelle Regioni – come il Trentino Alto Adige, il Friuli Venezia Giulia, la Valle d'Aosta – che risultano caratterizzate dalla presenza in posizione preminente (o comunque significativa) di minoranze etniche e linguistiche.

Assai diversa è, per contro, l'esperienza del Belgio, la cui storia costituzionale è fortemente contrassegnata da conflitti religiosi e linguistici, al punto che il riconoscimento delle differenze etniche è alla base stessa della forma di Stato. Basti considerare, ad esempio, la struttura dell'art. 2 cost. – che prevede tre comunità culturali –, dell'art. 4 cost. – che divide il Belgio in quattro regioni linguistiche –, dell'art. 43 cost. – che suddivide i componenti elettori del Parlamento in due gruppi linguistici –, dell'art. 99 cost. – in base al quale il Consiglio dei ministri dovrà essere composto in misura eguale da ministri appartenenti ai due gruppi linguistici –.

L'esperienza costituzionale comparata evidenzia come l'affermazione di forme di regionalismo differenziato o asimmetrico avvenga in modo stabile ed indiscusso in quegli ordinamenti in cui la differenziazione trova un radicamento nella storia. Negli altri casi, infatti, appaiono alla lunga prevalenti atteggiamenti opposti, quali l'uniformità e il conformismo. Il primo spinge le autonomie territoriali a rivendicare le medesime competenze o meglio a non riconoscere ad una Regione il diritto ad essere titolare di un maggior numero di competenze; il secondo, a sua volta, esprime una diffusa propensione al mimetismo che, nonostante le possibilità di differenziazione consentite dall'autonomia, caratterizza l'organizzazione di governo e gli apparati amministrativi.

Comunque, è indubbio che la forma di Stato federale o regionale sia quella che meglio consente una valorizzazione delle diversità culturali, etniche e linguistiche; anche se siffatta affermazione richiede una duplice, importante precisazione.

In primo luogo, va considerato che tale forma di Stato è in grado di soddisfare soltanto il diritto alla differenza ed all'identità culturale di gruppi geograficamente localizzati su area vasta. La stessa non risulta, per contro, idonea a consentire la valorizzazione di altre minoranze localizzate in ambiti territoriali circoscritti, ovvero diffuse “a macchia di leopardo” all'interno dello Stato.

In secondo luogo, il federalismo deve essere considerato una tecnica istituzionale finalizzata ad assicurare la convivenza tra diversi gruppi etnici, linguistici, culturali all'interno del medesimo Stato. La distribuzione territoriale del potere e delle funzioni si deve proporre, in altri termini, di combinare insieme i principi della democrazia pluralistica e l'esistenza di valori condivisi in grado di assolvere a quella funzione di integrazione che, secondo il pensiero di alcuni teorici, dovrebbe costituire il fine primario di una Costituzione in senso sostanziale.

Conseguentemente, occorre evitare che il riconoscimento delle differenze consenta alle spinte centrifughe di prevalere su quelle all'integrazione, passando da un'autonomia di tipo associativo ad una di tipo dissociativo. Da ciò la rilevanza che negli ordinamenti decentrati assumono gli strumenti finalizzati ad assicurare le esigenze unitarie dell'ordinamento, a garantire il principio di egualianza e di solidarietà; nonché le clausole generali che attribuiscono allo Stato centrale un potere di intervento in settori di norma riservati alla competenza delle istituzioni autonome, qualora i valori unitari e l'universalità di determinati diritti siano compromessi.

Si consideri, per esempio l'art. 72 della Costituzione tedesca che consente allo Stato federale di legiferare in materia di competenza dei *Länder*, quando una disciplina legislativa federale sia necessaria per creare nel territorio federale condizioni di vita analoga uniformi o di preservare l'unità giuridica o economica nell'interesse del paese. E ancora, l'articolo 138 della Costituzione spagnola che attribuisce allo Stato il compito di assicurare la realizzazione effettiva del principio di solidarietà e di vegliare affinché si assicuri un equilibrio economico adeguato e giusto fra le diverse parti del territorio; ovvero l'art. 1 della Carta canadese dei diritti e delle libertà che attribuisce la discrezionalità allo Stato di introdurre limiti ragionevoli ai diritti che possono giustificarsi in un società libera e democratica.

Analogamente, nell'ordinamento italiano, possiamo riferirci ai doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale che indica l'art. 2 della Costituzione o alla natura unitaria della Repubblica. L'espressione dell'art. 5 non si riferisce soltanto all'elemento politico e territoriale – esclusione della secessione – ma anche ai valori e interessi fondamentali sui quali si fonda la decisione dei consociati di unirsi nella Repubblica.

## IV.3 - Il multiculturalismo nella Carta canadese dei diritti e delle libertà

**Sommario: 1. L'esperienza del Canada: dal dualismo al multiculturalismo. 2. La tutela del multiculturalismo nella Carta dei diritti e delle libertà. 3. Il principio multiculturale secondo la giurisprudenza della Corte Suprema del Canada.**

### 1. L'esperienza del Canada: dal dualismo al multiculturalismo.

All'interno del Canada convivono contemporaneamente le molteplici varianti di una società multietnica: dalle *minorities by will* (che considerano la loro diversità culturale un patrimonio specifico da salvaguardare) alle *minorities by force* (costituite da quei gruppi le cui caratteristiche distintive sono attribuite loro da una maggioranza e percepite come fattore di esclusione). Così come convivono tanto gruppi che risiedono tradizionalmente e permanentemente su di uno stesso territorio, quanto gruppi diffusi e dispersi sull'intero territorio del Canada.

Inoltre, la crescita economica di un paese sviluppato, territorialmente assai ampio e poco densamente popolato, unita ad un atteggiamento tollerante e di apertura culturale, ha favorito una massiccia immigrazione da continenti diversi, con il conseguente formarsi di "nuove minoranze", costituite da gruppi di immigrati, prevalentemente per motivi di lavoro. Così come sono presenti comunità autoctone, costituite da individui che risiedono tradizionalmente e da tempo sullo stesso territorio (Indian, Inuit e Metis), dotati di *inherent rights*, cioè di diritti di cui godono non in via derivata, ma in quanto nel passato sono stati dei popoli sovrani.

Nonostante questi dati di origine storica e sociale, il riconoscimento costituzionale del multiculturalismo non ha avuto un percorso lineare. La presenza di due gruppi linguistici di origine europea (la popolazione francofona e quella di lingua inglese) ha fortemente caratterizzato non solo la storia costituzionale del Canada, ma anche la politica del governo canadese nei confronti degli altri gruppi etnici minoritari.

Sin dall'inizio della sua formazione, si consolidò l'idea che il Canada nacque come patto tra "due popoli fondatori" e ciò fece sì che il pluralismo essenzialmente riconosciuto e tutelato fosse di tipo duale: tra inglese e francese, sul piano linguistico, tra cattolici e protestanti, dal punto di vista religioso, tra *civil law* e *common law*, in materia di diritto.

Siffatta condizione fu codificata nel *British Constitutional Act* del 1867, il cui art. 93 introduce garanzie per le sole scuole confessionali cattoliche e protestanti; mentre l'art. 133 disciplina il bilinguismo. Mancavano, invece, disposizioni costituzionali finalizzate a considerare la posizione costituzionale ed i diritti delle popolazioni indigene (l'art. 91 si limitava a prevedere una competenza federale nella disciplina di tale materia) ovvero a riconoscere gli altri gruppi di immigrati.

Tale atteggiamento si traduceva, sul piano delle politiche sociali, in un'opzione netta per le teorie favorevoli all'assimilazione, le quali in modo deterministico ipotiz-

zavano che la cultura egemone o maggioritaria avrebbe esercitato una funzione seduttiva, spingendo la società verso forme di *anglo-conformity*.

La concezione essenzialmente duale della società canadese non fu intaccata neppure in tempi più recenti, qualora si consideri che la *Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism* fu istituita – nel 1963 – con il compito specifico di affrontare e risolvere i numerosi punti di contenzioso in atto tra i due “popoli fondatori”. L’obiettivo primario della *Royal Commission* consisteva nel superamento della contrapposizione anglo-francese, nella prospettiva di configurare il Canada come un solo paese, con due lingue e due culture. Soltanto nel corso dei lavori della Commissione cominciarono a prendere corpo le sollecitazioni provenienti dagli altri gruppi etnici, che richiedevano un loro specifico riconoscimento nel processo di unificazione del Canada.

Tuttavia, un vero e proprio salto di qualità si ebbe soltanto con l’approvazione della Carta dei diritti e delle libertà, ove accanto al riconoscimento dei fondamentali diritti aventi un valore universale, si disciplina la posizione costituzionale sia dei gruppi aborigeni, sia dei gruppi etnici di più recente immigrazione. Nel primo caso, si può richiamare l’art.35, il quale riconosce ai popoli aborigeni del Canada l’esistenza di diritti propri; nel secondo è spontaneo il riferimento all’art. 27, secondo il quale la Carta dovrà essere interpretata in modo da preservare e sviluppare il patrimonio multiculturale dei canadesi.

## 2. La tutela del multiculturalismo nella Carta dei diritti e delle libertà.

Il diritto all’identità culturale dei diversi gruppi che compongono il mosaico etnico del Canada trova fondamento costituzionale soprattutto nell’art. 27 della Carta dei diritti e delle libertà, che intende riconoscere e rafforzare il patrimonio multiculturale dei canadesi.

In dottrina non sono, invero, mancate critiche al testo adottato dai costituenti.

Alcuni autori hanno evidenziato il limitato valore precettivo, considerandolo un mero *rhetorical flourish* (Hogg); ovvero hanno evidenziato la difficoltà di attribuire un preciso significato normativo alla formula *multicultural heritage* (Brotz). Altri commentatori, a loro volta, hanno lamentato che la formulazione troppo generica dell’art. 27 non consente di offrire fondamento costituzionale ai programmi di supporto alle politiche multiculturali (Gibson); così come hanno enfatizzato la portata più politica che giuridica dell’articolo, considerato il frutto del cedimento del Governo alle pressioni delle associazioni rappresentative dei differenti gruppi etnici.

Inoltre, la dottrina è concorde nel ritener che l’art. 27 della Carta non codifica specifici diritti all’identità culturale, ma offre piuttosto un supporto interpretativo a favore del principio multiculturale. Tuttavia, la circostanza che si tratti di una clausola di interpretazione non esclude, tuttavia, che essa abbia valore normativo ed immediatamente precettivo. A tal fine, è utile sottolineare alcuni profili costituzionali propri di tale disposizione costituzionale.

a) In primo luogo, per quanto concerne i destinatari della norma (*preserve and*

*enhance the multicultural heritage of Canadians),* sarebbe riduttivo ritenere che tale clausola si rivolga soltanto ai giudici.

I Tribunali sono sicuramente i principali destinatari – e se ne servono per armonizzare l'esercizio dei diversi diritti con il rispetto del principio multiculturale –; tuttavia, l'art. 27 si rivolge anche ad altri soggetti. Il dovere di interpretazione dell'intera Carta in coerenza con il principio multiculturale dei canadesi si estende anche al legislatore (che deve rifarsi a tale criterio nell'impostare le proprie politiche, di settore e generali) ed agli stessi privati (dal momento che comportamenti contrari a siffatto criterio finirebbero inevitabilmente per dover essere censurati dall'autorità giudiziaria).

b) In secondo luogo, in ordine all'oggetto della protezione (*the multicultural heritage of Canadians*), riteniamo che soltanto una lettura superficiale della norma può indurre a ritenere che essa, in quanto generica, sia anche indefinibile ovvero non individuabile.

L'oggetto della tutela costituzionale dell'art. 27 può essere ricostruito in vari modi.

Per un verso, si può far riferimento a dei *mediating principles* – cioè a dai principi esplicativi, ricavati da altre discipline scientifiche. Ad esempio, il giudice Jones ha fatto riferimento alla definizione di cultura contenuta nel *Webster's Third New World Dictionary*, che comprende anche *the body of customary belief, social forms, and material traits constituting a distinct complex tradition or racial, religious or social group (...) that complex whole that includes knowledge, belief, morals, law, customs, opinions, religion, superstition*".

Mentre qualche autore, al fine di rendere intellegibile il contenuto dell'art. 27, si è rivolto agli studi di sociologia per sostenere che l'espressione *cultural heritage* contiene al suo interno il riconoscimento del diritto di non discriminazione del gruppo (mentre il principio di non discriminazione della persona trova fondamento eminentemente nell'art. 15), della *symbolic ethnicity* (della volontaria adesione di più persone ad un gruppo che intende sviluppare gli attributi essenziali della propria identità e personalità) e della *structural ethnicity* (dell'esistenza di istituzioni e di strumenti preposti ad assicurare la continuità del gruppo ed a difenderne l'identità nei confronti delle tendenze all'assimilazione) (Magnet).

Per un altro verso, la portata normativa dell'espressione *cultural heritage* può essere ricostruito facendo riferimento al significato che tale espressione assume nell'ordinamento internazionale, in particolare nella giurisprudenza e nei documenti internazionali sulla tutela delle identità comunitarie e delle minoranze etniche. Tra questi, può essere naturale il riferimento all'art. 27 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, la quale riconosce alle persone che appartengono a minoranze il diritto, insieme agli altri membri del gruppo, di fruire della propria cultura, di professare e praticare la propria religione o di utilizzare la propria lingua.

Infine, l'interpretazione del principio multiculturale è alimentata dagli orientamenti politici e culturali che, in un determinato periodo, si affermano nel paese. A tal proposito, appare particolarmente esplicativa la parte del *Report* elaborato nel 1989 dalla *Canadian Human Rights Commission*, nella quale si afferma che il multiculturalismo richiede l'accettazione delle differenze, il riconoscimento dell'eguaglianza

nelle differenze, l'assegnazione di eguale dignità e valore ai vari gruppi etnici che compongono la società canadese. È difficile non individuare in tali principi etico-politici altrettante articolazioni del principio costituzionale di egualanza letto attraverso il riconoscimento della natura multiculturale del Canada.

c) L'art. 27 della Carta dei diritti e delle libertà, infine, costituisce, sotto il profilo della determinazione delle culture meritevoli di tutela, una clausola aperta. Esso non si limita a tutelare l'identità culturale dei gruppi minoritari storicamente consolidati, ma estende il medesimo riconoscimento anche a quelli di più recente immigrazione, a tutte le "minoranze visibili".

Alla luce di questa interpretazione assume un particolare rilievo l'espressione utilizzata dal costituente il quale, parlando di "*heritage*" multiculturale, chiama tutti i gruppi (che danno e daranno vita alla pluralistica società canadese) a concorrere attivamente alla formazione del patrimonio culturale del paese. Si tratta di una visione moderna della nozione di popolo, che è formato dal continuo avvicendarsi e succedersi delle generazioni di cittadini, nel loro multiforme e pur unitario complesso, cioè dal complesso degli individui attraverso il susseguirsi delle singole generazioni.

### **3. Il principio multiculturale secondo la giurisprudenza della Corte Suprema del Canada.**

In via generale, si può sostenere che la clausola interpretativa dell'art. 27 della Carta di diritti e delle libertà non ha ancora esplicato tutte le sue potenzialità, essendo stata utilizzata con parsimonia. Tuttavia, non per questo le indicazioni fornite dalla giurisprudenza della Corte Suprema si rivelano di scarsa utilità. L'influenza dell'art. 27 della Carta sull'interpretazione dei diritti fondamentali della persona è avvenuta su molteplici piani.

a) In primo luogo, il principio multiculturale ha consentito di precisare la portata ed il significato di alcuni diritti, qualora si riferiscono a persone appartenenti a gruppi etnici minoritari. Ha assolto, cioè, ad un compito di specificazione: soprattutto dei diritti tutelati dall'art. 2 della Carta.

In relazione alla libertà religiosa, tutelata nell'art. 2 a), il principio multiculturale presente nell'art. 27 ha consentito alla Corte Suprema di affermare che una norma che imponga la domenica quale giorno festivo privilegia una religione a scapito delle altre, entrando in conflitto con il dovere di tutelare il *multicultural heritage* dei canadesi (*R. v. Big M Drug Mart*, 1985). Egualmente, in un'altra decisone, è stato nettamente affermato che *the support given to one element of the population of Canada by the Lord's Day Act is an unacceptable preference by the state for the religious beliefs of some Christians* (*R. v. W.H. Smith Lts*, 1983).

Diverso è stato, invece, l'atteggiamento nei confronti del *Retail Business Act*, che pone vincoli alla possibilità di tenere aperto un esercizio commerciale durante le festività domenicali: nella fattispecie, la Corte Suprema ha ritenuto che il principio multiculturale non legittimava un commerciante ebreo ad aprire il proprio negozio alla domenica, dopo aver tenuto chiuso il sabato, senza rispettare le regole poste dal *Retail Business Act* (*R. v. Edward Books and Art*, 1986).

L'art. 27 è stato utilizzato dalla Corte Suprema anche per meglio precisare la portata del diritto all'assistenza di un interprete nel corso di un processo codificato dall'art. 14 della Carta; in particolare, è stato ritenuto discriminatorio nei confronti di un cittadino di altra razza che non comprende l'inglese il fatto che l'interprete non traduca nella lingua madre dell'imputato l'intero dibattito processuale (*R. v. Tran*, 1994).

Viceversa, la Corte Suprema non ha utilizzato la clausola interpretativa dell'art. 27 nei confronti di alcuni privilegi riconosciuti a determinati gruppi religiosi, specialmente in materia scolastica. Ha ritenuto che il principio multiculturale non fosse in grado di incidere sulla previsione dell'art. 29 (che salvaguarda, in deroga al principio di egualianza, i diritti ed i privilegi assicurati a *denominational, separate or dissentient school*), in quanto tale posizione di favore fa parte del compromesso istituzionale su cui si fonda la federazione canadese (*Adler v. Ontario*, 1996).

Siffatto orientamento, formalmente ineccepibile, non ha trovato, tuttavia, concorde l'intero collegio, dal momento che un'opinione dissenziente ha ritenuto che il mancato finanziamento delle scuole appartenenti ai gruppi religiosi minori produce non soltanto un danno economico, ma anche una limitazione della possibilità di rafforzare la propria fede ed il proprio *multicultural heritage*.

Equalmente, l'art. 27 acquista rilevo in relazione al principio di non discriminazione garantito nell'art. 15.1 della Carta. Per un verso, quest'ultimo deve essere interpretato in modo da permettere lo sviluppo di valori multiculturali; per converso, questi ultimi non possono essere presi come pretesto per perseguire finalità discriminatorie nei confronti di altre persone o gruppi. Ad esempio, una volta optato per programmi di finanziamento di azioni positive a favore dei gruppi culturali, sarebbero discriminatorie norme che non offrano a tutti i gruppi eguali opportunità. Sarebbe egualmente discriminatoria una legislazione che non offrisse ai componenti i gruppi etnici le medesime condizioni di accesso ai servizi pubblici.

In proposito, la Corte Suprema ha precisato che la tutela del multiculturalismo impone di vietare forme di discriminazione anche indiretta e di considerare attentamente l'impatto che ogni normativa produce nei confronti dei gruppi che compongono che il mosaico etnico del paese (*Canadian National Railways v. Bhinder*, 1985): ciò in quanto si ha discriminazione anche a causa delle conseguenze non intenzionali prodotte da una determinata normativa.

b) In secondo luogo, il principio multiculturale si pone sull'altro piatto della bilancia occupato dal principio di egualianza sancito dall'art. 15 della Carta, nel senso che autorizza tanto il legislatore, quanto il giudice a non interpretare l'egualianza in termini di uniformità ed omogeneità: come divieto che si abbiano differenze di trattamento ed azioni promozionali a favore di particolari gruppi etnici.

Secondo la dottrina dall'interpretazione integrata del principio di egualianza e del principio multiculturale scaturisce il divieto di politiche di assimilazione ed il rifiuto delle teorie di *melting pot*. In questo caso, l'egualianza riguarda non soltanto i singoli, ma anche i gruppi. Il pluralismo dei gruppi culturali esprime una critica alla visione liberale del principio di egualianza, dal momento che, come è stato efficacemente affermato, l'egualianza culturale passa attraverso il riconoscimento del pluralismo culturale (Eisemberg).

Di conseguenza, l'art. 27 giustifica discipline derogatorie del principio di egualianza. Ad esempio, si ritiene che sia costituzionalmente corretta una legislazione la quale consente di assumere insegnanti avendo riferimento non soltanto al merito, ma anche all'esigenza di assicurare una rappresentatività etnica dei docenti adeguata alle caratteristiche del tessuto sociale ove opera l'istituto scolastico.

D'altra parte, la Corte Suprema ha riconosciuto che gli aspetti relativi alla cultura possiedono un valore rafforzativo, a causa del loro specifico riconoscimento costituzionale (*Andrews v. Law Society of British Columbia*, 1989).

c) In terzo luogo, il principio multiculturale, essendo un elemento costitutivo della società democratica del Canada, è stato utilizzato per specificare la nozione di *free an democratic society* richiamata dall'art. 1 della Carta. Utilizzando le parole pronunciate dal giudice Quigley in occasione della decisione *Keegstra* si può ritenere che sia libera e democratica una società che riconosce i valori dell'equalitarismo e del multiculturalismo; così come rientra nell'interesse pubblico tutelare il *multicultural heritage*, in quanto la tolleranza razziale è un ingrediente essenziale per rende funzionante una società libera e democratica (*R. v. Zudel*, 1992).

Tale precisazione rappresenta un'indicazione importante per le moderne, complesse società multirazziali, in quanto in questi ordinamenti il riconoscimento delle diversità culturali si deve contemperare e deve trovare un limite nel rispetto delle regole di convivenza e di reciproca tolleranza.

La clausola contenuta nell'art. 1, pur rappresentando una formula elastica, suscettibile di interpretazioni diverse a seconda valori, di volta in volta, assunti come preminenti per la società, è stata correttamente intesa quale criterio per bilanciare ed armonizzare i diritti individuali con gli interessi comunitari. In quanto tale, ha assunto una portata ed un significato assai diverso dalla formula generale *peace, order and good government* contenuta nel *British North America Act* del 1867, la quale stata, invece, prevalentemente utilizzata dal governo federale per intervenire su molte delle materie non espressamente riservate alla sua competenza.

## IV.4 - I diritti dei popoli indigeni: profili di costituzionalità

**Sommario: 1. La nozione di popolo indigeno e le caratteristiche socio-economiche delle popolazioni autoctone del Canada. 2. I popoli aborigeni come *constituent people*. 3. Tipologia dei diritti delle popolazioni indigene. 4. I criteri interpretativi dei diritti degli aborigeni. 5. Problematica relativa al riconoscimento dei diritti comunitari.**

### **1. La nozione di popolo indigeno e le caratteristiche socio-economiche delle popolazioni autoctone del Canada.**

Il significato di popolo indigeno è connesso essenzialmente a una comunità di persone che condivide lingua, razza, religione, cultura e tradizioni e che occupava una porzione di territorio prima che uno Stato straniero imponesse il proprio ordinamento sullo stesso e sui suoi abitanti. Il riferimento è prevalentemente a quelle popolazioni che hanno subito la colonizzazione e che hanno visto l'imposizione di forme di organizzazione della società da parte di Stati stranieri.

I destinatari di questi processi sono i territori, *in primis*, e come elemento accessorio gli abitanti, i quali, pur essendo nativi di quei luoghi, esercitando i loro poteri secondo un modello organizzativo socio-politico proprio, sono ritenuti privi di un titolo legittimo e, infatti, i territori abitati da popolazioni indigene sono considerate *terra nullius*.

La conseguenza è che i territori diventano oggetto di transazione di tipo privatistica, per cui sono alienati, permutati, ceduti, affittati etcc. e questo avviene attraverso trattati internazionali, i cui firmatari, prevalentemente, sono potenze europee, mentre gli stati colonizzati possono partecipare attraverso alcuni istituti giuridici, quali le concessioni, il trattato ineguale o il trattato di protettorato, il cui elemento comune è dato dalla debolezza del contraente.

In questo senso, sono sinonimi e le espressioni di popolo indigeno e popolo autoctono, rinviano entrambi all'originarietà e alla permanenza storica di un gruppo su un territorio, che, però, ha dovuto rinunciare all'esclusività sullo stesso a favore di un altro ordinamento che si è imposto.

In questo ambito, la storia è in grado di offrire una molteplicità di esempi. Nel continente americano, oltre alle popolazioni aborigene del Canada e gli indiani negli Stati Uniti, possiamo annoverare il caso delle popolazioni della Costa Atlantica del Nicaragua, le quali si distinguono per la loro capacità di resistenza all'assimilazione prima da parte dei conquistatori spagnoli e poi dalle autorità nicaraguensi. La comunità indigena parla un linguaggio creolo-inglese (date le sue relazioni con la Corona britannica), è di religione protestante e le loro attività economiche sono legate prevalentemente ai paesi caraibici di area britannica.

Nel continente africano, il fenomeno di dominazione da parte della popolazione bianca nei confronti di quella autoctona è testimoniato dalle vicende storiche del Sudafrica. Questo nacque nel 1910 come Unione Sudafricana, allorquando la Gran Bretagna riunì le sue colonie del Capo di Buona Speranza e del Natal con gli *ex* stati indipendenti boeri del Transvaal e dell'Orange occupati nel 1902. Dopo la Seconda Guerra mondiale, il *National Party*, formato dalla minoranza bianca impose in tutto il paese una rigida normativa di *apartheid* nei confronti della popolazione nera.

Nel continente australiano, infine, spiccano due esempi quello degli Aborigeni in Australia e dei Maori in Nuova Zelanda. Le terre australiane furono considerate dai colonizzatori britannici: *terra nullius*, in quanto i loro abitanti erano così primitivi e le loro società prive di organizzazione di tipo giuridico che non era possibile riconoscere loro alcun diritto. In questo senso, la Corte suprema del New South Wales, nel *caso Attorney General (NSW) v. Brown* del 1847, sostenne che la Corona aveva acquisito un pieno titolo legale su tutte le terre della colonia, poiché queste erano prevalentemente disabitate al tempo dell'occupazione. Successivamente, la stessa posizione fu ribadita in *Cooper v. Stuart*, nel 1889, in cui Lord Watson affermò che la colonia: “*consisted of a tract of territory practically unoccupied, without settled inhabitants or settled law*”.

In Canada, le popolazioni aborigene sono costituite dagli Inuit, dagli Indiani e dai Metis, così come espressamente stabilito dall'art. 35.2 della Carta dei diritti e delle libertà.

Tuttavia, al di là della dell'indicazione formale, permangono delle difficoltà non solo nell'attribuzione di contenuti specifici e ben determinati ai diritti delle popolazioni aborigeni ma anche nell'indicazione dei soggetti a cui riconoscere siffatti diritti.

Gli organi giurisdizionali canadesi, con una giurisprudenza inaugurata con *Baker Lake* e confermata con *Delgamuukw*, hanno inteso offrire elementi che permettano di distinguere quali siano i titolari di *inherent rights*. In questo senso, è necessario dimostrare che: a) i popoli aborigeni e i loro antenati sono membri di una società organizzata; b) che questa società occupa uno specifico territorio in cui rivendica un *Aboriginal title*; c) che il territorio sia occupato esclusivamente da quel gruppo e non da altre società organizzate; d) che l'occupazione era un fatto consolidato al tempo dell'affermazione della sovranità britannica.

In questa ricostruzione, acquisisce particolare rilevanza l'elemento storico, cioè l'esistenza di una comunità prima dell'instaurazione di un nuovo ordine. Tale caratteristica aiuta a distinguere più nettamente i diritti dei popoli indigeni da quelli delle minoranze, nonostante entrambi abbiano dei profili sovrappponibili.

Nonostante le difficoltà a inquadrare il concetto di gruppo minoritario, possiamo far riferimento alla definizione di Capotorti, il quale definì la minoranza come “un gruppo numericamente inferiore al resto della popolazione di uno Stato, in posizione dominante, i cui membri – essendo di nazionalità dello Stato – possiedono caratteristiche etniche, religiose o linguistiche che differiscono da quelle del resto della popolazione, e mostrano, anche solo implicitamente, un senso di solidarietà, diretta a preservare la loro cultura, tradizioni, religione o lingua”. Sono innegabili le difficoltà che accompagnano l'intento definitorio del concetto di minoranza, lo stesso Capotorti ne

fu pienamente consapevole in un suo fondamentale rapporto realizzato come relatore generale della Sottocommissione dell'ONU sulla prevenzione della discriminazione e la protezione delle minoranze.

Tuttavia, partendo da questa definizione emerge il fatto che l'elemento omogeneo fra le due situazioni deriva dalla comune nazionalità fra individui appartenenti alla maggioranza e alla minoranza, mentre quello di differenziazione fra popolo autoctono e minoranze risulta essere il dato storico, in quanto i gruppi indigeni hanno subito un processo di "sovraposizione" da parte di un altro gruppo, che si è configurato come dominante. Al contrario, gli individui appartenenti alle minoranze non necessitano di questo elemento, in quanto la caratteristica rilevante sarebbe la loro condizione presente di debolezza all'interno di uno Stato o di mancanza di strumenti di tutela della loro specificità. Tale distinzione consente di far rientrare nelle minoranze sia quelle costituite da comunità che per vicende storico-politico si sono trovate a essere inglobate in uno Stato diverso da quello con il quale condividerebbero lingua, religione e cultura etc, ne sono un esempio la comunità alto-atesina della Provincia di Bolzano in Italia, la quale, a seguito del Trattato di pace di Saint Germain del 1919, fu ceduta dall'Austria allo Stato italiano ovvero la comunità italiana dell'Istria, il cui territorio – dal 1919 italiano – fu inglobato prima dalla Jugoslavia, a seguito dell'applicazione del *Memorandum* d'intesa per Trieste del 1954 e poi dalla Slovenia, dopo la sua secessione dalla repubblica jugoslava e – se vogliamo – anche la comunità afro-americana negli Stati Uniti; sia quelle recentemente costituitesi a seguito di massicci fenomeni di immigrazione.

La condizione dei popoli indigeni, in generale, è contrassegnata da situazioni di estrema debolezza e subalternità sociale, in larga parte spiegabili con il fatto che sono stati considerati popoli sconfitti e sono stati oggetto di pesanti persecuzioni o politiche di esclusione. Questa situazione ha causato condizioni di marginalizzazione e di significativa povertà degli individui appartenenti alle popolazioni indigene, tanto da indurre a coniare un'espressione come "Quarto mondo", intendendo con questo un insieme di "*dependent peoples, internal colonies in a variety of modern states*", denominati "Primo mondo".

Questo particolare ci offre un ulteriore elemento di differenziazione fra i poli indigeni e i gruppi minoritari, infatti, questi ultimi non sempre sono caratterizzati da condizione di debolezza socio-economica; basti pensare ancora alla comunità alto-atesina nella Provincia di Bolzano in Italia ovvero i baschi nel País Vasco o i catalani in Cataluña ovvero le comunità ebraiche negli Stati Uniti. Al contrario, le condizioni dei popoli indigeni si caratterizzano nei diversi Stati come di estrema precarietà e indigenza.

In Canada, alcuni dati possono esemplificare questa affermazione: solo 20.000 transazioni di affari annue sono gestite da esponenti delle comunità aborigene e queste rappresentano meno dell'1% di tutte le transazioni fatte in Canada e la metà di queste hanno sede nelle riserve. La maggioranza di esse appartengono al settore delle attività imprenditoriali in senso lato (25%), seguono il commercio (18.8%), lo sfruttamento delle risorse naturali (16.9%), l'edilizia (15.1).

Ma se le cifre riguardanti lo sviluppo economico delle comunità aborigene dipin-

gono una situazione assai critica, sconcertanti appaiono, invece, le condizioni sociali e sanitarie che li riguardano e che denunciano condizioni di vita precarie e inadeguate rispetto a uno Stato annoverato fra i sette paesi più industrializzati del globo.

In media la vita di un esponente delle *First Nations* è più breve rispetto a quello di un canadese. Nonostante, le aspettative di vita si siano incrementate, nel 2001, la vita degli aborigeni era in media 6.4 anni più breve dei concittadini canadesi. Inoltre, il *gap* nei livelli di istruzione secondaria fra i *Natives* e non è del 15%.

Infine, fra gli Aborigeni si registra, un maggior numero di *handicap* sensoriali (udito, vista e parola); e ancora, nel 2000, l'incidenza della tubercolosi era sei volte superiore fra le *First Nations* rispetto all'intera popolazione canadese.

## 2. I popoli aborigeni come *constituent people*.

Negli Stati che conoscono all'interno dei propri confini l'esistenza di popolazioni indigene identificate etnicamente e territorialmente, recentemente si è assistito al consolidamento di una tendenza favorevole a un riconoscimento formale dei diritti delle popolazioni aborigene.

Nelle Costituzioni più recenti (sia quelli di paesi a democrazia matura che non) si riscontra una tendenza favorevole a un riconoscimento formale dei diritti comunitari e dei diritti tradizionali di etnia. Gli esempi in tal senso sono numerosissimi. Fra questi è significativa la Costituzione dell'Ecuador (artt. 83-85) che parla espressamente di diritti collettivi riconosciuti ai popoli indigeni che si autodefiniscono nazionalità di razze ancestrali. Inoltre, lo stesso documento procede a una nutrita esemplificazione dei diritti collettivi riconosciuti e garantiti, fra i quali il diritto a mantenere, sviluppare e rafforzare la propria identità e tradizioni nel campo spirituale, culturale, linguistico, sociale, politico ed economico, il diritto allo sfruttamento delle risorse naturali del territorio occupato, il diritto a conservare, sviluppare e amministrare il proprio patrimonio culturale e storico, il diritto a mantenere sistemi, conoscenze e pratiche della medicina tradizionale, incluso il diritto alla protezione dei luoghi sacri, delle piante, degli animali, dei minerali e degli ecosistemi di interesse vitale per i sistemi di medicina tradizionale.

A sua volta, l'art. 4 della Costituzione messicana, riconoscendo la composizione pluriculturale della società, attribuisce alla legge il compito di proteggere e promuovere lo sviluppo delle lingue, culture, usi, costumi, risorse e forme specifiche di organizzazione sociale delle popolazioni indigene. E ancora, in Argentina, gli emendamenti approvati alla Costituzione del 1994 riconoscono la presenza delle comunità etniche degli indigeni.

In questo contesto generale può essere segnalata la Costituzione dell'Estonia (art. 50) che prevede la creazione di istituzioni di autogoverno per le minoranze etniche.

Particolarmenete significativi sono gli esempi offerti dall'ordinamento canadese con la Carta dei diritti e delle libertà del Canada del 1982 e del *Constitution Act* dello stesso anno. In particolare, la prima, introdotta con l'intento di creare una base di diritti comuni per tutti i cittadini canadesi da costa a costa, si premurò di evitare che l'esi-

genza dell'affermazione di diritti generali ponesse in ombra il carattere multiculturale del paese. All'art. 25, infatti, si stabilisce espressamente che *"The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada including*

*a) any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763; and*

*b) any rights or freedoms that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.*

E ancora, l'art. 35, c. 1 del *Constitution Act* dispone che "I diritti esistenti, ancestrali o derivati dai trattati, dei popoli autoctoni del Canada sono riconosciuti e consolidati".

Nel 1982, con l'approvazione del *Constitution Act* e della Carta dei diritti e delle libertà, tramontò definitivamente l'idea che la popolazione aborigena potesse essere incorporata e amalgamata nell'ordinamento canadese; al contrario gli artt. 25 e 35, espressamente riconobbero l'esistenza e la necessità di salvaguardare le specificità delle comunità indiane.

Al di là delle formulazioni enfatiche, si possono evidenziare due elementi: il primo è costituito dal fatto che il testo costituzionale ha accolto fra i principi fondanti quello dei diritti delle popolazioni aborigene, inserendosi in un percorso storicamente definito e ampliando il patto costituente al di là della dialettica totalizzante della contrapposizione fra comunità anglofona e francofona; il secondo, invece, riguarda il fatto che, al di là del riconoscimento formale in Costituzione, dovranno essere le legislazioni federale e provinciali ad articolare e a rendere sostanziali le previsioni costituzionali in materia.

L'inserimento delle *First Nations* fra i popoli costituenti fu ulteriormente riaffermato dall'art. 37 del *Constitution Act*, che dispose l'obbligo, a un anno dall'entrata in vigore della Costituzione, della convocazione di una conferenza costituzionale, il cui ordine del giorno doveva ricoprendere le questioni inerenti alle popolazioni aborigene. A questa conferenza avrebbero partecipato, oltre ai *Premiers* federali e provinciali, anche i rappresentanti delle popolazioni aborigene. Gli esiti della conferenza del 1983 condussero all'emendamento dell'art. 35, che introdusse l'obbligo di convocazione di conferenze costituzionali, con la partecipazione dei popoli autoctoni, qualora un progetto di riforma costituzionale avesse avuto come oggetto la revisione dell'art. 94(24), l'art. 25 o 35 del *Constitution Act* e della Carta dei diritti e delle libertà.

L'art. 34 fu poi emendato, prevedendo la convocazione di altre tre conferenze, che effettivamente ebbero luogo nel 1984, 1985 e 1987: Il fatto che questi incontri non sortirono alcun risultato concreto rispetto alla questione degli aborigeni, non ridimensiona la portata simbolica degli eventi, che, comunque rappresentarono un'occasione di dialogo e confronto fra le varie componenti.

Il tema dei diritti degli autoctoni rimase in ombra nella successiva conferenza costituzionale che portò alla stesura del progetto di legge di riforma costituzionale a Meech Lake (1987), mentre il peso delle popolazioni autoctone fu molto più rilevante negli accordi di Charlottetown (1992). Questi ultimi prevedevano, infatti, il riconoscimento

dell'*inherent right* all'autogoverno delle popolazioni indigene, il rafforzamento delle procedure per la negoziazione dei trattati e il riconoscimento dei governi delle *First Nations* come un terzo livello istituzionale, oltre a quello federale e provinciale. Tuttavia, nessuno dei due testi di riforma costituzionale fu mai approvato.

### 3. Tipologia dei diritti delle popolazioni indigene

#### 3.1 I diritti innati prodotti dalla tradizione

Il testo costituzionale del 1982 espresse in maniera chiara l'obbligo per la legislazione federale e provinciale di rispettare i diritti degli aborigeni, per i quali utilizza due espressioni linguistiche: *existing rights* e *treaty rights*.

Se è vero il detto latino che *nomina consequentia rerum*, allora è gioco forza prendere atto che sussistono due categorie di diritti. I primi sarebbero diritti di cui gli Aborigeni sarebbero titolari prima dell'insediamento europeo e ancora in vigore alla data di entrata in vigore del *Constitution Act*, (che continuerebbero a possedere a meno che non fossero espressamente estinti a causa di un trattato, o di un atto parlamentare) mentre gli altri sarebbero i diritti che sono espressi e riconosciuti nei trattati stipulati fra le autorità federali e provinciali da una parte e le popolazioni indigene dall'altra..

I *pre-existing rights* sarebbero diritti che apparterrebbero alle comunità indiane come una sorta di diritti inviolabili, il cui nucleo essenziale non può essere compromesso. In sostanza, questi diritti apparterrebbero a un ordinamento *extra-statuale* e, pertanto, non potrebbero essere limitati dallo Stato canadese, che li ha espressamente riconosciuti come tali, cioè come fonti *extra-ordinem*, conferendo loro una particolare tutela e rigidità.

A fini definitori degli *existing rights*, possiamo utilizzare le parole del Presidente dell'Assemblea delle *First Nations*, National Chief Ovide Mercredi, che, a proposito del diritto aborigeno all'auto-governo, dice: "Our right to govern ourselves does not come from European Proclamation or treaties; they just recognized what we were doing already. The Proclamation of 1763 did not create aboriginal land rights – it acknowledged them as pre-existing. We believe, as we are told by our Elders, that our peoples were placed on this land by the Creator, with a responsibility to care for and live in harmony with all her Creation. By living this way, we cared for the Earth, for our brothers and sisters in the animal world and for each other."

Al di là delle descrizioni immaginifiche del capo tribù, il fondamento costituzionale degli *existing rights*, fu espresso, per la prima volta, dalla Corte suprema, nel caso *Calder*, che riconobbe che i diritti degli indigeni sono specifici e non per concessione della Corona o per un riconoscimento di tipo legale o perché stabiliti in un trattato ma perché nel passato gli aborigeni furono popoli sovrani su quel territorio.

Pertanto, come affermato nella sentenza *Sparrow*, "The Government has the responsibility to act in a fiduciary way with respect to aboriginal peoples. The relationship between the Government and Aboriginals is trust-like, rather than adversa-

rial, and contemporary recognition and affirmation of aboriginal rights must be defined in light of this historic relationship”.

Si tratta di un riconoscimento che ha delle radici storiche profonde e consolidate, dato che lo stesso *British Royal Proclamation of 1763* riconosceva questi diritti, i quali furono accolti dal governo canadese con il *British North America Act* del 1867. L’art. 25 della Carta dei diritti e delle libertà prevede, inoltre, che non possano “essere abrogati o derogati i trattati con gli aborigeni o altro diritto o libertà che appartenga agli Aborigeni del Canada, compresi: qualsiasi diritto o libertà riconosciuto dalla *Royal Proclamation* del 7 ottobre del 1763 e qualsiasi diritto o libertà che attualmente esista, in virtù di accordi (...”).

La stessa posizione fu confermata in *Guerin*, dove l’organo giurisdizionale affermò che “titolo aborigeno è un diritto legale derivato dalla storica occupazione indiana e dal possesso delle terre delle tribù”. Analogamente, nel caso *Delgamuukw*, la Corte suprema riconobbe la validità della tradizione orale come prova dell’esistenza di un diritto aborigeno, affermando che il contenuto dello stesso è strettamente legato e incorporato alla secolare occupazione del territorio: “*it arises from the prior occupation of Canada by aboriginal peoples*”.

L’occupazione storica della terra, per la Corte, è rilevante sotto un duplice punto di vista: il primo riguarda un evento meramente fisico, il secondo, invece, è legato al fatto che l’*aboriginal title* trae origine in parte dal “*pre-existing rights systems of aboriginal law*”.

E ancora, in questo senso, la Corte suprema del Canada, nel caso *Van der Peet*, affermò:

“The doctrine of aboriginal rights exists, and is recognized and affirmed by s. 35(1), because of one simple fact: when Europeans arrived in North America. Aboriginal peoples were already here, living in communities on the land, and participating in distinctive cultures, as they had done for centuries. It is this fact, and this fact above all others, which separates aboriginal peoples from all other minority groups in Canadian society and which mandates their special legal, and now constitutional status”

Emerge da questa ricostruzione che è il dato storico a caratterizzare il dibattito sui diritti delle popolazioni aborigeni come *inherent rights* e la sua rilevanza giuridica è data dalla costituzionalizzazione di questi diritti e dalle pronunce giurisprudenziali che riconoscono che si è in presenza di un vero e proprio ordine giuridico distinto.

La giurisprudenza della Corte suprema canadese ricalca in qualche modo un percorso argomentativo compiuto sia dal *Privy Council* che dall’alta corte australiana. Infatti, dopo una giurisprudenza in senso contrario l’organo giurisdizionale australiano, ammise, nel 1971, nel caso *Milirrpum v. Nabalco Pty Ltd (the Gove Land Rights case)*, in una questione che riguardava delle terre, che non condivideva l’assunto “*that in the Aboriginal world there was nothing recognisable as law at all*”. Infatti, il giudice Blackburn disse: “The evidence shows a subtle and elaborate system highly adapted to the country in which the people led their lives, which provided a stable order of society and was remarkably free from the vagaries of personal whim or influence. If ever a system could be called “a government of laws, and not of men”, it is that shown in the evidence before me”.

Successivamente, l'Alta Corte Australiana riconobbe espressamente, nel caso *Mabo&Ors v. State of Queensland* (Mabo no. 2) che l'Australia – prima della conquista britannica – non era *terra nullius* e pertanto, i diritti tradizionali degli indigeni possono essere riconosciuti nella *common law*.

Il caso nasceva da un ricorso della tribù Meriam relativamente al possesso delle terre delle Murray Islands nello Stretto di Torres, al largo delle coste del Queensland. I Meriam occupavano quelle zone prima dell'arrivo degli Europei, che furono anesse al Queensland nel 1879. I ricorrenti sostenevano che l'annessione non aveva cancellato i diritti che loro vantavano su quelle terre. L'*High Court* australiana sostenne che la dottrina *Cooper* del 1889 era ingiusta e discriminatoria e incompatibile con il Patto internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite, con i valori fondamentali della *common law* e con quelli attuali della società australiana. Più specificamente, se gli abitanti storici di un territorio rispettano e rendono efficace le loro leggi e costumi queste possono vedersi riconosciuti dei diritti della propria terra.

Le conclusioni operate sia dall'*High Court* australiana che dalla Corte suprema canadese recepiscono anche gli orientamenti emersi a livello internazionale, almeno per quanto riguarda due profili.

Il primo riguarda l'interpretazione da adottare in relazione all'art. 27 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. In questo ambito, il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite ha riconosciuto che, per quanto concerne l'esercizio dei diritti culturali protetti dall'art. 27, la sopravvivenza di una determinata cultura è garantita anche attraverso la salvaguardia di un particolare stile di vita associato con l'uso delle risorse legate alla terra. Si stabilisce, quindi, un nesso inscindibile fra la terra tradizionalmente occupata dalle popolazioni indigene e la loro cultura, per cui la seconda non può sussistere senza la prima.

Il secondo profilo, invece, è collegato alle posizioni espresse dalla Corte internazionale di giustizia che, nella *advisory opinion* sul Sahara occidentale ritenne di escludere che questo territorio si configurasse come *terra nullius*, quando nel 1884 la Spagna aveva stabilito il suo protettorato sul Rio de Oro. Infatti, la Corte per escludere questa ipotesi indicò come: a) il Sahara occidentale fosse abitato da delle popolazioni che, seppur nomadi, era socialmente e politicamente organizzate in tribù ai cui vertici vi erano dei capi in grado di rappresentarli; b) la Spagna non aveva occupato quelle terre sostenendo che fossero *terrae nullius* ma aveva proclamato il protettorato sul Rio de Oro sulla base di un accordo stipulato con i capo-tribù locali.

Pertanto, emerge con una certa chiarezza come sia i supremi organi giurisdizionali australiani e canadesi che quelli internazionali convergano su elementi comuni.

L'esistenza di un diritto – riconosciuto dall'ordinamento – trae origine dalla tradizione consolidata, da usi ripetuti che non trovano alcuna codificazione ma che testimoniano un'obbedienza alla consuetudine. In questo modo, si aderisce a una visione statica del mondo che vede nel ripetersi di comportamenti e nel tramandarsi delle tradizioni, i fondamenti costitutivi della società, i quali risultano essere immutabili.

### 3.2 L'individuazione degli *existing rights*.

È evidente che la formulazione generica di *existing rights* pone non pochi di individuazione degli stessi. La giurisprudenza si è sforzata anche di fornire un contenuto più preciso a questi *inherent rights*, facendovi rientrare diritti di pesca, di caccia – come nella sentenza *Sparrow* del 1990, che riconosce i diritti della Nazione *Musqueam* di pescare nelle acque del British Columbia, basandosi sull'esistenza di “*pre-existing inherent rights*” di questo popolo.

Il caso in questione – che si configura come una pietra angolare nei rapporti fra ordinamento federale (e provinciali) e gruppi aborigeni – nasce perché un indiano pescava con una rete non ammessa dalle leggi federali. Il convenuto sosteneva che questa legge contrastasse con l'art. 35.1 del *Constitution Act*, che riconosceva i diritti atavici dei popoli aborigeni alla caccia e alla pesca. La Corte sostenne che il riconoscimento degli *Aboriginal rights* non escludeva di per sé una disciplina federale o provinciale sulle stesse materie finalizzate alla protezione delle varie specie; tuttavia, nella fattispecie era necessario che lo Stato considerasse la necessità per gli Indiani di procurarsi il cibo.

Pertanto, in questo caso, viene invocato un bilanciamento fra la tutela dell'ambiente e gli *inherent rights* delle popolazioni autoctone, i quali devono essere oggetto di lesione nel minor modo possibile e solo qualora vi si contrapponga un interesse primario, quali, per esempio, la conservazione di una risorsa naturale o la sicurezza pubblica. In sostanza, l'organo di giustizia costituzionale federale afferma, come ha ribadito in seguito nel caso *Delgamuukw*, che agli *Aboriginal rights* possono essere opposti dei limiti da parte delle autorità statali, a patto che siano finalizzati al perseguimento di obiettivi “*compelling and substantial*”.

Addirittura, la Corte ha sostenuto che non può essere opposto all'esercizio dei diritti delle popolazioni aborigene un limite generale come quello dell'interesse pubblico, in quanto questa formula sarebbe così vaga e ampia da giustificare qualsiasi limitazione, che non potrebbe essere costituzionalmente validi.

Di significativa importanza è anche la sentenza *Van der Peet*, in cui gli *Aboriginal Rights* sono definiti principalmente come “*way of life rights*” per il cui riconoscimento è necessario verificare che:

- Il diritto aborigeno costituisca un uso, una tradizione o una consuetudine che sia centrale, necessaria e parte integrante di quella specifica cultura della società aborigena;
- Gli usi e i costumi non debbano essere esercitati in modo marginale o solo occasionalmente;
- La pratica, la tradizione, la consuetudine devono essere parte integrante di quella cultura prima del contatto con i colonizzatori europei;

Alcuni aspetti di una comunità aborigena debbono possedere il carattere della specificità e dell'unicità; pertanto le attività legate al procacciamento del cibo non possono configurare *Aboriginal rights*, in quanto questo sarebbe un elemento comune alla quasi totalità delle società organizzate;

In base a questi elementi, la Corte ha concluso che non è possibile prefigurare un

catalogo unico di *inherent rights* valido per tutte le comunità presenti sul suolo canadese, in quanto la “*distinctiveness*” di ciascuna darebbe luogo a diritti specifici e diversi per ognuna.

In *Delgamuukw*, viene affermato che gli *Aboriginal rights* sono rappresentati da tutte quelle pratiche di vita e dall'utilizzo di tutti i prodotti della terra e delle acque del territorio, così come avveniva nei periodi precedenti la colonizzazione.

E ancora, nella sentenza *Van der Peet*, il giudice Lamer conclude, dicendo:

“Aboriginal rights are not general and universal: their scope and content must be determined on a case basis. The fact that one group of aboriginal people has an aboriginal right to do a particular thing will not be, without something more, sufficient to demonstrate that another aboriginal community has the same aboriginal right. The existence of the right will be specific to each aboriginal community”.

### 3.3 I diritti derivanti dai trattati.

I diritti degli aborigeni canadesi non si esauriscono negli *existing rights*, che, come abbiamo visto, pongono non pochi problemi di sistematizzazione, ma sono costituiti anche dai *treaty rights*. Infatti, l'art. 35 del *Constitution Act* indica come l'ordinamento canadese deve riconoscere e affermare, oltre agli *existing rights*, i diritti dei trattati e ancora l'art. 25 impone il rispetto di questi ultimi, compresi quelli inseriti nella *British Proclamation of 1763*.

Il tema dei trattati costituisce una significativa peculiarità dell'ordinamento canadese, che ha tradizionalmente tentato di risolvere le controversie fra i colonizzatori e le popolazioni aborigene attraverso la stipula di accordi.

I Nativi canadesi entrarono in contatto con i colonizzatori bianchi, nei primi anni del diciassettesimo secolo, soprattutto con i missionari gesuiti francesi stabilitisi lungo le rive dei Grandi Laghi. Poco più tardi, sia gli Olandesi che gli Inglesi si stabilirono nella zona sud dei Grandi Laghi lungo la costa atlantica, vicino alle *Appalachian Mountains*. La compresenza di colonizzatori di diverse nazioni, in continua competizione economica fra loro, condusse molto presto a una guerra per il controllo di aree sempre più vaste del territorio. Le varie tribù indiane, con l'unica eccezione degli *Haudenoshonee*, sostennero i Francesi nella loro lotta contro gli Inglesi (1754-1763) che si concluse con la Pace di Parigi, con la quale il re di Francia rinunciava alle sue pretese sull'Acadia e cedeva la sovranità sul Canada e su Breton Cap.

La ragione per la quale i Nativi si schierarono con i Francesi piuttosto che con i loro avversari è da ascrivere al tipo di insediamento operato da quest'ultimi: i Francesi erano prevalentemente commercianti ed erano interessati soprattutto al controllo delle vie di comunicazione, i Britannici, invece, erano, oltre che interessati al commercio, agricoltori e, pertanto, rappresentavano una seria minaccia per gli insediamenti territoriali indiani.

Nonostante la sconfitta dei Francesi, le *First Nations* non ritenero che la loro sovranità si fosse estinta, anche perché non erano mai stati conquistati né dai Francesi, né dagli Inglesi. Tuttavia, i rapporti fra questi ultimi e le popolazioni autoctone continuarono a essere conflittuali fino al 1763, anno della firma della *Royal Proclamation*, che rappresenta il tentativo di delimitazione dei confini e della definizione della giurisdizione fra *First Nations* e la Corona britannica.

In via di principio, si trattava di un accordo fra due popoli sovrani; tuttavia, furono inserite nel testo espressioni che, invece, configuravano il rapporto fra i contraenti sbilanciato a favore degli Inglesi. Si parlava, infatti, di “*dominion*” e “*sovereignty*” della Corona sui territori occupati dai colonizzatori inglesi. Inoltre, se mentre da una parte si stabiliva che la giurisdizione penale e civile non poteva svolgersi sui territori indiani, dall’altra si ammetteva che per reati commessi contro cittadini britannici fossero competenti le autorità inglesi anche su territori indiani.

Tuttavia, le popolazioni indigene venivano riconosciute come *Nations* e veniva anche stabilito che i governi coloniali non potevano appropriarsi o cedere territori; non potevano autorizzare sudditi britannici a occupare, o ad acquistare terre indiane; i diritti indiani sulle terre potevano essere acquisiti solo dalla Corona secondo una procedura definita.

I contenuti della *Royal Proclamation* furono ripresentati alle *First Nations* l’anno dopo, nel 1764, a Niagara, dove fu siglato appunto il Trattato omonimo. Alle negoziazioni parteciparono circa duemila capi indiani, inclusi rappresentanti delle popolazioni autoctone della Nova Scotia, del Missisipi e della parte settentrionale dell’Hudson Bay e sembra anche delle tribù *Siouxs*.

Al di là delle ambiguità esposte in precedenza, il Trattato di Niagara sancì un’alleanza fra la Corona e le comunità indigene e rappresentò un rimedio agli abusi e alle frodi nell’acquisto delle terre e nelle relazioni commerciali con gli autoctoni. L’accordo si consolidò negli anni successivi e la fedeltà degli Indiani fu testimoniata anche dall’appoggio dato da questi ultimi, nel 1812, nella guerra fra Stati Uniti e Canada. Lo scambio di doni previsto dal Trattato ebbe luogo ancora per molti anni e, ancora oggi, il Trattato di Niagara rappresenta una fonte legale per i diritti degli Aborigeni.

Tuttavia, questi trattati non sono stati sufficienti a garantire non solo la conservazione dei diritti degli autoctoni, ma anche l’attribuzione di un eguale *status* fra nativi e colonizzatori. Infatti, molti trattati, precedenti al 1850, prevedevano solo un esiguo pagamento in denaro alle tribù da parte della Corona in cambio dello sfruttamento delle terre, che era assicurato anche dal fatto che, fino al 1830, il controllo delle terre indiane era esercitato dall’amministrazione militare. I trattati negoziati, invece, fra il 1850 e il 1871, da William Benjamin Robinson (da qui il nome di *Robinson Treaties*), commissario provinciale dell’*Upper Canada*, prevedevano un trasferimento del titolo fondiario in cambio di pagamenti annuali. Gli accordi avevano l’obiettivo di circoscrivere i Nativi in alcune aree controllate dal Governo, il quale si impegnava a fornire istruzione e assistenza economica e sanitaria. Successivamente fra il 1871 e il 1912 furono firmati altri 11 trattati nelle Province dell’Ontario, Manitoba e Saskatchewan, denominati *numbered treaties*, i quali riconobbero alcuni diritti di caccia e di pesca

agli autoctoni in cambio della loro rinuncia ai diritti ancestrali sulle terre. Infine, nel 1923, furono negoziati i trattati con le tribù Chippewa e Mississauga, che, sostanzialmente, ricalcavano le linee guida dei precenti accordi.

### **3.4 La natura giuridica dei trattati: accordo politico, trattato internazionale o procedura democratica.**

La costituzionalizzazione dei trattati operata nel 1982 impone di modificare l'appoggio interpretativo di questi atti, rispetto al passato. Infatti, i trattati, firmati prima del 1982, oltre che a codificare un certo grado di subalternità della popolazione indigena rispetto a quella bianca, stentavano anche ad affermarsi come atti giuridici. Nel 1929, la Corte suprema, nel caso *R. v. Syliboy* sostenne che il convenuto non poteva invocare il rispetto di un diritto riconosciuto in un trattato che la tribù dei *Mi'kmaq* aveva stipulato con il governatore della Provincia nel 1752, in quanto la comunità indiana non poteva assurgere come soggetto giuridicamente legittimato a stringere un trattato e, pertanto, le disposizioni dello stesso, che riconoscevano un diritto di caccia su alcune terre ai componenti della tribù indiana, non potevano essere considerate giuridicamente vincolanti. I trattati divenivano dei meri accordi politici, il cui rispetto non poteva essere invocato davanti a degli organi giurisdizionali. In questo modo, si può apprezzare la precisazione compiuta nella disposizione dell'art. 35 del *Constitution Act* è di rilevante importanza, in quanto i trattati stipulati fra le autorità federali e provinciali e le comunità indiane non hanno il rango di fonte primaria ma copertura costituzionale. In questo modo, i diritti riconosciuti nei trattati acquisiscono il rango di fonte atipica, cioè acquisiscono una forza giuridica superiore alla leggi federali e provinciali, in quanto l'art. 25 espressamente stabilisce che nessuna norma dell'ordinamento può derogare o abrogare le disposizioni dei trattati (e, in generale dei diritti degli Aborigeni).

Inoltre, merita rilevare che la legislazione sui diritti delle identità culturali autoctone, infatti, si caratterizza, in genere, per la specificità del procedimento legislativo, consistente nel fatto che l'introduzione nell'ordinamento di tali diritti è preceduta da apposite intese fra le autorità statali e rappresentanti delle diverse comunità autoctone, secondo un procedimento decisionale che ricalca quello dell'ordinamento internazionale, basato sul principio dell'unanimità piuttosto che su quello di maggioranza – proprio delle assemblee legislative – accreditando in tal modo l'ipotesi per cui vi è una tendenza a configurare gli accordi negoziali fra gli organi governativi statali e le popolazioni autoctone come dei veri e propri trattati internazionali.

L'obiettivo sarebbe quello di formalizzare gli accordi con una procedura simile a quello della realizzazione dei trattati internazionali e che vorrebbe consacrare – a livello simbolico – un principio quasi di “sovranità condivisa” sul territorio.

La traduzione legislativa delle relazioni fra livelli istituzionali e autorità indigene, è sempre, quindi, preceduta da negoziati e questo sembra essere un dato costante e consolidato della storia fra gli autoctoni e le autorità canadesi, tanto da poter configurare una convenzione costituzionale in tal senso. Infatti, i trattati fra le comunità abo-

rigene e le autorità canadesi rappresentano una fonte utilizzata in maniera diffusa per l'esatta definizione dei diritti spettanti alle comunità native, sia prima della *patriation* che successivamente.

Vari elementi concorrono a ritenere che esista una convenzione costituzionale in tal senso. Oltre al reiterato comportamento in tal senso e la più volte confermata volontà del Governo di procedere in tale direzione, è la stessa Corte suprema che in alcune sue più rilevanti pronunce sottolinea la necessità di ricomporre le contrapposizioni che possono sorgere nella società canadese con la negoziazione e la partecipazione dei soggetti coinvolti. I giudici, fin dal loro primo *Reference* sulla *patriation* della Costituzione, hanno ammesso la legittimità di tale procedura, richiamando espressamente il principio di “*un degré appréciable de consentement provincial*”; inoltre, nel *Reference* sulla secessione del Québec, la Corte individua quattro principi cardini dell'ordinamento canadese, fra cui spiccano quello del rispetto delle minoranze e della democrazia (oltre a federalismo e costituzionalismo, inteso come principio di legalità). Questi due principi, interpretati come un'endiadi, confermano come le tessere del mosaico del sistema canadese, debbano trovare un *modus vivendi*, le cui determinazioni non possono essere il frutto della mera affermazione del principio di maggioranza, ma debbano configurarsi come il prodotto di un processo negoziale e consensuale.

E ancora, proprio in tema di minoranze autoctone la sentenza *Delgamuukw* ribadì come le questioni relative alle interazioni fra Nativi e istituzioni federali e provinciali debbano essere regolate attraverso meccanismi di partecipazione e negoziazione.

In questa pronuncia, i giudici sostennero che:

“Of course, even in these rare cases when the minimum acceptable standard is consultation, this consultation must be in good faith, and with the intention of substantially addressing the concerns of the aboriginal peoples whose lands are at issue. In most cases, it will be significantly deeper than consultation. Some cases may even require the full consent of an aboriginal nation, particularly when provinces enact hunting and fishing regulations in relation to aboriginal lands.”

Tale conclusione è stata espressamente ribadita, più recentemente, nella sentenza *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*. Anche in questo caso, la Corte suprema ha espressamente stabilito che il governo ha il dovere di consultarsi con le popolazioni aborigene al fine di conciliare i diversi interessi. Precisamente, i giudici supremi affermarono:

“The duty to consult and accommodate is part of a process of a fair dealing and reconciliation that begins with the assertion of sovereignty and continues beyond formal claims resolution”. (...)

Treaties seek to reconcile pre-existing Aboriginal sovereignty with assumed Crown sovereignty, and to define Aboriginal rights guaranteed by s. 35 of the Constitution Act, 1982. Section 35 represents a promise of rights recognition (...) This promise is realized and sovereignty claims reconciled through the process of honourable negotiation (...). This, in turn, implies a duty to consult and, if appropriate, accommodate.

In base a questi elementi, pare possibile, dunque, ammettere l'esistenza di un principio generale dell'ordinamento, che obbliga i vari attori del pluralismo sociale e istituzionale canadese a realizzare trattative per addivenire a qualche soluzione.

#### 4. I criteri interpretativi dei diritti degli aborigeni.

Oltre alla definizione degli *inherent rights*, (sia quelli *existing* sia quelli definiti dai trattati) molteplici controversie sono sorte relativamente all'interpretazione dei trattati fra le autorità canadesi e le comunità autoctone. La Corte suprema sembra aver costantemente dimostrato di accogliere interpretazioni estensive di queste fonti, come nella sentenza *Nowegijick v. The Queen* in cui ha stabilito che espressioni dubbie di trattati e leggi relative agli Indiani devono essere interpretate in modo favorevole a questi ultimi. Inoltre, nel caso *Delgamuukw*, i giudici supremi hanno ribadito che ai diritti aborigeni deve essere concessa la preminenza sul diritto comune, anche se nella stessa pronuncia, si sottolinea come non possono essere escluse delle limitazioni ai diritti delle comunità, le quali però devono iscriversi all'interno della speciale relazione fiduciaria esistente fra la Corona e le comunità autoctone.

E ancora, nel caso *R. v. Badger*, lo stesso organo giurisdizionale ha affermato che i trattati sono "sacri", per cui ogni limitazione dei diritti degli Indiani secondo i trattati deve essere definita in maniera restrittiva. I giudici hanno, inoltre, affermato, in quest'ultima pronuncia, il principio che le norme dei trattati sono vincolanti non solo per le parti contraenti ma anche nei confronti dei privati. Infatti, viene riconosciuto, in base agli accordi, che i diritti di caccia (finalizzati esclusivamente all'approvvigionamento per il sostentamento dei membri della tribù) possono essere esercitati anche su terreni privati, a meno che questo diritto di proprietà si configuri in modo manifestamente incompatibile con attività di caccia. Tale deroga alla proprietà privata è giustificabile – per la Corte – con il fatto che gli Indiani, quando hanno firmato il Trattato, non era in grado di comprendere appieno il significato di proprietà privata e, pertanto, questo non può essere opposto loro.

Le difficoltà esegetiche relative all'esistenza e all'attuazione dei diritti degli autoctoni rappresentano anche un significativo incentivo per le autorità federali a stipulare nuovi trattati con le tribù. Infatti, l'obiettivo delle autorità federali individuabile nella volontà di definire, attraverso procedure consensuali, con maggior certezza i diritti e gli obblighi delle comunità aborigene, nell'interesse pubblico di tutti i cittadini, mentre, quello delle comunità autoctone sembra consistere nella possibilità di disporre di diritti certi e incontestabili sul territorio, sì da non dover affrontare lunghi e costosi contenziosi giudiziari. Il fine non è solo quello di positivizzare gli *inherent rights*, la cui individuazione propone non poche difficoltà, ma anche quello di rinegoziare su basi completamente nuove e moderne il rapporto fra *Natives* e non.

La consapevolezza dell'inadeguatezza dell'approccio tradizionale all'interpretazione dei diritti delle popolazioni autoctone è stato particolarmente presente nelle pronunce della Corte suprema, che, in particolare, nella sentenza *Sparrow*, ha specificato che:

“an existing aboriginal right cannot be read so as to incorporate the specific manner in which it was regulated before 1982. The notion of freezing existing rights would incorporate into the Constitution a crazy patchwork of regulations (...) the phrase “existing aboriginal rights” must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time. (...). the right to do so may be exercised in a contemporary manner”.

Emerge, dunque, la consapevolezza da parte delle autorità canadesi che i rapporti fra le due culture non possono essere più regolate da tradizioni e consuetudini, in un mondo in cui lo sviluppo economico e sociale di una comunità, retto dai meccanismi della globalizzazione, non può più basarsi esclusivamente sulla caccia e la pesca.

I giudici supremi, inoltre, hanno sottolineato come i diritti delle comunità indigene dovrebbero essere interpretati alla luce dei valori attuali e non nella forma esistente all’epoca dei trattati.

Non solo, la tutela ambientale, lo sviluppo dei trasporti, lo sfruttamento del territorio devono trovare un contemperamento con gli interessi delle comunità autoctone e, seppur con significativi sforzi interpretativi, i diritti atavici non sembrano più rispondere in modo sufficiente e adeguato a queste sfide.

Pertanto, la Corte suprema ha sottolineato nel caso *Sparrow*: “Far from being defined according to the regulatory scheme in place in 1982, the phrase “existing aboriginal rights” must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time”.

La firma di questi trattati, quindi, può talvolta contrapporsi ai cosiddetti *Aboriginal titles*, conducendo all’estinzione consensuale di questi al fine di disciplinare altri aspetti della vita delle comunità autoctone in maniera più moderna e maggiormente aderente alle necessità attuali.

Un esempio di questo approccio è il Trattato *Nisga’ a*, che non parla espressamente di estinzione ma ribadisce come il trattato rappresenti l’unica fonte che disciplina i diritti della tribù in maniera esclusiva e completa e che recita: “The Final Agreement will constitute the full and the final settlement, and will exhaustively set for the aboriginal title, rights and interest within Canada of the Nisga’ a Nation and its people in respect of the Nisga’ a lands and other lands and resources in Canada, and the scope and geographical extent of all treaty rights of the Nisga’ a Nation, including all jurisdictions, powers, rights, and obligations of Nisga’ a government”.

Tuttavia, il concetto di estinzione non è condiviso dalle tribù indiane, né da parte della dottrina, la quale ritiene che ciò sia in contrasto con l’art. 35 del *Constitution Act* del 1982, che espressamente riconosce gli *Aboriginal titles* e che pertanto non potrebbero essere estinti attraverso fonti primarie (seppur di tenore costituzionale, quali i trattati). Inoltre, la *extinguishment policy* sarebbe in contrasto con i principi affermati dalla Corte suprema che ha ritenuto i diritti aborigeni inalienabili e basati sul rapporto fiduciario originatosi storicamente fra la Corona e le comunità indigene.

Inoltre, la Corte, nel caso *Sparrow* affermò che i diritti degli autoctoni non possono essere considerati estinti, neppure se sussiste un’ampia e dettagliata disciplina legislativa contraria ai diritti atavici. La volontà di procedere all’estinzione di situazioni giuridiche dei membri delle tribù deve essere “*clear and plain*” e – come specificato

nel caso *Delgamuukw* – una legge provinciale sarebbe incompetente a porre in essere un'estinzione dei diritti degli autoctoni, in quanto il requisito proposto nella sentenza *Sparrow*, che richiede un intento “*clear and plain*” non sarebbe soddisfatto che da un intervento legislativo il cui oggetto fosse esplicitamente la disciplina relativa agli Indiani, che è di competenza federale, così come stabilisce l'art. 91.24 del *Constitution Act*, che attribuisce al Parlamento federale la competenza su “*Indians and lands reserved fro the Indians*”.

Tuttavia, questa impostazione teorica sembra contrastare con altre pronunce del supremo organo giurisdizionale federale, che hanno espressamente ritenuto efficaci delle norme dei trattati che estinguevano dei diritti ancestrali su alcuni territori.

Una soluzione che potrebbe conciliare entrambe le posizioni potrebbe essere quella della teoria del “mutuo riconoscimento”, per il quale la Corona e le tribù indiane su posizioni di parità rinegoziano i termini dei loro accordi, senza parlare di “estinzione” di *Aboriginal titles*, prefigurando, in questo modo una sostanziale equivalenza delle parti contraenti, rifuggendo, quindi, dall'assunto per il quale vi sarebbe una superiorità dell'ordinamento legale bianco (che estingue) rispetto a quello degli autoctoni basato sulle tradizioni (che viene estinto).

Il problema dell'estinzione dei diritti degli aborigeni è dibattuto anche in altri ordinamenti. Anche in Australia la questione si è posta ed è stata risolta sostenendo che la legislazione statale che non riconoscesse i diritti delle popolazioni aborigene sarebbe illegittima per violazione dell'art. 10.1 del *Racial Discrimination Act* del 1975, il quale riconosce ai componenti delle tribù l'immunità da leggi realtivamente ai diritti sulle terre. La maggior forza giuridica della legge del 1975 rispetto al resto della legislazione è da ascriversi al fatto che si tratta di un atto normativo in esecuzione del Patto internazionale delle Nazioni Unite sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione e coerente con il Patto internazionale sui diritti civili e politici ratificato dall'Australia.

## 5. Profili problematici relativi al riconoscimento dei diritti comunitari.

La vicenda relativa al riconoscimento dei diritti comunitari in Canada evidenzia le tensioni che emergono fra le specificità territoriali e culturali di alcuni gruppi e la spinta all'universalizzazione dei diritti, che, invece, tende a rendere gli individui eguali a ciascun altro.

L'esperienza comparata evidenzia quanto sia precario – specie sul fronte dei diritti fondamentali – l'equilibrio tra esigenze unitarie e valorizzazione delle specificità territoriali; e come esso debba essere istituzionalmente rafforzato in virtù di particolari istituti o formule costituzionali; la stessa evidenzia sia casi in cui le istanze sociali hanno prevalso su quelle territoriali, sia fatti specie in cui i diritti all'identità territoriale si sono affermati in forme derogatorie rispetto a quelli universali della persona.

Il pendolo è in continuo movimento per cui l'equilibrio tra diritti delle comunità e della persona, tra identità personale o comunitaria può essere assicurato soltanto dalle Costituzioni, attraverso la codificazione di specifici principi e procedure possono dettare norme idonee ad evitare l'insorgere di conflitti paralizzanti.

La contraddizione tra rispetto delle tradizioni e vocazione universalistica dei diritti della persona può essere apparente, qualora si consideri che sussiste tra i due termini una relazione di necessaria complementarietà: la salvaguardia delle tradizioni e delle diverse identità culturali costituisce un criterio utile per specificare, implementare e disciplinare i diritti della persona internazionalmente codificati; non può certo essere richiamata per giustificare la loro non considerazione all'interno di un determinato sistema giuridico.

Tuttavia, al di là delle affermazioni teoriche, l'applicazione empirica di questi principi ha condotto nell'ordinamento giuridico canadese ad alcuni conflitti, la cui soluzione può lasciare perplessi, soprattutto per quanto concerne il rispetto del principio di egualianza. Infatti, si può realmente affermare che norme sull'integrità culturale possano promuovere un diritto a ignorare principi sui diritti fondamentali che confligono con le norme della tradizione?

Emblematiche, in tal senso, si presentano le vicende relative all'egualianza fra i sessi, ambito in cui i contrasti fra diritti universali e diritti delle comunità autoctone hanno posto drammaticamente di fronte a una scelta fra salvaguardia di principi specifici della cultura occidentale e valori fortemente sentiti dalle comunità aborigene.

Nel 1974, nel caso *Lavell*, la Corte suprema, chiamata a valutare una denuncia di differenziazione fra uomini e donne appartenenti a tribù indiane, negò che il differente trattamento conduca a una discriminazione, sostenendo come in realtà a tutte le donne indiane fosse attribuito lo stesso trattamento.

Questa situazione di discriminazione perdurò almeno fino al 1985, anno in cui l'*Indian Act* è stato modificato in modo tale da espungere tutte le norme contrarie agli artt. 15 (divieto di non discriminazione) e 28 (principio di egualianza fra uomo e donna) della Carta dei diritti e delle libertà. Tuttavia, il massimo organo giurisdizionale, nel 1986 respinse la richiesta di estendere alle donne indiane l'applicazione di leggi provinciali riferite alla divisone dei beni in seguito a divorzio e al diritto di occupazione della casa familiare, sostenendo che tali leggi non potevano applicarsi all'interno delle riserve.

Non a caso nella lotta per l'affermazione del principio di egualianza fra i sessi, le donne aborigene hanno lottato per l'affermazione di leggi federali e provinciali e, in particolare, in favore dell'applicazione della Carta dei diritti e delle libertà, piuttosto che per il riconoscimento di norme indigene tradizionali.

Ancora un esempio che pone in luce la distanza fra la cultura degli autoctoni e l'ordinamento giuridico canadese, può essere tratto dalla legislazione penale. Nel 1993, una coppia della *Hollow Water* in Manitoba (una riserva a 160 chilometri a nord-est di Winnipeg) rea di numerosi e ripetuti abusi sessuali sulle proprie figlie fu condannata a tre anni con una sospensione condizionale della pena da scontare all'interno della tribù dietro la guida dei membri anziani della comunità. L'inequivocabile lievità della pena comminata si spiega con il fatto che la Corte aveva accolto il concetto di colpevolezza presente nelle tribù indiane, per il quale anche il reo è contestualmente una vittima per cui la pena non può essere l'allontanamento dalla comunità ma, anzi, il contrario, quest'ultima deve farsi carico del colpevole e aiutarlo nel ritrovamento della giusta condotta. Inevitabilmente questa teoria non può che scontrarsi con la legisla-

zione penale di qualsiasi ordinamento occidentale, che, tende a distinguere nettamente il colpevole e la vittima e proprio, in questa ottica, allontana i primi (in luoghi appositamente determinati) dalla società anche nel rispetto delle vittime stesse, che non potrebbero superare l'esperienza con la vicinanza degli stessi autori del reato.

L'altro elemento problematico relativo ai diritti delle comunità autoctone è quello che li vede in contrapposizione con gli altri due livelli di governo competenti sul territorio: lo Stato federale e le Province. Il riconoscimento dei diritti dei gruppi autoctoni ha progressivamente proceduto nella direzione del riconoscimento di un diritto all'auto-governo dei territori in cui le comunità indiane risiedono. Tuttavia, l'accoglimento di questo principio ha incontrato molti ostacoli: in *primis*, da parte delle Province, che in qualche modo hanno sempre rivendicato con forza le competenze attribuite loro dal *British North America Act* e che temono che l'affermazione piena di un diritto di autogoverno delle tribù indiane finiva per sottrarre loro spazi di competenze. In secondo luogo, anche la Corte suprema si è sempre mossa con circospezione su questo tema, richiamando come per l'affermazione di questo diritto sia necessario procedere nell'analisi delle condizioni storiche e culturali delle singole tribù.

Un episodio che pare muoversi in controtendenza rispetto a queste affermazioni è costituito dalla ratifica del Trattato *Nisga'a* da parte dell'assemblea legislativa del British Columbia. Infatti, nell'agosto 1998 il Ministro canadese degli Affari indiani e del Nord, il *Premier* della Columbia Britannica Glen Clark e Joe Gosnell, Presidente delle popolazioni native *Nisga'a*, hanno siglato l'omonimo trattato. Il documento, frutto di venticinque anni di trattative e più di un secolo di dibattiti, conferisce alle popolazioni *Nisga'a* il diritto all'autogoverno su oltre 2000 chilometri quadrati, risorse naturali incluse, oltre alla creazione di un governo centralizzato con leggi simili a quelle degli altri governi locali e a un finanziamento di 190 milioni di dollari pagabili in quindici anni.

È la prima volta che la British Columbia stipula un accordo con una tribù autoctona ed è rilevante la circostanza per la quale vengono attribuite agli organi di autogoverno competenze assai estese. Il tentativo è quello di inserire un ulteriore livello di governo, oltre a quello federale, provinciale e locale.

Tuttavia, anche limitate competenze delegate o dallo Stato o dalla Provincia sono in grado di creare conflitti di competenza fra le autorità indiane e quelle provinciali, evento testimoniato da numerosi contenziosi. In particolare, è sempre stato controversa l'applicazione delle norme dei trattati aborigeni su coloro che, pur risiedendo nel territorio indiano, non appartengano alla tribù. Recentemente, nel caso *R. v. Decorte*, la Corte suprema canadese ha stabilito che i poliziotti della riserva possono legittimamente esercitare i loro compiti anche al di fuori della riserva e nei confronti di soggetti non appartenenti alle *First Nations*.

Il caso riguardava Cecil Decorte, il quale, rifiutandosi di effettuare un test alcolico a un posto di blocco, era stato sottoposto a fermo da parte di due poliziotti indiani, che svolgevano le loro funzioni in base all'*Anishinabek Police Service Agreement 1999-2004*. Decorte aveva fatto ricorso, sostenendo che il suo fermo era illegittimo in quanto realizzatosi a seguito di eventi svolti al di fuori della riserva e non da agenti della polizia provinciale.

La Corte, invece, ha sostenuto la piena legittimità dell'operazione in quanto la legittimazione ad agire dei poliziotti risiedeva nell'accordo trilaterale fra autorità federali, provinciali e territoriali: *First Nations Policing Policy* del 1996, il cui fine è quello di “to improve the administration of justice for First Nations through the establishment of First Nations police services that are professional, effective, and responsive to the particular needs of the community”. In base all'accordo, il *Police Services Act* dell'Ontario ha stabilito che i poliziotti indiani hanno gli stessi poteri degli ufficiali di polizia nell'espletamento di specifici doveri (*specific duties*). Questi ultimi furono definiti dall'*Anishinabek Police Service Agreement 199-2004*, che definisce che il servizio di polizia *Anishinabek* “exercises the powers of a police officer in and for the Province of Ontario”, al fine di servire le comunità aborigeni ma non solo.

Le rivendicazioni territoriali hanno, quindi, trovato un certo accoglimento; tuttavia, le vicende relative alle comunità aborigene sembrano dimostrare l'assoluta impossibilità di realizzare forme di autonomia assai ampia per ciascuna delle tribù presenti sul territorio. Il pericolo emergente sarebbe un'etnicizzazione dello Stato canadese, in quanto potrebbe verificarsi una moltiplicazione del numero dei gruppi etnici che rivendicano diritti (o privilegi) o spazi di autonomia in nome di un diritto alla diversità. La proliferazione eccessiva di questi gruppi non determinerebbe la fine dello Stato nazione a favore di uno Stato multiculturale, ma solo una serie di rivendicazioni di tipo etnico su scala locale.

Contestualmente si registra un crescente nazionalismo e ostilità verso le minoranze in alcuni paesi dell'Est confermato anche dalle affermazioni elettorali di alcuni partiti nazionalisti. Per esempio, in Ungheria nel 1995 il Partito indipendente dei piccoli proprietari è divenuto la seconda formazione partitica, alle spalle dei socialisti. Ancora più illuminante è la parabola della Slovacchia, la quale subito dopo aver ottenuto l'indipendenza nel 1993 ha visto sorgere al proprio interno tendenze nazionaliste. Così come in Romania, i due partiti di governo: il Partito romeno di unità nazionale e il Partito della Grande Romania si sono sempre opposti all'estensione dei diritti alle minoranze presenti sul territorio, soprattutto quelle ungheresi (ca 2 milioni prevalentemente stanziati nel territorio della Transilvania).

Inoltre, giova sottolineare come la difesa esasperata e il rafforzamento delle specificità di ciascuna comunità autoctona possa avere una duplice valenza: positiva, perché in questo modo è possibile salvaguardare la loro identità culturale; oppure negativa, qualora rischi di divenire un mezzo per favorire la loro ghetizzazione e perpetuare la loro condizione di debolezza economica e culturale nei confronti degli esponenti del gruppo maggioritario nella società.

L'empasse è risultato chiaro, in Canada, quando di fronte a una rivendicazione di diritti allo sfruttamento commerciale della pesca da parte di una comunità indiana, la Corte Suprema ha risposto che ciò era incompatibile con la relazione tradizionale che la tribù aveva con i pesci, prevalentemente legata al soddisfacimento delle esigenze alimentari della popolazione e, perciò non poteva essere sottoposta a regole di mercato.

Il pericolo è che gli organi giurisdizionali cristallizzino una concezione dei diritti autoctoni, influenzata da regole arcaiche e che alimentino stereotipi, che finiscono per

danneggiare più che tutelare le comunità indigene, partendo dal presupposto che le aspirazioni delle comunità siano le stesse di quelle evidenziate e rivendicate nel periodo della *Royal Proclamation* del 1763. In sostanza, il pericolo è che, attraverso questa interpretazione tendente a salvaguardare la “purezza” delle usanze e tradizioni aborigene, si neghi la possibilità di un’interazione fra le due culture presenti sul territorio canadese.

Il multiculturalismo e la valorizzazione delle differenze potrebbe configurarsi, infatti, come una riedizione aggiornata delle politiche segregazionistiche, ovvero alimentare gli elementi conflittuali allentando il tessuto connettivo unitario.

Inoltre, un’applicazione rigida del multiculturalismo trascura il fatto che le società e le culture sono dinamiche e, quindi, sottoposte a mutamenti: non sono impermeabili, ma si influenzano reciprocamente. In fondo, il multiculturalismo non può essere solo separazione ma anche comunicazione.

## IV.5 - Alcune considerazioni sulla tutela della libertà religiosa negli ordinamenti multiculturali

**Sommario: 1. Formazione di ordinamenti multiculturali ed eguale riconoscimento delle diverse identità culturali. 2. Il principio multiculturale ed i suoi riflessi nei confronti del fenomeno religioso. 3. La codificazione costituzionale di clausole multiculturali e la sua incidenza sulla libertà religiosa. 4. L'utilizzo della tecnica dell'accomodamento regionale a tutela delle differenze religiose.**

### 1. Formazione di ordinamenti multiculturali ed eguale riconoscimento delle diverse identità culturali.

Attraverso la codificazione costituzionale delle libertà si garantiscono le posizioni soggettive dei singoli e si affermano i valori caratterizzanti un ordinamento. In virtù del nesso inscindibile che lega lo Stato di diritto ai diritti fondamentali della persona, la loro garanzia e tutela concorrono a definire la fisionomia degli ordinamenti democratici: costituiscono un elemento caratterizzante tale forma di Stato.

In altri termini, le libertà individuali divengono un elemento essenziale dell'ordinamento costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione di un paese democratico; in questa prospettiva, le libertà – pur essendo costituite da una pluralità di diritti specifici ed autonomi – possono essere considerate nella loro unità sistematica, quale elemento caratterizzante la qualità dell'ordinamento costituzionale.

La relazione tra forma di Stato e diritti fondamentali è dialettica, nel senso che se, per un lato, i diritti qualificano la forma di Stato, per un altro verso, quest'ultima influisce sulla individuazione delle manifestazioni della personalità che, in un determinato momento storico, debbono essere considerate e tutelate come fondamentali. In altri termini, l'evoluzione delle forme di Stato influisce sulla concezione costituzionale delle libertà e dei diritti.

Muovendo da queste premesse, pare opportuno evidenziare che in questi decenni si registra una trasformazione ed evoluzione della forma di Stato sociale e democratica, che la dottrina qualifica comunemente come Stato multiculturale. Essa appare caratterizzata dal fatto che si stanno formando ordinamenti statali ove si assiste alla coesistenza di differenti nazionalità ed alla presenza di significative minoranze, nonché di intensi movimenti migratori che favoriscono il mescolarsi di culture e di identità differenti. Tuttavia, ciò che qualifica questa nuova articolazione dello Stato sociale e democratico di diritto non sono fattori pregiuridici – come la compresenza di diverse lingue, razze, religioni, concezioni etiche e sociali – ovvero sociologici – come la globalizzazione, l'intensificazione dei fenomeni migratori o la presenza di diverse minoranze –, quanto l'atteggiamento che l'ordinamento costituzionale manifesta nei

confronti di questi fenomeni e le particolari manifestazioni che assume il riconoscimento del siffatto pluralismo.

Lo Stato di diritto ha storicamente espresso la condanna dell'egoismo e delle discriminazioni a danno di individui e di gruppi sociali: basti considerare che la parola egualianza era presente nel motto della rivoluzione francese (Egalité, liberté, fraternité) e che la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 affermava che tutti gli uomini nascono e rimangono liberi ed eguali nei diritti. Nell'impostazione liberale, tuttavia, l'egualianza s'identificava essenzialmente con l'abolizione dei privilegi, con il superamento della divisione della società civile in ceti e tendeva, pertanto, a convertirsi nel tendenziale riconoscimento a tutte le persone della medesima capacità giuridica.

Inoltre, il costituzionalismo liberale, attraverso l'affermazione del valore della legge come norma generale ed astratta, ha configurato l'egualianza delle persone in termini di parificazione delle situazioni giuridiche e di eguale trattamento innanzi alla legge: si pensi, ad esempio, all'art.6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 ove, dopo aver affermato che la legge è l'espressione della volontà generale, si precisa che "essa deve essere la stessa per tutti, sia che protegga, sia che punisca"; ovvero, in epoca più recente, al riconoscimento che tutti i cittadini sono eguali davanti alla legge presente nell'art.3 della nostra Costituzione.

A sua volta, lo Stato sociale, oltre che affiancare ai diritti civili altre categorie di diritti (tra le quali i diritti politici e quelli sociali) ha affermato una nozione più evoluta di persona, considerata nella sua qualità di soggetto storicamente determinato immerso nella società e parte di organizzazioni sociali che – come bene afferma l'art.2 della Costituzione italiana – contribuiscono a plasmare la sua personalità. Tale evoluzione instaura un rapporto di stretta complementarietà tra la sfera della libertà (che induce a riconoscere liberismo ed egualianza formale) e quella dell'egualianza (che si fonda sulla solidarietà, sulla promozione sociale e l'egualianza materiale); ma, nel medesimo tempo, interessa in misura significativa la portata del principio di egualianza, il quale – pur non escludendo l'eguale capacità giuridica degli individui – si colora di ulteriori significati.

In primo luogo, si traduce nel divieto di discriminazioni, nella considerazione che storicamente diverse condizioni personali (*in primis* la fede religiosa) sono state utilizzate per negare la pari dignità morale e giuridica di tutti gli individui. Quindi, è considerata in senso sostanziale, in quanto ogni società contiene al suo interno disegualanze di fatto, che debbono essere rimosse nella misura in cui impediscono il pieno sviluppo della persona umana: da ciò l'impegno dell'ordinamento per offrire a tutti i cittadini quelle parità di opportunità e di condizioni che la società, in ragione della sua struttura economica e sociale, non è in grado predisporre autonomamente.

All'interno di questo percorso evolutivo, il carattere multiculturale di alcune società contribuisce a delineare un nuovo stadio nel processo di configurazione del principio di egualianza, sintetizzabile in un diverso atteggiamento nei confronti delle differenze che frastagliano la società.

Alcune di queste si collegano a fenomeni di discriminazione politica, economica e sociale ovvero a particolari condizioni di vulnerabilità e di debolezza individuali, che

debbono essere, tendenzialmente, rimosse o attenuate. Altre, invece, in quanto riconducibili al pluralismo identitario che, in alcuni ordinamenti, caratterizza il corpo sociale e la stessa nozione di cittadinanza e di popolo vanno valorizzate, in quanto costituiscono parte integrante dell'identità personale.

In altri termini, se la disomogenità sociale postula azioni positive finalizzate ad eliminare le cause della diseguaglianza, la disomogeneità culturale rivendica, per contro, comportamenti finalizzati a garantire e rispettare le diversità.

Assumendo come punto di riferimento il valore positivo delle differenze – considerate inerenti alla persona tanto nella sua dimensione intima che collettiva – si può ritenere che il riconoscimento di trattamenti differenziati o la previsione di diritti derogatori a favore degli appartenenti a determinate minoranze sia parte sia di una visione sostanziale del diritto di egualità, sia del riconoscimento della pari dignità delle persone. Esiste, infatti, un rapporto diretto tra tutela delle diversità culturali e principio di dignità, nella misura in cui esso presuppone il divieto di trasformare le inevitabili differenziazioni identitarie in fattori di esclusione o in cause di discriminazione.

Riprendendo le efficaci parole della Corte suprema del Canada si può affermare che il principio di egualità tende ad evitare che le norme “perpetuino o promuovano l’opinione secondo la quale un individuo è meno capace o meno degno di essere riconosciuto e valorizzato in quanto membro della società”, cosicché appaiono lesive della *essential human dignity* tutti quei pregiudizi politici e sociali, stereotipi o misure di svantaggio che minano il diritto di essere egualmente considerato in quanto essere umano e membro della società canadese.

Questa parola evolutiva del principio di egualità ha interessato – come vedremo nei paragrafi successivi – anche la libertà religiosa, la quale – se analizzata nella sua proiezione temporale e geografica – è riconosciuta dalle Costituzioni secondo prospettive distinte: tanto nella sua dimensione di libertà “negativa” (“Il Congresso non può fare alcuna legge per il riconoscimento di qualsiasi religione”, art.1 del *Bill of Rights* americano), quanto sotto il profilo dell’eguale trattamento da parte del legislatore (“Tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge”, art.8 della Costituzione italiana). Sia come divieto di ogni trattamento discriminatorio (“Nessuno può essere discriminato o privilegiato a causa della fede e delle confessioni religiose”, art.3 della Costituzione tedesca), sia come espressione privilegiata della libertà di pensiero e di coscienza (“Ciascuno è titolare della libertà coscienza e di religione” art.2 della Carta canadese dei diritti e delle libertà; “Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione”, art.9 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione).

## 2. Il principio multiculturale ed i suoi riflessi nei confronti del fenomeno religioso.

Il multiculturalismo – in quanto si fonda sul riconoscimento della pari dignità delle espressioni culturali dei diversi gruppi che convivono in una società democratica e pluralistica – incide non soltanto sul piano sociale, ma anche sui caratteri dell’ordina-

mento costituzionale.

In relazione al primo profilo, richiede al contesto sociale relazioni ispirate ad un naturale dovere di reciproco rispetto, dal momento che il riconoscimento dell'eguale dignità di ogni persona presuppone una visione dei rapporti sociali fondata sulla tolleranza, su comuni regole di convivenza. Come ben evidenziato dalla Corte suprema del Canada, una società libera e democratica deve essere guidata da valori essenziali come, “l'accettazione di una grande diversità di credenze, il rispetto di ogni cultura e di ogni gruppo”.

Sul piano costituzionale, poi, il multiculturalismo influisce in più modi. Ad esempio, richiede che l'ordinamento giuridico non solo riconosca l'eguale valore di culture diverse da quella maggioritaria, ma anche prenda atto che la loro presenza è “preziosa” – non a caso l'art.27 della Carta canadese dei diritti e delle libertà parla di *multicultural heritage* – cosicché si debbono escludere politiche di assimilazione al contesto maggioritario.

Inoltre, per quanto più direttamente attiene all'oggetto del lavoro, il multiculturalismo ha la capacità di incidere sulla struttura e sulle tecniche di tutela dei diritti costituzionali.

Innanzitutto può arricchire i tradizionali criteri di classificazione, accorpando alcuni diritti riconducibili alla libertà personale all'interno della categoria dei diritti “identitari”: assecondando una tendenza che è presente sia negli ordinamenti costituzionali nati dalla crisi del colonialismo o esposti a nuove forme di colonialismo politico e culturale, a sconfessione e parziale risarcimento degli errori e degli orrori di passate persecuzioni politiche; sia in alcune realtà ove il consolidamento di processi sociali quali l'intensificazione dei movimenti migratori ha favorito il formarsi di una cittadinanza multiculturale.

Inoltre, favorisce un arricchimento del principio personalistico, in quanto gli ordinamenti costituzionali influenzati dal multiculturalismo non possono non tenere conto del fatto che l'identità personale si forma attraverso “un processo di stratificazione e di sintesi di alcuni elementi storici, linguistici, religiosi, razziali ed etnici condivisi da una pluralità di persone in senso intergenerazionale”. In altri termini, le caratteristiche del gruppo plasmano e conformano la personalità degli individui che volontariamente vi appartengono e divengono un attributo imprescindibile della loro identità.

Non si tratta soltanto di interpretare i tradizionali diritti liberali orientati a proteggere le scelte individuali in modo tale da comprendere la caratterizzazione collettiva e storica delle persone, ma anche di considerare che le società e le comunità non possono più essere regolate soltanto dal principio di maggioranza, ma debbono saldare questo principio con il riconoscimento del pluralismo e dell'autonomia degli individui e dei gruppi sociali. Un impegno non indifferente qualora si osservi che l'accettazione delle differenze fatica ad affermarsi: non potendosi dimenticare che proprio l'intolleranza ha segnato – anche in tempi recenti – profondamente la storia e l'anima dell'Europa, rappresentando l'atteggiamento prevalente nel campo religioso, della differenziazione linguistica ed etnica, dell'ideologia politica.

Reinterpretando, in un certo senso, la bella formulazione presente nell'art.2 della Costituzione italiana si può affermare che l'ordinamento deve riconoscere non solo i

diritti fondamentali di natura associativa ove il singolo svolge la sua personalità, ma anche i diritti che concorrono a formare la personalità del singolo, in quanto membro di un determinato gruppo sociale.

In questa prospettiva, alcuni diritti riconducibili alla libertà religiosa modificano la loro collocazione sistematica: nel senso che mentre in passato la religione ha rappresentato uno dei fondamentali elementi a cui si è ricorso per conferire omogeneità al popolo di uno Stato e per costruire l'identità nazionale – come emerge formalmente da quegli ordinamenti che hanno costituzionalizzato ed istituzionalizzato una determinata religione; oggi, negli ordinamenti che riconoscono il multiculturalismo, è anche parte (anzi, rappresenta uno dei profili essenziali) del libero sviluppo della personalità individuale.

La libertà di religione “scivola” dalla sfera pubblica a quella intima e morale dell’individuo; da elemento della “coscienza della Nazione” tende a divenire elemento essenziale della coscienza della persona. Si rafforza, in altri termini, il profilo individuale della libertà religiosa.

Tale mutamento di prospettiva non può non incidere sia sulla considerazione della libertà individuale di religione, sia sulla definizione dell’atteggiamento che lo Stato deve tenere, negli ordinamenti che si ispirano al principio multiculturale, nei confronti del fenomeno religioso.

Per quanto concerne il primo profilo, la religione tende ad essere accostata alla libertà di coscienza e consiste – secondo le parole del giudice Dickson della Corte suprema del Canada – nel diritto “di credere ciò che si vuole in materia religiosa, di professare apertamente credenze religiose senza timore di impedimenti e ritorsioni”, nell’assenza di costrizioni o vincoli in materia religiosa, giacché “nessuno può essere costretto ad agire contrariamente alle proprie credenze o alla propria coscienza”.

La dimensione individuale del fenomeno religioso spinge, in alcuni ordinamenti, a privilegiare l’aspetto soggettivo piuttosto che quello oggettivo: a considerare la sincerità della credenza personale piuttosto che la conformità di quest’ultima ai precetti della religione ufficiale. A titolo di esempio, si può ricordare l’esperienza degli Stati Uniti d’America, ove la giurisprudenza della Corte suprema tende a considerare la libertà religiosa nella sua dimensione soggettiva, come libertà di coscienza e proiezione del principio di libertà ed autonomia individuale.

In proposito, è interessante richiamare due decisioni le quali hanno affrontato la problematica del rispetto della libertà individuale di coscienza nell’ambito del diritto del lavoro. Nella prima il ricorrente, un Testimone di Geova, trasferito in seguito alla chiusura dello stabilimento in una fonderia che produceva armi, ritenne che lo svolgimento di un’attività diretta alla produzione di armi fosse incompatibile con i precetti imposti dalla sua religione; richiese, quindi, di essere licenziato e di poter fruire della prevista indennità di disoccupazione.

In seguito ad una pronuncia della Corte suprema dell’Indiana, che negò l’indennità di disoccupazione, sostenendo che le dimissioni del ricorrente fossero imputabili più a “scelte filosofiche personali” che a motivi religiosi, la questione pervenne al giudizio della Corte suprema statunitense, la quale si pronunciò in senso contrario, sulla base della considerazione che “la garanzia del libero esercizio non si limita a com-

portamenti condivisi da tutti i membri di una setta religiosa” (le Corti “non sono arbitri dell’interpretazione dei testi sacri”), ma protegge l’intima convinzione della persona, l’onestà della sua convinzione di essere di fronte ad un precezzo religioso obbligatorio.

L’onestà della fede della persona come contenuto di una definizione soggettiva di libertà religiosa è alla base anche di un’altra decisione, nella quale il giudice ha sostenuto che, ai fini della tutela assicurata dal primo emendamento, non rileva la possibilità di ricondurre il comportamento ad un precezzo imposto da una autorità religiosa, ma è sufficiente verificare che il ricorrente sia sinceramente convinto della doverosità del comportamento. Egualmente, in *Welsh v. United States*, la Corte suprema – dovenendo stabilire se il diritto all’esenzione dal servizio militare come obiettore di coscienza sussiste nel caso di un giovane che considerava ogni guerra moralmente sbagliata – ha ritenuto non è necessario ricondurre un credo ad una specifica religione, essendo sufficiente che il convincimento morale sia profondamente radicato nell’animo di una persona per poter dire che l’avversione a ogni guerra abbia motivi religiosi.

Per quanto concerne, poi, l’atteggiamento dello Stato nei confronti del fenomeno religioso, l’accoglimento di una prospettiva multiculturale richiede che l’ordinamento non interferisca, bensì rispetti l’intima natura della scelta religiosa; non presuppone un’astratta neutralità o l’indifferenza nei confronti del fenomeno religioso, bensì un intervento attivo finalizzato ad evitare che si producano discriminazioni, sia dirette che indirette.

Questa secolarizzazione della sfera pubblica – che può essere, probabilmente, enucleata già dal *First Amendment* della Costituzione statunitense dove il libero esercizio della religione da parte degli individui è espresso in termini assoluti – è soprattutto evidente nella più recente Carta canadese dei diritti e delle libertà del 1982, ove – come qualche autore ha evidenziato – emerge l’idea che “la libertà religiosa non sia che una tra le varie forme di credo che aspirano ad affermarsi nella società”. Basti considerare, a tal proposito, che l’art.2 della Carta accosta la religione alla coscienza, suggerendo che libertà di pensare e libertà di credere siano espressioni pariordinate della centralità della coscienza individuale; mentre il successivo art.27 – che riconosce e valorizza il patrimonio multiculturale del Canada – è stato interpretato nel senso che il rispetto della libertà individuale di religione deve convivere con l’esigenza, tipica di una società variegata, di rispettare le differenze. Per cui, in forza del principio multiculturale, tutti hanno il diritto alla piena fruizione della libertà individuale, anche se appartenenti a religioni minoritarie.

### **3. La codificazione costituzionale di clausole multiculturali e la sua incidenza sulla libertà religiosa.**

Tra le diverse tecniche di codificazione utilizzate da alcuni ordinamenti per meglio valorizzare il pluralismo culturale e religioso merita, a nostro avviso, una particolare attenzione l’inserimento di una specifica clausola per l’interpretazione che si richiama al principio multiculturale. In questo senso, appare, per un verso, interessante l’e-

sperienza della Carta canadese dei diritti e delle libertà e, per un altro verso, suscettibile di innovative prospettive l'applicazione dell'art.22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, il quale sancisce il rispetto delle differenze culturali, religiose e linguistiche

In Canada, l'art.27 ha costituito un filtro interpretativo per verificare la legittimità costituzionale della normativa vigente alla luce del carattere multiculturale della società canadese. Infatti, la tutela del multiculturalismo, da un lato, vieta forme di discriminazione anche indiretta, dall'altro lato, richiede una valutazione attenta dell'impatto che ogni normativa produce nei confronti dei gruppi che compongono il mosaico etnico del paese: ciò in quanto l'effetto discriminatorio può essere provocato anche da conseguenze non intenzionali prodotte da una determinata normativa.

Pur essendo in presenza di una disposizione generica (Questa Carta sarà intepretata coerentemente all'obiettivo di promuovere la preservazione e la valorizzazione del patrimonio multiculturale dei canadesi), che non contiene un esplicito riferimento all'elemento religioso e che è stata utilizzata dai giudici con una certa parsimonia, è interessante notare che ad essa la Corte suprema ha fatto ricorso per affrontare la difficile problematica dell'applicazione del principio di egualianza in materia di libertà religiosa.

Ad esempio, il riferimento al principio multiculturale ha consentito di affermare che una disciplina la quale, sulla base di una motivazione religiosa, imponga la domenica quale giorno festivo privilegia illegittimamente una religione a scapito delle altre, entrando in conflitto con il dovere di tutelare il *multicultural heritage* dei canadesi. Così come, in un'altra decisone, è stato nettamente affermato che “the support given to one element of the population of Canada by the Lord's Day Act is an unacceptable preference by the state for the religious beliefs of some Christians”.

Per un altro verso, nel più recente caso *Multani*, la Corte, nel mettere a confronto l'esigenza di sicurezza all'interno delle strutture scolastiche con il diritto individuale (apparentemente confligente) di portarvi un oggetto potenzialmente pericoloso – come il *Kirpan* dei *Sikhs* – ma espressione dell'identità religiosa di un gruppo minoritario, ha risolto il caso rifacendosi al carattere pluralistico della società, ricordando la presenza centenaria e pacifica della comunità *Sikhs* sul territorio canadese.

Mentre in altre motivazioni, il rispetto del multiculturalismo è stato ritenuto incompatibile con un trattamento di favore nei confronti di certe religioni rispetto ad altre. Anzi, come ha spiegato il Presidente Dickson, “una società veramente libera può accettare una grande varietà di credenze, di gusti, di intenti, di costumi e di norme di comportamento” ed “aspira ad assicurare a tutti l'uguaglianza nel godimento delle libertà fondamentali”, che devono “riposare sul rispetto della dignità e dei diritti inviolabili dell'essere umano”.

Una clausola costituzionale simile a quella soprarichiamata è stata inserita anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, il cui art.22 introduce il principio del rispetto delle diversità, ivi comprese quelle religiose.

Il cammino dell'Unione europea verso il riconoscimento costituzionale dell'eguale dignità delle differenti identità culturali e religiose è risultato lento, complicato, ed ancora lungi di essere pervenuto ad un approdo sicuro. Inizialmente, la questione è

stata affrontata in relazione al divieto di discriminazione. Ad esempio, l'art.13 del Trattato istitutivo autorizza il Consiglio a prendere all'unanimità i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sulla razza, l'origine etnica o la religione; nella medesima prospettiva si pone la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il cui art.14 – con una formulazione sostanzialmente identica a quella contenuta nelle carte costituzionali italiana, francese e tedesca – vieta ogni discriminazione fondata, tra l'altro, sulla razza, la lingua, la religione, l'appartenenza ad una minoranza nazionale. Siffatti precedenti, d'altra parte, trovano una conferma nell'art.21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale vieta qualsiasi forma di discriminazione fondata sulla razza, il colore della pelle, l'origine etnica, la lingua, la religione, l'appartenenza ad una minoranza nazionale.

Il passaggio dal divieto di discriminazione all'obbligo di tutela delle differenze religiose – già presente in una ricca normativa internazionale – è stato, tuttavia, costituzionalizzato soltanto con l'approvazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Dapprima, in negativo, con la contestata decisione di non inserire tra i valori di cui all'art.2 del Trattato costituzionale alcun riferimento alle radici religiose, dal momento che tale previsione non soltanto avrebbe reso ulteriormente problematico l'allargamento ad altri Stati, ma soprattutto avrebbe potuto favorire effetti discriminatori nei confronti delle molte minoranze che fanno parte del patrimonio culturale europeo. Quindi, in positivo, con la richiamata clausola di cui all'art.22 della Carta.

Ciò è tutt'altro che causuale, qualora si consideri che quando l'Unione europea si è impegnata a costruire la propria identità, passando da un'unità prevalentemente economica (rappresentata dalla moneta unica, dall'affermazione del principio della concorrenza, dal patto di stabilità) ad una di natura costituzionale, non ha potuto non considerare tanto le sue innumerevoli radici culturali, quanto l'apporto che continuamente proviene da altre e nuove culture. D'altra parte, tra gli obiettivi dell'Unione vi è anche quello di formare una comunità politica plurinazionale e multiculturale, come emerge dal Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione ove si richiama tanto il suo “patrimonio spirituale e morale”, quanto il “rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli europei”.

La costituzionalizzazione dell'ordinamento comunitario, in altri termini, non può disconoscere il suo intrinseco pluralismo culturale, specie se si potranno realizzare le profetiche le parole di chi ritiene che l'Europa costituisca “l'accordo prezioso e difficile in cui le dissonanze concorrono, senza dissolversi”.

Se tale obiettivo si realizzerà, la realtà dell'Unione europea potrebbe rappresentare un esempio di “globalizzazione virtuosa”, in cui l'armonizzazione prevale sulle tentazioni di omogeneizzazione e di omologazione: secondo un processo di osmosi in base al quale le minoranze debbono accettare di essere parte di una realtà più ampia, mentre le maggioranze debbono rinunciare a pensare che la loro sia la volontà generale.

A nostro avviso, la specificità e l'interesse per la clausola interpretativa di cui all'art.22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione può derivare dal fatto che, mentre il principio di egualianza formale vieta qualsiasi discriminazione ed il prin-

cipio di eguaglianza sostanziale legittima apposite azioni positive, per contro, la tutela delle differenze risponde all'esigenza pluralistica di salvaguardare le differenze che qualificano determinati gruppi minoritari, riconoscendole come parte del patrimonio storico e culturale del continente europeo.

In altri termini, il suo significato innovativo sembra consistere nel fatto che il riconoscimento delle differenze rappresenta qualche cosa di diverso, e di più, rispetto al principio di parità dei cittadini, in quanto da esso discende l'esigenza di un trattamento specificamente differenziato: finalizzato a tutelare, attraverso il riconoscimento della specificità di un gruppo, la identità personale di chi vi appartiene.

In definitiva, si è dell'avviso che il principio richiamato dall'art.22 autorizzi tanto il legislatore, quanto il giudice a non interpretare l'eguaglianza in termini di uniformità, a consentire giustificate deroghe al principio generale dell'eguaglianza innanzi alla legge, purchè motivate dall'esigenza costituzionale di garantire la libertà e la personalità degli appartenenti a gruppi minoritari.

Al momento, l'art. 22 non stato utilizzato dalla giurisprudenza – né come parametro principale, né come argomento *ad adiuvandum* – e la dottrina non ha ricavato da tale disposizione tutte le potenzialità interpretative che essa – a nostro avviso – possiede. Tuttavia, la costituzionalizzazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione avvenuta con il “Trattato di Lisbona” ed il possibile incremento delle problematiche inerenti alla salvaguardia della libertà religiosa in un contesto multiculturale potrebbero – in un futuro non molto lontano – porre anche da noi il problema di fornire un'interpretazione della libertà di religione (che significativamente l'art.10 disciplina come parte della libertà di pensiero e di coscienza) in stretta connessione con la clausola di cui all'art.22.

A tal fine, riteniamo utile concludere queste brevi osservazioni con un richiamo ad alcuni orientamenti giurisprudenziali ove si è affrontata la delicata questione di come assicurare la tutela del sentimento religioso di persone appartenenti a gruppi minoritari in deroga a regole generali, valide per tutti i cittadini.

#### **4. L'utilizzo della tecnica dell' accomodamento ragionevole a tutela delle differenze religiose.**

Sul fronte giurisprudenziale – in particolare negli ordinamenti di *common law* – il principio multiculturale è stato filtrato attraverso il ricorso ad una tecnica ermeneutica che diversi giudici hanno utilizzato per riconoscere le differenze identitarie degli appartenenti ad un determinato gruppo. Si tratta dell'applicazione del criterio dell'*accomodation*, attraverso il quale il giudice, in caso di conflitto tra differenti posizioni soggettive costituzionalmente garantite, si premura di trovare un “accomodamento ragionevole” tra l'affermazione di una regola generale (cioè, universale) e l'esigenza di ammettere una deroga alla stessa. Più in particolare, esso consente di esonerare gli appartenenti a determinati gruppi forniti di una spiccata identità culturale riconosciuta dalla Costituzione dall'applicazione di una norma generale, derogando alla sua applicazione *erga omnes*.

Siffatta tecnica interpretativa trova fondamento nell'idea che, in società pluralistiche e frastagliate, applicare in modo impersonale una regola generale può, in determinate fattispecie, generare effetti fortemente distorsivi: in particolare, danneggiando ingiustificatamente e discriminando gli appartenenti a minoranze o a gruppi portatori di una distinta identità culturale. Ad essa, quindi, si ricorre, soprattutto, allorché si tratta di salvaguardare i valori del pluralismo e delle differenti identità: come opportunamente sostengono alcuni autori, che considerano la ricerca di un accomodamento uno strumento giurisprudenziale volto alla salvaguardia delle identità ed alla gestione delle diversità etnoculturali.

Non è, quindi, casuale se il criterio dell'“accomodamento ragionevole” abbia orientato le *rationes decidendi* di diversi giudici specie in materia di libertà religiosa, quando hanno dovuto assicurare la tutela dell'identità religiosa di persone appartenenti a religioni minoritarie. Il che pare comprensibile qualora si consideri – anche alla luce delle osservazioni sviluppate nei precedenti paragrafi – che l'eguaglianza necessaria per assicurare la libertà di religione non richiede che tutte le religioni ricevano un trattamento identico: anzi, in un contesto di pluralismo religioso, un trattamento identico rischia di comportare conseguenze discriminatorie per le minoranze, che sarebbero costrette ad allinearsi sul modello egemonico della maggioranza, con la conseguente negazione della loro identità.

Si può sostenere che la tecnica interpretativa dell'“accomodamento ragionevole” consente, derogando alla regola generale ed astratta, di correggere una discriminazione indiretta che impedisce l'esercizio compiuto della libertà religiosa, di preservare l'esercizio di un diritto individuale dal rischio della “tirannia della maggioranza”.

A tal fine, a titolo meramente esemplificativo, può essere utile richiamare alcuni esempi giurisprudenziali aventi, prevalentemente, ad oggetto l'esplicazione della propria identità religiosa in ambito lavorativo o scolastico.

In tema di individuazione dei giorni festivi ai fini delle attività lavorative, ad esempio, la Corte suprema del Canada del Canada ha ritenuto – con una decisione che ha costituito un vero e proprio *leading case* – che la individuazione della domenica quale giorno festivo da parte del *Lord's Day Act* viola il diritto dei non cristiani a lavorare di domenica, dal momento che tale normativa ha una finalità chiaramente religiosa; per contro, nel risolvere un altro caso, ha ritenuto che il *Retail Business Holiday Act*, il quale vietava di tenere aperti gli esercizi commerciali in una serie di giorni, tra i quali la domenica, sia legittimo in quanto non è animato da finalità religiose, ma si limita soltanto ad organizzare le attività commerciali.

A sua volta la Corte suprema degli Stati Uniti d'America ha ritenuto illegittimo il licenziamento di una dipendente la quale, in seguito ad una conversione, sosteneva di non potere per motivi religiosi lavorare dal tramonto del venerdì al tramonto del sabato, in quanto il datore di lavoro ha violato la libertà religiosa del dipendente nel momento in cui ha rifiutato di accettare una diversa riorganizzazione dell'orario.

In tutte le questioni sopra richiamate a titolo esemplificativo, i giudici hanno risolto le controversie verificando, da un lato, se il contenuto delle norme o delle misure adottate ha prodotto effetti discriminatori nei confronti degli appartenenti a determinati gruppi religiosi; dall'altro lato, se le finalità perseguitate hanno un fondamento

ragionevole ovvero possono essere assicurate – in deroga al principio di egualanza formale – anche attraverso soluzioni maggiormente rispettose delle differenti identità religiose.

Due ulteriori esempi interessanti di deroghe al carattere astratto ed al valore *erga omnes* delle norme possono essere desunti dall'esperienza del Regno Unito e del Canada.

Il giudice inglese, dinanzi alla reazione di una comunità religiosa *Hindu*, che considerava lesiva della libertà religiosa tutelata dallo *Human Rights Act* l'ordine dell'amministrazione pubblica di abbattere tutti i bovini che risultino positivi al batterio della tubercolosi (ivi compreso il toro sacro di tale comunità), ha ritenuto che l'uccisione del bovino sia sproporzionata rispetto allo scopo che vuole ottenere: va, infatti, considerato il valore religioso dell'animale e la possibilità scientifica di sotoporlo a cure. Mentre in una fattispecie del tutto diversa, la Corte suprema del Canada ha ritenuto giustificata la deroga ad un regolamento condominiale (che vieta la presenza di oggetti sui balconi) a favore dei proprietari di un appartamento – ebrei ortodossi – i quali invocavano un obbligo religioso di costruire sul terrazzo e di vivere in capanne tradizionali (*succahs*) durante i nove giorni in cui si svolge una festa ebraica. In questo caso, il giudice ha ritenuto che la regola generale prevista dal regolamento del condominio, se applicata in modo astratto, avrebbe leso la libertà religiosa dei proprietari ebrei; così come ha considerato che una deroga motivata da finalità religiose e temporalmente circoscritta (nove giorni all'anno) non avrebbe intaccato il valore della proprietà degli altri condomini.

Di indubbio interesse sono anche alcune controversie che attengono all'esercizio della libertà religiosa in ambiti pubblici, soprattutto scolastici o dedicati ad attività educative.

In merito, ha suscito una vasta eco la sentenza “*Multani*” della Corte suprema canadese, già richiamata in precedenza. Nella fattispecie la Corte si trovava a dover risolvere un contrasto che coinvolgeva, da un lato, un Consiglio scolastico che contestava la violazione del regolamento scolastico che vietava di portare armi negli ambienti scolastici e, dall'altro lato, la famiglia di un ragazzo che – essendo un *Sikh* ortodosso – portava sempre con sé, in base alle sue convinzioni religiose, il “*kirpan*”, un pugnale rituale. Nel risolvere la questione, il giudice ha ritenuto che tale divieto era suscettibile di violare la libertà religiosa dello studente: sia perché tale divieto, nel caso specifico, appariva spropositato in ragione della presenza centenaria e pacifica della comunità *Sikhs* sul territorio canadese; sia in quanto il possibile timore dei compagni nel vedere un'arma doveva essere contemplato con l'alto valore educativo costituito dalla tolleranza nei confronti delle usanze religiose altrui nell'ambito della costruzione della società multiculturale.

Nel mettere a confronto il diritto alla sicurezza nella scuola con quello individuale alla salvaguardia della propria identità religiosa, il giudice considera che “a total prohibition against wearing a kirpan to school undermines the value of this religious symbol and sends students the message that some religious practices do not merit the same protection as others”: propone, quindi, un accomodamento ragionevole il quale, pur conservando la vigenza della normativa generale, consente allo studente di porta-

re il *kirpan* a certe condizioni, in modo da “dimostrare l’importanza che la società canadese accorda alla protezione dalla libertà di religione ed al rispetto delle minoranze che la compongono”.

Sempre in tema di presenza di simboli o di comportamenti religiosi in ambito scolastico si può segnalare la decisione della *Court of Appeal* del Regno Unito, la quale ha annullato la decisione di un’autorità scolastica che obbligava una ragazza islamica ad indossare l’uniforme prevista dal codice di condotta della scuola, pena l’esclusione dalle lezioni. Ad avviso del giudice, l’applicazione rigida ed impersonale della normativa interna alla scuola appariva lesiva dell’identità religiosa dell’adolescente musulmana, mentre opportunamente le autorità scolastiche avrebbero dovuto valutare se in una società libera e democratica il rispetto della disciplina scolastica sia ragionevolmente in grado di giustificare la limitazione dell’esercizio della libertà religiosa.

L’interesse per tale tecnica di argomentazione deriva, a nostro avviso, dal fatto che le questioni oggetto del giudizio non sono affrontate in termini dogmatici o meramente astratti – nel caso sopra richiamato il giudice richiama criticamente la circostanza che la scuola ha assunto la decisione solo ed unicamente sulla base dell’esistenza di un codice di disciplina interna che “si ritiene vada rispettato per la ragione stessa della sua esistenza” –, ma verificando nel concreto gli effetti che il portare o meno un simbolo religioso genera all’interno della comunità sotto il profilo dell’ordine interno e del rispetto della laicità del contesto educativo.

Da ciò l’opportunità di ragionare non tanto sulla base di principi, quanto con riferimento al *best interest of the child* o alla possibilità di salvaguardare la libertà religiosa di un gruppo minoritario senza intaccare la vigenza di una regola generale.

Infine, sembra interessante richiamare altri due esempi.

Nel primo caso, la Corte suprema degli Stati Uniti d’America doveva valutare se la normativa statale che prevede l’obbligo scolastico sino a 16 anni configura una possibile lesione della libertà religiosa di alcune famiglie di fedeli *Amish* che si rifiutavano di mandare a scuola i propri figli dopo la terza media. E decide in favore delle famiglie, con la duplice considerazione che l’interesse pubblico all’istruzione di base va bilanciato con la libertà religiosa e che lo Stato non ha dimostrato, nel caso di specie, la prevalenza dell’interesse a sottoporre i figli delle famiglie *Amish* a due anni di istruzione obbligatoria in più di quanto accettato dalla comunità religiosa.

Nella secondo decisione, infine, la Corte suprema del Canada nel riconoscere la legittimità di una normativa che preveda il matrimonio tra persone dello stesso sesso si preoccupa di bilanciare tale diritto delle coppie omosessuali con l’attenzione per la sensibilità religiosa di chi sia eventualmente chiamato a celebrare matrimoni tra persone dello stesso sesso. Nella considerazione che la celebrazione di riti religiosi è un aspetto fondamentale della libertà religiosa e che quindi i ministri di culto potevano lamentare la violazione di tale libertà se lo Stato imponesse di celebrare matrimoni contrari al loro credo, il giudice canadese afferma che le istituzioni religiose non possono considerarsi obbligate a celebrare matrimoni omosessuali.



## CAPITOLO QUINTO

# REGIONALISMO ED ORGANIZZAZIONE TERRITORIALE DELLO STATO

## V.1 - Lineamenti del regionalismo nei sistemi costituzionali multilivello.

### Un approccio di diritto comparato

**Sommario:** 1. **Processi federativi, processi devolutivi.** 2. **Le principali forme organizzative del principio di autonomia: l'alternativa tra regionalismo omogeneo e regionalismo differenziato.** 3. **Lo sviluppo di sistemi costituzionali a più livelli.** 4. **Gli elementi caratterizzanti l'autonomia costituzionale delle comunità territoriali: in particolare, la rilevanza del principio partecipativo.** 5. **I criteri per ripartire le competenze tra lo Stato e le Regioni: un profilo sintomatico della forma di Stato.**

#### **1. Processi federativi, processi devolutivi .**

L'attribuzione di più marcati poteri decisionali alle comunità territoriali e lo sviluppo del principio di autonomia rappresentano due caratteristiche degli attuali sistemi costituzionali.

Una conferma emblematica di questa linea di tendenza è offerta dall'organizzazione costituzionale degli Stati aderenti all'Unione europea: se all'atto istitutivo delle Comunità economiche europee soltanto uno degli Stati "fondatori" possedeva una compiuta struttura a base federale (Germania), mentre un'altro aveva da poco avviato l'esperienza di un regionalismo differenziato (Italia); attualmente, per contro, si assiste ad una variegata molteplicità di esperienze favorevoli a riconoscere l'autonomia costituzionale delle comunità territoriali.

Per cui, all'interno dell'Europa convivono ordinamenti federali (Germania, Austria), forme di regionalismo maturo (Italia, Spagna), processi di decentramento che hanno coinvolto ordinamenti tradizionalmente unitari (Regno Unito, Francia), casi di regionalizzazione per dissociazione (Belgio), realtà in cui si sono attribuite forme di autonomia speciale a porzioni circoscritte del territorio nazionale (Portogallo, Finlandia, Danimarca): non va, inoltre, dimenticato il dibattito che in materia di regionalizzazione sta coinvolgono gli Stati dell'Europa orientale che, recentemente, hanno aderito all'Unione europea.

Sarebbe temerario voler rinchiudere la varietà dei percorsi attraverso cui gli ordinamenti distribuiscono territorialmente il potere di indirizzo politico e definiscono le relazioni tra la sovranità ed il territorio all'interno di tipizzazioni predefinite. Infatti, anche il regionalismo – come d'altra parte il federalismo – non esprime una singola idea, ma piuttosto un intricato e vario *network of interrelated ideas and concepts*. Piuttosto, le esperienze in atto sollecitano una revisione di alcune classificazioni consolidate, le quali – con crescente frequenza – sembrano abdicare alla loro funzione primaria, cioè alla capacità di distinguere e di descrivere i fenomeni costituzionali .

D'altra parte, il rischio di appannare la comprensione dei processi costituzionali in atto a causa dell'utilizzazione meccanica di determinate "formule linguistiche" pare trovare conferma nel fatto che alcuni autori, arrendendosi dinanzi all'evidente difficoltà descrittiva e prescrittiva della bipartizione tra Stato federale e Stato regionale, teorizzano l'indifferenza o la non significatività della stessa, ovvero ne sottolineano il progressivo convergere verso un modello mediano, all'interno del quale i caratteri dell'uno si confondono con quelli dell'altro, o meglio rileverebbero più sotto il profilo quantitativo che dal punto di vista qualitativo.

Alcune considerazioni sembrano rafforzare tale convincimento.

Innanzitutto, i molteplici criteri di distinzione individuati, di volta in volta, dalla dottrina per distinguere lo Stato federale da quello regionale (autonomia costituzionale delle entità decentrate, codificazione di Carte dei diritti, caratteristiche della clausola residuale ai fini della ripartizione delle competenze, struttura del bicameralismo, modalità di partecipazione delle entità decentrate alla formazione della volontà statale, organizzazione della funzione giurisdizionale) appaiono difficilmente assolutizzabili, dal momento che per ciascuno di essi si possono individuare esempi in cui il "modello" federale si confonde con quello regionale.

Inoltre, non va trascurata la propensione del diritto costituzionale ad un'ampia circolazione delle esperienze. Tuttavia, la circolazione non produce dei cloni, bensì degli ibridi; una soluzione costituzionale adottata in un contesto geografico, culturale e politico differente da quello originario produce esiti non sempre comparabili: come dimostra la profonda differenza che intercorre, ad esempio, tra il federalismo Nord americano e quello dell'America latina, nonostante la grande influenza esercitata in quegli ordinamenti dai *Federalist Papers* di J. Madison, A. Hamilton, J. Jay.

La molteplicità delle esperienze di federalismo e di regionalismo – che appare arduo ricondurre ad un modello –, la loro tendenza all'ibridazione ed alla creazione di forme miste o intermedie non debbono, tuttavia, indurre a rinunciare ad ogni intento sistematico.

Alcune distinzioni e classificazioni possono essere introdotte.

Innanzitutto, i processi di regionalizzazione in atto appaiono qualitativamente differenti dalle tradizionali esperienze federali.

Storicamente, gli Stati federali sono nati per soddisfare una esigenza di maggiore unità; diversi territori hanno rinunciato a parti della propria originaria sovranità per meglio affrontare insieme problemi comuni. Il principio federalista è storicamente apparso l'assetto istituzionale più idoneo ad assicurare una maggior unificazione giuridica, nonché una migliore amalgama di culture e tradizioni.

I motivi che hanno indotto, nell'Ottocento e nella prima metà del secolo passato, ordinamenti originariamente sovrani a federalizzarsi sono stati diversi: la creazione di un mercato e di relazioni economiche comuni; l'egualianza nel godimento dei diritti sociali ed economici; l'adesione a medesimi principi politici o ideologici.

Tuttavia, nonostante la diversità delle ragioni, il *federalizing process* appariva coerente con il significato originario della parola "federalismo". Va, inoltre, considerato che se l'economia favorì la nascita degli Stati federali, le politiche sociali favorirono al loro interno, il potenziamento degli strumenti unitari. Con l'affirma-

zione delle forme di *Welfare State*, infatti l'esigenza, per un verso, di potenziare l'intervento pubblico nell'economia e la programmazione economica e, per un altro verso, di assicurare eguali diritti sociali a tutti i cittadini favorì un rafforzamento dei poteri federali.

Questa spinta al federalismo non può considerarsi del tutto esaurita: ad esempio, nell'età della globalizzazione, si manifesta dando vita ad ordinamenti sovranazionali, come nel caso dell'Unione europea, dove i processi di integrazione furono inizialmente originati dalla esigenza di realizzare un mercato economico comune e soltanto in seguito diedero vita ad una comunità politica. Tuttavia, attualmente lo scenario pare differente: alla tendenza contrripeta del federalismo si contrappone una tendenza di tipo devolutivo, favorevole a trasferire competenze, funzioni e poteri agli enti rappresentativi delle comunità territoriali.

Il motore delle trasformazioni che interessano la forma di Stato è rappresentato – a nostro avviso – dalla volontà di “autonomia”, di differenziazione, di superamento dell'uniformità (politica, istituzionale, economica, giuridica).

Se la soluzione istituzionale (regionalizzazione, devoluzione, decentralizzazione) presenta delle caratteristiche comuni, tuttavia, le modalità di riconoscimento del principio costituzionale di autonomia delle comunità territoriali risultano assai varie.

Ad esempio, prendendo in considerazione la realtà dell'Europa occidentale, si assiste, innanzitutto, ad una decentralizzazione che si è definita gradualmente: disciplinata, prima, in via legislativa, quindi, in virtù di una codificazione costituzionale, che ha finito per recepire i risultati istituzionali consolidati (Belgio, Francia).

Probabilmente, tra i casi di regionalizzazione progressiva si può annoverare anche la Spagna: sia perché, da un lato, il processo di decentralizzazione politica fu accortamente preparato attraverso l'esperienza delle pre-autonomie, che segnò la transizione dall'accentramento del franchismo al nuovo ordinamento costituzionale. Sia in quanto, la Costituzione del 1978 non ha codificato i caratteri dell'organizzazione dello Stato, cosicché il legislatore ha potuto costruire l'*Estado autónomico* tappa dopo tappa, soprattutto attraverso i periodici procedimenti di revisione degli Statuti di autonomia.

Equalmente, non mancano casi in cui il riconoscimento dell'autonomia costituzionale di determinate comunità territoriali rappresenta una sorta di riconoscimento della storia. È il caso, a nostro avviso, dell'attribuzione ad alcune Comunità autonome spagnole di particolari competenze riconducibili a “fatti differenziali”, così come nel caso del Regno Unito lo *Scotland Act*, il *Northern Ireland Act*, il *Government of Wales Act* possono essere ricondotti alla tradizione che considera il Regno Unito non uno Stato nazione, bensì un ordinamento al cui interno convivono Nazioni dotate di una propria identità, che determinano la coesistenza di sistemi giuridici distinti. D'altra parte, non è casuale che l'espressione *devolution* sia stata utilizzata, in passato, per affrontare il problema dell'autonomia delle colonie americane.

Si hanno, inoltre, esperienze in cui il principio di autonomia è stato utilizzato dall'ordinamento internazionale per affrontare situazioni politicamente complesse: come nel caso della Bosnia Herzegovina – che è stata trasformata in uno Stato composto da due entità (la Federazione di Bosnia-Herzegovina e la Repubblica Sprska), individua-

te ed organizzate sulla base delle tre comunità etniche che la compongono (serbi, croati, bosniaci)..

## **2. Le principali forme organizzative del principio di autonomia: l'alternativa tra regionalismo omogeneo e regionalismo differenziato.**

Perché i sistemi costituzionali si stanno organizzando sulla base del principio di autonomia?

Se la tendenza è comune, diversi appaiono le motivazioni. Così come diverse sono anche le soluzioni istituzionali concretamente adottate. Come un fiume alimentato da molti affluenti.

Innanzitutto, si instaura una stretta relazione tra autonomia e riconoscimento delle differenze culturali. In questa prospettiva, l'autonomia rappresenta un criterio di organizzazione che favorisce la creazione di una comunità nazionale fondata sul riconoscimento delle diversità e del pluralismo culturale .

Inoltre, vi sono ordinamenti che hanno attribuito ad alcune comunità territoriali competenze normative, amministrative e politiche non già per delineare i caratteri della forma di Stato, bensì per riconoscere la specialità di determinati territori, giustificata da ragioni storiche, economiche o geografiche.

Si pensi, ad esempio, alla posizione particolare di autonomia riconosciuta in Finlandia alla Provincia autonoma delle Aland, in considerazione del fatto che in tali territori vive una popolazione che parla lo svedese ed ha una cultura non assimilabile a quella finlandese; allo statuto speciale riconosciuto dalla Costituzione danese ai territori delle Isole Feroe e della Groenlandia; al riconoscimento costituzionale dell'autonomia delle isole Azzorre e Madeira, le quali , pur nel contesto dell'affermazione del carattere unitario dello Stato portoghese, godono di particolari condizioni di autonomia le quali costituiscono – tra l'altro – un limite materiale alla revisione della Costituzione .

Infine, esiste anche una visione funzionalista dell'autonomia, individuata quale criterio di organizzazione che meglio riesce a favorire la vicinanza tra i poteri decisionali ed i cittadini, la loro capacità di controllo e di partecipazione.

Secondo questa prospettiva, l'autonomia risulta un principio organizzativo idoneo a realizzare il criterio della sussidiarietà, secondo il quale le decisioni debbono essere assunte dal livello istituzionale più decentrato possibile, qualora ciò sia giustificato e compatibile con l'esigenza di assicurare efficienza ed effettività all'azione dei pubblici poteri. La sussidiarietà (intesa nella sua dimensione statica o dinamica) rappresenta, quindi, il principale criterio di distribuzione delle competenze all'interno degli ordinamenti costituzionali a più livelli e, non a caso, è uno dei fondamentali principi che regola le relazioni interistituzionali in ambito di Unione europea ed all'interno degli Stati federali.

Il principio di autonomia si realizza secondo modalità e caratteristiche diverse, a seconda delle specificità dei singoli sistemi costituzionali.

Si hanno, ad esempio, esperienze di regionalizzazione estesa all'intero territorio

statale e di regionalizzazione operante solo su porzioni limitate dello stesso. La prima ipotesi è stata realizzata, ad esempio, in Italia, in Germania, in Austria, in Spagna; la seconda connota alcuni sistemi nordeuropei, come il Regno Unito e la Finlandia.

Un'altra distinzione può essere introdotta tra regionalizzazione politica o meramente amministrativa; oppure tra regionalizzazione su base territoriale e su base etnica e linguistica – come, in Europa, nel caso del Belgio –.

Inoltre, si può notare come talvolta all'interno del medesimo ordinamento convivano diverse tipologie di autonomia territoriale, che fanno del sistema costituzionale una sorta di *puzzle* composto da tasselli di diverso formato.

È il caso, ad esempio, della Francia – dove accanto alle *collectivités* si hanno le Regioni di oltre mare (Guadalupe, Guyana, Martinica, Reunião) che possono essere autorizzate dalla legge a porre autonomamente norme per il proprio territorio in un ambito limitato di materie (art. 73 Cost.), le entità ultramarine (Polinesia francese, Mayotte, San Pedro y Miquelon, Wallis e Futura) rette da uno Statuto approvato con legge organica che definisce l'autonomia organizzativa e le competenze; la Nuova Caledonia che gode di un'autonomia speciale resasi necessaria per porre fine ai gravi disordini tra la popolazione indigena e quella di origine francese; nonché un territorio dotato di una specifica autonomia come la Corsica.

Tuttavia, la distinzione più significativa pare essere quella tra regionalismo uniforme e differenziato: nel primo caso, si è in presenza di un "modello" comune – individuato dalla Costituzione – che plasma omogeneamente l'organizzazione delle diverse comunità territoriali; nel secondo caso, invece, le comunità territoriali si distinguono per competenze, poteri, *status* costituzionale o soluzioni organizzative.

Tuttavia, il regionalismo differenziato comprende al suo interno realtà assai diverse che non pare corretto omologare.

In alcuni casi, la specialità attribuita ad una o più comunità territoriali non si limita soltanto al riconoscimento di poteri e di competenze maggiori rispetto a quelle ordinariamente spettanti alle altre Regioni, ma consente, di dar vita a sistemi giudici derogatori rispetto a quelli validi per il rimanente territorio dello Stato.

A questo proposito, si può richiamare l'esempio del Canada, il cui *Constitution Act*, 1982, da un lato, riconosce ai territori abitati dalle popolazioni indigene sostanziali poteri di autogoverno al fine di esercitare "diritti ancestrali" in rilevanti materie di natura economica, di diritto privato o penale; dall'altro lato, a garanzia della specialità di alcune Province, consente di dilazionare nel tempo, per un periodo non superiore a cinque anni, l'applicazione nel territorio di una determinata Provincia delle disposizioni costituzionali relative ad alcuni importanti diritti garantiti dalla Carta dei diritti e delle libertà.

Ma, probabilmente, la deroga costituzionale più rilevante è quella riconosciuta dalla Costituzione cinese alle Regioni speciali di Hong Kong e di Macao che consente a tali territori, nel rispetto della loro diversità storica, giuridica e culturale (il c.d. *life style*), di conservare il precedente sistema economico e giuridico, antagonistico a quello della madrepatria.

Uno *status* di autonomia differenziato è ricondotto, in alcuni casi, alla spinta a riconoscere a favore di determinati territori una condizione di *distinct society*.

È il caso, ad esempio, delle rivendicazioni del Quebec, le cui tendenze ad essere considerata “a distinct society within Canada”, la “homeland of the francophone element of Canada’s duality” è stata sinora frustata : prima dall’approvazione di un *Constitution Act*, 1982 valido per tutti i canadesi, da costa a costa; poi, dal rifiuto ad una revisione della Costituzione da parte delle altre Province che consideravano il Quebec “merely one Province, like the others”; infine, dall’esito negativo del referendum sulla secessione e dalla giurisprudenza della Corte suprema del Canada in merito alla possibilità per il Quebec di secedere dal resto del Canada.

Mentre eguali considerazioni si possono fare a proposito del tentativo della Comunità autonoma dei Paesi Baschi di approvare un nuovo Statuto di autonomia, il quale tuttavia non ha potuto completare suo *iter*.

Nelle situazioni sopra richiamate, infatti, la storia e l’identità di quelle comunità è richiamata essenzialmente per rideterminare i caratteri della forma di Stato (federale, composto), di modificare la natura costituzionale della loro adesione allo Stato, trasformandola in una relazione di libera associazione.

In altre fattispecie, la differenziazione tra le Regioni sotto il profilo delle competenze e dell’organizzazione altro non è che la conseguenza dell’esercizio del principio dispositivo, insito nella nozione stessa di autonomia. È il caso, ad esempio, per quanto riguarda l’Italia della previsione contenuto nell’art.116.3 Cost., secondo il quale le Regioni ordinarie (che ne facciano richiesta sulla base di un procedimento disciplinato direttamente dalla Costituzione) possono esercitare funzioni normative o amministrative ulteriori rispetto a quelle normalmente spettanti a tutte le altre Regioni.

Equalmente, in Spagna, buona parte delle differenze esistenti tra le Comunità autonome possono essere ricondotte all’ampia utilizzazione del principio dispositivo previsto dalla Costituzione: la quale, per un verso, ha considerato la diversa propensione all’autonomia delle comunità territoriali, demandando agli Statuti l’individuazione concreta delle materie in cui intendono esercitare l’*autogobierno* richiamato dall’art.143 Cost. Mentre, per un altro verso, ha attribuito dinamismo al trasferimento delle competenze dallo Stato alle Comunità autonome, prevedendo che possa aver luogo in più fasi, sulla base della concreta volontà delle singole comunità territoriali.

Ancora differente è, infine, il caso in cui la differenziazione non è una conseguenza tanto del principio dispositivo, quanto della scelta costituente di prevedere per alcune Regioni ordinamenti speciali, un *high degree of autonomy*.

In genere, siffatto *status* di specialità trova giustificazione nella storia e nella tradizione di quei territori; è riconducibile ad un complesso di fattori di natura culturale, giuridica e politica che hanno una base nella storia, che permangono nell’attualità e che, a causa della loro vitalità, si proiettano nel futuro.

Tuttavia, questi elementi differenziatori – questa “realtà naturale” – debbono essere individuati dalle Costituzioni, cui spetta il delicato compito sia di indicare le ragioni che giustificano la peculiare identità di una comunità territoriale, sia di stabilire le competenze aggiuntive loro attribuite. In altri termini, è la Costituzione che sceglie tra le differenze storicamente esistenti quelle meritevoli di un particolare riconoscimento ed attribuisce, di conseguenza, ad alcune comunità territoriali una specifica tutela istituzionale.

### 3. Lo sviluppo di sistemi costituzionali a più livelli.

Dinanzi a questa molteplicità di soluzioni adottate non si può sfuggire alla domanda se il “mosaico” di esperienze in atto possa essere ricondotto all’interno di una figura unitaria, capace di individuare gli elementi istituzionali comuni. La risposta a tale interrogativo può essere positiva, qualora si accetti che la tradizionale distinzione tra Stati unitari e Stati decentrati lascia il posto alla formazione di sistemi costituzionali a più livelli, costituiti da ordinamenti reciprocamente autonomi, ma tra di loro coordinati e comunicanti, da un sistema policentrico, ma integrato, di autonomie.

In fondo nelle relazioni tra Stato e Regioni si sta affermando un sistema speculare a quello che disciplina le relazioni tra l’Unione europea e gli Stati ad essa aderenti, il quale funziona secondo le medesime regole: armonizzazione delle normative, leale collaborazione nei processi decisionali, coordinamento per assicurare le esigenze unitarie e sussidiarietà nella distribuzione delle competenze.

I sistemi costituzionali a più livelli si reggono sull’accettazione di alcuni principi istituzionali.

In primo luogo, unità del sistema ed autonomia delle comunità territoriali debbono essere considerati valori complementari, non antitetici. Infatti, ogni organizzazione territoriale autonoma è pur sempre parte di un tutto; lo Stato e le autonomie territoriali danno vita ad ordinamenti distinti (costituzionalmente autonomi), ma integrati all’interno di un medesimo sistema di valori e di regole fissate dalla Costituzione. Come è chiaramente affermato, ad esempio, dall’art.5 della Costituzione italiana (La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali) e dall’art.2 della Costituzione spagnola (La Costituzione si basa sull’indissolubile unità della Nazione spagnola, patria comune e indivisibile di tutti gli spagnoli, e riconosce e garantisce il diritto all’autonomia delle nazionalità e delle regioni).

In secondo luogo, l’insuccesso politico delle teorie che vogliono fondare l’autonomia di una comunità territoriale sulla idea di *distinct society* – come testimonia il caso del Québec in Canada e dei Paesi Baschi in Spagna – evidenzia come il buon esito dei processi di decentralizzazione si basa sulla capacità di assicurare un equilibrio, un equo bilanciamento tra il diritto costituzionale all’autonomia delle comunità territoriali ed i principi di eguaglianza e di solidarietà.

Di conseguenza, al riconoscimento di condizioni costituzionali di autonomia si accompagna, normalmente, la previsione di efficaci poteri che consentano allo Stato di intervenire a salvaguardia della unitarietà del sistema, nonché al fine di evitare che le legittime differenze tra le comunità regionali ledano il dovere di solidarietà tra i territori ed il principio di eguaglianza (nel godimento dei diritti sociali ed economici).

Si può considerare, ad esempio, l’art.72 della Costituzione tedesca che autorizza lo Stato federale a legiferare in materie ordinariamente di competenza dei *Länder*, allorchè una disciplina legislativa federale sia necessaria per creare su tutto il territorio federale condizioni di vita analoghe ovvero per preservare l’unità giuridica ed economica nell’interesse generale dello Stato. Mentre, ad esempio, il *British North America Act*, 1867 riconosce al potere federale del Canada la competenza di inter-

venire anche nelle materie riservate alle Province, allorchè ciò sia necessario per assicurare “peace, order and good government in Canada”.

EGualmente, l'art.2 della Costituzione spagnola richiama il valore costituzionale della solidarietà tra le Comunità autonome e l'art.138 Cost. attribuisce allo Stato il compito di assicurare la realizzazione effettiva del principio di solidarietà e di garantire un equilibrio economico “adecuado y justo” tra le diverse parti del territorio; mentre l'art.149 Cost. riserva allo Stato la competenza esclusiva in materia di regolamentazione delle condizioni fondamentali che garantiscano l'uguaglianza di tutti gli spagnoli nell'esercizio dei diritti e nell'assolvimento dei doveri costituzionali.

A sua volta, a proposito del sistema costituzionale italiano, possiamo ricordare gli inderogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociale richiamati dall'art.2 Cost., di rispettare la pari dignità sociale di tutti i cittadini (art.3 Cost.), il principio di solidarietà che deve ispirare la ripartizione delle risorse finanziarie tra i livelli istituzionali e tra le diverse comunità territoriali (art.119 Cost.) ed i principi di unità economica e giuridica come limite alle differenziazioni regionali (art.120 Cost.); ovvero la riserva alla competenza esclusiva del Parlamento della determinazione “dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale” (art.117 Cost.).

Inoltre, l'equilibrio tra autonomia ed unità è assicurato dall'attribuzione allo Stato di particolari compiti di coordinamento e di armonizzazione, così come dall'esercizio di poteri sostitutivi.

ESSI tendono ad assicurare l'unità del sistema normativo ed amministrativo, a garantirne la funzionalità attraverso l'integrazione tra le normative regionali e nazionale, ad evitare contraddizioni, a rendere armonici e compatibili i diversi ordinamenti, ad impedire la frammentazione dell'attività amministrativa.

Da ultimo, i rapporti tra i livelli istituzionali debbono essere scanditi da regole comportamentali e procedurali ispirate alla lealtà costituzionale o federale: nel senso che nessun livello istituzionale deve evitare di porre in essere comportamenti finalizzati ad ostacolare il corretto e regolare funzionamento del sistema ovvero ad incrinare la necessaria coesione che deve sussistere tra le singole parti che compongono il tutto.

Un sistema basato sul principio di autonomia delle comunità territoriali può funzionare efficacemente soltanto se si stabilisce tra i diversi soggetti un'attitudine alla collaborazione, che diviene decisiva per l'efficacia complessiva del sistema. In altri termini, le relazioni fra lo Stato e le Regioni – e tra queste e gli enti locali – debbono essere improntate a criteri di collaborazione.

#### **4. Gli elementi caratterizzanti l'autonomia costituzionale delle comunità territoriali: in particolare, la rilevanza del principio partecipativo.**

Le Costituzioni, in genere, non forniscono una definizione di autonomia, che consenta di enucleare direttamente i suoi contenuti. Il che, d'altra parte, pare comprensibile qualora si consideri che l'autonomia è un concetto di relazione, precisabile sol-

tanto sulla base della concreta determinazione delle funzioni e del riparto delle competenze. Ciò non esclude, tuttavia, che si debba ricercare il contenuto essenziale dell'autonomia.

Tra gli elementi che qualificano l'autonomia costituzionale delle comunità territoriali rientra sicuramente il principio dispositivo, il quale consente ad una comunità territoriale di "autoconfigurarsi": cioè, di disporre – in forma più o meno ampia – del proprio territorio, della forma di governo, dei criteri di organizzazione e delle regole di funzionamento, di perseguire gli interessi specifici della comunità di riferimento.

In secondo luogo, è indubbio che l'autonomia finanziaria appare complementare all'autonomia politica, dal momento che un ente può effettivamente decidere come soddisfare i bisogni pubblici soltanto se ha la capacità di disporre autonomamente delle risorse necessarie per l'espletamento dei propri compiti istituzionali. L'autonomia presuppone tanto la capacità di scegliere i mezzi di entrata, quanto di orientare le spese conformemente ai bisogni pubblici che si vogliono soddisfare.

Inoltre, l'autonomia necessita di efficaci strumenti di tutela, di meccanismi di difesa nel caso di interventi lesivi delle proprie attribuzioni. Se il carattere multilivello di un ordinamento richiede, sotto il profilo attivo, lo sviluppo di procedure di collaborazione; lo stesso, considerato sotto il profilo passivo, necessita che ogni ordinamento autonomo sia dotato di efficaci sistemi a garanzia del proprio *status* costituzionale. D'altra parte, non va dimenticato che le prime esperienze di giustizia costituzionale si formano all'interno dell'evoluzione degli Stati federali.

Agli elementi sopra richiamati, tuttavia, ne va aggiunto un'ulteriore, individuabile nel principio partecipativo: cioè nel necessario coinvolgimento delle comunità territoriali nei processi decisionali dello Stato.

Se il principio dispositivo, l'adeguatezza delle risorse e la garanzia istituzionale sono riconducibili all'autonomia come divieto di ingerenza da parte di altri livelli istituzionali, per contro, il principio partecipativo costituisce un requisito proprio dei sistemi costituzionali a più livelli, che sono caratterizzati dal passaggio da un sistema gerarchico ad uno relazionale, a rete.

In quanto tale, esso non va confuso con il principio di leale collaborazione: mentre quest'ultimo esprime un criterio di relazione, un'attitudine comportamentale finalizzata ad assicurare un adeguato equilibrio tra l'azione degli organi statali e l'esercizio delle proprie competenze da parte delle comunità territoriali, il principio partecipativo consente all'autonomia di conformare, in particolare, il procedimento di produzione legislativa, in ossequio alla poco valutata (ma, a nostro avviso, fondamentale) previsione costituzionale secondo cui la Repubblica" adegua la sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento" (art.5 Cost.).

Innanzitutto, il principio partecipativo dovrebbe coinvolgere gli enti esponenziali e rappresentativi delle comunità territoriali nelle procedure di revisione della Costituzione , in particolare di quelle disposizioni che concorrono a qualificare la forma di Stato – federale, regionale, composto, delle autonomie –.

La partecipazione delle comunità territoriali ai procedimenti di revisione costituzionale trova una giustificazione storica ed un fondamento teorico differente a seconda della natura federale o regionale dell'ordinamento costituzionale. Nel primo caso,

il nesso tra modificazione della scelta costituente e partecipazione delle entità decentrate alla sua revisione si fonda sul fatto che la Costituzione dello Stato federale si regge sul patto che si è instaurato tra le parti che hanno dato vita alla Federazione, i cui contenuti non possono essere modificati unilateralmente – cioè senza la partecipazione dei diversi livelli istituzionali –.

Negli ordinamenti regionali – per contro – considerare la Costituzione un patto tra le entità territoriali sarebbe una mera finzione. In questi casi non si tratta, a nostro avviso, di ricercare un’impossibile simmetria tra momento genetico della Costituzione ed *amending power*; ma di considerare che il principio partecipativo è un elemento della garanzia istituzionale dell’autonomia.

Siffatta garanzia, infatti, si compone di due parti: da un lato, il divieto di intaccarne il contenuto essenziale in sede di disciplina legislativa dell’autonomia e di regolazione delle relazioni interistituzionali; dall’altro lato, l’esigenza che tale attività di conformazione si svolga nel rispetto delle regole comportamentali ispirate – come si è detto – al principio di lealtà.

Le soluzioni individuate dagli ordinamenti costituzionali per assicurare la partecipazione ai procedimenti di revisione costituzionale sono molteplici, ma riconducibili – innanzitutto – all’interno dell’alternativa tra chi opta per una partecipazione diretta (ad esempio in sede di ratifica) o indiretta (in virtù della particolare struttura della Seconda Camera). Così come risulta assai differente l’intensità del procedimento partecipativo: si passa dagli ordinamenti che prevedono la partecipazione delle Regioni soltanto nella fase dell’iniziativa a quelli che richiedono il loro intervento necessario nella fase deliberativa, ovvero in sede di ratifica.

Inoltre, il principio partecipativo dovrebbe ispirare anche la produzione delle norme legislative che incidono sull’autonomia delle comunità territoriali.

Diversi argomenti possono essere prodotti a sostegno di tale convinzione.

In via generale va, innanzitutto, considerato che nel procedimento legislativo si “riflettono” i caratteri della forma di Stato: la sovranità popolare, la democraticità ed il pluralismo. Se i primi due elementi concorrono a rafforzare il ruolo della rappresentanza politica nella determinazione della volontà nazionale, l’altro induce a considerare che, nei sistemi articolati su più livelli istituzionali, il pluralismo non si realizza soltanto attraverso la dialettica tra maggioranza ed opposizione, ma anche aprendo l’ordinamento statale alla partecipazione ed al concorso delle autonomie.

Inoltre, non va trascurato che negli ordinamenti costituzionali articolati su più livelli territoriali anche le fonti primarie risentono degli effetti del principio di autonomia, cosicché si hanno – oltre ovviamente a leggi nazionali e locali – atti legislativi dotati di particolare forza giuridica (come gli Statuti), leggi le cui norme possiedono una particolare struttura (come le leggi di principio, le leggi generali o le *leyes de bases*), leggi che alla luce degli interessi e dei soggetti coinvolti necessitano di una particolare procedura.

Da ultimo, il riconoscimento di procedure che assicurino, in determinati casi, un’effettiva partecipazione delle comunità territoriali all’*iter legis* può essere considerato ancora una volta una specificazione del più generale criterio di leale collaborazione: il quale, rappresentando un criterio strutturale, informatore le relazioni tra i

diversi livelli istituzionali, dovrebbe avere – a nostro avviso – una portata generale non comprimibile soltanto all’interno delle relazioni intergovernative.

Il criterio “concertativo” che contraddistingue i moderni sistemi costituzionali a più livelli dovrebbe far emergere gli accordi interistituzionali circa la ripartizione delle competenze e la definizione delle regole comportamentali dal “limbo” dei patti “pregiuridici” o meramente politici, al livello delle convenzioni costituzionali.

In particolare, il principio di partecipazione delle Regioni al procedimento legislativo statale dovrebbe essere previsto in relazione a particolari tipologie di fonti legislative, suscettibili di incidere sulla sostanza o sui caratteri dell’autonomia delle comunità territoriali. Mi riferisco, ad esempio, alle fonti che concorrono a formare il c.d. “blocco di costituzionalità” ovvero – secondo l’elaborazione della dottrina italiana – sono suscettibili di fungere da “norme interposte”, nel senso che concorrono a formare il parametro per valutare la legittimità costituzionale di altre norme, di pari grado; ai decreti di attuazione degli Statuti delle Regioni speciali ed ai decreti di trasferimento delle funzioni dallo Stato alle Regioni, in virtù della posizione privilegiata che le norme in essi contenute hanno nel fissare i confini tra legislazione statale e regionale; alla legislazione dello Stato cui, nelle materie rientranti nella competenza concorrente delle Regioni, spetta determinare i principi della materia.

Indubbiamente, nell’esperienza comparata, il principio partecipativo applicato alla funzione legislativa richiama alla mente anche l’istituzione di Parlamenti a bicameralismo imperfetto, in cui una delle due Assemblee si qualifica come rappresentativa delle comunità territoriali.

Negli ordinamenti federali il bicameralismo si propone, in genere, di conseguire un triplice risultato istituzionale: realizzare un equilibrio tra i diversi livelli istituzionali, arricchire la rappresentatività del legislatore accostando alla rappresentanza nazionale dei cittadini una rappresentanza territoriale degli Stati federati o degli enti decentrati, fungere da fattore di coesione politica dell’intero sistema.

Per questa ragione, la dottrina in tema di federalismo ha annoverato tale particolare struttura del bicameralismo tra gli elementi caratterizzanti tale forma di Stato; mentre diversi autori ritengono che i processi di decentramento politico non siano compiuti senza una riforma costituzionale del bicameralismo che qualifichi una delle Camere come “Camera delle Regioni” o “Camera di rappresentanza territoriale”.

Tuttavia, non può sfuggire che siffatta identificazione sconti una certa forza di inerzia e stia progressivamente perdendo la sua originaria capacità descrittiva.

Se si passa dall’analisi di un modello teorico all’esame dell’esperienza costituzionale e della sua evoluzione la prospettiva si modifica: da un lato, non in tutti gli ordinamenti federali è presente un Senato rappresentativo delle comunità territoriali (Canada, Austria, Sud Africa); dall’altro lato, in altri paesi si evidenzia una crisi tanto di effettiva rappresentatività di tali organi, quanto di legittimazione, in quanto considerati non adeguati rispetto alle attuali dinamiche delle relazioni interistituzionali che sembrano privilegiare meccanismi riconducibili alla tecnica delle relazioni interistituzionali (Argentina, Australia).

D’altra parte, non pare privo di significato il dato secondo cui negli ordinamenti regionali non è presente, in genere, una Camera rappresentativa delle autonomie terri-

toriali: forse, con l'eccezione del Belgio ove il Senato, pur rappresentando la Nazione, ha una composizione mista perché i senatori sono in parte eletti direttamente dal corpo elettorale in collegi rappresentativi dei gruppi linguistici, in parte scelti all'interno dei Parlamenti delle comunità, in parte cooptati all'inizio di ogni legislatura.

Mentre le proposte di modifica della struttura del Parlamento, anche laddove considerate prioritarie, non sembrano trovare le condizioni politiche per realizzarsi: come ben testimonia il ricorrente dibattito sulle riforme costituzionali in Italia ed in Spagna.

In definitiva, quindi, l'esperienza di diritto comparato ci presenta un panorama apparentemente contradditorio, nel senso che, mentre da un lato, viene enfatizzata l'importanza di riforme costituzionali volte a differenziare la composizione dei Parlamenti bicamerali attraverso la creazione di una Camera rappresentativa delle autonomie territoriali; dall'altro lato, nei sistemi a consolidata tradizione federale, si rinvengono atteggiamenti svalutativi l'efficacia effettiva di un bicameralismo differenziato, puntando - soprattutto per ragioni di maggior efficienza e rapidità decisionale - sulla valorizzazione degli organismi misti di rappresentanza dei governi nazionali e locali.

Una tendenza che, a nostro avviso, andrebbe temperata dalla considerazione che si è in presenza di organi di rappresentanza degli interessi regionali soltanto in apparenza alternativi. Gli organi intergovernativi assicurano il coordinamento, la contrattazione nella ripartizione delle risorse e dei compiti, la partecipazione al processo decisionale relativo alla distribuzione verticale delle competenze amministrative; le Camere rappresentative dei livelli istituzionali decentrati, invece, coinvolgono le comunità territoriali alla definizione dei principi e dei valori costitutivi le esigenze unitarie del sistema: concorrono, per un verso, a valorizzare il sistema delle autonomie, per un altro verso, ad accrescere la coesione dello Stato, rivitalizzando l'unità nazionale attraverso la mobilitazione delle risorse espresse dalle comunità territoriali.

Non vi è, in altri termini, una necessaria alternatività tra l'*interstate federalism* e l'*intrastate federalism*.

## **5. I criteri per ripartire le competenze tra lo Stato e le Regioni: un profilo sintomatico della forma di Stato.**

Tra i profili qualificanti il principio di autonomia dovrebbero essere inseriti, a nostro avviso, anche i criteri codificati per ripartire le competenze tra i diversi livelli istituzionali, dal momento che non sembrano ininfluenti ai fini della qualificazione della forma di Stato: basti considerare, ad esempio, che l'elencazione delle competenze centrali con una clausola residuale a favore delle comunità territoriali è ritenuta, in genere, più consona agli ordinamenti federali o fortemente decentralizzati; mentre la definizione puntuale delle materie in cui le Regioni possono legiferare viene considerata propria di ordinamenti regionali forniti di un'autonomia moderata.

Anche se tale affermazione deve essere temperata dall'avvertenza che non è corretto introdurre un automatismo tra tecnica di ripartizione delle competenze e qualità del processo di decentramento politico. Come conferma, a titolo esemplificativo, l'e-

sempio degli Stati federali dell'America latina ove la costituzionalizzazione del criterio dell'enumerazione delle sole competenze centrali non ha impedito l'accenramento del potere decisionale, conseguito ricorrendo ad altri istituti quali, ad esempio, il ricorso allo stato di eccezione ovvero il richiamo alla formula dell'"interesse premiante". Ovvero il caso della revisione costituzionale del 2001 in Italia, ove la lettura del combinato disposto degli artt. 117.2 e 117.4 Cost. potrebbe indurre illusoriamente a ritenere che anche nell'ordinamento italiano si sia introdotto un criterio di "ispirazione federale" nel distribuire la potestà legislativa tra i livelli istituzionali.

Tutti gli ordinamenti unitari retti dal principio costituzionale di autonomia debbono individuare i criteri sulla base dei quali allocare concretamente le competenze: di norma, spetta alle disposizioni costituzionali ripartire la competenza fra lo Stato e le Regioni, mentre la determinazione degli ambiti materiali propri degli enti locali è demandata preferibilmente alle fonti primarie.

Per quanto si riferisce più propriamente alla ripartizione delle competenze tra lo Stato e le Regioni, tra la pluralità di varianti offerta dal diritto comparato acquisiscono particolare rilevanza due tecniche di codificazione.

La prima può essere ricondotta ad un modello di relazioni concorrenziali, che emerge, ad esempio, dagli ordinamenti che suddividono la competenza all'interno di una medesima materia distinguendo tra disposizioni di principio e di dettaglio, tra leggi regionali e leggi statali di armonizzazione, tra legislazione regionale e normativa statale sostitutiva. Ad esemplificazione delle varianti sopra richiamate si può – a nostro avviso – far riferimento rispettivamente alla competenza concorrente italiana di cui all'art. 117.3 Cost., alla competenza legislativa attribuita allo Stato per armonizzare la normativa delle Comunità autonome dall'art. 150.3 della Costituzione spagnola, alla competenza concorrente tedesca, secondo la quale in alcune materie la legge federale può sostituirsi a quella statale sulla base di esigenze unitarie riconducibili al criterio di sussidiarietà.

La seconda, per contro, si fonda su di una demarcazione delle competenze operata sulla base di appositi elenchi di materie; essa presuppone una visione dualistica delle relazioni interistituzionali, secondo la quale le Regioni sotto il profilo delle competenze darebbero vita ad ordinamenti non solo autonomi, ma anche separati.

Nell'esperienza comparata siffatto risultato è perseguito in modi differenti: ricorrendo al sistema della doppia lista, in base al quale vengono elencati i compiti spettanti, rispettivamente allo Stato ed alle Regioni; all'enumerazione delle competenze decentrate per cui la Costituzione indica i compiti propri degli enti territoriali, riservando in via residuale gli altri allo Stato; al sistema dell'enumerazione delle sole competenze statali, con clausola residuale a favore delle Regioni.

La prima tecnica di ripartizione delle competenze, ad esempio, orienta il federalismo canadese, ove il *British North America Act* ha distribuito le competenze tra Federazione e Province delineando un sistema parallelo di competenze, coerente con la prospettiva del *dual federalism*: da un lato, l'art. 91 determina le competenze federali, dall'altro lato, il successivo art. 92, dedicato ai poteri esclusivi del legislatore provinciale, contiene una lista di materie rientranti fra le competenze proprie della Provincia.

Tuttavia, il criterio di gran lunga prevalente – tipico degli Stati federali, ma presente anche in alcuni sistemi ad autonomia regionale – è quello della enumerazione delle materie riservate allo Stato federale, adottato, ad esempio, nelle Costituzioni degli Stati Uniti, della Repubblica federale tedesca, degli Stati federali dell'America latina, della Svizzera.

Un criterio “eterodosso” di distribuzione delle competenze tra i livelli istituzionali è presente, a nostro avviso, nell' ordinamento costituzionale della Spagna.

In questo caso, la Costituzione ha adottato il sistema della doppia lista, collegandolo ad un'ampia valorizzazione del potere dispositivo, cosicché ciascuno dei due elenchi rappresenta non tanto un criterio di demarcazione dei rapporti tra lo Stato e le Comunità autonome, quanto un'opzione tra cui gli Statuti possono scegliere: sulla base dell'art.148 Cost., le Comunità autonome potevano individuare le materie di propria competenza da inserire negli Statuti di autonomia, riservando le rimanenti allo Stato; l'art.149 Cost., invece, fissava le materie che, essendo riservate allo Stato, non possono inserire negli Statuti.

Un criterio composito di ripartizione delle competenze è stato, infine, adottato dal legislatore costituzionale italiano, il quale, nel revisionare la struttura dell'art.117 Cost. non si è limitato ad abbandonare il criterio dell'enumerazione delle competenze regionali a favore di quello alternativo – consistente nell'attribuzione di una competenza regionale residuale nelle materie non riservate allo Stato –; ma ha introdotto in sostanza una tripla lista: per un verso, di materie riservate allo Stato, per un altro verso, di materie a competenza ripartita tra lo Stato e le Regioni; per un altro verso ancora, di materie attribuite alla competenza residuale delle Regioni.

Gli elenchi costituzionali tendono a soddisfare delle esigenze comuni, riconducibili a finalità di certezza giuridica e di garanzia delle autonomie territoriali: non si può parlare, infatti, di autonomia se non vengono predeterminati sia i confini all'interno dei quali le comunità possono determinarsi, sia i limiti che incontra l'attività normativa dello Stato.

Tuttavia, l'esperienza induce a considerare che si è di fronte a strumenti insufficienti, in quanto la frontiera che delimita le competenze risulta nel tempo tutt'altro che statica e stabile: sconta, in altri termini, l'impossibilità di descrivere efficacemente e in poche righe di scrittura l'insieme delle attività dei pubblici poteri. L'elencazione più minuziosa rischia di esporsi ad una rapida obsolescenza e gli “argini linguistici” offerti dagli elenchi di materie si rivelano non sempre in grado di proteggere efficacemente la competenza regionale dalle frequenti incursioni della legislazione statale.

Innanzitutto, va considerato che le materie contenute negli elenchi costituzionali non sono state intese dalla giurisprudenza e dalla dottrina come ambiti fissi ed intangibili, essendo il loro significato esposto alle modificazioni prodotte dell'evoluzione della legislazione statale in materia. Infatti, la nozione di materia ha una caratterizzazione esclusivamente giuridica, nel senso che la sua definizione deve avvenire tenendo presente non tanto l'etimologia delle espressioni linguistiche richiamate dai costituenti, quanto il significato scaturente dalla normativa vigente.

Il contenuto delle singole materie è costituito da un insieme di norme che disciplinano funzioni, attività ed istituti, riconducibili ad una determinata materia; di conse-

guenza, i confini che separano le competenze dei diversi livelli istituzionali si spostano in seguito ai cambiamenti normativi, cosicché lo Stato, essendo il *dominus* della propria competenza, è in grado di ampliare il significato delle materie che la Costituzione gli riserva, restringendo – per contro – l'autonomia legislativa delle Regioni.

In secondo luogo, non si può sottovalutare il condizionamento che sulla ripartizione delle competenze esercitano le tecniche di codificazione. Sono, infatti, frequenti i casi in cui questi ultimi fanno riferimento non ad ambiti materiali veri e propri, bensì ad attività “trasversali” suscettibili di incidere sulla disciplina di diverse materie regionali. Talvolta, poi, gli elenchi segmentano una medesima materia in una pluralità di sub materie ripartite tra lo Stato e le Regioni – si pensi alle fattispecie in cui l'ambiente ed i beni culturali sono divisi tra tutela e disciplina ovvero tra tutela e valorizzazione.; in altri casi sottraggono alla competenza regionale interi ambiti ordinamentali – come l'ordinamento civile e penale, le norme processuali – suscettibili di incidere su gran parte delle materie di competenza regionale.

Inoltre, non va trascurato che all'interno degli elenchi si rinvengono spesso clausole generali, giustificate – soprattutto negli ordinamenti federali – dall'esigenza di evitare il rischio di un'eccessiva cristallizzazione nella distribuzione delle competenze, ma che consentono allo Stato di legiferare anche in ambiti materiali regionali per soddisfare ad esigenze generali di unità dell'ordinamento. Si pensi, ad esempio, alla formula contenuta nell'art.91 del *British North America Act*, 1867 in base al quale la Federazione del Canada può legiferare su materie provinciali qualora ciò sia necessario per assicurare “peace, order and good government”; ovvero ai diversi criteri generali legittimanti l'intervento legislativo della Federazione degli Stati Uniti d'America a scapito delle competenze statali – dalla *commerce clause* alla formula dei poteri impliciti, alla *guarantee clause* –.

A sua volta, la devoluzione di significative competenze normative a favore della Scozia non impedisce al Regno Unito di esercitare tutte le iniziative rivolte ad assicurare al proprio popolo “participation in our economic unit which benefits business and provides access to wider markets and investment and increases prosperity of all”, così come la clausola di supremazia presente nella section 28 dello *Scotland Act* non impedisce al Palamento del Regno Unito “to make laws for Scotland”.

Infine, è indubbio che i contenuti delle materie possono essere modificati a secondo del criterio interpretativo che viene utilizzato. Se, per un verso, il criterio storico-oggettivo si basa sulla considerazione della natura delle attività disciplinate dalla legge quali risultano in particolare dall'evoluzione normativa che ha contrassegnato quel determinato settore; per un altro verso, il criterio strumentale consente di legiferare non solo sugli oggetti strettamente rientranti nella definizione legale di una materia, ma anche su funzioni ad essi sussidiarie, accessorie o connesse; mentre, a sua volta, il criterio teleologico impone di considerare anche gli scopi che la normativa intende perseguire attraverso la disciplina di quella determinata materia.

In definitiva, l'esperienza comparata evidenzia come, nonostante l'aspirazione onnicomprensiva degli elenchi, le “zone grigie” e le incertezze in ordine all'attribuzione di una determinata competenza rappresentano una costante nelle relazioni tra i

livelli istituzionali. Il dinamismo che caratterizza le relazioni tra Stato e gli ordinamenti territoriali decentrati fa sì che l'effettiva distribuzione delle competenze non si consegua attraverso la meccanica applicazione di un catalogo.

Anche se gli ordinamenti costituzionali a più livelli individuano, in genere, procedure per la soluzione dei contrasti interpretativi, affidandosi rispettivamente alla mediazione interistituzionale (*political path*) ovvero ad un *final arbiter (judicial path)*, le difficoltà che gli elenchi di materie incontrano nell'attribuire con puntualità le rispettive competenze stanno mettendo in crisi i criteri tradizionali di ripartizione delle competenze; da ciò l'emergere di una crescente attenzione per nuove tecniche di codificazione.

Alcune di queste muovono nella direzione di una sostanziale “decostituzionalizzazione” della tematica, nel senso che la puntuale ripartizione delle competenze viene demandata a fonti di grado subcostituzionale: come, ad esempio, nel caso degli Statuti in Spagna – che costituiscono la fonte legale che determina gli effettivi ambiti materiali di competenza delle Regioni - o dei *Concordats* nel Regno Unito, attraverso i quali la ripartizione dei compiti spettanti ai diversi livelli istituzionali è demandata ad appositi accordi intergovenativi inerenti a materie di particolare rilevanza, quali – ad esempio – l’assistenza finanziaria al settore industriale, le politiche agricole, sanitarie, culturali, l’ambiente, i trasporti, la sicurezza sociale, la pesca .

Altre tecniche, invece, preferiscono sostituire all’elencazione delle materie la puntuale indicazione dei compiti e delle attività spettanti rispettivamente allo Stato ed alle Regioni. Alla base di tale soluzione vi è la considerazione che le materie sono un “mosaico” di attività, la cui competenza è opportuno distribuire sulla base di criteri concordati tra i livelli istituzionali, in ossequio al principio partecipativo.

A tal proposito, si può far riferimento ai nuovi Statuti di alcune Comunità autonome spagnole o alla riforma costituzionale del federalismo tedesco. In un caso, dopo aver codificato l’affermazione generale per cui spetta alla Comunità autonoma la competenza esclusiva in una determinata materia, si precisa che “en todo caso” essa comprende una serie di attività espressamente indicate ed analiticamente individuate.

Nella Repubblica federale di Germania, poi, la revisione costituzionale ha tentato di ridurre l’intreccio delle competenze tra *Länder* e Federazione passando dall’elencazione delle materie all’enumerazione dei compiti che debbono essere “ritagliati” a favore dell’altro livello istituzionale, nella considerazione che non sempre è possibile (o opportuno) procedere ad un’attribuzione della competenza in astratto, ma occorre valutare le esigenze concrete di unitarietà e differenziazione. Pertanto, all’interno di materie di competenza di un livello istituzionale si individuano singole attività (“micromaterie”) riservato all’altro livello istituzionale.

## V.2. – Esperienze e prospettive di regionalismo cooperativo nel Regno Unito

**Sommario: 1. La tendenza al decentramento. 2. Le caratteristiche del processo di *devolution* britannico. 2.1 Le radici storiche. 2.2 La distribuzione delle competenze nella *devolution* britannica. 3. Gli strumenti della cooperazione. 3.1. Il *Memorandum of Understanding*. 3.2. Il *Joint Ministerial Committee*. 3.3. I *concordats*. 3.4. La *Sewel motion*. 3.5. Il *British-Irish Council*, il *North South Committee* e la *British-Irish Intergovernmental Conference*. 4. Conclusioni.**

### 1. La tendenza al decentramento

Gli ultimi scorci del secolo scorso hanno evidenziato una tendenza a livello comparato che vede moltissimi paesi affrontare processi di decentramento più o meno intensi. Se nel passato si assiste alla nascita e al consolidamento di Stati accentratati, tendenti alla realizzazione di una forma organizzativa basata sull'unità territoriale e soggetta a un unico *imperium*, al contrario, in questo momento storico, molti ordinamenti tendono a decentrarsi, trasferendo porzioni del potere decisionale da organi dello Stato centrale a quelli delle comunità territoriali.

Le ragioni che avevano spinto gli Stati a centralizzarsi, sin dal periodo medievale, erano da rinvenire, ad esempio, nella necessità di creare mercati più ampi e sicuri. Anche organizzazioni statuali, caratterizzatesi come federali *ab initio*, quali Stati Uniti, Canada, Messico, avevano vissuto delle fasi di rafforzamento del potere centrale, derivanti da ragioni sociali, economico-finanziarie, politiche e militari.

Per quanto riguarda le prime, infatti, è indubbio che la progressiva affermazione dello stato sociale aveva promosso spinte centripete, giustificate dalla necessità di garantire un livello minimo di fruizione di diritti a tutti coloro che condividevano lo stesso *status civitatis*, per il quale si rendevano necessari forti interventi di tipo perequativo e solidaristico; a queste motivazioni se ne affiancavano altre di ordine economico, che vedevano nella affermazione del capitalismo, la contestuale necessità di attribuire allo Stato un forte intervento regolatore nei mercati e nell'economia. Contestualmente, l'ottocento e il novecento, a causa dell'allargamento del suffragio, sono secoli che si caratterizzano per la nascita e lo sviluppo dei partiti di massa, i quali contribuiscono a rafforzare le istanze centralistiche.

Tuttavia, molti di questi elementi sembrano essere entrati in crisi, favorendo spinte centrifughe che si traducono nella necessità di trovare nuovi modelli di rapporti fra Stato e società civile più attenti alle varie istanze pluralistiche. Le ragioni di questo cambiamento possono essere ascritte a fenomeni di globalizzazione economica e di ampliamento del pluralismo sociale che mal si concilierebbero con una struttura monistica del potere.

Infatti, nel primo caso sembra che l'integrazione sovranazionale dei mercati riduca i benefici dell'appartenenza a un ordinamento unitario, soprattutto per aree economiche omogenee ed integrate a livello territoriale, le quali possono vantare un livello di commercio estero competitivo con quello interno.

Per quanto concerne il secondo, è evidente che in questa fase storica si stanno irrobustendo fenomeni di identitarismo culturale, i quali spingono frammenti della società civile, uniti da vincoli storici, culturali, etnici o linguistici, a rivendicare forme di autonomie differenziate rispetto agli altri consociati.

Questi elementi contribuiscono a spiegare le cause della tendenza alla decentralizzazione negli ordinamenti contemporanei che investe molti paesi. A questa ricostruzione non sfugge il Regno Unito, in cui il *Premier* laburista Tony Blair, nel 1998, ha dato avvio, attraverso lo *Scotland Act*, il *Government of Wales Act* e il *Northern Ireland Act* del 1998, a un processo di decentramento di competenze dal Parlamento centrale, a istituzioni rappresentative delle Regioni sia pure con modalità differenziate. Il Primo Ministro ha inteso realizzare un processo di *devolution*: termine con il quale si intende una limitata politica di auto-governo, attuata attraverso il trasferimento di poteri legislativi e/o amministrativi dal Parlamento di *Westminster* a camere regionali rappresentative delle popolazioni e che si caratterizza per la flessibilità del riparto delle competenze, che rimane nella disposizione dello Stato centrale.

## 2. Le caratteristiche del processo di devolution britannico

### 2.1. Le radici storiche

Il processo di *devolution* britannico presenta le caratteristiche dell'asimmetria, pertanto, si modula a seconda delle regioni interessate. Infatti, si mostra più incisivo per quanto riguarda la Scozia, in quanto la legge ha stabilito la costituzione di un Parlamento con poteri legislativi autonomi e di un Esecutivo responsabile di fronte all'assemblea; mentre nel Galles è prevista solo l'istituzione di una camera con poteri normativi secondari, con compiti di sovrintendenza alle funzioni fino a oggi ricoperte dal *Welsh Office* del Governo centrale e di riforma dei *Quangos* (*Quasi Autonomous Non Governmental Organizations*); infine, per quanto concerne l'Irlanda del Nord, che pure sarebbe dotata di autogoverno, la situazione sembra essere in una fase di stallo, in quanto il *Northern Ireland Act* del 2000 di fatto sospende il processo di attuazione degli accordi del 10 aprile 1998 (*the Good Friday Agreement*) fra gli esponenti del Partito Unionista irlandese, lo *Sinn Fein* e il Governo Blair, che avrebbero consentito una parziale autonomia alle istituzioni irlandesi, in cambio della rinuncia alla lotta armata da parte delle fazioni cattoliche e protestanti. In questo momento, sembra sussistere una certa adesione politica a ripristinare il processo, che dovrebbe passare da una riforma del *Northern Ireland Act* del 1998, così come prefigurato dagli Accordi di St. Andrews, a seguito degli incontri svolti fra gli esponenti del governo britannico, irlandese e dell'Ulster fra l'11 e il 13 ottobre 2006.

La distinzione qualitativa fra le tre autonomie territoriali ha radici, oltre che politiche, storiche.

L'Irlanda fu conquistata dagli Inglesi nel 1169 e dal diciassettesimo secolo fu prevalentemente controllata da questi, fino al punto di eliminare la sua autonoma tradizione parlamentare nel 1801 e sin da allora nel territorio si profilò un contrasto aspro fra cattolici e protestanti. Al fine di ridurre il conflitto e prevenire spinte secessionistiche, il governo britannico approvò la legge istitutiva di un' *Home Rule* per l'Irlanda nel 1914, che, però, non fu mai attuata a causa dello scoppio della Prima guerra mondiale. Nell'isola si fecero sempre più intensi gli scontri con le autorità britanniche e ciò ebbe come conseguenze l'approvazione del *Government of Ireland Act* del 1920, che riconobbe una sorta di autogoverno per l'isola. Tuttavia, con il Trattato Anglo-Irlandese del 1921, l'Irlanda acquisì lo *status di dominion*, divenendo di fatto indipendente, ad eccezione delle sei province dell'Ulster. Tale suddivisione costituì la radice della permanente situazione di disagio sul territorio, sancita da una tranciante adesione unionista delle sei contee dell'Ulster protestante e dalla nascita del partito combattente cattolico in quell'area. La divisione territoriale dell'isola fu sancita dall' *Irish Free State Agreement* del 1922 e così l' *Act* del 1920 fu applicato solo all'Irlanda del Nord. Il disposto legislativo stabilì un Parlamento bicamerale con competenza legislativa in alcune materie e un Governo responsabile di fronte alla Camera Bassa, in cui, anche a seguito della legge elettorale, vi era sempre una maggioranza protestante. Purtroppo, la condotta dei vari Governi si tradusse in politiche apertamente discriminatorie nei confronti della minoranza cattolica da parte dei protestanti. La situazione di forte disagio condusse a una recrudescenza della lotta armata e di conflitti violenti che culminarono nell'occupazione militare dell'Ulster da parte delle truppe britanniche e la sospensione dell'attività dell' *Home Rule*.

Il processo di *devolution* di Blair costituisce, quindi, non solo, il tentativo di ripristinare l'autogoverno nelle contee del Nord Irlanda ma anche di trovare una soluzione pacifica alle contrapposizioni, ormai militari, fra cattolici e protestanti. Infatti, l'accordo (*Good Friday Agreement*), sancito nel 1998 fra esponenti britannici dei maggiori partiti politici dell'Ulster e diplomatici irlandesi e statunitensi, non si concentrò solo sulla ripartizione delle competenze fra centro e periferia, ma costituì anche un tentativo di *accommodation* delle diversità religiose presenti sul territorio.

Il 22 maggio 1998 l'Accordo del Venerdì santo fu sottoposto a referendum e raccolse l'81% dei suffragi positivi mentre, nella Repubblica irlandese, questi raggiunsero il 94,4%. A seguito della procedura di consultazione, le Camere approvarono nello stesso anno il *Northern Ireland Act*.

La Scozia, invece, presenta dei profili storici totalmente diversi rispetto all'Ulster. Questa ha sempre tentato di conservare la propria indipendenza, nonostante le ripetute invasioni degli Inglesi; il Galles, invece, è stato definitivamente assoggettato alla legge inglese alla fine del quattordicesimo secolo e con gli *Acts of Union* del 1536 e del 1543, in base ai quali Galles e Inghilterra sono stati definitivamente uniti, producendo la totale integrazione del primo nel sistema amministrativo inglese.

La regione scozzese, invece, entrò a far parte del Regno Unito solo nel 1707, quando congiuntamente il Parlamento di *Westminster* e quello scozzese votarono la dissoluzione di ciascuno, a favore della nascita di un nuovo Parlamento del Regno Unito, che, di fatto, era costituito dalla trasformazione del Parlamento di *Westminster* da

inglese a quello del Regno Unito. Anche se è da ricordare che già a partire dal 1603 con la morte di Elisabetta I e con la conseguente estinzione del ramo *Tudor* e con l'insediamento della dinastia scozzese degli *Stuart*, Inghilterra e Scozia già formalmente avevano lo stesso sovrano, anche se manteneva uno *status* distinto a seconda del Regno. L'*Act of Union* del 1701 suggellò l'unione di questi due territori e forse la supremazia inglese, anche se alla Scozia fu concesso di mantenere la propria chiesa (quella presbiteriana), il proprio sistema giuridico e giudiziario di impronta romanzistica, una certa autonomia nel settore educativo e le strutture del governo locale.

Le aspirazioni della Scozia al riconoscimento di un diritto alla differenziazione affondano le radici nel passato e riemergono con una certa frequenza nella storia britannica, conoscendo dei periodi di maggior o minore opacità, anche a seconda del favore che gli intellettuali e i politici britannici elargirono alle idee federali. Ad esempio, Lord Acton, convinto federalista, nonché consigliere politico di Gladstone, fra il 1862 e il 1869 pubblicò dei saggi in cui auspicava la realizzazione di una forma di Stato federale in Gran Bretagna, al fine di risolvere i problemi con l'Irlanda, in quanto sosteneva che il federalismo era lo strumento istituzionale più efficace per impedire l'oppressione delle minoranze. Nel 1880, la volontà di autogoverno della regione scozzese venne formalizzata e riconosciuta dallo Stato centrale attraverso la creazione dello *Scottish Office* (mentre il *Welsh Office* fu istituito molto più tardi). E ancora nel 1912, mentre si stava dibattendo la possibilità di istituire un'Home Rule solo per l'Irlanda, Churchill, come giovane ministro liberale, sostenne il progetto del Regno Unito federale, con parlamenti scozzese, gallese e irlandese e sette parlamenti regionali inglesi. Il governo di Londra – come è noto – non accolse queste richieste, limitandosi, dopo la Prima Guerra Mondiale, ad ampliare i poteri dello *Scottish Office*, attribuendo al suo responsabile il rango di Segretario di Stato. Nel 1949 una petizione, che raccoglieva due milioni di firme, (la “*Scottish Covenant*”) reclamò una camera per la Scozia. Nonostante vi fosse un certo fermento in senso autonomista, nessun governo britannico recepì nei propri programmi queste suggestioni fino agli sessanta.

In quegli anni, Scozia e Galles si trasformarono in dipartimenti territoriali del governo centrale, con la previsione, altresì, di una redistribuzione delle risorse, non mettendo in dubbio però la struttura centrale dello Stato. Un tentativo, anche articolato di realizzazione di autonomia della Scozia, attraverso l'istituzione di un'assemblea regionale, fu tentato con lo *Scotland Act* del 1978, che indicava una serie di materie che sarebbero state di competenza regionale. Tale progetto, però, sottoposto a referendum, non raggiunse il voto favorevole del 40% dell'elettorato (così come era richiesto dall'*Act*), nonostante vi fossero stati a favore il 51,6% dei voti, che però rappresentavano solo il 32,9% dell'elettorato. La *devolution*, per la prima volta approvata dalle istituzioni centrali, non incontrò il favore da parte delle popolazioni coinvolte nei processi di autonomia.

In seguito, alcuni fattori contribuirono al cambiamento di questo orientamento: in primo luogo, la crisi economica degli anni settanta incise sulle posizioni degli scozzesi che, da un atteggiamento di indifferenza, passarono a uno di protesta verso la politica di Londra, che culminò in un incremento dei voti del Partito Liberale con il suo programma di *Home Rule* e con il successo elettorale fra gli anni sessanta e ottanta del

Partito Nazionalista Scozzese; in secondo luogo, nel 1989, si costituì una *Scottish Constitutional Convention*, composta da parlamentari laburisti e liberal-democratici, rappresentanti sindacali, da esponenti della chiesa presbiteriana e del governo locale scozzese, che solennemente affermarono il diritto degli scozzesi a determinare la propria forma di governo. Comunque, l'esigenza dell'esistenza di una camera territoriale non sembrò ancora essere percepita in maniera significativa dai cittadini scozzesi: infatti, secondo un sondaggio pubblicato da *Scotsman*, l'8 aprile del 1991, solo il 12% degli scozzesi riteneva cruciale l'esistenza della *Home Rule*.

Durante gli anni dei governi conservatori la *Scottish Question* non fu più affrontata e si dovette attendere il ritorno dei Laburisti al Governo per ripristinare il processo di decentramento. Il favore del Partito laburista nei confronti del riconoscimento di più ampia autonomia alla regione scozzese e gallesa fu influenzato anche dall'obiettivo di ridurre i consensi dei partiti nazionalisti; infatti, sia lo *Scottish Nationalist Party* che il *Plaid Cymru* galles avevano incrementato i loro voti a spese dei partiti di sinistra, durante il governo conservatore della Thacher.

Il *favor* manifestato dai laburisti al processo di decentralizzazione può essere anche spiegato con una rinnovata spinta europeistica, che gettò una luce sicuramente più positiva sulla cosiddetta Europa delle Regioni e sul decentramento in genere, che fu sottolineata dal fatto che il primo atto da Primo Ministro di Blair fu la firma del Trattato di Amsterdam e della Carta sociale europea. Inoltre, non è da sottovalutare il ruolo significativo che svolse Bruce Milian all'interno del Partito laburista, che in quanto scozzese, ex ministro laburista e soprattutto Commissario europeo per le politiche regionali fu il propugnatore di una nuova linea europeista del partito in chiave regionalista. Inoltre, nel Partito Laburista cambiò anche l'approccio alla politica economica che vide nelle Regioni piuttosto che nello Stato centrale il volano per la promozione delle attività economiche.

Infine, probabilmente incise anche il cambiamento nella politica europea della metà degli anni ottanta con la creazione dei fondi strutturali e l'introduzione del principio di sussidiarietà, che incentivarono l'istituzione delle autonomie decentrate al fine di ottenere finanziamenti comunitari.

Il *Premier* Tony Blair, in ossequio a quanto indicato nel suo programma elettorale, nel giugno del 1997 presentò due *White Papers*: lo *Scotland's Parliament White Paper* e *A Voice for Wales The Government's Proposals for a Welsh Assembly*, con i quali si delinearono le coordinate per il processo di regionalizzazione.

Inoltre, si avviò un processo di negoziazione fra il Governo di Westminster e le parti in conflitto in Irlanda del Nord, che portò alla realizzazione del *Good Friday Agreement*. Il governo laburista, anche al fine di legittimare elettoralmente i propri intenti, sottopose a consultazione referendaria i suoi progetti. L'11 settembre del 1997 in Scozia e il 18 settembre per il Galles venne richiesto agli elettori di manifestare o meno il proprio assenso all'istituzione del Parlamento in Scozia e dell'Assemblea in Galles, nonché, per la sola Scozia, dell'attribuzione al Parlamento stesso di poteri di variazione dell'imposizione fiscale diretta.

A differenza della precedente tornata referendaria, in Scozia, l'affluenza alle urne fu del 60% della popolazione, la quale per i 2/3 si espressse a favore del progetto gover-

nativo. In Galles, i risultati furono più incerti; infatti, solo il 50,1% dell'elettorato si recò a votare, di cui il 50,3% dichiarò di aderire alla riforma. Nonostante, il contenuto entusiasmo degli elettori, Blair proseguì il suo cammino di riforma e nel 1998 furono approvati il *Government of Wales Act* e lo *Scotland Act*.

## 2.2. La distribuzione delle competenze nella devolution britannica

L'asimmetria del processo di regionalizzazione britannico è probabilmente anche conseguenza delle diverse vicende storiche delle comunità territoriali coinvolte e si concreta, da un punto di vista normativo, con l'attribuzione solo all'assemblea scozzese e irlandese della potestà legislativa, mentre a quella gallesa spettano solo competenze amministrative. Il sistema di distribuzione delle competenze – previsto in ciascuno *Act* rispettivamente per la Scozia e per l'Irlanda del Nord – prevede un elenco di materie riservate al Parlamento nazionale (*reserved matters*).

Si tratta di un elenco assai vasto e particolareggiato che ricomprende Corona e rapporti con l'Unione europea, partiti politici, relazioni estere, pubblica amministrazione, difesa, politica fiscale economica e monetaria, moneta, mercati finanziari, sostanze stupefacenti, protezione dei dati, legislazione elettorale del Parlamento nazionale, europeo e scozzese, diritto di voto nelle elezioni locali, spettacolo, armi da fuoco, cittadinanza e immigrazione, sicurezza nazionale, ricerca scientifica, giochi d'azzardo e lotterie, poteri di emergenza, estradizione, commercio e industria, stato di insolvenza, concorrenza, proprietà intellettuale, dogana, pesca, tutela del consumatore, *standards* di sicurezza dei prodotti, sicurezza e responsabilità, pesi e misure, poste e telecomunicazioni, politica industriale, energia, trasporti, sicurezza sociale, politiche del lavoro, pensioni, regolazione delle professioni, politiche dell'impiego e relazioni sindacali, salute e sicurezza, media e cultura, demanio, pari opportunità, remunerazione dei dipendenti dell'amministrazione della giustizia.

Il Parlamento scozzese ha competenza legislativa, secondo quanto disposto dalla *section 29* dello *Scotland Act* su tutte le altre materie che non sono espressamente riservate allo Stato centrale. In questo modo, il Regno Unito sembra aver adottato come criterio di ripartizione un meccanismo che tradizionalmente è ascrivibile alle forme di Stato federale, tuttavia, se ne distanzia in quanto il legislatore ha provveduto contestualmente a esemplificare e a esplicitare gli ambiti di competenza regionale, definendo in maniera significativamente precisa le *devolved matters*.

Inoltre, la *section 28* dello *Scotland Act* stabilisce che è precluso l'intervento del legislatore scozzese in qualsiasi materia che “relates to reserved matters” o che può incidere su alcune leggi indicate nello *schedule 4* dello *Scotland Act* (fra cui lo *Human Rights Act*, lo stesso *Scotland Act*, l'*European Communities Act* 1972, il *Private Legislation Procedure (Scotland Act)* 1936, alcuni articoli dello *Union with Scotland Act* 1706 e dello *Union with England Act* 1707, del *Local Government, Planning and Land Act* 1980) o sulla posizione del *Lord Advocate*, come organo di vertice della magistratura scozzese. Oltre a ciò, la potestà legislativa della regione scozzese deve essere esercitata nel rispetto del limite territoriale, degli obblighi comunitari e del rispetto delle norme della Convenzione europea sui diritti dell'uomo.

Infine, lo *Scotland Act* sancisce alla *section 28 (7)* una *supremacy clause* in base alla quale l'articolo che assegna le competenze legislative alla camera scozzese “does not affect the power of the Parliament of the United Kingdom to make laws for Scotland”.

Per quanto riguarda l'Irlanda del Nord, il *Northern Ireland Act* del 1998 stabilisce la reintroduzione di una Camera eletta con potestà legislativa. La peculiarità dell'autonomia irlandese è determinata dalla formazione dell'esecutivo, il cui assetto ministeriale deve ricoprire tutti i partiti presenti nell'assemblea in modo proporzionale. Inoltre, il Primo ministro e il vice Primo ministro sono eletti congiuntamente, devono appartenere uno al partito unionista e l'altro al partito nazionalista e hanno sostanzialmente eguali poteri.

L'Assemblea ha competenze legislative in tutte le materie non attribuite a Westminster, anche se queste sono riconducibili agli ambiti relativi a: agricoltura, sviluppo economico, educazione, ambiente, finanza e salute e servizi sociali. L'*Act*, inoltre, prevede la possibilità di delega di funzioni legislative in alcuni settori di competenza dello Stato centrale. I limiti alla potestà normativa, come per la Scozia, sono il rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, degli obblighi comunitari e del principio di egualanza religiosa e politica.

Tutti questi elementi contribuiscono a delineare uno scenario, in cui si intravede un limitato spazio di autonomia delle regioni britanniche. Il baricentro del sistema sembra propendere verso il centro, nonostante vi sia l'utilizzo di tecniche di ripartizione di competenze – quale quello dell'elencazione delle materie di esclusiva competenza dello stato – che pure sono tipiche di Stati federali.

Inoltre, non è da dimenticare che il sistema di suddivisione delle competenze gode di una certa flessibilità, essendo prevista da una fonte primaria, la quale potrà essere modificata da una legge successiva del Parlamento britannico.

A questo sintetico quadro, possiamo aggiungere che non esiste attualmente un organo giurisdizionale che sia competente a giudicare l'illegittimità delle leggi del Parlamento di Westminster in quanto lesive dell'autonomia della camera scozzese; mentre al contrario, è previsto espressamente che i giudici disapplichino le leggi scozzesi se in contrasto con quelle nazionali.

### 3. Gli strumenti della cooperazione

La sintetica descrizione del processo di regionalizzazione mostra le peculiarità dell'esperienza britannica e, in un'ipotetica scala di valori, dimostrerebbe un indice di decentramento molto basso. Tuttavia, anche questo assetto istituzionale non sfugge a quello che è stato definito il destino federale, cioè la consapevolezza in base alla quale in ciascun ordinamento decentrato non esisterebbero attività importanti di governo che siano di competenza esclusiva di un solo livello istituzionale e pertanto, le responsabilità debbono essere condivise. Anche il Regno Unito aderisce a un modello di relazioni improntate alle regole del regionalismo cooperativo, che trova una sua *ratio* giustificativa nel tentativo di limitare la possibilità che organi dello Stato centrale avreb-

bero di modificare unilateralmente le competenze regionali e nella razionalizzazione nell'esercizio delle funzioni. In questo modo si tenta di contemperare una duplice esigenza: da un lato, assicurare la funzionalità dell'intervento pubblico, dall'altro lato, evitare che tutto ciò si traduca in una sostanziale compressione delle competenze regionali.

In questa ottica, acquisiscono una rilevanza significativa gli strumenti e i meccanismi di raccordo fra lo Stato e le autonomie territoriali introdotti nell'ordinamento britannico, in quanto questi contribuiscono a dare maggiore spessore alle funzioni dei livelli istituzionali decentrati. In particolare, ci occuperemo degli strumenti della cooperazione previsti dal *Memorandum of Understanding*, quali il *Joint Ministerial Committee*, i *Concordats* e la *Sewel motion* e dal *Northern Ireland Act*, quali il *British-Irish Council*, il *North-South Committee* e la *British-Irish Intergovernmental Conference*.

### 3.1. Il Memorandum of Understanding

Si rende necessario – a proposito del processo di decentramento nel Regno Unito – fare una premessa e cioè che il sistema delle relazioni intergovernative viene realizzato prevalentemente attraverso fonti non normative, cioè con atti carenti di efficacia giuridica. Infatti, al fine di non privare di ogni significato la *devolution* e di rendere fattivo questo processo di decentramento, è stato stipulato, il 1° ottobre 1999, un accordo fra il Governo britannico, quello scozzese e gallese e, nel 2000, anche da quello nordirlandese, denominato *Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements*, al fine di esplicitare “the principles which underlie relations” fra i diversi livelli istituzionali.

Tale atto costituisce il momento applicativo e attuativo degli atti legislativi relativi ai processi di decentramento; tuttavia, il fondamento del documento non è di tipo legislativo, anche se di fatto è stato sottoposto all'esame sia dell'assemblea gallese che dal Parlamento scozzese. Espressamente il *Memorandum* stabilisce che lo stesso e gli accordi posti in essere sulla sua base non sono vincolanti, quindi, rappresenta un semplice strumento di lavoro per i soggetti coinvolti, ma i suoi contenuti non sono obbligatori.

Tuttavia, vale la pena sottolineare come le clausole dell'accordo, seppur non cogenti, sono state osservate e rispettate, stante la consapevolezza che gli strumenti indicati fossero in grado di rendere più fluidi il funzionamento e l'applicazione dei processi di decentramento.

Questo conferma un dato ricorrente dell'ordinamento britannico e cioè il ruolo centrale svolto dalle fonti cosiddette di *soft law*, che integrano le disposizioni precettive di legge. Le indicazioni del *Memorandum* sono “*binding in honour only*” e sono utilizzate come “*working documents*”. In questo modo, seppur non vincolanti, le disposizioni sono osservate in quanto strumentali all'applicazione della normativa primaria; la vincolatività del *Memorandum* dipende, quindi, dalla volontà delle parti di rispettarlo in un'ottica che in Italia può essere assimilata all'osservanza del principio

della leale collaborazione. L'ordinamento britannico ha, quindi, provveduto a introdurre questo principio, nel momento in cui ha affrontato un processo di regionalizzazione del territorio, ritenendo necessario al fine di render funzionale il sistema.

Lo stesso *Memorandum* specifica al punto 7 che “the administrations recognise the importance of co-operation across a range of areas. They also recognise that it may be appropriate for them to undertake activities on each other’s behalf, which may be covered in agency arrangements or other agreements”.

L'affermazione del regionalismo cooperativo, per il quale qualsiasi attività significativa di governo deve essere svolta attraverso l'impegno congiunto e coordinato da parte dello Stato centrale e delle comunità territoriali, produce una fitta rete di relazioni fra i distinti livelli di governo, che si può sostanziare in una molteplicità di attori coinvolti e procedure realizzate.

Fra questi, il *Memorandum* prevede l'istituzione di un *Joint Ministerial Committee*, la realizzazione di *concordats* e l'introduzione di una *motion*, attraverso la quale il Parlamento di Westminster può disciplinare materie riservate alle regioni solo in base a un accordo con l'assemblea legislativa regionale (*Sewel motion*).

Attraverso questi strumenti si produce un esercizio congiunto di competenze che spettano sia allo Stato che agli enti territoriali in uno stesso ambito materiale, producendo una corresponsabilizzazione dell'attività posta in essere. In questo modo, verrebbero ad attenuarsi i profili gerarchici fra Stato e Regioni, per lasciare spazio a quelli relativi alla concertazione su base (quasi) equalitaria di tutti i partecipanti. Siffatta consapevolezza non determina la scomparsa dei rapporti di forza dei singoli livelli istituzionali, ma tende a stemperarsi all'interno di organi, la cui composizione è frutto della partecipazione di ciascun ente governativo e nella determinazione di procedure le cui regole sono consensualmente determinate da parte di ciascun componente.

### 3.2. Il *Joint Ministerial Committee*.

La progressiva affermazione dei principi del *cooperative government* negli ordinamenti composti ha favorito l'istituzione di organi a competenza generale e permanente, in cui contestualmente sono rappresentati i vertici degli esecutivi centrali e decentrati. Nel Regno Unito, il *Memorandum of Understanding* (punto 22) ha previsto la costituzione del *Joint Ministerial Committee*, un organismo composto dal Primo Ministro britannico (o dai suoi delegati), dal Primo Ministro scozzese e Nord Irlandese (o dai loro delegati) del Primo Segretario e di un Ministro dell'Assemblea per il Galles, dai *Secretaries* britannici per la Scozia, Irlanda del Nord e Galles, del *First Secretary* e dell'*Assistant Secretary* gallesi; la Presidenza spetta sempre al *Premier* britannico o a un suo delegato.

Il Comitato ha il compito di monitorare l'applicazione dei *concordats* (v. *infra*) e del *Memorandum*, si configura come un foro competente a conoscere tutte le questioni che possono sorgere relativamente alle materie conferite alle Regioni e non e soprattutto i profili di tangenza e sovrappponibilità fra queste; qualora le amministrazioni lo concordino, nell'organo collegiale è possibile confrontare le discipline realizzate.

zate delle materie conferite alle Regioni nei diversi territori. Questo organo collegiale può essere anche la sede in cui mettere a punto meccanismi di coordinamento fra lo Stato centrale e le autonomie territoriali e dove effettuare scambio di informazioni fra le amministrazioni. Inoltre, c'è da evidenziare che la posizione britannica in seno al Consiglio dei ministri dell'Unione europea è negoziata e precisata all'interno di questo foro e ciò rappresenta un elemento di particolare interesse per le amministrazioni decentrate.

Infine, si riunisce qualora sorga una controversia fra il Governo centrale e quello regionale, che non è stato possibile risolvere o attraverso contatti bilaterali o i buoni uffici dei segretari territoriali di Stato. Quest'ultima funzione è particolarmente significativa, perché – come è noto – nel Regno Unito non esiste una corte giudice dei conflitti fra i poteri dello Stato, è prevista soltanto l'ipotesi che lo Stato centrale possa richiedere la verifica di legittimità degli atti normativi (e non) delle Regioni al fine di verificare che non esorbitino dalle competenze stabilite negli *Acts*, mentre, non è consentito alle autonomie territoriali ricorrere per violazione delle proprie competenze.

Pertanto, il *Committee* colma una lacuna del sistema, anche se in un senso più politico che giurisdizionale. Infatti, altri ordinamenti, in cui pure esiste un giudice dei conflitti, hanno optato per affiancare alle procedure giurisdizionali, strumenti alternativi di risoluzioni delle controversie, prefigurandosi l'obiettivo di evitare in questo modo il conflitto vero e proprio. È il caso, ad esempio, del Comitato di concertazione in Belgio e delle Commissioni bilaterali di cooperazione in Spagna. Il primo è stato istituito con la legge di riforma istituzionale del 9 agosto del 1980, si compone di un egual numero di rappresentanti del Governo federale e dei Governi delle Comunità e delle Regioni e ha il compito di prevenire i conflitti di competenza che possono sorgere in merito all'approvazione di atti aventi forza di legge dello Stato, delle Comunità e delle Regioni. Nell'ambito di questa funzione, il Comitato deve prendere le sue decisioni all'unanimità e, pertanto, ogni componente dispone del diritto di voto; qualora il consenso unanime non venga raggiunto, la proposta che ha richiesto la convocazione del Comitato entra, comunque, in vigore. L'intervento del Comitato di mediazione è, quindi, precedente alla entrata in vigore di un atto potenzialmente lesivo delle competenze dei singoli livelli istituzionali, anche se le sue decisioni sono di natura politica e non giuridica: infatti, non vincolano i destinatari, i quali possono sempre decidere di non accogliere le indicazioni del Comitato.

Analogamente, in Spagna, la legge organica n. 1 del 2000 del Tribunale costituzionale ha stabilito che in caso di controversia fra Stato e Comunità autonome su una legge o un atto avente forza di legge, il termine entro il quale presentare il ricorso da tre mesi si estende a nove, qualora fra le parti sia stata attivata una procedura di conciliazione davanti alla Commissione bilaterale di cooperazione.

### 3.3. I *concordats*

Il *Joint Ministerial Committee* non rappresenta l'unico meccanismo di relazioni intergovernative, infatti, sempre il *Memorandum* espressamente indica che, al fine di

attuare il processo di decentramento, dovranno essere stipulati degli accordi.

Questi ultimi – definiti *concordats* – sono strumentali a un’applicazione uniforme del diritto in alcuni ambiti materiali e sono orientati alla cooperazione amministrativa e allo scambio di informazioni e costituiscono i meccanismi attraverso i quali l’ordinamento britannico ha tentato di risolvere i problemi di cooperazione fra i diversi livelli istituzionali nella fase *post-devolution*. Per utilizzare un’efficace espressione linguistica, essi rappresentano la “glue of a reinvented Union State”. In base al *Memorandum of Understanding*, i rapporti fra le amministrazioni devono svolgersi all’insegna della *confidentiality* e questa espressione può essere un’eco del principio di leale collaborazione, verso il quale si orientano tutti gli ordinamenti composti nelle sue varie declinazioni.

Il *Memorandum of Understanding* individua la necessità di adottare quattro *main concordats* in altrettanti ambiti materiali in cui la necessità di coordinamento e coerenza è ritenuta prioritaria e che sono: i rapporti con l’Unione europea, l’assistenza finanziaria al settore industriale, le relazioni internazionali che possono incidere sulle competenze delle comunità territoriali e le rilevazioni statistiche.

A questi accordi, se ne possono aggiungere altri di tipo specificativo che possono essere stipulati anche in forma bilaterale e che sono gerarchicamente subordinati. Infatti, alcuni *concordats* espressamente prevedono delle clausole che vietano l’abrogazione da parte di accordi attuativi adottati successivamente.

Le materie interessate dai *concordats* bilaterali fra Scozia e il governo britannico sono state, per esempio, le: politiche agricole, sanitarie, culturali, *home affairs*, ambiente, trasporti, sicurezza sociale, pesca e sport. A sua volta, questi *concordats* sono stati affiancati da direttive, circolari come la *Devolution Guidance Notes*, che rappresentano dei documenti di lavoro utili ai funzionari per lo svolgimento delle loro attività e che possono prevedere riunioni di gruppo e condivisione di informazioni.

Un aspetto interessante che emerge, ad esempio, dal *concordat* sull’assistenza finanziaria all’industria riguarda la possibilità che vi debba essere una mutua consultazione qualora si vogliano adottare normative sia di rango primario che secondario sul tema. Inoltre, nell’accordo, il Governo centrale si impegna, nell’ambito delle sue competenze ad individuare le aree territoriali bisognose di interventi finanziari, a consultare le Regioni sulla definizione dei requisiti generali per l’individuazione delle stesse.

Un ulteriore elemento di spiccato significato per le autonomie regionali è previsto nell’allegato comune del *concordat* sulle relazioni internazionali, in cui si stabiliscono i presupposti generali per un’attività internazionale dei livelli istituzionali decentrati nelle materie di loro competenza, in cooperazione con il *Foreign Common Office*. Quest’ultimo deve essere sentito prima che si pongano in essere atti che potrebbero far emergere una responsabilità internazionale. Qualora, invece, le negoziazioni fra Stati abbiano ad oggetto ambiti materiali di competenza delle Regioni, il *concordat* ritiene auspicabile che della delegazione nazionale facciano parte rappresentanti regionali.

La peculiarità di queste disposizioni risiede nel fatto che in questo modo si consente alle amministrazioni decentrate di partecipare alla definizione delle decisioni dello Stato centrale e, pertanto, è condivisibile la riflessione di chi considera questi

strumenti come un mezzo per attenuare la rigida separazione delle competenze, trasformando le materie da esclusive in condivise.

### 3.4. La Sewel motion

Si tratta di una procedura, che trae il suo nome da Lord Sewel, che nella Camera dei Lords, il 21 luglio 1998, quando si stava approvando lo *Scotland Bill* 1997-98 affermò che: “We would expect a convention to be established that Westminster would not normally legislate with regard to devolved matters in Scotland without the consent of the Scottish Parliament”.

L'auspicio di Lord Sewel si basa sul fatto che sia lo *Scotland Act* (art. 28, c. 7) che *Northern Ireland Act* (art. 5, c. 6) stabiliscono che il potere legislativo dei Parlamenti non intacca la supremazia di Westminster, per cui quest'ultimo può legiferare anche in materie devolute. Al fine di temperare questo disposto e in ossequio a quanto auspicato da Lord Sewel, il par. 13 del *Memorandum of Understanding* stabilisce che “The United Kingdom Parliament would not normally legislate on any issue, whether devolved or not” ma che il Governo “will proceed in accordance with the convention that the U.K. Parliament would not normally legislate with regard to devolved matters except with the agreement of the devolved legislature”. Pertanto, la *Sewel motion* attenua questa disposizione, in quanto si perviene a un'intesa in base alla quale *Westminster* non potrà legiferare nelle materie attribuite alle Regioni se non previa intesa.

In sintesi, il Governo – se intende presentare un disegno di una legge in una materia riservata alla Scozia o all'Irlanda – deve darne informazione al governo regionale, attraverso la presentazione di una *Sewel motion*, (*legislative consent motion*). La *Devolution Guidance Note* 10 del 1999 (una sorta di direttiva ministeriale concertata con le istituzioni decentrate) ha stabilito tre tipi di contenuti dei disegni di legge di Westminster che soggiacciono alla procedura *Sewel*: a) legislazione che riguarda materie attribuite alla competenza del Parlamento scozzese; b) leggi che modificano le norme sulla distribuzione di competenze fra Parlamento britannico e scozzese; c) legislazioni che modifica l'assetto delle competenze fra Esecutivo nazionale e decentrato. Una volta che il Governo scozzese è stato informato della volontà da parte di Westminster di legiferare in materie di competenza regionale, questo è obbligato a presentare una mozione, a cui si accompagna il disegno di legge connesso all'alterazione delle competenze stabilite, ed entro due settimane un *memorandum* esplicativo, che deve essere discussa nelle commissioni competenti. La mozione può essere approvata in quelle sedi o, in casi politicamente più delicati, anche dal *plenum* e possono esservi apportati degli emendamenti. Dopo questa fase, la mozione costituisce il presupposto di legittimità perché il Governo centrale presenti un disegno di legge nelle materie di competenza dell'assemblea scozzese.

La procedura esemplificata si presenta – *prima facie* – come abbastanza rispettosa delle competenze dei diversi livelli istituzionali, tuttavia, emergono alcuni elementi di riflessione, il primo dei quali riguarda la possibilità per l'assemblea elettiva nazionale di modificare il disegno di legge che era stato presentato al Parlamento scozzese. Si

tratta di un punto evidentemente delicato, in quanto una soluzione in un senso o in un altro potrebbe qualificare il sistema delle relazioni intergovernative britanniche in un senso più o meno centripeto. La questione è delicata e si presenta in maniera articolata. Da una parte, in ossequio al principio della supremazia parlamentare, che costituisce proprio il titolo legittimante per legiferare in ambiti materiali riservati all'autonomia scozzese da parte del Parlamento di *Westminster*, quest'ultimo potrebbe disporre della competenza a modificare unilateralmente il disegno di legge. D'altra parte, è indubbio che tale unilateralismo potrebbe incidere profondamente sulla collaborazione che finora si è instaurata fra le istituzioni centrali e quelle territoriali.

La soluzione prefigurata nel Regno Unito tenta di armonizzare queste due prospettive: infatti, la *Devolution Guidance Note* 10 del 1999, al punto 17 dispone che, qualora il governo intendesse porre degli emendamenti, i dipartimenti nazionali devono sentire (*approach*) il governo scozzese e informarlo degli orientamenti parlamentari. Qualora vi sia un dissenso espresso da parte del governo scozzese la legge può dispiagare i suoi effetti *ad interim*. Il Governo scozzese, inoltre, in suo *Memorandum* ha formalmente auspicato l'obbligo per *Westminster* di richiedere un ulteriore passaggio davanti al Parlamento scozzese, qualora il disegno di legge valicasse i termini espressi nella mozione.

Il meccanismo della *Sewel motion* rappresenta una soluzione procedurale a un'attribuzione negoziata delle competenze (sia pure unidirezionale e cioè dalle Regioni verso il centro) alternativa alla cristallizzazione del riparto compresa in un atto legislativo. L'elemento di garanzia è costituito dall'assenso espresso dall'organo rappresentativo alla sottrazione delle proprie competenze. La soluzione britannica obbliga il livello istituzionale centrale a informare e confrontarsi con quello decentrato ma non si spinge fino a teorizzare un vero e proprio obbligo di sottoporsi nuovamente a un confronto parlamentare, lasciando sullo sfondo la possibilità di un contrasto insanabile, verosimilmente non configurabile ma teoricamente possibile. L'orientamento invocato dallo *Scottish Executive*, consistente nell'obbligo dell'ulteriore passaggio in assemblea, sembra essere ampiamente condivisibile e rispettoso delle prerogative territoriali, le quali altrimenti potrebbero trovarsi di fatto depauperate di una serie di competenze.

Il quadro finora riportato tende a enfatizzare il momento consensuale e di incontro fra i livelli istituzionali come elemento fondativo e fluidificante del sistema delle autonomie. E sempre in questa ottica, si potrebbe trovare la soluzione a un problema connesso alla *Sewel motion* (per adesso soltanto teorico) riguardante le modalità con le quali il Parlamento di *Holyrood* potrebbe riappropriarsi degli ambiti competenziali ceduti consensualmente. A questo proposito si sono prefigurate due soluzioni: la prima opterebbe per un "rimpatrio" legislativo in via di fatto, cioè il Parlamento scozzese legiferando in quei settori potrebbe derogare alla normativa nazionale, posto che lo *Scotland Act* espressamente prevede la possibilità di deroga; una seconda alternativa, invece, imporrebbe – in maniera simmetrica al procedimento della *Sewel motion* – l'obbligo di manifestare alla *House of Commons* l'intento di legiferare nelle materie "cedute" e sottoporre la richiesta all'assenso del Parlamento centrale.

La prima soluzione avrebbe il pregio dell'immediatezza e della celerità ma potreb-

be apparire una violazione di una sorta di cortesia istituzionale, che dovrebbe informare tutti i rapporti fra gli organi dello Stato-comunità. In fondo, la *Sewel motion* nasce come una procedura per temperare il dato legislativo, che espressamente stabiliva che lo Stato centrale potesse interferire nelle materie regionali ed è introdotta autonomamente dagli organi statali che, di fatto, autolimitano il proprio potere. Pertanto, anche il procedimento inverso, che farebbe rifluire verso il basso le competenze dovrebbe trovare preliminarmente il consenso degli organi statali, anche al fine di mantenere l'unitarietà del sistema. Tuttavia, vale la pena ricordare che lo *Scottish Parliament's Procedures Committee*, in suo rapporto del 2005, ha evidenziato che il consenso scozzese a una *Sewel motion* non fa venire meno “its power to legislate itself in that area (including by varying or even repealing any Westminster legislation to which it previously consented)”.

I dati fanno emergere la tendenza a ricorrere in una certa misura alla mozione da parte dello Stato centrale, che non ha mancato di alimentare alcune critiche da parte di coloro che ne auspicherebbero un uso più limitato. Lo stesso Lord Sewel si è lamentato dell'adulterazione del meccanismo da lui introdotto, sostenendo che: “the Parliament should be cautious in using the Sewel route for matter of major policy, especially where the policy is contested and a matter of controversy. ... To have recourse to Sewel motions in these circumstances would be a negation of the ‘spirit’ of the devolution settlement, a denial of the proper purpose of a parliament and an attenuation of political accountability”. In particolare, Lord Sewel ha evidenziato come – di fatto – la concertazione ha come attori principali gli esecutivi, in particolare quello scozzese, piuttosto che i parlamenti: “The use of Sewel motions in relations to modifying the powers of Scottish ministers is both constitutionally questionable and confusing. The Convention is being used for a purpose for which it was not originally intended”.

Ad analoghe conclusioni è pervenuto lo *Scottish Parliament's Procedures Committee* che ha sottolineato come vi sia una “perception of an Executive-driven process in which the Parliamentry role is secondary”. Pertanto, anche nel Regno Unito si sottolinea che concretamente i rapporti centro-periferia siano affetti dal cosiddetto *deficit* democratico. Tale critica aleggia in maniera più o meno significativa in tutti gli ordinamenti composti e consegue a una tendenza che ivi si sarebbe affermata, consistente nello spostamento del baricentro a favore delle compagini governative, (anche nelle forme di governo parlamentare) rispetto alle assemblee democraticamente elette.

Le ragioni che hanno indotto all'utilizzo abbastanza frequente della *Sewel motion* possono essere rinvenute nell'opportunità di non creare doppioni normativi e nella necessità di salvaguardare le esigenze unitarie ed effettivamente queste sono state le motivazioni addotte dall'esecutivo scozzese, al momento della presentazione della motion.

### 3.5. Il British-Irish Council, il North South Committee e la British-Irish Intergovernmental Conference.

Questi organismi sono stati previsti dal *Good Friday Agreement* del 1998 e poi recepiti nel *Northern Ireland Act* o nel *British-Irish Agreement*, al fine di creare degli anelli di collegamento fra il Regno Unito e la Repubblica dell'Eire.

Il *British-Irish Council* è conosciuto anche come *Council of Isles* e presenta peculiarità costituite dal fatto che il motivo ispiratore per la sua istituzione è dato dalla caratteristica della insularità. Vi partecipano, infatti, esponenti del Governo britannico, del Parlamento scozzese, dell'Assemblea gallese e dei rappresentanti dell'Isle of Man e delle Channel Islands. I suoi compiti sono: "to promote the harmonious and mutually beneficial development of the totality of relationships among the peoples of these islands ... the BIC will exchange information, discuss, consult and use best endeavours to reach agreement on co-operation on matters of mutual interest within the competence of the relevant administrations".

Il modello di riferimento per questo organismo è stato il *Nordic Council*, costituitosi nel 1952 e composto da 52 membri suddivisi fra parlamentari di Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia, Svezia e i rappresentanti delle Isole Faroe, Aland e della Groenlandia. E come il suo epigono raccoglie esponenti di Stati nazionali diversi e ha una funzione di coordinamento, soprattutto per quanto riguarda la definizione di una politica comune in ambito comunitario.

Per quanto riguarda il *British-Irish Council*, le priorità delle aree di intervento furono decise nella prima riunione, svoltasi a Londra nel dicembre del 1999 e sono: agricoltura, sanità, questioni regionali, relazioni fra parlamenti, energia, cultura, turismo, sport, istruzione, rapporti con l'Unione Europea, tutela delle minoranze, delle lingue, sistema carcerario (incluso la libertà vigilata). Tuttavia, una significativa attività si è realizzata successivamente nel campo ambientale, dell'abuso di droghe, dell'economia, dell'inclusione sociale, trasporti, telemedicina, turismo, tutela delle minoranze, anche linguistiche.

Gli incontri, in un primo momento previsti semestralmente, ma di fatto avvenuti annualmente, hanno rappresentato l'occasione per realizzare una serie di contatti e dibattito, al fine di scambiarsi esperienze realizzate su settori comuni e hanno avuto il pregio di realizzare un tentativo di coordinamento di tipo amministrativo.

Un aspetto positivo di questo *forum* è costituito dal fatto che, formalmente, i rappresentanti delle collettività territoriali godono di un'eguale rappresentanza rispetto agli ordinamenti nazionali, sia britannici che irlandesi e si ritiene che questo costituisca uno strumento per incrementare il peso delle autonomie territoriali e che addirittura favorisca la causa della regionalizzazione dell'Inghilterra.

Infine, non è da sottovalutare il fatto che, nonostante le difficoltà politiche del processo di *devolution* irlandese, culminato in una sua formale sospensione, il *British-Irish Council* ha continuato a riunirsi e a costituire un carsico strumento di relazione fra i Governi britannici, irlandesi e i rappresentanti dell'Ulster, contribuendo forse alla ripresa delle trattative, culminate con gli Accordi di *St. Andrews* del 2006.

Come il precedente organismo di cooperazione, anche il *North-South Ministerial*

*Committee* è stato previsto dal *Northern Ireland Act* ed è composto dai ministri dei Governi dell'Irlanda del Nord e della Repubblica irlandese.

La legge stabiliva che il Comitato avrebbe dovuto individuare dodici ambiti di cooperazione; in sei settori le indicazioni del *Committee* avrebbero dovuto essere implementate dagli organi nazionali competenti; mentre, in altri sei ambiti, queste avrebbero dovuto essere realizzate da istituzioni costituite da rappresentanti delle amministrazioni dell'Irlanda del Nord e della Repubblica irlandese.

Vi è un ulteriore organismo di cooperazione costituito dal *British–Irish Intergovernmental Conference*, previsto dal *British–Irish Agreement*. La conferenza è formata da rappresentanti dei Governi britannici e irlandesi ed è previsto anche un Segretariato congiunto. Le sue funzioni sono finalizzate alla creazione delle *Human Rights and Equality Commissions*: il rilascio anticipato di terroristi detenuti, il disarmo delle fazioni militari e le prospettive di riforma del sistema penale e di pubblica sicurezza. Un'altra peculiarità, forse ancora più significativa, è che queste materie, connesse alla sicurezza pubblica, sono di competenza esclusiva del livello istituzionale centrale, pertanto, ciò contribuisce, ancora una volta, all'idea che la cooperazione possa essere utile anche a rendere maggiormente flessibile il sistema delle competenze.

La specificità di tutti questi organismi è costituita dal fatto che viene realizzata una cooperazione a dimensione internazionale e locale, cioè da una parte vi sono Stati sovrani quali il Regno Unito e l'Eire e dall'altra vi è la comunità territoriale dell'Ulster, per cui le *regional matters* possono trovare una loro più adeguata *implementation* attraverso una cooperazione internazionale.

Tale peculiarità si deve sicuramente alla specialità della situazione nordirlandese, ma si può collocare anche in una tendenza presente anche in altri ordinamenti decentrati quali gli Stati Uniti che hanno costituito un *International Committee* al fine di favorire la cooperazione con le Province canadesi, che risultano affiliate al *Council of States Governments*, che è un altro organismo statunitense della cooperazione intergovernativa.

## 5. Conclusioni.

La rapida panoramica degli strumenti della cooperazione introdotti nel Regno Unito induce ad alcune riflessioni.

La prima riguarda le fonti che disciplinano questo importante aspetto, che sono o di rango primario (per quanto concerne l'Ulster) o si configurano come intese a livello amministrativo (*bureaucratic law*): le prime sono giuridicamente vincolanti, al contrario delle seconde. Queste ultime, però, si presentano largamente codificate e specifiche e paradossalmente, anche se non espressamente vincolanti, rappresentano un *vademecum* quasi insuperabile per i funzionari governativi e l'amministrazione (sia nazionale che regionale), ai quali si lascia scarsa discrezionalità in proposito, se non quella di ignorare completamente queste fonti, scelta che, però, si presenta impercorribile politicamente.

Una seconda riflessione è parzialmente connessa alla prima e riguarda il grado di

vincolatività degli accordi realizzati fra le componenti dell'apparato esecutivo negli organismi multilaterali. In generale, l'obbligatorietà delle intese si situa – in un'ipotetica scala – a un livello decisamente basso, queste sono da considerarsi dei *gentlemen's agreements*. Sono accordi più politici che giuridici ma, volendo andare al di là di questa *summa divisio*, è possibile notare come – di fatto – i contenuti degli accordi siano osservati e rispettati come se costituissero diritto positivo. Ciò significa che la definizione di *soft law* continua ad avere un suo fondamento teorico, ma sfuma in una dimensione più fattuale. Certo, il Regno Unito non si qualifica come quegli ordinamenti in cui gli accordi costituiscono il parametro di giudizio per verificare la legittimità degli atti normativi conseguenti ovvero non assumono una tale forza giuridica in base alla quale non possono essere modificati unilateralmente; non a caso la terminologia usata per definire le conclusioni emerse negli incontri fra esecutivi è quello di *concordat* e non di *contract*, di *agreement* e non di *decision*. Tuttavia, non può sfuggire che sussista nei vari ordinamenti un principio generalmente riconosciuto quale quello di *pacta sunt servanda*, che contribuisce inequivocabilmente a conferire stabilità a queste decisioni, anche se non giustiziabilità.

Il problema del rispetto degli accordi e dell'eventuale modifica unilaterale degli stessi da parte degli organi rappresentativi è un problema che emerge in maniera diversificata in molti Stati composti.

In Italia, ad esempio, la Corte costituzionale ha ribadito la piena competenza delle assemblee legislative nazionali a modificare gli accordi stipulati con le autonomie regionali, non accogliendo, quindi, la posizione regionale che riteneva che la manifestazione del dissenso regionale – espresso in Conferenza Stato-Regioni non accolto dagli organi statali – potesse essere causa di annullamento di un atto normativo. Una risposta coerente a questa impostazione da parte dell'organo di giustizia costituzionale avrebbe proiettato la Conferenza fuori da quella zona di “limbo” in cui si è sempre trovata e le avrebbe conferito un ruolo non più meramente consultivo ma di cogestione dei processi che investono le autonomie territoriali. Malgrado ciò, questo orientamento non è riuscito ad attecchire, anzi è stato più volte respinto. Nella sentenza n. 437 del 2001 alcune Regioni avevano ricorso davanti all'organo di giustizia costituzionale, lamentando che la legge finanziaria del 2000 aveva istituito un fondo con una dotazione finanziaria minore di quanto concordato in Conferenza e questo – a giudizio delle ricorrenti – rappresentava una violazione del principio di leale collaborazione. Tuttavia, la posizione delle Regioni, finalizzata a far acquisire valore precettivo agli accordi conclusi in Conferenza, non è stata accolta dall'organo di giustizia costituzionale, il quale ha sostenuto “che mancano i presupposti per poter ritenerle le determinazioni legislative impugnate condizionate, sotto il profilo procedurale o sotto quello sostanziale, ad accordi di tal genere. Le procedure di cooperazione o di concertazione possono infatti rilevare ai fini dello scrutinio di legittimità di atti legislativi, solo in quanto l'osservanza delle stesse sia imposta, direttamente o indirettamente, dalla Costituzione: il che nella specie non si verifica. Né il principio di leale collaborazione fra Stato e Regioni può esser dilatato fino a trarne condizionamenti, non altrimenti riconducibili alla Costituzione, rispetto alla formazione e al contenuto delle leggi.” Sostanzialmente, la Corte sostenne che il procedimento legislativo obbedisce alle

disposizioni dell'art. 72 della Costituzione e, quindi, qualsiasi altro onere procedurale non può essere imposto alle Camere.

Sul punto emergono, però, altre tendenze a livello comparato: in Belgio, gli accordi fra Stato e livelli istituzionali territoriali rappresentano una fase necessaria nel procedimento di formazione degli atti con valore legislativo e il loro mutamento non può essere operato unilateralmente dalle assemblee rappresentative, ma può avvenire solo con il consenso degli esecutivi che hanno concluso l'accordo, a seguito di un'ulteriore procedura negoziale. Sempre in questo senso si registra l'esperienza dell'Austria, dove la Corte costituzionale utilizza gli accordi come parametro di legittimità delle leggi di recepimento degli stessi, conferendo loro il rango di norma interposta.

Un terzo elemento di riflessione concernente il sistema delle relazioni intergovernative riguarda il ruolo svolto dai rappresentanti degli esecutivi nei processi di cooperazione. Infatti, in questi ambiti, come abbiamo già sottolineato a proposito della Sewel *motion*, risulta esservi una sovraesposizione degli apparati governativi. Infatti, possono nascere delle perplessità sulla possibilità che i diritti delle autonomie siano efficacemente tutelati dagli esponenti dell'apparato esecutivo o dalle burocrazie. Infatti, il circuito decisionale di esclusivo appannaggio della componente governativa non è immune da critiche per quanto riguarda il supposto “*deficit democratico*” che questo presenterebbe. Lo spostamento del baricentro dagli organi legislativi democraticamente eletti a quelli esecutivi prefigura una riduzione del tasso di democraticità del sistema, in quanto si ridimensiona il ruolo delle assemblee legislative. Ora, senza voler schierarsi a favore o contro questa tesi, preme sottolineare come le relazioni intergovernative si configuri, semmai, come un effetto della prevalenza degli organi esecutivi nell'ordinamento piuttosto che una causa del fenomeno stesso. Pertanto, sarebbe necessario ripensare i rapporti fra il potere legislativo ed esecutivo in generale, piuttosto che appuntare delle critiche – sotto questo profilo – al sistema delle relazioni intergovernative, che rappresenta soltanto una manifestazione dell'alterazione di questo rapporto.

Piuttosto, al fine di superare le critiche ora esposte, parrebbe più proficuo modificare alcuni profili relativi alle modalità di realizzazione della cooperazione intergovernativa, coinvolgendo in maniera più significativa gli organi rappresentativi e operando un processo di trasparenza dell'attività dell'organismo collegiale.

Per quanto riguarda il primo fattore, la questione concerne i rapporti fra gli esecutivi delle autonomie territoriali e le rispettive assemblee, i quali molto spesso sono effettivamente esclusi dal circuito decisionale. Per questo motivo, sarebbe auspicabile che si svolgesse nelle camere rappresentative decentrate una discussione preventiva sugli argomenti posti all'ordine del giorno, in modo che l'organo elettivo fosse in grado di essere messo a conoscenza delle questioni affrontate e così potesse divenire idoneo a porre in essere un potere di direttiva nei confronti degli esecutivi nella cosiddetta fase ascendente. A questo proposito sembra che vadano in questa direzione gli Accordi di St. Andrews, laddove si stabilisce che il Primo Ministro irlandese e il *Deputy First Minister* devono fornire all'Assemblea in congruo anticipo, la data, l'ordine del giorno e i nominativi dei Ministri che parteciperanno alle riunioni del *North South Ministerial Council* e del *British-Irish Council*. Inoltre, al termine degli incon-

tri i vertici dei dicasteri presenti alle riunioni debbono stilare un rapporto sugli esiti degli incontri da inviare, oltre che all'*Executive Committee*, anche all'organo rappresentativo.

Per quanto riguarda, invece, il secondo fattore e cioè l'assenza di trasparenza, si potrebbe immaginare di conferire una congrua pubblicità degli esiti delle sedute, di cui in genere esiste solo un verbale succinto e non sono esplicitati i voti espressi, in modo da ridurre le critiche relative all'opacità dell'*iter* decisionale delle relazioni intergovernative. Sarebbe sufficiente che gli atti scaturenti dagli incontri fossero resi pubblici tramite pubblicazione su organi ufficiali ovvero vi fossero resoconti disponibili su supporti cartacei o informatici. Proprio in questo senso, si è espresso il *Report* del *Selected Committee on the Constitution of the House of Lords* del 2003 che fra i suoi *desiderata* ha espresso l'auspicio che vi sia maggiore accuratezza nella stesura dei verbali al fine di favorire la trasparenza e che vi sia un maggior coinvolgimento delle assemblee.

## V.3 - Esperienze di regionalizzazione del Parlamento in alcuni paesi del *commonwealth* britannico

**Sommario: 1. Il Senato come Camera territoriale. 2. I modelli culturali. 3. Il ruolo della Camera alta nei vari sistemi federali di Canada, Australia e Sudafrica. 4. Conclusioni.**

### 1. Il Senato come Camera territoriale.

L'esperienza comparata degli Stati (e non solo federali) offre come elemento comune l'esistenza di una seconda Camera. Questa realtà affonda le sue radici storiche nel pensiero di Montesquieu che nel 1748, nel suo *L'Esprit de lois*, teorizzava, oltre la separazione dei poteri all'interno degli ordinamenti, anche una divisione interna degli stessi poteri. La posizione del filosofo francese prendeva spunto dalla sua convinzione che le libertà individuali dovevano essere garantite di fronte a qualsiasi potere e, in quest'ottica, si inscrive il suo desiderio di porre limiti anche alla sovranità dell'Assemblea. Su queste basi, quindi, si sviluppa il principio del bicameralismo – già peraltro patrimonio della tradizione anglosassone – in cui le due camere esercitano la funzione parlamentare sulla base delle disposizioni costituzionali.

Se, secondo la tradizione francese e anglosassone la presenza di due organi parlamentari si legittimava con l'esigenza di salvaguardia dei diritti dei cittadini, la medesima radice giustificativa di garanzia può essere riproposta per gli Stati federali, nei quali emerge un problema relativo alle loro comunità territoriali e al loro diritto di rappresentanza.

Per questa ragione, negli Stati federali tradizionalmente la seconda Camera è stata concepita come un'assemblea di rappresentazione degli interessi delle comunità territoriali. Durante la Convenzione di Philadelphia si fronteggiarono due correnti: quella unitaria che prospettava ipotesi organizzative per la struttura dello Stato, che non lasciavano spazio per l'indipendenza degli Stati e quella pluralistica che, al contrario, si poneva come strenuo difensore della sovranità degli Stati. Il compromesso storicamente avvenuto fra le due posizioni produsse – come soluzione per la composizione del legislativo – l'esistenza di due assemblee: la prima, voluta dai fautori dell'Unione, che reclamavano la rappresentanza proporzionale della popolazione; la seconda in cui vi fosse una rappresentanza uguale per ciascun Stato. La soluzione compromissoria che vide la creazione della Assemblea dei rappresentanti, sacrificando la sovranità degli Stati e del Senato, in cui furono recessive le istanze dell'Unione rappresenta il primo modello di Costituzione federale.

Attraverso la Camera degli Stati, si sostanzia, quindi, il principio della partecipazione dei componenti della Federazione al funzionamento dello Stato centrale e siffatto elemento si configura come *condicio sine qua non* per affermare l'esistenza di un sistema federale. In questo senso, la letteratura è sterminata, infatti, molti autori

considerano di strategica importanza la fase partecipativa delle entità federate alla formazione della volontà politica dello Stato attraverso la creazione di una seconda Camera.

In questo modo, le entità territoriali, partecipando alla funzione legislativa federale, acquisirebbero (o recupererebbero, nel caso ci trovassimo di fronte a transizioni da forme confederali) parte di sovranità. Resta, dunque, cruciale la condivisione della potestà normativa del Senato con la Camera bassa, anche se, in seguito a questa affermazione, si aprono i problemi relativi alla concreta modellazione delle funzioni della seconda Camera. Emergono, infatti, due concezioni: la prima – di ambito più ristretto – prevede che il Senato partecipi alla funzione legislativa solamente per la legislazione riguardante il sistema delle competenze e gli interessi locali; la seconda, invece, parte dal presupposto che tutta la produzione normativa possa avere riflessi sul sistema delle autonomie locali: soprattutto, in alcune forme, quali quelle della revisione costituzionale e di ratifica dei trattati internazionali.

A ben vedere, dunque, la presenza di una Camera degli Stati costituisce una priorità per l'esistenza stessa di una forma di Stato pluralistico e consolida la preminenza del bicameralismo nel panorama costituzionale a livello comparato. Tuttavia, al di là della registrazione di una realtà esistente, è indubbio che le attuali Camere di rappresentanza delle entità federate conoscono una crisi di legittimazione e da più parti se ne appunta l'insufficienza o l'inadeguatezza rispetto alle dinamiche federalistiche, prospettando altre ipotesi organizzative che, addirittura, farebbero prefigurare la scomparsa di una Camera territoriale.

L'esempio del Senato canadese e australiano è emblematico. Per il paese d'oltreatlantico, lo scarso peso dell'istituzione, attribuibile al sistema di nomina dei senatori, ha spinto da una parte, a progettare una modifica della sua struttura, dall'altra, ha indubbiamente indotto a privilegiare altri meccanismi di cooperazione ed interazione fra il governo federale e le Province. In particolare, nell'ambito del commercio estero, materia di competenza federale, le comunità territoriali hanno preso parte attivamente alla stipula degli accordi internazionali (per esempio, CUFTA e NAFTA), mediante una fitta serie di incontri fra i propri esecutivi e i negoziatori federali; spinendo ad affermare che l'esistenza a livello centrale di un organo di rappresentanza sarebbe stato in misura minore portatore delle istanze regionali. In senso analogo, si muove l'esperienza australiana, in cui viene sottolineato il fatto che il Senato sia un'istituzione "Cenerentola" e pertanto, se ne richiede un'incisiva riforma e contestualmente vengono privilegiate e auspicate forme di coordinamento fra gli esecutivi quali le *Special Premier's Conferences* e il *Council of Australian Governments*.

Il fenomeno sembra interessare anche lo Stato federale per eccellenza, gli Stati Uniti, in cui da una parte è in atto un processo per il quale vengono utilizzate forme di coordinamento fra i singoli Stati e lo Stato centrale e fra una pluralità di Stati federati, dall'altra è innegabile il tramonto del Senato americano come luogo di difesa degli interessi degli Stati, configurandosi invece come un'assemblea investita da un processo crescente di nazionalizzazione piuttosto che di rappresentanza delle istanze decentrate.

Nonostante, quindi, la storica tradizione che pone la seconda Camera come ele-

mento irrinunciabile per la caratterizzazione di uno Stato federale, da più parti vengono registrati elementi di criticità destinati a trovare eco sia nella dottrina che fra le forze politiche. In particolare, vengono sottolineati i profili legati alla snellezza del procedimento legislativo, il quale sarebbe rallentato dall'obbligo della seconda lettura da parte del Senato, inoltre, laddove il procedimento elettivo della Camera alta riproduca nelle sue caratteristiche essenziali quello dell'altra assemblea, viene messo in rilievo come il Senato non sia più identificabile come una Camera degli Stati, tradendo, quindi, la sua *ratio* ispiratrice; infine, poiché gli Stati moderni hanno la necessità di assolvere a un numero sempre maggiore di funzioni, emergerebbe la necessità di specificare gli ambiti di competenza spettanti o allo Stato centrale o alle entità federali e per questo le riunioni fra esponenti dell'apparato esecutivo garantirebbero maggiore preparazione tecnica, rapidità nelle decisioni e precisione nelle definizioni.

Pertanto, se da un lato vengono formulate proposte di revisione, non mancano voci autorevoli di chi si dimostrerebbe maggiormente favorevole ad altri strumenti di partecipazione delle comunità territoriali all'organizzazione centrale dello Stato. Sembra, infatti, che laddove si assista ad esperienze federali consolidate, la presenza di un'assemblea rappresentativa della popolazione delle entità regionali non sembra più essere un dato irrinunciabile, privilegiando, invece, più la dimensione efficientista, legata alla snellezza e alla celerità delle deliberazioni; elementi che meglio sembrano essere raggiunti attraverso il coordinamento fra gli esecutivi.

Tuttavia suscita molti scetticismi la possibilità che i diritti delle autonomie siano efficacemente tutelati dagli esponenti dell'apparato esecutivo, dalle burocrazie, dalle comunità stesse o da organi giurisdizionali, in mancanza di una struttura organizzativa che legislativamente e politicamente non rappresenti in maniera continuativa e costante le esigenze del decentramento.

Un altro effetto sarebbe costituito dal fatto che l'assenza di una Camera territoriale depaupererebbe l'ordinamento di "una importante funzione di coesione dell'insieme federale". Infatti, il coinvolgimento delle entità territoriali nelle funzioni di indirizzo politico e, quindi, in definitiva nell'elaborazione delle grandi scelte della politica nazionale rafforza l'*idem sentire* delle popolazioni e, meglio consentirebbe di trovare un punto di equilibrio fra l'unità mantenuta nella pluralità, fra l'organicità e il frazionamento, rinsaldando le istanze unitarie di recente, e in più parti del mondo, sottoposte a tensioni.

Pertanto, seppur vero che il concetto di Senato come Camera delle autonomie nello svolgimento della vita concreta di Stati decentrati mostra degli elementi di debolezza, il suo abbandono automaticamente non condurrebbe a una maggiore fluidità dei rapporti fra Stato centrale e comunità territoriali e soprattutto, priverebbe queste ultime di una copertura garantistica. Pertanto, sembra auspicabile che, facendo tesoro dell'esperienza maturata nei diversi ordinamenti si proceda sulla via di riforme costituzionali della composizione e funzioni della Seconda Camera, a cui andrebbero affiancati altri strumenti partecipativi più consoni alle nuove e crescenti funzioni dei moderni stati.

In una prospettiva simile, si colloca l'esperienza del Regno Unito, il quale sembra aver decisamente intrapreso la strada verso un progetto di abolizione della Camera dei *Lords* e contestualmente verso la realizzazione di forme di autonomie regionali, costi-

tuendo Camere legislative in Scozia, Galles e Irlanda del Nord. Al di là dei poteri concretamente attribuiti a queste assemblee, in una prospettiva di decentramento della Gran Bretagna, il processo costituzionale in atto sembra di indubbia rilevanza. Infatti, si profilerebbe, da una parte l'attività dei Parlamenti regionali che si confronterebbero o si opporrebbero al Legislativo centrale, senza però avere una sede in cui elaborare una strategia comune per realizzare il miglior decentramento per ognuna e, soprattutto, per poter partecipare alla definizione delle grandi scelte di politica nazionale, che più o meno direttamente potrebbero avere ripercussioni sul proprio *status* di autonomia. Le relazioni sarebbero costruite interamente in chiave bilaterale, in cui autonomamente ogni Regione si presenterebbe al negoziato con le istituzioni centrali con l'obiettivo di soddisfare le proprie esigenze.

Il mutamento di prospettiva non è di poco conto, infatti, l'accantonamento dell'ipotesi di realizzare una Camera territoriale e la contemporanea volontà di procedere nella direzione di una *devolution* dei poteri si presentano come eventi gravidi di conseguenze. La prima è che viene abbandonato l'assioma per il quale sia necessaria un'assise che funzioni come difesa degli interessi territoriali all'interno della struttura centrale dello Stato, lasciando in capo alle singole entità subnazionali tutto l'onere e la responsabilità di "contrattare" con l'organizzazione centrale la dimensione stessa della propria autonomia.

## 2. I modelli culturali.

Nel XV-XVI secolo inizia la colonizzazione europea che interesserà gradualmente tutti i continenti extraeuropei e che conquisterà alla gestione socio-politica, giuridico-istituzionale ed economica popolazioni e territori prescindendo dalla loro comunanza etnica o di civiltà. In questo periodo storico, l'apporto delle popolazioni e delle comunità locali assume un ruolo subordinato e passivo. Tuttavia, si costruisce una nuova e diversa cultura, influenzata dalla dominazione europea, la quale lascia in eredità alle nuove nazioni alcuni valori che contribuiscono alla costruzione delle società contemporanee. Per tutto questo viene a crearsi un'omogeneità politico-amministrativa che finisce per avere delle tendenze comuni in tutti i continenti.

I modelli costituzionali delle potenze coloniali rappresentavano esempi da imitare per i neo-Stati extraeuropei che avevano avuto accesso all'indipendenza. Pertanto, si innesca una circolazione di modelli culturali provenienti dalle Madrepatrie che finiscono per informare significativamente gli ordinamenti delle *ex-colonie*. In modo significativo, questo fenomeno si verifica per gli *ex possedimenti britannici*, i quali accedono all'indipendenza grazie a un atto unilaterale del Regno Unito.

Il processo che determina le tappe dell'indipendenza dei territori coloniali è sicuramente determinato dagli incipienti fenomeni di espansione dei mercati mondiali alla fine del XIX secolo. In questo periodo, sembra essere recessivo l'attaccamento delle potenze ai territori coloniali, preferendo allo sforzo per l'ampliamento o la conservazione degli imperi, l'allargamento e il consolidamento di sfere di influenza. Pertanto, fra la fine del XVIII secolo e l'inizio del XIX si è portati a mutare la prospettiva, in quanto più che mantenere le colonie, queste ultime vengono percepite come Stati da

rifornire, interessanti per le aree di mercato che significano. E in questa tendenza si inscrive il processo di indipendenza che da territori coloniali, passano allo *status* di *dominion*.

In questo processo, molti Stati sono coinvolti: al Canada, viene attribuito il rango di nazione con il *British North America Act* del 1867. Analoga soluzione viene prospettata per il Sudafrica, dove le guerre anglo-boere creavano situazioni permanenti di conflitto tra inglesi, boeri e le popolazioni indigene; i quattro stati interessati del Capo, Natal, Orange e Transvaal si costituiscono nel 1910 in Unione Sudafricana, dandosi una propria Costituzione e accogliendo lo *status* di *dominion*. Il riconoscimento del diritto all'autogoverno all'Australia avverrà nel 1851, mentre alla Nuova Zelanda sarà attribuito nel 1856.

Si assiste sostanzialmente nel mondo anglosassone al progressivo accoglimento di idee di stampo federativo, elemento curioso dato il tradizionale modello centralistico del Regno Unito.

Tuttavia, pur nella eterogeneità delle esperienze delle *ex-colonie*, merita rilevare che i paesi che più significativamente hanno fatto parte dell'Impero britannico (Canada, Australia, India e con le sue peculiarità il Sudafrica) sono Stati federali e tutti accolgono il modello della seconda Camera rappresentativa delle comunità territoriali.

Le ragioni di una siffatta scelta possono essere legate alle vicende storiche di questi paesi, che, comunque, sono un agglomerato di territori sparsi, e soprattutto, raccolgono al proprio interno comunità linguistiche o etniche assai diversificate, dall'altra può essere l'estensione della superficie territoriale che con l'accoglimento di un disegno costituzionale federale permetteva una maggiore agilità organizzativa.

La struttura del *Commonwealth* basata, almeno in via di principio, su uno statuto di tipo federale, faceva sì che i rapporti fra Stato centrale e Stato membro "venivano a configurarsi come una vera e propria Costituzione nella Costituzione" e questo anche dopo l'adozione dello Statuto di Westminster del 1931 in cui esplicitamente si riconosce il principio di egualanza fra il Regno Unito e gli *ex dominions*. Tuttavia, essendo le Costituzioni delle *ex colonie* "ottriate", l'impronta formativa del modello anglosassone sarà sempre forte al di là delle situazioni contingenti in cui si trovano i singoli Stati e questo si ripropone anche nella scelta del modulo organizzativo della seconda Camera.

La Gran Bretagna, che si è messa sul cammino delle riforme in direzione di un maggior decentramento, potrebbe recepire dalle sue *ex colonie* suggerimenti e suggestioni consolidatisi in anni di esperienze di tipo federalistico, in un processo imitativo che, in un primo momento, alla fine del secolo scorso aveva visto la Madre Patria come un modello da emulare e che ora, invece, si ripropone in termini invertiti.

### **3. Il ruolo della Camera alta nei vari sistemi federali di Canada, Australia e Sudafrica.**

#### *3.1 Il Senato canadese.*

La parabola costituzionale del Canada si presenta peculiare e significativa rispetto agli elementi identificati in precedenza.

Stante l'ingegneria istituzionale con la quale è stato costruito il Senato canadese le relazioni fra centro e periferia si sono snodate attraverso processi di partecipazione maggiormente legati all'“*interstate federalism*” (un meccanismo di rappresentazione degli interessi subnazionali attraverso la contrattazione intergovernativa) più che all'“*intrastate federalism*” (fenomeno per il quale gli interessi regionali trovano spazio e visibilità attraverso le istituzioni centrali, quale potrebbe essere la Camera alta).

Il coinvolgimento degli apparati degli esecutivi negli Stati federali presenta indubbiamente il pregio di fornire un coordinamento fra i livelli di governo, tuttavia, non è immune da problemi: poiché i rappresentanti delle Province si muovono come strenui ed accaniti difensori degli interessi delle proprie comunità territoriali e in questa dinamica rimangono esclusi dalla rappresentazione interessi sociali non organizzati territorialmente come le donne, i gruppi aborigeni, le organizzazioni per i diritti del *Welfare* e associazioni sindacali che lamentano un'esclusione da questo circuito negoziale. Il problema della tutela, infatti, di interessi o gruppi che non possono trovare rappresentanza attraverso il procedimento elettorale per la Camera bassa potrebbe essere risolto attraverso meccanismi compensatori che consentirebbero una loro visibilità nella seconda Camera, quindi, un Senato non solo come rappresentante degli Stati ma anche come difesa delle minoranze. Tuttavia, preme rilevare che, seppur suggestiva, questa teoria propone un concetto di rappresentatività sociologica della Camera alta, che riproduce “caratteri della popolazione quali il genere, lo *status*, la condizione professionale, l'etnia o l'appartenenza confessionale, etc., ai quali corrispondono le articolazioni più salienti della struttura sociale”. Inoltre, una concertazione tra esecutivi finisce per ridurre sensibilmente la discrezionalità del potere legislativo sia federale che provinciale.

Si tratterebbe, in sostanza, di un coordinamento fra esecutivi, soluzione analoga a molti Stati federali, che ritengono più efficace una soluzione del genere, implicitamente riconoscendo la non esauribilità dei rapporti fra Stato e comunità territoriali nell'esistenza di una seconda Camera rappresentativa degli interessi regionali. Sembra, infatti, che laddove si assista ad esperienze federali consolidate, la presenza di un'assemblea rappresentativa della popolazione delle entità regionali non sia più essere una condizione essenziale per affermare l'esistenza di una forma di Stato federale, privilegiando, invece, più la dimensione efficientista, legata alla snellezza e alla rapidità delle decisioni; elementi che meglio sembrano essere raggiunti attraverso il coordinamento fra gli esecutivi.

Le ragioni della inadeguatezza del Senato canadese rispetto alle esigenze di un moderno Stato federale sono da addursi al modello istituzionale accolto nell'ordinamento canadese, il quale è stato condizionato dalle vicende storiche che hanno accompagnato la sua nascita.

Nel 1864, alla Conferenza di Québec, i Padri fondatori avevano discusso della formazione del Senato e sembra che nei dibattiti emergessero e si contrapponessero due modelli di *Upper House*: il primo ispirato alla Camera dei *Lords* inglese, l'altro legato alla tradizione statunitense. Il risultato fu, quindi, l'accoglimento di un sistema ibrido: infatti, come la Camera dei *Lords*, il Senato canadese non è eletto ma nominato, nel caso specifico dal Governatore Generale; inoltre, i senatori devono avere dei requi-

siti di età e di estrazione sociale e – come la Camera britannica – il compito del Senato era quello di funzionare come Camera di riflessione e di temperamento delle leggi approvate dalla Camera dei Comuni di stampo elettivo.

Tuttavia, non si volle trascurare i profili relativi al Senato come Camera di rappresentanza territoriale, in maniera simile agli Stati Uniti, il cui ruolo doveva essere quello di proteggere i diritti delle Province e di partecipazione delle stesse al processo legislativo federale. Alcuni delegati addirittura, rivendicavano una rappresentanza paritaria per ciascuna Provincia, tuttavia, questa posizione non fu accolta, soprattutto per l'opposizione del Québec, che poneva questa asimmetria come *condicio sine qua non* per l'entrata e la permanenza nella Federazione. Fu stabilito che il territorio fosse suddiviso in tre regioni: Ontario, Québec e le Province marittime (New Brunswick e Nova Scotia) e a ciascuna fosse attribuito un numero di ventiquattro senatori. La rappresentanza egualitaria dei senatori per ciascuna Provincia non fu mai accolta anche quando vennero annessi gli altri territori. Attualmente, gli Stati sono raggruppati in quattro “*divisions*”: Ontario, Québec, le Province marittime (Nova Scotia, New Brunswick, Isola del Principe Edoardo) e le Province dell'Ovest (British Columbia, Manitoba, Saskatchewan e Alberta); ciascuna di queste, in base all'art. 22 della legge del 1867, ha diritto a ventiquattro senatori, a cui si aggiungono sei di Terranova e uno ciascuno per i Territori del Nord Ovest, dello Yukon e del Nunavut.

I requisiti previsti dal *British North America Act* per la nomina a senatore accentuano ancora più visibilmente la dipendenza dal modello della madrepatria britannica. Si prevede, infatti, il compimento dell'età di trent'anni, essere sudditi della Regina e avere una rendita di quattromila dollari in beni; addirittura, fra le cause di decadenza alla carica era prevista lo stato di fallimento o l'insolvenza, la perdita dei requisiti per accedere alla proprietà e al domicilio. In questo modo, è palpabile l'obiettivo dei Padri fondatori di rendere la Camera alta un'assemblea rappresentativa più che delle comunità territoriali di alcuni interessi economici elitari. Anche il sistema di nomina ricalca nello schema concettuale quello della Camera dei *Lords*, infatti, i senatori, *ex art. 34* della legge costituzionale, sono nominati dal Governatore Generale e, per convenzione, la nomina avviene su proposta del Primo Ministro. Prima del 1965 i senatori occupavano i loro seggi a vita, proprio come i Pari inglesi, ma dopo una riforma, è previsto che recedano dal loro incarico all'età di settantacinque anni.

L'incapacità di funzionare come Camera federale e la scarsa considerazione di cui ha sempre goduto il Senato è legato proprio alla sua natura, in quanto l'esecutivo nazionale, il quale indica i nomi dei senatori, sembra sempre aver proceduto a delle nomine partigiane, destinate a ricompensare personaggi fedeli al partito maggioritario a Ottawa. In questo senso, i senatori non si configurano né come rappresentanti delle popolazioni delle Province, né degli esecutivi provinciali, mancando, in sostanza, di qualsiasi legittimazione politica.

In quest'ottica, si spiega la ragione per la quale il processo partecipativo si è sviluppato, grazie alle relazioni intergovernative, in virtù delle quali viene a realizzarsi un coordinamento fra i diversi livelli di governo garantito da una contrattazione intergovernativa a livelli multipli: in innumerevoli incontri di funzionari pubblici federali e provinciali con responsabilità che si sovrappongono; in numerose commissioni di

ministri e vice-ministri; e, infine, in incontri periodici di Primi ministri che riuniscono il Primo ministro e i *Premiers* delle Province. Paradossalmente, proprio l'esecutivo nazionale sembra essere maggiormente rappresentativo degli interessi delle entità federate, in quanto per convenzione ogni Provincia deve essere rappresentata nel Gabinetto governativo, inaugurando un modello di federalizzazione dell'esecutivo.

Anche i tentativi di riforma costituzionale rappresentati dagli Accordi di Meech Lake e di Charlottetown sono stati concordati nei contenuti fra gli stessi attori, lasciando sostanzialmente *a latere* il Senato, pur prevedendo una sua riforma, percependone, quindi, in tutta la sua dimensione, il limite. Sono state soprattutto le Province dell'Ovest (British Columbia, Alberta, Saskatchewan e Manitoba) a spingere per una riforma della Camera alta che permetesse loro di acquisire maggior peso nelle decisioni federali. Infatti, essendo delle Province scarsamente popolate, inviano un numero esiguo di deputati alla Camera dei Comuni, rispetto alle Province del Canada centrale (Québec e Ontario). Queste due aree sono portatrici di interessi economici distinti: le zone occidentali hanno un'economia basata principalmente sulle coltivazioni agricole e sullo sfruttamento delle risorse naturali, mentre, le altre traggono il loro sviluppo dall'industria. Questa diversificazione si è tradotta in alcune opposizioni da parte delle Province dell'Ovest alle politiche federali, soprattutto per quanto riguarda gli interventi nel settore petrolifero. I contrasti e l'insoddisfazione per gli strumenti di partecipazione all'indirizzo politico dello Stato hanno, dunque, spinto queste Province a farsi promotori di un progetto di riforma denominato: *Triple E Senate*, dove la vocale sta per eguale, eletto, effettivo.

Il richiamo all'eguaglianza sottolinea l'esigenza di proporre un principio di rappresentanza paritaria degli Stati, questo per controbilanciare la composizione della Camera bassa, dove i territori sono rappresentati in base alla loro popolazione e per permettere, quindi, anche alle province meno popolate di intervenire nella politica federale. Tuttavia, siffatta proposta presenta contestualmente il limite per il quale una percentuale complessivamente minima di abitanti potrebbe esercitare attraverso i senatori un diritto di voto sulle proposte presentate alla Camera alta; in particolare, il Québec, proteso verso la rivendicazione e il riconoscimento della propria specificità culturale, non vedrebbe con particolare favore questa soluzione che lo condurrebbe a una diminuzione della sua rappresentatività, poiché anche nella Camera bassa non sarebbe in grado di esercitare una certa influenza, dal momento che la sua popolazione sta lentamente diminuendo.

L'altro elemento indicato dalla riforma riguarda la procedura elettiva dei senatori. Come già indicato, il sistema attuale di nomina, seppur comprensibile storicamente, ha prodotto delle insoddisfazioni a livello istituzionale ed è per questo che le modalità di elezione rappresentano un elemento di vivace discussione. Nei progetti di cui sono fautrici le Province occidentali, emerge l'ipotesi per la quale i senatori dovrebbero essere eletti a suffragio universale diretto, mutuando alcuni aspetti del modello australiano del Senato. Questa prospettiva tende ad attribuire legittimazione democratica ai senatori. Tuttavia, da molte parti sono stati enfatizzati i limiti di una simile impostazione, che, condurrebbe a una duplicazione delle assemblee. Inoltre, vi è il timore che la ferrea disciplina di partito finisca per influenzare la condotta dei rappresentanti al

Senato, sfumando la loro volontà di rappresentanza delle istanze territoriali.

L'elezione diretta dei senatori da parte del corpo elettorale ha sempre stentato ad affermarsi nei dibattiti sull'ordinamento costituzionale canadese. La difficoltà risiede nel fatto che un Senato elettivo potrebbe avere maggiore legittimazione politica ed inserirsi a pieno titolo nel circuito legislativo e questa ottica sembra avere qualche resistenza.

Nella proposta di revisione concordata a Meech Lake, i senatori avrebbero dovuto essere nominati dal Governo federale su una lista di nominativi preparata dalle assemblee provinciali, mentre nel successivo accordo di Charlottetown, le Province avrebbero avuto l'opportunità di decidere di scegliere i propri rappresentanti o attraverso l'elezione diretta da parte degli elettori, oppure, con una deliberazione della propria assemblea legislativa. La dottrina, si è fatta portavoce di un'altra posizione, che auspiccherebbe l'elezione dei membri della Camera federale da parte dei Governi provinciali, riproducendo sostanzialmente il modello offerto dal *Bundesrat* tedesco. In questa prospettiva, vengono apprezzati i profili relativi alla preparazione dei soggetti, che, in questo modo, sarebbero maggiormente in grado di farsi reali portavoce degli interessi delle Province e sarebbero meno sensibili all'influenza della burocrazia federale. Non può sfuggire che la proposta, seppure relativa alla costituzione di un organo collegiale, finisce per riprodurre l'istituzionalizzazione delle procedure di *interstate federalism* all'interno dell'organizzazione centrale dello Stato, al fine di attribuire loro maggior visibilità e democraticità, ma perpetuando la volontà di attribuire a membri dell'Esecutivo il compito di difesa e tutela delle istanze delle entità territoriali.

Infine, l'ultimo aspetto che riguarda le proposte di revisione del Senato riguardano i suoi poteri, che dovrebbero renderlo appunto "effettivo". Attualmente, la Costituzione canadese traccia un bicameralismo sostanzialmente paritario, con la sola eccezione per la quale i progetti di legge di natura finanziaria devono essere votati prima alla Camera dei Comuni. La riforma propugnata dalle Province dell'Ovest, insistendo sull'elezione diretta dei senatori genera un elemento di criticità, poiché se il concetto di effettività richiama idealmente a principi di bicameralismo sostanzialmente perfetto, tutto ciò si scontra con il sistema parlamentare canadese che suppone la fiducia del Governo di fronte alla sola Camera dei Comuni. Se trovasse spazio la riforma in esame, però, entrambe le Camere avrebbero la stessa legittimazione popolare e, pertanto, si profilebbe l'ipotesi di opposizione fra le due Camere e il conseguente blocco del processo decisionale. Tuttavia, la doppia fiducia non appartiene alla tradizione culturale canadese e, pertanto, affiora l'ipotesi di configurare il Senato come una Camera di riflessione, affidandogli la sola opportunità di porre un voto sospensivo sulle leggi, superabile con un voto qualificato della Camera dei Comuni oppure di poter esprimere il suo voto solo sui progetti di legge che abbiano per oggetto materie di interesse provinciale. Quest'ultima opzione presuppone l'esistenza di meccanismi che, a priori, determinino quali siano i progetti di legge che riguardino le Province e quali l'ambito federale, producendo, però, nel sistema occasioni di attrito e opposizioni.

### 3.2 Il Senato australiano.

Le vicende storiche australiane che determinarono la nascita della Federazione,

così come quelle canadesi, sono informate prevalentemente verso l'esigenza di creare un'unione commerciale fra i vari territori esistenti. Il primo tentativo si realizza fra il 1849 e il 1850 con l'obiettivo di creare un'assemblea rappresentativa delle colonie che avesse competenza in materia di tariffe e commercio fra i diversi territori, servizio postale, pesi e misure, attività portuali e il servizio dei fari. Tuttavia, questo approccio iniziale, estrinsecatosi con *The Constitution Bill*, paralizzato da crescenti opposizioni sia nel Regno Unito che in Australia non trovò mai una conclusione in senso positivo. Fu necessario attendere il 1873 con l'*Australian Colonies Duties Act* per raggiungere una, seppur debole, unione doganale. La successiva esigenza percepita dalle colonie fu quella concernente le relazioni internazionali e la difesa comune e in questa direzione si realizzarono molte *conventions* fra le colonie, fino a raggiungere nel 1885 il *Federal Council of Australasia Act*, che prevedeva l'istituzione di un'assemblea che aveva il compito di emanare atti in una serie determinata di materie. La struttura ideata era simile a quella confederale e i meccanismi ideati complessivamente si dimostravano deboli, tuttavia, per iniziativa, soprattutto di alcuni *Premiers* delle colonie, fra i quali spicca Parkes del New South Wales, si facevano sempre più pressanti le esigenze per momenti di coordinamento più significativi e, quindi, sempre più percorribile sembrava la strada verso la costituzione di una Federazione. Nel 1891, si aprì a Sydney una *convention* che approvò una serie di principi che poi dettero luogo alla promulgazione della Costituzione australiana. Fra questi spiccano il mantenimento dei poteri, dei privilegi e dei diritti territoriali esistenti delle colonie, l'immodificabilità dei confini delle colonie, se non attraverso procedure consensuali, il libero commercio, l'attribuzione al potere federale dell'imposizione fiscale, la partecipazione degli Stati al procedimento di revisione costituzionale, la previsione di un Senato costituito da un egual numero di rappresentanti per ciascuna colonia, la cui composizione dovesse essere periodicamente rinnovata per un terzo.

Furono costituite tre commissioni, ciascuna referente per un ambito: struttura costituzionale, problemi finanziari e fiscali e potere giudiziario. Successivamente, un'altra commissione provvede ad integrare i tre progetti, affinché fosse preparato un unico disegno di legge da approvarsi da una convenzione, composta da dieci delegati per ogni Stato direttamente scelti dagli elettori. Il progetto avrebbe poi dovuto essere sottoposto a referendum e – se accolto positivamente almeno in tre colonie – sarebbe stato poi inviato alla Corona inglese. L'*iter* non si svolse in maniera così lineare e per raggiungere un progetto definitivo da sottoporre ad approvazione, furono necessarie dal 1891 al 1899 molteplici conferenze fra i *Premiers* degli Stati componenti, che meglio consentivano una contrattazione per gli emendamenti al testo da sottoporre alle assemblee. Nel 1899, New South Wales, Victoria, South Australia, Tasmania e Queensland approvarono il *Bill* in questione e il 9 luglio 1900 acquisì, dopo ulteriori cambiamenti, il *Royal Assent*. Il *Commonwealth* di Australia fu proclamato il 1 gennaio 1901.

La scelta del sistema federale, determinata dalla volontà delle colonie di restare unite per meglio svolgere le loro attività commerciali, creò un problema di come realizzare l'architettura costituzionale. Probabilmente tre modelli influenzarono i lavori australiani, il Canada, anch'esso un *Dominion*, gli Stati Uniti e la Svizzera. In una pro-

posta del 1891 ad opera di Griffith venne proposta la costituzione di un Parlamento, suddiviso fra Senato con un numero eguale di membri (otto) per ogni Stato ed eletto dal Parlamento di ogni entità federata e una Camera dei Rappresentanti, il cui numero doveva essere in proporzione alla popolazione (con un minimo di quattro eletti per Stato). Questa proposta fu discussa nelle convenzioni del 1897 e del 1898, approvata dai votanti nelle varie colonie ma con modificazioni. I senatori, infatti, erano direttamente eletti al Senato, che si configurava precipuamente come una Camera in cui gli Stati si presentavano come entità separate per salvaguardare i propri interessi. Il risultato era il compromesso fra le correnti liberali e progressiste, che accettavano il Senato come prezzo necessario per passare alla Federazione e gli esponenti conservatori, strenui difensori dei diritti degli Stati e che consideravano la seconda Camera come baluardo di difesa dell'autonomia delle comunità territoriali. Negli intenti dei costituenti, il procedimento di formazione avrebbe meglio ottemperato ai principi relativi al Senato come camera di riflessione; pertanto, la presenza paritaria di ogni Stato avrebbe garantito il principio federalista, mentre una rappresentanza proporzionale degli elettori avrebbe posto meglio in condizione la Camera di porsi come *House of Review*, in quanto si sarebbe connotata con elementi di rappresentanza nazionale, ricalcando a grandi linee il modello della *House of Lords*, che nel sistema britannico rappresenta ancora una Camera di ponderazione rispetto le deliberazioni della *House of Commons*.

Tuttavia, dopo quasi un secolo è possibile tracciare un bilancio che non sembra confermare questo assunto, infatti, sembra pacifico affermare che il Senato sia diventato una camera di rappresentanza dei maggiori partiti dello Stato, facendo diventare la Camera alta uno strumento delle proprie politiche. E questa sensazione viene confermata anche a livello politico: nel 1992, il Primo Ministro Keating affermò che i senatori erano “*unrepresentative swill*” della politica australiana e che il paese non aveva realmente bisogno di un Senato.

Una delle critiche che maggiormente emergono nei dibattiti su questo organo riguardano le sue modalità di composizione: dal 1949, infatti, i senatori vengono eletti a suffragio universale diretto con un sistema proporzionale. Questo fa sì che il Senato si configura non come una Camera degli Stati, così come era nelle intenzioni dei costituenti ma come una assemblea di rappresentanza dei cittadini residenti nei rispettivi Stati, rendendo la *Upper House* una duplicazione della Camera dei Rappresentanti. Pertanto, in entrambe le Camere si ripropongono le stesse divisioni o coalizioni fra i partiti, piuttosto che blocchi basati sugli interessi territoriali. L'influenza delle formazioni politiche è assai significativa, in quanto per essere eletti al Senato e per sostenere la campagna elettorale, data la grande estensione dei territori, i candidati devono appoggiarsi alle strutture periferiche dei partiti, che sono capillarmente organizzati sul territorio. Il legame genetico che si instaura, quindi, fra i senatori e i partiti che li sostengono finisce per rendere maggiormente sensibili gli eletti alle direttive di partito che agli interessi territoriali.

Il tributo che il Senato australiano mutua dalle teorie federalistiche classiche è la egualanza di rappresentanti degli Stati al Senato, questo per il timore che gli Stati più piccoli e più deboli economicamente fossero irrimediabilmente posti in posizione

subalterna negli organi legislativi federali, dal momento che il numero dei deputati per ciascun Stato nella Camera dei Rappresentanti varia a seconda della popolazione. Sembra, tuttavia, che questo limiti l'impronta federale del Senato australiano, che, a giudizio sia della dottrina che dei politici, non rappresenta adeguatamente una Camera di difesa degli interessi territoriali. Anche il fatto che nel paese australe viga un bicameralismo paritario che, in teoria, permetta alla seconda Camera di intervenire emanando tutta la legislazione, non pare aver accresciuto al Senato una sensibilità federalista. Le due crisi costituzionali di cui si è resa protagonista la Camera alta (nel 1975, quando i senatori si rifiutarono di approvare una legislazione di spesa votata alla Camera dei Rappresentanti e nel 1993, quando si opposero all'approvazione del bilancio e alla cosiddetta legislazione *Mabo* sulle rivendicazioni territoriali degli indigeni) non furono motivate da considerazioni di difesa e tutela delle comunità territoriali ma essenzialmente politiche, di netta opposizione al Governo in carica.

Dalla convergenza di elementi che pongono in luce l'inadeguatezza del Senato come Camera territoriale e di fattori percepiti come criticità per il corretto funzionamento istituzionale, nascono le molteplici proposte di riforma del Senato. Sostanzialmente, le proposte di modifica che sono emerse negli anni sono tese a configurare in maniera più decisa il Senato come Camera federale, sancendo definitivamente il distacco dal modello di Westminster, che così tanto ha influenzato il processo costituzionale australiano. Questo obiettivo sembra raggiungibile attraverso o il mutamento del procedimento di elezione dei senatori, affinché i senatori siano rappresentanti dei Governi statali; o per mezzo dell'abbandono del bicameralismo paritario, lasciando alla seconda Camera il compito di intervenire solamente su tematiche specificamente attinenti alle competenze degli Stati membri. Non si tratta evidentemente di proposte i cui contenuti si allontanano in maniera rilevante da quanto esaminato a proposito dei progetti sulle riforme canadesi, a conferma del fatto che sussiste a livello globale una circolazione di modelli costituzionali che influenzano le diverse realtà reciprocamente.

E anche in Australia è affiorato il fenomeno della collaborazione intergovernativa, la cui efficacia operativa si è tradotta nella messa in ombra del ruolo del Senato, condizionato dalla sua incapacità di funzionare come strumento di garanzia delle competenze degli Stati federali. L'esperienza delle *Special Premier's Conferences* e della *Conference of Australian Governments*, una sorta di incontri periodici fra esponenti degli esecutivi statali e federali su argomenti specifici, ha riscosso significativi apprezzamenti. In particolare, sia il mondo economico che alcuni Stati membri si sono fatti portatori di idee e progetti tendenti alla costituzione di un sistema federale caratterizzato essenzialmente da un livello governativo federale e dai governi regionali, prefigurando, in sostanza, la scomparsa della Camera federale di origine territoriale.

Gli aspetti che maggiormente sono stati apprezzati in questa tipologia di relazione è la preparazione tecnica degli intervenuti, l'intensa attività di negoziazione che ha luogo, il raggiungimento concreto di obiettivi di armonizzazione legislativa, una migliore allocazione delle funzioni e delle risorse, la partecipazione anche di esponenti del governo locale. I temi trattati in questi incontri sono stati molteplici e molto spesso sono stati assai proficui per la realizzazione di progetti di legge da far ratifica-

re poi dalle assemblee legislative; in particolare, questioni di ordine fiscale hanno trovato un punto d'accordo fra il livello governativo e locale. Ulteriore aspetto che proietta questo nuovo tipo di relazione fra centro e periferia in una dimensione positiva è dato dal fatto che questi incontri possono avvenire sia in un momento precedente alla deliberazione di un progetto di legge da parte del Parlamento per delinearne i contenuti, sia in una fase successiva, in cui si rende necessaria un'implementazione adeguata, specifica e rispettosa delle competenze federali e decentrate.

### 3. Il Consiglio Nazionale delle Province.

Le vicende del Sudafrica sono in gran parte note, ponendolo in una situazione in cui è molto difficile effettuare una comparazione con gli altri Stati. Lo stesso processo costituente rappresenta un *unicum* nel panorama costituzionale, in quanto iniziato nel 1991, grazie a un organismo collegiale multipartitico non elettivo: la *Convention for a Democratic South Africa*, si snoda attraverso una prima Costituzione provvisoria del 1993, che al proprio interno prescrive un meccanismo *ad hoc* per la promulgazione della Costituzione definitiva e trentaquattro principi ai quali la nuova Costituzione ha dovuto ottemperare; il rispetto di questi principi è stato poi verificato dalla Corte costituzionale.

Il risultato uscito da questo tortuoso *iter* è stato un testo entrato in vigore il 4 febbraio del 1997. Pertanto, in questa fase, sembra più proficuo indicare le tappe storiche più significative del paese sudafricano che hanno influenzato il processo costituente e indicare i profili più meritevoli d'attenzione della nuova carta costituzionale.

La peculiarità dello Stato sudafricano, come già detto, risiede in gran parte nella sua storia. Si costituì nel 1910 come Unione Sudafricana in cui la Gran Bretagna riunì le sue colonie del Capo di Buona Speranza e del Natal con gli *ex* stati indipendenti boeri del Transvaal e dell'Orange occupati nel 1902. Dopo la Seconda Guerra mondiale, il *National Party*, formato dalla minoranza bianca impose in tutto il paese una rigida normativa di *apartheid*, tuttavia, lo stesso mosaico di razze ed etnie che compongono il Sudafrica stenta a trovare una composizione in tal senso, anzi, si può affermare che storiche vicende costituzionali susseguitesi attraverso le cinque carte costituzionali approvate dal 1910 al 1997 rappresentano i tentativi di comporre fratture etniche e sociali prodotti nel paese.

Il *South Africa Act* del 1909 si distingue già dagli altri atti costituzionali di cui si dotano gli altri *dominions* britannici, in quanto qui il ruolo della Madrepatria si fa meno incisivo. In questo caso, la scelta federale, che era stata auspicata sia in Canada che in Australia, non viene accolta in quanto si teme che non sia idonea ad arginare il nazionalismo e l'indipendentismo degli *Afrikaner*. Tuttavia, al di là di un'accoglienza di una formula unitaria, è necessario ricordare che le quattro componenti dell'Unione si presentano assai diversificate come origini, lingua e cultura, pertanto, l'unità del sistema è percepita più come obiettivo che come una realtà di fatto.

Il sistema accolto è quello del parlamentarismo classico, conforme al modello di Westminster e, in questo senso, l'influenza britannica si presenta come significativa.

Viene accolto il principio del bicameralismo paritario e il Senato viene modellato come un ibrido fra la Camera dei *Lords* e una Camera rappresentativa delle istanze provinciali. I suoi membri sono fissati nel numero di quaranta: ciascuna delle assemblee legislative delle quattro Province ne eleggeva otto ed altrettanti erano nominati dal Governatore Generale (secondo l'esempio canadese), di cui quattro dovevano avere esperienza e conoscenza dei problemi razziali del Sudafrica. Questa procedura era prevista per i primi dieci anni, dopo i quali i senatori provinciali sarebbero stati eletti da un collegio elettorale formato dai membri del Parlamento federale e da quelli provinciali.

Merita rilevare subito due aspetti: il primo è che già dal 1910, è chiara la pecularità della situazione sudafricana, rappresentata dal pluralismo di razze ed etnie presenti, che introduce fra i requisiti di eleggibilità al Senato la conoscenza delle dinamiche razziali, il secondo, riguarda la forma di Stato. Accanto a un intendimento da parte dei "constituenti" di non dar vita a uno Stato federale, si prende atto delle divisioni provinciali esistenti (coincidenti con gli Stati prima indipendenti), le quali vengono dotate di assemblee legislative.

Questa struttura del Senato conosce una serie di modifiche significative che tentano di offrire canali di rappresentanza alle componenti etniche, sempre combinando i due profili che hanno contraddistinto la nascita del Senato e cioè un ibrido fra nomina ed elezione, tentando di coniugare una rappresentanza territoriale ed etnica e sempre di più facendo coincidere i due aspetti, attraverso il tentativo di spingere le popolazioni nere verso alcuni territori.

Nel 1936, viene prevista la nomina di sei senatori in rappresentanza della maggioranza nera; nel 1946 viene prevista l'introduzione di tre rappresentanti degli Indiani e Meticci del Transvaal e del Natal, di cui uno era nominato dal Governatore Generale e due eletti direttamente dal corpo elettorale; infine, nel 1949, il territorio del South West ottiene quattro delegati alla Camera alta, di cui due nominati dal Governatore Generale e due eletti fra i membri dell'Assemblea legislativa del territorio, in modo da rispecchiare la proporzionalità dei partiti presenti nella Camera. Infine, il nel 1951 viene attribuita una rappresentanza alla popolazione *coloured* con un senatore nominato sempre dal Governatore Generale.

La struttura della Camera alta, nonostante l'antidemocratico sbilanciamento a favore della minoranza bianca, rappresentava sempre, almeno a livello simbolico, il riconoscimento delle diversità presenti sulla superficie dello Stato sudafricano. Tuttavia, dal 1950 si ha una recrudescenza delle politiche separazionistiche del governo sudafricano e, in ossequio a questa tendenza, nel 1955, viene promulgato il *Senate Act*, che rappresenta "il risultato di uno dei capitoli più foschi della storia politica e costituzionale del Sudafrica".

Infatti, l'obiettivo è quello di sottrarre qualsiasi rappresentanza agli indiani e ai meticci, ma in questa direzione si oppongono sia il Senato che la Corte costituzionale, la quale, in due successive sentenze, dichiara l'incostituzionalità della norma che tende a escludere la rappresentanza dei meticci. Addirittura, per ottenere l'intento si ricorre alla modifica della composizione del Senato, per procedere alla revisione costituzionale dell'art. 35 che riconosceva la rappresentanza ai meticci. Il Senato

viene sciolto dal Governatore Generale e attraverso il *Senate Act* viene incrementato il numero dei senatori da 48 a 89, per permettere alla minoranza bianca di conseguire il *quorum* previsto per la revisione.

La Costituzione del 1961 sancisce la fine della monarchia in Sudafrica e l'avvento della Repubblica, ma questa trasformazione sembra essere più nominale che reale. Non si assiste, infatti, ad alcun stravolgimento dell'impianto costituzionale del 1909. Il profilo più eclatante è rappresentato dall'eliminazione della figura del Governatore Generale, sostituita con quella del Presidente della Repubblica, mentre le attribuzioni di maggior spicco spettano al Primo Ministro che deve godere della fiducia delle Assemblee.

Il Senato, che fino a questo momento, rappresentava l'unico canale rappresentativo delle popolazioni del paese viene ridimensionato. Si abbandona il bicameralismo paritario in favore di un voto sospensivo della Camera alta e se anche non formalmente, quest'ultima viene ridimensionata nel suo peso specifico, fino addirittura a permetterne la sua sparizione nella Costituzione del 1981.

La metamorfosi costituzionale del Sudafrica non pare concludersi con quest'ultima riforma, costretta dall'eterogeneità delle componenti della sua popolazione a cercare altre soluzioni organizzative, finalizzate all'isolamento della comunità nera in alcune aree del territorio.

Infatti, le autorità bianche sudafricane progettavano l'ipotesi di creare degli stati satelliti all'interno del territorio nazionale a maggioranza nera, a cui concedere l'indipendenza, le cosiddette *Homelands*. In questo modo, i neri avrebbero acquisito tutti i diritti civili e politici all'interno di questi ordinamenti, disegnati su base tribale, perdendo contestualmente la cittadinanza sudafricana. I limiti di una soluzione del genere apparivano evidenti: innanzitutto, la maggior parte della popolazione nera viveva sul territorio sudafricano e perciò si sarebbe dovuto imporre il suo trasferimento in questi Stati; inoltre, questi ultimi, data la loro assoluta dipendenza dallo Stato sudafricano, non potevano essere configurati come Stati indipendenti e sovrani. Permaneva, inoltre, un problema con la situazione giuridica dei meticci e degli indiani, a cui la Costituzione del 1983 assegnò a ciascuno di questi gruppi una Camera rappresentativa.

Il Sudafrica, quindi, si dotò di un parlamento tricamerale: la Camera dei Rappresentanti per i meticci, la Camera dei Delegati per gli indiani, la Camera dell'Assemblea per i bianchi. Ogni Camera trattava separatamente le materie interessanti il rispettivo gruppo etnico e, insieme, dovevano legiferare su ambiti di interesse generale. Il disegno era basato sul concetto di formale egualianza delle tre assemblee, ma nella realtà si assisteva a una netta prevalenza della Camera dell'Assemblea. In primo luogo, in quanto la Camera dei Rappresentanti contava 178 membri, contro gli 85 della Camera dei Rappresentanti e 45 della Camera dei Delegati, e quindi, anche vi fosse stata un'alleanza fra queste ultime assemblee, non si sarebbe mai potuto concepire che i rappresentanti bianchi fossero posti in minoranza; a questo si aggiunge la procedura per la quale, in ultima analisi, il soggetto preposto alla verifica se un progetto di legge attenesse a materie specifiche dei gruppi razziali oppure facesse parte della legislazione generale, era il Presidente della Repubblica. Quest'ultimo, era elet-

to da un collegio formato da cinquanta membri provenienti dalla Camera dell'Assemblea, 25 dalla Camera dei Rappresentanti e 13 dalla Camera dei delegati a maggioranza semplice. Con questo meccanismo, è evidente che veniva assicurata l'elezione alla Presidenza a un esponente della comunità bianca, perpetuando, in questo modo le diseguaglianze fra le razze.

La nuova Costituzione, frutto di un intenso dibattito iniziato nel 1993, portato a compimento solo tre anni più tardi, tenta di far propri aspetti peculiari e formule che già erano patrimonio del dibattito storico sui sistemi federali, avendo avuto i costituenti sudafricani l'opportunità di far tesoro delle esperienze consolidate di altri Stati. *In primis*, merita solo accennare se la nuova Costituzione disegna uno Stato federale o unitario, non volendosi affannare su queste dispute nominalistiche. Se un elemento di verifica può essere l'esistenza o meno di una Camera territoriale, è evidente che siamo di fronte alla nascita, quantomeno, di uno Stato decentrato. La volontà, infatti, di inserire in Costituzione un'assemblea rappresentativa delle comunità territoriali sembra essere particolarmente incisiva e reiterata sia nella Costituzione *ad interim* del 1993, sia in quella definitiva del 1996, evidenziando come si sia di fronte a una costituzionalizzazione di un principio più che di un organo.

Nel 1993, il modello adottato è quello di un Consiglio Nazionale delle Province in cui le nove Province sono ciascuna rappresentata da sei soggetti, a cui si aggiungono quattro delegati speciali, di cui fanno parte il Primo Ministro provinciale e tre altri delegati; i membri sono nominati dai partiti politici che sono rappresentati all'interno delle Assemblee provinciali seguendo un criterio di rappresentanza proporzionale. Il Consiglio è, inoltre, integrato da dieci rappresentanti delle amministrazioni decentrate che, però, non hanno diritto di voto.

Dalla descrizione sommaria della Consiglio Nazionale delle Province emergono profili che inducono ad alcune riflessioni. La composizione della sua struttura accoglie uno dei principi classici della rappresentazione delle comunità territoriali nella organizzazione centrale dello Stato, quale quello della rappresentanza paritaria delle entità federate. Nella scelta di siffatta soluzione, indubbiamente, hanno influito le vicende storiche del paese, caratterizzato da processi di profonda diseguaglianza. Implicito il richiamo alla egualanza delle entità subnazionali, per opporsi a un'eredità di un passato che ha visto la prevalenza di alcune componenti della popolazione residenti in alcune parti del territorio. Tuttavia, alcune formazioni politiche, quali l'*African National Congress*, hanno sottolineato come le Province non potessero percepire la seconda Camera come un organo di rappresentanza dei propri interessi, in quanto il sistema di nomina dei senatori legava questi ultimi alle direttive dei partiti e non tanto alla dimensione degli interessi provinciali; sostanzialmente riproponendo gli stessi limiti evidenziati dai costituzionalisti australiani in relazione al proprio Senato. Tuttavia, emerge un carattere distintivo che differenzia i due ordinamenti, in quanto i consiglieri non sono eletti direttamente dal popolo ma dalle assemblee provinciali, legandoli, quindi, in maniera più intensa alle istanze provenienti dai territori.

La nuova Costituzione del Sudafrica disegna un bicameralismo imperfetto. Il testo costituzionale differenzia i disegni di legge che riguardano le Province e non. Nel primo caso, il Consiglio può respingere il progetto di legge e l'Assemblea può o acco-

gliere i rilievi fatti dalla seconda Camera, oppure non procedere in tal senso e portare la questione davanti a un Comitato di Mediazione (*Mediation Committee*, composto da nove membri dell'Assemblea Nazionale e da un delegato per ciascuna Provincia; il Comitato delibera con il voto favorevole di almeno cinque membri dell'Assemblea e altrettanti delegati, (art. 78, cost. Sudafrica). Questa soluzione è degna di nota, laddove, infatti, si è in presenza di un bicameralismo non paritario, la dottrina più avvertita ha più volte sottolineato l'esigenza di trovare un momento di composizione di conflitti fra le due Assemblee, proprio perché alla seconda Camera viene riservata competenza solamente nelle materie riguardanti gli Stati membri.

Nel caso in cui il progetto di legge non riguardi materie di competenza delle Province, il Consiglio Nazionale può proporre l'introduzione di emendamenti, o rigettare il progetto ma l'Assemblea può procedere all'approvazione della legge senza tener conto dei rilievi del Consiglio.

Merita, inoltre, sottolineare un altro aspetto ed è quello che riguarda la problematica relativa alle forme di coordinamento fra le diverse sfere di governo (nazionale, provinciale e municipale), che ha trovato una soluzione con la costituzionalizzazione del principio del *Co-operative Government* (art. 41, lett. h cost.), il quale, si estrinseca attraverso strutture, istituzioni, procedure e meccanismi, costituiti tramite legge ordinaria, per procedere al coordinamento e alla soluzione di conflitti di attribuzione. Pur non avendo, quindi, costituzionalizzato delle strutture *ad hoc*, sembra che i costituenti sudafricani abbiano recepito gran parte delle tendenze emergenti nel panorama costituzionale comparato, individuando come per risolvere i conflitti di attribuzione la sola via giurisdizionale non sia né esaustiva, né garantistica.

#### 4. Conclusioni.

Dalla descrizione delle diverse esperienze di federalismo e regionalismo dei paesi di area anglosassone, emergono delle dinamiche comuni che investono i diversi ordinamenti.

Partendo dai riferimenti teorici sul federalismo, che indicano nella esistenza di una Camera territoriale un elemento necessario e qualificante per un ordinamento federale, vediamo che questa affermazione, in parte apodittica, è confermata sia in paesi il cui disegno istituzionale ha origini risalenti al secolo scorso come Canada e Australia, sia in ordinamenti che hanno di recente provveduto a un cambiamento della propria carta costituzionale come il Sudafrica. Se complessivamente tutti questi paesi, maturati in momenti storici diversi e con percorsi culturali in parte differenti hanno condìvisi una medesima scelta per i rispettivi ordinamenti, questo fattore potrebbe essere interpretato come prova dell'attuale valore del presupposto teorico dell'esistenza di una Camera territoriale.

Variano, invece, le modalità organizzative e le funzioni di queste Assemblee. La struttura si presenta con caratteristiche molto differenziate sia in Canada, che in Australia, che in Sudafrica, sottolineando come le contingenze storiche abbiano profondamente inciso in questo ambito al di là dei modelli di riferimento. Tuttavia,

preme rilevare come si affermi complessivamente una tendenziale repulsione verso le procedure del suffragio universale diretto per l'elezione dei senatori. Infatti, con l'unica eccezione del Canada, in cui ha avuto una certa rilevanza la proposta del *Triple E* delle Province occidentali – ma a cui si sono affiancati altri progetti – l'archetipo offerto dagli Stati Uniti sembra essere profondamente in crisi per la sua inadeguatezza rispetto alla garanzia delle comunità territoriali. Sembra, invece, che siano accolte con maggior favore le ipotesi che guardano al modello tedesco, in cui i membri della Camera Alta sia i rappresentanti degli Esecutivi regionali.

Per quanto concerne le funzioni, se Canada e Australia, forse, influenzati storicamente si sono mossi in un'ottica di bicameralismo paritario (che, però, li lascia insoddisfatti), il Sudafrica, mutuando le attuali tendenze sugli Stati decentrati, ha preferito optare per una differenziazione di intervento del Senato nel procedimento legislativo, lasciando alla Camera alta l'opportunità di intervenire nelle materie di competenza provinciale; l'esperienza potrà dire se questo meccanismo nella pratica si dimostrerà sufficientemente garantistico.

Ma, come affermato in apertura di questo contributo, se da una parte sembra essere percepita l'utilità nel funzionamento costituzionale di un Senato rappresentante delle entità territoriali, dall'altra parte, non possono essere tacite le reiterate critiche a cui le seconde Camere sono sottoposte: "accusate" di non rappresentare un foro adeguato per le rivendicazioni delle comunità territoriali e scarsamente attive nella definizione degli indirizzi politici generali, che finiscono per ripercuotersi in maniera significativa sulla vita degli Stati federati.

In questo scenario, hanno trovato spazio per agire altri meccanismi che hanno coinvolto gli apparati esecutivi sia federali che decentrati. Sono già stati indicati quali siano gli aspetti positivi di siffatta collaborazione: snellezza nelle decisioni, elevato *standards* di preparazione degli attori, etc. Viene privilegiato l'elemento efficientistico e non più quello integrativo legato alle Assemblee legislative.

Ancora volta, è necessario chiedersi se l'autonomia delle comunità territoriali può essere salvaguardata adeguatamente solo da questi soggetti o dal ricorso alle vie giurisdizionali. Ciò che lascia perplessi è che sembra che si siano creati dei modelli correnziali: o il Senato territoriale, o l'istituzionalizzazione degli incontri fra i diversi livelli governativi. Vale la pena domandarsi se veramente queste opzioni si pongono in concorrenza l'una rispetto all'altra e l'accoglimento di una spinge al rifiuto della seconda, oppure se solo rispondono a esigenze diverse, in cui in una è prevalente l'elemento integrativo (Senato territoriale), nell'altra un principio efficientistico (coordinamento fra esecutivi).

## V.4 - Lo Stato delle autonomie. L'esperienza spagnola nella prospettiva del regionalismo italiano

**Sommario: 1. Alcune caratteristiche del regionalismo in Spagna. 2. Alcune dinamiche del sistema comuni all'esperienza italiana e spagnola. 3. Profili non risolti del modello spagnolo ed apporto dell'esperienza italiana.**

### **1. Alcune caratteristiche del regionalismo in Spagna.**

Volendo sottolineare i profili che concorrono a definire l'originalità e la specificità del regionalismo spagnolo, si deve richiamare – a mio avviso – l'attenzione soprattutto su tre elementi: la valorizzazione del principio dispositivo, la costituzionalizzazione dell'autonomia come diritto comunitario, la rilevanza attribuita all'esperienza storica e l'attenzione manifestata nei confronti dei processi politici di costruzione dello Stato delle autonomie.

#### *1.1. La valorizzazione del principio dispositivo.*

Con una valutazione sintetica, si potrebbe affermare che il riconoscimento del diritto all'autonomia delle nazionalità e delle Regioni sancito dall'art. 2 della Costituzione spagnola del 1978, si è tradotto nella costruzione di una organizzazione territoriale dello Stato basata su tre fondamentali criteri: a) la volontarietà, b) l'attribuzione alle Comunità autonome di una potestà statutaria sostanziale, c) la necessaria contrattazione tra le forze politiche ed i diversi livelli istituzionali in ordine alla distribuzione verticale delle competenze.

In particolare, il carattere della volontarietà presuppone un margine di discrezionalità tanto nella determinazione degli ambiti territoriali di ciascuna Regione, quanto nella definizione dell'ampiezza delle competenze esercitabili da ciascuna Regione (artt. 143, 148, 149 C.E.). Mentre l'autonomia statutaria favorisce una differenziazione sia sotto il profilo dell'organizzazione politica ed amministrativa di ciascuna Comunità, sia in ordine alle relazioni istituzionali che si instaurano tra lo Stato e la singola Comunità autonoma. Infine, la natura contrattata del processo di decentramento delle competenze rappresenta un'interessante attuazione sia del modello di regionalismo cooperativo, che del principio di sussidiarietà.

Siffatte caratteristiche, poi, sono interamente riconducibili alla particolare concezione del principio dispositivo accreditato dalla Costituzione spagnola e dagli Statuti di autonomia, che contribuisce a qualificare l'ampiezza dell'autonomia costituzionale spettante a ciascuna Comunità autonoma.

Le Costituzioni, in genere, non forniscono una definizione di autonomia che consenta di enucleare direttamente i suoi contenuti. Il che, d'altra parte, pare comprensibile qualora si consideri che l'autonomia di una comunità non può essere determinata prescindendo dall'individuazione dei rapporti concreti che regolano la sua attività nei confronti degli altri soggetti dell'ordinamento: quello di autonomia, cioè, è un con-

cetto di relazione (definibile soltanto sulla base della concreta determinazione delle funzioni e del riparto delle competenze) e dai contenuti non assoluti (variabili alla luce delle limitazioni poste dalle diverse fonti). È evidente, poi, che l'ampiezza e le caratteristiche dell'autonomia variano in ragione degli strumenti e degli istituti che l'ordinamento ha previsto.

Ciò non esclude, tuttavia, che possa e debba essere ricercato il contenuto essenziale della nozione di autonomia; ed a tal fine ritengo che non si possa prescindere dall'esistenza di tre principi caratterizzanti. In primo luogo, l'autonomia presuppone l'esistenza di un effettivo potere dispositivo circa il suo contenuto e carattere; in secondo luogo, autonomia è partecipazione alla definizione delle regole fondamentali dell'ordinamento generale e concorso alla determinazione dei principi comuni su cui si fonda il carattere unitario di un ordinamento. Infine, l'autonomia è tale se il soggetto che gode di tale *status* è dotato di efficaci strumenti rivolti alla tutela dei propri ambiti di competenza.

Nel sistema spagnolo delle Comunità autonome tutti questi principi trovano attuazione, anche se il loro riconoscimento ha luogo con una diversa intensità.

Più debole appare la specificazione del principio partecipativo, secondo il quale alle Comunità autonome deve essere garantita un'effettiva partecipazione alla definizione dei principi e delle norme suscettibili di fungere da parametro nella ripartizione delle rispettive sfere di attribuzione. Tale debolezza si manifesta a causa, per un verso, del mancato coinvolgimento delle comunità autonome nei procedimenti di revisione costituzionale degli articoli relativi al titolo VIII C.E., per un altro verso, dell'incompiuta organizzazione del Senato come effettiva Camera di rappresentazione territoriale ai sensi dell'art.69.1 C.E., nonché per l'assenza di operanti strumenti di collaborazione interistituzionale generale.

Assai più significativa è, invece, la capacità riconosciuta alle Comunità autonome ed agli enti locali di difendere il nucleo essenziale della propria autonomia istituzionale anche nei confronti del legislatore, a causa della variegata possibilità di accesso al giudizio del Tribunale costituzionale offerta dall'art. 161.1 CE, dalla Legge organica n. 2 del 1979 sul *Tribunal constitucional*, dalla Legge organica n. 7/99 introduttiva del "*conflicto en defensa de la autonomía local*".

Ma, il punto di forza della nozione costituzionale di autonomia emergente dall'ordinamento spagnolo è costituito dal fatto che principio dispositivo è stato accolto secondo una molteplicità di accezioni.

a) In primo luogo, come possibilità di individuare la comunità di riferimento attraverso la competenza a determinare i confini del proprio territorio, emergente dall'art. 143.1 C.E..

Tale previsione possiede, a mio avviso, una particolare rilevanza, tanto dal punto di vista istituzionale, che simbolico, qualora si acceda – come si dirà tra breve – all'idea che l'autonomia non qualifica soltanto gli aspetti gestionali ed organizzativi di un ente, ma costituisce un fattore identitario, culturale, di individuazione di una comunità territoriale fornita di una specifica identità e dotata di una rappresentanza unitaria: d'altra parte, l'art.143.1 C.E. è esplicito nell'affermare che il diritto all'autonomia compete alle province limitrofe dotate di caratteristiche storiche, culturali ed econo-

miche comuni ovvero da territori insulari o storici.

Da siffatta precisazione emerge che l'autonomia è un attributo del territorio, della comunità prima ancora che dell'ente che lo rappresenta. E la rilevanza del territorio è evidente qualora si consideri che il territorio definisce la sfera spaziale entro la quale l'ente può legittimamente esercitare le proprie funzioni normative ed amministrative; nonchè circoscrive e localizza gli interessi espressi dalla comunità che deve istituzionalmente e funzionalmente rappresentare. In altri termini, il territorio concorre a definire la dimensione dell'autonomia consentendo di distinguere tra interessi nazionali, regionali e locali.

A questo proposito, non si può non sottolineare la diversità di approccio dei costituenti italiani, i quali, in primo luogo, hanno direttamente provveduto ad individuare le Regioni (artt. 116 e 131 C.I.), senza alcuna forma di coinvolgimento da parte delle popolazioni interessate; inoltre, lo hanno fatto utilizzando prevalentemente un criterio storico-statistico, il quale faceva riferimento alle ripartizioni territoriali storicamente utilizzate ai fini del censimento nazionale. Si trattava di un parametro obsoleto, il quale non teneva conto del fatto che gli ambiti territoriali di tali Regioni non coincidevano affatto con quelli determinati dalle modificazioni economiche, culturali e sociali nel frattempo intervenute.

Siffatto limite non sfuggì, invero, ai costituenti, al punto che lo stesso relatore — l'on. Ambrosini — affermò che bisognava tener presente “la necessità che l'ente regione si istituisca in modo da essere vitale e quindi potrebbe sorgere la necessità di non seguire meccanicamente il criterio storico, ma di addivenire a fusioni o cambiamenti consigliati dalla valutazione di particolari interessi”. A tal fine, l'art. 132 C.I. ha disciplinato la possibilità di procedere alla fusione di Regioni esistenti ovvero alla creazione di nuove Regioni, prevenendo l'obbligo di sentire le popolazioni interessate.

b) In secondo luogo, la Costituzione spagnola ha fatto riferimento al principio dispositivo per attribuire alle Comunità autonome la capacità di autodeterminare l'ampiezza delle proprie attribuzioni ed i settori materiali di intervento sulla base dei concreti interessi delle comunità locali. Per un verso, ritenendo che l'autonomia non può essere imposta dall'esterno — che è un diritto, quindi una facoltà, non già un dovere — ha consentito di scegliere tra una via ordinaria ed una via rinforzata alla decentralizzazione: in questo caso, il principio dispositivo tiene conto della diversa propensione all'autonomia delle differenti comunità territoriali, nella esatta consapevolezza che la spinta all'autonomia non è necessariamente di eguale intensità su tutto il territorio nazionale.

Per un altro verso, attraverso la soluzione tecnica dell'art. 148 C.E. (*Las Comunidades autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias*), ha demandato alle singole Comunità autonome la individuazione delle materie in cui intendono esercitare le proprie competenze, dando un significato concreto alla nozione di autogoverno richiamata dall'art. 143 C.E..

Il principio dispositivo opera, inoltre, attraverso la volontà dei costituenti di non dar vita ad un sistema bloccato, ma dinamico, suscettibile di evoluzione sulla base, sempre, della concreta volontà delle comunità territoriali: infatti, trascorsi cinque anni, anche le Comunità autonome che avevano optato per la procedura ordinaria potevano

incrementare il proprio ambito di competenze “*dentro del marco establecido en el artículo 149*”, così come l'accrescimento delle competenze è sempre reso possibile attraverso la revisione degli Statuti di autonomia.

Si tratta di soluzioni istituzionali di grande interesse, che tendono a rafforzare l'idea di fondo che autonomia è sinonimo di differenziazione: e tale valutazione non può essere messa in ombra dalla circostanza che – come vedremo nel successivo paragrafo – il processo di costruzione dello Stato “autonómico” ha portato ad una omogeneizzazione sostanziale e ad un innalzamento verso l'alto delle competenze di tutte le Comunità autonome.

Viceversa, in Italia, è la Costituzione – o le leggi costituzionali, nel caso delle Regioni ad autonomia speciale – a predeterminare le materie di competenza legislativa delle Regioni, che sono eguali per tutte e debbono da tutte essere esercitate.

Una limitata apertura verso il riconoscimento di un potere dispositivo in ordine all'individuazione delle materie di propria competenza è contenuta nella legge costituzionale n. 3/01, che ha temperato il tradizionale criterio di simmetria giuridica, introducendo forme di regionalismo asimmetrico.

Con questa espressione si fa riferimento alla possibilità per le Regioni ordinarie che lo vogliano di esercitare maggiori competenze normative ed amministrative. Secondo la formulazione dell'art. 116.3 cost., il Parlamento, su iniziativa della Regione interessata (che deve previamente aver consultato gli enti locali), può attribuire a singole Regioni la competenza in materia normalmente di competenza esclusiva o concorrente dello Stato.

Si può ritenere che la Costituzione italiana ha optato per forme di asimmetria giuridica, nel senso che si lascia alla autonoma determinazione delle Regioni di esercitare forme particolari di autonomia.

### *1.2. L'autonomia come diritto comunitario.*

La Costituzione spagnola, inoltre, riconoscendo “*el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones*” (art. 2 C.E.) e qualificando – al tempo stesso – gli enti che esercitano l'autogoverno dei diversi territori regionali con l'espressione “*Comunidades*”, sembra accreditare una concezione dell'autonomia non funzionalista, bensì di natura comunitaria.

Secondo questa concezione, l'autonomia non costituisce un modo di organizzarsi di un ente, né qualifica la sua posizione all'interno dell'organizzazione statale, ma piuttosto rappresenta il modo attraverso cui si organizza una parte del popolo dotata di una propria identità. In tal modo, la Costituzione riconosce la soggettività istituzionale delle diverse comunità e si propone di conseguire l'integrazione politica attraverso la valorizzazione delle differenze territoriali, di un pluralismo costituito da diverse identità. Di conseguenza, le Comunità autonome sono enti rappresentativi delle comunità locali per la tutela dei suoi interessi e la autonomia costituzionale loro riconosciuta è l'autonomia della comunità territoriale, piuttosto che quella dell'ente giuridico.

Si tratta di una nozione moderna di autonomia, che si collega a quelle posizioni dottrinali che la definiscono in termini di “autodeterminazione di una collettività rela-

tiva all'esercizio di pubblici poteri": un'autonomia orientata ad adeguare i processi di decisione all'esistenza di un pluralismo fatto di diverse identità, di differenze territoriali che si intendono valorizzare. L'autonomia rappresenta, in quanto tale, un valore che le Costituzioni codificano per conseguire l'integrazione politica delle comunità sociali all'interno dello Stato; per individuare gli strumenti e gli istituti che, in una realtà pluralistica e policentrica, consentono di conseguire l'unità dello Stato attraverso l'adesione del suo substrato comunitario.

Le spinte evolutive che interessano, soprattutto, gli Stati unitari che si stanno decentralizzando debbono spostare l'attenzione dalle relazioni che intercorrono tra lo Stato ed i suoi ordinamenti interni, all'organizzazione che una determinata comunità – una porzione di popolo – fornita di propria identità su base territoriale è in grado di darsi su base territoriale. Per questa ragione – a mio avviso – il legislatore italiano, all'atto di procedere ad una revisione costituzionale del Titolo V della seconda parte della Costituzione avrebbe dovuto ispirarsi alla chiara formulazione dell'art. 2 della Costituzione spagnola al momento di modificare l'art. 114 cost..

Così, invece, non è stato e dalla lettura della legge costituzionale n. 3 del 2001 sembra che sia stata privilegiata una concezione funzionalista dell'autonomia regionale piuttosto che comunitaria: a differenza di quanto emerge dal Testo Unico sull'ordinamento degli enti locali, il cui art. 3 afferma che "le comunità locali, ordinate in comuni e province, sono autonome". In particolare, l'art. 118 cost. – che disciplina la distribuzione delle competenze amministrative tra i diversi livelli istituzionali della Repubblica, sembra optare per l'affermazione di un modello di regionalizzazione di natura prevalentemente funzionale, attento ad esigenze di prossimità, di sussidiarietà e di partecipazione, piuttosto che di integrazione comunitaria.

### *1.3. Il legame con la storia e l'attenzione ai processi politici.*

La dottrina spagnola, sin dai primi commenti alla Costituzione del 1978, aveva sottolineato la scelta di non codificare direttamente in Costituzione le caratteristiche dell'organizzazione dello Stato. Utilizzando una terminologia cara alle moderne scienze aziendali, si potrebbe affermare che la Costituzione spagnola si è rivelata interessata a definire la innovazione di processo piuttosto che l'innovazione di prodotto.

Da qui l'originalità di un testo costituzionale che opta per un sistema aperto, che ha sostanzialmente decostituzionalizzato l'ordinamento delle Comunità autonome, affidando alla fase di attuazione costituzionale, la determinazione concreta dell'organizzazione decentrata e la ripartizione delle competenze tra i diversi livelli istituzionali.

Il sistema politico spagnolo – a differenza di quello italiano – non si è trovato, pertanto, innanzi ad un modello da attuare, ma un processo di decentralizzazione da costruire, tenendo ben presenti un punto di partenza, un criterio procedurale ed un principio di riferimento.

Il punto di partenza è costituito – come intuito da Rubio Llorente – dalla volontà di "legarsi alla storia". D'altra parte, diverse disposizioni costituzionali appaiono difficilmente interpretabili, senza un aggancio alle vicende storiche che hanno alimentato la nazione spagnola e preceduto la Costituzione democratica del 1978. Il peso della

storia è presente in numerose disposizioni transitorie e addizionali: che richiamano i territori dotati “*de un régimen provisional de autonomía*” ovvero che “*hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de autonomía*” (disp. trans. prima e seconda), la specificità costituzionale delle città di Ceuta e Melilla (disp. trans. quinta), i diritti storici dei territori forali (disp. ad. prima), il particolare regime economico e fiscale delle Canarie (disp. ad. terza).

Così come l'eco della storia emerge dalla stesura del più volte citato art. 2 C.E. allorchè riconosce tanto l'autonomia delle Regioni che delle nazionalità.

Inoltre, è indubbio che il buon esito del processo di decentralizzazione politica in Spagna sia stato favorito dal fatto che lo stesso è stato, al tempo stesso, preparato e adeguatamente diretto.

La preparazione si è avuta con l'esperienza delle pre-autonomie, che segnò la transizione dall'accentramento del franchismo al nuovo ordinamento costituzionale: favorendo quello che è stato definito “*el discreto encanto de la democracia*”.

Pur trattandosi di un'esperienza esplicitamente transitoria – dal momento che la disp. trans. settima della Costituzione stabili che “*los organos provisionales autonómicos se considerarán disueltos una vez constituidos los órganos que establezcan los Estatutos de Autonomía aprobados conforme a esta Constitución*” – i suoi effetti politici ed istituzionali risultarono rilevanti. Come ha fatto rilevare un'autorevole dottrina, la scelta del Presidente Suárez di istituire con successivi decreti legge forme di autonomia provvisoria conseguì alcuni positivi risultati: per un verso, agevolò il dibattito costituenti e rese di fatto obbligata l'opzione di favore di una regionalizzazione generalizzata; per un altro verso anticipò la “*mapa autonómica*”, favorendo una decentralizzazione consensuale e pacifica. Inoltre, consentì di risolvere alcuni nodi politici suscettibili di conflitto (come il riconoscimento delle Canarie e Baleari quali comunità insulari, ovvero la distinzione tra Navarra e Paesi Baschi).

La funzione di direzione del processo di costruzione dello Stato “*autonómico*” fu, invece, assunta dai partiti politici – nuova linfa della rinata democrazia spagnola –. Dall'intesa e dall'accordo tra le forze politiche nazionali nacquero i *Pactos autonómicos* (del 1981, del 1992, del 1996); e sempre a tale intesa va ascritta la rapidità con la quale, in pochi anni, si è passati da un secolare ordinamento centralizzato ad una incisiva decentralizzazione delle competenze: basti considerare che nel biennio 1979-1980 si ebbe l'approvazione delle leggi organiche necessarie per il funzionamento del sistema (L.O.F.C.A., L.O.T.C., L.O. de referendum), nel 1980 furono approvati i primi Statuti di autonomia, nel 1983-85 si ebbero i primi trasferimenti di funzioni e nel 1994 si ebbe la prima riforma degli Statuti di autonomia.

Tale esperienza, se esaminata sotto il profilo teorico, può sembrare contraddittoria sia rispetto al principio di autonomia che a quello dispositivo. Tuttavia la stessa, se alla luce dei risultati prodotti, va valutata in modo complessivamente positivo perché ha consentito una pronta attuazione del dettato costituzionale ed il formarsi di un regionalismo contrattato e condiviso. Un suo limite può, se mai, essere individuato nel fatto che le intese politiche nazionali – vincolanti per il sistema politico (per i partiti di maggioranza e di opposizione) e per il sistema istituzionale (per il Governo, il Parlamento e le istituzioni regionali) – hanno, da un lato, alimentato una visione più

politica che istituzionale della leale collaborazione e, dall'altro lato, favorito l'affermarsi di un regionalismo omogeneo.

Va, tuttavia, considerato che siffatti esiti furono il frutto di una “stagione” politica ed istituzionale del tutto particolare, in quanto contraddistinta da una realtà politica contrassegnata da un pluripartitismo temperato, dall'esistenza di una forte disciplina di partito, unito attorno alle decisioni del *leader* e del portavoce, dalla presenza nel Parlamento nazionale di partiti nazionalisti in posizione politicamente rilevante.

Anche su questo punto, l'esperienza italiana appare assai differente.

In Italia, il processo istituzionale di attuazione delle Regioni è risultato, invece, assai laborioso: istituite con grave ritardo rispetto alle previsioni costituzionali, hanno faticato ad occupare un ruolo più chiaro all'interno della organizzazione costituzionale della Repubblica. Le tappe che hanno scandito il loro processo di consolidamento si sono succedute lentamente. Ad una prima fase (1948-1970), di regionalizzazione parziale contraddistinta dalla attivazione delle sole Regioni ad autonomia speciale (nella quale assunse un ruolo importante la Corte costituzionale, la quale elaborò una giurisprudenza finalizzata soprattutto ad assicurare il carattere unitario dell'ordinamento) seguì una seconda fase (1971-1977), che possiamo qualificare di avvio del regionalismo ordinario, la quale si connota per l'approvazione degli Statuti regionali, per il tentativo regionale di interpretare in chiave estensiva le materie di competenza legislativa, per i primi significativi trasferimenti di funzioni amministrative dallo Stato alle Regioni.

Dopo un periodo di tendenziale stabilizzazione del sistema (1978-1996) – nel quale non intervennero ulteriori trasferimenti di funzioni a favore delle Regioni e si assistette ad una decisa riduzione del contenzioso giurisdizionale – prese avvio una quarta fase (1997-2000) – quella che ha preceduto immediatamente la riforma costituzionale del 2001 – la quale si è caratterizzata per il tentativo di rivitalizzare il sistema regionale, incidendo soprattutto sull'efficacia del processo decisionale e su di un deciso decentramento dell'attività amministrativa.

Oggi, la legge costituzionale n. 3 del 2001, di revisione costituzionale del titolo V della seconda parte della Costituzione, invece di conferire organicità e stabilità al sistema che si è evoluto nel corso di trenta anni, intende perseguire un obiettivo più ambizioso: consistente nel superare contemporaneamente tanto l'originaria “idea” di Regione tratteggiata dai nostri costituenti, quanto il concreto regionalismo che si è evoluto nel tempo. Tuttavia, se tale obiettivo può essere individuato “in negativo” nelle ragioni che abbiamo appena richiamato, appare assai arduo ricostruirlo “in positivo”, dal momento che le diverse disposizioni del titolo V non sembrano riconducibili ad una visione unitaria, se non scontando forzature interpretative che non si addicono ad un giurista positivo.

La non precisa costituzionalizzazione delle caratteristiche della forma di Stato regionale non costituisce di per sé un limite insuperabile alla realizzazione di un sistema regionale compiuto, come insegna l'esperienza delle Comunità autonome spagnole realizzate in un contesto interamente decostituzionalizzato. L'ostacolo è rappresentato dalla circostanza che a siffatto limite si aggiunge la mancata individuazione del percorso da seguire per addivenire alla costruzione del nuovo sistema di autonomie

territoriali: tanto del percorso istituzionale, quanto di quello più propriamente politico. Non va, infatti, dimenticato che la positività dell'esperienza regionale spagnola fu determinata da due fondamentali fattori: da un lato, la codificazione in Costituzione del processo di attuazione, basato sull'idea di un regionalismo a più velocità, sul principio dispositivo e sulla centralità degli Statuti di autonomia; dall'altro lato, la realizzazione di un'intesa politica ferrea circa le scelte da compiere tra tutti gli attori istituzionali (Governo, partiti, organi delle Comunità autonome).

E proprio queste due circostanze sembrano non essere presenti nella realtà italiana. Mancano, infatti, nella legge costituzionale n. 3 del 2001 norme finali e transitorie che precisino le modalità ed i tempi di attuazione delle regole contenute nei diversi articoli; non esiste, d'altra parte, una comune valutazione degli obiettivi da perseguire (e delle modalità attraverso le quali perseguiрli) da parte dei partiti politici e delle istituzioni, incerti se optare per un processo di natura collaborativa ovvero abdicare a favore di una soluzione conflittuale che demandi alla giurisdizione costituzionale il compito di dirimere le divergenze tra i diversi livelli istituzionali.

## 2. Alcune dinamiche del sistema comuni all'esperienza italiana e spagnola.

Le dinamiche del regionalismo in Italia ed in Spagna non presentano, tuttavia, soltanto delle differenze: diversi sono, infatti, i profili che avvicinano le due esperienze, sì da considerarle aspetti di un medesimo fenomeno istituzionale. Tra questi, mi pare interessante richiamare l'attenzione, per un verso, sul loro convergere verso una visione similare della forma di Stato, per un altro verso, sulla prevalenza delle spinte a favore di un regionalismo omogeneo, considerato il più idoneo a garantire il principio di egualianza dei cittadini di fronte alla legge e nel godimento dei loro diritti fondamentali.

### 2.1. *La comune adesione alle moderne forme di decentramento territoriale del potere.*

Innanzitutto, mi pare che il regionalismo italiano e quello spagnolo, nonostante la notevole differenza dei presupposti costituzionali, si stanno evolvendo secondo una visione unitaria di forma di Stato.

Qualora si superi il formalismo di alcune classificazioni, si può notare come il regionalismo di relazione proprio delle più recenti tendenze italiane e l'idea spagnola di Stato composto non esprimono tanto due differenti modelli, quanto due distinte soluzioni istituzionali ad una comune esigenza: cioè, la necessità di creare un sistema policentrico, ma integrato, di autonomie.

Il processo di decentralizzazione evidenzia un'adesione ai modelli di *multilevel constitutionalism*, che tendono a dar vita ad un sistema integrato di autonomie: cioè ad un sistema istituzionale costituito da più ordinamenti che interagiscono reciprocamente al fine di assumere decisioni vincolanti per l'intero sistema. Lo Stato, le Regioni ed i sistemi decentralizzati di governo locale sembrano integrarsi in un sistema istituzionale, composto da ordinamenti autonomi, però coordinati. Ciò segnala il

passaggio da un autonomismo derivato, di tipo gerarchico e pyramidale, ad uno relazionale.

Se tale tendenza si analizza in una prospettiva comparata, può essere avvicinata al dinamismo delle relazioni tra gli Stati e l'Unione europea, dal momento che le relazioni tra gli ordinamenti statali e comunitario, da un lato, e tra gli ordinamenti nazionali e locali, dall'altro lato, paiono scanditi dalle medesime regole: armonizzazione delle normative, leale collaborazione nei processi decisionali, coordinamento per assicurare le esigenze unitarie e sussidiarietà nella distribuzione delle competenze.

I sistemi costituzionali a più livelli non alterano le competenze definite dalla Costituzione, ma influiscono sulle modalità di esercizio nel senso che l'attenzione si rivolge prevalentemente sulle modalità di esercizio, sulle forme di integrazione procedurale e ciò delinea un regionalismo che – sotto il profilo dei procedimenti decisionali – punta al rafforzamento degli strumenti di partecipazione e di negoziazione.

D'altra parte, è lo stesso art. 2 C.E. a richiamare il valore costituzionale della solidarietà tra le Comunità autonome, mentre l'art. 138 C.E. presuppone un equilibrio economico adeguato e giusto tra le diverse parti del territorio spagnolo.

L'affermazione del principio di cooperazione costituisce un'affermazione non facile.

Non possiamo dimenticare che le relazioni tra lo Stato e gli enti decentrati si sono caratterizzate spesso per un'ottica competitiva: in Spagna ha prevalso la tendenza ad instaurare relazioni bilaterali e privilegiate tra la singola Comunità autonoma e lo Stato; in Italia, a sua volta, si è nel passato privilegiata la distinzione e la separazione delle competenze piuttosto che l'integrazione. Pertanto, nel periodo iniziale di costruzione del sistema delle autonomie regionali, gli sforzi principali si sono rivolti alla determinazione dei criteri utili per ripartire le materie e per perfezionare gli strumenti politici e giurisdizionali per la risoluzione dei possibili conflitti.

Soltanto nella fase matura del regionalismo si è prodotta una chiara inversione di tendenza, verso modelli di relazioni interistituzionali fondati sul principio della cooperazione. Il giudice costituzionale ha affermato in numerose occasioni che le relazioni tra lo Stato e le Regioni si debbono caratterizzare per criteri di parità, di lealtà reciproca, sulla base di tecniche partecipative.

## 2.2. *L'attenzione alla dimensione unitaria del sistema.*

La storia costituzionale di entrambi gli Stati evidenzia, inoltre, la volontà di trovare un equilibrio tra due esigenze diverse, ma complementari: per un verso, favorire le autonomie territoriali per meglio garantire il coinvolgimento sociale alla vita delle istituzioni e, per un altro verso, garantire che il pluralismo delle istituzioni non degeneri sino ad incrinare l'unità politica dello Stato. Ciò spiega perché gli ordinamenti regionali o le forme di Stato composto non possono prescindere dal considerare la necessaria relazione di complementarietà che esiste tra autonomia ed unità.

Tuttavia, l'equilibrio tra autonomia ed unità non può dipendere soltanto da fattori culturali, sociali o storico-politici; un apporto significativo è fornito anche dalla presenza in Costituzione di istituti o di disposizioni specifiche. In particolare, tanto in Italia quanto in Spagna, essi sono riconducibili a tre tipi di strumenti: la riserva allo

Stato della competenza legislativa in determinate materie, l'individuazione di meccanismi specifici, la previsione di regole comportamentali.

Per quanto concerne il primo aspetto, l'unità giuridica dell'ordinamento deve, innanzitutto, essere assicurata dal Parlamento, per un verso, attraverso l'esercizio della potestà legislativa esclusiva e, per un altro verso, a mezzo della determinazione dei principi nelle materie rientranti nella competenza legislativa concorrente. La Costituzione individua le materie da riservare alla competenza esclusiva dello Stato proprio con l'obiettivo di assicurare l'unitarietà del sistema e di garantire il principio dell'egualanza di tutti i cittadini dinanzi alla legge.

La funzione unificante della legislazione esclusiva dello Stato è favorita, in entrambi gli ordinamenti, dalla circostanza che risultano numerose le competenze statali di tipo "trasversale", suscettibili di incidere su di un ampio spettro di materie regionali. È il caso, in Italia, della riserva statale in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, di ordinamento civile e penale, di sicurezza, di concorrenza economica, tutela dei livelli essenziali delle prestazioni inerenti ai diritti civili e sociali. Mentre, per quanto concerne la Spagna, si può richiamare la competenza esclusiva nella disciplina delle condizioni essenziali che garantiscono l'egualanza di tutti gli spagnoli nell'esercizio dei diritti e nel compimento dei doveri, del diritto penale e civile, della pianificazione generale delle attività economiche.

In secondo luogo, le Costituzioni individuano meccanismi finalizzati ad assicurare l'unitarietà del sistema. In Italia, quelli più rilevanti sono costituiti dal potere statale di indirizzo e di coordinamento; mentre, in Spagna, si può far riferimento alle leggi di armonizzazione (art. 150.3) alle clausole di prevalenza (art. 149.3 C.E.) e di suppletività (art. 149.3 C.E.), nonché al potere di coercizione statale (art. 155 C.E.).

Ma, soprattutto, riveste – a mio avviso – un particolare interesse la presenza nei testi costituzionali di alcune clausole generali che legittimano l'intervento giuridico dello Stato.

Le formule usate sono diverse, però riconducibili alla medesima funzione di salvaguardia delle esigenze unitarie: la Costituzione spagnola affida allo Stato il compito di assicurare una realizzazione effettiva del principio di solidarietà e di vigilare per garantire un equilibrio economico adeguato e giusto tra le diverse parti del territorio (art. 138 C.E.), oppure il principio di unità economica, che si ricava dall'art. 149, 1, 10, 11 e 13 C.E. ovvero la salvaguardia delle condizioni di base che assicurino l'egualanza di tutti gli spagnoli, che si ricava dagli artt. 149.1.1, 138.2, 139 C.E..

Equalmente, nel sistema costituzionale italiano si può far riferimento agli indorogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociale richiamati dall'art. 2 cost. o alla natura indissolubilmente unitaria della Repubblica, che si richiama anche agli interessi e valori fondamentali che fondano la decisione del popolo di riconoscersi uniti nella Repubblica.

Queste formule presentano una triplice rilevante caratteristica. In primo luogo, si tratta di clausole aperte, nel senso che il loro significato normativo si modifica e trasforma con tempo; in secondo luogo, tali clausole attribuiscono competenze allo Stato; infine non sono giustificabili, nel senso che non possono divenire parametro per un giudizio di legittimità costituzionale.

Infine, si deve sottolineare che negli ordinamenti decentralizzati la salvaguardia del principio unitario è assicurata anche dalla esistenza di vincoli unificanti. Ad esempio, in Italia ed in Spagna, la Costituzione individua due tipi di limiti all'autonomia delle comunità decentrate che appaiono chiaramente riconducibili all'esistenza di vincoli unitari ed aggreganti: da un lato, i vincoli che derivano dalla comune appartenenza all'ordinamento europeo; dall'altro lato, i vincoli che derivano dallo "spirito" della Costituzione, che impone relazioni tra i diversi ordinamenti ispirate al principio della lealtà costituzionale.

Tale principio impone a ciascun soggetto istituzionale il dovere di esercitare le proprie competenze tenendo conto degli effetti che le decisioni producono sugli altri livelli istituzionali. In altre parole, nelle relazioni interistituzionali si deve affermare una sorta di *animus non laedendi*, nel senso che le diverse parti che compongono il tutto – sia pure nell'esercizio delle proprie competenze – debbono collaborare per il mantenimento dell'ordinamento generale e per il suo rafforzamento.

### 2.3. *La spinta all'omogeneizzazione e la riduzione dei fatti differenziali*

Lo sviluppo del regionalismo – ed il conseguente dibattito dottrinale – ha regolarmente oscillato, tanto in Spagna quanto in Italia, tra Scilla e Cariddi, tra la spinta alla differenziazione e la tendenza all'omogeneità, tra simmetria ed asimmetria in ordine alle competenze. Sembra che il pendolo oscilli tra i due poli senza sembrar trovare un equilibrio definitivo. E tale osservazione testimonia come il regionalismo o il federalismo non possano essere interpretati staticamente attraverso l'interpretazione del mero dato normativo, ma debbono essere considerati nel loro divenire, come fenomeno dinamico.

In Spagna, il testo della Costituzione evidenzia una propensione all'affermazione di un regionalismo differenziato, fondato tanto sul dato storico e sul riconoscimento di alcuni "*hechos diferenciales*", quanto sul principio dispositivo: il sistema si presentava, quindi, come potenzialmente assai differenziato – come è stato ben espresso dalla fortunata espressione che equiparava il sistema delle competenze ad una sorta de "*tabla de quesos*" –.

Siffatta potenzialità, tuttavia, è stata progressivamente erosa dai contenuti dei *Pactos autonómicos* – siglati centralmente – e dalle successive revisioni degli Statuti di autonomia che hanno finito per delineare un sistema sostanzialmente omogeneo. Mentre lo stesso dibattito sugli "*hechos diferenciales*", – volto ad individuare le ragioni che possono fondare trattamenti distinti a favore delle singole Comunità autonome – pur potendo rinvenire un fondamento costituzionale –, ha progressivamente limitato la sua portata ad un numero limitato di materie, individuabile, in ordine a singoli territori, nelle competenze linguistiche, nell'insularità, nel diritto civile, nelle forme di finanziamento, nell'organizzazione territoriale.

Tuttavia, sembra che la dottrina non abbia valutato negativamente l'affermazione di un regionalismo omogeneo, riscontrando in tale tendenza alcuni effetti positivi sintetizzabili, per un verso, in una notevole semplificazione del sistema delle competenze, che oramai si fonda essenzialmente sull'art. 149.1 e 3 C.E.; per un altro verso, in una maggior razionalizzazione dell'organizzazione amministrativa dello Stato, che può

contare in tal modo su una presenza egualmente distribuita sull'intero territorio nazionale.

In Italia, a sua volta, il riconoscimento costituzionale di alcune Regioni ad autonomia speciale, non ha impedito l'affermarsi di una spinta verso un regionalismo che sia non soltanto generale, ma anche omogeneo dal punto di vista delle competenze. E tale risultato è stato determinato da diversi, ma concomitanti elementi: quali, l'incapacità delle stesse Regioni ad autonomia speciale ad affermare un'identità tale da giustificare il particolare regime costituzionale, la funzione fortemente omogeneizzatrice svolta dalla Corte costituzionale, le vicende che hanno contrassegnato i trasferimenti di funzioni dallo Stato alle Regioni, per cui, in diversi casi, la specialità è diventata sinonimo di un regionalismo depotenziato .

Anche se occorre evitare di pronunciare un giudizio genericamente negativo, di fallimento dell'esperienza, dal momento che si è in presenza di una realtà variegata, che ha prodotto anche esiti positivi – come nel caso, ad esempio, della Regione Trentino Alto Adige – è indubbio che nel complesso le prospettive in Italia delle Regioni ad autonomia speciale siano entrate in una sorta di cono d'ombra: che sembra acuito dalla stessa riforma costituzionale del 2001, qualora si consideri che l'art. 116, 3 c. C.I. consente – come abbiamo evidenziato in precedenza – ad ogni Regione ordinaria di richiedere ulteriori competenze, sì da differenziarsi dalle altre Regioni del medesimo tipo e da assimilarsi (sia pure limitatamente al profilo delle competenze legislative ed amministrative) a quelle ad autonomia speciale.

Mentre una spinta alla differenziazione potrebbe venire da un'innovativa attuazione dei principi di sussidiarietà, di adeguatezza e di specificità che costituiscono i criteri direttivi sulla base dei quali si dovrebbe procedere, all'interno delle singole Regioni, alla distribuzione delle competenze amministrative tra i diversi livelli istituzionali.

È indubbio che le ricorrenti pulsioni verso una differenziazione tra le Regioni fatiscano ad affermarsi anche perché contrastate dall'opposta tendenza all'uniformazione ed alla conformazione. La prima attiene alla rivendicazione di eguale competenze, o meglio alla non disponibilità delle singole Regioni ad accettare minori competenze delle altre. La seconda concerne il tradizionale vizio di mimetismo, che, nonostante le possibilità differenziatrici insite nel principio di autonomia, contraddistingue l'organizzazione e l'attività degli organi di governo e degli apparati amministrativi.

### **3. Profili non risolti del modello spagnolo ed apporto dell'esperienza italiana.**

Il sistema spagnolo delle Comunità autonome, se analizzato al termine dei 25 anni di vita della Costituzione democratica appare chiaramente delineato nei suoi elementi essenziali. Tale condizione è stata, tra l'altro ben evidenziata, nell'*Informe Comunidades autónomas* del 2002, ove si afferma che le possibili linee di evoluzione del sistema si diramano da una convinzione comune: cioè, che con l'anno 2001 terminò un importante processo di sviluppo dello *Estado autonómico*: gli Statuti di autonomia delle Comunità autonome sono stati riformati, sono stati realizzati significati-

vi trasferimenti di funzioni, si è conseguita una sostanziale uniformità di competenze tra i diversi enti regionali.

Il modello, per quanto consolidato, non può, tuttavia, considerarsi concluso, anche se le previsioni in ordine alle sue prospettive future non sembrano omogenee.

Da un lato, i fautori di un regionalismo più spinto, richiedono il trasferimento di nuove competenze e puntano a rendere assai più incisiva la partecipazione delle Comunità autonome ai processi politici nazionali e comunitari, attraverso la riforma del Senato e la partecipazione diretta di alcune Comunità all'organizzazione politica dell'Unione europea.

Dall'altro lato, i fautori di una visione più funzionale dell'autonomia regionale ritengono che il processo di trasferimento delle competenze si sia esaurito, per cui si propongono essenzialmente di migliorare le tecniche di coordinamento, di collaborazione e di migliorare l'efficienza amministrativa complessiva del sistema.

Esula dai compiti del presente lavoro pronunciarsi sul futuro dello Stato “*autonómico*”, tuttavia, è difficile non notare che il regionalismo spagnolo, indipendentemente dalla strada lungo la quale si incamminerà, debba misurarsi con quelli che – agli occhi di un osservatore straniero – appaiono i suoi due principali punti deboli: la assenza di efficaci strumenti di cooperazione multilaterale, il riconoscimento di un più qualificato ruolo istituzionale degli enti locali. Ed in relazione ad entrambi i punti, l'esperienza italiana può essere utilmente presa in considerazione.

### 3.1. *Lo sviluppo degli strumenti di collaborazione organica.*

La forma di Stato composto, al pari del regionalismo relazionale italiano, può funzionare con efficacia se tra i diversi livelli istituzionali si instaura un'attitudine ed una capacità di leale collaborazione. Per la efficienza del sistema diviene, quindi, determinante l'attività di collaborazione, sia organica che funzionale.

La prima si esercita con l'attivazione di organismi misti adeguati, composti sia da rappresentanti del Governo che degli enti decentrati; la seconda, a sua volta, facilita lo sviluppo di forme di coordinamento, con l'obiettivo di semplificare ed accelerare i procedimenti decisionali ed amministrativi. Con gli strumenti di amministrazione coordinata si cerca di migliorare la qualità delle prestazioni pubbliche e di conseguire una sinergia tra le diverse amministrazioni.

In ordine alle forme di cooperazione è significativa la contrapposizione tra gli assetti costituzionali caratterizzati da significative relazioni interregionali e multilaterali e gli ordinamenti contraddistinti eminentemente da rapporti di natura bilaterale. Gli uni e gli altri si ispirano a presupposti profondamente diversi: i primi, si basano sulla pari dignità costituzionale di tutte le Regioni nei confronti dello Stato e vede nella contrattazione la via maestra per implementare il decentramento politico e per snellire le attribuzioni esercitate direttamente dallo Stato centrale; i secondi criticano la logica cooperativa, in quanto tenderebbe – a loro avviso – ad omogeneizzare le diverse realtà e ad appiattire le differenze, depotenziando le identità di ciascuna Regione.

La dottrina spagnola sembra concordare nel rilevare che l'attuale sistema delle relazioni insteristituzionali tra Stato e Comunità autonome sia inadeguato. Le sue criticità

sono determinate dalla circostanza che la legge organica n. 30/92, che ha individuato gli strumenti di cooperazione utilizzabili dal sistema, e la prassi hanno privilegiato, per un verso *convenios* bilaterali rispetto agli organismi di cooperazione interregionale e, per un altro verso, le conferenze settoriali rispetto a quelle di natura generale.

Tale scelta appare coerente con una logica di differenziazione regionale, favorevole a valorizzare le specificità di ciascuna Comunità autonoma, attenta ad evidenziare los “*hechos diferenciales*”; si rivela, però, inadeguata ad assicurare la funzionalità complessiva di sistemi ispirati ad un regionalismo omogeneo e cooperativo, i quali richiedono piuttosto l'esistenza di organi misti di cooperazione multilaterale, a competenza generale accanto (o in sostituzione) di un Parlamento rappresentativo non soltanto dei cittadini, ma anche delle comunità territoriali.

Per questi motivi, risulta necessario istituire una *Conferencia* rappresentativa del Governo centrale e di quelli delle Comunità autonome con il compito di intrattenere, nello spirito della collaborazione, le relazioni tra i livelli istituzionali. A questo proposito, appare interessante l'esperienza italiana che ha potenziato le competenze della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano ed ha istituito una Conferenza unificata per le materie ed i compiti di interesse comune delle Regioni, delle Province e dei Comuni (d. lgs. n. 281/97).

In particolare, la prima è presieduta dal Presidente del Consiglio dei ministri e composta dai Presidenti delle Regioni e delle Province autonome: a seconda degli oggetti che deve trattare, partecipano alle sue riunioni i Ministri interessati e rappresentanti di amministrazioni dello Stato o di enti pubblici. Le funzioni di vicepresidente sono esercitate dal Ministro degli affari regionali.

Istituzionalmente si tratta di un organo di rilevanza costituzionale che non appartiene né all'apparato statale, né a quello regionale, ma rappresenta la sede privilegiata del confronto e della negoziazione politica fra lo Stato e le Regioni e le Province autonome. Utilizzando la terminologia dell'art. 114 cost., secondo il quale i Comuni, le Province, le Città metropolitane, le Regioni e lo Stato sono gli elementi costitutivi della Repubblica, la Conferenza potrebbe essere annoverata tra gli organi propri della Repubblica.

Le sue principali competenze sono di natura consultiva (sugli atti del Governo di interesse regionale, in particolare quelli normativi, e sullo schema della legge comunitaria annuale), di nomina (dei responsabili di enti ed organi che svolgono attività o prestano servizi strumentali all'esercizio di funzioni concorrenti tra Governo, Regioni e Province autonome), di codecisione (del contenuto degli atti statali di indirizzo e di coordinamento, dei criteri di ripartizione delle risorse finanziarie da assegnare alle Regioni ed alle Province autonome); di informazione, assicurando lo scambio di dati ed informazioni tra il Governo e le Regioni, con particolare riferimento alla partecipazione dell'Italia all'ordinamento comunitario; di proposta nei confronti di organi dello Stato e di enti pubblici.

### 3.2. *Il pacto local e la definizione del ruolo degli enti locali.*

Uno dei profili più delicati che il processo di decentralizzazione deve affrontare è costituito dall'attuazione dell'art. 137 C.E., il quale prevede l'esistenza di tre livelli

istituzionali – Stato, Comunità autonome, Municipi e Province – dotati di autonomia e pariordinati, per quanto dotati di competenze differenti. Si tratta della concretizzazione della “*segunda descentralización*”, in ordine alla quale si è dato vita – ad imitazione di quanto già avvenuto a proposito delle comunità locali – ad un terzo Patto, il *Pacto local* siglato nel 1997: il quale prevedeva due fasi distinte – sia temporalmente che sotto il profilo dei contenuti –, l’una in ambito nazionale, l’altra da svolgersi nelle singole Comunità autonome.

Se la fase nazionale ha conseguito alcuni risultati – costituiti, soprattutto, dalla revisione di alcune parti della *Ley reguladora de las bases del régimen local* (legge n. 11 del 1999), dall’introduzione del ricorso di incostituzionalità per lesione dell’autonomia locale (L.O. n. 7 del 1999), dalla riforma della finanza locale (legge n. 51 del 2002) –, quella regionale stenta, invece, a decollare.

Due appaiono, le questioni aperte: da un lato, una revisione generale della *Ley reguladora de las bases del régimen local*, così come auspicato da un’importante proposta di legge del *Congreso de los Diputados* del 18 marzo del 2003; dall’altro lato, una distribuzione delle competenze amministrative tra le Comunità autonome e gli enti locali ispirata al principio di sussidiarietà. In relazione a ciascuna di esse l’esperienza italiana può costituire un interessante campo di indagine.

Il tema dell’evoluzione dell’autonomia locale e della nuova disciplina introdotte dal decreto legislativo n. 267 del 2000 (Testo unico sull’ordinamento degli enti locali) è troppo ampio ed articolato da poter essere affrontato nel breve spazio di questo lavoro. Possono, semmai, essere segnalate le novità presenti in materia di governo locale nella legge costituzionale n. 3 del 2001, di revisione del titolo V della seconda parte della Costituzione, la quale ha inteso valorizzare in misura significativa la posizione costituzionale degli enti locali, con particolare riferimento ai Comuni.

A tal proposito, è opportuno richiamare l’attenzione su alcune disposizioni costituzionali contenute negli artt. 114, 118 e 123 C.I..

In primo luogo, la nuova formulazione dell’art. 114 cost., si segnala per alcune importanti precisazioni: innanzitutto, equipara sotto il profilo della garanzia costituzionale i Comuni e le Province alle Regioni, statuendo che tutti questi enti godono di una posizione di autonomia riconosciuta direttamente dalla Costituzione (... sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione).

In secondo luogo, non solo distingue nettamente lo *status* dei Comuni e delle Province da quello degli altri enti locali, i quali non vengono più menzionati in Costituzione, ma introduce, altresì, una differenziazione funzionale tra i Comuni e le Province, che è implicita nel richiamo al principio costituzionale di differenziazione ed esplicita nell’affermazione del primo comma dell’art. 118 cost. secondo il quale “le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l’esercizio unitario, siano conferite a Province, città metropolitane, Regioni e Stato”.

A sua volta, l’art. 118 C.I., nell’attribuire la competenza amministrativa ai diversi livelli istituzionali, introduce un criterio generale (le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni, salvo che per assicurarne l’esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà,

differenziazione ed adeguatezza), però demanda, successivamente, al legislatore (statale e regionale) il dovere di provvedere alla distribuzione analitica delle competenze tra i diversi livelli istituzionali.

La Costituzione codifica, altresì, i criteri cui si debbono attenere il legislatore statale e regionale all'atto di distribuire le funzioni amministrative, individuandoli nei principi di sussidiarietà, di differenziazione e di adeguatezza. Essi non rappresentano, invero, una novità per il nostro ordinamento giuridico, dal momento che erano previsti già dalla legislazione ordinaria. Secondo l'art. 3 lett. h della legge 59/97 per differenziazione si intende che il legislatore nell'allocazione delle funzioni deve considerare le diverse caratteristiche, anche associative, demografiche, territoriali e strutturali degli enti. Invece, per adeguatezza si intende l'idoneità organizzativa delle amministrazioni a garantire, anche in forma associata con altri enti, l'esercizio delle funzioni.

Il principio di sussidiarietà, a sua volta, costituisce un criterio essenziale per orientare le relazioni tra i diversi livelli istituzionali: rappresenta, anzi, il principale criterio di distribuzione delle competenze. Si tratta di un principio relazionale (in quanto introduce un criterio per definire le competenze ed i rapporti tra i diversi livelli istituzionali) e di preferenza (dal momento che presuppone che le decisioni siano assunte dal livello istituzionale più decentrato possibile, qualora ciò sia giustificato e compatibile con l'esigenza di assicurare efficienza ed effettività all'azione dei pubblici poteri). Inoltre, il principio di sussidiarietà può essere formulato sia in termini dinamici che statici.

Rappresentano esempi di sussidiarietà dinamica le formule contenute nella Costituzione tedesca – il cui art. 72, c. 2 cost. afferma che la Federazione può legiferrare in luogo dei *Länder* se e nella misura in cui l'instaurazione di condizioni di vita equivalenti nel territorio federale e la garanzia dell'unità del diritto e dell'economia nell'interesse dello Stato nel suo complesso rendono necessaria una disciplina legislativa federale – ovvero nel Trattato di Maastricht – per il quale, secondo l'art. 3B, la Commissione europea può intervenire “nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati”.

Invece, tanto il legislatore ordinario, quanto quello costituzionale italiano hanno optato per un meccanismo statico: infatti, l'art. 4 lett. a) della legge 59 del 1997 ha individuato il principio di sussidiarietà nell'istituzione che la generalità delle funzioni amministrative è attribuita agli enti locali, secondo le rispettive dimensioni territoriali, associative ed organizzative con l'esclusione delle sole funzioni incompatibili con le dimensioni medesime, attribuendo le responsabilità pubbliche alla autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati. Mentre il già citato art. 118 cost. costituzionalizza il medesimo criterio, affermando che le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato.

La differenza tra la previsione del legislatore ordinario ed il testo della Costituzione consiste, a mio avviso, nella “direzione” che assume il principio di sussidiarietà inteso in senso verticale. Infatti, in un sistema istituzionale in cui le funzioni amministrative competono allo Stato ed alle Regioni – quale era quello vigente al momento in cui è entrata in vigore la legge 59 del 1997 – la sussidiarietà spinge in direzione di un

decentralmento a favore degli enti locali. Invece, in un sistema – come quello delineato dall'art. 118 cost. – che afferma la centralità dei Comuni nell'esercizio delle funzioni amministrative – la sussidiarietà rappresenta la formula che autorizza a "sottrarre" competenze amministrative ai Comuni, a favore – soprattutto – delle Province e delle Regioni.

Con la nuova disciplina delle competenze amministrative introdotta dall'art.118 cost. si supera decisamente il criterio del parallelismo tra potestà legislativa ed amministrativa: per cui alla regola secondo la quale si doveva presumere che le Regioni possedessero nelle materie di cui all'art.117 cost. anche una competenza amministrativa (salve le funzioni di interesse esclusivamente locale e la possibilità di delegazione a favore degli enti locali) si sostituisce un criterio opposto: per cui, di norma, nella medesima materia la competenza legislativa e quella amministrativa non coincidono.

Infine, l'art.123, 4 c. C.I. istituisce un nuovo organo regionale, il Consiglio delle autonomie locali, quale organo di consultazione tra le Regioni e gli enti locali. Con tale previsione, il principio di leale collaborazione investe necessariamente non solo i rapporti tra lo Stato e le autonomie territoriali, ma anche quelli tra le Regioni e gli enti locali; viene individuato – ad imitazione della Conferenza Stato-Regioni – un organo permanente capace di dar luogo a forme di cooperazione strutturale, al fine di consentire la collaborazione e l'azione coordinata fra Regioni ed enti locali.

I Consigli delle autonomie locali vogliono soddisfare anche il principio partecipativo – che costituisce un elemento qualificante il principio di autonomia – in base al quale alle autonomie territoriali deve essere garantita un'effettiva partecipazione alla definizione dei principi e delle norme suscettibili di fungere da parametro nella ripartizione delle rispettive sfere di attribuzione: per questo dovrebbero avere poteri di proposta e consultivi su tutte le problematiche che coinvolgono le complesse relazioni tra la Regione ed il suo sistema di governo locale.

## V.5 - La collaborazione fra Stato ed enti territoriali negli Stati composti dell'Unione Europea

**Sommario: 1. Premessa. 2. Il ruolo del Senato. 3. Le relazioni intergovernative. 4. Conclusioni.**

### 1. Premessa.

L'evoluzione degli Stati composti spinge a una continua ricerca della miglior configurazione dei rapporti fra centro e periferia, al fine sia di raggiungere una maggior efficienza del sistema nel suo complesso, sia di salvaguardare l'autonomia delle comunità territoriali. Il modello di Stato composto (sia federale che regionale) così come originariamente ideato dai teorici sembra, ormai, essere superato dalla realtà degli Stati, la cui trasformazione contribuisce a delineare nuovi sistemi di relazione fra centro e periferia.

In un primo momento, si era affermato il principio per il quale una volta attribuite le competenze a ciascuno dei livelli di governo, le rispettive funzioni potessero essere svolte in maniera del tutto autonoma e senza avvertire l'esigenza di un momento di incontro o collaborazione fra la Federazione e le autonomie decentrate; si riteneva che i rapporti tra gli enti substatali e lo Stato dovessero essere improntati secondo un'ottica di separazione. Pertanto, all'indomani della nascita degli ordinamenti composti si favoriva una lettura degli elenchi in Costituzione che privilegiava la distinzione piuttosto che l'integrazione. Rimanevano, invece, in ombra quei profili del dettato costituzionale che ponevano l'attenzione non tanto sulla garanzia delle rispettive sfere di competenza, quanto sull'esigenza del coordinamento e della collaborazione.

Tuttavia, questo modello mostra ben presto i limiti, lasciando il posto ai principi della cooperazione, per i quali qualsiasi attività significativa di governo deve essere svolta attraverso l'impegno congiunto e coordinato da parte dello Stato centrale e delle autonomie territoriali. Pertanto, si viene affermando un modello di relazioni tra lo Stato e le autonomie territoriali fondato sul principio collaborativo (il c.d. federalismo-regionalismo cooperativo) basandosi sull'assunto per il quale siano limitate le ipotesi di attività configurate come di esclusiva competenza di un solo livello di governo.

In molti ordinamenti, il federalismo-regionalismo cooperativo è stato favorito dall'introduzione del principio della leale collaborazione, in base al quale si devono strutturare i rapporti fra i diversi livelli istituzionali. Non a caso questo principio (nelle sue differenti formulazioni) viene posto alla base dei rapporti fra Stato centrale e autonomie territoriali e la sua introduzione si deve prevalentemente all'apporto della giurisprudenza costituzionale.

Ad esempio, in Germania, il principio della *Bundestrue* rappresenta una pietra angolare del sistema federale tedesco, svolgendo anche un ruolo di integrazione rispetto al riparto di competenze fra *Bund* e *Länder*. Il Tribunale costituzionale tede-

sco, che ha avuto l'occasione di introdurre per la prima volta detto principio in una pronuncia del 1952, ha affermato che "il principio federalistico della Costituzione contiene il dovere giuridico di tutti coloro che partecipano al "patto" costituzionale di cooperare in conformità all'essenza di tale patto e di contribuire al suo rafforzamento, nonché alla garanzia degli interessi comuni".

Anche in Spagna, il principio di collaborazione è stato enucleato dai giudici costituzionali, i quali hanno ritenuto che si trattasse di un principio dal contenuto complesso, che investe molteplici campi e che costituisce il fondamento delle relazioni fra lo Stato e le Comunità autonome. È stato nella sentenza n. 18 del 1982, che il *Tribunal* ha precisato le caratteristiche del principio di collaborazione, parlando di spirito che deve animare le relazioni delle parti nell'esercizio delle rispettive e separate competenze e sostanzialmente, affermando l'impossibilità per uno Stato composto di funzionare in modo ordinato, se le parti che lo compongono non si muovono in un'ottica collaborativa o di reciproca interazione. Il principio di collaborazione deve muoversi secondo la concezione della lealtà "autonomica" (o – come è stato richiamato in seguito – di buona fede "autonomica").

In Italia, in un primo momento l'introduzione del principio della leale collaborazione è stata realizzata dalla Corte costituzionale, la quale, a partire dalla sentenza n. 64 del 1987 – in più occasioni – ha affermato che detto principio si situa alla base delle relazioni fra lo Stato e le Regioni. A differenza, però degli ordinamenti precedenti, la legge costituzionale n. 3 del 2001 di riforma del Titolo V Parte II della Costituzione ha costituzionalizzato espressamente questo principio, anche se lo ha fatto a proposito dell'intervento sostitutivo del Governo nei confronti dei livelli decentrati.

L'affermazione del principio collaborativo pone, quindi, alla ribalta in maniera amplificata il problema della definizione delle modalità della partecipazione effettiva delle entità decentrate alla politica generale dello Stato centrale. Gli strumenti attraverso i quali si estrinsecherebbe siffatto rapporto collaborativo sono, in genere, nell'esperienza comparata, l'esistenza di una Camera territoriale e/o la partecipazione ad organi misti.

## 2. Il ruolo del Senato.

In un primo momento, la presenza o meno di un Senato rappresentativo delle autonomie sembrava monopolizzare e qualificare in gran parte il dibattito sulla partecipazione dei livelli istituzionali decentrati alle funzioni statali, giungendo alla conclusione dell'ineluttabilità di federalizzare (o regionalizzare) almeno un organo legislativo dello Stato centrale, al fine di costituire un'assemblea di rappresentanza degli interessi delle comunità territoriali. In questo modo, le entità territoriali, partecipando alla funzione legislativa federale, acquisirebbero (o recupererebbero, nel caso ci trovasse di fronte a transizioni da forme confederali) parte di sovranità.

A ben vedere, dunque, la presenza di una camera degli Stati costituisce una priorità per l'esistenza stessa di una forma di stato pluralistico. Volendo far riferimento brevemente all'esperienza italiana, è indubbio che il tema della modifica del Senato

nella direzione di un organo rappresentante le autonomie regionali ha costituito un aspetto ricorrente nel dibattito emerso nei vari tentativi di riforma costituzionale. Anche se è da precisare che la regionalizzazione del Senato italiano rappresenta più un *leit motiv* di fondo che un orientamento consolidato. Infatti, se diamo un rapido sguardo ai disegni di legge di riforma costituzionale, in particolare, quello elaborato dalla Commissione bicamerale per le riforme istituzionali (istituita con la legge costituzionale n. 1 del 1997) e quello attualmente in esame in prima lettura al Senato, vediamo che la volontà politica di configurare la seconda Camera, come un foro di effettiva rappresentanza regionale, è assai labile.

Il testo di riforma della Costituzione elaborato dalla Commissione bicamerale per le questioni istituzionali (la cosiddetta Commissione D'Alema) aveva prefigurato un Senato eletto a suffragio universale diretto sulla base di una ripartizione di seggi proporzionale alla popolazione delle singole Regioni. Qualora il Senato avesse dovuto esprimersi su questioni di interesse regionale o locale, avrebbe dovuto essere integrato da consiglieri regionali, provinciali e comunali eletti in ciascuna Regione in numero pari dei senatori; tuttavia, la sessione integrata del Senato avrebbe avuto solo funzioni consultive.

La questione della riforma del Senato in Italia rimane, a tutt'oggi, incerta, in quanto attualmente il disegno di legge di iniziativa governativa di riforma del Titolo I parte II della Costituzione (d.d.l. n. 2544 B) prevede che i senatori siano eletti a suffragio universale e diretto su base regionale, in proporzione alla popolazione delle Regioni. Anche in quest'ultimo disegno di legge, è prevista l'integrazione del Senato da parte di rappresentanti delle Regioni (eletti dai rispettivi Consigli regionali) e delle autonomie locali (eletti dai rispettivi Consigli delle autonomie locali), che, però, partecipano alle sessioni senza diritto di voto. Emerge, ancora una volta, come – al di là delle formulazioni enfatiche – il disegno di legge non sia in grado di configurare il Senato come camera di rappresentanza delle autonomie. Infatti, non sembra assolutamente sufficiente la previsione in base alla quale sarebbero eleggibili a senatori di una Regione solo coloro che abbiano ricoperto o ricoprono cariche pubbliche elettive in enti territoriali locali o regionali, all'interno della Regione, o sono stati eletti senatori o deputati nella Regione o risiedono nella Regione alla data di indizione delle elezioni.

I brevi cenni ad alcuni dei disegni di legge di riforma costituzionale del Senato testimoniano come in Italia ci si muova in un clima di grande incertezza rispetto al tema della regionalizzazione della seconda, camera, in quanto i disegni di legge di riforma non affrontano in maniera decisa il tema della rappresentanza delle Regioni negli organi legislativi, limitandosi a modifiche che non muterebbero incisivamente il ruolo finora svolto dal Senato.

Comunque, le attuali assemblee di rappresentanza delle entità territoriali vivono una crisi di legittimazione anche in quegli ordinamenti che pure definiscono la seconda camera come un'assemblea rappresentante delle autonomie territoriali. A titolo esemplificativo, possiamo citare la Spagna, l'Austria e anche il Belgio.

Nel paese iberico, la Costituzione non esplicita regole e strumenti di relazione fra i poteri statali e quelli delle Comunità autonome, con l'unica eccezione costituita dal

Senato, il quale è definito “Camera di rappresentanza territoriale” (art. 69). Tuttavia, la dottrina spagnola è concorde nel sottolineare che le sue modalità di composizione e, soprattutto, la sua organizzazione lo rendono inadeguato rispetto alla disposizione costituzionale. La Camera alta è, infatti, composta da membri di origine provinciale e regionale. I primi – eletti a suffragio universale diretto – sono quattro per ogni provincia, indipendentemente dal numero degli abitanti, mentre i secondi sono eletti dalle assemblee legislative delle Comunità autonome: ciascuna di queste ha diritto a eleggere almeno un senatore più uno ogni milione di abitanti. È evidente che la proporzione fra senatori eletti direttamente e quelli di estrazione regionale è a favore dei primi, snaturando, quindi, quella funzione rappresentativa delle Comunità, millantata dal testo costituzionale. Di conseguenza, il Senato spagnolo ripropone al suo interno meccanismi del tutto analoghi alla Camera bassa, infatti, il suo ruolo ricalca quello della *Upper House* degli Stati unitari, in cui più che come rappresentante delle istanze decentrate si configura come una camera di riflessione all’interno del procedimento legislativo.

La riforma del regolamento del Senato del 1994, che ha reso possibile l’istituzione della Commissione generale delle Comunità autonome, non sembra smentire le precedenti affermazioni. Questa Commissione è costituita da 62 senatori e vi si possono incorporare altri 15 senatori eletti dai Parlamenti regionali con diritto di parola ma non di voto. La Commissione è considerata un utile strumento di rappresentanza delle Comunità autonome. Infatti, in base alle sue competenze, la Commissione svolge una funzione referente sui progetti di legge di interesse regionale, esprime un parere su tutte le questioni riguardanti i rapporti fra Stato e Comunità autonome, fornisce delle indicazioni in ordine alla partecipazione delle Comunità autonome all’Unione Europea e, in generale, ha il compito di rafforzare la collaborazione fra lo Stato e le autonomie territoriali. Pur svolgendo un ruolo significativo, tuttavia, non è in grado di mutare l’essenza del Senato, che a tutt’oggi sembra essere inadeguato rispetto alle funzioni di rappresentanza qualificata dei livelli territoriali substatali.

Analogamente sono rinvenuti elementi critici anche per quanto riguarda il Senato belga che si configura anch’esso come una camera di riflessione piuttosto che di rappresentanza territoriale.

Come in Spagna, anche in Belgio, solo in minima parte i senatori sono espressione delle Comunità, infatti, in base agli artt. 67, 68 e 72 della Costituzione, su 71 membri solo 21 sono eletti dalle Comunità (10 dalla Comunità fiamminga, 10 da quella francese e 1 da quella tedesca). La riforma del 1994, che formalmente ha trasformato il Belgio in uno Stato federale, ha ridimensionato il ruolo della seconda camera, stabilendo una netta prevalenza della Camera dei rappresentanti. Inoltre, contribuisce all’idea della debolezza del Senato anche il fatto che rimangono, almeno formalmente, escluse le Regioni, che rappresentano un livello territoriale che si affianca alle Comunità.

Emergono perplessità anche rispetto l’effettivo ruolo del *Bundesrat* austriaco, i cui componenti sono eletti dalle assemblee legislative dei *Länder* ma hanno il divieto di mandato imperativo e non possono partecipare alle sedute delle Diete. Questo aspetto sembra condizionare la loro funzione di rappresentanti degli Stati membri, in quanto

i membri del Consiglio federale sarebbero più sensibili alle direttive del partito di appartenenza piuttosto che agli interessi dello Stato di provenienza.

In sintesi, nonostante la storica tradizione che pone la seconda camera come elemento irrinunciabile per la caratterizzazione di uno Stato composto, è indubbio che da più parti se ne appunta l'insufficienza o l'inadeguatezza rispetto alle dinamiche relative al decentramento. In particolare, viene messo in rilievo come il Senato non sia più identificabile come una Camera degli Stati, tradendo, quindi, la sua *ratio* ispiratrice.

Tale considerazione non può, però, estendersi al Senato della Repubblica federale tedesca, il quale sembra svolgere il suo ruolo di rappresentante dei *Lander* in maniera efficace. Tuttavia, questo è da ascrivere al fatto che il *Bundesrat* è formato dai vertici degli esecutivi delle autonomie regionali, pertanto si distacca in maniera significativa dalle seconde camere esistenti nei paesi federali o regionali e si caratterizza più come un organo di alta amministrazione che legislativo. Infatti, la sua composizione lo rende assai simile ai meccanismi di relazioni intergovernative che verranno analizzati di seguito.

### 3. Le relazioni intergovernative.

Le relazioni fra centro e periferia si snoderebbero, quindi, attraverso processi di partecipazione maggiormente legati all' *"interstate federalism"* (un meccanismo di rappresentanza degli interessi subnazionali attraverso la contrattazione intergovernativa) più che all'*"intrastate federalism"* (fenomeno per il quale gli interessi regionali trovano spazio e visibilità attraverso le istituzioni centrali, quale potrebbe essere la Camera alta).

Vari elementi concorrono, quindi, alla ricerca di altre modalità di partecipazione delle comunità territoriali alle attività dello Stato, tali da superare le difficoltà emergenti nella seconda Camera. Questo contribuisce a spiegare la progressiva affermazione negli ordinamenti composti delle relazioni intergovernative, le quali possono essere sintetizzate come l'insieme di rapporti fra esponenti dell'apparato esecutivo sia del livello centrale che periferico.

La preferenza accordata a questo tipo di partecipazione scaturisce dal fatto che l'evoluzione degli Stati composti ha dimostrato come la partecipazione al procedimento legislativo delle entità territoriali non sembra essere più sufficiente alla salvaguardia della loro autonomia e delle loro competenze.

Dopo aver registrato questa tendenza, è necessario procedere a una classificazione delle relazioni intergovernative. In primo luogo, è necessario precisare che queste ultime possono essere di tipo orizzontale o verticale: nel primo caso significa che i rapporti coinvolgono solo gli esponenti delle autonomie territoriali, mentre, nel secondo, anche il livello statale svolge un proprio ruolo. In secondo luogo, la loro manifestazione può dare luogo a forme di cooperazione istituzionale e cioè alla formazione di organi ovvero a forme di cooperazione funzionale, cioè al perfezionamento di atti e procedure.

L'esperienza comparata offre molteplici esempi dell'affermazione delle relazioni intergovernative come veicolo di cooperazione fra i livelli di governo, sia del primo che del secondo tipo.

### *3.1 La cooperazione orizzontale e verticale.*

Per quanto riguarda la distinzione fra cooperazione verticale e orizzontale, vediamo che, generalmente gli Stati conoscono entrambi i tipi di relazioni intergovernative (anche se con esiti differenziati), a seconda degli ambiti materiali in cui agiscono e questo accade in Belgio, in Germania, in Austria e Spagna.

In relazione alla cooperazione verticale, in Belgio abbiamo i cosiddetti accordi di cooperazione, conclusi fra gli esponenti dei Governi federale, regionali e comunitari, finalizzati alla gestione e alla realizzazione di servizi comuni, che, in molti casi devono essere stipulati obbligatoriamente. Per quanto concerne, invece, la cooperazione orizzontale, si registra l'esistenza dei Commissioni di cooperazione, che hanno la funzione di promuovere la cultura delle tre Comunità linguistiche; tuttavia, questi organi collegiali non sono stati in grado di produrre dei risultati significativi.

Al contrario del Belgio, in Germania sembra più proficua la cooperazione orizzontale piuttosto che quella verticale. La prima, infatti, si compone di conferenze ovvero di istituzioni, le quali svolgono le loro attività in ambiti particolarmente significativi. Fra le Conferenze spicca quella dei Ministri-Presidenti dei *Länder*, con compiti di direzione politica e di raccordo dell'intero sistema delle autonomie, che potrebbe essere assimilabile alla nostra Conferenza dei Presidenti di Regioni. Le istituzioni, invece, possono essere costituite da soggetti appartenenti a un solo *Länder* ma con il compito di svolgere funzioni comuni a più Stati o da un egual numero di rappresentanti dei singoli *Länder*. Più flebile, invece, la cooperazione di tipo verticale che si estrinseca soltanto negli inviati plenipotenziari dei *Länder* presso il *Bund* e nella presenza di alcune Conferenze in determinati settori, quali agricoltura e pianificazione territoriale. La debolezza della cooperazione verticale in Germania è in parte spiegabile con il fatto che il *Bundesrat* è costituito dai rappresentanti dei vertici degli esecutivi delle singole autonomie territoriali, pertanto, per quanto riguarda la sua composizione, già di per sé si configurerebbe un organismo tipico delle relazioni intergovernative, mentre, dal punto di vista funzionale, costituisce il secondo ramo del parlamento, pertanto garantisce una partecipazione assolutamente qualificata delle articolazioni territoriali.

Peculiare, invece, l'esperienza austriaca in cui, oltre a prevedere accordi tra esecutivi di tipo verticale, esistono degli organismi della cooperazione orizzontale, quali la Conferenza dei Capitani, che coinvolge i Presidenti dei *Länder*, la Conferenza dei direttori amministrativi dei *Länder*, e l'ufficio di coordinamento dei *Länder*, che, in teoria, pur essendo riservati a esponenti delle autonomie territoriali, data la loro importanza, molto spesso sono integrati da Ministri federali competenti per materia o dal Cancelliere federale.

Assolutamente in controtendenza è la Spagna, in cui, a livello empirico, si registra

la prevalenza, se non al quasi esclusività dei meccanismi di cooperazione di tipo verticale, quali le Conferenze settoriali e i *convenios* (accordi) (v. *infra*). Tuttavia, mentre questi strumenti di cooperazione hanno un fondamento di tipo legislativo, la possibilità di stipulare accordi di cooperazione orizzontale sarebbe prevista dalla stessa Costituzione. Infatti, l'art. 145.2 del testo costituzionale dispone che “*Los Estatutos podrán prever los supuestos, requisitos y términos en que las Comunidades Autónomas podrán celebrar convenios entre sí para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, así como el carácter y efectos de la correspondiente comunicación a las Cortes Generales*”. En los demás supuestos, los acuerdos de cooperación entre las Comunidades Autónomas necesitarán la autorización de las Cortes Generales”.

La Costituzione, quindi, fa riferimento a due tipi di accordi, quelli finalizzati alla gestione e ai servizi coinvolgenti più Comunità autonome e quelli riguardanti tutti gli altri ambiti. I primi dovranno essere comunicati al Parlamento, mentre i secondi dovranno essere autorizzati dallo stesso. I dati evidenziano come numericamente siano degni di nota solo i primi, che, pure, in teoria avrebbero un ambito d'azione più circoscritto, mentre i secondi siano quasi inesistenti. Le ragioni dell'assenza degli accordi di cooperazione generali sono da scriversi probabilmente al fatto che devono essere previamente autorizzati dal Parlamento. L'esame dei progetti di accordo ha inizio dal Senato – in quanto Camera di rappresentanza territoriale – e la fase referente è svolta dalla Commissione generale del Senato, la quale può esprimere una proposta di diniego o di autorizzazione semplice o condizionata. Siccome il procedimento attraverso il quale la Commissione esprime la sua posizione prevede che possano intervenire i rappresentanti delle Comunità autonome proponenti l'accordo e delle altre Comunità interessate, i Presidenti dei Gruppi parlamentari, i Senatori e i rappresentanti del Governo centrale (se ne fanno richiesta), è evidente che la Commissione diventa un centro di mediazione politica, che, però, può essere anche soverchiante nei confronti delle Comunità autonome. Inoltre, c'è il rischio che prevalgano posizioni dettate più dall'opportunità politica che dalla legittimità e dall'efficacia degli accordi. Non a caso il Governo navarro, presentatore nel 1996 di un accordo di cooperazione con il País Vasco decise di ritirarsi unilateralmente dal progetto, lamentando eccessive interferenze e pressioni da parte del Parlamento e dal Governo nazionale.

In conclusione, a prescindere dal fatto se la cooperazione sia di tipo verticale o orizzontale, emerge che è determinante il ruolo dello Stato, che, se anche formalmente non è una parte contraente, comunque, talvolta svolge un ruolo cruciale. Esemplificativo in questo senso è il caso spagnolo, in cui lo Stato centrale è escluso dalle procedure negoziali degli accordi di cooperazione, tuttavia, ne condiziona il perfezionamento ovvero l'esperienza austriaca dove la Conferenza dei capitani talvolta svolge la sua attività in composizione integrata da esponenti del Governo centrale. Questa ricostruzione tende quindi a concordare con quanti ritengono che la supremazia dello Stato centrale sia un dato ineliminabile nei rapporti fra questo e le autonomie territoriali, anche quando siamo in presenza di relazioni intergovernative di tipo orizzontale. Infatti, è innegabile che anche laddove vi siano dei rapporti che si estrinsecano, almeno formalmente, su un piano di parità lo Stato centrale svolge un ruolo di

forte orientamento, anche per la sua naturale funzione di salvaguardia del principio unitario dello Stato.

Non sembrano probanti infatti, le parole della Corte costituzionale italiana a proposito della Conferenza permanente Stato-Regioni-Province autonome, che ha affermato, nella sentenza n. 116 del 1994, che la “Conferenza (...) lungi dall’essere un organo appartenente all’apparato statale o a quello delle Regioni (e delle Province autonome) e deputato a manifestare gli orientamenti dell’uno e/o delle altre, è la sede privilegiata del confronto e della negoziazione politica fra lo Stato e le Regioni (e Province autonome) (...) al fine di favorire il raccordo e la collaborazione fra l’uno e le altre”. Secondo la pronuncia dell’organo di giustizia, la Conferenza sarebbe una sorta di “terzo livello” fra Stato e Regioni, un’istituzione operante nell’ambito della comunità nazionale come strumento per l’attuazione della cooperazione fra lo Stato e le Regioni (e le Province autonome).

Nonostante ciò, in Italia, la Conferenza si caratterizza come organo della Presidenza del Consiglio. Infatti, nonostante – come detto – la Conferenza voglia supplire alla carenza di canali partecipativi delle Regioni alle attività statali, tuttavia, è innegabile che sia un organo del Governo, almeno per un triplice ordine di motivi: perché lì è incardinato, perché la Presidenza e la sua convocazione spettano al Presidente del Consiglio e, infine, perché vi dipende anche la Segreteria.

### *3.2 La cooperazione istituzionale e funzionale.*

Come già abbiamo detto, la cooperazione fra i livelli istituzionali può dar luogo all’istituzione di organi (cooperazione istituzionale) o la realizzazione di atti o procedure (cooperazione funzionale). Anche in questo caso, gli ordinamenti composti non hanno compiuto scelte che escludono un tipo di relazioni intergovernative rispetto all’altro ma conoscono entrambi le modalità.

In Austria, la Costituzione ha previsto solo meccanismi di cooperazione funzionale; la riforma costituzionale del 1974 ha introdotto l’art. 15 a B-Vg, che prevede i cosiddetti accordi (*öffentlich-rechtliche Verträge*), che possono essere conclusi sia tra il *Bund* e i *Länder* sia fra questi ultimi. Questi atti, secondo il testo costituzionale, sono da considerarsi delle intese, che poi devono essere comunque approvate dalle assemblee rappresentative, perché possano essere efficaci. Il testo dell’accordo funge, inoltre, da norma interposta per il controllo di legittimità della legge stessa.

Gli accordi hanno svolto un ruolo particolarmente significativo nella vita di relazione fra Stato centrale e autonomie, in quanto hanno consentito che attività comuni potessero essere svolte nella maniera più idonea ed efficace e hanno costituito un canale di rappresentanza effettivo dei *Länder*. Tuttavia, come già rilevato, a questi strumenti se ne sono affiancati altri di tipo istituzionale, come le Conferenze (Conferenza dei capitani provinciali, Conferenza dei direttori amministrativi, Ufficio di coordinamento dei *Länder*). Queste si configurano come degli organismi informali, privi di qualsiasi fondamento legislativo ma che, forse, proprio in base a questa caratteristica riescono a svolgere in primo luogo, un’efficace funzione di raccordo fra

i *Länder* e poi, a configurarsi come unico interlocutore del sistema delle autonomie territoriali nei confronti dello Stato centrale. I loro incontri possono essere definiti “informali”, previsti e definiti di volta in volta, sia qualora coinvolgano esponenti politici, sia rappresentanti burocratici, senza che vi sia una sede predeterminata o un regolamento di funzionamento previamente adottato ovvero la definizione delle modalità di votazione all’interno dell’organismo ovvero forme specifiche di pubblicità e di informazione della propria attività.

Analogamente, il sistema belga spicca per la sua propensione per la cooperazione funzionale; infatti, la legge speciale 8 agosto 1980 prevede la conclusione di accordi di cooperazione sia obbligatori che facoltativi, a seconda delle materie coinvolte. Inoltre, come in Austria, questi accordi – qualora comportino degli obblighi per i pubblici poteri o per i cittadini – devono essere ratificati con un atto avente forza di legge, affinché possano dispiegare i loro effetti. Tuttavia, preme rilevare che le assemblee legislative (sia statali, che delle Comunità che delle Regioni) non possono emendare unilateralmente l’accordo; infatti, è necessaria una successiva negoziazione da parte degli esecutivi per apportare modifiche allo stesso. Infine, le controversie che possono sorgere sulla loro interpretazione sono demandati a giurisdizioni speciali, la cui istituzione è disciplinata dai singoli accordi. Questi giudici sono competenti a verificare il rispetto dell’accordo da parte della normativa di recepimento o applicativa e quest’ultima può essere annullata, qualora sia in contrasto con l’accordo. La cooperazione funzionale in Belgio riveste, quindi, una significativa importanza ed è sicuramente preponderante rispetto a quella istituzionale, che, invece, si presenta con profili più incerti. Infatti, le Commissioni di cooperazione (v. *supra*), pur essendo previste da legge, non sono stato in grado di essere pregnanti nelle relazioni fra le Comunità, adottando a stento il proprio regolamento interno.

È diverso, forse, il caso del Comitato di concertazione, istituito con la legge di riforma istituzionale del 9 agosto del 1980. Questo organo si compone di un egual numero di rappresentanti del Governo federale e dei Governi delle Comunità e delle Regioni e ha il compito di prevenire i conflitti di competenza che possono sorgere in merito all’approvazione di atti aventi forza di legge dello Stato, delle Comunità e delle Regioni. Nell’ambito di questa funzione, il Comitato deve prendere le sue decisioni all’unanimità e, pertanto, ogni componente dispone del diritto di voto; qualora il consenso unanime non venga raggiunto, la proposta che ha richiesto la convocazione del Comitato entra, comunque, in vigore. L’intervento del Comitato di mediazione è, quindi, precedente alla entrata in vigore di un atto potenzialmente lesivo delle competenze dei singoli livelli istituzionali, anche se le sue decisioni sono di natura politica e non giuridica, infatti, non vincolano i destinatari, i quali possono sempre decidere di non accogliere le indicazioni del Comitato. In base a questa sintetica descrizione, sembra, però condivisibile la posizione di chi non annovera questo organo fra gli strumenti di cooperazione, sottolineando il fatto che “lo Stato e le diverse entità territoriali, infatti, non vi associano per sviluppare iniziative comuni e per operare su un piano di concertazione e di comune collaborazione, bensì si vedono costretti dalla legge a consultare questo organo per risolvere conflitti di tipo politico onde evitare di giungere alla risoluzione degli stessi in sede giurisdizionale”.

Possono essere fatte analoghe considerazioni per le Commissioni bilaterali di cooperazione fra Stato e Comunità autonome in Spagna. In questo ordinamento, la legge organica n. 1 del 2000 del Tribunale costituzionale ha stabilito che in caso di controversia fra Stato e Comunità autonome su una legge o un atto avente forza di legge, il termine entro il quale presentare il ricorso da tre mesi si estende a nove, qualora fra le parti sia stata attivata una procedura di conciliazione davanti alla Commissione bilaterale di cooperazione. Come il Comitato di concertazione belga, i componenti della Commissione bilaterale sono i rappresentati degli esecutivi dei rispettivi livelli istituzionali e come l'organismo belga anche quello spagnolo ha il compito di porre in essere una procedura conciliativa fra le parti, al fine di evitare il contenzioso di fronte al Tribunale costituzionale. Tuttavia, anche nel caso spagnolo come in quello belga, se la Commissione bilaterale di cooperazione non riesce a trovare una soluzione soddisfacente per le parti, resta sempre possibile l'apertura di un processo davanti all'organo di giustizia costituzionale.

L'introduzione nell'ordinamento spagnolo delle Commissioni bilaterali di cooperazione si spiega con il tentativo di ridurre il numero dei conflitti di fronte al Tribunale costituzionale, tuttavia, questi organismi rappresentano più fori di dibattito politico piuttosto che tavoli di cooperazione finalizzati allo svolgimento di possibili funzioni e attività comuni nel modo più adeguato ed efficiente. In Spagna, appartengono più propriamente all'ambito degli strumenti della cooperazione istituzionale le Conferenze settoriali e della cooperazione funzionale i *convenios*.

Per quanto concerne le prime, l'art. 5 della legge n. 30 del 1992 di recepimento degli Accordi fra lo Stato e le Comunità autonome le definisce come luoghi di incontro fra il Governo centrale e i rappresentanti di tutti i governi regionali al fine di "assicurare in ogni momento la necessaria coerenza dell'attuazione dei poteri pubblici e l'imprescindibile coordinamento". Questi luoghi favorirebbero lo scambio di punti di vista, l'esame in comune dei problemi di ciascun settore e dei mezzi progettati per affrontarli e risolverli.

Le Conferenze settoriali sono istituite dal Governo centrale e le loro funzioni sono limitate a quei profili materiali che sono stati individuati previamente dal Ministro e che, inoltre, appartengono ad ambiti competenziali concorrenti o ripartiti fra Stato e Comunità autonome, escludendo, quindi, materie che sono di competenza solo statale. Questo aspetto accentua il ruolo delle Conferenze come strumenti di coordinamento generale e favorisce l'omogeneizzazione degli interventi sul territorio.

Ogni conferenza è istituita a seconda di un ambito materiale ben preciso, deve stabilire gli strumenti adeguati per determinare gli obiettivi comuni ed enucleare i mezzi e i programmi operativi e di tipo finanziario che permettano la loro realizzazione nel rispetto dell'autonomia di ciascuna delle parti. La legge n. 30 del 1992 impone alcune procedure di formalizzazione degli accordi sorti all'interno delle Conferenze, imponendo la firma del Ministro o Ministri competenti e dei rappresentanti degli organi di governo delle Comunità. Le procedure di decisione delle Conferenze settoriali sono state individuate dagli Accordi fra lo Stato e le Comunità autonome nella regola dell'unanimità, aggiungendo, tuttavia, la possibilità di procedere anche attraverso il principio della maggioranza.

Le modalità attraverso le quali raggiungere un accordo rappresenta un profilo di indubbia delicatezza. Il criterio dell'unanimità salvaguarda il sistema, tuttavia, sembra poco realizzabile la possibilità di coagulare un consenso di livello significativo fra lo Stato e diciassette Comunità autonome. È, invece, percorribile la soluzione per la quale, in caso di maggioranza, l'accordo sarebbe vincolante solo per le Comunità che lo abbiano sottoscritto (in un sistema simile a quello della stipula da parte degli Stati dei trattati internazionali). In sostanza, le Conferenze settoriali sono assise di dibattito, in cui si cerca di trovare una soluzione, senza necessariamente trovare una consacrazione formale in una votazione, ma tentando di addivenire a un accordo politico di indirizzo. Quest'ultimo dovrebbe aiutare a superare *impasse* e difficoltà e vincolerebbe politicamente solo le Comunità autonome che hanno espresso parere favorevole. Inoltre, laddove sia necessario un intervento legislativo delle assemblee regionali, questo accordo avrà solo una funzione di impulso, dovendo sottostare successivamente alla ratifica legislativa delle Comunità o da parte dello Stato.

Per quanto concerne la cooperazione funzionale, l'ordinamento spagnolo prevede la stipula di *convenios* che possono essere conclusi dallo Stato con una o più Comunità autonome coinvolgere anche una o alcune Comunità autonome. La *ratio* ispiratrice dei *convenios* è opposta a quella che governa le Conferenze settoriali. Infatti, queste ultime si configurano come degli organismi multilaterali, a cui partecipano tutte le Comunità autonome su un principio di egualianza. La realizzazione dei *convenios*, è, invece, la consacrazione del principio del bilateralismo, per il quale ogni Comunità autonoma negozia direttamente con lo Stato centrale, senza preoccuparsi di trovare una posizione comune con le altre omologhe. Questi atti sono firmati dai Ministri e, siccome, molto spesso – anche se sono stipulati con ciascuna delle Comunità autonoma finiscono per vertere sulle stesse materie, si è posto il problema di trovare una certa omogeneità di trattamento. In questa ottica, si colloca l'accordo del 2 marzo del 1990, approvato dal Consiglio dei Ministri, in cui vengono stabiliti determinati requisiti di questi *convenios*: indicazione dell'autorità che li sottoscrive; titolo o titoli di competenza in base alle quali si attiva ciascuna delle parti; obiettivi del *convenio* e indicazione delle risorse economico-finanziarie poste in essere; creazione di una Commissione; indicazione del periodo di validità.

Oramai, anche l'ordinamento britannico nel 1998, ha dato avvio a un processo di decentramento di competenze dal Parlamento centrale a istituzioni rappresentative delle Regioni, attraverso lo *Scotland Act* e il *Government of Wales Act*.

Il sistema anglosassone, forse, a causa del suo regionalismo fortemente asimmetrico, in base al quale alla Scozia è stata riconosciuta la potestà legislativa in alcune materie, mentre al Galles solo quella amministrativa, finora ha conosciuto in maniera significativa solo strumenti di cooperazione verticale. Il processo di decentramento nel Regno Unito, però, si comprende non solo attraverso l'esame del dato legislativo ma anche l'analisi di altri documenti, soprattutto in relazione al tema che stiamo trattando, e cioè la strutturazione dei rapporti fra i diversi livelli istituzionali. La normativa sul punto, infatti, è stata integrata da un accordo fra il Governo britannico e quelli delle comunità territoriali, denominato *Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements* al fine proprio di esplicitare “*the principles which under-*

*lie relations*" fra i diversi livelli territoriali. Ed è proprio questo atto che costituisce il momento applicativo e attuativo delle fonti legislative relativi ai processi di decentramento, nonostante il *Memorandum* non abbia forza giuridica. Infatti, espressamente vi si stabilisce che lo stesso e gli accordi posti in essere sulla sua base non sono vincolanti, il *Memorandum* rappresenta, quindi, un semplice strumento di lavoro per i soggetti coinvolti ma i suoi contenuti non sono obbligatori.

Tuttavia, vale la pena sottolineare come le clausole contenute nell'accordo, seppur non cogenti, sono state osservate e rispettate, stante la consapevolezza che gli strumenti indicati fossero in grado di rendere più fluidi il funzionamento e l'applicazione dei processi di decentramento. Questo conferma un dato ricorrente dell'ordinamento britannico e cioè il ruolo centrale svolto dalle fonti cosiddette di *soft law*, che integrano le disposizioni precettive di legge. Le indicazioni del *Memorandum*, infatti, sono "*binding in honour only*" e sono utilizzate come "*working documents*", tuttavia, fino a questo momento sono state osservate e rispettate. La vincolatività del *Memorandum* dipende quindi dalla volontà delle parti di rispettarlo in un'ottica che in Italia può essere assimilata all'osservanza del principio della leale collaborazione.

L'ordinamento britannico ha, quindi, provveduto a introdurre questo principio, nel momento in cui ha affrontato un processo di regionalizzazione del territorio, ritenendo necessario al fine di rendere funzionale il sistema. Lo stesso *Memorandum* specifica al punto 7 che "*the administrations recognise the importance of co-operation across a range of areas. They also recognise that it may be appropriate for them to undertake activities on each other's behalf, which may be covered in agency arrangements or other agreements*".

Più nello specifico, per quanto concerne i rapporti fra i diversi livelli istituzionali, il *Memorandum* prevede l'istituzione di un *Joint Ministerial Committee* e la realizzazione di *concordats*.

Il primo, in base a quanto indicato dal punto 22 del *Memorandum* – si riunisce qualora sorga una controversia fra il Governo centrale e quello regionale, che non è stato possibile risolvere o attraverso contatti bilaterali o i buoni uffici dei segretari territoriali di Stato. In sostanza, il Comitato si configura come un foro competente a conoscere tutte le questioni che possono sorgere relativamente alle materie conferite alle regioni e non e soprattutto i profili di tangenza e sovrappponibilità fra queste. Inoltre, qualora le amministrazioni lo concordino, nell'organo collegiale è possibile confrontare le discipline realizzate delle materie conferite alle Regioni nei diversi territori. Infine, il Comitato può essere la sede in cui mettere a punto meccanismi di coordinamento fra lo Stato centrale e le autonomie territoriali.

Tuttavia, il *Joint Ministerial Committee* non rappresenta l'unico meccanismo di relazioni intergovernative, infatti, sempre il *Memorandum* espressamente indica che, al fine di attuare il processo devolutivo, dovranno essere stipulati almeno altri quattro accordi. Questi ultimi – definiti *concordats* – sono strumentali a un'applicazione uniforme del diritto in alcuni ambiti materiali, che il documento individua nei rapporti con l'Unione europea, nell'assistenza finanziaria al settore industriale, nelle relazioni internazionali che possono incidere sulle competenze delle comunità territoriali e nelle rilevazioni statistiche.

## 4. Conclusioni

È evidente che i meccanismi di cooperazione attraverso le relazioni intergovernative rappresentano un fatto consolidato negli ordinamenti composti. La loro prevalenza, però, non significa che la loro introduzione sia immune da critiche.

### 4.1 *Le ombre...*

Le ragioni dell'affermazione delle relazioni intergovernative – come già è stato sottolineato – derivano dalla necessità di offrire alle autonomie territoriali un luogo di partecipazione alla formazione della volontà dello Stato centrale. Tale esigenza è stata percepita come pressante a causa dello sviluppo del decentramento in molti ordinamenti, tuttavia, talvolta non è stata sufficientemente significativa da produrre una riforma costituzionale che introducesse o riformasse una seconda camera in senso territoriale e che, quindi, ponesse le autonomie territoriali nel cuore del procedimento legislativo nazionale. In assenza di una vera e propria camera di rappresentanza territoriale, allora si è provveduto a istituire strumenti di cooperazione multilaterale come la Conferenza permanente Stato-Regioni-Province autonome in Italia o le Conferenze settoriali in Spagna, che, nonostante la loro rilevanza, non possono essere considerate idonei sostituti di un'assemblea rappresentativa. Ciò in virtù anche del fatto la compresenza dei rappresentanti dello Stato e delle autonomie territoriali in unico organismo è anomala e questo profilo accredita ancora di più l'ipotesi che le Conferenze non possano essere un adeguato surrogato del Senato, in quanto in quest'ultimo non compare la componente statale.

Permane, comunque, il fatto che l'assenza di una camera territoriale depaupera l'ordinamento di “una importante funzione di coesione dell'insieme federale”. Infatti, il coinvolgimento delle entità territoriali nelle funzioni di indirizzo politico e, quindi, in definitiva nell'elaborazione delle grandi scelte della politica nazionale rafforza l'*idem sentire* delle popolazioni e, meglio consente di trovare un punto di equilibrio fra l'unità mantenuta nella pluralità, fra l'organicità e il frazionamento, rinsaldando le istanze unitarie di recente, e in più parti del mondo, sottoposte a tensioni.

Queste affermazioni non sembrano perdere di veridicità, nonostante, in molti ordinamenti decentrati, il ruolo del Senato come Camera rappresentativa delle autonomie sembra mostrare degli elementi di debolezza. Tuttavia, è da ritenersi che la rinuncia dell'organo rappresentativo – a favore di sistemi di relazione intergovernativa – non conduce necessariamente a una maggiore fluidità dei rapporti fra Stato centrale e comunità territoriali e soprattutto, priverebbe queste ultime di una copertura garantistica.

Infatti, possono nascere delle perplessità sulla possibilità che i diritti delle autonomie siano efficacemente tutelati dagli esponenti dell'apparato esecutivo o dalle burocrazie. Infatti, il circuito decisionale di esclusivo appannaggio della componente governativa non è immune da critiche, per quanto riguarda il supposto “*deficit democratico*” che questo presenterebbe. Infatti, lo spostamento del baricentro dagli organi legislativi democraticamente eletti a quelli esecutivi prefigurerrebbe una riduzione del tasso di democraticità del sistema, riducendo il ruolo delle assemblee legislative. Ora,

senza voler schierarsi a favore o contro questa tesi, preme sottolineare come le relazioni intergovernative si configurino, semmai, come un effetto della prevalenza degli organi esecutivi nell'ordinamento piuttosto che una causa del fenomeno stesso. Pertanto, sarebbe necessario ripensare i rapporti fra il potere legislativo ed esecutivo in generale, piuttosto che appuntare delle critiche – sotto questo profilo – al sistema delle relazioni intergovernative che rappresenta soltanto una manifestazione dell'alterazione di questa relazione.

Piuttosto, al fine di superare le critiche ora esposte, parrebbe più proficuo modificare alcuni profili relativi alle modalità di attuazione delle relazioni intergovernative coinvolgendo in maniera più significativa gli organi rappresentativi e operando un processo di trasparenza dell'attività dell'organismo collegiale.

Per quanto riguarda il primo fattore, la questione concerne i rapporti fra gli esecutivi delle autonomie territoriali e le rispettive assemblee, i quali molto spesso sono effettivamente esclusi dal circuito decisionale. Per questo motivo, sarebbe auspicabile che si svolgesse nelle assemblee rappresentative decentrate una discussione preventiva sugli argomenti posti all'ordine del giorno, in modo che l'organo elettivo fosse in grado di essere messo a conoscenza delle questioni affrontate e così divenisse idoneo a porre in essere un potere di direttiva nei confronti degli esecutivi, nella cosiddetta fase ascendente. Per quanto riguarda, invece, il secondo fattore e cioè l'assenza di trasparenza, si potrebbe immaginare di conferire una congrua pubblicità degli esiti delle sedute, di cui in genere esiste solo un verbale succinto e non sono esplicitati i voti espressi, in modo da ridurre le critiche relative al tasso di democraticità delle relazioni intergovernative. L'opacità delle deliberazioni, conseguentemente, fa diminuire il tasso di partecipazione dei cittadini e dei partiti alla gestione della *res publica*. Tuttavia, siffatta carenza può trovare una soluzione senza intaccare i presupposti del sistema delle intese intergovernative, infatti, sarebbe sufficiente che gli atti scaturenti dalle conferenze fossero resi pubblici tramite pubblicazione su organi ufficiali ovvero resoconti disponibili su supporti cartacei o informatici.

Un ulteriore elemento di riflessione del sistema delle relazioni intergovernative è rappresentato dal loro fondamento che può essere di tipo costituzionale (Austria per gli accordi, Spagna per gli accordi fra Comunità autonome) o legislativo (Belgio, Spagna per le Conferenze settoriali). In questo secondo caso, i meccanismi di cooperazione sono affidati a una scelta unilaterale dello Stato e, perciò, revocabile in qualsiasi momento, almeno dal punto di vista formale (più difficile dal punto di vista politico). Ad esempio, in Italia, la Conferenza permanente Stato-Regioni-Province autonome è disciplinata dal decreto legislativo n. 281 del 1997 e la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 408 del 1998 ha affermato che non si tratta di un organo costituzionalmente obbligatorio, ed ha parlato di scelta non costituzionalmente vincolante.

#### *4.2 ...e le luci del sistema di cooperazione attraverso le relazioni intergovernative*

A questo punto, è corretto anche individuare le luci relative al sistema delle relazioni intergovernative.

L'esistenza di organismi intergovernativi in uno Stato composto rappresenta un elemento di particolare rilevanza e si inserisce in una tendenza che molti ordinamenti sembrano accogliere. Ciò sembra rafforzare complessivamente il ruolo delle comunità territoriali rispetto allo Stato, in funzione riequilibratrice rispetto alle tendenze centri-*pete* che, in alcune fasi storiche, sembrano prevalere. Tanto più che – come più volte detto – alcuni ordinamenti (Italia, Regno Unito) sono sprovvisti di una assemblea di rappresentanza e la presenza di strumenti di cooperazione istituzionale suppliscono, in qualche modo a questa lacuna, non rappresentando, nel contempo, uno strumento di partecipazione alternativo o escludente la seconda camera territoriale.

Un secondo fattore positivo è costituito dal fatto che il ruolo significativo svolto dagli organi esecutivi garantisce la preparazione dei componenti e le decisioni dovrebbero essere – in via di principio – consapevolmente operate, soprattutto, quando si configurano come scelte tecniche.

Fra i profili positivi, inoltre, è da registrare l'immissione dei meccanismi delle relazioni intergovernative nel procedimento di formazione degli atti normativi, la cui valenza, però, si differenzia nelle varie esperienze. Ad esempio, in Italia, le Regioni hanno fatto ricorso alla Corte costituzionale ritenendo che la manifestazione del dissenso regionale – espresso in Conferenza Stato-Regioni non accolto dagli organi statali – potesse essere causa di annullamento di un atto normativo. Una risposta coerente a questa impostazione da parte dell'organo di giustizia costituzionale avrebbe proiettato la Conferenza fuori da quella zona di “limbo” in cui si è sempre trovata e le conferirebbe un ruolo non più meramente consultivo ma di cogestione dei processi che investono le autonomie territoriali.

Tuttavia, questo orientamento non è riuscito ad attecchire, anzi è stato più volte respinto. Infatti, la Corte costituzionale, anche recentemente, ha negato la vincolatività delle posizioni espresse in Conferenza. Nella sentenza n. 437 del 2001 alcune Regioni avevano ricorso davanti all'organo di giustizia costituzionale, lamentando che la legge finanziaria del 2000 aveva istituito un fondo con una dotazione finanziaria minore di quanto concordato in Conferenza e questo – a giudizio delle ricorrenti – rappresentava una violazione del principio di leale collaborazione. Tuttavia, la posizione delle Regioni, finalizzata a far acquisire valore precettivo agli accordi conclusi in Conferenza, non è stata accolta dalla Corte, la quale ha sostenuto “che mancano i presupposti per poter ritenere le determinazioni legislative impugnate condizionate, sotto il profilo procedurale o sotto quello sostanziale, ad accordi di tal genere. Le procedure di cooperazione o di concertazione possono infatti rilevare ai fini dello scrutinio di legittimità di atti legislativi, solo in quanto l'osservanza delle stesse sia imposta, direttamente o indirettamente, dalla Costituzione: il che nella specie non si verifica. Nè il principio di leale collaborazione fra Stato e Regioni può esser dilatato fino a trarne condizionamenti, non altrimenti riconducibili alla Costituzione, rispetto alla formazione e al contenuto delle leggi.” Sostanzialmente, la Corte ha sostenuto che il procedimento legislativo obbedisce alle disposizioni dell'art. 72 della Costituzione e, quindi, qualsiasi altro onere procedurale non può essere imposto alle Camere.

Sul punto emergono, però, altre tendenze a livello comparato: in Belgio, gli accordi fra Stato e livelli istituzionali territoriali rappresentano una fase necessaria nel pro-

cedimento di formazione degli atti con valore legislativo e il loro mutamento non può essere operato unilateralmente dalle assemblee rappresentative ma può avvenire solo con il consenso degli esecutivi che hanno concluso l'accordo, a seguito di un'ulteriore procedura negoziale. Sempre in questo senso si registra l'esperienza dell'Austria, dove la Corte costituzionale utilizza gli accordi come parametro di legittimità delle leggi di recepimento degli stessi.

È altrettanto importante sottolineare il ruolo assunto dalle relazioni intergovernative per quanto concerne il fenomeno di integrazione comunitaria. Sono, infatti, soprattutto i processi di globalizzazione economica che si stanno producendo a livello mondiale che incidono sul riparto di competenze fra Stato centrale e autonomie territoriali, in quanto la tendenza crescente a dar vita ad organizzazioni internazionali in materie riservate alle entità substatali, può creare un movimento "attrattivo" verso il centro. Si può ad esempio notare che siffatta realtà sembra forzare i sistemi di riparto delle competenze così come sono stabiliti dalle Costituzioni. Ne è un esempio l'art. 117, c. 1 del testo costituzionale sul rispetto degli obblighi internazionali e della normativa comunitaria, il quale sposta il baricentro dell'attenzione dalla titolarità delle competenze, sull'articolazione dei processi decisionali, diventando cruciale il modo in cui le comunità territoriali sono coinvolte nelle sedi decisionali in ambito sovranazionale.

In questa prospettiva, alcuni ordinamenti – visto che il Trattato dell'Unione europea lo prevede – hanno consentito ai rappresentanti delle autonomie territoriali di rappresentare lo Stato all'interno del Consiglio dei Ministri (Austria, Belgio, Germania e Italia). Tuttavia, altri paesi hanno optato per altri meccanismi di rappresentanza dei livelli decentrati in ambito interno al fine della definizione della posizione dello Stato da portare in Consiglio, come la Spagna, dove la "voce" regionale è recepita dallo Stato nella *Conferencia sectorial para los asuntos de la Unión Europea* ovvero in Italia nella cosiddetta sessione comunitaria della Conferenza Stato-Regioni-Province autonome.



I nostri testi sono reperibili  
nelle migliori librerie  
o direttamente presso la  
Casa editrice ECIG

Via Brignole De Ferrari, 9 - 16125 Genova  
Tel. (010) 2512395/2512399 - Fax (010) 2512398  
E-MAIL: [ecig@clu.it](mailto:ecig@clu.it)

Stampato presso  
CLU Cooperativa Libraria Universitaria - Genova,  
per conto della Ecig

