



FASCICOLO 3|2006

LEGALITÀ/IMMIGRAZIONE

SULLA TEORIA COSTITUZIONALE

Principio di legalità tra Stato di diritto e Stato costituzionale(*)
DI GAETANO AZZARITI

Sulle spalle dei giganti
Il Manifesto di Ventotene
DI ALTIERO SPINELLI, ERNESTO ROSSI

COSTITUZIONALISMO ALLA PROVA

Immigrazione e identità nazionale: uno sguardo oltreoceano
DI ELISA OLIVITO

Ricongiungimento familiare: si apre uno spiraglio per gli stranieri colpiti da provvedimento di espulsione
DI ALESSANDRO DI BLASI

Il trattenimento dello straniero in attesa di espulsione: una "terra di nessuno" tra ordine giuridico e fatto politico
DI ISIDE GJERGJ

Può la rieducazione assumere connotati "nazionalistici"? Appunti sulla condizione giuridica del detenuto privo di permesso di soggiorno.
DI MARCO RUOTOLO

COMMENTI

IL ddl Gentiloni: un'altra occasione mancata?
DI FRANCESCO SANDON

19 SETTEMBRE 2006

Principio di legalità tra Stato di diritto e Stato costituzionale(*)

DI GAETANO AZZARITI

21635 battute [PDF](#)

Vorrei limitarmi a porre una sola domanda, per poi svolgere alcune considerazioni a riguardo. Esporrò il quesito in termini netti e radicali, forse estremi, senza dunque le dovute sfumature che pure sarebbero necessarie, scontando così una dose di unilateralismo, ma spero in tal modo di riuscire ad evidenziare la gravità di una crisi della legalità che dovrebbe oltremodo preoccuparci, anche se solo una parte delle considerazioni che andrò svolgendo dovessero rispondere al vero.

Mi chiedo se la crisi della legalità abbia investito *il piano più alto*, quello costituzionale. Una risposta anche parzialmente positiva alla domanda dovrebbe indurci a considerare la possibilità che le diverse riflessioni sulla legalità risultino tutte e necessariamente "un passo indietro" rispetto alla reale dimensione della crisi, poiché questa investe ormai "ciò che viene prima", ossia i presupposti legittimanti l'azione dei pubblici poteri in quanto tali e le regole dell'agire dei soggetti pubblici, ma anche di quelli privati. Se la crisi della legalità riguarda la costituzione, la riflessione sul principio di legalità non dovrebbe riguardare tanto o solo la legalità dell'amministrazione, il rapporto tra fonti primarie e secondarie, le riserve di legge e (se ritenuta esistente) di amministrazione, ovvero più in generale tutti quei fatti o comportamenti posti in essere dai soggetti dell'ordinamento in assenza di una previa copertura di legge. Tutte queste classiche discussioni sul principio di legalità, appaiono non sufficientemente consapevoli che la legalità è oggi in crisi anche e soprattutto perché si è tradotta in una *crisi della superiore legalità costituzionale*.

[Continua su PDF](#)

19 settembre 2006

Principio di legalità tra Stato di diritto e Stato costituzionale(*)

di Gaetano Azzariti

Vorrei limitarmi a porre una sola domanda, per poi svolgere alcune considerazioni a riguardo. Esporrò il quesito in termini netti e radicali, forse estremi, senza dunque le dovute sfumature che pure sarebbero necessarie, scontando così una dose di unilateralismo, ma spero in tal modo di riuscire ad evidenziare la gravità di una crisi della legalità che dovrebbe oltremodo preoccuparci, anche se solo una parte delle considerazioni che andrò svolgendo dovessero rispondere al vero.

Mi chiedo se la crisi della legalità abbia investito *il piano più alto*, quello costituzionale. Una risposta anche parzialmente positiva alla domanda dovrebbe indurci a considerare la possibilità che le diverse riflessioni sulla legalità risultino tutte e necessariamente “un passo indietro” rispetto alla reale dimensione della crisi, poiché questa investe ormai “ciò che viene prima”, ossia i presupposti legittimanti l’azione dei pubblici poteri in quanto tali e le regole dell’agire dei soggetti pubblici, ma anche di quelli privati. Se la crisi della legalità riguarda la costituzione, la riflessione sul principio di legalità non dovrebbe riguardare tanto o solo la legalità dell’amministrazione, il rapporto tra fonti primarie e secondarie, le riserve di legge e (se ritenuta esistente) di amministrazione, ovvero più in generale tutti quei fatti o comportamenti posti in essere dai soggetti dell’ordinamento in assenza di una previa copertura di legge. Tutte queste classiche discussioni sul principio di legalità, appaiono non sufficientemente consapevoli che la legalità è oggi in crisi anche e soprattutto perché si è tradotta in una *crisi della superiore legalità costituzionale*.

La scarsa percezione della dimensione anche costituzionale della crisi della legalità credo sia in parte da imputare alla specifica situazione in cui attualmente opera la scienza giuridica: finiti i tempi delle ricostruzioni dogmatiche e dottrinali, allentati i legami di teoria generale che tenevano unite le diverse discipline giuridiche, in molti settori e per tanti argomenti l’uso dei concetti e delle categorie appare assolutamente difforme, tra un ramo ed un altro del sapere giuridico, a volte perfino tra studioso e studioso. Il linguaggio usato dai giuristi delle diverse discipline non sempre appare lo stesso. Ho l’impressione, per esempio, che costituzionalisti ed amministrativisti discutano del principio di legalità dando ad esso significato diverso, il che comporta, inevitabilmente, un’incomunicabilità

dialogica. D'altronde, anche nell'ambito di uno stesso settore disciplinare può capitare di parlare linguaggi diversi. Finito il tempo in cui – tra i pubblicisti – la discussione sulla legalità poteva limitarsi a contrapporre una legalità solo “formale” ad una anche “sostanziale”. Il dibattito nel corso del tempo si è arricchito, ma è anche giunto ad un punto di grave confusione concettuale: oggi si ha l'impressione che al concetto di legalità si assegnino i significati più disparati. Forse una chiarificazione sarebbe opportuna. Non è questa evidentemente la sede per una ricostruzione di teoria generale sulla legalità e sul significato da assegnare al concetto, ma si voleva qui egualmente segnalare il problema.

Tornando dunque al quesito iniziale, ci si può chiedere se porre la questione della legalità nei termini di una crisi della superiore legalità costituzionale non rappresenti una *drammatizzazione impropria* della nostra discussione. In fondo, potrebbe sostenersi, in tal modo si evoca la rottura del *pactum consociationis*, un'eventualità che può venire a determinarsi solo nelle ipotesi estreme: alla vigilia o nel corso di svolte rivoluzionarie, ovvero alla vigilia o nel corso di cambiamenti di regime. Ebbene, mentre credo si possa tranquillamente escludere la prima delle due ipotesi (non si intravede alcuna rivoluzione o pericoli di insurrezione), non invece la seconda. Senza entrare nel merito dei cambiamenti intervenuti o in corso, basterà constatare che siamo alla vigilia di un referendum costituzionale che rimette in discussione il patto fondativo della repubblica e gran parte del testo costituzionale vigente. L'approvazione da parte del parlamento dell'ultima grande riforma costituzionale (che – mi sia permesso incidentalmente affermare - mi auguro possa trovare l'opposizione dalla parte maggioritaria del corpo elettorale chiamato a pronunciarsi) mi sembra ponga “oggettivamente”, seppure non “positivamente”, la questione del cambiamento di regime[1].

A ben vedere, però, non è neppure questa possibile trasformazione del regime politico conseguente all'entrata in vigore di nuovi principi costituzionali che pone in crisi la legalità. Un cambio di regime è pur sempre possibile, in forme legali (impregiudicata, per ora, la delicata questione se *questa* transizione costituzionale si stia svolgendo in forme legali ovvero, come qualcuno sostiene, in modo illegittimo ed incostituzionale: la riforma costituzionale incostituzionale), e in tal caso ci si troverebbe dinanzi “semplicemente” ad una diversa legalità costituzionale (*recte*: a diversi principi sostanziali della legalità costituzionale). Potrebbe condividersi o no il cambiamento di regime, ma non di crisi di legalità si tratterebbe.

Ciò che rende invece fondata la denuncia inizialmente formulata è altro, in fondo – dal nostro punto di osservazione – ancor più grave del “solo” cambio di regime. La crisi della superiore legalità costituzionale su cui invito a riflettere discende dalla perdita della centralità che storicamente ha assunto il *testo* costituzionale, e il *documento* storico-politico da questo rappresentato. Una perdita di centralità che opera sia sul piano strettamente normativo che su quello più propriamente assiologico delle sue disposizioni.

La perdita di valore assiologico e normativo della costituzione, d'altronde, mi sembra difficilmente negabile. Una svalutazione prodotta da ragioni sia politiche e culturali, sia da

collegare alle più complesse trasformazioni degli ordinamenti giuridici (per usare un'antica terminologia: una svalutazione dipendente sia da cause sovrastrutturali, sia strutturali). Così, nel primo caso, basta pensare alla transizione costituzionale italiana: difficile, ondivaga, interminabile. Un risultato l'ha certamente raggiunto, erodendo la base di legittimazione della costituzione vigente, senza essere stata in grado di sostituire ad essa una diversa prospettiva costituzionale fornita di un distinto ma rinnovato fondamento di legittimità. Una perdita di "forza" normativa della costituzione causata, dunque, dalla messa in discussione del suo specifico valore assiologico.

E' anche vero però che la crisi del valore e del ruolo delle costituzioni nei nostri ordinamenti giuridici è, nondimeno, una conseguenza di trasformazioni storiche di più generale portata. Basta fare riferimento ai ben noti processi di globalizzazione delle istituzioni: terminato il tempo degli ordinamenti costituzionali "chiusi", la logica dei grandi spazi non permette più di considerare i "propri" valori costituzionali come superiori – per principio ed in via assoluta – ad ogni altro. In questo caso è la relativizzazione del valore assiologico della costituzione che contribuisce a produrre un'attenuazione della sua "forza" normativa. Può dirsi allora che la costituzione rischia di perdere la propria centralità (normativa ed assiologica, si ripete) nell'ambito dei sistemi politici e giuridici positivi, quello italiano nel nostro caso. Questo dato si pone alla base della denunciata crisi della superiore legalità costituzionale.

Sotto il profilo teorico e dogmatico, inoltre, non è difficile dimostrare che la perdita di centralità dei testi costituzionali si riflette sulla conservazione della più rigorosa legalità dell'ordinamento giuridico complessivo di riferimento, qualunque sia il "tipo" di pensiero giuridico cui ci si voglia affidare.

Nella prospettiva del normativismo gradualista kelseniano, è noto, tutta la ricostruzione formale si sostiene in base al presupposto dell'esistenza di un'unica *Grundnorme* indiscussa e "pre-supposta": nel momento in cui si pone in discussione l'unicità della norma fondamentale legittimante tutte le altre, fino ad arrivare a porre in dubbio la sua validità, non può che conseguire una revocazione in dubbio dell'intero ordinamento giuridico, di tutte le norme che traggono legittimazione da quella "fondamentale".

Così anche nella prospettiva istituzionalista, la perdita della centralità del testo costituzionale, priva l'ordinamento (con cui l'istituzione s'identifica) della sua qualificazione costituzionale, con un immediato impatto sulla legalità complessiva. E' il "fatto", prevalendo sulla norma qualificatrice, che trasforma e travolge il sistema di legalità/legittimità.

Infine, anche nella prospettiva decisionista, la messa in discussione del "patto" costituzionale, turbando il precario equilibrio tra momento politico e quello legale, che convivono entrambi – secondo la terminologia schmittiana – nello "Stato borghese di diritto", finisce per far prevalere la legittimità di una decisione politica rispetto alla legalità di una statuizione normativa e costituzionale.

Quale che sia la prospettiva prescelta, dunque, non può sottovalutarsi la crisi della legalità costituzionale. Una crisi giunta a porre in discussione l'idea stessa e il ruolo effettivo delle costituzioni negli ordinamenti contemporanei.

E' qui evidente la distanza che separa la riflessione sul principio di legalità che nel recente passato ha caratterizzato il dibattito tra costituzionalisti. Una discussione che aveva assunto come proprio specifico il riconoscimento di un valore peculiare esercitato dal testo costituzionale, che, superiore in grado, portava a distinguere la legalità ordinaria da quella propriamente costituzionale. E' così che inizialmente si afferma l'esistenza di un "doppio circuito della legalità" (Baldassarre e Mezzanotte), per giungere a sostenere che, nel passaggio dallo Stato legale allo Stato costituzionale, la legalità ordinaria cede il passo a quella costituzionale, perdendo centralità la legge, sostituita dalla centralità della costituzione: se i principi cui si aderisce devono prevalere sulle regole cui si ubbidisce, la legalità non può che trovare nella costituzione il suo fondamento legittimante (Zagrebel'sky).

E' chiaro che tali ricostruzioni possono giustificarsi solo e fin tanto che permane indiscusso il loro presupposto logico e fattuale: la superiorità normativa ed assiologia di cui s'è indicata la crisi attuale.

D'altronde non può superarsi la crisi richiamata ricorrendo ad un'altra, diversa, centralità normativa superiore. Non è cioè solo questione di documenti di riferimento o di traduzione di concetti che rimangono identici a se stessi pur se riferibili ad ambiti ordinamentali diversi. La "perdita" di centralità costituzionale non è recuperabile sul piano più esteso dell'ordinamento europeo o genericamente sovranazionale: alla superiorità in grado della costituzione nazionale non basta sostituire un'ipotetica superiorità in grado dei Trattati comunitari (comunque denominati).

Sono in fondo le stesse teorie *multilevel* – che si pongono il problema della "composizione" ed "armonizzazione" dei diversi livelli costituzionali vigenti in ordinamenti diversi – ad ammettere che non v'è un problema di semplice gerarchizzazione delle fonti e dunque di mera sostituzione della superiorità normativa delle costituzioni con quella di altre fonti sovranazionali. Se la questione che si pone è quella della presenza di norme che si collocano tutte a livello costituzionale, al vertice di ordinamenti tra loro diversi, ma tra loro intrecciati e tendenti all'integrazione, è impossibile pensare che la legalità possa essere garantita in forza di una superiorità gerarchica di una fonte rispetto ad ogni altra. Non solo: se non è individuabile una "unica e superiore legalità comunitaria" (da affiancare, e forse contrapporre, a quelle ordinaria e costituzionale), non è neppure possibile immaginare che l'imporsi di un ulteriore, ovvero di molteplici, livelli di legalità possano compensare l'affievolirsi della legalità costituzionale all'interno degli ordinamenti nazionali. In caso è da constatare come ormai lo "sfrangiamento" della legalità caratterizza ciascun livello preso in considerazione. L'esistenza di diversi livelli ritenuti tutti costituzionali, non contribuisce a risolvere il diverso problema dell'illegalità diffusa all'interno dei rispettivi ordinamenti. E' all'interno dei singoli ordinamenti che

deve rinvenirsi il presupposto di “legge” (ordinario, costituzionale, comunitario) che fonda la legalità dei singoli atti dello stesso ordinamento.

Torniamo ora a considerare la crisi della superiore legalità costituzionale, per chiederci come s’è giunti a porre in discussione ciò che è “più alto” nell’ordinamento nazionale.

Due cause appaiono evidenti, le stesse già richiamate in precedenza.

Una causa “esterna”, la globalizzazione. Per quanto profondo possa essere considerato l’impatto che essa esercita sui rapporti giuridici e sulla vita delle persone all’interno degli ordinamenti politici e sociali, non impone però una sua *lex fundamentalis* cui ancorare una presunta legalità “globale”. Neppure la *lex mercatoria*, che alcuni indicano come la legge fondamentale della globalizzazione, credo possa essere considerato il parametro della legalità, a nessun livello di normazione. Per ora – allo stato attuale della storia degli ordinamenti – è la dimensione del molteplice e la frantumazione dei singoli ordini che sembrano prevalere e dominare l’ordinamento della globalizzazione. Ma ciò che più rileva ai nostri fini è la constatazione che il “disordine globale” tende ad affermarsi per forza propria e imponendo logiche non costituzionali (non perché esplicitamente contrarie ai principi costituzionali, quanto perché semplicemente indifferenti all’ordine costituzionale costituito) anche all’interno degli ordinamenti nazionali. Con quale impatto distruttivo sulla legalità costituzionale è inutile sottolineare.

Esistono poi delle cause “interne”, legate alla lunga transizione costituzionale italiana. In questa sede è opportuno evidenziare un solo aspetto: uno degli effetti di questa lunga transizione è stato la *banalizzazione* del diritto costituzionale, la perdita del carattere proprio di *pactum consociationis*, la costituzione diventa legge come ogni altra, espressione del conflitto politico, approvata (ma anche delegittimata) a maggioranza. La *desacralizzazione* della costituzione lascia spazio ad ogni singolo interesse di parte, e rende irrilevante la legalità intesa come rispetto delle fonti sulla produzione e dello stesso processo di formazione (legale) degli atti normativi (primari).

Così posta la questione della perdita di ruolo centrale della costituzione e della superiorità della sua legalità, trascina con se la parallela questione - per dirla con terminologia kelseniana - dell’essenza e del valore della democrazia. La democrazia costituzionale italiana è stata a lungo una democrazia inclusiva, legittimando e ricercando progressive estensioni ed allargamenti di cittadinanza politica e sociale, trovando entro la costituzione il luogo della condivisione dei valori comuni, pur nella reciproca e legittima diversità soggettiva, ideale ed ideologica. Ora è il carattere esclusivo che sembra affacciarsi a livello costituzionale, quando si ammette la possibilità che a concorrere al risultato sia solo una maggioranza. S’intende che non è in discussione il sacro principio di maggioranza per determinare le scelte collettive, bensì l’altra regola – altrettanto sacra per qualificare le democrazie – che impone la *ricerca* del consenso, affinché tutti possano partecipare alla determinazione delle scelte, comprese le minoranze che si riconosceranno tali al termine del processo decisionale, ma avranno comunque concorso alla determinazione di quel

risultato. Escludere fin dall'inizio gli "altri", disconoscendo ogni ruolo a chi non è iscritto tra gli "amici", non rende più semplice la decisione (delle maggioranze o dei capi), bensì impedisce l'identificazione di tutti – delle minoranze escluse – con le decisioni (im)poste, anche se in forme legali. Erode, in tal senso, la parte più propria della legittimazione delle scelte, con immediati riflessi sulla legalità degli atti che le esprimono.

Mi chiedo se non sia questa la ragione ultima della crisi della legalità.

Qui il discorso dovrebbe iniziare, mentre deve concludersi.

Rimane solo lo spazio per un'esemplificazione. Penso alla misera sorte in cui versa il procedimento di formazione delle leggi all'interno del parlamento: mai un regime *parlamentare* ha avuto meno senso. In un Parlamento svuotato, non più luogo del compromesso, e che ha perso finanche il ruolo di teatro della divisione pluralistica della società, l'attività di formazione della legge appare un fatto meramente formale. Una perdita di valore del luogo della rappresentanza politica da parte di alcuni ricercata e sostenuta. Il ruolo odierno del parlamento è improntato infatti ad uno specifico modello di democrazia, che si propone di interpretare, e così piegare, l'intero sistema costituzionale vigente e i rapporti tra i soggetti politici finanche nei luoghi della rappresentanza. Quella che è stata definita "democrazia decidente", e che ha portato a sacrificare alla decisione parlamentare ogni necessità relativa alla formazione della stessa decisione. In tal modo si è decretata la fine del ruolo dei parlamenti. Se si può utilizzare una immagine per raffigurare una situazione complessa e pericolosa: il contingentamento dei tempi ha ucciso la rappresentanza politica ed ha sacrificato le sue logiche.

Come stupirsi allora se le leggi sono decise ma non giustificate, essendo legittimate soltanto dalla forza dei numeri ma approvate senza discussione e prive di consenso. Irrilevante appare il contenuto della legge, persino la sua palese irrazionalità intrinseca non impedisce l'approvazione. Le sempre più frequenti crisi di coscienza individuali, tanto palesate quanto sterili, lo rivelano sintomaticamente: insofferenze e turbamenti che hanno prodotto pubblico dissenso all'interno di maggioranze blindate, le quali in ogni caso al voto si esprimono univocamente. Non credo siano sufficienti i 'pianti' (metaforici o reali) degli esponenti politici (in alcuni casi anche dei diretti responsabili dei relativi ministeri) a sopperire queste deficienze, lacrime intese come atti sostitutivi della responsabilità politica che ciascun parlamentare non sente più nei confronti della nazione che pur rappresenta "senza vincolo di mandato". A rendere meno irrazionale il processo di formazione delle leggi non basta neppure la possibilità di modifiche successive, che spesso vengono promesse (e raramente poi realizzate) nei più evidenti casi in cui si approvano le leggi dichiaratamente mal fatte e pur tuttavia come tali innocentemente approvate ... "tanto si provvederà poi a migliorarle".

Infine, le tante leggi *ad personam*, i diffusi conflitti di interesse, appaiono paradigmatici dell'assenza di fondamento della produzione normativa. Esprimono con straordinaria forza di principio la confusione nel definire la legalità: nel momento in cui svanisce il confine

tra interesse pubblico e privato, diventa incomprensibile la distinzione tra ciò che è lecito e ciò che non lo è, mentre appare manifestarsi in modo lampante l'uso strumentale della legalità.

Se a fondamento della legalità si pone il necessario rispetto degli atti normativi primari, come stupirsi che essa cada in crisi nel momento in cui questi atti non trovino più legittimazione in quel fondamento ultimo e superiore in grado che è la costituzione, ma trovano la forza di imporsi in base a logiche di esclusione e sorrette da interessi non generali, se non propriamente privati. Come stupirsi allora che la legalità sia incrinata.

() Questo scritto trae origine da un intervento svolto ad un seminario di studi promosso da Federico Spantigati. Organizzatore infaticabile di incontri tra giuristi e tra culture, Federico ha rappresentato una figura anomala e preziosa nel panorama scientifico italiano. Uomo dallo sguardo penetrante e dall'intelligenza vivace, voleva trasformare le diversità dei punti di vista in una ricchezza cui attingere. Il dialogo tra diversi è stato per lui soprattutto un modo per movimentare l'asfittico dibattito tra i giuristi italiani. E' stato molto apprezzato in una cerchia stretta ed elitaria, avendo avuto in fondo meno riconoscimenti di quanti non meritasse. Ci ha lasciato un giorno mite di settembre, al termine dell'estate. L'inverno rischia di essere un po' più rigido senza dialoghi tra diversi: qualcuno dovrà proseguire l'opera di Federico.*

[1]) Il referendum, com'è ben noto, si è poi svolto il 25 e 26 giugno 2006 ed ha visto prevalere nettamente gli oppositori della riforma costituzionale.