

Giancarlo Guarino***Corte costituzionale e leggi elettorali: note di un internazionalista a margine di una recente [sentenza](#)**

SOMMARIO: 1. *Introduzione e posizione del problema.* - 2. *Le norme internazionali rilevanti ai fini del presente discorso: una premessa di metodo.* - 3. *Le norme di diritto internazionale in materia elettorale.* - 4. *Le norme internazionali in materia di diritto di voto.* - 4.1. *L'art. 21 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.* - 4.2. *L'art. 25 del Patto sui diritti civili e politici.* - 4.3. *L'art. 3 del primo protocollo CEDU.* - 5. *Talune problematiche in materia di giurisprudenza della CtEDU.* - 5.1. *Qualche ulteriore commento alla giurisprudenza in discussione.* - 6. *L'elemento della essenzialità dei partiti.* - 7. *L'impossibilità di contribuire alla scelta della persona contraddice la norma internazionale.* - 7.1. *La questione delle "liste bloccate".* - 7.2. *In conclusione, sul premio di maggioranza.*

1. *Introduzione e posizione del problema.*

La [sentenza 1/2014](#) della nostra Corte costituzionale, ha dato luogo a tantissimi dotti commenti¹, tanti da non richiedere che un non costituzionalista, come il sottoscritto, affronti un commento purchessia, se non fosse per una frase, intrigante assai, della sentenza, quando evita di pronunciarsi su alcune delle motivazioni di illegittimità costituzionale della legge elettorale allora vigente, tratte dalla presunta violazione dell'art. 117.1 Cost. derivante dal mancato rispetto della normativa internazionale in materia, con particolare riferimento alle norme CEDU, affermando che la questione è assorbita dalle soluzioni precedentemente proposte, che tutte già inducono a giudicare la legge stessa come incostituzionale.

Ciò, infatti, mi induce a ribadire talune riflessioni già fatte in passato con riferimento al valore ed alle modalità di applicazione del citato art. 117.1 Cost., che, diversamente dalla , viene ripetutamente richiamato dalla Corte di Cassazione nella bella e articolata ordinanza di remissione alla Corte costituzionale, dove conclude affermando come motivi del ricorso alla Corte costituzionale, tra l'altro: «gli artt. 4, comma 2, e 59, comma 1, del D.P.R. n. 361/1957, nel testo risultante dalla legge n. 270/2005, sul voto di preferenza per la Camera, in relazione agli artt. 3, 48, comma 2, 49, 56, comma 1, e 117, comma 1, Cost., anche alla luce dell'art. 3 Prot. 1 CEDU; l'art. 14, comma 1, del d.lgs. n. 533/1993, nel testo risultante dalla legge n. 270/2005, sul voto di preferenza per il Senato, in relazione agli artt. 3, 48, comma 2, 49, 58, comma 1, e 117, comma 1, Cost., anche alla luce dell'art. 3 Prot. 1 CEDU». Rispetto al che, mi permetto solo di segnalare come, a mio avviso e come spiegherò più avanti, un riferimento al co. 2 art. 1 Cost., non sarebbe stato inopportuno.

E dunque, pur avendolo la nostra Corte escluso, è lecito, se non doveroso, domandarsi se le norme di diritto internazionale vigenti (scritte e non) non possano indurre a ricostruire, ovviamente con tutti i limiti derivanti dalla natura dell'ordinamento giuridico richiamato, in termini analoghi o magari addirittura rafforzati, ciò che la nostra Corte deduce dalla nostra sola Costituzione. E anzi, forse, andare oltre, parecchio oltre la [sentenza](#), che qui commento. La tesi, infatti, che mi azzardo ad accennare è proprio che la [sentenza](#), letta alla luce del diritto internazionale potrebbe avere uno sviluppo più ampio ed esaustivo, specie se una nuova normazione elettorale dovesse insistere nel ri-proporre, sia pure più attenuate, le soluzioni oggi cancellate dalla Corte.

*Ordinario di diritto internazionale Università di Napoli Federico II. Il presente lavoro è destinato agli scritti in onore di Giuseppe Tesaurò.

¹ Già subito appena uscita, ad esempio, GUZZETTA G., *La sentenza n. 1 del 2014 sulla legge elettorale a una prima lettura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 2014 www.forumcostituzionale.it, PACE A. *La condanna del porcellum*, in *Osservatorio AIC*, 2014 e *La Repubblica*, 22.4.2014, PALA C., *Il Porcellum e l'inganno: considerazioni politologiche*, in *Confronti Costituzionali*, 2014 www.confronticostituzionali.eu/?p=924.

La quale, come noto, fonda il suo giudizio di incostituzionalità sulla contrarietà delle leggi elettorali vigenti a due principi cardine dell'ordinamento italiano, in ragione della *esagerata* dimensione del cd. premio di maggioranza e della *impossibilità* per l'elettore di *scegliere* i candidati da votare, in presenza del sistema delle cd. liste bloccate.

Il contenuto della [sentenza](#), peraltro, lascia aperte alcune scappatoie² o, per così dire, margini di aggiustamento, almeno a giudicare dai commenti e dagli atti della nostra "politica", ma anche a causa di un ripetuto e insistito riferimento ad una interpretazione "ragionevole" delle norme, dove, appunto come dico subito più avanti, si manifesta, in maniera molto esplicita, una vocazione legislativa della Corte, a mio sommo avviso nonché non dovuta, verosimilmente inutile in questo caso se si guarda anche alle norme del diritto internazionale generale³. Lo scopo di queste poche pagine sarà proprio di valutare se, ed in quali termini, questa ipotesi sia accettabile dal punto di vista del diritto internazionale, specialmente alla luce di una interpretazione "evolutiva" del primo co. art. 117.

Come, in conseguenza di quanto detto, cercherò di dimostrare la Corte ha assunto (meglio, si è assegnato), almeno in questo caso ma credo anche in altri, un ruolo legislativo, di vera e propria surrogazione del potere legislativo⁴, rischiando però in tal modo, di tralignare dal suo ruolo istituzionale di interprete del diritto, delle norme, insomma. Tanto più che questo ruolo atipico, nel caso di specie, diventa in qualche maniera istituzionale, visto che la Corte, affermata la illegittimità costituzionale dei (attuali) premio di maggioranza e liste bloccate, lascia aperto uno spiraglio ("ragionevole", "eccessivo", ecc.⁵) che potrà solo essere colmato mediante un suo nuovo intervento⁶, salvo che la "politica" non si acconci alla [sentenza in toto](#) escludendo entrambi gli espedienti⁷. In questo, va detto, la [sentenza](#) è, a mio parere, molto più "sottile" di quanto non emerga da certi commenti, in

² Per non parlare di quella che è stata criticata da taluno circa la irritualità dell'annullamento che lascia in vigore, fino alle prossime elezioni, gli effetti della norma annullata: il Parlamento in carica, ecc.. V. ad es. RIVIEZZO A., *Nel giudizio in via incidentale in materia elettorale la Corte forgia un tipo di dispositivo inedito: l'annullamento irretroattivo come l'abrogazione. È arrivato l'“abrogamento”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2014, www.forumcostituzionale.it/ e v. anche LIETO S., PASQUINO P., *La Corte costituzionale e la legge elettorale: la sentenza n.1 del 2014*, *ibid.*

³ Sulla questione v. ampiamente DICKMANN R., *La Corte dichiara incostituzionale il premio di maggioranza e il voto di lista e introduce un sistema elettorale proporzionale puro fondato su una preferenza (prime osservazioni a Corte cost. 13 gennaio 2014, n. 1)*, in [federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2014, che scrive, appunto: «Ne deriva che il solo profilo del sistema elettorale politico censurabile davanti ad essa è quello della sua eventuale irragionevolezza, profilo questo che la Corte ha ritenuto di poter valutare in sede di giudizio di legittimità costituzionale, dopo esser stato ad essa sottoposta in sede di vaglio di ammissibilità sui referendum abrogativi a tal fine valutati con le sentt. 15 e 16 del 2008 e 13 del 2012», POGGI A., *Politica “costituzionale” e legge elettorale: prime osservazioni alla sentenza n. 1 del 2014*, in *Confronti Costituzionali*, 2014 <http://www.confronticostituzionali.eu/?p=908>, SCACCIA G., *Riflessi ordinamentali dell'annullamento della legge n. 270 del 2005 e riforma della legge elettorale*, in *Confronti Costituzionali*, 2014, <http://www.confronticostituzionali.eu/?p=954>, SEVERINI L., *Luci ed ombre della sentenza n. 1/2014*, in *Osservatorio AIC 2014*, MARTINUZZI A., *La fine di un antico feticcio: la sindacabilità della legge elettorale italiana*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2014, www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2014/0019_nota_1_2014_martinuzzi.pdf.

⁴ V. anche PERTICI A., *La Corte costituzionale dichiara l'incostituzionalità della legge elettorale tra attese e sorprese (con qualche indicazione per il legislatore)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2014, www.forumcostituzionale.it.

⁵ Tra l'altro v. [sentenza](#) in discussione § 3.1 e testo cit. *infra* § 6 in fine, oltre a *infra* nt.69 e testo corrispondente.

⁶ Cosa non certo del tutto nuova, come la stessa Corte rileva, riferendosi ad esempio alle [sentenze 107/96 e 242/12](#), e all'[ordinanza 260/02](#) e v. *infra* § 0.

⁷ Il testo del *Disegno di legge* approvato alla Camera dei Deputati in materia, e ora in seconda lettura al Senato, non sembra che lasci bene sperare. V. *Senato della Repubblica* Doc. n. 1385, *Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati*. Sorvolo sul pasticcio mostruoso che conseguirebbe a eventuali nuove elezioni con la legge citata, *mutatis mutandis*, approvata e il Senato ancora in vigore. V. AZZARITI G., *La riforma elettorale*, in *Rivista AIC*, 2014 n. 2, *Il Seminario A.I.C.: “i costituzionalisti e le riforme”*, Università di Milano, 28 aprile 2014, BILANCIA F., cit. *infra* nt. 78, MORRONE A., *La riforma elettorale dopo la fine del porcellum*, in *Confronti Costituzionali*, 2014 www.confronticostituzionali.eu/?p=890, NICOTRA I., *Proposte per una nuova legge elettorale alla luce delle motivazioni contenute nella sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, in *Consulta Online 2014* (21.01.14).

cui appunto si sottolinea l'intento costruttivo *de futuro* della [sentenza](#), che invece potrebbe più semplicemente essere intesa a garantire un sistema pienamente proporzionale, magari proprio per le ragioni che mi accingo ad indicare.

Resta da vedere se, nell'ambito o meno di questo presunto ruolo, ma certamente nella sua qualità di interprete ultimo della *Costituzione vivente* italiana⁸, vorrà fare un passo in più nella direzione di una integrazione sempre maggiore tra il diritto interno e il diritto internazionale, nello spirito (secondo me e spero di non sbagliare) fortemente internazionalista della nostra Costituzione, spirito che la Corte ha egregiamente onorato nei confronti del cd. diritto comunitario, ma, finora, ha escluso con riferimento al diritto internazionale per così dire "comune", ivi compreso quello europeo dei diritti dell'uomo⁹. Dimenticando forse, o semplicemente ragionando in maniera diversa, che il diritto comunitario (mi si permetterà spero di usare l'espressione vecchia, a fronte della quale la nuova qualità unionistica della UE, scarsamente si presta ad una aggettivazione eufonica) è oggi, ancora e a tutti gli effetti diritto internazionale¹⁰.

Un altro aspetto della [sentenza](#) sul quale dirò qualche parola, è quello relativo alla valutazione della funzione dei partiti nel nostro sistema costituzionale, cui giustamente viene disconosciuto un ruolo pubblicistico, ma di cui, sempre a mio modesto avviso, si finisce per esaltare oltre misura (e norma) la funzione, tradendo in qualche modo lo spirito della Costituzione e delle norme di diritto internazionale cui, lo voglia o no, quest'ultima deve acconciarsi.

Senza volere minimamente affrontare in maniera esplicita la discussione, ormai largamente data, in materia di monismo o dualismo¹¹ e la conseguente collocazione delle norme nell'una o nell'altra prospettiva - poste le grandi perplessità che suscitano, a mio parere, talune teorie oggi "di moda" in tema di costituzionalizzazione del diritto internazionale, specie per le conseguenze assurde di una moltiplicazione inverosimile dei livelli gerarchici più o meno intrecciati tra le stesse norme internazionali e tra queste ultime e quelle statali - il presupposto per il quale il nostro come ogni stato, in quanto parte della comunità internazionale (intesa come ente necessario), è tenuto a rispettarne le norme (che in ultima analisi contribuisce a creare) contrattuali e generali o, se si preferisce, consuetudinarie appare implicito e incontrovertibile¹².

Il tutto, sia chiaro, con riferimento ad una [sentenza](#) decisamente fondamentale per molti aspetti, a cominciare dal fatto di avere accettato in maniera ormai definitiva e chiarissima, che basta anche solo una minima possibilità di individuare un *petitum*¹³ diverso e distinto dalla pretesa di incostituzionalità, per abilitare la Corte a pronunciarsi e, quindi, il cittadino a cercare soddisfazione delle pro-

⁸ Uso il termine in maniera atecnica, per riferirmi al ruolo della Corte come interprete ultimo della attuale Costituzione italiana attuale, permeata dalla visione internazionalistica di quest'ultima, come spiegherò più avanti.

⁹ Sul punto, tutto da approfondire, v. di recente RUGGERI A., *Una opportuna precisazione, da parte di Corte cost. n. 223 del 2014, in merito ai conflitti (apparenti...) tra norme di diritto interno e norme della CEDU*, in *Consulta Online 2014* (01.09.14),

¹⁰ Sul punto v. il mio GUARINO G., *Meccanismi finanziari UE e diritto internazionale*, in MARANI U., GUARINO G., *Istituzioni Europee, Politica economica e Ordinamento giuridico italiano*, Napoli (Satura) 2013, p. 255 ss.

¹¹ Temi sui quali si rinvia alle posizioni importanti di ANZILOTTI D., *Corso di diritto internazionale*, 1927, ristampa Padova (Cedam) 1964 e, più di recente, QUADRI R., *Diritto internazionale pubblico*, Napoli (Liguori) 1968 e ancora, ovviamente, KELSEN H., *Principles of international law*, (rev. TUCKER), New York (Holt) 1967.

¹² Fino ad immaginare, se ben capisco, una integrazione tale tra diritto UE e italiano, da far parlare per i parlamenti nazionali di una sorta di «terza camera europea», in una struttura "multi-level" (posto che qualcosa significhi) come è ora di moda dire. V. ad es. LUPO N., *Parlamento europeo e parlamenti nazionali nella costituzione "composita" nell'UE: le diverse letture possibili*, in *Rivista AIC*, 2014, *passim*.

¹³ V. sul punto, tra gli altri, CATELANI E., *"Due pesi e due misure" nella sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale: ammette una fictio litis, ma non amplia il parametro di costituzionalità ipotizzando una doppia preferenza di genere*, in *Confronti Costituzionali*, blog 27..2014, www.confronticostituzionali.eu/?p=934, DAL CANTO F., *Corte costituzionale, diritto di voto e legge elettorale: non ci sono zone franche*, *ibidem*, 16.1.2014, www.confronticostituzionali.eu/?p=905, DEMMING A.A., *Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento "creativo" della corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2014, PASTENA R., *Operazione di chirurgia elettorale Note a margine della sentenza n. 1 del 2014*, in *Osservatorio AIC*, 2014, GHERA F., *La sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale: profili processuali e "sostanziali"*, in Dirittifondamentali.it, 2014.

prie pretese, proprio perché, se comprendo bene la [sentenza](#) (e il sagace e fermo ragionamento della Suprema Corte di Cassazione, mai come in questo caso, lucidissima analista delle norme e “suggeritore” della Corte costituzionale) l’interesse alla garanzia del sistema e dei diritti della nostra Costituzione non può essere pretermesso per soli motivi formali¹⁴.

Questa affermazione, forse vista per lo più come una sorta di questione procedurale alquanto marginale è, invece, secondo me, di fondamentale rilevanza, proprio perché pone in cima ai compiti della Corte (e quindi dell’intero sistema giuridico del quale è il controllore supremo e insindacabile) quello di assicurare *effettivamente* la realizzazione *concreta* della volontà reale del costituente e dunque del popolo, che merita che si tenga conto dei suoi diritti. Non si vede dunque il perché la garanzia del sistema debba necessariamente fermarsi ai confini (un semplice accidente) dell’attuale *stato Italia* omettendo di ricordare che, così come ogni cittadino merita che si tenga conto dei suoi diritti, *tutti* i suoi diritti costituzionali *effettivi*, non si debba parimenti attendersi che lo stato esso stesso, parte di una comunità di soggetti di diritto internazionale, debba a sua volta garantire e imporre a se stesso, e dunque ai cittadini, anche la garanzia *effettiva* delle norme del sistema giuridico internazionale, del quale lo stato (e attraverso di esso gli individui) è parte integrante: che lo voglia o no.

È, quella della Corte, per concludere sul punto, una affermazione importante e orgogliosa del proprio ruolo supremo e incancellabile di valutazione della legittimità degli atti del potere legislativo, rispetto al quale spiace, sempre con il massimo rispetto, constatare il limite (perfino un po’ provinciale) della diffidenza verso il diritto internazionale, che, unito a quello di sostituzione o surrogazione del potere legislativo, potrebbe legittimare la classica e vieta, ma sempre attuale domanda, forse non a caso contenuta in una satira, *quis custodiet ipsos custodes?* A rischio di passare per una moglie vivace, è da quelli forse che è bene cominciare, dove “quelli” potrebbero essere appunto le norme di diritto internazionale, se non *custodes* certamente, per restare nello scherzo, *viri*.

E sì che, proprio la nostra Corte ha saputo adeguarsi egregiamente alla realtà internazionale, riconoscendo, con molta maggior lucidità di altre corti e con assai meno provincialismo, il ruolo della CGUE, anche se mostrandosi assai esitante nei confronti della CtEDU¹⁵.

¹⁴ V. il passo cruciale della [sentenza che commentiamo](#), punto 2 in fine del *Considerato in diritto*: «Nel quadro di tali principi, le sollevate questioni di legittimità costituzionale sono ammissibili, *anche in linea con l’esigenza che non siano sottratte al sindacato di costituzionalità le leggi*, quali quelle concernenti le elezioni della Camera e del Senato, che definiscono le regole della composizione di organi costituzionali essenziali per il funzionamento di un sistema democratico-rappresentativo e che quindi non possono essere immuni da quel sindacato. *Diversamente, si finirebbe con il creare una zona franca nel sistema di giustizia costituzionale proprio in un ambito strettamente connesso con l’assetto democratico, in quanto incide sul diritto fondamentale di voto; per ciò stesso, si determinerebbe un vulnus intollerabile per l’ordinamento costituzionale complessivamente considerato*»

¹⁵ Mi prendo la libertà di citare di seguito alcune frasi di uno di quei, stupidamente dileggiati, “professoroni” (ma accadeva anche alle *margaritae* se ben ricordo e quindi, pazienza ... non per caso, parliamo di *porcellum*) che, mi pare, centra, con invidiabile lucidità, il problema di cui mi occupo in queste righe (e in parte mi sono occupato in passato). Mi riferisco ad HABERMAS J., *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e delle democrazie*, Bari (Laterza) 2013 (edizione digitale) - nella faticosa trad. italiana di CEPPA L da *Fakitzität und Geltung ...*, Berlin Suhrkamp 1992 -, pos. 149: «Solo la vitalità della sfera pubblica, al di là di un paritario diritto elettorale, può riscattare la promessa democratica dell’inclusione, cioè dell’*eguale partecipazione di tutti i cittadini al processo politico*. Certo, i cittadini devono anzitutto esercitare la loro sovranità attraverso libere scelte elettorali. Ma la fissazione su questo diritto civico non deve poi restringere la prospettiva al solo atto, in cabina, dell’espressione di voto. Solo quando deriva dall’aver partecipato a una prassi comune – ossia solo se nasce dal processo di una formazione-di-volontà poggiante sulla libera dinamica di opinioni, argomenti e prese di posizione – il voto acquista il peso istituzionale che spetta alle decisioni di ogni legislatore. *Le elezioni politiche sono qualcosa di diverso dalle inchieste demoscopiche*. Non devono solo rispecchiare lo spettro delle preferenze esistenti, bensì, piuttosto, lo spettro dei ponderati giudizi sulle *politiche e sulle persone candidate*. Già solo per il fatto che la politica deve affrontare problemi urgenti, *sulla base di queste decisioni selettive*, il senso delle elezioni non può ridursi alla semplice registrazione di simpatie e pregiudizi. Per condizionare ragionevolmente il processo politico, le preferenze e le opinioni dei cittadini – emergendo dal flusso dissonante delle informazioni – devono *concretizzarsi* alla luce di un pubblico e articolato scambio di opinioni. La politica deliberativa nasce da una società che dispone liberamente in maniera anarchica, delle sue libertà comunicative. *La forza legittimante del processo democratico, deriva sia dalla deliberazione sia dalla inclusione ...* (pos. 175 s.) io penso che l’idea dei diritti dell’uomo

2. Le norme internazionali rilevanti ai fini del presente discorso: una premessa di metodo.

Dato quanto fin qui premesso, si tratta ora di analizzare in massima sintesi le norme internazionali, contrattuali e non, che in modo più o meno chiaro si occupano del tema del voto e del diritto di voto nell'ambito dell'ordinamento giuridico degli stati. Si tratta, in altre parole, di comprendere se, e fino a qual punto, i singoli soggetti di diritto internazionale siano liberi di fissare le norme che credono in materia e quindi, meglio e preliminarmente, se e quali norme, su quelle materie esistano in diritto internazionale. E dunque, in termini concreti *a.*- se esistano norme che obblighino i soggetti a consentire la partecipazione diretta degli individui (cittadini o non) alla formazione degli organi che, nello statuto del soggetto, esercitano le funzioni legislativa e esecutiva: insomma esercitano il potere politico, a *prescindere dalla natura del soggetto in esame* e inoltre, *b.*- se esistano norme che obblighino gli stati (e qui uso il termine 'stato' perché mi riferisco ad organismi strutturati e non genericamente a soggetti, che potrebbero mancare degli organi in questione e quindi, fatta salva qualche sempre possibile eccezione, agli stati in senso tecnico) ad adottare *un certo* meccanismo per assicurare la realizzazione dell'obbiettivo di cui in *a.* Norme che, posto che vi siano e se ne accerti l'esistenza, possono indifferentemente essere di natura contrattuale o non, purché abbiano o tendano ad avere una valenza universale.

Una brevissima premessa di metodo, perciò, si rende indispensabile, pur se necessariamente assai sintetica, per poi poterci dedicare più approfonditamente all'analisi delle norme e, specialmente, alla lettura critica della loro interpretazione giurisprudenziale.

E dunque.

I soggetti di diritto internazionale, e fra essi innanzitutto gli stati, sono parte, sono membri di una comunità di loro pari, di una comunità *necessaria*, almeno nella misura in cui nessun soggetto è oggi in grado di esistere, nonché materialmente, politicamente se non in relazione con gli altri. Ciò non toglie, ma nemmeno a mio parere influisce, sul fatto che una *organizzazione* di quella comunità di soggetti, una organizzazione capace cioè di gestire direttamente il potere legislativo, esecutivo e giurisdizionale, non esiste. Non si tratta - non è secondo me rilevante - di sapere se ciò accada perché sia tecnicamente (giuridicamente, insomma) impossibile o sia realizzato *di fatto* attraverso norme non scritte o attraverso un tacito accordo: sta in fatto che non c'è e ogni tentativo di creare una qualche comunità organizzata può solo avvenire su base contrattuale tra i soggetti che accettino di farne parte e *fintanto che* mantengano la volontà di esserne parte. La stessa UE o l'OMC per forti e autorevoli che siano acquisiscono e mantengono la propria "forza" o capacità di azione, solo sulla base di un accordo e fin tanto che l'accordo permanga. Gli stessi temutissimi *Fiscal Compact* e *Meccanismo europeo di stabilità*, sono, in ultim'analisi, fondati su un normale trattato internazionale, suscettibile di *tutte* le vicende proprie dei trattati. A me sembra in conclusione che, quale ne sia la motivazione, ciò semplicemente non sia voluto, dagli stessi soggetti che di quella comunità necessaria sono parte¹⁶ (che lo vogliano o meno) ma che, oltre ad esserne parte, ne sono i *domini* e

.....\...

– idea che ha trovato espressione nei diritti fondamentali delle costituzioni – non vada né imposta dall'esterno come una limitazione al legislatore sovrano né semplicemente strumentalizzata ai suoi illimitati obiettivi. I due principi (diritti dell'uomo e sovranità popolare) sono invece "co-originari" (*gleich urspränglich*). Questa intuizione della "co-originarietà" produce due conseguenze. Da un lato, la volontà sovrana del popolo non andrà più vista come meramente arbitraria: essa esprime (in senso kantiano) il *ragionevole vincolarsi a norme generali, discorsivamente fondate*. Dall'altro lato, i diritti umani non andranno più visti come datità morali preesistenti, bensì *come diritti fondamentali ben costruiti, suscettibili* (in un discorso pratico) *di trovare l'approvazione di tutti i potenziali interessati*» (corsivi miei).

¹⁶ Ciò anche per sottolineare una certa differenza di vedute verso le teorie più recenti (e per certi versi affascinanti) sulla costituzionalizzazione del diritto internazionale, miranti a collocare l'individuo in una posizione preminente (il che è perfettamente condivisibile) ma anche ad identificare in strutture organizzative della comunità internazionale (in particolare il WTO e la UE, per vero, a mio parere, enormemente differenti proprio nella logica ordinamentale) strumenti di normazione variamente gerarchizzati. Il che, tra l'altro, conduce ad una moltiplicazione di gerarchie, variamente intrecciate e fa perdere quella, che a mio giudizio, è la caratteristica essenziale di un ordinamento giuridico e cioè la sua sistematicità. V. ne una sintesi recente in KLEINLEIN T., *Constitutionalization in international law*, in *Beiträge zum aus-*

.../.....

quindi ben potrebbero, se volessero (o se almeno un numero sufficientemente “pesante”, benché non necessariamente numericamente maggioritario, di loro lo volesse) realizzare quella che comunemente si definisce una comunità internazionale organizzata¹⁷. La stessa menzionata volontà negativa, è una scelta normativa cosciente¹⁸ dei soggetti¹⁹ ed in quanto tale definisce – *normativamente* – la struttura della comunità²⁰. Ciò, a meno che non si voglia giungere a negare la stessa esistenza di

.....\...

ländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 2012, p. 703 ss. Il punto è che, se è indubbio che in certe situazioni e per certi argomenti, la comunità internazionale sappia e voglia organizzarsi in maniera strutturata, *da un lato* la possibilità *effettiva* di fare valere le proprie decisioni in assenza di una disponibilità dichiarata o “automaticamente attivabile” dello stato ad adeguarvisi è strettamente legata alla permanente disponibilità dello stato ad accettarla in ragione del principio di sovranità perdurante, *dall'altro* rare sono le occasioni in cui gli stati accettano una simile strutturazione del potere, a meno che (e questo allo stato dei fatti è il punto) non inseriscano nelle proprie stesse costituzioni strumenti che consentano alla comunità internazionale di agire a prescindere dalla volontà dello stato. È il caso certamente della UE (molto meno, mi sembra, del WTO) come accennato in passato (v. GUARINO G., *Meccanismi finanziari UE e diritto internazionale*, in MARANI U., GUARINO G., *Istituzioni europee, politica economica e ordinamento giuridico italiano*, Napoli (Satura) 2013, p. 255 ss.) tenuto conto che anche lì i colpi di coda della sovranità non mancano, e di ciò la ben nota sentenza *Lissabon* del *Bundesverfassungsgericht* tedesco ne è un perfetto paradigma. Detto, infine, del tutto incidentalmente, la ricerca di una costituzionalizzazione della comunità internazionale in organismi strutturati come il WTO, la UE, ecc., scivola inevitabilmente verso una visione strettamente contrattualistica del diritto internazionale, assai poco coerente alla realtà, basterebbe pensare all'OSCE, che è tutto fuor che un'organizzazione strutturata o anche solo un “semplice” accordo.

¹⁷ Al di là di un intento *de iure condendo*, il discorso non è dissimile da quello ben noto sintetizzato da PETERS A. *Dual Democracy*, blog dello *European Journal of International Law*, in www.ejiltalk.org/dual-democracy, sulle cui tesi si potrebbe parzialmente concordare, anche se qualche dubbio suscita l'idea di base secondo cui solo una somma di governi democratici può consentire di parlare di società democratica globale (qui, credo, la gran parte dei problemi nasce dall'uso indistinto e “non professionale” del termine “democrazia”: se non si definisce prima cosa sia la democrazia, non vedo come si possa parlare di “una” società come democratica). Ciò posto, comunque, scopo di queste righe è di valutare la posizione del singolo, dell'individuo, in termini, per dir così, *passivi*, per valutarne cioè le legittime pretese di cui sono portatori nel proprio ordinamento, *grazie al diritto internazionale*. In altre parole, pur condividendo la bontà dello scopo, avrei qualche dubbio sulla praticabilità teorica *oggi* di un'affermazione come quella, *ibid.* p. 2, per cui: «Under conditions of global governance the right to democratic participation, as guaranteed in Article 25 CCPR, should not only be directed against states, but should be understood as exercisable across borders and also opposable to those international organizations which rule over persons' lives and affect their interests. However, the establishment of direct democratic relations between individuals and international organizations is fraught with difficulties linked to the idea of a purely functional, not spatial representation on the basis of 'affectedness'». Lo scopo di queste righe, dunque, è esattamente di mostrare come, già oggi e in maniera consistente (o, se si preferisce: se oggi e con quanta consistenza) il diritto internazionale, “democratizzato” o non (e sull'uso un po' spregiudicato del termine democrazia, avrei più di una perplessità, posto che, a mio parere, a tutt'oggi il diritto internazionale non richiede il rispetto della “democrazia”, ma della volontà popolare *effettiva* e, *fino ad oggi*, avrei grandi perplessità a definire quella internazionale una “società democratica”) imponga agli stati “democratici”, non solo la democrazia genericamente, ma un certo modo concreto di realizzarla operativamente. In questo senso, dunque, trovo molto lucide le seguenti righe di HABERMAS J., *The constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems of a Constitution for World Society*, in *Constellations* Volume 15, No.4,2008, p. 445 (in onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-8675.2008.00510.x/abstract): «If the advocates of a constitutionalization of international law are not to write off democracy completely, they must develop at least models for an *institutional arrangement* that can secure a democratic legitimation for new forms of governance in transnational spaces. Even without the backing of state sovereignty, the arrangement sought for must *connect up with* the existing, though inadequate, modes of legitimation of the constitutional state, while at the same time *supplementing* them with its own contributions to legitimation».

¹⁸ In questa prospettiva, con tutto il rispetto, parlare di norme spontanee mi sembra privo di senso: implica che dei soggetti di diritto internazionale, degli stati, si “trovino” di fronte a norme da essi non volute e nemmeno conosciute.

¹⁹ Direi, per definizione. Non è ragionevole ipotizzare che *per caso o distrazione* gli stati non abbiano creato un sistema organico di verticalizzazione dei poteri, per così dire. Ciò, però non è solo una osservazione casuale, ma è una affermazione dotata di un valore giuridico preciso: la Comunità internazionale *deliberatamente non è* organizzata in una struttura “verticalizzata” e dunque *funziona* secondo altri criteri, tra i quali, mi permetto di aggiungere, la *gerarchia* non trova posto. Ma funziona.

²⁰ Senza necessariamente dividerne tutte le implicazioni, ricordo qui la definizione, secondo me molto interessante, di VERDROSS A., *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Wien (Springer) 1926, p. 4 «*Jeder Rechtsgemeinschaft entspricht eine bestimmte Rechtsordnung. Denn jede Rechtsgemeinschaft ist eine durch Rechtsnormen begründete Gemeinschaft. Rechtsgemeinschaft ist nur jene Gemeinschaft, die durch einen Kreis von Rechtsnormen als Einheit*

.../.....

una comunità internazionale capace di costruire norme giuridiche valide ed effettive (anzi: valide *in quanto* effettive) e quindi capaci di imporsi ai soggetti membri di quella comunità. Il che non sarebbe ragionevole, se non altro tenuto conto del fatto che tutti (indistintamente tutti) i soggetti (stati e non) del diritto internazionale a quel diritto fanno continuamente riferimento, magari per negarne le singole norme, o per affermarne uno diverso. Ciò cui in questi giorni assistiamo in Iraq e Siria, non è altro, a ben vedere e a guardarlo senza pregiudizi, che l'affermazione (magari illegittima, o perfettamente legittima, non è qui il luogo per discuterne) della volontà di costruire e consolidare (con metodi assolutamente inaccettabili, è chiaro) un diverso sistema di rapporti internazionali, attraverso ciò che in altra occasione io stesso avevo definito, usando però una terminologia e una concettologia di diritto internazionale classico, frutto possibile di un processo di autodeterminazione²¹. È lecito, in altre parole, discutere se *in quello specifico caso, quello specifico progetto* sia legittimo, ma non sulla legittimità indiscussa della pretesa (all'autodeterminazione) in astratto.

Dato ciò, e a prescindere dalla teorica prevalenza dell'uno o dell'altro sistema giuridico²² (quello degli stati, da una parte, e quello internazionale, dall'altra²³) o dell'indifferenza dell'uno rispetto all'altro, in termini molto elementari e semplici (quasi semplicistici) è possibile affermare che: se un soggetto accetti contrattualmente o, non contrattualmente (quindi "consuetudinariamente", in quanto parte della richiamata comunità internazionale) "riconosca" o subisca una determinata norma, il meno che ci si possa aspettare è che detta norma venga rispettata e, se del caso, *applicata con*

.....\...

erfasst und dadurch von anderen abgegrenzt wird. Erst die Einheit des Rechtes leistet die Einheit der Rechtsgemeinschaft. Eine Rechtsgemeinschaft ist also keine *Naturerscheinung*, sondern eine *Kulturercheinung*; sie ist kein *Naturfaktum*, sondern ein *Kulturfaktum*. Sie wird daher nicht durch Naturgesetze, sondern *durch Rechtsgesetze*, durch Rechtsnormen erzeugt» e, p. 6 s.: « Von diesem Standpunkt aus fällt daher Rechtsordnung und Rechtsgemeinschaft nicht zusammen. Wohl aber sind sie *unlöslich aufeinander bezogen*, da jeder positiven *Rechtsordnung eine bestimmte Rechtsgemeinschaft entspricht* und jede Rechtsgemeinschaft nur im Hinblick auf eine bestimmte Rechtsordnung besteht. Denn jede positive Rechtsordnung gilt nur unter Beziehung auf den tatsächlichen Handlungszusammenhang einer Rechtsgemeinschaft, da ihre Positivität gerade in ihrer stufenförmigen Erfüllung durch tatsächlich gesetzte Rechtsakte besteht, während jede Rechtsgemeinschaft nur der seine durch-anschauliche, also raum-zeitliche Ausdruck eines Rechtsnormensystems ist, da jede einzelne Handlung erst durch dieses zur Rechtshandlung wird» (corsivi miei).

²¹ Mi riferisco, questo lavoretto è della fine di Agosto 2014, ad un mio lavoro di qualche anno fa, dell'Aprile 2005 (v.lo anche in GUARINO G., *Autodeterminazione dei popoli e successione di norme contrattuali : alle radici di un conflitto*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2005, n. 21, p. 7 ss.) a seguito di un convegno del Dicembre 2004: GUARINO G., *La Charte Arabe des droits de l'homme dans le système universel des droits de l'homme*, in ZANGHI C., BENACHOUR R., *La nouvelle Charte Arabe des droits de l'homme*, Torino (Giappichelli) 2006, p. 98 nt.29, dove affermavo: «Et en effet, il ressort à mon avis de façon particulièrement nette de la teneur globale de la Charte ici commentée la volonté d'un monde culturel particulier de trouver une identité commune à travers une référence culturelle religieuse, plutôt que territoriale ou historique, dans une société très fragmentée d'un point de vue "tribale" mais fortement unifiée par un sentiment religieux commun, abstraction faite des origines ethniques respectives.» e ancora nt. 92 : «Mais, justement, qu'il y ait, toujours plus diffuse et explicite, une tendance des populations à s'identifier (toujours moins dans les états, mais toujours plus souvent) à travers les civilisations et les cultures, peut-être en opposition avec d'autres, est évident de la même manière qu'il est évident que ces cultures apparaissent réfractaires à accepter les modèles (plus ou moins imposés) de type occidental, avec une référence particulière aux systèmes politiques et aux droits de l'homme» e testo corrispondente.

²² Piace rinviare sul punto all'affascinante lucidissima ricostruzione di VERDROSS A., *Le fondement du droit international*, in *RCADI*, 1927 (vol. 16) , p. 247 ss., che, lo si condivide o no (e certamente oggi è datata benché da analizzare con attenzione) afferma, p. 288: «Dans le droit des gens, il y a par conséquent la même différence entre le législateur et les sujets que dans une société extrêmement démocratique. Car le point caractéristique d'une telle organisation consiste en ce que tous les membres contribuent à la formation de la volonté générale à laquelle les particuliers sont soumis. De même les États membres de la communauté internationale sont subordonnés aux règles de cette société créées par la volonté générale... (p. 291) Il en résulte qu'il est impossible de traiter le droit international et le droit interne ainsi que les divers droits nationaux de la communauté internationale comme des systèmes juridiques absolument séparés. *Car ils se trouvent dans un rapport de dépendance réciproque* qui est un rapport de subordination du droit interne vis-à-vis du droit international et, par conséquent, un rapport de coordination entre les divers droits nationaux» (corsivo mio) ; costruzione condivisibile, fatta eccezione, a mio parere, per la « *subordinazione* » degli ordinamenti interni.

²³ Discussione sicuramente superata nella sua sostanza originaria, su cui v. per tutti le belle pagine di KELSEN H., *Zur Lehre vom Proimat des Völkerrechts*, in *Internationale Zeitschrift zur Theorie des Völkerrechts*, 1938, p. 211 ss.

gli strumenti propri, sia del diritto internazionale generale, che *del diritto interno* dello stato interessato. È anche abbastanza ovvio (al di là anche del *fatto* per cui ciò è molto spesso affermato chiaramente anche in documenti convenzionali) che ciò deve comunque garantire e sanzionare, rispettivamente: un eventuale miglior diritto e l'abuso di diritto²⁴, cose che, del resto, risultano ampiamente dalla prassi internazionale²⁵. Che ciò, poi, possa consentire o meno un ricorso diretto dell'individuo leso ad una istanza internazionale, magari a prescindere da un meccanismo che tecnicamente lo consenta, è altro e diverso discorso e, *allo stato dei fatti*, attiene direttamente (e, forse si potrebbe aggiungere: purtroppo, per i molti casi in cui quella possibilità viene preclusa) ed esclusivamente all'ordinamento costituzionale dello stato in cui l'individuo si trova ad agire²⁶. Ciò che cercherò rapidamente di mostrare nelle pagine che seguono, è esattamente questo: che nel nostro stato almeno, in Italia, il sistema costituzionale *obbliga* a tenere conto delle norme internazionali al punto che, scelte ad esse contrarie potrebbero essere tacciate di incostituzionalità, anche per questo solo motivo. In questo senso ben sia venuto il primo co. art. 117 Cost., che riduce fortemente i margini di ambiguità dualistica del nostro sistema costituzionale, anche se, mi pare, su ciò la nostra Corte costituzionale non sembra pienamente concorde.

Per quanto, dunque, si diceva, la "libertà" di normazione interna, in questo senso, è delimitata solo dalla violazione di uno dei principi di quella internazionale nel senso di regole di comportamento tipiche ed essenziali per il buon funzionamento del sistema (in *quel determinato* momento), l'integrazione con le quali lascia, però, spesso permanere - anche ciò non può essere dimenticato - le eventuali "tipicità" del singolo ordinamento, quando non contravvengano ad esigenze collettive di importanza decisiva²⁷: laddove possibile, insomma, i due ordinamenti (o meglio: le due classi di ordinamenti, quelli interni e quello internazionale con le sue articolazioni istituzionali) si integrano non si escludono a vicenda, pur essendo ovvio che una norma internazionale sottoscritta (e quindi contrattuale) o "imposta" (cioè, generale o consuetudinaria che dir si voglia) ad uno stato, deve da questo essere applicata, se del caso modificando o sostituendo la norma interna difforme. Significative in questo senso, perfino in un sistema così fortemente definito e "centralizzato" come quello europeo, per citarne solo due, le sentenze *Sayn-Wittgenstein* e *coffee shop* della CGUE²⁸, dove principi cardine del sistema europeo quali quello della libertà di concorrenza e del diritto di stabilimento, cedono, nel caso²⁹, il posto ad esigenze costituzionali degli stati interessati³⁰.

²⁴ Il riferimento è, ovviamente ad esempio, agli artt. 1, 17 e 53 CEDU, e 2 e 5 dei due Patti delle NU. Per un'analisi più approfondita, v. GUARINO G., *I diritti dell'uomo come sistema: un'ipotesi di lavoro*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2008 p. 7 ss. e in *Studi in onore di Umberto LEANZA*, Napoli (Editoriale Scientifica) 2008 pp. 279 ss. V anche UN Doc. E/CN.4/1985/4 (1985) THE SIRACUSA PRINCIPLES ON THE LIMITATION AND DEROGATION PROVISIONS IN THE ICCPR «36. When a conflict exists between a right protected in the Covenant and one, which is not, recognition and consideration should be given to the fact that the Covenant seeks to protect the most fundamental rights and freedoms. In this context especial weight should be afforded to rights not subject to limitations in the Covenant».

²⁵ V. ne una analisi nel recentissimo CANNIZZARO E., BONAFÈ B., *Beyond the archetypes of modern legal thought: Appraising old and new forms of interaction between legal orders*, in MADURO M., TUORI K., SANKARI S. (Eds.), *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge (Un. Press) 2014, p. 78 ss.

²⁶ Di nuovo, la eventuale possibilità giuridica di ricorso diretto dell'individuo al diritto internazionale è frutto della adesione dello stato ad un sistema che lo consenta, è frutto cioè di un accordo, che, come si fonda si può cancellare.

²⁷ Con una sola precisazione: in un sistema in cui i poteri non sono esercitati da organi specifici a ciò competenti (come la comunità internazionale), è normale che la prassi anche giurisprudenziale sia decisiva nella misura in cui contribuisce a creare la stessa norma, mentre in un sistema organizzato dei poteri, ogni potere, pur contribuendo alla definizione del contenuto della norma, deve innanzitutto rispettare la norma. La giurisprudenza, cioè, riveste, senza nulla volerle togliere, una funzione residuale.

²⁸ CGUE, sentenza 137/09, 16.12.2010 (*Coffee Shop*), e 208/09, 22.12.2010 (*Sayn-Wittgenstein*).

²⁹ Ed anche questo sarebbe un tema importante di riflessione, sul quale torneremo poco più avanti, nella misura in cui la caratteristica tipica di una norma internazionale permette un margine di flessibilità interpretativa della norma (che può arrivare fino alla *costruzione* di una norma), che, secondo me, manca, deve mancare, in un ordinamento rigidamente codificato come quello interno e in particolare quello italiano.

³⁰ Da cui consegue, osservo solo di sfuggita, che parlare di *gerarchia tra sistemi* è per lo meno azzardato.

In altre parole, posto che talune norme fondamentali e “ordinamentali” siano pienamente rispettate, è perfettamente logico supporre e facile constatare come l’ordinamento internazionale sia sufficientemente flessibile da consentire quei margini di deroga, che non ne inficino l’ordinato funzionamento: come dire che l’ordinamento internazionale *si integra con* non si sovrappone *agli* ordinamenti nazionali. È perfettamente ovvio, che i limiti in cui questa flessibilità si esercita, i termini, i tempi ecc., sono nella piena ed esclusiva disponibilità dell’ordinamento stesso, nella sua particolare caratteristica, e cioè nella caratteristica derivante dalla sua natura effettiva di ordinamento privo di organi in grado di esercitarne i poteri, nel quale quindi, le norme “positive” sono frutto in gran parte della prassi e del “riconoscimento” di alcune esigenze fondamentali dell’ordinamento che le determinano e le ordinano. Esigenze fondamentali, che, a loro volta, sono suscettibili di notevoli variazioni, anche se sono concordemente intese a determinare un sistema che via via affermi alcune norme o principi fondamentali, appunto, che proprio perché sono così formati sono logicamente *non* inderogabili: per definizione.

Posto che di per sé, male comprendo come si possano ipotizzare, in ogni caso, norme assolutamente inderogabili (sia pure “solo” dall’autonomia dei soggetti) a meno di ipotizzare una sorta di nuovo diritto naturale (come in effetti non manca in dottrina chi lo faccia), è almeno naturale che in un sistema fondato sulla formazione contrattuale e “consuetudinaria” (anche se oggi il concetto di consuetudine va, a mio parere, orientato alla valutazione del tasso di non contrarietà dei soggetti a determinati obblighi) delle norme, esse siano per loro natura derogabili, laddove la deroga sia realizzata con il medesimo procedimento che le ha determinate, cioè *nel rispetto delle medesime garanzie*³¹. Beninteso, non intendo negare la possibilità di identificare nel diritto internazionale vigente (certamente non scritto: per definizione, direi) dei veri e propri *principi* in quanto tali non derogabili dalla autonomia privata, e cioè dalla prassi degli stessi soggetti di quell’ordinamento che, con il loro comportamento, hanno contribuito a crearle. Appunto però, *con il loro comportamento*, che è lo stesso che, così come le ha create le può cambiare o distruggere. Fatti salvi, forse, solo alcuni cardini del sistema³², di natura però strumentale o processuale: *pacta sunt servanda* e *consuetudo est servanda*. Ma queste due norme (kelsenianamente meta-giuridiche o non, poco importa), sono strettamente strumentali al sistema, a qualunque sistema di convivenza, perfino ad un sistema criminale! In mancanza (del rispetto) di tali norme, semplicemente il sistema non vi sarebbe e ognuno sarebbe libero di comportarsi come vuole, sarebbe il caos, l’anarchia: anche coloro che quel sistema intendono rovesciare, intendono sostituire e cambiare qualunque norma, ma non certo quelle due citate sopra, perché distruggerebbero se stessi. Basterebbe, del resto, solo pensare ad un principio ritenuto sacrosanto nel diritto internazionale, quale quello della integrità territoriale, per vedere come esso cambi e si adatti e perda di absolutezza o inderogabilità, nell’evolversi della comunità. Sarebbe sufficiente, ad esempio, citare il caso del Kosovo, di Timor, oggi forse della Crimea o dell’Ucraina sud-orientale per convincersene. Delle due l’una: o l’accordo sul Kosovo (sulla secessione del Kosovo³³ dalla Serbia o dalla Jugoslavia) è “nullo” o la norma sulla integrità territoriale dello stato ha un contenuto diverso da quello tradizionale, posto che le “eccezioni” in un ordine normativo non sono concepibili.

Queste norme, dunque, benché suscettibili di modificazioni estremamente frequenti (in pratica, continue) sono rivolte ai soggetti di diritto internazionale (che, ribadisco, contribuiscono a loro volta a crearle con i loro comportamenti ed espressioni di volontà e giudizio) affinché le eseguano. Si adoperino, magari, per modificarle, ma intanto le eseguano o, in mancanza, ne subiscano le conseguenze.

³¹ Sul punto largamente discusso in dottrina e su cui qui non occorre fermarsi, v. il bell’articolo, in difesa dello *ius cogens* di VERDROSS A., *Jus dispositivum and jus cogens in international law*, in *AJIL*, 1966, p. 55 ss.

³² Uso il termine sistema senza attribuirgli riferimenti dottrinali, ma solo per intendere sinteticamente il complesso delle norme di un ordinamento giuridico.

³³ *Infra* nt. 45.

Le eseguano, certamente e, *prima facie*, nei rapporti con gli altri soggetti, ma anche nei propri ordinamenti interni, almeno nella misura in cui la loro mancata applicazione interna, determini una violazione, da parte del soggetto, della norma internazionale tanto più se e quando gli individui siano in grado di attivare procedure internazionali per vederne imporre il rispetto. Non è pertanto un caso, ma anzi l'affermazione di un principio processualmente indispensabile, che l'art. 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati escluda la possibilità che un soggetto si liberi dell'obbligo derivante da una norma (almeno contrattuale) sulla sola base di una propria norma interna ad essa contraria: *il problema è di consequenzialità logica (e talvolta strumentale) non di prevalenza gerarchica*.

3. Le norme di diritto internazionale in materia elettorale

Venendo ora al tema che ci interessa, va innanzitutto rilevato come il principio cardine del diritto internazionale in materia di regime elettorale può essere validamente (benché rapidamente anche se adeguatamente ai fini del presente discorso) ridotto alla nota e stentorea affermazione “*one man one vote*”, utilizzata in passato molto spesso specialmente con riferimento ai regimi razzisti³⁴, ma utilizzata altrettanto spesso anche nella giurisprudenza statunitense, in particolare con riferimento al diritto al voto da parte della popolazione nera degli USA³⁵ e, cosa di notevole importanza ai fini di queste righe, a proposito della distribuzione e *composizione* delle circoscrizioni elettorali, nell'intento di evitare il *gerrymandering*³⁶. Il principio può e deve essere collegato strettamente alla ben nota disposizione, sempre per esprimermi in termini assai sommari, in tema di “democrazia” e di diritto del popolo ad un regime interno corrispondente ai propri desideri, di cui una formulazione compiuta e integrata con altri fondamentali principi di diritto internazionale può essere trovata in forma sintetica nella A/RES/2625 (XXV)³⁷ sulle relazioni amichevoli tra gli stati e poi nella ricca prassi in materia di autodeterminazione interna, che potrebbe essere fatta risalire a questa risoluzione, se una affermazione (a mio parere, assai più forte, se possibile) non fosse già reperibile nella *Dichiarazione universale sui diritti dell'uomo*, su cui più avanti.

La prima affermazione, in sé, non sembrerebbe particolarmente significativa, se, da una sua analisi più attenta non se ne rivelasse, pur nella sua secchezza e genericità apparente, il significato tutt'altro che marginale, nella misura in cui afferma che *ogni* individuo, in quanto tale, ha diritto non tanto e soltanto ad un voto in termini generici, ma ad un voto in quanto individuo, uomo, cittadino e quindi ha un diritto a vedere i propri desideri, ovviamente in connessione e coesione con quelli *degli altri*, soddisfatti: da chi altri, se non da chi quell'individuo abbia votato e conseguentemente da chi, grazie al suo voto sommato a quello degli altri che anch'essi lo hanno scelto, esercita il potere politico? Dove “gli altri”, e questo è un punto saliente, sono da intendere, nella formulazione del principio, coloro che fanno capo ad una medesima organizzazione politica: a uno stato. Insomma, con quella formula specie per come deriva dalla prassi, si esprime la rilevanza del voto del singolo in quanto tale e non solo la rilevanza di una generica volontà collettiva di un generico popolo. In altre parole, riguarda sia il popolo come entità che i singoli membri del popolo medesimo individualmente considerati.

Anzi e per essere più precisi, il senso di queste norme, poi confermate come vedremo fra poco dal tenore delle norme “operative” in materia, è che, almeno a far data dalla fine della seconda guer-

³⁴ GUARINO G., *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*, Napoli (Jovene) 1984.

³⁵ V. *infra* testo corrispondente alla nt. 46.

³⁶ V. *infra* ntt. 46 e 47 e testo corrispondente. Cfr. sull'impatto del *gerrymandering* sulla capacità di incidenza del voto individuale L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e stato costituzionale*, Torino, 2013, 14.

³⁷ «By virtue of the principle of equal rights and self-determination of peoples enshrined in the Charter, all peoples have the right freely to determine, without external interference, their political status and to pursue their economic, social and cultural development, and every State has the duty to respect this right in accordance with the provisions of the Charter. ... States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples as described above and thus possessed of a government representing the whole people belonging to the territory without distinction as to race, creed or colour».

ra mondiale, si è andato affermando sempre più saldamente (non ostanti i tanti attentati alla sua permanenza) il principio (come si diceva sopra, non inderogabile ma evolutivo e anche molto evolutivo³⁸) per il quale i governi non sono più solo un affare di chi ha il potere reale (magari acquisito con la forza), ma sempre di più è (e quindi *deve* essere) affare di tutti coloro, individui, che hanno un diritto, scandibile anche a livello internazionale, a partecipare, determinandone la formazione, al governo del proprio paese, e in qualche maniera non solo, se si guarda alla evoluzione delle politiche normative europee, sempre più tese a diminuire il peso degli attuali *governi* a vantaggio di quello degli individui: degli individui cittadini in questo caso, sempre più (insipienze politiche permettendo) parte di un ordine europeo, dove le frontiere oggi statali potranno trovarsi ad essere delimitazioni amministrative; in questo senso sì, realizzando nel concreto quella Costituzione europea sempre più spesso evocata, ma lontanissima, oggi, anche da una parvenza di realizzazione³⁹.

L'individuo, escluso da qualsivoglia rilevanza o anche solo considerazione nel diritto internazionale classico, è oggi assurto e sempre più assurge a protagonista o almeno a punto di riferimento ineliminabile nella definizione delle norme stesse. Al punto che il diritto dell'individuo/cittadino alla partecipazione o almeno alla determinazione del potere di governo è divenuto un diritto fondamentale dell'individuo e un obbligo degli stati, anche nei loro reciproci rapporti⁴⁰. Che poi il modo per realizzare il risultato si chiami o meno "democrazia" è indifferente: come sempre, nel diritto internazionale conta la sostanza. Non si potrebbe altrimenti spiegare, tanto per fare un esempio né il par. 2 dell'art. 1 della Carta («eguaglianza dei diritti e autodeterminazione dei popoli», proclamata da «We the peoples of the United Nations»), né certamente l'art. 2 TUE e specialmente l'art. 7 di essa, ecc.

Tornando al punto da cui sono partito, è appena il caso di rilevare come quell'idea (one man one vote) abbia funto da grimaldello per sostenere le ambizioni "rivoluzionarie" di alcune popolazioni, prima fra tutte quella del Sud Africa, capace, a suo tempo, di realizzare un processo di autodeterminazione interna complessivo e del tutto pacifico, proprio insistendo su questa pretesa; diversamente, come noto, da quanto accadde (nel medesimo turno di tempo) in Rhodesia, dove il processo si concluse solo dopo il rovesciamento (addirittura dall'esterno, nella sostanza) del governo al potere⁴¹.

³⁸ Per evitare malintesi: voglio dire che, nulla e nessuno potrebbe mai garantire che *quel* particolare sistema sia e sarà sempre e *definitivamente* l'ultimo e il migliore.

³⁹ Il riferimento trasparente è a HABERMAS J., *Zur Verfassung Europas*, Berlin (Suhrkamp) 2011.

⁴⁰ In questo senso, e, di nuovo, senza volere entrare in un discorso assai complesso, non trovo convincente l'affermazione di HABERMAS J., *Plea for a constitutionalization of international law*, in *XXIII World Congress of Philosophy: Philosophy as inquiry and way of life*, Athens 2013 (in www.wcp2013.gr/files/items/6/649/habermas.pdf) secondo cui la debolezza del diritto internazionale andrebbe ricercata nella sua incapacità di imporre sanzioni in caso di inosservanza delle sue norme, ma condivido appieno la tesi sulla evoluzione in corso almeno in taluni ambiti del diritto internazionale, che l'A. definisce *sovranazionale*: « Thus the conventional conception holds that international law bases its authority on customs, international treaties, and universally recognized legal principles alone, that is, on the unenforced consensus among the states. This conclusion is unavoidable, of course, only as long as we assume that recognition of the legitimacy of a legal system cannot guarantee an average level of obedience to the law unless it is backed up by the threat of coercion by the state. [che è, poi, nè più nè meno, che la tesi di KELSEN H., *Reine Rechtslehre*, Wien (Deuticke) (1934) 1960, p. 114: «Wird das Recht als eine Zwangsordnung, das heißt als eine Zwangsakte statuierende Ordnung begriffen, dann erscheint der das Recht beschreibende Rechtssatz als die Aussage: daß unter bestimmten, das heißt von der Rechtsordnung bestimmter Zwangsakt gesetzt werden soll. Zwangsakte sind Akte die auch gegen den Willen der davon Betroffenen und, im Falle von Widerstand, unter Anwendung von physischer Gewalt zu vollstrecken sind... Sanktionen, das sind Zwangsakte, die als Reaktion gegen eine von der Rechtsordnung bestimmte Handlung oder Unterlassung statuiert sind...; und Zwangsakte die nicht diesen Charakter haben...» (corsivo mio)] Today this assumption no longer holds universally. Existing European law provides the most advanced example of the shift in the balance between the two components of the enforceability of the law, on the one hand, and the recognition of its legitimacy and average compliance with the law, on the other...». Sull'idea della sovranazionalità continuo ad avere molta perplessità, nella misura in cui presuppone un "potere sovrano" che si sovrappone ad un ... altro potere sovrano, che a me pare, ma non è qui il luogo per discuterne, una contraddizione in termini.

⁴¹ In questo senso, appare molto riduttiva l'interpretazione del commento all'art. 25 del Patto sui diritti civili e politici (cit. *infra* nt. 44), che esclude una connessione tra l'art. 1 del patto, sull'autodeterminazione, e l'art. 25 sul diritto di voto.

Ciò infatti presuppone che gli aspiranti al voto, insieme *agli altri*, siano innanzitutto i partecipanti ad uno stato consolidato, o coloro che uno stato consolidato intendono fondare. In questo senso è chiaro che il principio è finalizzato, *prima facie*, alla realizzazione in uno stato di un regime politico “democratico”: la cd. autodeterminazione interna. La cui mancata realizzazione, porta alla legittima pretesa del popolo al rovesciamento del regime - si parla sempre di popoli, cioè di entità complessive unitariamente considerate, insomma di entità collettive che si esprimono unitariamente nelle proprie pretese, nei confronti, direttamente, della Comunità internazionale. Rispetto alla quale, così, sorge la legittima aspirazione (definita nella famosa frase del terzo *considerando* della *Dichiarazione universale sui diritti dell'uomo*) in termini di diritto a ribellarsi alla “tirannia”⁴². Cos’altro è la tirannia se non il governo autocratico di pochi sui molti, cui dunque spetta il diritto a ribellarsi⁴³?

Ciò anche per dire che, come è ovvio, la valenza della affermazione ha svolto una funzione significativa dato che è sostanzialmente rivolta oggi ai regimi politici (e dunque ai sistemi di voto) degli stati in relazione alle rivendicazioni politiche dei popoli vero i rispettivi regimi politici. Un diritto prettamente individuale, un diritto civile, dunque, che, ad autodeterminazione realizzata, diventa - può diventare - una rivendicazione interna dello stesso individuo nei confronti del *proprio* regime politico e istituzionale.

In questo senso, a mio parere, va letta l’osservazione contenuta nel commento all’art. 25 del *Covenant sui diritti politici e sociali delle NU*, la cui sottolineatura della distinzione tra autodeterminazione (come diritto collettivo del popolo) e diritto al voto (come diritto dell'uomo come individuo/cittadino) è suscettibile di varie critiche se non altro per il suo schematismo⁴⁴. Infatti, come ho appena detto, le due garanzie (offerte dalla Comunità internazionale, rispettivamente: per l’autodeterminazione nel senso della indipendenza del costituendo o costituito stato, e per la autodeterminazione interna nel senso di pretesa ad un regime politico interno adeguato ai principi “democratici”) vanno lette come strettamente correlate, nella misura in cui la pretesa ad un regime politico corrispondente alle proprie aspirazioni, si realizza attraverso la possibilità di tutto il popolo, e dunque di tutti gli individui che lo costituiscono, di esprimersi anche ai fini della definizione dello *status* politico internazionale del territorio e, quanto a questo, anche dello stato nella sua collocazione internazionale. Tenuto ben presente, infine, che la predetta *garanzia* (all’autodeterminazione) è permanente, nel senso che, non solo permane anche una volta realizzata in termini di autodeterminazione nel senso della conquista dell’indipendenza, ma può presentarsi nella sua forma di autodeterminazione interna, qualora il regime politico non sia soddisfacente, fino a diventare di nuovo garanzia di indipendenza (almeno secondo una parte della dottrina e la improvvida sentenza CIG sul Kosovo⁴⁵).

⁴² Val la pena di rammentare la differenza di formulazione tra il testo: inglese, «*Whereas it is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law*» e quello francese più chiara «*Considérant qu'il est essentiel que les droits de l'homme soient protégés par un régime de droit pour que l'homme ne soit pas contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et l'oppression*». I due testi non si differenziano in maniera sostanziale, salvo, forse, per l’uso del termine “regime” nel testo francese.

⁴³ Sul significato di questa formula, rinvio per tutti al mio GUARINO G., *Autodétermination des peuples respect de la volonté populaire et charte africaine de la démocratie*, in BENACHOUR R. (a cura di), *Les changements anticonstitutionnels de gouvernement : approches de droit constitutionnel et de droit international*, *Les cahiers de l'Institut Louis-Favoreu*, Aix-Marseille, No. 3, 2013, p. 125 ss.

⁴⁴ V. CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, General Comment No. 25. (General Comments), 12 July 1996, CCPR GENERAL COMMENT No. 25: *Article 25 (Participation in Public Affairs and the Right to Vote)*, *The Right to Participate in Public Affairs, Voting Rights and the Right of Equal Access to Public Service*, in <http://www.refworld.org/docid/453883fc22.html> § 2: «The rights under article 25 are related to, but distinct from, the right of peoples to self-determination. By virtue of the rights covered by article 1 (1), peoples have the right to freely determine their political status and to enjoy the right to choose the form of their constitution or government. Article 25 deals with the right of individuals to participate in those processes, which constitute the conduct of public affairs. Those rights, as individual rights, can give rise to claims under the first Optional Protocol». V. *infra* § 0 s.

⁴⁵ V. CIG, *Advisory Opinion*, 22.7.2010, *Acordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf.

Ma, tornando al voto, esprimersi significa necessariamente scegliere, scegliere in condizioni di parità e senza che espedienti tecnici come anche il solo *gerrymandering*⁴⁶, *riducano di fatto* la capacità oltre alla libertà di esprimersi⁴⁷.

Come immagino appaia ormai evidente, ciò che mi accingo a tentare è di affermare come, in parziale adesione alla [sentenza](#) di cui nel titolo del presente scritto, quello italiano attuale (e allo stato dei fatti: fino ad oggi e domani, qualora passi la proposta legge elettorale) sia un sistema di voto più vicino al *gerrymandering* che al rispetto dei principi costituzionali italiani e internazionali.

4. *Le norme internazionali in materia di diritto di voto*

4.1. *L'art. 21 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.*

La prima norma sulla quale fondare il discorso, ai fini della valutazione della [sentenza](#) che ci occupa, è quella dell'art. 21 della *Dichiarazione universale sui diritti dell'uomo*, la cui formulazione è molto chiara nel porre al centro l'individuo nella sua qualità di titolare della funzione di determinare (il governo) e di essere determinabile a governare.

Non a caso la disposizione (senza entrare in una analisi approfondita del tema, certamente norma di diritto internazionale generale) esordisce esattamente in questo senso: affermando il diritto di ciascuno a prendere parte al governo del suo paese e a *determinarne* l'azione attraverso la scelta di suoi rappresentanti. Il rappresentante, in altre parole, è colui che porta, in qualche modo direttamente⁴⁸, la volontà del singolo votante a livello di governo. La rappresentanza è diretta: il cittadino vota tizio perché tizio faccia determinate cose a lui gradite, altrimenti voterebbe un altro. Se poi il suo voto non basta a fare eleggere quella specifica persona il discorso è un altro e attiene ai meccanismi di voto in rapporto al numero dei votanti.

Ma, premessa la menzione del fatto per cui ognuno deve essere messo in condizioni di accedere al governo del paese e alle relative funzioni amministrative (§ 2), il § 3 esprime il senso reale, illuminante, della disposizione quando afferma che la volontà del popolo deve essere («shall be») il

⁴⁶ V. sul punto l'interessante sentenza USA *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964), che si occupa sostanzialmente della composizione delle circoscrizioni elettorali, ma di cui è interessante sottolineare la seguente espressione (*ibid.* p. 565): vanno condannati i meccanismi elettorali che «serve no purpose other than to favor one segment—whether racial, ethnic, religious, economic, or political.., or to disadvantage a politically weak segment of the community violate the Equal Protection Clause»...e, qualche rigo oltre: « Logically, in a society ostensibly grounded on *representative government*, it would seem reasonable that a majority of the people of a State could elect a majority of that State's legislators. To conclude differently, and to sanction minority control of state legislative bodies, would appear to deny majority rights in a way that far surpasses any possible denial of minority rights that might otherwise be thought to result. *Since legislatures are responsible for enacting laws by which all citizens are to be governed, they should be bodies which are collectively responsive to the popular will.* And the concept of equal protection has been traditionally viewed as requiring the *uniform treatment of persons standing in the same relation to the governmental action* questioned or challenged. With respect to the allocation of legislative representation, all voters, as citizens of a State, stand in the same relation regardless of where they live. *Any suggested criteria for the differentiation of citizens are insufficient to justify any discrimination, as to the weight of their votes, unless relevant to the permissible purposes of legislative apportionment.* Since the achieving of fair and effective representation for all citizens is concededly the basic aim of legislative apportionment, we conclude that the Equal Protection Clause guarantees the opportunity for equal participation by all voters in the election of state legislators». Sul punto v. anche YANOS A.A., *Reconciling the right to vote with the voting rights act*, in *Colum. L. Rev.* 1992, p. 1810 ss.

⁴⁷ Molto interessante e largamente “in linea” con quanto mi accingo a sostenere è un recente studio di ZITTRAIN J., *Engineering an Election*, in *Harvard Law Review Forum*, 2014, p. 335 ss., in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2457502, dove si mostra come la semplice *non* partecipazione o viceversa partecipazione ad un social network, possa provocare delle distorsioni nel voto e *nelle intenzioni* di voto degli individui.

⁴⁸ Ma, nella nostra Costituzione, come sempre brillante, *non* esclusivamente. Il rappresentante, una volta eletto non essendovi un vincolo di mandato, rappresenta tutto il popolo, ma chi lo abbia votato (ma anche chi non lo abbia votato), valuterà il suo comportamento anche alla luce di questo criterio, per poter decidere se ripetere il voto alla prossima occasione, darlo o non darlo più. Se questa possibilità di controllo degli effetti del proprio voto mancasse, il cittadino si trasformerebbe in un semplice portatore di acqua all'eletto e sarebbe tagliato fuori del tutto da processo decisionale.

fondamento (anzi, letteralmente «the basis») dell'*autorità* del governo⁴⁹. Dove *authority* sta chiaramente ad indicare non la capacità o il potere di comandare (che sarebbe cosa del tutto ovvia, a parte il fatto ben noto che il concetto di “democrazia” esclude quello di “comando”) ma la autorevolezza, e quindi, meglio, la *legittimità* del governo e quindi dei governanti, che si realizza mediante elezioni periodiche ecc., per le quali l'unica specificazione ulteriore è che debbano avvenire «by secret vote or by equivalent free voting procedures» Rovesciando il discorso, si può dunque dire che il governo (e dunque i governanti che lo compongono) sono legittimi (e quindi sono *authority*) solo se scelti dai votanti, anzi: solo se scelti *correttamente* dai votanti. Non solo, quindi, si esclude l'autocrazia⁵⁰, ma anche la possibilità che il voto del singolo non sia mirato ad un risultato “utile”. La logica che presiede a questa disposizione, ma anche a tutte le altre che ci accingiamo ad analizzare sommariamente, potrebbe essere definita come una logica deterministica, cioè una norma che crea una relazione di causa ad effetto (sia pure teorica) tra il votante e l'eletto (ovviamente siamo nel campo delle elezioni politiche): il cittadino vota *per* scegliere una persona o “person” determinate, ma, vedremo tra poco, non indeterminate⁵¹.

Ogni individuo, a ben leggere la disposizione (ma si può dire legittimamente: “la norma”) ha dinanzi a sé una scelta, un *diritto* di scelta: tra il cercare di *farsi* eleggere, e il votare *per* eleggere. Le elezioni in questo modo sono lo strumento attraverso il quale *ogni* individuo, avendo scelto di votare e non di essere votato, cerca di designare la persona che dovrà governarlo: a corollario di ciò è troppo evidente per richiedere di essere spiegato maggiormente, che il potere di ogni individuo di scegliere, va necessariamente coordinato con quello degli altri (quegli *altri* di cui più sopra) o meglio ancora è strettamente complementare a quello degli altri, ma ignorato non può in nessun caso essere, anche quando l'individuo non esprima il suo voto, decidendo così di non scegliere o non partecipare alla scelta del governante: perché il non voto non implica la scelta di *non essere cittadino* di quello stato, né di rinunciare ai diritti (politici e non) che ad ogni cittadino, votante o non, spettano (altrimenti la legge dovrebbe prescrivere la perdita della cittadinanza per chi non vota o almeno una pena, cosa che nessuna legge di uno stato democratico moderno si sogna di fare) ma quella di *esprimere* la sua insoddisfazione (o la sua indifferenza) verso il candidato o anche l'intero sistema: il *non voto* non può giuridicamente essere considerato indifferenza verso la scelta del governo o magari esse considerato inesistente, *tamquam non esset*, dato che è nella facoltà dell'individuo votare o *non* votare. Non è certo, infatti, un mistero che spesso il numero dei non votanti, finisce per avere più peso politico del numero dei votanti per l'uno o l'altro candidato o l'uno o l'altro partito o lista: peso politico, ovviamente, non amministrativo.

⁴⁹ V. ad es., OSCE, *Declaration of Principles for International Election Observation*, 2005, in <http://www.osce.org/odihr/16935?download=true> «Where governments are legitimized through genuine democratic elections, the scope for non-democratic challenges to power is reduced...Genuine democratic elections are a requisite condition for democratic governance, because they are the vehicle through which the people of a country freely express their will, on a basis established by law, as to who shall have the legitimacy to govern in their name and in their interests» v. anche - sulla base del *Documento di Copenhagen 1990: The Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE*, in <http://www.osce.org/odihr/elections/14304?download=true> punto 5.: « a form of government that is representative in character, in which the executive is accountable to the elected legislature or the electorate» - OSCE 2003, *Existing Commitments for Democratic Elections in OSCE Participating States*, in <http://www.osce.org/odihr/elections/42931?download=true> p.60 con riferimento alle minoranze e ad una loro equa rappresentanza.

⁵⁰ Sconfinando, mi si perdonerà, ancora una volta in campi non miei, piace ricordare sul punto BOBBIO N., *Il futuro della democrazia*, Torino (Einaudi) 1984, p. 4, che definisce la democrazia per dir così *a contrario* come, diversamente dalla autocrazia, un insieme di regole i cui risultati devono essere: la partecipazione politica di molti, il rispetto delle regole di maggioranza nelle decisioni, la libertà e i diritti di comunicazione, la tutela della privacy. O anche, per dirla con HABERMAS, *Fatti*, cit., pos. 220: «Tuttavia, anche senza unanimità, dalle decisioni politico-procedurali che passano il filtro *discorsivo* d'una verifica di fondatezza, coerenza e *rilevanza*, potremo sempre nutrire la *giustificata* presunzione ch'esse non si limitino a fare scendere in campo l'interesse fattualmente più forte, ma esprimano piuttosto, rispetto agli interessi concorrenti, un interesse generale, più o meno oggettivo e ragionevolmente ponderato» ... *altro che premi di maggioranza* e liste bloccate, corte o lunghe che siano!

⁵¹ V. *infra* §§ 7.1 e 7.2.

La domanda da porsi, a questo punto, è cosa accada se il cittadino non *può* scegliere, non perché gli sia impedito di votare, ma perché i meccanismi di voto ne impediscano l'espressione corretta e compiuta del voto. Ribadisco, qui si vuole analizzare il caso della impossibilità di votare o non votare dando a quell'atto il giusto significato giuridico. Nel caso del *gerrymandering* (ma si pensi al caso più noto dei diritti dei cittadini francofoni o fiamminghi in Belgio⁵², eccetera) si determina una ipotesi del genere, dato che al cittadino lungi dall'essere impedito di votare, si impedisce di *fare valere il significato (o il peso) del proprio voto*, costringendolo, ad esempio, a votare in una circoscrizione in cui il suo voto risulti strumentalmente minoritario o irrilevante. Ma le forme di *gerrymandering* possono essere ben più articolate e complesse, ragione per la quale vanno sempre considerate vietate, perché non rispondenti alla norma che richiede che il voto, *qualunque voto*, sia il fondamento dell'*authority* del govern(ante)o; tutti i meccanismi di voto che, *di fatto ma deliberatamente*, riducano all'irrilevanza il voto del singolo cittadino non sono giuridicamente accettabili (insomma: non sono legittimi), alla luce anche solo della disposizione in discussione dell'art. 21 *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*.

Libero, certo, il cittadino di autoescludersi da una scelta non votando, ma è evidente che un sistema che rendesse del tutto irrilevante la stessa scelta di non votare, sarebbe anch'esso di assai dubbia legittimità internazionale, posto che l'*authority* del governo implica di per sé che il governo *sia* del popolo di *tutto* il popolo, votante o meno, votante a favore o contro.

Pur non essendo questo il luogo per dimostrarlo, credo che questo principio possa essere dato per acquisito.

4.2. *L'art. 25 del Patto sui diritti civili e politici.*

Parallela alla norma appena commentata - che in realtà fissa i principi basilari su cui si fonda l'intera successiva normazione - corre quella espressa nell'art. 25 del *Patto sui diritti civili e politici* del 1966.

In essa, manca solo il riferimento alla relazione tra il voto del cittadino e la autorevolezza dell'eletto governante-governo, anche se molto esplicito appare il riferimento alla necessità che ogni cittadino disponga sia della possibilità di votare, che anche di essere eletto. Benché relativamente marginale, è interessante notare anche la formulazione della disposizione dove si parla di *right* ma anche di *opportunity*, come dire che ogni ostacolo anche tecnico è da evitare, anche, cioè, se consegua ad una modalità di organizzazione della votazione. Ogni stato, insomma, è libero di organizzare le votazioni come vuole (purché le organizzi, beninteso) ma quel diritto e quella *opportunity* deve garantirla a tutti: una libertà ... condizionata!

In entrambi i casi siamo di fronte ad un modo per dire una cosa ovvia ma non sempre praticata in concreto dalle legislazioni dei vari stati. Se infatti un cittadino deve avere la possibilità di essere eletto occorre non solo che il cittadino possa con ragionevole facilità accedere alla candidatura⁵³, ma anche che il cittadino votante possa indicarlo come suo preferito rappresentante. Il voto, insomma, è uno strumento finalizzato ad un risultato preciso, per cui deve esserci una relazione visibile, possibile (e documentabile) tra il voto e il risultato, una relazione netta, non approssimativa. Non entra la disposizione nella modalità di voto, nel meccanismo elettorale insomma, ma, oltre quanto già osservato, quel "genuine" ripreso più volte in riferimento alle elezioni, sta ad indicare che l'elezione debba garantire appieno le indicate possibilità: debba cioè essere vera, cristallina, o almeno, per usare un termine di moda, trasparente.

Se, inoltre, è vero che anche le varie disposizioni integrative quali i commenti alle norme citate, non entrano mai nel merito del problema che ci occupa con riferimento cioè al diritto del singolo individuo di votare direttamente il candidato di sua scelta, entrano, invece, assai a fondo nei mecca-

⁵² Su cui v. GUARINO G., *I diritti dell'uomo come sistema*, cit.

⁵³ Già solo su questo vi sarebbe assai da dire, almeno con riferimento alla situazione italiana. Va però anche detto subito, che, fortunatamente, la nostra Corte ha rintuzzato fermamente le mene imperanti e petulanti, tese a trasformare i partiti in strumenti addirittura di diritto pubblico.

nismi organizzativi del voto, descrivendo, per escluderle, tutte le modalità da evitare per garantire che il voto, appunto, sia trasparente e reale.

Trarre da ciò la conclusione che sia sufficiente che il voto rappresenti in maniera *approssimativamente* fedele, come dire “grosso modo”, la – evidentemente, la reale - volontà popolare, sembra a dir poco una forzatura difficilmente accettabile. Nessuna norma, è vero, dice esplicitamente che il voto individuale debba necessariamente esprimere una preferenza, ma, mentre ciò è ricavabile dal tenore complessivo delle disposizioni, è assolutamente certo che nessuna norma accenni minimamente alla necessità di rispettare solo grossolanamente la volontà popolare, dove tra l’altro si scopre anche l’irrelevanza dei voti perduti, anzi, si scopre che vi sono dei voti “perduti”, irrilevanti, inutili: non saprei come dire meglio⁵⁴! Anzi, mentre tutto sembra indirizzato nella direzione inversa, la CtEDU sembra addirittura teorizzare proprio quel *gerrymandering* di cui accennavo sopra. Certamente il risultato del voto può anche non riprodurre matematicamente la distribuzione concreta della volontà popolare espressa da tutti i singoli elettori – sarebbe impossibile e perfino ingiusto, se non altro perché avrebbe un effetto distorsivo della volontà di numerosi altri corposamente più numerosi – ma, almeno nei termini della volontà effettiva, certamente sì, *effettiva* non approssimativa.

Ma non basta. Perché vi sono norme, sia nei Patti, che nella convenzione CEDU, che esplicitamente e nettamente escludono che sia lecito “aggirare” le norme delle convenzioni (e la loro sostanza) mentre anche richiedono che in ogni caso la garanzia migliore sia assicurata là dove esista. Mi riferisco agli artt. 2 e 5 del Patto sui diritti civili e politici, e agli artt. 17 e 53 CEDU. E, quasi a confermarlo, la disposizione del Patto fa esplicito riferimento alla possibilità di partecipare alla gestione della cosa pubblica, attraverso «freely chosen representatives».

4.3. L’art. 3 del primo protocollo CEDU

L’art. 3 del Protocollo 1 della CEDU, come noto nella sua qualità di norma aggiuntiva alla Convenzione, ma dotata dello stesso valore (art. 5 del Protocollo, dove la formula è che le disposizioni del protocollo vadano viste come «additional articles» della Convenzione) definisce i sistemi elettorali, come sistemi destinati a garantire la libera espressione, con un cambiamento di terminologia lungi dall’essere marginale, delle «*opinions*», in inglese, «*opinion*», in francese tradotta letteralmente anche nel testo non ufficiale italiano. Inoltre le dette opinioni sono destinate a determinare la scelta della «*legislature*», del «*corps législatif*» (del corpo legislativo, in italiano, ma anche «*gesetzgebenden Körperschaften*» in tedesco). Sorvolo sul fatto che la disposizione si riferisce apparentemente solo alle elezioni dei corpi legislativi e simili e quindi formalmente escluderebbe le votazioni per la scelta, ad esempio, di governi o di Presidenti eletti direttamente dal popolo.

Ma ciò che conta è che la disposizione inequivocabilmente si riferisce alla elezione di un “corpo” legislativo, cioè di un organismo fatto di persone *tutte elette*. E dunque la scelta delle persone stesse è parte essenziale della norma, che si preoccupa di garantire il rispetto delle opinioni dei singoli cittadini, il che certamente non permette di considerarle senza accorparle in gruppi distinti e identificabili.

Di questa norma, la giurisprudenza della CtEDU ha avuto modo di occuparsi, esprimendo dei giudizi, molto criticabili come vedremo tra poco, che in parte hanno determinato o almeno “aiutato” la nostra Corte a decidere per l’incostituzionalità della legge elettorale, curiosamente, rigettandola nella forma, ma lasciandone sopravvivere alcuni aspetti nella sostanza della decisione. Mi propon-

⁵⁴ Questa è l’espressione, francamente sconcertante, del punto 53 della *decisione* CtEDU *Saccomanno et autres c. Italie*, n. 11583/08, 2012, dove la Corte, forse in imbarazzo per la delicatezza “politica” del tema per l’Italia, afferma: «Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que les systèmes électoraux cherchent à répondre à des objectifs parfois peu compatibles entre eux : d’un côté *réfléter de manière approximativement* fidèle les opinions du peuple, de l’autre *canaliser* les courants de pensée pour favoriser la formation d’une volonté politique d’une cohérence et d’une clarté suffisantes. L’article 3 n’implique pas que tous les bulletins doivent avoir un poids égal quant au résultat, ni tout candidat des chances égales de l’emporter ; ainsi, il est évident qu’aucun système ne saurait éviter le phénomène des « voix perdues ». A parziale scusante della Corte, si può rilevare che espressioni analoghe erano state utilizzate in sentenze precedenti, a cominciare dalla sempre citata Mathieu.

go, dunque, ora di valutare in che maniera essendosi espressa la detta giurisprudenza, si sia regolata la nostra Corte.

5. *Talune problematiche in materia di giurisprudenza della CtEDU*

Nella elaborazione della [sentenza](#) in commento, come accennavo all'inizio, si fa un riferimento anche alla giurisprudenza della CtEDU e precisamente alla citata *decisione Saccomanno*, per escluderne la rilevanza ai fini della decisione della nostra Corte (e quindi anche della necessità di pronunciarsi sul citato art. 3 Pt.1 CEDU, come applicabile *ex art. 117.1 Cost.*) posto, tra l'altro, che la stessa aveva rigettato il ricorso alla luce del: «... presupposto dell'ampio margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati in materia»⁵⁵. Spetta, in definitiva, a questa Corte di verificare la compatibilità delle norme in questione con la Costituzione»⁵⁶. Affermazione del tutto corretta, pur se cade nella critica, veniale, di avere evitato di affrontare il tema dal punto di vista del diritto internazionale, ma che induce a verificare il tenore di quella giurisprudenza. Irrilevante, appunto nel caso, secondo la Corte costituzionale, ma che: a.- si trova oggi di fronte al fatto (tutt'altro che marginale, alla luce della teoria dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale) per cui una autorevole Corte costituzionale di un paese membro del CdE e parte della CEDU emette una sentenza di avviso esattamente opposto, ma alla luce della *nostra* Costituzione, e b.- del fatto (sicuramente marginale vista la rilevanza di chi scrive) che le sue conclusioni appaiono a dir poco discutibili.

Sul primo punto, *nulla quaestio* salvo ricordare (basterebbe citare il ben noto art. 38.1.d dello Statuto della CIG) che le giurisprudenze degli stati hanno una rilevanza non marginale nella interpretazione delle norme internazionali, come nella loro formazione, e che dunque la CtEDU dovrà porsi il problema, e questo ai fini del presente articolo non importa, ma importa, invece, alla luce delle considerazioni fin qui svolte accennare almeno ad una critica della giurisprudenza CEDU in materia, a mio giudizio fortemente discutibile e fonte di pericolosi equivoci.

Il primo punto, che è poi quello decisivo, è che resta del tutto incomprensibile, da cosa si possa dedurre quanto la Corte ha dedotto a partire dalla citata *sentenza Mathieu* e cioè che lo scopo delle legislazioni elettorali dei paesi membri del CdE sia quello di rappresentare *approssimativamente* la volontà popolare⁵⁷. A dire il vero, anche la nostra Corte non manca di affermare qualcosa del genere, parlando spesso di quel margine di “ragionevolezza”⁵⁸ nella offerta delle garanzie (nella specie elettorali) indirettamente fissato dall'art. 3 Cost. Certo: la norma, dopo avere posto in risalto l'esigenza del rispetto della *dignità* sociale dei cittadini⁵⁹, definisce al secondo co., senza qualificar-

⁵⁵ § 64 della *decisione Saccomanno*: « Dans ces circonstances, et compte tenu de la large marge d'appréciation dont disposent les États en la matière ainsi que de la nécessité d'apprécier toute la législation électorale à la lumière de l'évolution politique et en fonctions des facteurs historiques et politiques propres au pays concerné, la Cour ne saurait conclure que la mise en place du système des listes bloquées ait été arbitraire ou autrement contraire aux exigences de l'article 3 du Protocole no 1, compte tenu du but visé en l'espèce » ; sul 'fine' in questione v. le assurde considerazioni della CtEDU di cui infra nt. 86. Sul punto, v. SCHMIT H, *La sentenza 1/2014 e i diritti elettorali garantiti dalla Costituzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2014 www.forumcostituzionale.it/

⁵⁶ § 5 *in fine* del *Considerato in diritto* della [sentenza 1/14](#).

⁵⁷ Solo incidentalmente, perché anche questo discorso ci porterebbe troppo lontano, con simili affermazioni, infatti, si rischia di negare in radice la fondamentale relazione tra la dignità dell'uomo e i diritti soggettivi, come lascia intendere lo scritto ben noto di HABERMAS J., *Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte*, in ID., *Zur Verfassung Europas, Ein Essay*, cit., p. 13 ss., p. 26 «Der Begriff der Menschenwürde überträgt den Gehalt einer Moral der gleichen Achtung für jeden auf die Statusordnung von Staatsbürgern, die ihre Selbstachtung daraus schöpfen, daß sie von allen anderen Bürgern als *Subjekte gleicher einklagbarer Rechte* anerkannt werden» (corsivo nell'originale).

⁵⁸ *Infra* § 0. Sul punto, delicatissimo e oggetto di autorevoli interventi ai quali rinvio, v. per tutti AGRÒ A., *Commento art. 3*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna Roma (Zanichelli, Foro Italiano) 1975, vol 1, p. 142 ss.

⁵⁹ È appena il caso di rinviare di nuovo alle belle citate pagine di HABERMAS in materia di cui *supra* nt. 57. Anche l'art. 1 della Costituzione tedesca, come è noto, parla della *dignità*, che pone addirittura prima del rispetto dei diritti dell'uomo. La nostra al contrario, se mi è permessa questo sconfinamento nel diritto costituzionale, pone al primo articolo (co. 2.) il principio di sovranità, di cui afferma che “appartiene” al popolo, e solo al terzo posto, dopo i diritti

lo, l'obbligo di eliminare gli ostacoli alla eguaglianza ed è ovvio che non è pensabile che si tratti di un obbligo assoluto. Il punto è, dove stia il confine tra l'interpretazione razionale della ragionevolezza di realizzazione dell'eguaglianza (o, più precisamente di eliminazione degli ostacoli all'eguaglianza) e l'arbitrio: il confine è molto delicato e instabile e va quindi trattato con estrema cautela⁶⁰.

Ma, torniamo al tema che ci occupa principalmente.

Le sentenze CtEDU che si occupano del tema delle elezioni⁶¹, infatti, fanno ancora di più, perché introducono, alquanto surrettiziamente nel proprio ragionamento il fatto per cui scopo delle leggi elettorali dovrebbe essere anche quello, oltre che di rispettare *approssimativamente*⁶² la volontà popolare, di “canalizzare” la volontà popolare stessa allo scopo di (cito dalla *decisione Saccomanno*) «favoriser la formation d'une volonté politique d'une cohérence et d'une clarté suffisantes». Canalizzare, favorire, ma questa è la dichiarazione ufficiale di voler in qualche misura coartare, nel senso di modificare, interpretare ma quindi alla fine distorcere (nel bene o nel male, il termine è rigorosamente neutro), la volontà popolare per ottenere una coerenza (non si spiega di cosa) e una chiarezza sufficienti, anche qui (posto che si voglia aiutare la Corte intendendo per chiarezza l'inequivocabilità del risultato ... ma ce ne vuole!) non si spiega a cosa e meno che mai si spiega quando e come la chiarezza sarà “sufficiente”.

Ma, a parte la ovvia obiezione per cui se il popolo è poco “chiaro” non può essere un espediente normativo a renderlo chiaro o addirittura coerente (ripeto: rispetto a che?) il problema è molto più serio.

Non sono così ingenuo da non avere perfettamente compreso che lo scopo (in quelle che spesso sono sentenze molto “politiche”) è la cd. governabilità⁶³, in omaggio alla quale, però, si intende deliberatamente distorcere (o più pudicamente canalizzare) la volontà del popolo, e cioè dei cittadini, di *tutti* i cittadini. Potrei aggiungere, con un pizzico di malizia, che si intende canalizzare a vantaggio di chi governa o intende cercare di farlo, *non essendo in grado* l'uno o l'altro, *di farlo nel modo più semplice*: e cioè ottenendo i voti in quantità sufficiente ad essere eletto e a governare. È lecito perciò, alla luce specialmente di quanto ho detto fin qui, domandarsi se questo espediente corrisponda alle norme, almeno a quelle internazionali. Alle quali (almeno per quanto riguarda il nostro paese), l'adeguamento è un obbligo: sia per quanto attiene alle norme generali (e quella di cui all'art. 21 *Dichiarazione universale sui diritti dell'uomo*, a mio parere lo è) sia per quanto attiene a quelle pattizie, se è vero come è vero (almeno, di nuovo, a mio parere) che la valenza dell'art. 117.1 Cost. è sostanzialmente (beninteso: *cum grano salis!*) quella di fare per le norme pattizie, ciò che l'art. 10 fa per quelle generali, e su ciò ovviamente non entro nel merito, rinvio a quanto già ebbi modo di sostenere in passato.

Certamente la giurisprudenza della CtEDU ha una sua indubbia rilevanza, ma non (anche se di norme internazionali si tratta) al punto non da interpretare una norma, ma di aggiungervi ciò che nella norma non c'è. È indubbio, infatti, facendo riferimento alla citata sentenza *Mathieu*, che l'art. 3 Pt.1 non fa alcun riferimento ad un *determinato* sistema elettorale, ma confesso, francamente, che mi sfugge la consequenzialità logica della seguente serie di affermazioni della CtEDU nel caso in questione, punto 54: *a.* - « Dès lors, le membre de phrase "conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif" implique pour l'essentiel, outre la liberté

.....\...

dell'uomo la dignità, vista come dignità sociale.

⁶⁰ Sulla incertezza (io direi illegittimità, ma su ciò *infra*) del parametro, v. MARINI F.S., *La ragionevolezza come parametro incerto della costituzionalità delle leggi elettorali*, in *Confronti Costituzionali*, 2014 www.confronticostituzionali.eu/?p=961.

⁶¹ La sentenza *Mathieu*, e le decisioni *Bomprad* e *Sacomanno*

⁶² Già la stessa scelta semantica suona poco consona ad una sentenza che “dice” il diritto!

⁶³ SGRÒ F., *La censura di parziale incostituzionalità della legge elettorale e il ripristino del sistema proporzionale: qualche considerazione sull'equilibrio tra rappresentanza politica e governabilità*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2014 www.forumcostituzionale.it

d'expression déjà protégée, du reste, par l'article 10 (art. 10) de la Convention, *le principe de l'égalité de traitement de tous les citoyens dans l'exercice de leur droit de vote et de leur droit de se présenter aux suffrages.*», *b.- «Il ne s'ensuit pourtant pas que tous les bulletins doivent avoir un poids égal quant au résultat, ni tout candidat des chances égales de l'emporter.»* e infine *c.- «Ainsi, aucun système ne saurait éviter le phénomène des "voix perdues"»* (i corsivi sono miei).

Ripeto, non capisco. Se a tutti i cittadini bisogna garantire l'*eguaglianza di trattamento* nel diritto a votare (che, credo, voglia dire che il voto di ciascuno *vale* quanto quello di un altro, salvo poi a contarli) perché le schede elettorali non debbono avere un peso uguale? Certo, ci sarà chi vota per un candidato privo di chance, ma appunto ciò significa non che il suo voto è “perduto”, ma che non basta per il risultato di eleggere qualcuno, specie, sempre che non sia stato collocato quell'elettore in una condizione tale per cui, *nel caso*, il suo voto sia perduto.

Meno ancora comprendo, nella *decisione Saccomano*, l'affermazione per cui: «Aux fins de l'application de l'article 3, toute loi électorale doit toujours s'apprécier à la lumière de l'évolution politique du pays, de sorte que des détails inacceptables dans le cadre d'un système déterminé peuvent se justifier dans celui d'un autre...», che addirittura fa di più, ipotizzando che in stati diversi (o diversamente evoluti) si possano scegliere modi diversi per ... *non rispettare* la volontà dell'elettore? anzi, peggio, si afferma che il rispetto della volontà popolare va *commisurato* all'evoluzione politica del paese, che è come dire che se un paese è “politicamente arretrato” (ma rispetto a che?⁶⁴) il voto dei cittadini verrà “canalizzato” maggiormente che in un altro più evoluto (ammesso e non concesso che evoluto e arretrato abbiano senso giuridico), o, magari, viceversa. Mi domando, a questo punto e con una certa marcata ansietà, in quale categoria vada collocato il nostro paese.

Ciò che, però, più di tutto colpisce è la pretesa della CtEDU (ma vedremo che qualcosa di simile accade anche per la nostra Corte costituzionale) di decidere, essa, se e quale sistema politico è più o meno evoluto, e se e quale sistema di voto si adatti all'evoluzione di quel particolare paese.

Che la giurisprudenza internazionale possa contribuire a definire una norma di diritto internazionale è perfettamente accettabile e nella logica del sistema, ma che possa definire una norma ondivaga, programmaticamente ondivaga, francamente mi pare troppo.

5.1. *Qualche ulteriore commento alla giurisprudenza in discussione*

Al di là delle norme, analizzate in precedenza, vale la pena, visti i problemi suggeriti nel precedente paragrafo, di approfondire rapidamente la citata giurisprudenza più rilevante della CtEDU (che comunque ignora sistematicamente il resto della normativa internazionale⁶⁵), dato che è da essa che deriva una interpretazione del significato dell'art. 3 Pt. 1 alquanto discutibile e sulla quale, dunque, mette conto di soffermarsi.

Il discorso che segue si incentra su tre sentenze, già citate: la *sentenza Mathieu* (1987), la *decisione Bomprad* (2002) e la *decisione*⁶⁶ *Sacomano* (2012), che assieme a poche altre più recenti impostano il problema in maniera analoga, che sintetizzo nelle seguenti affermazioni, in parte già discusse: *a.-* l'art. 3 Pt.1 non fissa un meccanismo di elezioni preciso; *b.-* le legislazioni elettorali cercano di coordinare obiettivi poco compatibili tra di loro: *b.1.-* il rispetto approssimativo della volontà popolare e *b.2.-* la canalizzazione della volontà stessa verso un risultato utile; *c.-* l'uguaglianza di trattamento di cui alla disposizione non implicherebbe che si debba tenere conto di tutti i voti espressi; *d.-* la disposizione implica delle “limitations implicites” (non meglio specificate) al diritto

⁶⁴ Mi prendo la libertà di osservare che nel citato studio in materia di autodeterminazione dei popoli, credo di avere mostrato chiaramente come, dal punto di vista del diritto internazionale generale, *quando effettivamente la volontà del popolo sia rispettata* i modi attraverso cui ciò accade sono irrilevanti e l'autodeterminazione è rispettata.

⁶⁵ Cosa che, sia detto per inciso, rischia di diventare un deprecabile *topos* nella giurisprudenza internazionale, sempre più spesso pericolosamente self-contained, quasi preda di una, imbarazzante, frenesia onanistica. Invece, proprio alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo fanno esplicito riferimento i lavori preparatori: CEDU, *Travaux préparatoires de l'article 3 du Protocole n° 1 à la Convention européenne des Droits de l'Homme*, 1986, Cour (86) 36, p. 1.

⁶⁶ Solo per pignoleria, non sentenza.

di voto - Merita, anzi per maggiore precisione, di riportare la frase, ripetuta più o meno identica in tutte le sentenze, secondo cui: «La Cour rappelle que les droits consacrés par l'article 3 du Protocole no. 1 ne sont pas absolus. Comme l'article 3 les reconnaît *sans les énoncer en termes exprès ni moins encore les définir*, il y a place pour des « limitations implicites »⁶⁷ -; e.- ripetutamente la Corte afferma che « riconosce » agli stati un largo margine, oppure, ancora più esplicitamente, che «il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur l'observation des exigences du Protocole no. 1», sia pure per assicurarsi che il risultato non riduca i diritti di cui si tratta «au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité».

Partiamo proprio da quest'ultima osservazione, ripetuta anche in altre sentenze⁶⁸, dato che mi consente di porre un primo punto fermo. Al di là delle scelte semantiche della Corte, se ribadisco che nel diritto internazionale bene può darsi il caso che la giurisprudenza abbia una funzione creatrice di norme, posto che ciò non credo sia parimenti ammissibile nel diritto interno, quella *creazione* non deve e non può contravvenire alla norma, nella misura in cui comunque una istanza giurisdizionale o arbitrale interpreta non crea. E, infatti, nel passo citato, la Corte lo riconosce. Il punto da discutere diventa quindi quello di comprendere se, le predette interpretazioni, siano solo tali o se *di fatto*, abbiano per effetto di creare norme *in contrasto con le disposizioni che si presume di applicare*.

Ma dunque, la Corte afferma ciò che è logico e necessario specialmente nella giurisprudenza internazionale, vale a dire l'esigenza di garantire nella sostanza, secondo il principio di *effettività*, i diritti riconosciuti. È dunque lecito domandarsi come ciò, nella specie, si concili con l'idea per cui la corrispondenza tra il voto (inteso nel caso proprio come numero dei voti) e il risultato debba essere garantito in maniera *approssimativa*: affermazione tanto superficiale quanto assolutamente imprecisa dato che non permette in alcun modo di fissare o di riconoscere un parametro di questa approssimazione, che può essere decisivo per poter stabilire se il sistema è valido o meno⁶⁹. Ma poi, posto pure che il sistema elettorale deve certamente essere tale da garantire che la volontà *sostanziale* di una maggioranza *sostanziale* sia rispettata (ma nel rigorosissimo rispetto, come già rilevato, anche di chi non sia parte e sostenitore della maggioranza *sostanziale*) parlare di “canalizzazione” è esattamente il contrario del rispetto e della garanzia della volontà popolare, anche perché ipotizza una deliberata forzatura della volontà: una forzatura - se vogliamo dire così, realizzata addirittura “a monte” - che nella pratica, con un espediente più o meno complesso, “trasforma” le volontà effettive (i voti reali insomma) incanalandole, cioè predisponendo, in ipotesi, dei meccanismi atti a far sì che il votante sia costretto a votare secondo quanto preventivamente deciso (non comprendo altrimenti cosa possa significare “canalizzare”) o, alla peggio, a non votare affatto, sempre che il suo voto *non assuma*, grazie al meccanismo idraulico immaginato, *un contenuto diverso* da quello immaginato dal votante. Non a caso le sentenze esplicitano l'irrelevanza dei “voti perduti” senza curarsi, anche qui, di definirne l'entità: *quid*, tanto per fare un esempio, se la maggioranza degli elettori non vota affatto o disperde i propri voti⁷⁰? Insomma, anticipando in qualche maniera ciò che dirò più avanti, la “democrazia” richiesta dalla *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* e dall'art. 3 Pt.1 è “salva” quando garantisca il governo di una minoranza, purché governo⁷¹?

⁶⁷ Decisione *Bomprad* “en droit” t § 1, p. 8.

⁶⁸ Ivi comprese altre non citate e recentissime, come la *sentenza Oran c. Turquie* (28881/07 et 37920/07), 15 avril 2014, *decisione Filini c. Grèce* (30244/11) 6.5.2014 e anche nella più articolata *Yumak et Sadak c. Turquie [GC]*, (10226/03), 2008, § 109.

⁶⁹ Non a caso, la nostra Corte Costituzionale ritiene eccessivo il parametro (anzi: *il non parametro*) della legge allora vigente, anche se, poi, non ne fissa uno, lasciando come vedremo tra poco, quello che, a mio parere è un vuoto interpretativo largamente eccessivo.

⁷⁰ Che sono due cose solo apparentemente diverse, dato che sono due modi per esprimere almeno una cosa in comune: il proprio *non consenso* su ciò che viene offerto. Quando si parli di diritto di voto di libertà ecc., un giurista, credo, si deve porre il problema di *tutti* i voti e di garantirli, nei limite del possibile, tutti.

⁷¹ È esattamente, se ben comprendo, il problema che si è posto la nostra Corte, che, però, lascia intendere che il meccanismo *potrebbe* funzionare con parametri (non specificati) diversi: anzi, semplicemente “con parametri”, dato che la legge dichiarata nulla di parametri non ne fissa.

La CtEDU, dunque, per potersi assumere quella rilevata funzione di indirizzo, ipotizza nella norma ciò che nella norma non c'è affatto: le "limitations implicites" alla «libera espressione delle opinioni del popolo nella scelta del corpo legislativo». Ribadisco: è ragionevole affermare che non ogni voto debba *valere* in ogni specifica votazione (cioè produrre effetti visibili: è addirittura banalmente ovvio), ma da questo ad affermare che la garanzia della «égalité de traitement de tous les citoyens dans l'exercice de leur droit de vote et de leur droit de se présenter aux suffrages»⁷² non *implichi* «pourtant pas que tous les bulletins doivent avoir un poids égal quant au résultat, ni tout candidat des chances égales de l'emporter», ci corre. Qui, mi pare, la CtEDU fa un enorme passo sulla strada della distorsione deliberata della volontà popolare, affermando che non tutti i voti hanno peso uguale⁷³. Quanto, poi, all'affermazione per cui non tutti i candidati debbano avere uguali chance, mi pare che la Corte faccia confusione tra ciò che deve essere *in partenza* garantito a tutti i candidati⁷⁴, e il loro peso politico e quindi elettorale, a voto avvenuto⁷⁵, anche magari frutto di migliore organizzazione e maggiori fonti di finanziamento, *purché non predeterminate in maniera differenziata dalla stessa legge*.

Un'ultima notazione merita la motivazione, imbarazzata ed evasiva di queste scelte (ma in realtà di una sgradevole superficialità), da parte della CtEDU, quando essa afferma che i sistemi elettorali legittimamente si propongono di realizzare i descritti risultati, che sarebbero poco compatibili tra di loro⁷⁶. Il punto infatti è, per concludere questo sommario commento, che ciò è esattamente il contrario della verità, o meglio della norma, che parla di voto libero, eguale, segreto ecc. La CtEDU inve-

⁷² *Sentenza Mathieu*, § 54, ad esempio.

⁷³ E, per di più, aprendo la strada alla affermazione di regole che stabiliscano *a priori* quali voti siano preferibili.

⁷⁴ Anche i suggerimenti e commenti di conferenze internazionali, se è vero che non entrano direttamente nei meccanismi di conteggio e valutazione dei voti, sono sempre puntuali, precisi e addirittura "pignoli" nel descrivere analiticamente il modo di votare e garantire il voto. V. ad es.: EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (*Venice Commission*), *Code Of Good Practice In Electoral Matters Guidelines And Explanatory Report*, (CDL-AD (2002) 23 rev, 2003)Venezia 18-19.10.2002, il che non impedisce, sia pure molto sommariamete, di definire come segue l'eguaglianza del diritto di voto (Equal suffrage), § 2.2: «2.1. Equal voting rights: each voter has in principle one vote; where the electoral system provides voters with more than one vote, each voter has the same number of votes. 2.2. Equal voting power: seats must be evenly distributed between the constituencies. i. This must at least apply to elections to lower houses of parliament and regional and local elections: ii. It entails a clear and balanced distribution of seats among constituencies on the basis of one of the following allocation criteria: population, number of resident nationals (including minors), number of registered voters, and possibly the number of people actually voting. An appropriate combination of these criteria may be envisaged. iii. The geographical criterion and administrative, or possibly even historical, boundaries may be taken into consideration. The permissible departure from the norm should not be more than 10%, and should certainly not exceed 15% except in special circumstances (protection of a concentrated minority, sparsely populated administrative entity). v. In order to guarantee equal voting power, the distribution of seats must be reviewed at least every ten years, preferably outside election periods. vi. With multi-member constituencies, seats should preferably be redistributed without redefining constituency boundaries, which should, where possible, coincide with administrative boundaries. vii. When constituency boundaries are redefined – which they must be in a single member system – it must be done: - impartially; - without detriment to national minorities; - taking account of the opinion of a committee, the majority of whose members are independent; this committee should preferably include a geographer, a sociologist and a balanced representation of the parties and, if necessary, representatives of national minorities».

⁷⁵ V. *Venice Commission*, cit. *supra*, *ibidem*, § 2.3.

⁷⁶ Significativamente, anche le NU, pur non entrando nel merito dei singoli meccanismi elettorali, invitano al rigoroso rispetto delle norme generali del Patto e della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, come ad es. *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the ICCPR*, UN Doc. E/CN.4/1985/4 (1985). §: «21. While there is no single model of a democratic society, a society which recognizes and respects the human rights set forth in the United Nations Charter and the Universal Declaration of Human Rights may be viewed as meeting this definition». E v. anche EXISTING COMMITMENTS FOR DEMOCRATIC ELECTIONS IN OSCE PARTICIPATING STATES, Warsaw 2003 (in www.osce.org/odihr): «5.1 "To ensure that the will of the people serves as the basis of the authority of government, the participating States will52 guarantee universal and equal suffrage to adult citizens», dove poi si precisa (sulla scorta del cd. *Copenhagen Document*, cit.), p. 28: « It is especially important to bear in mind that election rules and procedures, since they implement the right of the people to elect a representative government, must be assessed and interpreted in accordance with international human rights principles and standards. It is also very important to keep in mind with respect to elections their connection to the system of political pluralism and respect for the rule of law to which OSCE participating States have also committed themselves».

ce, in questa maniera afferma come accennavo sopra, esattamente il contrario: che i voti *non* sono uguali, *non sono* liberi⁷⁷ e magari, ma su ciò non mi pronuncio, non (del tutto) segreti.

Ciò, come vedremo tra poche righe, finisce per “inquinare” in qualche modo lo stesso discorso della nostra Corte costituzionale, che, a mio parere, su questo punto non è molto condivisibile.

6. *L'elemento della essenzialità dei partiti*

Prima di passare alle conclusioni di queste brevi note, due parole aggiuntive vanno dette con riferimento ad un altro punto, del quale finora non ho fatto cenno, ma ben sottolineato dalla nostra Corte, quello relativo alla funzione dei partiti nel nostro sistema costituzionale. Anche in risposta alle frequenti pretese di chi vorrebbe assegnare ad essi una vera e propria funzione pubblica, o comunque una qualche preminenza decisionale e di diritti, specialmente in relazione al significato dell'art. 67 Cost., che definisce la funzione generale del parlamentare, che opera senza vincolo di mandato.

La Corte, come noto, in proposito afferma (punto 5.1): «Una simile disciplina priva l'elettore di ogni margine di scelta dei propri rappresentanti, scelta che è totalmente rimessa ai partiti. A tal proposito, questa Corte ha chiarito che ‘le funzioni attribuite ai partiti politici dalla legge ordinaria al fine di eleggere le assemblee – quali la presentazione di alternative elettorali’ e la ‘selezione dei candidati alle cariche elettive pubbliche’ – *non consentono di desumere l'esistenza di attribuzioni costituzionali*, ma costituiscono il modo in cui il legislatore ordinario ha ritenuto di raccordare il diritto, costituzionalmente riconosciuto ai cittadini, di associarsi in una pluralità di partiti con la rappresentanza politica, necessaria per concorrere nell'ambito del procedimento elettorale, e trovano solo un fondamento nello stesso art. 49 Cost.» ([ordinanza n. 79 del 2006](#)). Simili funzioni devono, quindi, essere preordinate ad agevolare la partecipazione alla vita politica dei cittadini ed alla realizzazione di linee programmatiche che le formazioni politiche sottopongono al corpo elettorale, al fine di consentire una scelta più chiara e consapevole anche in riferimento ai candidati».

E dunque quello di voto è e resta chiaramente un diritto individuale, non vincolabile in alcuna maniera alla presenza o meno di una lista, definita o meno partito. L'elettore deve essere libero di scegliere anche *se* votare per un candidato di un *partito*, per un *partito*, per un candidato *tout court*, sia pure inserito, per comodità organizzative (ma anche su ciò un margine di dubbio, a mio giudizio, permane) in una lista. Ma solo organizzative perché, diversamente, le liste (o i partiti che in ultima analisi in quella fase solo una lista sono) assumerebbero una funzione rappresentativa in sé, assorbendo, se mi è permesso di aggiungere una mia osservazione alle parole della Corte, con il voto per esse *tutta* la libertà del cittadino votante. Che, ovviamente, libero di decidere di votare una lista (lasciando quindi ai gestori della lista l'indicazione dei candidati prescelti) deve poter votare per un candidato di suo gradimento, che vada a comporre (se riceva un numero scuffiante di voti) quel *corpo legislativo* che, lo si voglia o no, è l'unico obiettivo legittimo di una elezione. Un meccanismo, in altre parole, che, sia pure con la massima trasparenza e chiarezza, *impedisca* al cittadino di scegliere la persona a lui più gradita, *ma anche di contribuire o cercare di impedire ad un candidato di essere eletto*, non realizza l'obiettivo della libera scelta del “corpo legislativo”.

Questo, a mio parere è un punto assolutamente decisivo, e bene ha fatto la Corte a metterlo in luce (se pure, forse non con sufficiente nettezza) perché serve a chiarire bene come *anche* nel nostro sistema costituzionale (aggiungo, alla luce di quanto fin qui detto: correttamente secondo il diritto

⁷⁷ Merita anche qui riportare le conclusioni della Commissione di cui *supra* nt. 74, §§ 58 s.: «*II. Conditions for implementing the principles* 58. The underlying principles of European electoral systems can only be guaranteed if certain *general conditions* are fulfilled; □ The first, general, condition is *respect for fundamental human rights*, and particularly freedom of expression, assembly and association, without which there can be no true democracy; Second, electoral law must enjoy a certain stability, protecting it against party political manipulation; Last and above all, a number of procedural guarantees must be provided, especially as regards the organisation of polling. 59. *Furthermore, elections are held not in a vacuum but within the context of a specific electoral system and a given party system. This second section will conclude with a number of comments on this aspect, particularly on the relationship between electoral and party systems*». Su quest'ultimo punto, tornerò più avanti.

internazionale vigente) il voto sia la libera espressione della volontà del cittadino nella scelta di chi (non di “cosa”) lo andrà a rappresentare.

Lo stato, perciò, lungi dall’essere libero di scegliere il sistema elettorale che preferisce, ha l’obbligo preciso di sceglierlo, garantendo *nella sostanza* la volontà delle norme di diritto internazionale. Ogni sistema è buono, ribadisco, quando rispetti quelle esigenze *minime*. Qualunque altro sistema, renderebbe impossibile assicurare il fondamentale valore della libertà di scelta di chi governa, che è l’altra faccia della *stessa* medaglia dove si afferma il diritto di ciascun cittadino a partecipare al governo del paese.

Nei limiti del ragionevole, certo: nessuno pensa di potere o dovere *assicurare* ad ogni cittadino l’accesso al governo. In questo senso, ma con tutto il rispetto *solo* in questo senso, è accettabile il richiamo alla *ragionevolezza* ripetutamente fatto dalla Corte costituzionale.

Come noto, infatti, la Corte conclude affermando che il meccanismo annullato non garantiva in maniera ragionevole l’equilibrio tra il numero dei voti espressi e i risultati. In questa prospettiva, giova anche qui citare testualmente una osservazione della Corte, che perfettamente condivido, anche se ne traggio conseguenze diverse. Mi riferisco al passo del punto 3 del *Considerato in diritto* in cui si afferma: « Il test di proporzionalità utilizzato da questa Corte come da molte delle giurisdizioni costituzionali europee, spesso insieme con quello di ragionevolezza, ed essenziale strumento della Corte di giustizia dell’Unione europea per il controllo giurisdizionale di legittimità degli atti dell’Unione e degli Stati membri, richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi».

Appunto, afferma la Corte, la ragionevolezza della soluzione adottata nel caso di specie, deve essere misurata in ragione di una verifica del fatto che siano state o meno rispettate le esigenze normative minime, che, questo la Corte non lo dice, sono, almeno anche, ma certamente di provenienza internazionale.

Posto, dunque, che senza dubbio alcuno è alla nostra Corte costituzionale che compete (almeno in prima istanza) di verificare la legittimità della scelta legislativa, il *parametro* di quella scelta *non può a mio parere in nessun caso essere fissato arbitrariamente dalla Corte stessa*, ma deve *necessariamente* provenire da una norma ordinatrice (non superiore, magari) della stessa Corte (o meglio dell’ordinamento giuridico di questo come di tutti gli stati) e quindi (non resta che quello!) dall’Ordinamento internazionale, che di ragionevolezza non parla, ma di *effettività* sì.

7. L’impossibilità di contribuire alla scelta della persona contraddice la norma internazionale

Posto dunque come ho cercato di dimostrare, che norme internazionali in materia di diritto di voto (ma anche di modalità sostanziale di espressione) esistono e che nella logica dei rapporti tra ordinamento internazionale e ordinamenti giuridici interni esiste l’obbligo per i secondi di adeguarsi al primo, con il solo limite della applicazione della miglior garanzia, si tratta ora di vedere se la [sentenza](#) abbia correttamente e completamente applicato questa regola.

Ovviamente alla luce delle norme della nostra Costituzione, che però, per definizione, non possono in nessun caso essere considerate in contrasto con norme generali di diritto internazionale e neanche con norme pattizie, se e quando siano state correttamente sottoscritte e regolarmente introdotte nel nostro ordinamento, dove vigono alla luce dell’art 117.1 Cost.

Va detto, ad onore del vero, che la [sentenza](#) non lascia margini *formali* a dubbi sulla sua conclusione negativa sulla allora vigente legge elettorale, sotto i due profili di essa vitali: il premio di maggioranza e le liste bloccate, cioè il meccanismo per il quale l’elettore non può scegliere, sia pure nell’ambito della lista elettorale prescelta, un determinato candidato, ma, scelta la lista, i candidati sono quelli indicati dai partiti (*rectius* almeno formalmente, da chi redige le liste ammesse al voto) e nell’ordine stesso in cui sono indicati. Non, dico, margini *formali*, ma sostanziali, a mio parere e negativamente sì: il discorso che segue, dunque, è tutto fondato sugli *obiter dictum* della [sentenza](#).

7.1. La questione delle "liste bloccate".

Sul punto, come si diceva, la Corte effettivamente conclude per l'annullamento della legge elettorale nella parte in questione, ma la Corte aggiunge una considerazione che potrebbe dare adito a dubbi o che comunque potrebbe apparire aperta al riconoscimento della legittimità di dette liste *quando solo più corte*, quando afferma (§5 in fine, del *Considerato in diritto*): « Simili condizioni di voto, che impongono al cittadino, scegliendo una lista, di *scegliere in blocco anche tutti i numerosi candidati in essa elencati, che non ha avuto modo di conoscere* e valutare e che sono automaticamente destinati, in ragione della posizione in lista, a diventare deputati o senatori, rendono la disciplina in esame *non comparabile né con altri sistemi caratterizzati da liste bloccate solo per una parte dei seggi, né con altri caratterizzati da circoscrizioni elettorali di dimensioni territorialmente ridotte*, nelle quali il numero dei candidati da eleggere sia talmente esiguo da garantire l'effettiva conoscibilità degli stessi e con essa l'effettività della scelta e la libertà del voto (al pari di quanto accade nel caso dei collegi uninominali)»⁷⁸.

Difficile non condividere la prima parte della motivazione citata, ma incomprensibile la seconda. Non si comprende infatti perché mai una lista bloccata più breve, sia diversa da una lista bloccata più lunga, pur al di là della genericità della aggettivazione⁷⁹.

Ciò anche sotto il profilo della conoscenza dei candidati. Dire, infatti che, se sono pochi è più facile che li si conosca è semplicemente affermare una assoluta petizione di principio, tanto più che il problema della "conoscenza" del candidato non cambia il fatto che se pure il votante lo "conosce" (spero nel senso della conoscenza delle sue posizioni politiche e, magari, della sua collocazione all'interno del partito o "lista" alla quale partecipi ... da ciò una grave perplessità semantica, cui forse la Corte avrebbe dovuto meglio badare) qualora non lo gradisca politicamente, non avendo alternative, può solo: o votare scheda bianca o votare un'altra lista oppure non votare affatto. E qui, la libertà di voto, di coscienza, di scelta politica dell'elettore viene distorta in maniera decisiva, non solo ma ne viene gravemente distorto lo stesso diritto a partecipare alle elezioni, quando l'unico modo per *non* votare un candidato sia *non votare affatto*, o, peggio, *votare per un'altra lista* a prescindere dalle opzioni politiche, ideali, filosofiche, storiche che rappresenta? L'elettore, in termini di libertà di voto, non ha, non deve avere, solo la libertà di scegliere chi votare (e qui non la avrebbe), ma anche quella di scegliere *chi non votare* nel senso di *contribuire attivamente a non farlo eleggere*.

Ma, a ben vedere, c'è di più e per analizzarlo mi si consentirà per un momento di spogliarmi della pura veste di interprete, per indossare quella di cittadino di questo stato, assoggettato a queste leggi e a questo "sistema politico". Nella (almeno attuale) estrema approssimazione ideale (o, per dire meglio e non essere tacciato di ideologismo: filosofico-politica) dei partiti odierni, ogni partito (o se si preferisce, ogni lista) vede partecipi persone non solo di idee e comportamenti (anche quelli

⁷⁸ Del tutto incidentalmente non posso sottrarmi, per coerenza a quanto detto finora, dal rilevare la perniciosa vaghezza di certe affermazioni. Quanti sono i candidati per non essere *numerosi*, quale è la *parte* di seggi accettabile per una lista bloccata, quanto *ridotta* deve essere la circoscrizione? Che ciò implichi una riserva di giudizio, è ovvio, che ciò sia processualmente corretto in termini di divisione dei poteri, mi permetto di dubitare. In questo senso va letto, penso, il commento critico di GABRIELE F., *Molto rumore per nulla? La "zona franca" elettorale colpita ma non affondata (anzi ...) Riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, in *Consulta Online*, 2014 (24.07.14), che osserva come la sentenza, essendo stata emessa ad elezioni appena concluse, la Corte indirettamente avrebbe fornito quel parametro di cui nel testo, che, francamente, mi sembra molto al di là di quanto la Corte abbia "voluto" fare, ammesso e non concesso che la Corte "possa" fare altro che giudicare della legittimità di una legge! Ribadisco, insomma, quanto dico nel testo: che gli organi costituzionali facciano ciascuno il proprio lavoro e, preferibilmente, basta.

⁷⁹ Sul punto v. BILANCIA F., *"Ri-porcellum" e giudicato costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2013, che afferma, § 4 in fine: «E' evidente, pertanto, che la questione della indefettibilità del diritto dell'elettore ad esprimere una preferenza segue l'opzione di fondo del legislatore per la formula elettorale proporzionale. Mentre resta impregiudicata ogni valutazione della Corte in relazione ai sistemi maggioritari ed ai sistemi misti in cui, vuoi il collegio uninominale, vuoi il collegio plurinominale con esiguo numero di candidati consentano comunque agli elettori di selezionare direttamente almeno in parte i candidati eletti». Cfr. anche FERRARI F., *Liste bloccate o situazione normativa? Un'alternativa all'oggetto del giudizio di costituzionalità*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, www.forumcostituzionale.it.

contano nella scelta di un candidato, credo) molto diversi, ma specialmente vede la estrema “mobilità” di queste persone e relative “idee”. Talché ben può accadere di trovarsi un candidato su posizioni politiche lontanissime da quelle primitive, o addirittura partecipe di un'altra lista o partito.

Tutto ciò, e mi azzardo su un terreno delicatissimo che non è il mio, ma corro il rischio, potrebbe entrare in grave conflitto con la nostra Costituzione e in particolare con il suo art. 67. I nostri parlamentari (e ciò è un grande pregio del nostro sistema) non sono eletti con un vincolo di mandato, dato che, eletti, rappresentano tutto il popolo. Ben vengano, sì, ben vengano dunque i cambiamenti di idee e di posizione dei singoli, nell'interesse della collettività. Che potrebbero essere (escludo certamente che nel nostro paese ciò possa mai accadere, ma di certo in *Utopia.2* ben può accadere) del tutto diverse da quelle di chi li ha votati (nel caso italiano, di chi abbia votato le liste in cui, loro malgrado, sono stati eletti) o addirittura motivate da interessi personali (impensabile da noi in Italia, ma non si può mai dire!). Nulla di male: o forse molto, ma questa è una valutazione politica, *deliberatamente* lasciata dal nostro legislatore costituzionale alla sensibilità civile del candidato, ma, in ultima analisi all'unico che può giudicare e decidere: il cittadino. Se si potesse intervenire continuamente sui parlamentari che cambiano opinione allontanandoli *illico et immediate* dal Parlamento, quest'ultimo rischierebbe di diventare un bailamme continuo di maggioranze cangianti.

Il costituente, invece, ha *scelto* di non agire sui singoli eletti subito, ma di lasciare campo agli elettori alla prossima occasione. È evidente che, se si mantenesse un sistema di liste bloccate purchessia, l'elettore sarebbe semplicemente privato esattamente del suo diritto di voto: la prossima volta, deluso, non gli resterebbe che non votare. Sarebbe cioè *obbligato* a non esercitare il suo diritto di voto. Il fenomeno dell'astensionismo (e qui mi avventuro solo un attimo in un altro terreno a me poco familiare) non credo che sia estraneo a questa logica.

Si corre il rischio, in altre parole, di instaurare una autarchia di fatto, tanto più pericolosa perché non eliminabile altrimenti, almeno al limite, che nei modi di cui al citato co.3 dei *Considerando* della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*.

Eppure, ma qui rischio di aprire un altro capitolo, cui dunque mi limito ad accennare, il meraviglioso co. 2 dell'art. 1 Cost., afferma che la «sovranità *appartiene* al popolo», cioè a tutti collettivamente e individualmente gli individui, «che la esercita ...»: la esercita, non la perde, con le liste bloccate, cosa mai potrà esercitare? Sulle norme internazionali, in materia, abbiamo già anche troppo discusso.

Ciò, dice la citata giurisprudenza internazionale (ma fra le righe, in modo infinitamente meno rozzo, anche la nostra Corte) si potrebbe fare nel superiore interesse della “canalizzazione”⁸⁰, della cd. “governabilità”. Alla quale potrebbe essere sacrificata la (a questo punto solo teorica) libertà di voto individuale. Resta del tutto oscuro chi *legittimamente* decida di quale governabilità si tratta, quale governo favorire. Attenzione, perché ci si potrebbe accorgere che questa decisione sia stata presa ... “a monte”, prima del voto!

L'elettore, in questo gioco complesso, a me pare completamente tagliato fuori, non partecipa istituzionalmente a nessuna fase del processo in questione, a meno che non si seguisse l'ipotesi della giurisprudenza statunitense, quando *impone* la partecipazione anche dei “negri” alle elezioni ... primarie: cioè ad una fase in qualche modo non decisionale – anche se nella prassi statunitense, finisce per essere pienamente decisionale⁸¹. Non solo, ma posto che si accetti l'idea di una attuale natura dei partiti come poco altro che uffici elettorali, si priverebbe l'elettore della possibilità di scegliere il candidato che, pur appartenendo al partito votato, meglio si adatti alle sue idee e, al contempo, lo si priverebbe della possibilità inversa: di votare il partito ma *escludere* il candidato sgradito.

7.2. In conclusione, sul premio di maggioranza.

⁸⁰ Difficile, francamente, immaginare una scelta semantica peggiore!

⁸¹ Anzi, chi sa, forse proprio questa, rigorosamente e ben regolata per legge, potrebbe essere una soluzione capace di conciliare *ragionevolmente* le diverse esigenze enunciate sopra.

Anche sul cd. premio di maggioranza, la Corte, a mio parere incorre, di nuovo con tutto il rispetto, in un errore di valutazione. Non paragonabile a quello descritto della CtEDU, che addirittura teorizza la non meglio definita “canalizzazione” del voto, ma logicamente non dissimile⁸².

Difficile, infatti, è comprendere in che maniera si possa conciliare la descritta assoluta libertà di voto dei cittadini, finalizzata alla libertà piena di accesso alle funzioni pubbliche del medesimo cittadino (che ho cercato di indicare come obiettivi complementari), con la pretesa per cui una lista (sia o meno un partito, cosa in sé irrilevante) possa ottenere un numero di seggi tale da garantire la maggioranza necessaria a governare da sola, pur non avendo conseguito la maggioranza effettiva dei consensi⁸³.

In un sistema come il nostro, premesso che sarebbe ingiusto e offensivo immaginare che il legislatore sia stato tanto ingenuo da non pensarci, è evidente che la volontà reale del costituente era esattamente questa: indurre, spingere, suggerire, *ma non costringere* non solo i votanti quanto i loro rappresentanti a trovare forme di cooperazione e di accordo. È noto che, almeno nel caso italiano, ciò ha portato a situazioni di ingovernabilità molto gravi, però pur sempre derivanti da una “libera”⁸⁴ espressione di volontà dei cittadini, ma certamente una responsabilità analoga, se non maggiore, ricade sui partiti che non hanno mai saputo trovare forme reali di collaborazione, e qui di nuovo è terreno per politologi.

Ma ciò che preme sottolineare è che la Corte, dopo avere osservato che quel meccanismo è incostituzionale perché non fissa dei limiti minimi per fare scattare il premio, violando così la volontà espressa dai votanti, non solo non esclude che quel meccanismo, con altri parametri, sia in ipotesi legittimo, ma fa di più: si riserva il diritto di valutare se l’eventuale scelta legislativa che riduca gli effetti del premio di maggioranza, non sia lesiva di altri interessi valutabili dalla Corte stessa, che infatti afferma al punto 3.1 del *Considerato in diritto*: «In ambiti connotati da un’ampia discrezionalità legislativa, quale quello in esame, siffatto scrutinio impone a questa Corte di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale. Tale giudizio deve svolgersi «attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti».

Questa frase chiave nella [sentenza](#) va meglio analizzata e scarnificata.

Sul fatto che sul punto vi sia un’ampia discrezionalità legislativa, già ho avuto occasione di fare rilevare i miei dubbi: nella misura in cui, comunque, la discrezionalità dello strumento prescelto determini una lesione o una forzatura della espressione di volontà del singolo, che deve essere altrettanto libera come quella garantita altrove (libertà di pensiero, di associazione, ecc.): cioè piena, salvo motivi di ordine pubblico o di gravità tale da essere coperti, ad esempio, dall’art. 4 del Patto sui diritti civili e politici. Non mi pare che esistano consistenti possibilità logiche e giuridiche per argomentare diversamente.

Ma non basta, perché la “riserva di giudizio” della Corte innesca un altro problema non secondario nel sistema. A parte il fatto che l’illegittimità costituzionale potrebbe non essere rilevata per mancanza di adeguato ricorso (e qui potrebbe valere l’obiezione per cui con questa [sentenza](#) la Corte amplia notevolmente le possibilità di ricorso, che peraltro non sono infinite e inoltre presuppongono un ricorso e non un qualche inesistente meccanismo di autocontrollo dello stesso sistema)

⁸² V. un intervento molto critico sulla [sentenza](#) di CARAVITA B., *La riforma elettorale alla luce della sent. 1/2014*, in [federalismi.it](#), n. 2, 2014. Mi sia solo consentito di osservare che, le valutazioni politiche delle conseguenze della [sentenza](#), non competono alla Corte. Semmai, nel caso, è vero il contrario, come ho osservato più volte: la Corte si riserva di intervenire di nuovo a valutare la legge (in qualche modo ne afferma l’inevitabilità) salvo che la stessa non eviti i marchingegni fin qui presenti nella legge abrogata e nelle proposte sul tappeto.

⁸³ Cfr. sul punto, tra gli altri, DEMURO G., *La sostenibilità del premio di maggioranza*, in *Confronti costituzionali, blog*, 2014, [www.confronticostituzionali.eu/?p=964](#).

⁸⁴ Magari qualcuno potrà osservare che in certi casi tanto “libera” non era, *di fatto*, ovviamente.

quella violazione potrebbe essere valutata come tale dalla Corte “bilanciando” gli interessi protetti. Qui, mi pare, si cade in contraddizione: se infatti in materia esiste ampio margine di libertà legislativa si afferma ciò che è ovvio e cioè che è al legislatore che spetta di scegliere e di decidere, non alla Corte. Ma ammettendo pure che la contraddizione logica non vi sia, la Corte si auto-attribuisce un potere sostitutivo rispetto a quello legislativo, assume cioè, una vera e propria funzione legislativa autonoma, perché non giudicherebbe della costituzionalità della legge, ma si sostituirebbe al legislatore nel valutare se *quel* premio è accettabile o se *quell'altro* non lo è.

Quanto meno, la Corte avrebbe dovuto fissare dei parametri precisi tali da indicare insomma una specie di formula che permetta al legislatore⁸⁵ di “legiferare bene”⁸⁶.

⁸⁵ Interessante è l'operazione tentata da LODATO G., PAINO S., SCACCIA G., *Quanto può essere distorsivo il premio di maggioranza? Considerazioni costituzionalistico-matematiche a partire dalla sent.n.1 del 2014*, in *Federalismi.it*, n. 9, 2014, l'estrema complessità dell'ipotesi, in sé interessantissima, tentata nel citato articolo, tra soglia minima, sotto soglia, valenza individuale rende l'ipotesi problematica. Basterebbe citare, solo ad esempio, la seguente frase a pag. 18 del bell'intervento: « Gli eletti tramite il premio, infatti, lo saranno anche in ragione e per effetto dei *voti di maggioranza sotto-soglia*, e d'altra parte il *vincolo di coalizione* tra le liste fonda una relazione tra tali voti e gli eletti per mezzo del premio di cui non è possibile tener conto, e che certamente non sussiste, ad esempio, tra voti espressi nei confronti di una lista ed eletti in una lista alla prima non coalizzata ... ».

⁸⁶ Ma, ribadisco, e ribadisco con forza - anche se, temo, con poca o nulla speranza - il cittadino vota in quanto tale, e sceglie un candidato che gli piace (magari anche che lo ricatta o ha comprato il voto, ma comunque in quanto tale). Spiace dunque, anzi, mi fa arrossire di vergogna, dover rilevare la volgare osservazione della CtEDU, e dei “rappresentanti” italiani, nella *decisione Saccomanno*, cito testualmente: «61. Or, comme *le souligne le Gouvernement* (voir § 55 ci-dessus) le législateur a mis en place des mécanismes de ce type *afin de*, notamment, *contrer l'influence de la criminalité organisée* sur le résultat électoral compte tenu du contexte spécifique italien, prévenir le commerce des voix et favoriser l'émergence de candidats possédant des compétences spécifiques». L'argomentazione del rappresentante del Governo italiano richiamata e *condivisa come motivo della decisione*, nella decisione della CtEDU, corre testualmente: «55. *Le Gouvernement fait valoir* [sia chiaro : questa è una dichiarazione ufficiale *del* o attribuita *al* Governo italiano dato che il suo rappresentante parla a suo nome. Se poi non lo fosse...] qu'en l'espèce *l'ingérence dans le droit des requérants* découlant des prévisions de la discipline électorale mise en cause *répondait à des buts légitimes* [sic !!], à savoir notamment ceux de: *déjouer les ruses et les intimidations des organisations criminelles* visant à infiltrer les centres du pouvoir politique; prévenir le commerce des voix et l'endettement des candidats pour financer leur campagne électorale; et *favoriser la présence de candidats ayant une compétence* spécifique. *Le Gouvernement rappelle aussi* qu'il existe *en Italie une panoplie de normes pénales bien plus importante que dans la plupart des autres Pays membres*, qui visent justement à éviter les risques de fausser le résultat électoral ». Queste frasi che da sole basterebbero a escludere chi le pronunci da ogni considerazione di civiltà – spero di non avere mai l'occasione di conoscere chi quelle oscenità ha scritto, ma certo non copre se stesso di onore il pagatissimo giudice italiano che, pur legittimamente condividendo la conclusione della sentenza, non ha impedito di scrivere quegli insulti, anzi, *li ha sottoscritti* – definiscono rozzamente il rischio in Italia del voto controllato dalla malavita, in una lista o partito del quale l'elettore condivide (o crede di condividere) le idee e i progetti e che, dunque, gli viene sottratta. Il contrario di ciò che è garantito e richiesto dalla nostra Costituzione e dalle norme internazionali a vantaggio dei cittadini: come strumento, nella Costituzione, di esercizio della sua sovranità e, nelle norme internazionali, come forma di garanzia di libertà di scelta e di voto (e pertanto di attendibilità “democratica” dello stato). E ciò dovrebbe bastare. Trasferire il controllo sulla criminalità al momento del voto, mi sembra, a dir poco, una dichiarazione di resa. Ogni “meccanismo” è solo un meccanismo, un espediente, un trucco; magari fatto con le migliori intenzioni, ma, mi pare di ricordare, la via dell'Inferno (uso deliberatamente la lettera maiuscola) è lastricata di buone intenzioni.