

Tecniche comparate di tutela dei diritti civili: un approccio critico alle classificazioni tradizionali

Silvia Bagni*

... non vedeva alcuna ragione, [disse] perché si dovesse obbligare coloro che nutrivano opinioni pregiudizievoli per il pubblico interesse a cambiarle, anziché a nasconderle. Infatti, se era tirannia in un governo richiedere la prima cosa, era debolezza non imporre la seconda; perché può essere concesso a un uomo di tenere il veleno nel suo camerino, ma non di venderlo in giro come un cordiale.

(J. Swift, *I viaggi di Gulliver*)

1. Problemi di classificazione dei diritti

Jonathan Swift nel secolo passato faceva pronunciare al suo illuminato sovrano di Brobdingnag una pesante critica alla celebrata democrazia britannica, che così minuziosamente Gulliver gli aveva descritto, nel suo manifestarsi di sette movimenti, partiti, fazioni in perenne complotto l'uno nei confronti degli altri. Condivisibile o meno, questo punto di vista illustra oggi in maniera assai attuale la nuova dimensione del costituzionalismo, che non si interroga più sull'*an* del riconoscimento dei diritti e delle libertà, bensì sul *quomodo* e sul *quantum* di tutela. Le riflessioni che seguono cercano appunto di rielaborare e ordinare le risposte che nel panorama comparatistico gli ordinamenti statuali hanno dato alla domanda individuale di garanzia dei diritti. Prima di focalizzare l'attenzione sulle «tecniche di tutela» si rende necessaria una preliminare delimitazione dell'oggetto di ricerca, attraverso la precisazione del significato che si intende attribuire nel prosieguo della trattazione all'espressione «diritti civili». La dottrina si serve di questa, come di altre espressioni equipollenti quali «diritti di prima generazione» o «libertà negative», per indicare le libertà «classiche» del costituzionalismo liberale, oggetto delle rivendicazioni delle grandi rivoluzioni di fine Settecento: libertà personale, di manifestazione del pensiero, religiosa, di domicilio, diritto di proprietà ecc. Esse vengono

* Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale dell'Università di Bologna.

concepite come libertà dallo stato, come l'affermazione della persona nei confronti dell'autorità, che deve astenersi dall'interferire nella sfera privata dell'individuo. Per il diritto positivo però, tale classificazione ha un valore meramente stipulativo, o al più storico¹, e non assurge a categoria giuridica, sia perché il suo contenuto rimane assai impreciso, ma soprattutto perché a tale categoria non corrisponde in alcun ordinamento un regime giuridico esclusivo.

Innanzitutto, la parola «diritti» viene usata dai costituenti di vari paesi, il nostro senza eccezione, come un sinonimo – o addirittura creando una endiade – della parola «libertà». Quanto all'attributo «civili», nei testi costituzionali è possibile trovare menzionata la categoria, in contrapposizione ai diritti politici, sociali, economici ecc. (nel testo italiano si parla però di «rapporti civili» all'interno della parte I dedicata ai «diritti e doveri dei cittadini») mentre molto spesso le libertà civili vengono elencate senza distinzione tra i diritti e le libertà «fondamentali». Tale ultima specificazione, lungi dal risolvere problemi classificatori, ne crea di nuovi e ulteriori: sia perché per alcuni paesi sono fondamentali diritti che per altri non lo sono; sia perché nella maggior parte dei casi non esiste un trattamento differenziato tra i diritti e le libertà che stanno all'interno di questa categoria e quelli che ne stanno fuori²; infine perché tale espressione evoca inevitabilmente concezioni giusnaturalistiche del diritto e dei diritti, delle cui implicazioni spesso lo stesso costituente non è pienamente consapevole e comunque sono contestate da parte della dottrina nonché causa di conflitti giurisprudenziali³. Infine, la complessità di tutela di alcune situazioni comporta il loro atteggiarsi caso per caso come diritto civile, politico, sociale, e dunque come libertà dallo stato, nello stato e attraverso lo Stato⁴, e lo stesso discorso può estendersi ai cosiddetti «nuovi diritti» dello stato democratico. Pare dunque opportuno precisare che in questa trattazione si considereranno tecniche di tutela che valgono per i diritti civili ma che, nella maggior parte dei casi e per le considerazioni sopra esposte, costituiscono forme di garanzia anche per i diritti politici e sociali. In realtà, nell'approccio alla materia si fa riferimento alla tutela dei diritti *tout court*, senza ulteriori aggettivazioni, o tutt'al più, alla tutela dei diritti fondamentali, usando però l'espressione in modo neutrale⁵, come descrizione che si avvale del metodo positivista, basato sull'analisi dei testi costituzionali come unico fondamento giuridico dei diritti fondamentali⁶.

¹ A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, il Mulino, 2002, pp. 50 ss.

² In Spagna, ad esempio, esiste un regime particolare per i diritti fondamentali ai fini del *recurso de amparo* e ai fini del procedimento di revisione costituzionale. Tale specialità di tutela non appare d'altronde giustificata dalla qualifica «fondamentale» del diritto, visto che il procedimento di revisione totale viene esteso anche a situazioni disciplinate in altri titoli della Costituzione e che alcuni dei diritti «amparabili» (principio di uguaglianza e obiezione di coscienza) non sono inseriti nella sezione I del capitolo II intitolata «Dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche» e nemmeno sono tutelati dall'art. 168.1 CE.

³ Per un'analisi comparata della categoria dei diritti fondamentali v. L. Pegoraro, J. Delgado Gaitán, *Derechos «fundamentales»: consideraciones sobre la elaboración del concepto y su elaboración positiva en el contexto del constitucionalismo contemporáneo*, in «Rev. Der. Estado», 2001, pp. 41 ss. e in «Rev. Jur. Peru», n. 26, 2001, pp. 1 ss.

⁴ Si parla in dottrina di «statuti di libertà». Cfr. A. Barbera, Art. 2, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12*, Bologna, Zanichelli, 1975, pp. 50 ss.; G. de Vergotini, *Diritto costituzionale*, III ed., Padova, CEDAM, 2001, pp. 271 ss.

⁵ A. Barbera, C. Fusaro, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 2001, pp. 120 ss.

⁶ A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in «Quad. cost.», 1, 2001, pp. 38-40.

2. Alcuni rilievi sulle classificazioni delle tecniche di tutela dei diritti

La manualistica costituzionale italiana, affrontando il tema dei diritti di libertà, non sempre si occupa contestualmente anche del tema delle garanzie⁷, mentre gli autori che affrontano il tema dell'effettività dei diritti riconosciuti dalle Carte costituzionali si soffermano prevalentemente su separazione dei poteri, rigidità della Costituzione e controllo di costituzionalità delle norme, riserva di legge, riserva di giurisdizione e garanzia amministrativa. In un quadro comparatistico a tali strumenti si aggiungono istituti sconosciuti nel nostro ordinamento o previsti solo a livello legislativo, come l'*amparo* e l'*ombudsman*⁸. La tutela dei diritti può dunque essere apprestata dall'ordinamento⁹ su diversi livelli: in primo luogo possiamo distinguere forme di tutela diretta, che garantiscono la situazione soggettiva dalle sue contestazioni, e forme di tutela indiretta, che costituiscono precondizioni al riconoscimento e al godimento dei diritti. Nella prima categoria rientrano la tutela giurisdizionale (a esclusione degli istituti a garanzia dell'indipendenza dei giudici – nomine, CSM ecc. –, che vanno classificati come tecniche di tutela indirette in quanto espressione del principio di divisione dei poteri) e quella contenzioso-amministrativa; alla seconda appartengono le garanzie istituzionali, relative cioè all'assetto dei poteri pubblici in rapporto al cittadino, come la separazione dei poteri, il principio democratico ecc.¹⁰.

Un primo rilievo critico rispetto a questa classificazione è di tipo metodologico, con riferimento alla distinzione tra tutela diretta e tutela indiretta-istituzionale. In quest'ultima categoria vengono infatti considerati il principio di rigidità della Costituzione e il controllo di costituzionalità delle norme, che sono congegni di tutela dei diritti in quanto e primariamente strumenti di tutela della Costituzione (democratica)¹¹. La medesima funzione viene però svolta anche dal capo dello stato in sede di promulgazione delle leggi e di emanazione dei regolamenti e dunque anche tale ruolo dovrebbe essere considerato tra le garanzie istituzionali dei diritti. L'analisi comparatistica offre inoltre altri istituti di protezione della Costituzione (diritto di resistenza, abuso di diritto, controllo dell'opposizione antisistema) che, per proprietà traslativa, dovrebbero essere inclusi anche fra gli istituti di tutela dei diritti (*infra* § 4).

⁷ Si evidenzia qui il differente approccio del giurista di *civil law* da quello di *common law*, che riconosce l'esistenza del diritto se e in quanto esiste un'azione per tutelarlo (cfr. L. Pegoraro, A. Rinella, *Le fonti nel diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 26).

⁸ G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, V ed., Padova, CEDAM, 1999, pp. 289 ss.

⁹ L'ordinamento cui si fa riferimento è quello statale, ma la forma di stato si presenta con tipologie diverse a seconda dei criteri di organizzazione territoriale del potere, sia verso il basso che verso l'alto (con riferimento a organizzazioni sovra-nazionali come l'UE). Negli ordinamenti autonomici si dovrebbe parlare di tanti sistemi di garanzia dei diritti quanti sono i livelli di decentramento. Tali sistemi ovviamente non si escludono, bensì si sovrappongono e si integrano, ognuno con le proprie peculiarità.

¹⁰ Cfr. F. Sorrentino, *Le garanzie costituzionali dei diritti*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 17 ss.

¹¹ Costituzione intesa non solo in senso formale ma anche come insieme di valori.

Si potrebbe immaginare il sistema di garanzie come una piramide che si sviluppa seguendo il criterio del grado di astrattezza/concretezza ossia della capacità della tecnica di tutela di riverberare i propri effetti in maniera più o meno immediata sulle situazioni giuridiche soggettive coinvolte¹². La base è costituita dalle tecniche di tutela diretta e il corpo composto da tutte le precondizioni istituzionali per il godimento dei diritti. Al livello più vicino all'apice della piramide si trovano quelle che definiamo come *meta-garanzie*, ovvero gli istituti che rappresentano la frontiera ultima di garanzia della forma di stato democratica in quanto tale, che risulta dal sistema complessivamente considerato (nella nostra raffigurazione la piramide stessa). Sono *meta-garanzie* le funzioni di custode della Costituzione del capo dello stato¹³ e gli istituti cosiddetti di protezione della democrazia, in quanto svolgono una funzione di controllo dell'ordinamento in senso oggettivo. Tra gli elementi che compongono la nostra piramide alcuni istituti che hanno una natura mista si possono collocare a un livello diverso a seconda delle funzioni che svolgono. Si pensi ad esempio alle Corti costituzionali: da una parte infatti, tali organi sono (almeno nei modelli di giustizia costituzionale accentrata) autonomi rispetto al potere giudiziario, ma il procedimento che si svolge davanti alle Corti è senza dubbio di tipo giurisdizionale. Il controllo di costituzionalità sulle leggi rappresenta l'apice della nostra piramide, in quanto si considera la tutela dei diritti un riflesso indiretto collegato alla funzione di garanzia dell'ordinamento in senso oggettivo¹⁴. Si ritiene valido questo discorso anche per il sistema italiano di giustizia costituzionale ad accesso incidentale, in quanto la concretezza è limitata alla modalità di accesso alla Corte, che non ha il dominio del caso concreto. Nelle esperienze che prevedono il ricorso diretto per violazione dei diritti fondamentali è invece prevalente la funzione di tutela soggettiva, vista la possibilità riconosciuta al Tribunale di vigilare anche sulla fase di esecuzione del provvedimento¹⁵, tant'è che si contesta alle Corti di ricoprire un improprio ruolo di super-cassazione. La posizione apicale del controllo di costituzionalità dipende dal fatto che è considerato oggi dalla dottrina quasi unanime elemento che caratterizza la forma di stato democratica¹⁶, mentre le altre tipologie di *meta-garanzie* non incidono sulla forma di stato: senza tali istituti la piramide mantiene la sua forma, soltanto con un vertice un po' più basso. Altri istituti a natura mista sono le autorità indipendenti e il di-

¹² Il criterio corrisponde, in filosofia del diritto, alla percezione che ciascun individuo ha dell'istituto come garanzia dei propri diritti, cioè alla interazione fra essere e dover essere, o fra fatto e fattispecie. V.E. Pattaro, *Validity without norms*, in L. Pegoraro, A.J. Porras Nadales (a cura di), *Qualità normativa e tecnica legislativa. Europa, Stati ed enti territoriali. Calidad normativa y técnica legislativa. Europa, Estados y entidades infraestatales*, Bologna, Libreria Bonomo Editore, 2003, pp. 9 ss.

¹³ Possiamo parlare di una forma ulteriore di garanzia se tale funzione trova momenti di estrinsecazione diversi dalla legittimazione a proporre questione di costituzionalità sugli atti da promulgare, come ad esempio il potere di veto, il potere di scioglimento delle Camere ecc.

¹⁴ Sulle funzioni del controllo di costituzionalità la dottrina ha prodotto un dibattito che è ancora in corso e una produzione scientifica troppo vasta per essere in questa sede riportata. Per un iniziale inquadramento della problematica si rinvia a F. Pizzetti, G. Zagrebelsky, *Non manifesta infondatezza e rilevanza nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, 1972.

¹⁵ Cfr., ad esempio, il § 35 della legge sul Tribunale costituzionale tedesco (BVerfGG) e l'art. 92 della legge organica sul Tribunale costituzionale spagnolo (LOTC).

¹⁶ Con la sola eccezione del Regno Unito, che ha un ordinamento giuridico che per molti aspetti è difficilmente classificabile secondo schemi validi per ordinamenti di *civil law*.

fensore civico, che possono quindi essere considerati, a seconda dei casi, come strumenti di tutela sia diretti che indiretti. Le prime sono enti di diritto pubblico solitamente inquadrati nella materia del diritto amministrativo, ma con funzioni sia normative che quasi-giurisdizionali. I secondi, in base al livello di governo nel quale vengono istituiti, si presentano o come organi ausiliari del Parlamento o come uffici-organi delle amministrazioni territoriali, ma svolgono attività ispettive con poteri simili a quelli degli organi inquirenti del potere giurisdizionale. I modelli di *ombudsman* sviluppati nei diversi ordinamenti si diversificano molto per le funzioni e i poteri assegnati all'organo: in Italia prevale la funzione oggettiva di controllo sulla legalità dell'attività amministrativa, per la mancanza di poteri coercitivi o repressivi e per il fatto che il controllo è esercitato sull'organo amministrativo, e non sul singolo atto. D'altro canto, la possibilità di far valere, all'esito dell'ispezione, responsabilità civili, penali e disciplinari, nonché la possibilità che il controllo sia sollecitato da un ricorso individuale costituiscono un fattore di penetrante influenza sulla Pubblica Amministrazione e quindi di tutela immediata degli interessi individuali e collettivi¹⁷.

La seconda riflessione critica rispetto al tradizionale approccio della dottrina al tema della tutela dei diritti riguarda il problema dell'effettività. Infatti, viene sempre messo in luce il nesso fra riconoscimento costituzionale del diritto e necessità di prevedere idonei strumenti di difesa della situazione giuridica soggettiva, ma non viene mai adeguatamente sottolineato il momento successivo, quello della necessità di considerare anche l'*effettività della tutela*, vale a dire le condizioni di funzionamento della garanzia. Mi riferisco essenzialmente al fatto che l'effettività degli strumenti di garanzia istituzionali, come la rigidità costituzionale e la riserva di legge, dipende dai quorum che il costituente (o il legislatore) ha previsto, in relazione al sistema elettorale vigente. Tale ultimo elemento non viene quasi mai correlato al tema della tutela dei diritti, ma costituisce di fatto il presupposto di funzionamento del sistema e, in alcuni casi¹⁸, assurge esso stesso a *meta-garanzia*.

Di seguito si tenterà di argomentare i rilievi sopra esposti, affrontando prima il problema dell'effettività degli strumenti di garanzia (§ 3), poi il tema delle *meta-garanzie* (§ 4).

¹⁷ Per una recente analisi dell'istituto nell'ordinamento italiano si rinvia a S. Pignataro, *La difesa civica nell'ordinamento italiano*, Padova, CEDAM, 2002; per un inquadramento generale della materia, con ampi riferimenti comparatistici v. C. Mortati (a cura di), *L'Ombudsman (il difensore civico)*, Torino, UTET, 1974; G. de Vergottini, voce *Difensore civico*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1988, vol. X, pp. 1 ss.

¹⁸ *Infra*, § 4.

3. Problemi di effettività delle tecniche di tutela indirette

Le prime Costituzioni assicuravano al Parlamento, e quindi alla borghesia, la competenza a disciplinare la materia dei diritti civili attraverso l'istituto della riserva di legge. In breve tempo, però, lo sviluppo tecnologico ha prodotto cambiamenti sociali che si sono riflessi sulla struttura dello stato e sull'assetto delle fonti normative. Alle soglie del XX secolo (già XIX per gli Stati Uniti) lo stato legislativo viene sostituito dallo stato costituzionale: la Costituzione diventa rigida, e trova il suo principale «custode» nelle Corti supreme in sede di *judicial review* e nelle Corti costituzionali attraverso il sindacato di costituzionalità delle leggi.

La rigidità della Costituzione comporta la previsione di un meccanismo aggravato di revisione, che molto spesso trova comunque limiti sostanziali impliciti o espliciti¹⁹ nella garanzia dei diritti fondamentali. La revisione può essere poi vietata durante stati speciali, come quello di guerra. In questi casi può essere ammessa la sospensione dei diritti civili²⁰, ma molte Costituzioni prevedono comunque una serie di libertà assolutamente non restringibili²¹. In particolare, può essere sancito il divieto assoluto di modifica del «contenuto essenziale» del diritto fondamentale²², dove resta però aperta la questione di cosa debba intendersi con la relativa espressione. L'effettività della tutela rappresentata dall'aggravamento del processo di revisione costituzionale dipende dalla proporzione che l'ordinamento stabilisce tra quorum richiesto per la modifica costituzionale e sistema elettorale²³. Ad esempio in Italia il meccanismo previsto dall'art. 138 Cost. era stato «cucito» su un sistema elettorale proporzionale. La riforma in senso maggioritario del sistema di elezione delle Camere comporta oggi il rischio che importanti riforme costituzionali vengano introdotte con il solo appoggio della maggioranza governativa, che gode della maggioranza assoluta in Parlamento, salvo ovviamente il paracadute costituito dall'esito di un eventuale referendum popolare.

L'istituto della riserva di legge perde la sua originaria funzione di garanzia dei diritti, poiché in una società articolata in una molteplicità di gruppi di interessi l'esigenza garantista va nel senso di assicurare alla minoranza parlamentare la partecipazione effettiva alle scelte politiche più importanti. L'assetto delle fonti del diritto si complica ulteriormente con la previsione nel-

¹⁹ Ad esempio art. 79.3 GG; art. 110.1 Cost. Grecia; art. 288 Cost. Portogallo; art. 148.2 Cost. Romania; art. 158 Cost. Bulgaria; art. 60.4.IV Cost. Brasile (per l'Europa orientale cfr. M. Ganino, *Democrazia e diritti umani nelle Costituzioni dei Paesi dell'Europa orientale*, in M. Ganino, G. Venturini (a cura di), *L'Europa di domani: verso l'allargamento dell'Unione. Atti del Convegno, Milano, 15-17 febbraio 2001*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 145 ss.

L'art. 168 CE equipara la revisione del cap. I, sez. II del tit. II sui diritti fondamentali a una revisione totale della Costituzione; secondo la dottrina, anche l'art. 44.3 Cost. Austria sulla revisione totale riguarda i diritti fondamentali; l'art. 377 Cost. Colombia, così come l'art. 235.6 Cost. Polonia prevedono che una modifica costituzionale in materia di diritti fondamentali approvata dal Congresso debba/possa essere sottoposta a referendum.

²⁰ Art. 55.1 CE.

²¹ A titolo esemplificativo: art. 17 Cost. Croazia; art. 27.4 Cost. Venezuela.

²² Art. 19.2 GG; art. 53.1 CE.

²³ Cfr. S. Gambino, G. Moschella, *Regole elettorali, sistema politico e forme di governo: il caso italiano*, in S. Gambino (a cura di), *Forme di governo e sistemi elettorali*, Padova, CEDAM, 1995, p. 85.

le Carte costituzionali di particolari procedimenti legislativi aggravati per la disciplina dei diritti: leggi costituzionali, rinforzate, e in alcuni ordinamenti leggi organiche, fonti che si collocano tra la Costituzione e la legge ordinaria.

Delle leggi organiche risulta difficile offrire una definizione unitaria in prospettiva comparatistica²⁴. In Francia, l'art. 46 Cost. ne disciplina l'aspetto procedurale: rispetto al procedimento legislativo ordinario è previsto un termine obbligatorio di quindici giorni tra la presentazione del progetto e la deliberazione della prima Camera cui esso è stato attribuito; la maggioranza assoluta dell'Assemblea per l'approvazione, ma solo in caso di disaccordo con il Senato; l'impossibilità di superare il veto, se la legge è relativa al Senato; il controllo preventivo obbligatorio del *Conseil Constitutionnel*. Mentre nella IV Repubblica le leggi organiche non differivano in nulla da quelle ordinarie, se non per l'ambito materiale di disciplina, nella Costituzione del 1958 è stata introdotta una fonte legislativa aggravata, che si colloca al di sopra della legge ordinaria, entrando nel *bloc de constitutionnalité*. Anche se non esiste un criterio materiale di distinzione delle leggi organiche francesi, la Costituzione ha prescritto riserve di leggi organiche solo per la disciplina dei pubblici poteri, e quindi tali atti costituiscono una forma di tutela indiretta dei diritti fondamentali, a un livello superiore rispetto alla riserva di legge ordinaria, poiché siamo in presenza di una fonte la quale garantisce che la formazione e le procedure di attivazione degli organi costituzionali (le Camere, il Consiglio costituzionale, la Magistratura...) siano conformi al principio democratico e dello stato di diritto. Approfondendo però l'analisi della funzione delle leggi organiche nell'ordinamento si ricava un netto ridimensionamento della loro funzione garantista. In particolare²⁵ si sottolinea come l'unico costante aggravio procedurale consiste nel controllo preventivo e obbligatorio del *Conseil* (che è diventato effettiva garanzia per le minoranze solo dopo la riforma del 1974). Infatti si vota a maggioranza assoluta solo in caso di disaccordo con il Senato. Sembra dunque che l'interesse originario del costituente fosse non tanto di tutelare la partecipazione delle minoranze alla formazione e disciplina degli organi di governo, quanto quello di tutelare la posizione della Camera Alta rispetto all'Assemblea.

In Spagna, l'art. 81 CE distingue invece le leggi organiche attraverso un criterio sia materiale che procedurale. L'ambito materia-

²⁴ Cfr. L. Pegoraro, *Le leggi organiche. Profili comparatistici*, Padova, CEDAM, 1990, p. 217.

²⁵ Per un'analisi degli ulteriori argomenti che ridimensionano la portata delle leggi organiche nell'ordinamento francese (attuazione mediante decretazione governativa; possibilità di disciplinare le materie riservate con la procedura dell'art. 11 ecc.) cfr. L. Pegoraro, *Le leggi organiche...*, cit., *passim*.

le comprende tra l'altro la riserva in tema di *desarrollo* dei Tit. I e II della Costituzione, relativi ai diritti fondamentali. Tale termine è stato interpretato nel senso di «sviluppo del contenuto essenziale dei diritti», creando non pochi problemi quanto all'individuazione del limite di competenza della legge organica rispetto a quella ordinaria. L'art. 81 è costruito però come norma di rinvio poiché, dopo un elenco di materie, richiama «le altre leggi organiche previste in Costituzione». Quanto al procedimento, è richiesta la maggioranza assoluta del Congresso nella votazione finale sull'insieme del testo per l'approvazione, la modifica o la deroga di una legge organica. In altri punti, la Costituzione accentua ulteriormente le differenze rispetto alla legge ordinaria, poiché, ad esempio, è vietata l'iniziativa popolare e non è ammessa la votazione in Commissione, né la disciplina delle materie riservate può avvenire per decreto legge o decreto legislativo. Quanto alla posizione delle leggi organiche nel sistema delle fonti, si ha una netta differenza rispetto al modello francese, in quanto la dottrina e la giurisprudenza costituzionale spagnole ritengono operante il principio di gerarchia tra legge organica e legge ordinaria soltanto all'interno della stessa materia, mentre le considerano parificate negli altri casi. Ciò dipende dal fatto che in Francia le leggi organiche vengono considerate come attuazione immediata della Costituzione, mentre in Spagna l'elevato numero di riserve ha comportato uno svilimento di questo strumento normativo, rendendolo quasi il sistema ordinario di legislazione. Per la Spagna bisogna quindi segnalare una tendenza opposta rispetto a quella francese, ossia quella all'ipergarantismo. Il costituente ha infatti disseminato la Costituzione di riserve di legge organica, con l'effetto di snaturare il principio democratico²⁶ e il pericolo di cristallizzare discipline particolari in numerosissime materie, difficilmente modificabili in caso di maggioranze deboli in Parlamento. Alla luce di quanto finora esposto c'è da chiedersi se, considerando l'ambito materiale, l'aggravamento procedurale, la posizione gerarchica e la funzione, anche nel nostro o in altri ordinamenti si possano trovare fonti imparentate con le leggi organiche previste nelle esperienze considerate²⁷. La Costituzione ungherese, ad esempio, richiede l'adozione di leggi con il quorum dei 2/3 del Parlamento per l'attuazione di quasi tutti gli istituti costituzionalmente previsti (referendum e iniziativa popolare, compenso e attribuzioni del Presidente della Repubblica, Corte costituzionale, *ombudsman*, forze armate e poli-

²⁶ *Ibidem*, pp. 206 ss.; pp. 232-233.

²⁷ Per una conclusione in proposito *ibidem*, pp. 213 ss.

zia, governo locale, ordinamento giudiziario, libertà fondamentali ecc.). Di fatto la fonte «legge», pur formalmente unitaria, si distingue in legislazione di attuazione della Costituzione, adottata con maggioranza rafforzata, e legislazione di «esecuzione». Il rapporto tra queste due fonti dovrebbe atteggiarsi come rapporto di gerarchia, in ragione della peculiare *ratio* di attuazione costituzionale delle leggi rinforzate, come avviene nell'ordinamento francese. D'altra parte si può paventare il prodursi degli effetti distorti connessi all'iperparlamentarismo, già prospettati per l'ordinamento spagnolo, in considerazione dell'estensione della riserva di legge a maggioranza rinforzata.

La Costituzione portoghese disegna un sistema delle fonti primarie ancor più complesso. Prevede leggi costituzionali, organiche e rinforzate²⁸: lasciando da parte le prime, che sono esclusivamente di revisione costituzionale, le altre due categorie ricoprono insieme l'ambito materiale tipico delle leggi organiche (libertà fondamentali, sistema elettorale, autonomie territoriali), ma solo una delle due tipologie viene formalmente definita come tale. Inoltre, le leggi organiche sono approvate a maggioranza assoluta (con l'aggravio ulteriore della doppia votazione a sessione plenaria per le leggi sulle autonomie territoriali), mentre l'altra categoria di leggi rinforzate è approvata a maggioranza dei 2/3 delle Camere.

Entrambi gli ordinamenti fronteggiano l'eventualità dell'inerzia del legislatore²⁹ con la previsione del ricorso per omissione davanti alla Corte costituzionale (art. 1, lett. *e* legge XXXII del 1989 sulla Corte costituzionale ungherese; art. 283 Cost. portoghese). Al di là delle considerazioni di merito sulla natura dell'istituto come forma di controllo di costituzionalità³⁰, bisogna segnalare che anche in questo caso il funzionamento dello strumento indirettamente dipende dal rapporto tra legittimazione all'azione e modalità di nomina dei soggetti legittimati. In Ungheria chiunque può proporre il ricorso e questo ne fa uno strumento di garanzia per l'individuo (pur privo di efficacia diretta). In Portogallo la legittimazione è limitata al Presidente della Repubblica (che viene eletto con suffragio universale diretto, ma a maggioranza assoluta dei voti validi, salvo eventuale ballottaggio), all'*ombudsman* (eletto dal Parlamento a maggioranza dei 2/3 dei voti espressi, se tale quorum risulta maggiore della maggioranza assoluta degli aventi diritto al voto) e ai presidenti delle assemblee regionali in caso di violazione di

²⁸ V.C. Blanco de Morais, *As Leis Reforçadas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

²⁹ La dottrina italiana ha sottolineato come la riserva di legge comporti per il legislatore non soltanto il divieto a delegare la disciplina della materia a fonti subordinate ma anche il vincolo a legiferare in ottemperanza alla previsione costituzionale. V.L. Paladin, *Le fonti del diritto*, Bologna, il Mulino, 1996, p. 188 e *Diritto costituzionale*, II ed., Padova, CEDAM, 1995, p. 168.

³⁰ Per un'analisi teorica critica circa la funzione di controllo sull'omissione legislativa attribuita alle Corti costituzionali v. C. Ruiz Miguel, *Crítica de la llamada incostitucionalidad por omisión*, in «Revista de las Cortes generales», 2000, pp. 117 ss.

diritti delle Regioni autonome. Il costituente non ha invece incluso tra i soggetti legittimati la minoranza parlamentare, che potrebbe avere maggiori interessi all'azione ed è il soggetto istituzionale direttamente tutelato dalla previsione di quorum rafforzati nel procedimento legislativo.

Infine, l'elemento comune di tutti questi atti normativi che l'analisi comparatistica mette in luce è rappresentato dalla necessità di un quorum deliberativo più alto rispetto alla maggioranza semplice. Ancora una volta, l'efficacia garantista di tali strumenti dipende però dal sistema elettorale previsto per l'organo legislativo³¹. In sistemi politici fortemente polarizzati e con formule elettorali maggioritarie, è frustrata la funzione garantista della previsione di riserve di legge a maggioranza assoluta, laddove il partito di governo è forte della stessa in Parlamento! D'altro canto, laddove il sistema partitico è frazionato e la formula elettorale è proporzionale³², il rischio insito nell'impossibilità politica di mediazione può produrre come conseguenza il premanere del vuoto normativo o l'intangibilità della disciplina originaria.

Le esperienze autoritarie del secolo appena passato, vissute in un mondo ormai globalizzato, hanno fatto sviluppare la storia dei diritti lungo due distinte direttrici: da una parte sono fiorite Dichiarazioni universali dei diritti; dall'altra molti paesi hanno scelto di rafforzare ulteriormente la garanzia della loro effettività, introducendo istituti di tradizione antica specializzati nella tutela dei diritti, come il ricorso costituzionale e il difensore civico³³. Quest'ultimo istituto, com'è noto, svolge un'attività di tutela non giurisdizionale dei diritti e interessi dei cittadini nei confronti della Pubblica Amministrazione, esercitando un controllo di costituzionalità/legalità sull'azione dell'amministrazione. Come per le Corti costituzionali, non si può parlare né di garanzia giudiziaria, né istituzionale, anche se non v'è dubbio che si tratti di una forma indiretta di tutela, poiché uno dei grandi difetti che vengono imputati a questo istituto è la mancanza di strumenti di coercizione per far rispettare le sue decisioni. L'attività dell'*ombudsman* è quella di garante delle garanzie, come l'attività delle Corti in sede di controllo di costituzionalità, solo che cambia l'oggetto del controllo: la funzione normativa in un caso, quella amministrativa nell'altro. La funzione di controllo e garanzia che viene attribuita a questo organo è collegata alla sua imparzialità e indipendenza dai poteri che deve controllare. Di conseguenza, gioca un ruolo fondamentale la previsione dei meccanismi di

³¹ *Ibidem*, pp. 208 ss.; S. Gambino, G. Moschella, *Regole elettorali...*, cit., pp. 54 ss., p. 81.

³² In Spagna è costituzionalizzato il criterio proporzionale, ma in realtà numerosi fattori, tra i quali principalmente la limitatezza delle circoscrizioni, producono sul sistema elettorale un effetto maggioritario per cui generalmente si trova un partito che gode della maggioranza assoluta.

³³ L'istituto dell'*ombudsman*, di origine svedese, è stato introdotto a livello parlamentare in quasi tutti i paesi europei, a eccezione di Italia, Germania e Lussemburgo, nonché al livello dell'Unione. Cfr. la voce *Difensore civico* in L. Pegoraro, S. Bagni, G. Pavani (a cura di), *Glossario di amministrazione locale comparata*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 56 ss.

nomina, che ancora una volta devono essere coordinati con il sistema elettorale dell'organo legislativo, in quanto, come già visto per le leggi organiche, la previsione di una maggioranza qualificata non è di per sé garanzia di imparzialità. In numerosissimi Comuni italiani è stato introdotto l'ufficio del Difensore civico. Considerando l'attuale sistema elettorale per i Consigli comunali, la previsione in statuto della maggioranza assoluta del Consiglio per la nomina del Difensore civico³⁴ rischia di trasformare questo organo in una sorta di assessore aggiunto. Nella maggior parte dei casi si richiede la maggioranza dei 2/3 dei consiglieri solo nelle prime votazioni, mentre successivamente è possibile la nomina a maggioranza assoluta³⁵. A volte³⁶, è fissato il quorum dei 3/5 del Consiglio, in prima votazione, o se nelle prime votazioni non si riesce a eleggere un candidato a maggioranza dei 2/3. Considerando però che la formula elettorale attribuisce alla lista vincente il 60% dei seggi, che corrisponde esattamente ai 3/5 del Consiglio, anche tale previsione non è immune da critiche sulla conseguente mancanza di imparzialità di un organo così eletto (e, forse, sull'illegittimità di una tale previsione). Tale conclusione potrebbe inoltre trovare ulteriore fondamento in una giurisprudenza consolidata del giudice amministrativo³⁷ che ritiene illegittima la nomina di un candidato dell'opposizione a ricoprire cariche all'interno di organi amministrativi in cui deve essere rappresentata la minoranza consiliare, qualora all'elezione si sia giunti con voto determinante della maggioranza, sul presupposto che non solo il candidato deve appartenere alla minoranza, ma deve anche essere da questa eletto, dovendo rappresentare i suoi interessi all'interno dell'organo in questione.

4. Gli istituti di protezione della democrazia come *meta-garanzie* dei diritti

Il sistema di tutela dei diritti che si è venuto a delineare gode di effettività soltanto in una democrazia. Il rapporto diventa biunivoco laddove si aderisca a una concezione massimale della democrazia, secondo la quale la tutela dei diritti connota la forma di stato in senso democratico: non si può parlare di uno prescindendo dall'altra³⁸. È stato inoltre messo in luce come prerequisito di una «democrazia liberale» sia la «concezione della Costituzione quale strumento fondamentale atto a garan-

³⁴ Come prevedono ad esempio l'art. 89 Statuto di Gemona del Friuli; l'art. 55 Statuto di Sessano nel Molise.

³⁵ Ad esempio art. 71 Statuto di Forlì; art. 44 Statuto di Abbiategraso; art. 65 Statuto di Stia; art. 51 Statuto di Moncalieri.

³⁶ Ad esempio Comune di Savignano sul Panaro.

³⁷ A partire da TAR Umbria 5/6/1974, n. 17; 11/5/1977, n. 220; Cons. stato 23/2/1979, n. 100; fino alle più recenti Cons. stato 16/10/1995, n. 796 (in *Cons. stato*, 1995, I, p. 1342) e Cons. stato, sez. V, 12/12/1997, n. 1533. V. inoltre sul tema della rappresentatività delle minoranze in organi interni al Consiglio o in enti terzi, L. Pegoraro, *Rappresentanza «dinamica» e tutela delle minoranze consiliari*, in «Il diritto della regione», n. 2, 1984, pp. 221 ss.

³⁸ Il concetto di democrazia è uno dei più controversi per le scienze giuridiche e politologiche. Per una particolareggiata rassegna delle posizioni dottrinali sul tema cfr. l'Introduzione in L. Mezzetti, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Padova, CEDAM, 2003 nonché G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, cit., pp. 130 ss.

39 L. Mezzetti, *Teoria e prassi...*, cit., pp. 114 ss.

40 Con riferimento all'art. 21 GG e quindi al procedimento di controllo costituzionale sui fini dei partiti la dottrina tedesca parla di «democrazia in grado di difendersi» (*wehrhafte Demokratie*). Alcuni ordinamenti prevedono tale disciplina a livello costituzionale, come la Germania, la Grecia e il Portogallo; altri la prevedono a livello sub-costituzionale o legislativo come gli USA e, di recente, la Spagna, dopo l'entrata in vigore della L.O. 6/2002 del 27 giugno, sui partiti politici (per un primo commento sul tema cfr. in italiano R.L. Blanco Valdés, *A proposito della «illegalizzazione» di Batasuna*, in «Quad. Cost.», 4, 2002, pp. 749 ss., il quale non ritiene che con la nuova legge la Spagna debba considerarsi quale nuovo esempio di democrazia militante alla tedesca, anche in virtù dell'eventuale illegittimità costituzionale della legge che ne deriverebbe). Per uno studio comparatistico sul tema cfr. S. Ciccanti, *Le forme di governo del Centro e dell'Est Europa (a Bonn passando per Parigi) e gli interrogativi sulle forme di stato*, in G. Gozzi (a cura di), *Le prospettive europee di apertura all'Europa orientale e ai Paesi del Mediterraneo. Ravenna 11-12-13 ottobre 2001*, Ravenna, Longo Editore, 2003, pp. 71 ss.

41 È del pari vero che negli ordinamenti che prevedono strumenti di protezione a livello costituzionale, il bilanciamento dei valori in caso di conflitto fra diritto di associazione e difesa del principio democratico è demandato alle Corti e da valutare volta per volta. L'ago della bilancia pende invece dalla parte della libertà di associazione negli ordinamenti che prevedono strumenti di protezione solo a livello legislativo, come negli USA (cfr. A. Reposo, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale negli Stati Uniti d'America*, Padova, CEDAM, 1977). È inoltre da ricordare che la materia consente l'intervento anche di Corti internazionali, come quella di Strasburgo sui diritti fondamentali (v. anche recentemente la sentenza 31 luglio 2001, caso del *Refah Partisi e altri v. Turchia*).

42 Ovunque in Europa centro-orientale ed ex URSS, a eccezione che in

tire la stabilità e la continuità dell'ordinamento incentrato su principi basilari intimamente accettati e condivisi da parte dei membri della società che è destinata a reggere»³⁹. L'analisi delle tecniche di garanzia dei diritti dovrebbe essere quindi completata con gli istituti di protezione della Costituzione diversi dal principio di rigidità. Si possono individuare manifestazioni diverse di protezione, corrispondenti a differenti gradazioni di intensità della tutela: il giuramento obbligatorio delle alte cariche statali di impegno alla difesa della Costituzione, oltre che al suo rispetto, la fattispecie di abuso di diritto, il diritto di resistenza e infine il controllo sui fini dei partiti, con potere di scioglimento all'organo che esercita il controllo⁴⁰. Nonostante le critiche quasi unanimi degli studiosi, visti i noti problemi di convivenza con le libertà di manifestazione del pensiero e di associazione⁴¹, bisogna segnalare che in moltissime Costituzioni dell'ultimo ciclo – America latina ed Europa orientale – è stata assegnata alle Corti costituzionali o supreme la funzione di controllo sulle finalità dei partiti⁴². La tendenza a trasformare la protezione da eccezione a regola⁴³, non riguarda però solo ordinamenti in transizione rispetto a precedenti esperienze autoritarie. Infatti, anche se in ordinamenti di democrazia consolidata lo strumento del controllo sulle finalità dei partiti sembrava ormai superfluo⁴⁴, alla luce dei recenti fatti di cronaca degli ultimi anni (fra tutti l'11 settembre 2001 e i conflitti internazionali che ne sono seguiti) e, ancor prima, degli esiti delle competizioni elettorali in alcuni stati europei, il tema è tornato d'attualità anche nei paesi occidentali e si riflette sulla domanda se una democrazia, per considerarsi davvero tale, debba anche essere ritenuta degna di essere difesa⁴⁵. Si deve infatti registrare in Europa negli ultimi anni la proliferazione di partiti di estrema destra, che fanno propri orientamenti politici razzisti e xenofobi, che in alcuni casi, anche in modo clamoroso, hanno registrato consensi elettorali e ottenuto rappresentanza in Parlamento⁴⁶. Nell'ottica del presente scritto, acquista un rilievo parzialmente diverso il problema della convivenza dell'ordinamento con partiti nazionalisti-indipendentisti, come per il caso di Batasuna in Spagna. Il presupposto della nostra classificazione dell'istituto del controllo sulla finalità dei partiti come *meta-garanzia* dei diritti consiste infatti nel legame sostanziale tra forma di stato democratica e riconoscimento delle libertà fondamentali. Non è invece costitutiva

Bosnia-Erzegovina; in Argentina, Brasile, Cile, Ecuador, Paraguay, Suriname, Venezuela nell'America latina. Cfr. S. Ceccanti, *Le forme di governo...*, cit., pp. 74-78; S. Baldin, *Le «altre» funzioni delle corti costituzionali. Modelli europei e recezione con particolare riferimento all'Est europeo*, Trieste, E.U.T., 2000, pp. 48 ss.; G.F. Ferrari, *Le forme di controllo di costituzionalità «anomale»*, in «DPCE», 1, 2000, pp. 358 ss.

43 Segnalata da ultimo da G. de Vergottini e S. Ceccanti nei rispettivi interventi al convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti *Libertà e sicurezza nelle democrazie contemporanee*, svoltosi a Bari il 17-18 ottobre 2003, disponibili sul sito <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200310/index.html>

44 In Germania è stato usato solo in due occasioni, per il Partito nazista (2, 1) e per quello comunista (5, 85).

45 Tale interrogativo costituisce da sempre un rebus senza risposta per la scienza del diritto, o meglio con tante risposte diverse a seconda che si parta da una concezione procedurale o sostanziale della democrazia, ma questa non è la sede per avventurarsi in un dibattito in cui le differenti posizioni espresse risultano inconciliabili.

46 Limitandosi ai casi più noti, l'FPÖ di J. Haider in Austria, che è entrato nella coalizione di governo alle elezioni del 1999; il *Vlaamsblock* in Belgio, che alle elezioni del 2003 ha ottenuto l'11,59% dei consensi, quasi tutti concentrati nella Regione delle Fiandre; la *Pim Fortuyn List* nei Paesi Bassi, il Fronte nazionale di Le Pen in Francia. Anche le recentissime elezioni del 18 ottobre in Svizzera sono state caratterizzate da polemiche sulle presunte posizioni razziste e anti-europeiste del Partito popolare.

47 Ad esempio art. 13 Cost. polacca; art. 46, c. 4 Cost. portoghese.

48 Ad esempio art. 21 Cost. tedesca; art. 29, c. 1 Cost. greca; art. 37, c. 2 Cost. rumena.

49 La Sala speciale del Tribunale supremo può, su istanza del governo o del *Ministerio Fiscal*, sindacare l'«attività» di un partito rispetto a una serie di fattispecie astratte pun-

della forma di stato democratica la scelta del costituente circa l'organizzazione autonoma dello stato, per cui la finalità indipendentista, o addirittura secessionista, di un partito non lede il principio democratico (bensì la sovranità statale), a meno che il programma di partito non venga realizzato attraverso attività violente o terrorismo. Tra le clausole costituzionali che sanciscono forme di protezione della democrazia si dovrebbe quindi distinguere tra quelle che, usando espressioni che si riferiscono alla lesione dei diritti⁴⁷, mirano a tutelare il principio democratico, e quelle che, facendo riferimento a vaghi concetti come l'ordine democratico fondamentale, i principi dello stato di diritto ecc.⁴⁸, si propongono di tutelare l'istituzione, ossia l'indirizzo politico del governo al potere.

Di fronte alle situazioni sopra descritte l'ordinamento può scegliere di non adottare alcuna contromisura, e lasciare che tutto si risolva sul piano politico; oppure di rientrare nel gruppo delle democrazie militanti, come la Spagna con la nuova L.O. 6/2002 sui partiti⁴⁹, o la Germania dove nel 2001 è stata riutilizzata la procedura prevista dall'art. 21, c. 2 GG contro il *Nationaldemokratische Partei Deutschlands* (NPD)⁵⁰. Ci sono soluzioni giuridiche alternative? L'esito delle elezioni presidenziali e parlamentari francesi del 2002 potrebbe essere interpretato come una risposta in questa direzione. Il sistema uninominale maggioritario a doppio turno francese ha infatti dimostrato le sue potenzialità quale strumento giuridico di protezione della democrazia, con molti vantaggi rispetto al tradizionale strumento del controllo sulle finalità dei partiti, pur in presenza di un analogo risultato. Si supera infatti l'obiezione principale di chi si schiera contro tale istituto, ossia quella della sua incompatibilità con il diritto di manifestazione del pensiero e con la libertà di associazione; si ottiene anzi di più, arrivando a superare lo scarto fra democrazia sostanziale e procedurale, poiché l'«espulsione» del partito dal sistema avviene secondo il metodo democratico. Il sistema elettorale francese permette la più ampia estrinsecazione del principio democratico al primo turno, dove ogni partito può concorrere autonomamente. Al secondo turno invece, l'alta percentuale di sbarramento (12,5%) impone ai partiti minori la creazione di coalizioni mentre limita di fatto la possibilità di vittoria dei partiti più estremisti, non in grado di creare alleanze elettorali⁵¹. Il sistema si perfeziona ulteriormente per le prassi degli accordi di *désistement* e per il meccanismo della trasferibilità del voto, per cui

tualmente descritte dalla legge, esemplificative dell'espressione «deteriorare o distruggere il regime di libertà o impedire o eliminare il sistema democratico». Tutte le fattispecie sanzionate le condotte in quanto collegate all'attività di gruppi terroristici. Nei motivi che precedono l'articolo della legge il legislatore organico spagnolo prende le distanze dai modelli di democrazia protetta che sanziano le idee e i programmi di partito, sottolineando come la normativa spagnola condanni esclusivamente l'«attività» anti-democratica. È proprio sulla contrapposizione tra attività e finalità che si tenta di instaurare un equilibrio tra pluralismo e protezione della democrazia, che sembra però barcollare quando l'attività si estrinseca nel «promuovere», «fomentare», «propagandare», «appoggiare politicamente», ossia le condotte tipiche di manifestazione della libertà di pensiero, nonché l'essenza di un programma partitico. Nel caso spagnolo l'elemento che maggiormente ridimensiona il potere di dissoluzione dei partiti è la necessaria connessione dell'ideologia di partito all'attività di organizzazioni terroristiche o a fatti violenti concreti, che limita di fatto le ipotesi sanzionabili. Si deve comunque tenere presente che, a onta del principio di generalità e astrattezza della legge, la normativa spagnola è stata confezionata in modo da applicarsi a una fattispecie concreta, quella di Batasuna.

⁵⁰ Per un'analisi dell'evoluzione del concetto di democrazia militante in Germania e Italia v. P. Niesen, *Anti-extremism, Negative Republicanism, Civic society: Three Paradigms for Banning Political Parties*, in «German Law Journal», vol. 3, n. 7, 2002, disponibile sul sito <http://www.german-lawjournal.com/article.php?id=164>

⁵¹ Presupponendo che in una democrazia i partiti estremisti non siano mai in grado di ottenere una maggioranza assoluta al primo turno.

⁵² S. Gambino, G. Moschella, *Regole elettorali...*, cit., pp. 384 ss.

⁵³ È pure un dato che non può essere ignorato il fatto che gli ordinamenti, che recentemente hanno dovuto affrontare potenziali problemi di convivenza con partiti antisistema, adottano tutti sistemi proporzionali.

risulta avvantaggiato il candidato del partito moderato, capace di raccogliere i voti dell'elettorato dei partiti che hanno desistito dopo il primo turno⁵². Tale sistema elettorale non si limita quindi ad assicurare la governabilità, ma produce egualmente un effetto di tutela della democrazia assimilabile ad altri meccanismi di protezione. Lo stesso non può dirsi, ad esempio, per le clausole di sbarramento in un sistema proporzionale, che svolgono soltanto la prima delle due funzioni, poiché colpiscono indistintamente tutti i partiti, a prescindere dalle finalità che si propongono, e sono in genere troppo basse, quindi permettono anche a partiti estremi di conquistare seggi in situazioni di particolare tensione sociale (come nei casi austriaco e spagnolo e come nei sistemi maggioritari a turno unico, dove la maggioranza relativa può consistere anche in percentuali molto basse di elettorato in presenza di forte frammentazione politica). Il sistema elettorale diventa in questo caso *meta-garanzia*, la cui disciplina può interessare sia il livello legislativo che quello costituzionale, come accade parzialmente in Francia, dove il sistema elettorale uninominale maggioritario a doppio turno è costituzionalizzato quantomeno per l'elezione del Presidente della Repubblica. L'inquadramento testé proposto del sistema elettorale francese è chiaramente soggetto a obiezioni e critiche, in primo luogo perché si basa su di un'unica esperienza concreta. Il sistema avrebbe funzionato ugualmente se al ballottaggio con Le Pen fosse arrivato Jospin? Abbandonando la fantapolitica, il dato dell'esperienza francese, pur se unico, esiste e ci si è sforzati di darne un'interpretazione giuridica⁵³. Il legislatore (e i giuristi stessi), soprattutto in ordinamenti che scelgono di non adottare strumenti tradizionali di protezione della democrazia, potrebbe essere portato a una riflessione sul sistema elettorale non solo in termini di stabilità politica, ma anche per le sue ulteriori implicazioni giuridiche.