

C I S R
CENTRO ITALIANO PER LO SVILUPPO DELLA RICERCA
Collana diretta dal prof. Giuseppe de Vergottini

74

74

Il volume indaga, in prospettiva comparata, le condizioni giuridiche che permettono alle democrazie costituzionali di adottare legittime misure di contrasto al dissenso politico interno, trovando un equilibrio tra la necessaria tolleranza verso le condotte antisistema e l'esigenza di una loro repressione. A tal fine, dopo aver ricostruito sul piano storico e teorico le coordinate della nozione di 'democrazia protetta', la ricerca analizza i principi costituzionali, la disciplina normativa, gli istituti, le procedure e gli organi di difesa democratica in tre ordinamenti europei (Germania, Francia, Italia). Il volume individua alcune coordinate comuni, che rendono queste tre esperienze più vicine di quanto non si pensi generalmente, e propone alcune soluzioni a problemi ancora aperti.

Andrea Gatti è assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato nel Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università di Teramo ed è docente a contratto di Diritto pubblico comparato presso l'Università di Firenze. Ha conseguito il dottorato di ricerca in Scienze Giuridiche, *curriculum* Teoria dei diritti fondamentali, giustizia costituzionale e comparazione giuridica, nell'Università di Pisa. È stato *visiting* presso l'Università di Lipsia e l'Università Panthéon-Sorbonne di Parigi.

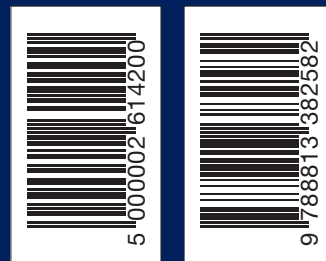
A. GATTI

ANDREA GATTI

LA DEMOCRAZIA CHE SI DIFENDE

STUDIO COMPARATO
SU UNA PRATICA COSTITUZIONALE

LA DEMOCRAZIA CHE SI DIFENDE



€ 57,00 I.V.A. INCLUSA

CEDAM

 Wolters Kluwer

CEDAM

INDICE

INTRODUZIONE

PROFILI METODOLOGICI DELLA RICERCA

1. Oggetto dell'indagine: i "confini" del concetto di democrazia protetta	1
2. La scelta dei casi: fenomeni di interesse e criteri metodologici utilizzati	6
3. I limiti esterni della ricerca: libertà di manifestazione del pensiero individuale e stato di eccezione	15

CAPITOLO I

SPUNTI PER UNA CLASSIFICAZIONE DELLE MINACCE ALLA DEMOCRAZIA: I PRESUPPOSTI TEORICI

1. La recente "parabola della democrazia": dal contesto globale al quadro nazionale	19
1.1. Unione europea e difesa della democrazia	22
2. Una delimitazione delle minacce oggetto dell'indagine	25
3. Il fanatismo	30
4. Il radicalismo e l'estremismo	32
4.1. Il ruolo dell'ideologia politica nella formazione dell'estremismo: il paradosso della tolleranza	36
4.2. Tipologie di estremismo e tipologie di democrazie protette	41
4.2.1. Democrazia militante tra <i>hostile criticism</i> e <i>hate speech</i>	44
5. Il fondamentalismo: origine e struttura	50
5.1. Religione politica e politica della religione: due linee di tendenza nella democrazia protetta	52
5.2. Un caso paradigmatico di estremismo: l'islamismo. La distanza con l'islam	56
5.3. Islamismo e ideologia anticostituzionale	61

5.4. Un bilancio parziale dei rapporti tra estremismo e Stato costituzionale	62
--	----

CAPITOLO II

PROFILI CRITICI E RICOSTRUTTIVI DEL CONCETTO DI PROTEZIONE DELLA DEMOCRAZIA: DALLA DIFESA DELLO STATO ALLA DEMOCRAZIA MILITANTE

1. I presupposti sacrali dello Stato alla base del concetto di difesa	65
2. Fedeltà e “tradimento” dello Stato tra etica comunitaria e pubblica	71
3. La ragion di Stato come prima risposta dell’ordinamento al “pericolo” legato al pluralismo	75
4. I fondamenti dell’esigenza di difesa: la <i>Révolution</i> e i suoi nemici	80
5. Presupposti del moderno concetto di democrazia protetta: la nascita della <i>Verfassung</i>	84
6. La lezione pratica di Weimar: la Costituzione come «essenza e valore della democrazia»?	87
6.1. Un ordinamento protetto <i>ante litteram</i>	92
6.2. Una democrazia di statisti, ma senza democratici	98
6.3. Un’ulteriore criticità: la debolezza delle garanzie politiche e giurisdizionali	102
7. La discussione dogmatica sulle forme ed i presupposti di protezione della democrazia	104
7.1. Carl Schmitt come fondatore dell’idea sostanziale di democrazia militante	105
7.2. « <i>Fighting fire with fire</i> »: la soluzione draconiana di Karl Loewenstein	108
7.3. Karl Mannheim e la “terza via”	109
7.4. La protezione della democrazia oggi: portata, limiti e critiche	110
8. La difesa illegittima: le democrazie illiberali neo-militanti	116
9. Difesa dello Stato o difesa della Costituzione?	118
9.1. La dottrina dello Stato e il contributo di Böckenförde	119
9.2. La dottrina della Costituzione e i suoi corollari: il patriottismo costituzionale	124
9.3. Una concretizzazione del dibattito teorico: la scelta del BVerfG per il carattere precettivo del Grundgesetz	130
10. L’oggetto di protezione: la liberal-democrazia come etica del limite	132
10.1. Pluralismo dei valori e carattere non assiologicamente neutrale della liberal-democrazia	138
10.2. La prospettiva liberal-democratica nella sistematica dei	

diritti fondamentali: la funzione sociale dei diritti come “istituzioni”	141
10.3. Dalla violazione (<i>Verfassungsstörung</i>) all’abuso (<i>Mißbrauch</i>) dei diritti costituzionali	144
10.4. Il parametro dell’identità costituzionale e la libera espressione delle minoranze nello Stato liberal-democratico multiculturale	147

CAPITOLO III

LA GERMANIA COME MODELLO E PARADIGMA DEL SISTEMA DI DIFESA

SEZIONE I

LA SCELTA PER LA STREITBARE DEMOKRATIE

1. Origini e caratteristiche dell’ordinamento militante tedesco ...	154
2. Il GG come <i>Wertordnung</i> : nascita ed evoluzione del concetto di ordine liberal-democratico di base	159
2.1. (Segue) <i>Freiheitliche demokratische Grundordnung</i> e libertà fondamentali: l’uso “valorizzante” dei diritti. Dai <i>Grundrechte</i> ai <i>Grundwerte</i>	164
3. Ordine liberal-democratico e clausola d’eternità	167

SEZIONE II

LA PROTEZIONE COSTITUZIONALE: GLI ISTITUTI

Premessa	169
1. Il <i>Berufsverbot</i> e il dovere di lealtà dei funzionari (cenni)	171
2. Il <i>Parteiverbot</i>	174
2.1. L’evoluzione alla luce della prassi: il rafforzamento delle garanzie e la funzione istituzionale dei diritti	177
2.2. Il grado di pericolo: dal « <i>darauf ausgehen</i> » al « <i>sich au-srichten</i> »	182
3. Un istituto della prassi politica contro i partiti anticostituzionali: la <i>conventio ad excludendum</i> . Il recente “ <i>affaire AfD</i> ”	183
4. Il <i>Vereinsverbot</i> e la trasposizione normativa dei limiti nella legge sulle associazioni	188
4.1. Procedimento e garanzie	189
4.2. Le associazioni straniere “figlie di un dio minore?” Il divieto di attività	193

4.3.	I presupposti per il divieto delle associazioni incostituzionali	197
a)	Il contrasto con l'ordinamento penale	198
b)	Il contrasto con l'ordine costituzionale	199
c)	Il contrasto con il principio della comprensione tra i popoli.....	202
d)	Il pericolo astratto contro i beni costituzionali perseguito con atteggiamento <i>combattivo e aggressivo</i>	207
5.	L'istituto della decadenza dai diritti fondamentali come fatti-specie di abuso (art. 18 GG).....	211
6.	La categoria dell' <i>hate speech</i> come ausilio interpretativo secondario: i casi Dawaffm e Hizb Ut-Tahrir c. Germania (CEDU).....	214

SEZIONE III

LA PROTEZIONE COSTITUZIONALE: LA STRUTTURA DI ATTUAZIONE

1.	Gli organi di garanzia: natura e funzioni.....	217
2.	Organi di protezione in via non esclusiva: il ruolo del BVerfG e del BverwG nella democrazia militante tedesca. Il punto di incontro tra Schmitt e Kelsen	218
3.	Gli organi di protezione in via esclusiva.....	224
3.1.	Un organo peculiare di salvaguardia: l'Ufficio federale per la protezione della Costituzione. Fondamenti giuridici ed evoluzione.....	226
3.1.1.	Compiti, scopi e condizioni per l'intervento: dalla sicurezza pubblica all'ordine costituzionale	234
4.	Conclusione: quanto è davvero "militante" il GG?.....	237

CAPITOLO IV

LE ESPERIENZE FRANCESE E ITALIANA:
DEMOCRAZIE PROTETTE "DI FATTO"

SEZIONE I

L'IMPIANTO COSTITUZIONALE TRA VISIONE PROCEDURALE "REMISSIVA"
E VISIONE SOSTANZIALE "DOMINANTE" DELLA DEMOCRAZIA

1.	La difesa dei valori repubblicani	242
----	---	-----

1.1.	L'esperienza francese: l'identità repubblicana come principio di assimilazione secolare.....	242
1.1.1.	L'incerto contenuto giuridico della tradizione repubblicana.....	245
2.	Il caso italiano: i doveri costituzionali come esigenza di consenso sui valori. Il dovere di fedeltà.....	248
3.	Forma repubblicana e clausola d'eternità: un lento processo di convergenza.....	254
3.1.	La clausola francese: da previsione stilistica a contenutistica?.....	254
3.2.	La lettura "forte" della clausola repubblicana nella Costituzione italiana: verso un limite sostanziale.....	259

SEZIONE II

I PRINCIPI COSTITUZIONALI "MILITANTI"

1.	Limiti generali alle libertà fondamentali per scopi di protezione democratica in Francia e in Italia.....	261
2.	Il valore militante del concetto di laicità.....	265
2.1.	La " <i>laïcité constitutionnel</i> " come principio giuridico-politico di sistema.....	265
2.2.	Il principio "espansivo" di laicità in Italia: la convergenza con la Germania.....	275
3.	Il dibattito sull'ordine pubblico come principio costituzionale di stampo militante nell'ordinamento francese e in quello italiano.....	280
3.1.	Il fondamento repubblicano dell' <i>ordre public</i> francese.....	281
3.2.	L'ordine pubblico costituzionale italiano come concetto complesso.....	286
4.	Il problema dell'eversione contro Paesi stranieri come lesione dell'ordinamento costituzionale.....	291
5.	Un'ipotesi più problematica: la sicurezza.....	293

SEZIONE III

STRUMENTI DIRETTI E INDIRETTI DI TUTELA PREVENTIVA ANTI-ESTREMISTA:
GLI ISTITUTI DI PROTEZIONE

1.	La regolazione della competizione politica tra limiti ideologici e prassi di esclusione.....	300
1.1.	La marginalizzazione dei partiti nell'ordinamento francese e italiano.....	300
a)	(<i>Segue</i>) Attraverso il sistema elettorale.....	300

b)	(Segue) Attraverso convenzioni: la <i>conventio ad excludendum</i> e le recenti prassi dei servizi	303
1.2.	I limiti ideologici ai partiti	306
1.2.1.	Il caso francese	306
1.2.2.	Il caso italiano	311
a)	La XII disposizione transitoria e finale come divieto <i>del</i> partito fascista.....	311
b)	Il “metodo” democratico dei partiti: interpretazioni alla luce dell’impostazione militante	313
2.	Parziali conclusioni sulla portata dei limiti ideologici nelle due esperienze considerate.....	319

SEZIONE IV

IL DIVIETO DELLE ASSOCIAZIONI ANTICOSTITUZIONALI

1.	I limiti del regime associativo in Francia.....	320
1.1.	Il procedimento di scioglimento delle associazioni anti-repubblicane.....	322
1.1.1.	Lo scioglimento giudiziario di natura civile e penale.....	322
1.1.2.	Lo scioglimento amministrativo: condizioni sostanziali di applicabilità.....	324
1.1.3.	Un tentativo di sistematizzazione dei presupposti alla base del divieto	328
1.2.	La legge per il consolidamento dei principi repubblicani (2021) come strumento di rafforzamento dello spirito militante dell’ordinamento francese.....	329
1.3.	La prassi.....	336
2.	Lo scioglimento delle associazioni anticostituzionali in Italia: gli elementi di protezione democratica all’interno delle leggi “Scelba” e “Mancino”.....	339
2.1.	Le restrizioni alla capacità giuridica di alcune peculiari associazioni (art. 18, comma 1 Cost.) e il patto costituzionale.....	349
2.1.1.	I peculiari divieti di cui all’art. 18 comma 2 Cost. come espressioni del carattere compromissorio e anti-estremista dell’ordinamento italiano	355
2.2.	Il reato associativo di tipo politico come strumento di protezione democratica: profili di legittimità costituzionale.....	359
a)	La sovversione come ipotesi a cavallo tra dimensione penalistica e pubblicistica.....	361

<i>b)</i>	La differenza con il terrorismo eversivo: il caso degli “indipendentisti di San Marco”....	365
2.2.1.	Una linea evolutiva comune delle restrizioni alla libertà d’associazione politica in Italia ...	368
2.3.	La prassi.....	371
2.3.1.	Le principali linee interpretative del diritto vivente in merito ai limiti di associazione politica.....	377
2.3.2.	Il contrasto all’estremismo nell’agenda parlamentare	380
3.	Una fattispecie (non totalmente) ipotetica: la perdita dei diritti fondamentali	381

CONCLUSIONI

1.	Problemi e opportunità di carattere teorico	387
2.	Convergenze e divergenze delle prassi.....	392
3.	Prospettive per l’Italia, un modello ancora da “inventare”.....	399

BIBLIOGRAFIA

.....		407
-------	--	-----

INTRODUZIONE

PROFILI METODOLOGICI DELLA RICERCA

SOMMARIO: 1. Oggetto dell'indagine: i "confini" del concetto di democrazia protetta. – 2. La scelta dei casi: fenomeni di interesse e criteri metodologici utilizzati. – 3. I limiti esterni della ricerca: libertà di manifestazione del pensiero individuale e stato di eccezione

1. Oggetto dell'indagine: i "confini" del concetto di democrazia protetta

Con democrazia protetta (o "militante")¹ si intende comunemente la messa in atto di meccanismi di anticipazione di tutela per reprimere quelle azioni che, in base ad un preciso disegno di dissenso ideologico, sono *volte a* e *idonee a* minare o a sovvertire l'ordine politico-costituzionale di una democrazia consolidata ma che non raggiungono, almeno in linea di principio, il grado di perfezione necessaria per poter attivare risposte sanzionatorie di tipo penale. "Anticipazione della tutela" e "repressione del dissenso ideologico" esprimono, dunque, le due generali (e talvolta problematiche) caratteristiche proprie di questo approccio, che però non si rivolge ad

¹ Nella pratica non esiste una reale distinzione tra i due concetti, posto che sia nella letteratura di lingua tedesca che inglese la forma lessicale più ampiamente utilizzata è, rispettivamente, "*streitbar*" e "*militant*", entrambe riconducibili ad un'immagine proattiva di difesa. Se si vuole, in italiano, si potrebbe sostenere che democrazia militante abbracci un'idea più integrale della protezione, che ricomprenda non solo un'opzione di difesa, ma anche di promozione attiva (e inderogabile) della democrazia in tutte le sue forme espressive. È ciò, ad esempio, che sostengono *A. Malkopoupou, L. Norman, Three Models of Democratic Self-Defence: Militant Democracy and Its Alternatives, in Political Studies*, vol. 66, n. 2, 2018, 442-458. Ma una tale definizione, che pure dal punto di vista della teoria politica può avere un suo senso, dal punto di vista del diritto costituzionale ha un valore puramente teorico e può comunque per essere ricompresa nel *genus* "democrazia protetta". Per questa ragione e per il fatto che, nella letteratura in lingua italiana, essa è di uso più comune, si è scelta la definizione omnicomprensiva di "democrazia protetta".

ogni espressione di dissenso, ma solo a quello considerato idoneo a mettere a repentaglio l'ordine costituzionale. Di conseguenza – come spiega il *focus* del presente lavoro sull'aspetto organizzato dell'estremismo e non su quello individuale – una risposta repressiva non può che rivolgersi contro condotte poste in essere da gruppi (partiti, associazioni o movimenti) che, con una effettiva capacità di influenza sulla società, sono i soli in grado di mettere in pericolo l'ordinamento.

La delimitazione dello scopo, dell'estensione e della natura del concetto di “democrazia protetta” richiede di comprendere in cosa si sostanzia, concretamente, la risposta militante e conseguentemente quali istituti, procedure e garanzie debbano essere presi in considerazione dall'indagine e quali, invece, possano e debbano essere esclusi. Si tratta di un compito non di poco conto: ambiguità e incertezza sembrano infatti essere la cifra caratterizzante lo studio dell'idea di democrazia protetta, vera e propria “zona grigia” del diritto costituzionale, che riguarda, allo stesso tempo, la discussione sulla forma di Stato, sui partiti politici e sulle libertà civili fondamentali. Perfino uno dei massimi teorici del fenomeno, Jan-Werner Müller, afferma quasi con malcelata rassegnazione: «*There exists no general legal or, for that matter, proper normative theory of militant democracy*» e continua «*There is no “model” of militant democracy that might straightforwardly be adopted (...) and no clear general guidelines*»². Questa fluidità è spiegabile attraverso una serie di fattori, in particolare la differenza di *background* storico e di contesto in cui le esperienze costituzionali si trovano a operare e, anche laddove questi elementi siano comuni, la “lezione” che ciascun Paese ha interiorizzato non ha sempre portato gli stessi esiti. La potenziale precarietà della categoria è ricavabile anche dalle speculazioni dei molti filosofi e teorici generali del diritto e della politica che, a partire dai medesimi presupposti, giungono a conclusioni diametralmente opposte in merito alla necessità o meno di una giustificazione, così come sul grado di applicazione delle misure restrittive in funzione di protezione democratica. Per alcuni³, ad esempio, la minaccia della sovversione anti-

² J-W. MÜLLER, *A “Practical Dilemma Which Philosophy Alone Cannot Resolve”?* *Rethinking Militant Democracy: An Introduction*, in *Constellations*, vol. 19, n. 4, 2012, 536-539, spec. 536-537.

³ Di necessità di predisporre un armamentario protetto, pur con numerosi distinguo, hanno parlato esplicitamente, tra gli altri, G. FOX, G. NOLTE, *Intolerant Democracies*, in *Harv. Int'l. L. J.*, vol. 36, n. 1, 1995, 1-70; S. ISSACHAROFF, *Fragile Democracies*, in *Harv. L. Review*, vol. 120, n. 6, 2007, 1407-1467, con particolare riferimento alle democrazie in transizione.

democratica richiede necessariamente la previsione di strumenti limitativi di alcune libertà fondamentali, per altri⁴, al contrario, le medesime minacce dovrebbero essere affrontate proprio estendendo al massimo l'ambito di efficacia di queste stesse libertà. Entrambi gli approcci e la loro coesistenza confermano l'esistenza di un paradosso alla base dell'idea di democrazia protetta.

Il punto di caduta del problema, però, non sta nel ritenere o meno che uno Stato si possa difendere, ma nel *come* esso possa farlo. Non è inusuale, come si accennerà nel prosieguo del lavoro, che anche ordinamenti di stampo autocratico si appellino formalmente a dinamiche tipicamente riconducibili all'idea di democrazia protetta ma, pervertendone la *ratio*, gli interventi repressivi sono del tutto estranei nella sostanza al *modus procedendi* della protezione democratica.

Ogni tipo di ordinamento prevede una certa capacità reattiva nei confronti dei tentativi volti a un suo sovvertimento; tuttavia, si cercherà di dimostrare che laddove la costituzione assuma contenuti liberal-democratici, la difesa costituzionale viene declinata non più nel paradigma della ragion di Stato, ma in quello di democrazia *protetta*.

Il problema teorico che si è posto – in termini in qualche modo paradossali – fin dagli anni Venti, sul limite della “tolleranza nei confronti degli intolleranti”, ha assunto un carattere più strutturato con la seconda ondata di democratizzazione. Quando in Europa andava perdendo d'interesse il tema delle rotture costituzionali, aumentava quello sulla costituzionalità delle norme derogatorie dei diritti e delle libertà fondamentali al fine di proteggere – per riprendere un'espressione cara alla Germania di Weimar – le esigenze della “società politica”. Sebbene tali esigenze abbiano subito una positivizzazione (attraverso il ricorso ai concetti richiamati in costituzione o da questa desumibili) e, allo stesso tempo, una progressiva integrazione nel tessuto liberal-democratico (attraverso il ricorso ad un continuo e permanente confronto tra le esigenze di tutela dell'ordine costituzionale di base e le esigenze di tutela dei diritti di libertà), gli interrogativi sul *se* e sul *come* una difesa sia opportuna o necessaria o se, al contrario, essa rischi di trasformarsi in un cortocircuito democratico sono oggi questioni oggetto di aperto dibattito, rendendo il tema della protezione un argomento ineludibile nella costruzione della società pluralistica che l'Europa sta faticosamente perseguendo.

Tutto ciò che caratterizza il destino di una civiltà giuridica, di cui il tema della democrazia protetta costituisce uno dei pilastri, non può

⁴ Tra i suoi fautori C. INVERNIZZI ACCETTI, I. ZUCKERMANN, *What's Wrong with Militant Democracy?*, in *Political Studies*, vol. 65, n. 1, 2017, 182-199.

infatti che essere visto come qualcosa di necessitato. Ci troviamo, effettivamente, di fronte ad uno dei più antichi problemi dell'umanità, l'antitesi tra il principio di causa e l'idea di destino. Nell'idea di destino, applicata al diritto costituzionale, si manifesta il desiderio di "perfezione" di un ordinamento e di realizzazione della sua vocazione. Ma proprio come un essere vivente, ogni ordinamento porta in sé naturali contraddizioni che, se non "curate", portano a loro volta patologie. Così l'aderenza ad una stretta visione logico-giuridica (che è appunto la stretta causalità) rischia di portarci a ritenere che l'ordinamento non possa contemplare paradossi e singolarità. Il nostro fine è invece prendere in considerazione proprio queste "anomalie" per leggerle all'interno di una visione di (tragica) necessità, di destino appunto. Il destino della liberal-democrazia è quello di garantire a ognuno il godimento dei propri diritti e delle proprie libertà anche attraverso gli strumenti di tutela e promozione del *rule of law*. Tale garanzia non è solo direttamente proporzionale alla capacità dell'ordinamento di concedere la massima libertà espressiva individuale o di gruppo, ma anche a quella di non permettere che alcune condotte ledano diritti altrui, sabotando così, attraverso un abuso del pluralismo, il pluralismo stesso.

In un tentativo di sistematizzazione del tema sono state individuate differenti soglie all'interno delle quali operano i vari meccanismi di protezione. Un primo schema di base è ricavabile a partire da uno studio di Stefano Ceccanti⁵, in cui si ritiene che, dal confronto con l'insieme degli istituti di protezione della stabilità istituzionale dei vari ordinamenti europei, siano enucleabili tre soglie di protezione: *a) la protezione della Costituzione* in senso stretto, che mira a salvaguardare l'integrità del testo costituzionale mediante la previsione di procedimenti aggravati o super-aggravati per la sua riforma o per la modifica di singole parti riguardanti, ad esempio, i diritti e le libertà fondamentali; *b) la protezione dell'accesso all'Esecutivo* (o meglio, la garanzia del legittimo esercizio del potere esecutivo da parte dei partiti o dei *leaders* che ne hanno raggiunto i vertici) in cui si intende proteggere il sistema da decisioni che alcune forze politiche possano prendere una volta giunte al Governo. Essa può essere effettuata attraverso la previsione di una formula di giuramento del Capo dello Stato o dei membri del Governo, con la quale essi si impegnano a rispettare la Costituzione e a difenderla da eventuali nemici oppure attraverso meccanismi che evitino la concentrazione dei poteri in mano all'Esecutivo, in

⁵ S. CECCANTI, *Le democrazie protette e semi-protette da regola a eccezione. Prima e dopo le Twin Towers*, Torino, 2004, 7 ss., il quale, nel tentativo di individuare l'oggetto di protezione della democrazia protetta, individua le prime tre soglie: protezione della Costituzione, dell'esecutivo e della rappresentanza.

particolare riguardo all'uso dei poteri d'emergenza in tempo d'eccezione; c) la *protezione della rappresentanza*, in cui si intende proteggere l'ordinamento fin dalla fase della creazione del consenso e della sua trasformazione in seggi nelle assemblee elettive. In questa ipotesi, l'elemento più qualificante è costituito dall'apposizione di limitazioni ai partiti politici rispetto alle finalità perseguite. A esse ritengo sia necessario aggiungere un'ulteriore "soglia", quella d) della *protezione dei diritti*, categoria che abbraccia alcune manifestazioni estremiste che hanno come scopo diretto la messa in discussione della dignità umana, della convivenza sociale e, in generale, dei diritti e delle libertà riconosciuti dalle costituzioni liberal-democratiche. Tali interessi, come si dimostrerà, assumono sempre più spesso una sorta di valenza politica e vengono messi in stretta relazione con il mantenimento del principio democratico.

Se la prima e la seconda soglia proteggono l'ordinamento da minacce "dall'alto", cioè da parte di chi già detiene il potere politico, le istituzioni o i partiti di Governo (in altre parole, è a partire dal livello di governo che si sviluppano le tendenze di protezione), la terza e la quarta proteggono da minacce dal basso, cioè da forze sociali o politiche che provengono dalla società.

Insomma, si tratta di due distinti piani che certamente, sul piano teorico, possono essere inseriti entrambi nella macro-categoria di protezione della democrazia, ma che tuttavia mostrano aspetti di parziale contiguità: entrambe le minacce mirano a sconquassare il sistema, tuttavia quella che proviene "dall'alto", è soprattutto (e direttamente) orientata alla menomazione della struttura organizzativa del potere democratico, mentre la minaccia "dal basso" è orientata alla menomazione delle garanzie democratiche.

Il presente lavoro ha scelto di concentrarsi su un'analisi il più possibile approfondita degli istituti, dei meccanismi e delle prassi che riguardano le ultime due soglie (le minacce "dal basso"), perché vuole considerare il concetto di democrazia protetta soprattutto rispetto all'insieme dei valori – e non delle semplici procedure – che di quell'apparato protettivo costituiscono il parametro di riferimento.

In questa prospettiva, la messa al bando dell'associazionismo politico resta il nucleo portante della disciplina della democrazia militante, poiché attraverso di essa si perseguono i suoi due obiettivi fondamentali: la garanzia della stabilità sociale (e insieme a essa, la riduzione di possibilità dei cittadini di radicalizzarsi) e, allo stesso tempo, l'esclusione di idee politiche dal processo decisionale.

2. La scelta dei casi: fenomeni di interesse e criteri metodologici utilizzati

Dopo aver indicato il tema dell'indagine e i motivi che la rendono opportuna – operazione che consentirà il controllo critico delle conclusioni raggiunte – è adesso necessario rendere conto del *come* si intende condurla.

È stato già giustamente osservato in dottrina che i lavori di diritto costituzionale comparato scontano in linea generale un minor livello di teorizzazione rispetto non solo a quelli di diritto interno, ma anche a quelli ugualmente comparati di ambito giusprivatistico⁶. L'approccio sistematico adottato dai privato-comparatisti è difficilmente adattabile alle ricerche giuspubblicistiche⁷; così, al posto di categorie ordinanti “codificate” – che nel diritto pubblico, peraltro, scontano una sempre maggiore fragilità a fronte dei processi di convergenza innescati dalla globalizzazione⁸ –, appare inevitabile fare riferimento soprattutto a “principi strutturali di sistema” tipicamente giuspubblicistici (diritti fondamentali, principio democratico, separazione dei poteri, ecc.) i quali, a loro volta, non possono prescindere da una verifica dell’“ambiente” giuridico in cui si inseriscono. Infatti, giacché il funzionamento delle istituzioni coinvolge una vasta serie di strumenti legislativi, giurisprudenziali e amministrativi, anche indipendenti da una puntuale copertura costituzionale, un approccio basato principalmente sui testi delle costituzioni rischia di apparire limitante per affrontare un tema altamente teorico e dai confini incerti come quello in esame.

È ormai acquisito che scelte su dati che non fanno parte dello stretto diritto positivo, così come elementi extragiuridici, non sono estranee all'interpretazione giuridica, ma anzi concorrono a definirla, e ciò a prescindere dal livello di normazione a cui ci si riferisce, dal momento che una tale operazione concerne l'interpretazione giuridica nel suo complesso⁹.

⁶ G. DELLEDONNE, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Napoli, 2017, 60-61.

⁷ Cfr. L. PEGORARO, *Le categorie civilistiche e il parassitismo metodologico dei comparatisti nello studio del diritto comparato*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2013, 305 ss.

⁸ Di questo parere già U. MATTEI, P.G. MONATIERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997, 56.

⁹ In tal senso, *ex multis*, R. TONIATTI, *Per una concezione aperta, plurale ed eterodossa del metodo comparato nel diritto costituzionale*, in *DPCE online*, n. 1, 2020, 831-838. Da ultimo, G. DE VERGOTTINI, *Constitutional Law and the Comparative Method*, in J. CREMADES, C. HERMIDA (a cura di), *Encyclopedia of contemporary Constitutionalism*, Cham (CH), 2021, 1-43, spec. 14 ss., dove l'A, delineando la differenza

Ciò vale in particolare per il tema *democrazia protetta*, che incontra alcune difficoltà peculiari quali la configurazione non necessariamente gerarchica del sistema delle fonti alla sua base, la natura dinamica del fenomeno e l'apporto creativo dell'interprete, tutti elementi di ambiguità che sembrerebbero collocare il discorso della democrazia protetta a metà tra l'ambito giuridico e quello politico.

Si cercherà quindi di affrontare il discorso sulla democrazia protetta in chiave comparata conservando un metodo "aperto", che tiene conto delle «parole scolpite nelle Costituzioni»¹⁰, ovvero delle norme e dei principi costituzionali espresse nelle Carte fondamentali, ma anche – come suggerisce Giorgio Lombardi – «dei dati relativi ai fattori di integrazione dei diversi sistemi che (...) vanno colti in rapporto ai modelli più profondi di assetto politico»¹¹ o, secondo un'altra espressione, «dei crittotipi»¹². È ciò che, sempre Lombardi, chiama la *formula politica istituzionalizzata*, vale a dire il *tipo* di struttura costituzionale plasmata dal sistema dei valori dell'ordinamento sulla falsariga di quello che nel diritto privato comparato è inteso come *Law in action*. La *formula politica istituzionalizzata*, attraverso l'analisi della struttura normativa costituzionale, ma anche di una altra serie di meccanismi evidenziati in sede normativa (ma ignorati, o dati per scontato, a livello costituzionale), ci consente di ricavare il vero tipo di struttura costituzionale dei rispettivi sistemi – la "*Verfassungswirklichkeit*" di Leibholz¹³, la realtà costituzionale ideata per sottolineare la discrasia tra

tra comparazione del giudice e del ricercatore, ricorda che se il primo deve operare all'interno dello spazio e in aderenza alla costituzione, il secondo «[is] not constrained by the requirements of the constitution of the order in which she/he habitually operates», potendo così «considering the value of the constitutional traditions of each country, that is, the set of values that have been established over time in different geopolitical areas».

¹⁰ A. RINELLA, *Lo "Statuto costituzionale" dell'opposizione parlamentare*, Trieste, 1999, 124.

¹¹ G. LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, 1986, 70.

¹² R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2001, 127 ss. Anche A. RINELLA, *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, Padova, 2002, 33-34, ricorda che la comparazione non può limitarsi alle sole leggi o alle decisioni giurisprudenziali, «senza la conoscenza del dato di contesto», cioè dei modelli impliciti che «ancorché non verbalizzati, sono percepiti e trasmessi tra le generazioni dei giuristi» e ne plasmano la mentalità. Continua Rinella: «Non sempre, anzi assai di rado, il dato normativo testuale offre una reale conoscenza della soluzione giuridica apprestata dall'ordinamento. Il passo nella direzione di una comparazione più profonda è dato dal raffronto svolto anche sulla base del "diritto in azione"».

¹³ G. LEIBHOLZ, *Referat*, in ID., *Verfassungsrechtliche Stellung und innere Ordnung der Parteien, Ausführung und Anwendung der Art. 21 und 38 I 2 des Grundgesetzes*, Tübingen, 1951, 21 ss. Per l'Italia il concetto quasi intercambiabile è quello di

realtà normativa e realtà politico/sociale effettiva – e, di conseguenza, le possibili e reali convergenze tra sistemi.

L'indagine dell'evoluzione dei testi costituzionali e dei corpi normativi, che pure non mancherà di costituire un pilastro della presente analisi comparata e che rappresenta il *prius* necessario per la conoscenza degli ordinamenti presi in considerazione, sarà quindi letta attraverso questa *realtà* costituzionale e non viceversa.

Ma le difficoltà di approccio si ripercuotono anche sulla scelta dei singoli casi assunti come oggetto di analisi.

Individuare la cifra essenziale che contraddistingue il laboratorio metodologico della democrazia protetta e circoscrivere il modello astratto con riferimento alla democrazia militante sono, infatti, imprese ardue non solo a causa dell'ampiezza teorica di un ambito di ricerca dai confini vasti e incerti, ma anche dell'eterogeneità delle possibili esperienze potenzialmente sussumibili nell'ambito di studio. Restando in ambito europeo per ragioni di omogeneità di famiglie giuridiche e di contesti di stesura, possiamo dire che quasi ogni ordinamento ha, in fondo, elementi di protezione¹⁴ e persino con riferimento alla stessa Unione europea, ormai da molti, anni, si sono avanzate ipotesi di un suo possibile inserimento nella categoria di democrazia protetta¹⁵.

costituzione in senso materiale di C. MORTATI, *Costituzione - Dottrine generali* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, Milano, 1962, 139 ss.

¹⁴ È ciò che sostiene anche O. PFERSMAN, *Shaping Militant Democracy: Legal Limits to Democratic Stability*, in A. SAJÓ (a cura di), *Militant Democracy*, Utrecht, 2004, 48-68, in partic. 52-53, quando, valorizzando il rapporto tra principio democratico e costituzionalismo, sostiene che «*militant democracy (does not) differ[s] from simple democracy in quality*» e che pertanto «*every democracy is more or less militant*». Dissente la meticolosa ricognizione delle esperienze protette in Europa compiuta dalla dottrina italiana, quella, già richiamata, di Stefano Ceccanti, la quale, prendendo in considerazione più di trenta Paesi, ha, concluso che tra gli ordinamenti dell'Europa occidentale vi sarebbero solo cinque Paesi che rientrerebbero nella categoria di democrazia protetta o limitatamente protetta (Germania, Grecia, Portogallo, Austria e Spagna), mentre le democrazie della "terza ondata", ovvero quelle dell'Europa orientale (ex democrazie popolari e Paesi baltici) sarebbero tutte, senza eccezioni, protette (così S. CECCANTI, *Le democrazie protette e semi-protette da regola a eccezione*, cit., 51, 101 e 108, tabelle 5, 6 e 7). Il presente studio prova ad adottare un metodo opposto a quello utilizzato da Ceccanti, esso intende cioè prescindere da un tentativo classificatorio generale per concentrarsi su poche significative esperienze costituzionali fondamentali e con alcuni rimandi agli indispensabili contributi dell'esperienza CEDU.

¹⁵ Tra i contributi che affrontano il tema, J-W. MÜLLER, *The EU as militant democracy, or: are there Limits to Constitutional Mutation within the Member States?*, in *Revistas de estudios Políticos*, n. 165, 2014, 141-162; G. MARTINICO, A.M. RUSSO, *Is the European Union a Militant Democracy? The Perspective of the Court of Justice in Zambrano and Kadi*, in *European Public Law*, vol. 21, n. 4, 2015, 659-678, anche se, come si dirà più avanti, la casistica che vede l'utilizzo delle clausole che valoriz-

Considerazioni analoghe possono essere avanzate anche per il sistema CEDU¹⁶.

Secondo uno dei più attendibili studi sul metodo di selezione dei casi nel diritto costituzionale comparato, uno degli approcci che lo studioso può seguire è quello della comparazione tra “casi prototipici”¹⁷,

ziano quella che è stata chiamata l’identità costituzionale europea da parte della Corte di Giustizia UE è ancora limitata e non sistematica.

¹⁶ Che il sistema CEDU possa dirsi aperto a interpretazioni “militanti” è una tesi sostenibile alla luce di quattro fondamentali variabili. La prima variabile è la tecnica interpretativa evolutiva o “secondo principi”; attraverso tale tecnica la Convenzione diviene un *living instrument*, uno strumento vivente da interpretare ed applicare alla luce delle condizioni attuali. È proprio grazie a questa tecnica che i giudici hanno indentificato dei criteri qualificatori del concetto di “società democratica” e dei principi che la caratterizzano. Si capisce come in base a questa tecnica non si tratti solamente più di garantire i diritti, ma di svilupparli in una logica europea. Rilievi critici in tal senso sono espressi da A. PIN, *La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, Padova, 2017, che sottolinea il *judicial activism* della Corte EDU, la quale richiamandosi direttamente «all’evoluzione sociale e alle opinioni politiche e culturali prevalenti nel Continente (...) tenta di anticipare delle tendenze prima che si consolidino» (211). Interpretare il contenuto dei diritti secondo le condizioni attuali significa, infatti, interpretarli alla luce delle esigenze della società democratica moderna. Il carattere innovativo della giurisprudenza della Corte EDU risiede in effetti nel suo indissolubile (e inestricabile) collegamento con la società europea e la sua continua evoluzione in senso liberal-democratico. Una giurisdizione che opera sulla base di principi fondamentali e che non disdegna di considerare gli interessi pubblici alla loro radice come pari-ordinati ai diritti, si assegna un ampio margine di interpretazione nei confronti di questi ultimi, potendo considerarli, alla bisogna, in chiave espansiva o restrittiva. La seconda variabile è il significato sostanziale attribuito al principio democratico che rappresenta la vera e propria «pietra d’angolo per la protezione delle libertà fondamentali» (cfr. CONSIGLIO D’EUROPA, vertice del 17 maggio 2005 e V. FABRE ALIBERT, *La notion de “société démocratique” dans la jurisprudence de la Cour EDH*, in *Revue trimestrelle de droits de l’homme*, 1998, 465-496); A tal proposito, illuminante è la prolusione d’apertura dell’anno giudiziale 2016 del giudice Iulia Motoc, in particolare quando afferma: «*In my view, the same type of safeguard of militant democracy lies in the European Convention on Human Rights. The Convention was created in the aftermath of the Second World War to give Europe a programme through which the most serious human rights violations committed during that war could be avoided in the future. That explains, in part, the constant references to values and principles which are “necessary in a democratic society” throughout the Convention, even though those principles are not at all defined in the Convention itself*» (I. MOTOC, *Human Rights and Terrorism, The Concept of Militant Democracy from the National to the European Level*, Opening of the Judicial Year of the ECtHR – Seminar – Friday 29 January 2016). La terza variabile è la previsione di restrizioni alle libertà fondamentali (c.d. *legitimate aims* dell’interferenza) e i criteri affinché la loro applicazione risulti conforme alle inderogabili necessità democratiche. La quarta variabile è l’istituto del divieto di abuso dei diritti fondamentali. È attraverso questi quattro strumenti che la Corte, dove lo ritenga possibile e opportuno, riesce a valorizzare il carattere protetto della Convenzione EDU e a limitare le libertà della Convenzione laddove esse siano oggetto di abuso da parte di gruppi estremisti.

¹⁷ Di approccio per *prototypical cases* parla R. HIRSCHL, *The Question of case Se-*

che consente di approfondire un numero limitato di oggetti di studio e di dare luogo ad un ragionamento analogico.

L'ampia eterogeneità della categoria di democrazia protetta (vero e proprio concetto contenitore al cui interno è astrattamente inseribile ogni minaccia antidemocratica), i su richiamati scarti tra dato di diritto positivo e dato costituzionale implicito, il diverso apporto che deriva dai vari formanti giuridici nelle varie esperienze, così come la degradazione che la nozione ha sofferto negli ultimi anni soprattutto a opera delle cc.dd. *democrature* dell'est Europa, fanno ritenere che il metodo preferibile per affrontare l'oggetto del lavoro sia appunto quello di limitare l'analisi innanzitutto all'area delle democrazie consolidate dell'Europa occidentale; all'interno di questa si è scelto poi di selezionare tre casi, per le ragioni che si diranno a breve, attuali e paradigmatici.

Per procedere all'indagine comparativa della nozione di democrazia protetta (e del suo "darsi" nell'esperienza concreta) si è reso innanzitutto necessario individuare il «modulo di riferimento che operi come parametro di base»¹⁸, vale a dire il *tertium comparationis* attraverso cui leggere le esperienze nazionali. Nel nostro caso, tale parametro è duplice: (a) il modello *astratto* di democrazia protetta per come è stato ricavato ed elaborato in via teorica dalla dottrina nel corso del tempo e (b) il modello *concreto* (che è anche il *prototipo*) a cui la stessa dottrina ha sempre guardato con interesse per elaborare i propri schemi concettuali: la Germania. Su queste basi l'ordinamento tedesco è, insieme, la *rappresentazione euristica* e la *descrizione esemplare*¹⁹ della democrazia protetta, perché fornisce continuamente concetti e prassi per la riflessione comparatistica.

Il primo aspetto, quello legato alla comparazione storico-teorica²⁰ – ed anche talvolta interdisciplinare, sulla falsariga dell'approccio *kultur-*

lection in Comparative Constitutional Law, in *The American Journal of Comparative Law*, vol 53, 2005, 125 ss., che lo accosta a quello per casi più simili, casi più diversi, casi più difficili e casi anormali.

¹⁸ G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2019, 42-43.

¹⁹ Per riprendere due efficaci concetti utilizzati da A. RINELLA, *La forma di governo semi-presidenziale*, Torino, 1997 nel suo lavoro sulla circolazione della forma di governo francese.

²⁰ Al proposito, si v. le riflessioni dello storico Marc Bloch: «il metodo comparativo ci restituisce, quasi attraverso una sorta di *choc* mentale, quella condizione di differenza che è la condizione indispensabile di ogni sana intelligenza del passato», che ricorda come lo studio di fenomeni occorsi in società simili e contemporanee «costantemente influenzatesi l'un con l'altra, sottoposte nel corso del loro sviluppo (...) all'influenza delle medesime cause» dia risultati scientifici particolarmente fruttuosi. Così M. BLOCH, *Per una storia comparata delle società europee* (1928), in Id, *Lavoro e tecnica del medioevo*, Bari, 1977, 32 ss.

wissenschaftlich di stampo häberliano²¹ – assume un rilievo centrale nel presente lavoro, poiché il procedimento ricostruttivo e comparativo lì sviluppato ci consente di evidenziare la comune origine ed evoluzione di molti concetti che ritroveremo nelle esperienze analizzate.

Per quanto riguarda l'esperienza tedesca essa ha apprestato, a partire dal *Grundgesetz*, un sistema valoriale di riferimento, insieme molto ampio e preciso, approntando strumenti per la difesa proattiva del proprio ordinamento nei confronti di ogni tipologia di estremismo; tale peculiarità – rafforzata da una prassi vivace – è stata oggetto nel tempo di profonda e continua concettualizzazione da parte della dottrina e della giurisprudenza, tanto da rappresentare un'esperienza storica che si è trasformata in modello.

La scelta di esaminare il caso tedesco è dunque un'operazione necessitata perché costituisce una sorta di precondizione per delineare uno scenario di possibili comunicazioni tra ordinamenti che è premessa insostituibile della comparazione: non è possibile procedere alla trattazione in chiave comparata degli istituti caratterizzanti le altre esperienze se prima non si è presentato, con sufficiente sistematicità e organicità, tale prototipo.

Accanto all'esperienza-modello tedesca, si è scelto di prendere in considerazione due esperienze, quella francese e italiana, che per il trascorso storico e la loro comune tradizione giuridica presentano tra loro notevoli somiglianze, ma che sono soprattutto accumulate, con riferimento al tema del presente lavoro, dall'essere comunemente ritenute non inquadrabili nel novero delle democrazie protette.

L'esperienza francese è rilevante sia per ragioni storico-culturali – la tradizione repubblicana che è nata con la Rivoluzione ha rappresentato il primo esempio di proto-difesa democratica – sia per l'*imprinting* sul "clima istituzionale" che tale tradizione ha comportato. L'impatto assiologico di principi non scritti (ma assolutamente vitali) è, per grado di incisività sulla vita dell'ordinamento francese, pari a quello della *Streitbarkeit* per l'ordinamento tedesco. Rispetto a quest'ultimo, a cui per larga parte della propria disciplina si ispira, cambiano i presupposti e le for-

²¹ Ricorda P. RIDOLA, *Il principio di libertà nello Stato costituzionale. I diritti di libertà in prospettiva storico-comparativa*, Torino, 2018, 370, come sia soprattutto merito di Peter Häberle l'aver «avviato un coraggioso rinnovamento del metodo comparativo, il quale muove dalla premessa del carattere intrinsecamente "culturale" della comparazione giuridica. Secondo Häberle, poiché il mutamento culturale "colora (*färbt*)" l'interpretazione costituzionale, l'approccio ad essa non può che essere *kulturspezifisch*, cioè tener conto del fatto che i testi [ma anche i principi e i concetti non scritti] acquistano nelle diverse culture giuridiche, nello spazio e nel tempo, contenuti e significati differenti».

me di legittimità giuridica della forza militante dei suoi principi, tuttavia, come vedremo, in particolare a seguito di quelle che sono percepite come minacce provenienti dall'estremismo islamista, recenti evoluzioni del formante normativo e un'interpretazione evolutiva di quello dottrinale e giurisprudenziale ci mostrano che la Francia rappresenta oggi a tutti gli effetti un prototipo di democrazia che si difende.

L'Italia è un'esperienza più singolare: sebbene si tratti anche in questo caso di una scelta quasi obbligata: la comunanza di storia con la Germania (il loro comune passato autoritario) e il clima istituzionale post-bellico hanno imposto l'elaborazione (o la conservazione) di alcuni istituti di livello costituzionale e normativo tipici del modello di democrazia protetta; dall'altra parte, questi strumenti non hanno trovato un'applicazione sistematica e univoca e tale confusione si è riverberata sulle esigenze di protezione che negli ultimi anni si sono poste con riferimento alle minacce neofasciste e islamiste.

L'intento principale del presente lavoro è quello di dimostrare, attraverso la disamina di alcuni elementi – storici, di sistema, normativi e di semplice prassi – ritenuti rilevanti dalla società, dagli studiosi e dagli operatori del diritto, come questi due Paesi siano riconducibili alla categoria delle democrazie protette, non solo «legislativamente»²² (ovvero con modalità normative equiparabili o subordinate alla legge ordinaria), ma anche «costituzionalmente» (in virtù della propria peculiare tradizione storico-costituzionale e di alcuni fondamentali ed inequivocabili rimandi compiuti nei rispettivi testi fondamentali).

Il problema che si porrà nel corso del libro è, dunque, quello di dare un inquadramento costituzionale e dottrinale, una veste coerente non solo a ciò che potenzialmente Francia e Italia potrebbero diventare, ma soprattutto a ciò che la prassi (istituzionale e giurisprudenziale) dei due Paesi ci dimostra già essere una realtà.

Ciò premesso, il lavoro è articolato come segue.

Inizialmente si presenteranno i criteri che caratterizzano il modello teorico alla base dell'esperienza concreta di riferimento: si ripercorrerà così il rapporto tra Stato e le manifestazioni di estremismo e fondamentalismo che parte della dottrina riconduce al fenomeno conosciuto come il ritorno del sacro nella scena pubblica (capitolo I) e si analizzeranno poi le riflessioni dogmatiche sull'archetipo di democrazia protetta così come il presupposto storico-empirico che ha dato inizio a tali

²² La definizione di esperienze «legislativamente protette» si deve ricondurre a A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale negli Stati Uniti d'America*, Padova, 1977, 25, in cui egli inserisce ogni ordinamento che «non trova giustificazione in un nucleo di valori non revisionabili ed è costrett[o] ad un confronto permanente con le norme ed i principi costituzionali relativi ai diritti di libertà».

riflessioni: l'esperienza di Weimar (capitolo II); successivamente (capitolo III) verrà preso in esame l'ordinamento tedesco, per le ragioni su esposte.

Una terza parte sarà dedicata alla comparazione tra il sistema francese e quello italiano (capitolo IV), alla luce delle risultanze del modello tedesco analizzato nella parte che precede, per verificare in che termini e fino a che grado si registri un'evoluzione omogenea degli strumenti, dei presupposti e delle garanzie della democrazia militante in questi tre sistemi.

Il fine è pertanto quello di provare a individuare le analogie e le differenze tra le tre esperienze individuate (tenendo presente che la Germania costituisce anche l'esperienza-modello di partenza), di ricostruire, attraverso i necessari confronti, una classificazione comune valida e universalmente applicabile e, infine, di dimostrare, attraverso la reciproca relazione causale, la presenza in Francia e in Italia delle forme tipiche della categoria di democrazia protetta.

Le tre esperienze saranno analizzate alla luce di tre grandi ambiti.

Il primo è quello legato all'esistenza di una forza di resistenza passiva dei testi costituzionali in funzione della creazione di una *Wertordnung*. L'attenzione si concentrerà quindi sulla già richiamata *formula politica istituzionalizzata*.

Il secondo è quello degli istituti che tradizionalmente si riconducono al sistema militante tedesco e, più in generale, a ogni altro sistema militante, in particolare le restrizioni alle formazioni associative anche attuate attraverso la categoria dell'abuso dei diritti.

Il terzo è quello delle garanzie, vale a dire delle procedure e, in particolare, degli organi predisposti all'attivazione delle procedure, alle decisioni e alla verifica della legittimità di quest'ultime. L'ultimo ambito è quello degli organi di garanzia, tuttavia esso si esaminerà come parte a sé soltanto con riferimento all'esperienza tedesca; in Francia e in Italia, non esistendo alcun organo di protezione esclusivo, sarà trattato solo all'interno dell'analisi dei procedimenti di messa al bando delle associazioni.

In un contesto altamente interconnesso e complesso, ogni ricerca di diritto comparato non può esimersi dal prendere in considerazione le risultanze del diritto sovranazionale che giustamente è stato definito come «un laboratorio paradigmatico della comparazione giuridica e come banco di prova del metodo comparativo»²³. Per queste ragioni, non ci si è potuti esimere dal prendere in considerazione alcune risultanze nell'ambito della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

²³ Così P. RIDOLA, *Il principio di libertà nello Stato costituzionale*, cit., 369.

Tuttavia, per la peculiare posizione che riveste il sistema CEDU e per la sua natura di sistema – e non di ordinamento²⁴ – si è preferito trattare alcune pietre miliari all'interno dell'esame dei casi nazionali, si è scelto cioè di leggere il fenomeno convenzionale attraverso le categorie giuridiche del diritto costituzionale. L'obiettivo di tutela democratica della CEDU, infatti, non riguarda il sistema convenzionale stesso, ma le dinamiche interne ai singoli Stati²⁵. Questo tipo di approccio ha permesso di mantenere il *focus* sulla comparazione tra ordinamenti e di utilizzare le risultanze della Corte di Strasburgo come parametro di comparazione con le singole esperienze costituzionali.

Sebbene stia via via rinforzando strumenti di tutela dei beni democratici che possono essere verosimilmente accostati a quelli tradizionalmente in capo agli Stati, anche l'ordinamento dell'Unione europea non farà parte del corpo nella ricerca; le ragioni dell'esclusione, che saranno meglio definite nel § 1.1. del prossimo capitolo, sono legate soprattutto alle deficienze ordinamentali dell'impianto comunitario

²⁴ È ormai accertato che il diritto vivente convenzionale è una fonte di ispirazione giuridica anche per molti ordinamenti extra-europei ed extra-convenzionali in virtù del suo ruolo di fattore implementatore dei principi liberal-democratici: di «*standard-setter*» e «*upholder of liberal-democracy*» in riferimento alla Corte di Strasburgo parla J. ZAND, *The Concept of Democracy and the European Convention on Human Rights*, in *Univ. of Baltimore Journal of International Law*, vol. V, n. 2, 2017, 195-227, 197. Tuttavia, l'ordine pubblico delineato dalla Corte EDU, in quanto *standard* minimo ed originario di protezione dei diritti, costituisce la base sulla quale operano gli ordinamenti in materia di libertà di prima generazione e perciò si pronuncia secondo parametri che non sono necessariamente quelli di un giudice nazionale.

²⁵ Come è stato giustamente affermato la CEDU rappresenta «una sorta di ricognizione di tendenze emergenti in materia di «*nuovi diritti*» (in tal senso, D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: La CEDU da fonte subordinata a fonte "subcostituzionale" del diritto*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, nonché un *altro* modo di interpretare i diritti e i loro limiti, modo che necessariamente si riverbera, nella sostanza, sul piano nazionale. La precisazione è d'uopo perché, secondo la giurisprudenza della Consulta, a quest'ultima «*compete di apprezzare la giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata ad inserirsi*» (sent. N. 236/2011). Così, come ricorda R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Consulta Online*, 24 dicembre 2018, 627, «Il riferimento al rispetto "sostanziale" della interpretazione della Corte Edu ed il riconoscimento di "un margine di apprezzamento" consentono all'evidenza alla Corte costituzionale di far valere, rispetto alla giurisprudenza europea, le caratteristiche dell'ordinamento italiano e quindi di seguire anche soluzioni non del tutto aderenti alla giurisprudenza di Strasburgo». Sull'impatto della Convenzione sulle leggi nazionali e sulla missione "civilizzatrice" della Corte, cfr. D. HARRIS, J.M. O'BOYLE, *at. al.*, *Law of the European Convention of Human Rights*, Oxford, 2018, 36 ss.

che si riverberano sull'applicazione degli stessi principi democratici che esso intende tutelare e promuovere.

3. I limiti esterni della ricerca: libertà di manifestazione del pensiero individuale e stato di eccezione

Si è detto, e giova ripeterlo, che il fine ultimo del lavoro sta nel delineare la convergenza dei modelli e delle prassi di alcuni ordinamenti che contemplano la difesa del loro assetto costituzionale, soprattutto attraverso l'analisi delle problematiche connesse al tema dell'associazionismo antisistema (*rectius* anticostituzionale). In tal modo si cercherà di verificare in che misura le esigenze di protezione della democrazia abbiano inciso nella disciplina delle libertà fondamentali e, in particolare, di quella di associazione.

Ma l'analisi dei confini della protezione democratica contro condotte sovversive richiede anche un ulteriore chiarimento di ordine metodologico, ai fini della ulteriore delimitazione dell'oggetto del lavoro, su quali ambiti *non* si esamineranno.

Resteranno fuori dalla nostra indagine, innanzitutto, le problematiche connesse al rapporto tra estremismo e manifestazione individuale del pensiero. Se è vero che quest'ultima costituisce lo strumento atomico della partecipazione del singolo alla vita pubblica, è però solo l'espressione collettiva che può rendersi idonea a mettere in pericolo la stabilità del sistema democratico e, dunque, a consentire un'anticipazione di tutela che, prescindendo dal perfezionarsi del singolo fatto di reato, abbracci un orizzonte più vasto.

Certamente, l'espressione razzista può essere – e in effetti è sempre più – vista come una violazione dei valori democratici²⁶, tuttavia a sostegno della scelta di escludere la trattazione dei limiti alla libertà di espressione individuale sta l'assenza di elementi di intrinseca pericolosità che proiettano a un livello più strutturato il fatto commesso, un livello da cui solo possano essere generate minacce che minino le fondamenta della società.

L'importanza di un'analisi specifica dell'estremismo in chiave associativa – e non dell'estremismo *tout court* – dipende infatti anche dal fatto che il fenomeno dell'estremismo nel suo complesso, trattandosi di

²⁶ Così K.L. SCHEPPELE, *Aspirational and aversive constitutionalism: the case for studying cross-constitutional influence through negative models*, in *Int. J. Const. Law*, 1(2), 2003, 296-324, nel fare riferimento alle norme progettate per proteggere i gruppi sociali vulnerabili da discorsi dannosi, come nel caso dell'incitamento all'odio.

una manifestazione specificamente sociale, resiste ad una lettura incentrata esclusivamente sull'individuo²⁷.

In tale prospettiva il rapporto tra limiti individuali e collettivi rappresenta un punto essenziale per individuare la natura di un sistema: la presenza dell'uno e/o dell'altro, il grado di definizione ideologica di questi limiti (cosa non si può sostenere), distinguono tra modelli di non protezione e modelli di protezione, cioè tra modelli che limitano la libertà di espressione per la preservazione dell'ordine sociale e veri e propri modelli di fedeltà, tali da implicare una configurazione di situazioni giuridiche soggettive che impongano di astenersi da comportamenti giudicati "infedeli".

La scelta di concentrare l'attenzione sull'aspetto collettivo piuttosto che su quello individuale è giustificata, in particolare in Italia, anche dall'esigenza, su un piano strettamente teorico, di colmare una lacuna della dottrina costituzionalistica sul tema, e, su un piano pratico, dall'interesse di ripercorrere in maniera sistematica le linee interpretative che hanno guidato, con risultati alterni, giudici e legislatore nel loro rapporto con l'associazionismo antisistema. Il dovere di fedeltà (art. 54 Cost) – di cui si tratterà più estesamente nel cap. IV, sez. I, § 1.2. – è sotto questo aspetto paradigmatico, essendosi a esso, e praticamente solo a esso, ricondotto l'effetto diretto dell'instaurazione di un tipo di regime protetto nel nostro Paese, sebbene le previsioni costituzionali di natura collettiva che prevedono un'adesione alle fondamenta costitutive dello Stato sia ricavabile da molti elementi. Anche il problema della manifestazione di pensiero discriminatoria minante i valori democratici della società verrà quindi analizzata solo quando essa assuma una forma collettiva.

Il secondo punto che merita una precisazione preliminare è che la democrazia protetta non coincide con lo stato di eccezione. Anche se non si può escludere che la presenza di situazioni eccezionali sia strumentalizzata al fine di introdurre, in chiave autoritaria, una protezione di valori statuali²⁸, si tratta di due approcci del tutto differenti. Con stato di eccezione, fin dall'epoca post-weimariana, i teorici della dottrina dello Stato e della storia delle idee politiche intendono quella condizione contemplata da una norma che permette un'attività di intervento dell'esecutivo di tipo straordinario in particolari momenti di disordi-

²⁷ Secondo W. BION, *Esperienze nei gruppi ed altri saggi*, Roma, 1972, è il gruppo che delega inconsciamente (quando non consciamente) ad essere portatore di una tensione estremista che egli esprime in profondo contatto con il gruppo.

²⁸ Questo aspetto è affrontato, tra gli altri, da A. VEDASCHI, *La disciplina degli stati di eccezione*, in G.F. FERRARI (a cura di), *La nuova Legge fondamentale ungherese*, Torino, 2012, 149-174.

ne e di pericolo²⁹. In tale contesto vengono così *extra-ordinariamente* limitate alcune libertà fondamentali per garantire il funzionamento dello Stato o per garantire interessi collettivi che sono alla base dell'ordinamento democratico. Due, in particolare, sono gli aspetti ricorrenti nello stato di eccezione: a) la condizione giuridica atta a sospendere e disapplicare norme che valgono in periodo di normalità; b) la riconosciuta necessità di prendere decisioni a scopo di difesa pubblica e di ristabilire le condizioni normali di sicurezza e di ordine. Vi sono molti punti di contatto tra democrazia protetta e stato di eccezione, soprattutto in merito all'oggetto della tutela (limitazione di diritti fondamentali) e al suo scopo (garantire l'ordine costituzionale). In entrambi i casi, poi, la giustificazione delle decisioni che sono alla loro base hanno natura politico-costituzionale e pertanto sono suscettibili di controllo di costituzionalità. Ma oltre a queste similitudini, tra i due strumenti ci sono differenze fondamentali, per impostazione e finalità, che devono essere tenute presenti ai fini della trattazione. L'attivazione dei meccanismi di democrazia protetta non comporta né rotture né sospensioni dell'ordine costituzionale. Diversamente, perché si abbia stato di eccezione occorre che si verifichi un mutamento sostanziale del quadro di legittimità costituzionale o perlomeno di quella che Mortati per primo ha definito come "costituzione materiale". La cifra che caratterizza la relazione tra tali forme di garanzia dell'ordine costituzionale sta nella separazione tra normale e eccezionale, tra fisiologico e patologico. Mentre nello stato di eccezione, i pubblici poteri sono demandati a ricorrere a provvedimenti straordinari per fare fronte ad una situazione straordinaria, nella democrazia protetta l'azione è finalizzata a contrastare l'esercizio "abusivo" di un diritto fondamentale in presenza di

²⁹ La nascita del moderno concetto di stato di eccezione sembra dover essere ricondotta al primo periodo rivoluzionario francese. Lo Stato francese, che si trovava di fronte alla necessità di affrontare situazioni interne straordinarie, percepiva il dovere di dotare le proprie azioni *extra ordinem* di un fondamento di legittimità giuridica. Per molto tempo si ricorse al concetto di stato d'assedio, svincolandolo però dalla contingenza di pericolo prodotto da un nemico esterno e collegandolo invece ad emergenze connesse alla politica interna. Si parlava infatti di stato di assedio "fittizio" o "politico", considerato come fenomeno di esclusiva rilevanza interna. Per un approccio dogmatico, oltre all'ineludibile riferimento a quello che è ritenuto il suo massimo teorizzatore, C. SCHMITT, *Politische Theologie* (1922), trad. it. *Teologia Politica*, in G. MIGLIO (a cura di), *Le categorie del politico*, Bologna, 2008, 33 ss., cfr. anche G. AGAMBER, *Stato di eccezione*, Torino, 2004 e, anche se risalente, G. DE VERGOTTINI (a cura di), *Costituzione della difesa e stati di crisi*, Bologna, 1991; sull'(ormai permanente) stato di eccezione per la lotta al terrorismo internazionale, ID., *La difficile convivenza tra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo. Gli ordinamenti nazionali*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 37, n. 111, 2004, 1185-1211.

condizioni normali di funzionamento della democrazia. Ciò che è “patologico” o, per così dire, *extra ordinem*, nel processo di protezione democratica non è la situazione di fatto, ma la condotta dell’agente. I provvedimenti ispirati ad esigenze di protezione democratica non rivestono carattere eccezionale né di urgenza. Al contrario, le norme generali o speciali che sono finalizzate alla protezione ideologica della democrazia richiedono proprio una strutturazione normale dei rapporti di vita, qualificandosi tutt’al più, se si vuole, come delle “auto-rotture” tutte interne al sistema e volte a prevenire l’insorgere di situazioni di fatto *extra ordinem*. In questa prospettiva, l’organizzazione della protezione costituzionale nelle forme della democrazia militante si pone al polo opposto rispetto allo stato di emergenza e si concretizza nel costruire un sistema e una prassi che nel quotidiano affronta l’esercizio patologico dei diritti fondamentali, prevedendolo e prevenendolo.

Il terzo ambito che non si esaminerà, per quanto esso trovi punti di convergenza con il tema trattato nel lavoro, è quello legato allo Stato preventivo. Con questa espressione si è soliti fare riferimento a un tipo di Stato che si è affermato negli ultimi anni e che è orientato alla sicurezza interna, in particolare contro il fenomeno terrorista. Si tratta di un paradigma simile, ma non sovrapponibile a quello della democrazia militante perché gli oggetti sono fundamentalmente diversi³⁰. In entrambi i casi alcuni diritti potrebbero essere ristretti e alcune associazioni bandite; tuttavia, a differenza della vera e propria democrazia militante, che si confronta apertamente con quelli che ritiene essere partiti e associazioni antidemocratiche, gran parte delle attività dei gruppi terroristi sono clandestine e non mirano a sovvertire e sostituire i valori di una società, ma a recare danno a quest’ultima.

All’interno di queste linee, insieme teoriche ed empiriche, si muoverà la ricerca che, pur non avendo nessuna pretesa di completezza, vuole provare a identificare nei caratteri di tre esperienze la fondamentale decisione politica che ne è alla base e a definire gli strumenti a loro disposizione per assicurare, insieme alla massima espansione della libertà di associazione religiosa, anche una effettiva garanzia di tutti gli altri diritti di libertà che tale ordine fondamentale garantisce e promuove.

³⁰ A. SAJÓ, *From Militant Democracy to the Preventive State?*, in *Cardozo Law Review*, 27, n. 5, 2006, 2255-2295.