

Terrorismo internazionale e sfide alla democrazia

di Giuseppe de Vergottini*



Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – Azione del terrorismo e protezione dell'ordine costituzionale. § 3. – I regimi emergenziali previsti e non previsti dalle Costituzioni. § 4. – La contrarietà a formalizzare regimi derogatori della Costituzione nella prassi recente. § 5. – Mancata proclamazione formale ma pur sempre ricorso a interventi derogatori. § 6. – Il bilanciamento fra tutela della sicurezza e garanzie dei diritti. § 7. – Cosa si intende per diritto alla sicurezza. Il confronto fra sicurezza e garanzie dei diritti

dei sospetti o effettivi terroristi. § 8. – Legislazione repressiva e altro. § 9. – Il ruolo dei giudici nell'assicurare il bilanciamento tra l'esigenza di sicurezza e garanzia dei diritti fondamentali. § 10. – Conclusioni.

§ 1. – *Premessa*

Il radicarsi del terrorismo in molti Paesi ha prodotto una profonda modificazione del *rapporto fra libertà civili e tutela della sicurezza*, comportando l'introduzione di misure a prima vista incompatibili con la concezione liberale dello stato di diritto che appaiono giustificate dalle nuove forme di criminalità che hanno messo a repentaglio la sicurezza dei cittadini e dei sistemi politico-sociali in cui vivono. Si appannano alcuni diritti, fin a pochi anni or sono considerati inderogabili, a partire da quelli più direttamente inerenti alla persona umana, destinati a sicure ridefinizioni concettuali e ad un abbassamento vistoso della loro tutela in modo da rendere credibile un livello ineliminabile di sicurezza individuale e collettiva, allo scopo di contrastare in modo efficace gli episodi di terrorismo.

La difesa dagli attacchi terroristici ha condotto ad adottare misure anche preventive che inevitabilmente incidono sull'ordinario regime dei diritti previsto dai diversi ordinamenti. Dopo i tragici eventi del settembre 2001, si è assistito in tutti i continenti a una profusione di

* *Alma Mater Studiorum* - Università degli Studi di Bologna.

disposizioni relative alla lotta contro il terrorismo, alla lotta contro la criminalità organizzata transnazionale, alla lotta contro l'immigrazione clandestina, considerata potenziale tramite di terroristi.

La pretesa di *ottenere sicurezza senza compromettere i diritti* è ricorrente in sede nazionale e internazionale. Essa è di facile asserzione ma di problematica attuazione, in quanto è fuori discussione che di fronte a pericoli estremi quali quelli che presenta il terrorismo solo misure radicali potrebbero, anche se non scongiurarne le conseguenze, almeno limitarle. Si è riproposta quindi una realtà tipica delle situazioni interne e internazionali di emergenza, in cui i diritti sono chiamati a recedere di fronte alla inevitabile esigenza di interventi che garantiscano la sopravvivenza delle comunità minacciate. Di fronte a pericoli gravi è apparso naturale ricorrere a *misure preventive e repressive* particolarmente forti, ponendo a volte da parte le preoccupazioni per il rispetto delle garanzie che sono naturalmente considerate proprie degli ordinamenti democratico-liberali, con possibile pregiudizio per i diritti di libertà personale e la *privacy* individuale. In altre parole, in simili circostanze si manifesta il rischio non tanto di instaurare stabilmente un regime di negazione dei principi di fondo della democrazia liberale, quanto di giungere alla adozione di misure, più o meno organiche e più o meno protratte nel tempo, che per proteggere le libertà si pongano in una inconciliabile contraddizione con le stesse.

Secondo una condivisa opinione, per essere accettabili le limitazioni dei diritti di libertà dovrebbero avvenire in modo da non compromettere i principi garantisti propri delle Costituzioni, rispondendo a precise condizioni: gli interventi limitativi dovrebbero essere consentiti dalla legge, dovrebbero essere solo quelli inevitabili, dovrebbero essere proporzionati al pericolo corso, dovrebbero scaturire da un giudizio di bilanciamento fra sicurezza e libertà sottoponibile sia ai controlli parlamentari che a quelli giurisdizionali.

I molti condizionali indicano di per sé stessi la problematicità del rispetto dei principi garantisti. Dal punto di vista pratico occorre dire che, per quanto nei vari ordinamenti ci si sforzi di mantenere saldi i principi dello stato di diritto, le misure da adottare per prevenire e reprimere non possono che essere affidate agli organi di sicurezza che dovranno di volta in volta decidere. Il *bilanciamento* sfugge in concreto a una credibile programmabilità e rimane quindi largamente indeterminabile. Inoltre, va pure sottolineato come, anche se in una cornice di notevole omogeneità di principi, negli Stati democratici cambi sensibilmente l'atteggiarsi verso la sicurezza, e quindi verso il modo di concepire il bilanciamento: vi sono Paesi, come gli Stati Uniti e la Gran Bretagna, in cui il rigore con cui viene tutelata la sicurezza è sensibil-

nale si veniva a inserire in una situazione ambientale già seriamente pregiudicata dal terrorismo locale. Dato comune della più recente normativa antiterrorismo è offerto da misure di aggiornamento e aggravamento delle fattispecie di reato e delle pene, dall'incremento dei poteri investigativi di polizia, dalla limitazione più o meno estesa dei diritti degli indagati ivi compresa la loro libertà personale fino a giungere in alcuni paesi a detenzioni a tempo indeterminato senza processo, dalla vistosa riduzione delle garanzie giurisdizionali. Altro dato comune è il tendenziale ricorso a fonti ordinarie senza il clamore di proclamazioni formali di stati emergenziali. Infine dovunque la situazione di pericolo agevola l'adozione di normative restrittive equivocamente di circostanza ma destinate probabilmente a divenire definitive come dimostra il loro inserimento nella compagine codicistica. E questo sia ove si utilizzi lo strumento della legge, come quando si modifichi la disciplina dei codici introducendo nuove figure di reato, sia quando si introducano, come spesso si è fatto, misure legislative a tempo dichiarate prorogabili dopo vaglio parlamentare. L'impressione complessiva è che, fino a che permanga la situazione internazionale di conflitto o di grave tensione con evidenti rischi di una sua ripercussione interna, la legislazione limitativa dei diritti sia destinata a cronicizzarsi e che di conseguenza la garanzia dei principi dello stato di diritto finirà per concentrarsi sulla consistenza ed efficacia dei controlli affidati alle giurisdizioni come pure sui controlli che, su altro piano, potranno esercitare le rappresentanze politiche parlamentari.

Abstract

Terrorism is one of the threats against which the States must protect their citizens. They have not only the right but also the duty to do so. But States must also take the greatest care to insure that counterterrorism legislation does not become an occasion used to justify violations of human rights and recognised humanitarian standards. The broader question is whether the contemporary counterterrorism paradigm is based in due process or in a legal regime based on the state of exception that minimizes individual rights. That is, does the civil democratic society of the western area discard core principles in the face of an ongoing, viable threat; or are political rights and national security rights effectively balanced in order to protect both? The article analyzes the reaction of the European and Italian emergency legislation against the risks of terrorist attacks at domestic and international level. Answering this question requires analyzing the interface between threats and rights, and in particular the extent to which society responds to the former while protecting the latter.

Danno e risarcimento civile da inadempienza statale

di Morris L. Ghezzi*



Della Responsabilità LXI

Tutti i partecipi dei poteri e tutti i pubblici ufficiali della Reggenza sono penalmente e civilmente responsabili del danno che allo Stato al Comune alla Corporazione al semplice cittadino rechino le loro trasgressioni, per abuso, per incuria, per codardia, per inettezza.

La Carta del Carnaro, 1920

Morris L. Ghezzi R.I.P. Questo è l'ultimo scritto di Morris L. Ghezzi, scomparso dopo una lunga malattia a Milano, il 22 aprile scorso. Morris era un vecchio amico; lo conobbi per la prima volta a casa di Renato Treves verso la fine degli anni Ottanta. Ghezzi era infatti sociologo del diritto (specialmente penale), ma non solo: era uno studioso attento della filosofia (in particolare di Spinoza) e curava interessi di natura mistico-esoterica a lato della sua attività professionale, scientifica e politica. Socialista, libertario per molti aspetti, ma dotato di un senso della responsabilità civile molto forte, fu sempre attento al momento empirico della ricerca scientifica, nel senso di una previa accettazione della differenza tra ciò che è e ciò che "deve essere", tra giudizi di fatto e giudizi di valore.

Ciò lo aveva portato ad elaborare una concezione "nichilista" del mondo, argomentata nel suo ultimo libro, pubblicato poco prima della sua scomparsa con una prefazione di Emanuele Severino: *Il diritto come estetica. Epistemologia della conoscenza e della volontà: il nichilismo/nihilismo del dubbio* (Milano, Mimesis, 2016), al quale il lavoro qui pubblicato si riallaccia. Morris mi aveva chiesto di scrivere una postfazione al libro, cosa che feci mostrando, pur nell'apprezzamento per la sua libertà e onestà intellettuale, anche tutte le differenze che mi separavano dalla sua posizione (e ciò vale anche per alcune delle pagine che seguono). Si trattava per molti aspetti del suo "testamento" filosofico, rispetto al quale, quindi, era tanto più spontaneo un atteggiamento di dialogo, secondo quelle linee culturali proprie di una società intellettuale alla quale appartenevamo entrambi e che sembra assottigliarsi giorno dopo giorno, lasciando sempre più spazio alla prepotenza, alla sordità, alla incapacità di ascoltare la visione dell'altro, anche quando si pensa di non essere d'accordo.

Viviamo in un'epoca di decadenza. Morris ne era consapevole, ma volle accettare la sfida dell'impegno civile e politico. Esponente di spicco della Società Umanitaria di Mi-

* (1951-2017) Università degli Studi di Milano.

lano, fu sempre nemico di ogni ubris, a partire da quella che riteneva la più distruttiva del senso della partecipazione politica democratica (e del conflitto e delle idee) dei singoli, ovvero l'eccesso di potere acquisito dalla magistratura italiana a partire da Tangentopoli. Sul potere giudiziario ha scritto lavori importanti, di analisi sociologica e critica politica. In quest'ultimo ambito Ghezzi, attento alla lezione di Gobetti e critico delle promesse non mantenute della democrazia italiana dal Risorgimento ad oggi, fu un teorico del federalismo laico e democratico, sul quale ha ugualmente pubblicato lavori interessanti.

Il suo scritto più significativo resta tuttavia, a mio parere, la raccolta di saggi pubblicata sotto il titolo *La scienza del dubbio. Volti e temi di sociologia del diritto* (Milano-Udine, Mimesis, 2009). *Scienza e dubbio: ovvero ricerca della verità partendo dal necessario scetticismo sulle cose e sugli uomini. Questa Rivista ha pubblicato in passato altri lavori di Morris Ghezzi. Mi piace però ricordare qui anche il libro di uno studioso spagnolo, Elias Diaz, Etica contro politica. Gli intellettuali e il potere, da lui tradotto e curato nel lontano 1992 per una collana che allora dirigevo, "Società e diritto" (Napoli, Edizioni scientifiche italiane), perché proprio da quella esperienza nacque la nostra amicizia.* [Agostino Carrino]

Il concetto di *Stato* esprime al contempo una speranza politica ed una realtà storica. La speranza politica è riconducibile, da un lato, alle aspettative di tutela e di godimento di servizi da parte della totalità dei sudditi/cittadini e, dall'altro lato, al desiderio di gestione del potere proprio dei gruppi sociali dominanti. In quanto realtà storica, invece, lo Stato si presenta come una organizzazione, come una burocrazia finalizzata ad ottenere e conservare il monopolio sociale dell'uso della forza. Uso della forza che può concretizzarsi sia in forme di repressione, sia in erogazioni di beni e di servizi alla popolazione. Risulta ovvio che il concetto di *Stato*, cui si fa riferimento in questa sede, è riconducibile alla materializzazione istituzionale, che si è andata formando nel mondo occidentale negli ultimi cinquecento anni e non è estendibile a qualsiasi organizzazione sociale – passata o presente – espressione di tradizioni, di elaborazioni culturali e di processi storici differenti.

Nei limiti di questa definizione, dunque, emerge con prepotenza un tema giuridico ineludibile e maggiormente ineludibile alla luce dell'ormai pacifica identificazione compiuta da Hans Kelsen tra ordinamento giuridico e Stato:

«Lo Stato quale comunità giuridica non è qualcosa di diverso dal suo ordinamento giuridico, come la corporazione non è distinta dal suo ordinamento costitutivo»¹.

Il tema richiamato riguarda il principio legittimante l'ordinamento giuridico e quindi, conseguentemente, anche lo Stato. La legittimazione consiste in una sorta di delega di potere proveniente da una enti-

¹ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, Etas Libri, 1974, 186.

leggi, poiché in tale caso abbandonerebbe la categoria dello Stato totalitario, assoluto, etico¹² per entrare in quella della dittatura, della tirannide. Il tema risarcitorio in questa seconda ipotesi non si pone, infatti alla tirannide si risponde con la ribellione, ossia con la rottura non solo del *pactum subiectionis*, ma anche con l'abbandono dello stesso ordinamento giuridico statale¹³.

In entrambe i casi, tuttavia, il suddito/cittadino resta libero da qualsiasi obbligo nei confronti dello Stato e non è più vincolato ad ottemperare all'ordinamento giuridico statale, riacquista la propria libertà contrattualistica nei confronti di chi più gli aggrada. Lo Stato può negare tale libertà, ma non in nome del diritto, di un ordinamento giuridico non più vincolante per il suddito/cittadino, bensì *in forza della pura forza*, della mera violenza.

Abstract

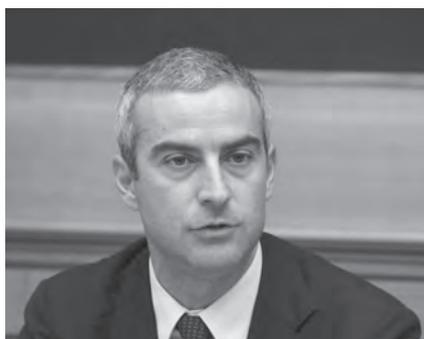
Imagined as a construction for keeping peace in Europe, the modern State has become, as a "subject" administering and enforcing law, something superior to the individuals, who regard it more as an enemy than as an equal. This represents a contradiction in the legal State, which should put all the citizens and organizations on service for citizens on a level of equality as far as rights and duties are concerned. This specially as far as penal law is considered, whose defects are here exposed.

¹² Neppure lo storicismo metafisico di Friedrich Hegel, che celebra l'avvento dello Stato Etico, consente nel rapporto sudditi/cittadini-Stato di sottrarsi alla logica pattizia, proprio in quanto metafisico. Infatti, in tale dimensione qualsiasi entità concreta od astratta, empirica o non empirica può essere predicata di metafisicità. Un minerale, un vegetale, un astro, un animale ed anche l'Essere umano e lo Stato possono aspirare a divenire entità metafisiche, ma tutte sullo stesso piano di parità: una entità metafisica vale l'altra. Pertanto lo Stato vale quanto il singolo Essere umano sul piano dell'autonomia e conseguentemente può opporsi allo Stato con un proprio ordinamento giuridico o convenire di fondare con altri Esseri umani un nuovo ordinamento giuridico statale od anche di aderire ad un altro ordinamento giuridico statale preesistente.

¹³ «Ci dicono che la legge di natura autorizza ogni uomo a difendere se stesso, anche contro il re in persona: che ci spieghino, allora, come mai la stessa legge potrebbe non autorizzare, e molto più che autorizzare, uno Stato o un intero popolo a far giustizia di colui dal quale qualsiasi privato può legittimamente difendersi, vedendo che la giustizia fatta, di qualsiasi genere, è una difesa dei buoni e una punizione dei cattivi, e quella fatta su un tiranno altro non è che la necessaria autodifesa di un'intera comunità». J. MILTON, *Uccidere il tiranno*, cit., 85.

Sistema elettorale e ordinamento costituzionale. Profili di teoria generale

di Andrea Morrone*



Sommario: § 1. - Obiettivi e traiettorie del discorso. § 2. - Costituzione e sistema elettorale. a) La problematica dei limiti costituzionali alla formula elettorale. § 3. - (*segue*): b) Il limite del principio di voto eguale nelle sue applicazioni: b1) la giurisprudenza costituzionale tedesca. § 4. - (*segue*): b2) la tormentata vicenda delle leggi elettorali italiane e la giurisprudenza costituzionale. § 5. - (*segue*): c) Eguaglianza del voto in entrata e in uscita? Risposte secondo il principio democratico. § 6. - Partiti politici e sistema elettorale. § 7. - Forma di governo e sistema elettorale. § 8. - Tirando le fila.

per Augusto Barbera

§ 1. - Obiettivi e traiettorie del discorso

Quando si discute di legge elettorale, si tende a comparare i sistemi elettorali in senso stretto lasciando sullo sfondo le questioni di principio. In questa sede, ritengo interessante discutere della relazione tra sistema elettorale e ordinamento costituzionale, da un triplice punto di vista: i rapporti tra 1) Costituzione e sistema elettorale; 2) regime dei partiti e sistema elettorale; 3) forma di governo e sistema elettorale. L'obiettivo è riflettere su alcune tendenze riscontrabili in sede comparatistica, specie alla luce del contributo della giurisprudenza costituzionale, per tratteggiare alcuni lineamenti di una teoria costituzionale. L'analisi è dedicata agli ordinamenti statali riconducibili al costituzionalismo liberaldemocratico.

* *Alma Mater Studiorum* - Università degli Studi di Bologna.

§ 2. – Costituzione e sistema elettorale. a) La problematica dei limiti costituzionali alla formula elettorale

Se si svolge un'indagine di diritto comparato, è possibile accertare che, in genere, le costituzioni liberaldemocratiche prescrivono *taluni* limiti alla potestà legislativa in materia elettorale. Per finalità descrittive, distingo questi limiti costituzionali in due tipi: limiti *formali*, limiti *materiali*. Tra i primi rientrano i casi di previsione di una specifica formula elettorale¹, oppure di norme procedurali *ad hoc*².

Tra quelli che ho chiamato limiti *materiali*, rientrano le disposizioni costituzionali di *principio*, caratterizzanti il "regime politico" o la "costituzione materiale" o l'«ordinamento costituzionale» (secondo il significato assunto da A. Barbera³), che vincolano la legislazione elettorale in maniera non necessariamente diversa da quanto accadrebbe per qualsiasi manifestazione del potere legislativo (si pensi, ad esempio, al principio di eguaglianza).

Una prima differenza tra le due categorie è di *grado*, analoga a quella che permette di separare concettualmente *regola* e *principio*: nel senso che i limiti formali riducono la discrezionalità del legislatore positivo in misura maggiore di quanto non accada per i limiti materiali. Ma non è possibile assumere quest'ultima asserzione in termini di verità. Basti pensare al più rilevante prototipo di positivizzazione di una formula elettorale, come il caso spagnolo, che dimostra come la previsione di "*criterios de representación proporcional*", da parte della Costituzione (art. 68, comma 3), non abbia impedito ampi margini

¹ In questa sede uso il concetto di 'sistema elettorale' come l'intende S. ROKKAN, *Citizens, elections, parties*, trad. it. di P. Ignazi, *Cittadini, elezioni, partiti*, Bologna, il Mulino, 1980, 231 ss., quando parla delle elezioni come «procedure istituzionalizzate per la scelta di rappresentanti selezionati tra alcuni o tutti i membri ufficialmente riconosciuti di un'organizzazione». Il discorso è limitato all'elezione delle assemblee politiche nazionali e, solo quando mi riferisco al meccanismo specifico di trasformazione dei voti in seggi, uso l'espressione più contenuta di 'formula elettorale'. Per l'opinabilità delle definizioni in questa materia M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia*, Roma, Editori Riuniti, 1991, 29 ss. Secondo un'indagine condotta da A. GRATTEI, *In Europa votano così: Costituzioni e sistemi elettorali*, in www.forumcostituzionale.it, 26 settembre 2012, 5 ss., su trentuno Paesi europei, venti Costituzioni si pronunciano espressamente, in diciannove casi prescrivendo formule elettorali proporzionali; il caso inglese, fa eccezione, sia perché la legge elettorale è ritenuta parte della costituzione materiale, sia perché si tratta del collegio uninominale a turno unico: *first past the post*. L'esito del referendum popolare del 2011, con il quale si sottoponeva ai cittadini inglesi la possibilità di passare al "voto alternativo", ha consolidato la natura materialmente costituzionale di quello storico sistema. Gli altri undici Paesi, tra cui l'Italia, nel silenzio della Carta fondamentale, per legge adottano, di regola, formule miste, a tendenza proporzionale (in cinque casi: Germania, Cipro, Croazia, Slovacchia, Romania) o maggioritaria (Bulgaria, Ungheria, Lituania e, soprattutto, Francia e Italia, quest'ultima, almeno, con le tre leggi approvate nel 1993, 2005 e 2015).

² Non necessariamente collegate anche alla previsione costituzionale di una formula elettorale: un esempio può essere l'art. 72, comma 4, Cost.; una legge organica è prescritta in Spagna e Portogallo.

³ Cfr. A. BARBERA, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Milano, Giuffrè, 2016, 5 ss.

(1) Gli ordinamenti costituzionali liberaldemocratici presentano una certa omogeneità nei principi e nei valori fondamentali, ma alcune rilevanti differenze dal punto di vista delle forme di governo. Nel governo parlamentare la caratteristica essenziale è la continuità tra il corpo elettorale e gli organi titolari dell'indirizzo politico, parlamento e governo. Questa continuità deve essere in linea di principio preservata dal sistema elettorale prescelto in concreto.

(2) I sistemi elettorali delle liberaldemocrazie (per i quali non conta tanto l'opposizione proporzionale *v.* maggioritario) presentano in concreto differenti gradi di alterazione-manipolazione della realtà politica in termini di maggiore o minore disproporzionalità: ciò si giustifica perché la rappresentanza è in funzione del governo della *res publica*.

(3) La selettività dei sistemi elettorali trova un limite sostanziale (sebbene non definito nei suoi confini) nella garanzia della dialettica tra maggioranza e minoranza e nel pluralismo politico e sociale.

(4) Anche quando la Costituzione prescrive una determinata formula elettorale, il legislatore gode di un'ampia discrezionalità, proprio perché la legge elettorale è funzionale alla migliore garanzia del processo democratico in relazione al contesto dato.

La dialettica tra rappresentanza e governabilità va risolta alla luce del principio democratico: se la sovranità appartiene al popolo, questo principio equivale a riconoscere al corpo elettorale di decidere intorno alla *res publica* mediante i propri rappresentanti. Detto altrimenti: rappresentare per governare, perché, altrimenti, la sovranità politica viene ridotta alla sovranità del rappresentante.

(5) Il test di proporzionalità rappresenta il metro a disposizione dei giudici costituzionali per sindacare formule elettorali in relazione al bilanciamento dei principi di rappresentanza, governabilità, voto eguale, pluralismo partitico. Ciò conferma il carattere politico della legge elettorale e che il sindacato di costituzionalità rappresenta un *medium* estremo, che non può non adottare tecniche come la ragionevolezza, ma che, se utilizzate in maniera non adeguatamente sorvegliata, si prestano a valutazioni non giuridiche che sovraespongono politicamente i giudici stessi.

Abstract

The essay aims to discuss the concept of the electoral system and his relationship with a constitutional order. The point of view is the constitutional theory. Three are the coordinates of analysis: first of all, the relationship between electoral system and constitution; second, the relationship between electoral system and political parties system; and third, the relationship between electoral system and government.

Sull'abrogazione

Materiali per la storia dell'istituto: le Preleggi del codice civile del 1865

di Francesco Rigano*



Sommario: § 1. – Le finalità e i confini dell'indagine storica. A) L'adattamento delle regole del diritto comune. B) Delle Preleggi del codice civile del 1865. C) La disciplina sull'abrogazione: regola di giudizio e, poi, metanorma. D) L'emergere della problematica dei limiti all'abrogazione. § 2. – La disciplina sull'abrogazione posta dall'art. 5 delle Preleggi del codice civile del 1865. A) La matrice napoleonica delle Preleggi. B) Le Preleggi nell'esperienza italiana. § 3. – Le ragioni storiche dell'adozione della disciplina sull'abrogazione. A) La riduzione degli

spazi interpretativi del giudice. B) L'unificazione legislativa del Regno. C) La subordinazione del giudice alla legge.

§ 1. – Le finalità e i confini dell'indagine storica

A) L'adattamento delle regole del diritto comune

Ancora oggi la vicenda della successione delle leggi nel tempo è compendiata in alcune regole dottrinali risalenti alla tradizione giuridica medioevale. Nella giurisprudenza soprattutto, ma talora pure nella dottrina, l'abrogazione è spiegata facendo appello a brocardi, con i quali sono riassunti sia la regola generale – per cui *lex posterior derogat priori* – sia le deroghe ad essa: ad esempio, *leges posteriores ad priores pertinent nisi contrariae sint* ovvero *lex posterior generalis non derogat priori speciali*.

Sebbene il richiamo alle glosse del *Corpus iuris* giustiniano appaia spesso l'istintivo tributo dei giuristi alla loro formazione romanistica, sarebbe erroneo liquidare quest'atteggiamento come il vanitoso ossequio alla tradizione. In realtà, siamo di fronte ad un'operazione intellettuale di notevole significato per la cultura giuridica. Basti pensare

* Università degli Studi di Pavia.

Il saggio è la prima parte, cui seguirà la seconda (dedicata all'esame di dottrina e giurisprudenza), di una ricerca intrapresa da tempo e ora completata per la definitiva pubblicazione in questa *Rivista*.

che una delle questioni più a fondo discusse, da chi ha studiato il tema dell'abrogazione sul piano della teoria generale, riguarda il fondamento del fenomeno abrogativo, e in particolare se la regola della *lex posterior* (e con essa le sue deroghe) sia immanente a qualsivoglia ordinamento, per essere implicitamente riconosciuta in forza o dei caratteri della norma giuridica o della natura del potere normativo, ovvero richieda d'essere tradotta in un'apposita disposizione per acquisire effettività¹. Ebbene, l'argomentare per brocardi ha di fatto svilito la teoria della *Derogationsnorm*, ed ha viceversa accreditato, più o meno inconsapevolmente, l'idea che la disciplina dell'abrogazione è retta da principi logici universali e invariabili nella storia delle istituzioni: l'attualità degli antichi brocardi ne sarebbe, appunto, la compiuta dimostrazione.

Siffatta conclusione è poco convincente, poiché è frutto di un ragionamento che s'espone ad una critica metodologica decisiva. La tecnica argomentativa fondata sul richiamo dei brocardi è fortemente ideologica, là dove trascura di considerare che gli istituti e i concetti giuridici sono il frutto d'un contesto storico e possono essere decifrati soltanto all'interno del sistema giuridico in cui si collocano. Quando mutano le condizioni storiche, e con esse l'ordinamento giuridico che ne è espresso, anche i singoli istituti e i singoli concetti mutano di significato: sotto le identiche parole si trovano allora contenuti differenti, sicché la continuità dell'istituto o del concetto è soltanto formale². Ciò è vero anche per la nozione di 'abrogazione' e per le regole che disciplinano il fenomeno abrogativo. La trasformazione di contenuto delle antiche regole è evidente, anche nell'esperienza italiana, nel periodo successivo alle codificazioni unitarie (e ben si comprende con l'allora affermata prevalenza della norma scritta, d'origine statutale, rispetto alla norma consuetudinaria). Tra i numerosi esempi può essere ricordato quello relativo all'applicazione del canone della *lex generalis*. La regola che fa prevalere la legge speciale sulla successiva generale assolve un ruolo specifico nell'ordinamento pluralistico del diritto comune, offrendo il criterio per risolvere i conflitti fra il diritto del regno e i diritti speciali dei corpi politici – di carattere territoriale o personale – che coesistono all'interno del regno. Nell'ordinamento unitario, sorto con le codificazioni ottocentesche, quella medesima formulazione testuale esprime una regola di contenuto diverso, idonea a risolvere i conflitti tra fonti del medesimo tipo che incidono in ambiti – materiali, spaziali o temporali – almeno in parte coincidenti.

¹ Si veda l'ampia rassegna di L. M. Díez-PICAZO, *La derogación de las leyes*, Madrid, Civitas, 1990, 75 ss.

² Cfr. A.M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, il Mulino, 1999, 77 ss.

il monopolio statale della produzione del diritto attraverso la legislazione, intesa come fissazione di regole scritte, generali e immodificabili, se non con un nuovo intervento statale. La trasposizione in regole legislative dei criteri dell'interpretazione giurisprudenziale e, in specie, dei modi d'abrogazione della legge rinviene la propria *ratio* nell'intento di tracciare rigidi confini dell'attività giurisdizionale. Le norme sull'abrogazione, pure prescindendo dalla tesi che le ricollega alla vicenda dell'unificazione legislativa del Regno italiano, si collocano nella prospettiva del ridimensionamento della funzione giurisdizionale, la quale rinviene un punto fermo nella fissazione di inderogabili norme di riconoscimento della volontà legislativa⁴⁴. Vero è che il codice civile italiano del 1865 avanza in modo deciso, ancor più delle codificazioni europee dell'epoca, sulla strada dell'affermazione della definitiva supremazia del legislativo sul giudiziario, e trascrive «nei termini del più rigido positivismo le norme di riconoscimento contenute nelle preleggi»⁴⁵: la riproduzione in norme positive delle regole sull'abrogazione s'inserisce con coerenza in tale disegno.

Abstract

Through the analysis of the legal framework in which, in the constitutional experience of the State, the idea of disciplining the institute of the abrogation was born, the essay aims to highlight how the need for stability and certainty is pursued following two different guidelines. On the one hand, the limitation of the interpretative activity of the judge, in line with the approach inherited by the Enlightenment which wants the judge subject to the will of the legislator: in this sense, the transposition into legislative rules of the criteria of jurisprudential interpretation, and especially the rules dealing with the ways of repealing the law. On the other hand, the need to ensure stability and certainty in the constitutional process of unification of national law: in this sense, for example, the rule dealing with the abrogation in relation to the solely entry into force of a new law covering the same matter (abrogation which is not therefore linked to any incompatibility between the two laws), and which really appears functional to the reorganization of the sources of law's system required by the unification of the State. The continuation of the analysis will highlight how the jurisprudence of the same period has developed mitigations and limitations to the strict application of the legal discipline of the abrogation.

⁴⁴ Si veda sempre N. BOBBIO, *op. cit.*

⁴⁵ Così A. GIULIANI, *L'applicazione*, cit., 28.

Deconstructing Law's Normativity

di Frederick Schauer*



This paper was first presented at the workshop on "Law and Normativity: Cross-Disciplinary Dialogues in a Troubled Relation," held at Queen Mary University of London on 19 May 2017. I am grateful to Noam Gur for organizing the workshop and to the other participants and members of the audience for their comments and questions.

I.

Explaining law's normativity has preoccupied philosophers of law, especially those within the positivist tradition, for at least several decades. How can the very fact of law, which for the positivist is a contingent social fact whose facticity does not depend on moral considerations, create obligations?¹ That, to put it starkly, and too briefly, is what is understood as the problem of legal normativity, the problem of explaining the normative force of a phenomenon which exists as a matter of human creation and whose existence, for the legal positivist, need not rest on moral criteria. For the legal positivist, the existence of

* David and Mary Harrison Distinguished Professor of Law, University of Virginia.

¹ This framing of the question tracks that in Scott J. Shapiro, *Legality* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011), 25-50. See also Jules L. Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2001), 89-90 n. 26; Jules Coleman, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis," in Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001), 99-147; Jules Coleman, "Authority and Reason," in Robert P. George (ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism* (Oxford: Clarendon Press, 1996), 287-320; Stephen R. Perry, "Hart's Methodological Positivism," in Coleman (ed.), *ibid.*, 312-354. Couching the problems of law's authority and law's reason giving capacity as problems of normativity can be traced largely to H.L.A. Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons," in H.L.A. Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1982), 243-268. It is worth noting that the (alleged) problem of normativity that I address in this paper is almost completely unrelated to the questions labeled as questions of normativity arising within Kelsenian and related legal theories. See Jes Bjarup, "Continental Perspectives on Natural Law Theory and Legal Positivism," in Martin P. Golding & William A. Edmundson (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford: Blackwell Publishing, 2005), 287-299.

law is conceptually independent of the moral worth of a particular law or of an entire legal system, and thus, to put it precisely, morality is not a necessary condition of law properly so called, or not a necessary condition of legality in all possible legal systems in all possible worlds.

Those who are puzzled by law's normativity purport to be puzzled by the tension between the fact that morality is not necessarily a criterion of legality, on the one hand, and the way in which law creates obligations, on the other. Thus, the problem is sometimes understood as trying to understand how an "ought" – the obligations that law is thought to create – can be derived from an "is" – the facticity of law's existence.² My goal in this paper, however, is not to solve the problem, or puzzle, of legal normativity. Rather, I want to question why normativity is seen as a problem or puzzle at all. In one sense, I want to argue against legal normativity, but that way of putting it is too quick. Rather, I want to argue that the so-called problem of legal normativity is, contra many contemporary positivist legal philosophers, not a distinct puzzle at all, but merely the non-puzzling instantiation of a several different traditional perspectives, none of which is especially puzzling in its own right, and all of which, although still debated, suggest that contemporary inquiries into the normativity of law are less novel and less important than most legal philosophers tend to believe.

II.

As widely understood, the problem of normativity is the problem of explaining how the fact of law – a content-independent understanding of legal directives³ – can provide reasons for action. Sometimes this is put in terms of the possibility of law's creating obligations, but this is simply another way of stating the possibility that the fact of law may itself provide a reason, such that to ignore the reason is to ignore an obligation. But more specifically, those who believe that normativity is a problem insist that the reasons that law provides are not mor-

² See Jerzy Stelmach, "And if There is No Ought,?" in Jerzy Stelmach & Bartosz Brożek (eds.), *Studies in the Philosophy of Law: The Normativity of Law* (Kraków, Poland: Copernicus Center Press, 2011), 15-20.

³ Understanding authority as content-independent is central to understanding the very idea of authority. When we treat a directive as providing a reason for action because of its source and not its content, we have treated that source as an authority, and the directive emanating from that source as authoritative solely because of its source. See H.L.A. Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons," *op. cit.* note 2, 261-268; Frederick Schauer, "Authority and Authorities," *Virginia Law Review*, vol. 95 (2008), 1931-1961; Scott J. Shapiro, "Authority," in Jules Coleman, Scott Shapiro, & Kenneth Einar Himma (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 382-439. On content-independent reasons more generally, see Stefan Sciaraffa, "On Content-Independent Reasons: It's Not in the Name," *Law & Philosophy*, vol. 28 (2009), 233-260.

terms. But for law to have a moral impact, it must have a moral status, and thus the question cannot be as divorced from the traditional questions about whether law in fact has such status as the proponents of law's normativity as a distinct issue seem at times to believe.³¹

VII.

In some sense this paper might be understood as being an argument against the normativity of law, but to be "against" normativity is not to be against the idea that law can or does have normative force just because it is law. But this normative force is either non-existent, as the philosophical anarchists have argued, or in some sense moral, as Socrates and his successors have argued, or conditional, making it very much like the obligation to follow the rules of an enterprise that one has, conditionally, entered.

Those who argue that there is a distinct problem of legal normativity thus have two tasks and not just one. First, they must explain why legal normativity even presents a problem not covered by any of the just described alternatives. And, second, they must then offer a solution that does not simply dissolve into conditionality or rest on the existence of a moral obligation to obey the law. And thus far neither of those tasks appears to have been accomplished with any degree of success.

Abstract

For many years philosophers of law have believed that one of the central problems of the field was that of explaining the normativity of law. But it is not clear that this is a problem at all. Once we deconstruct the alleged problem of normativity into its component parts, we can see that that legal normativity is either conditional or a variation on age-old questions about the moral obligation, if any, to obey the law. There are interesting modern variants on these positions, but in the final analysis David Enoch is correct in labeling the problem of legal normativity as a "pseudo-problem".

³¹ For a compatible conclusion, see Brian Bix, "Law and Reasons: Comments on Rodriguez-Blanco," *Problema Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 7 (2013), 27-39.

Il controllo concreto di costituzionalità delle leggi in Italia: le ragioni del suo successo

di Federico Sorrentino*



Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – Controllo astratto e controllo concreto. § 3. – Concretezza del controllo diffuso e del controllo incidentale di costituzionalità. § 4. – Controllo concreto, corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le relative deroghe. § 5. – Generalità del controllo e superamento delle “zone franche”. § 6. – La rottura del modello: le sentenze di incostituzionalità *pro futuro*. § 7. – L’autonomia del giudizio costituzionale: implicazioni sul carattere concreto del sindacato della Corte. § 8. – Riflessioni

conclusive sul rapporto tra la Corte e i giudici comuni. La continuità costituzionale dell’ordinamento.

§ 1. – *Premessa*

Lo studio delle diverse esperienze di controllo di costituzionalità delle leggi che presenta il diritto comparato¹ permette di costruire una gran varietà di modelli cui quelle esperienze si ispirano, basati sul modo di proposizione delle impugnative, sulla composizione e la struttura dell’organo che ne deve decidere, sui rapporti tra quest’organo e gli altri applicatori del diritto, sulla possibilità o meno per questi ultimi di disapplicare le norme che essi reputano incostituzionali e via seguitando. Ciascuno di tali modelli corrisponde alle idee sottostanti al tipo di sindacato di costituzionalità di volta in volta previsto, pur se, nelle diverse esperienze, si registrano molte contaminazioni tra un modello e l’altro².

* Sapienza – Università di Roma.

Questo saggio sarà presentato come relazione al III Congresso mondiale di giustizia costituzionale, Bologna 10 ottobre 2017.

¹ Cfr. al riguardo l’assai articolata e ancor oggi valida ricostruzione di M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1968. Più recentemente vedasi L. MEZZETTI, M. BELLETTI, E. D’ORLANDO, E. FERIOLI, *La giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 2007 ed *ivi* L. MEZZETTI, *La giustizia costituzionale: storia, modelli, teoria*, 2 e ss., nonché G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2012, 15 ss.

² Un’ampia analisi dei diversi modelli di giustizia costituzionale si trova in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 2009 ed *ivi* IDEM, *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, 1 ss.

Così al modello nordamericano del *judicial review* (c.d. controllo diffuso) si contrappone normalmente il modello accentrato della costituzione austriaca del 1920, laddove i sistemi attualmente in vigore in Italia ed in Germania presentano aspetti sia dell'uno che dell'altro modello, non soltanto perché prevedono tanto l'impugnativa diretta delle leggi che quella incidentale, ma anche perché nell'ambito di quest'ultima, normalmente ascritta al modello di controllo concreto, appaiono elementi appartenenti all'altro modello. Inoltre la contrapposizione che normalmente si pone tra controllo concreto e controllo astratto di costituzionalità³ è assai meno netta di quanto si potrebbe immaginare, perché, come emergerà da questa analisi, tanto l'uno che l'altro perseguono, direttamente o indirettamente, l'obiettivo di assicurare il primato della costituzione e quello di garantire i diritti individuali⁴.

§ 2. – Controllo astratto e controllo concreto

A differenza che in Germania dove la *konkrete Normenkontrolle* rappresenta una modalità normativamente definita del sindacato del giudice costituzionale⁵, nel nostro Paese essa è per lo più accennata

³ Cfr. al riguardo specificamente A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale. Dai modelli alla prassi*, in *Quad. cost.*, 1982, 521, part. 529, dove è ben evidenziato che «la tutela assicurata dai sistemi concreti si rivolge principalmente alle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini ed appare perciò principalmente diretta a realizzare la protezione dei diritti fondamentali di libertà che la Costituzione garantisce».

⁴ V. al riguardo G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale italiana*, in P. PASQUINO, B. RANDAZZO (a cura di), *Come decidono le Corti costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2009, 60. Interessanti spunti in M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, Cedam, 1984, 247 ss. Un approfondimento dei diversi profili di concretezza e di astrattezza del controllo di costituzionalità, sino ad affermare il carattere "misto" dello stesso controllo incidentale, può leggersi in A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008, *passim* e 279 ss. Una originale impostazione della problematica della concretezza/astrattezza del controllo di costituzionalità può leggersi in A. PUGIOTTO, *La "concretezza" nel sindacato di costituzionalità: polisemia di un concetto*, in *Jus*, 1994, 91 ss., e in *Annali Università di Ferrara*, 1994, 7 ss., che riferisce il concetto, non al rapporto di pregiudizialità tra giudizio *a quo* e giudizio *ad quem*, ma al riferimento al diritto vivente cui tanto l'uno che l'altro sono vincolati. Secondo Pugiotto la concretezza «non si riferisce più al legame più o meno stretto tra giudizio *a quo* e *ad quem*, quanto invece all'oggetto del controllo di costituzionalità». E esso, invero, secondo l'A. deve riferirsi al «significato effettivo della legge costantemente applicato ai fatti della vita» (rispettivamente IDEM, *op. cit.*, 97 e 14). Ma evidentemente tale idea, indubbiamente fondata, si colloca su un piano diverso rispetto alla prospettiva seguita nel testo, relativa invece all'idoneità del giudizio della Corte a rendere giustizia, in primo luogo, alle parti del processo *a quo* e poi a tutti.

⁵ V. art. 80 della legge sul *Bundesverfassungsgericht* che espressamente definisce concreto il procedimento (incidentale) previsto dall'art. 100, comma 1, *Grundgesetz* (e specificato dall' § 13, n. 11 della stessa legge). Al riguardo, circa il carattere concreto di tale forma di controllo, cfr. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Müller, 1995, 282 ss. e part. 284, ove vengono distinte la funzione del controllo astratto, consistente nella difesa obiettiva della costituzione, da quella del controllo concreto, volta ad impedire che il singolo giudice possa porsi (*hinwegsetzen*) al di sopra della volontà del legislatore, federale o del *Land*. Non a caso, secondo Hesse, la *konkrete Nor-*

Abstract

The essay deals with the theme of the concrete control of constitutionality, identified in the Italian order as that implemented through interlocutory appeal, accentuating the role of the national court to interpret the law suspected of unconstitutionality, and dealing with the issues of the relevance and the non-ultra petita rule. In this framework, the broadening of access to the Court is highlighted, taking into particular consideration, in recent constitutional jurisprudence, the sentences on electoral laws for the Chamber and the Senate and those of *pro futuro* accommodation, lastly coming to the profiles concerning the autonomy of constitutional judgment and the relationship between the Court and common judges.

Le evoluzioni contemporanee dello Stato di diritto

di Antonino Spadaro*



Sommario: § 1. – Il concetto secondo una definizione amplissima: lo Stato pre-moderno (gentilizio, territoriale, feudale-patrimoniale). § 2. – L’idea in senso moderno: lo Stato nazionale, assoluto e di polizia. § 3. – Insufficienza dei tre tradizionali elementi costitutivi dello Stato: popolo, territorio e sovranità. § 4. – Necessità di prendere in esame almeno tre profili: il regime politico, l’assetto economico, l’articolazione territoriale. § 5. – I c.d. *pseudo-Stati*: a) “minimi”; b) “fantoccio-satelliti”; c) “falliticanaglia”. § 6. – Lo Stato contemporaneo: A)

legale; B) *liberale di diritto* a economia di mercato (patologie storiche: Stato fascista, nazionalsocialista, comunista o di socialismo reale)... § 7. – (*segue*): C) lo Stato *costituzionale, sociale e personalista: Welfare State, Sozialstaat* (“patologia” tipica: lo Stato *assistenziale*)... § 8. – (*segue*): Una prima risposta: D) lo Stato *costituzionale-sussidiario*. § 9. – Possibili “involuzioni” dello Stato costituzionale contemporaneo: lo Stato *populista*, lo Stato *paternalista*, lo Stato *mero strumento di poteri economico-finanziari mondiali*. § 10. – Conclusioni. La crisi dello Stato nazionale: dal mito impraticabile dello Stato mondiale (*Weltstaat*) a una difficile ma necessaria *Governance* (non governo) mondiale “fra” gli Stati.

§ 1. – Il concetto secondo una definizione amplissima: lo Stato pre-moderno (gentilizio, territoriale, feudale-patrimoniale)

Per una riflessione non superficiale sulle evoluzioni “contemporanee” dello Stato, si dovrà accennare allo Stato pre-moderno e moderno e l’analisi dovrà, per quanto consentito dallo spazio disponibile, seguire un approccio interdisciplinare: storico, filosofico, antropologico, economico, politologico, giuridico (costituzionalistico e internazionalistico), ecc.

Potrebbe definirsi ‘Stato’, in senso molto lato, qualunque organizzazione giuridico-politica di una società data. Se si accoglie que-

* Università degli Studi *Mediterranea* di Reggio Calabria.

Il testo riproduce la versione italiana del saggio *Les évolutions contemporaines de l’État de droit*, pubblicato in *Civitas Europa. Revue semestrielle de l’Université de Lorraine*, II, 2017, 95 ss.

sta definizione amplissima, può dirsi che una qualche forma di Stato è sempre esistita, visto che ogni società umana si è sempre data un minimo di regole: *ubi societas, ibi ius et ubi ius, ibi societas*.

Costituirebbe “Stato”, per esempio, anche l’organizzazione sociale più elementare, di tipo tribale, in cui i consociati sono accomunati dall’essere parte di uno stesso legame parentale, di clan, stirpe o *gens*.

Il passaggio dallo *Stato gentilizio*, in origine per lo più nomade e quindi senza particolari legami con il suolo e l’ambiente, alla scelta della *gens* di stanziarsi su un dato territorio porta allo *Stato territoriale*. Poi, la trasformazione del territorio e del popolo da “patrimoni” personali del sovrano (c.d. Stato *feudale-patrimoniale*) addirittura ad “elementi” costitutivi dello Stato¹, permette la distinzione fra diritto privato e pubblico e preannuncia l’evoluzione dallo Stato pre-moderno allo Stato moderno, con un “suo” corpo². In alcuni casi – si pensi al popolo seminomade di Israele – il territorio, ancor più della lingua, diventa addirittura fattore decisivo per l’identità dello Stato nazionale (“Terra promessa”), anche se il significato profondo di tale identità probabilmente è più teologico-religioso che materiale, come conferma l’evoluzione dell’*antica* nella *nuova alleanza* fra popolo e Dio proposta più tardi dal cristianesimo (dove la “Terra promessa” si smaterializza nella “Gerusalemme celeste”)³.

In questo senso, alcune correnti di pensiero legate all’universalismo cristiano (per cui «tutti gli uomini sono fratelli», in quanto figli dello stesso Dio) e all’universalismo comunista («proletari di tutto il mondo, unitevi») attentano fortemente al concetto di Stato territoriale identitario, proiettando le proprie aspettative le une in una realtà oltremondana (paradiso) e le altre in un lontano futuro utopico (dove – vigendo una società comunista senza conflitti di classe – lo Stato dovrebbe scomparire).

Ad ogni modo, seguendo l’accennata definizione più ampia, è possibile immaginare l’evoluzione storica dell’idea di Stato come una sorta di elica a spirale, che vede il continuo alternarsi di organizzazioni sociali demograficamente e territorialmente “più ristrette” ad organizzazioni sociali “più ampie”: si pensi, per esempio, al passaggio dalle piccole città-Stato greche (Atene, Sparta...) o magno-greche (Crotone, Reggio, Siracusa...) ai grandi imperi (macedone, persiano, romano...) o dai delimitati Comuni-Stato italiani al più ampio Stato nazionale, per arrivare agli Stati federali contemporanei, e addirittura ai simulacri di Stati regionali/continentali, come l’Unione Europea (Ue).

¹ P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Stato*, in *Enc. giur.*, XXXIV, Roma, Istituto della enciclopedia italiana, 2007, 2.

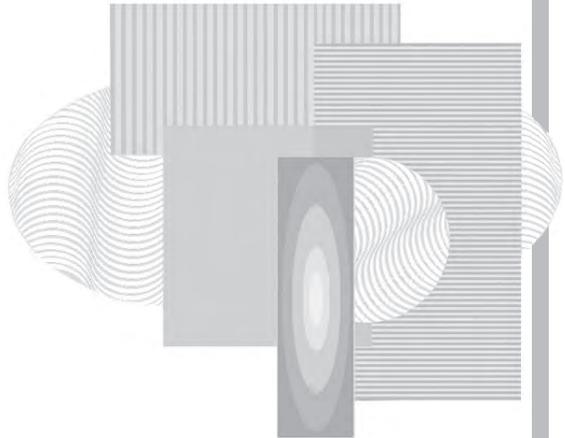
² E.H. KANTOROWICZ, *The King’s Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology* (1957), trad. it. di G. Rizzoni, *I due corpi del re. L’idea di regalità nella teologia politica medievale*, Torino, Einaudi, 1989, spec. 297 ss.

³ Nell’immensa bibliografia sul punto, v. H. ENGEL, *Die Vorfahren Israels in Ägypten* (1849), Francoforte sul Reno, Knecht, 1979, 172.

Abstract

After evaluating the concept of *pre-modern* (aristocratic, territorial, feudal-patrimonial) and *modern* (national, absolute, and police) State, the author describes the historical evolution of the contemporary State through the following steps: 1) legal State; 2) liberal (rule-of-law) and free market-based State; 3) constitutional, social, and personalist State; 4) constitutional-subsidary State. The adoption of cosmopolitan constitutionalism as a cultural model of reference, allows then an overview of some classic *pathologies* of the contemporary State [1) Fascist State; 2) Nazi State; 3) Communist/Socialist State; 4) degenerated welfare State] and of the phenomenon of the so-called *pseudo-States* [1) minimal; 2) puppet/satellite; 3) failed/rogue]. In the author's view, to better comprehend the concept of State, it is necessary to go beyond the three traditional elements (people, territory, and sovereignty), which by far are undoubtedly unsuitable for the present social and political times, and *jointly* assess three factors: a) the political regime (democratic, authoritarian, totalitarian); b) the economic system (market economy, public property of production means, mixed economy, etc.) and c) territorial structure (centralized systems, sufficiently decentralized, regionalist, federalist, confederal) of current democratic societies which, furthermore, become increasingly multiethnic, multinational, and complex. Moreover, some possible future and initially ongoing *negative developments* of the contemporary constitutional State are highlighted: the *populist* State, the *paternalistic* State, and the State as a mere tool of *world economic and financial powers*. At a closer look, the contemporary rule-of-law and constitutional State is on an endless and arduous quest for 'balance': in fact it has to preserve its axiological identity with respect to the universal values of constitutionalism and justice without ever 'degenerating' into an *ethical or moral State*, that is a crypto-totalitarian system. From this standpoint the realization of the complex current world *Governance* (not government) of interacting States is advocated rather than the creation of an impossible and actually dangerous *global State (Weltstaat)*. The essay is accompanied by some explanatory schemes.

Materiali



Il concetto dello Stato
di Hermann U. Kantorowicz

Colloquio su (Scienza del) Diritto e Legalità costituzionale.
Intervista al Prof. Pietro Perlingieri (Napoli, 27 giugno 2017)
di Federico Pedrini

Il concetto dello Stato

di Hermann U. Kantorowicz



Teorico della “nuova scienza” del diritto quale si affaccia al pensiero nei primi decenni del Novecento, ovvero della sociologia del diritto, Hermann U. Kantorowicz (1877-1940) viene oggi ricordato per lo più quale esponente del movimento del diritto libero, in particolare per il suo scritto di battaglia del 1906, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, pubblicato sotto lo pseudonimo di Gnaeus Flavius. In realtà, Kantorowicz, storico del diritto e giurista partecipe del neokantismo di Heidelberg e quindi di quella temperie culturale i cui esponenti furono Weber, Rickert, Jellinek, Lask, Radbruch, Lukács, fu un teorico del diritto a tutto campo; la sua metodologia giuridica “trialista”,

*che proponeva cioè una riflessione sul diritto nei suoi aspetti differenti e complementari, presupponeva una visione della scienza giuridica come scienza pratica, quindi del tutto inserita nella concreta esperienza del giurista. Il saggio che qui presentiamo, tra i meno noti di Kantorowicz, è il testo di una conferenza letta nel 1931 all’Università di Londra (pubblicata in *Economica*, n. 35, febbraio 1932, 1-21) e conferma come il “sociologo” Kantorowicz resti un autore ancora oggi meritevole di un’attenzione da parte non solo dei filosofi e sociologi del diritto, ma anche dei costituzionalisti e teorici dello Stato (La Direzione).*

Qual è il concetto dello Stato? Questa domanda ha diversi significati. Non alludo al fatto che innumerevoli legislazioni ed altri tipi di legge in tutte le nazioni usano il termine ‘Stato’ e, quindi, devono essere interpretate sostituendo un concetto a questa parola. Questo problema altamente tecnico deve essere risolto dai giuristi di ciascuna nazione per ciascuna nazione e non può essere affrontato da un giurista tedesco che parla ad un pubblico inglese. Ciò che mi propongo di fare è stabilire il significato di questo problema per la teoria generale del diritto, un compito fondamentale perché lo Stato è uno dei concetti elementari della teoria generale ed è strettamente connesso al concetto supremo della scienza giuridica, cioè al concetto di diritto. Il nostro problema è importante anche per il diritto internazionale, perché, con poche eccezioni, solo Stati nel senso costituzionale della parola possono avere una personalità di diritto internazionale, anche se molti Stati nel senso costituzionale non sono forniti di tale personalità. Gli Stati

Uniti d'America, per esempio, sono uno Stato sia nel senso costituzionale sia in quello internazionale del termine. Lo Stato di New York è uno Stato solo nel senso costituzionale e la città di New York non è uno Stato in nessuno dei due significati della parola, anche se, da ogni altro punto di vista, è immensamente più importante di un'entità politica come il Costa Rica, che è uno Stato in entrambi i sensi. Ora, io mi occupo solo dello Stato nel senso costituzionale del termine.

Ma anche con questa limitazione la questione del concetto di Stato ha molto più che un'importanza solo giuridica. Essa ha anche un'importanza politica: il concetto di Stato è un potente strumento di propaganda politica. Un'entità fisica o un'entità morale generalmente si sforzano di diventare perfette in un senso o l'altro, a meno che questa tendenza non sia controllata da qualche interesse in senso contrario. Se un corpo politico è riconosciuto dallo Stato, esso cercherà di diventare uno Stato del tipo supremo: uno Stato non-sovrano si sforzerà di diventare uno Stato sovrano ed uno Stato composito si sforzerà di diventare uno Stato unitario, sempre ammesso che i suoi interessi non confliggano con una tale tendenza. Se, per esempio, si fa capire alle unità territoriali del *Reich* tedesco, per esempio la Baviera, che nella presente costituzione esse hanno già cessato di essere Stati, allora i legittimisti dello Stato della Germania meridionale perderebbero la loro base teoretica, gli ultimi resti di agitazione monarchica in Baviera scomparirebbero, perché un re presuppone uno Stato e verrebbe grandemente rafforzata la propaganda tesa a creare uno Stato tedesco unitario, che è una necessità finanziaria, politica e psicologica. Se, d'altro canto, il popolo dell'Unione sud-africana cominciasse a comprendere che l'attuale *status* di *Dominion* ha conferito ad essa il carattere di Stato, ciò fornirebbe un ulteriore motivo perché il partito nazionalista pretendesse una piena e definitiva sovranità. In ultimo, questi problemi hanno un valore sentimentale. Se, per esempio, i *Dominions* dovessero essere riconosciuti non solo come Stati, ma come Stati sovrani, allora, naturalmente, l'Impero britannico cesserebbe di essere uno Stato; uno Stato può essere composto di unità territoriali in possesso della statualità, com'era il caso dell'Impero tedesco ed è ancora il caso degli Stati Uniti, ma non si potrebbe senza contraddizioni chiamare Stato quello composto di diversi Stati sovrani nel senso pieno di questo pur ambiguo termine. L'Impero britannico, in questo caso, diventerebbe una mera federazione di Stati sovrani ed un tale mutamento – anche se l'Impero dovesse conservare la sua unità a fini pratici – non potrebbe non modificare profondamente la sfumatura peculiare del patriottismo e della mentalità politica britannici. E se gli Stati Uniti dovessero alla fine capire che la Lega delle Nazioni non è per nulla uno Stato, il loro orro-

due Paesi, il mio concetto di Stato va nella direzione di una maggiore centralizzazione e pertanto di minor democrazia reale, nel *Reich* tedesco, e di una maggiore decentralizzazione, e pertanto di una più efficiente democrazia, nell'Impero britannico. Io credo che questa è la strada del destino per entrambi. Se, nell'insieme, la democrazia si è rivelata un fallimento in Germania e un successo in Gran Bretagna e nei *Dominions*, ciò è dovuto alla loro differente mentalità politica e può pertanto non avere utilità e deve essere di grande danno, se noi cerchiamo di inculcare le stesse istituzioni politiche in popoli con mentalità politiche opposte³⁶. Un popolo che vuole che la volontà della maggioranza sia decisiva non può avere le stesse istituzioni di un popolo dove la volontà della maggioranza è precisamente volta a che una tale volontà sia priva di importanza. Ordine e libertà devono lavorare mano nella mano, ma per il Tedesco l'accento sentimentale cade sull'ordine e per il Britannico sulla libertà. La nazione tedesca, con l'eccezione di alcuni democratici impenitenti come chi vi parla, non sarà felice e in pace finché non avrà realizzato il sogno dello spirito prussiano, il sogno di uno Stato unitario e centralizzato governato da una burocrazia militare e civile efficiente e onnipotente. Il *Commonwealth* britannico delle Nazioni, d'altro canto, sembra essere determinato ad un sempre crescente auto-governo delle sue unità più o meno grandi sparse per il mondo. Io credo che questa fiduciosa generosità porterà i suoi frutti, come li ha portati finora. Quanto più aperta sarà la tessitura giuridica dell'Impero britannico, tanto più forte sarà la sua unità politica e ciò, anche in questi giorni nuvolosi, credo sarà il baluardo del benessere e della sicurezza di ogni nazione, non escluso il mio Paese.

[traduzione di Agostino Carrino]

Abstract

Kantorowicz's idea of legal science as a practical science, a complex subject for different methodological approaches, finds in this essay on the State a perfect example. Every concept, also that of the State, has to cope with the historical and cultural contexts in which a theorist lives. The concept of *Staatlichkeit* is examined here in particular on the background of the German experience, but also with an eye towards his special British audience.

³⁶ Cfr. H. KANTOROWICZ, *The Spirit of British Policy*, edizione inglese, 1931.

Colloquio su (Scienza del) Diritto e Legalità costituzionale

Intervista al Prof. Pietro Perlingieri (Napoli, 27 giugno 2017)

di Federico Pedrini*



Pietro Perlingieri, Emerito di Diritto Civile dell'Università degli Studi del Sannio (Benevento), della quale è stato anche Rettore, si annovera tra i più importanti studiosi italiani di teoria delle fonti e dell'interpretazione. Già Rettore dell'Università di Camerino, componente del Consiglio Superiore della Magistratura e del Consiglio Universitario Nazionale, nonché Senatore della Repubblica, è Cavaliere di gran croce dell'Ordine al merito della Repubblica italiana. A lungo Presidente della casa editrice E.S.I. - Edizioni Scientifiche Italiane di Napoli, fondatore della Rassegna di diritto civile e della Rivista giuridica del Molise e del Sannio, delle quali è Direttore, è stato altresì fondatore e coordinatore del dottorato di ricerca su "I problemi civilistici della persona", nonché promotore e socio fondatore della Società italiana degli studiosi del diritto civile. Autore di più di 600 pubblicazioni e Direttore di svariati trattati e commentari, è esponente di spicco del "personalismo" in ambito giuridico e si è profuso nella dottrina del "diritto civile nella legalità costituzionale", che ha esercitato profonda influenza sulla riflessione dottrinale e giurisprudenziale italiana ed estera (la Direzione).

Introduzione. Scienza giuridica e legalità costituzionale: vademecum metodologico per un "ritorno al diritto"

*A mind all logic is like a knife all blade.
It makes the hand bleed that uses it
(RABINDRANATH TAGORE)*

Il rilievo secondo cui da una parte l'introduzione di una Costituzione "lunga", rigida e garantita e dall'altra il progressivo e quasi inarrestabile sviluppo delle fonti internazionali ed europee avrebbero prodotto effetti notevoli sull'attività del (e sul tipo di professionalità richiesta al) giurista contemporaneo, è forse uno dei pochi ad aver riscosso sin da principio un riconoscimento pressoché unanime in letteratura.

La concordia della dottrina giuridica, tuttavia, è presto svaporata nel momento in cui, dalla semplice constatazione di un'evidenza generica, si

* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

è passati all'analisi delle sue specifiche conseguenze per il diritto costituzionale e la sua scienza. Della pluralità di diagnosi, ricette e prognosi in ordine alla "nuova" condizione dell'universo giuridico, del resto, offrono ormai una (numericamente) piccola, ma (qualitativamente) significativa "testimonianza" anche molti dei Colloqui ospitati nei precedenti numeri della nostra *Rivista*.

In siffatto panorama, la complessa posizione teorica di Pietro Perlingieri si profila "senza tentennamenti" come l'articolato tentativo di realizzare un progetto di costituzionalismo "personalistico", il quale «non si esaurisce in una somma di diritti (tipici e atipici) ma esprime il valore della persona umana in quanto tale, che, per attuarsi, richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà, il rifiuto di ogni forma di individualismo».

L'indefettibile punto di partenza di questo impegnativo itinerario concettuale è la priorità della concreta esperienza storica e assiologica della compagine sociale e del relativo ordinamento rispetto alla costruzione ideale dei concetti giuridici, a partire da quello cruciale di 'Costituzione'.

Il giurista positivo, pertanto, non dovrebbe lasciarsi tentare dalle lusinghe di una teoria giuridica generale «valida in ogni tempo e in ogni luogo», e sarebbe anzitutto chiamato a riconoscere che «non v'è [...] una Costituzione concepibile in astratto, astorica, "concettualizzata" a prescindere dal contesto storico-politico, ovvero dalla struttura e dalla funzione che una determinata società le attribuisce dalla sua originaria definizione sino alle fasi successive della sua attuazione».

Si può sensatamente parlare di un ordinamento, infatti, solo se esso «racchiude un insieme di regole e di principi che hanno la funzione di regolare tutti i rapporti e le istanze che concernono una determinata comunità organizzata» e tale funzione sarebbe inimmaginabile senza un ben preciso sistema di valori alla sua base, che costituisca il nucleo sostanziale del *pactum societatis* e definisca insieme le future linee di sviluppo del progetto ordinante complessivo.

Cómpito primario del giurista diverrebbe allora quello di farsene interprete, contribuendo attivamente alla sua piena attuazione e al suo coerente sviluppo, giacché «il sistema ordinamentale non è un risultato raggiunto una volta per tutte dal legislatore e/o dall'interprete. È piuttosto un processo costantemente *in fieri* al quale, con posizioni e con ruoli diversi, la comunità vivente partecipa nel solco di una storia e di una tradizione che, anche in forma "muta", costituisce l'*humus* concettuale del fenomeno giuridico».

In tale prospettiva – dove la *scientia juris* cederebbe per necessità storica il passo alla *juris prudentia* –, evidentemente non vi sarebbe più spazio per arroccarsi su postazioni "asettiche" da mero spettatore, espressione ormai d'un ideale di *Wertfreiheit* non soltanto superato dal punto di vista scientifico, ma latore di un'autentica ignavia sotto il profilo etico. Il principale rischio da cui cautelarsi, invero, non sarebbe più tanto la "ideologiz-

adeguamento metodologico¹¹⁸. È una strada che, tra mille diffidenze, la dottrina e la giurisprudenza italiane hanno intrapreso con risultati apprezzabili. Una strada ancora da percorrere ma che esige un forte cambiamento anche nei contenuti e nei metodi di insegnamento¹¹⁹, come più volte ho provato ad indicare, recuperando la serietà negli studi e nelle prove di esami, sí da allontanare la sensazione diffusa di una “Repubblica in raccomandita” – come all’inizio degli anni Settanta definì l’Italia in una intervista – lontana anni luce da quella società meritocratica che Piero Calamandrei, inutilmente, pur auspicava in una lezione alla Statale di Milano qualche anno dopo la Costituente¹²⁰. È questa la vera ragione dell’eclissi del diritto alla quale troppi giuristi hanno contribuito con i loro comportamenti ancor più che con le loro interpretazioni giuridiche.

Abstract

The Interview analyses critically the main points of the “personalistic” concept of the constitutional legal order proposed by prof. Pietro Perlingieri. According to this idea, the work of the jurist consists in an historically conditioned and culturally connoted activity, which is animated by practical and not only theoretical ends.

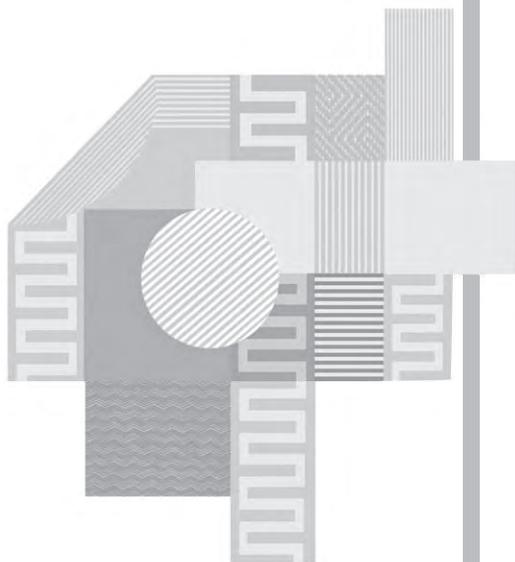
Within this theoretical context, the need for a joint consideration of the various levels of the legal order and the necessarily constituent role of the jurist in the realization of constitutional principles are highlighted. The perspective of “constitutional legality” also implies, from a methodological point of view, the overcoming of the legal positivism, considered to be inadequate to fulfil the function of law in the contemporary society, as this one considers inviolable human rights as its general principles, in a correct and balanced relationship between person, market and institutions.

¹¹⁸ Nella prolusione camerte (IDEM, *Produzione scientifica*, cit., 19) si richiama l’importanza di «una metodologia giuridica fatta di pluralità, di possibili metodi d’indagine, spesso concorrenti e complementari, la cui attuazione dipende non soltanto dallo stato della dottrina e della legislazione sul tema, e dalle sollecitazioni che sul tema stesso pervengono dalla pratica, ma dalla sensibilità ed esperienza di chi a quella ricerca intende dedicarsi».

¹¹⁹ Ciò perché didattica e ricerca «rappresentano due aspetti di un medesimo impegno non separabile se non a scapito di entrambe. L’attenzione, più che sulle etichette delle discipline, si deve incentrare sulla loro metodologia e sui loro contenuti, in un continuo perenne ricercare che fa della docenza non soltanto una professione ma un impegno civile da testimoniare e rinnovare quotidianamente, con umiltà e serietà, anche contro lo stile dei tempi, nella consapevolezza che soltanto con l’adeguare la scuola ai suoi compiti gli stessi tempi potranno mutare»: IDEM, «Istituzioni di diritto privato» e «diritto civile»: un problema didattico (1984), in IDEM, *Scuole tendenze e metodi*, cit., 211.

¹²⁰ È fondamentale un maggiore rispetto per la meritocrazia, ex art. 34 Cost., se si vuol essere realmente una Repubblica democratica: così affermava Piero Calamandrei in una lezione tenuta alla Statale di Milano nel 1950, reperibile in <https://www.youtube.com/watch?v=p2p1gUQ0KIY>: sul punto, v. P. PERLINGIERI, *Primato della politica e diritto dei giuristi*, in *Riv. giur. Molise Sannio*, 2014, 1, 121, e IDEM, *Una lezione per gli studenti di economia di Salerno*, in *Le Corti Salernitane*, 2014, 104 s.

Interventi, Note e Discussioni



*Il garante per il diritto alla salute nella nuova legge
sulla sicurezza delle cure e responsabilità professionale
degli esercenti le professioni sanitarie*
di Francesco Cardarelli

Sui rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento statale
di Carmine De Angelis

*Quattro turni di elezioni. La metamorfosi unipersonale
del paesaggio politico francese*
di Otto Pfersmann

*La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio
tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità.
Un'autentica quadratura del cerchio, riuscita però solo a metà,
nella pronunzia sull'Italicum*
di Antonio Ruggeri

Il garante per il diritto alla salute nella nuova legge sulla sicurezza delle cure e responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie

di Francesco Cardarelli*



Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – L’attribuzione della funzione di garante per il diritto alla salute al Difensore civico regionale o provinciale. § 3. – La conformazione dell’attività del difensore civico quale garante del diritto alla salute.

§ 1. – *Premessa*

La legge dell’8 marzo 2017, n. 24, è stata preceduta da un ampio dibattito sulla portata e l’estensione della responsabilità professionale degli esercenti la professione sanitaria¹. Dopo la prima riforma relativa alla responsabilità penale (legge 8 novembre 2012, n. 189) si è lungamente atteso un intervento normativo in grado di limitare i costi della cd. medicina difensiva, e cioè quella pratica del comportamento dei medici che allo scopo di prevenire azioni risarcitorie nei loro confronti hanno abbondato nella somministrazione dei farmaci e nella prescrizione di esami. Non è quindi casuale che il fulcro nelle nuove disposizioni sia incentrato sulla configurazione di una nuova forma di responsabilità professionale, in grado di alleviare sia i riflessi sotto il profilo penale (attraverso l’attenuazione della responsabilità colposa per morte o lesioni personali, per i quali la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste,

* Università degli Studi di Roma Foro Italico

¹ Per un commento organico al testo della legge v. G. ALPA (a cura di), *La responsabilità sanitaria*, Roma, Pacini, 2017 (in corso di stampa).

le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto), sia sotto quello civile (l' esercente la professione sanitaria risponde del proprio operato ai sensi dell' art. 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell' adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente). Se il centro della riforma riguarda essenzialmente i profili di responsabilità secondo l' impianto originario dell' intervento normativo (e quindi si colloca nella materia costituzionale dell' ordinamento civile e penale), il dibattito parlamentare ha portato all' emersione di profili diversi, nei quali entrano in gioco sia la qualificazione della sicurezza delle cure come «parte costitutiva del diritto alla salute», «perseguita nell' interesse dell' individuo e della collettività» (art. 1 della l. n. 24/2017), sia ulteriori profili pubblicitici, quali quelli della diversificazione dell' azione di rivalsa nei confronti dell' esercente la professione sanitaria a seconda che il soggetto agente sia una struttura pubblica o privata, e in ultimo, la costituzione del «garante per il diritto alla salute» in capo al difensore civico regionale o provinciale.

§ 2. – *L'attribuzione della funzione di garante per il diritto alla salute al Difensore civico regionale o provinciale*

L' art. 2 della l. n. 24/2017² istituisce, in modo ellittico, il garante per il diritto alla salute. Questi è l' ufficio del difensore civico istituito dalle Regioni e dalle province autonome di Trento e Bolzano cui “può” essere affidata la funzione di garante per il diritto alla salute: rispetto alla originaria proposta, che prevedeva una obbligatoria istituzione dell' ufficio del garante presso tutte le Regioni, è prevalsa l' indicazione proveniente dalla I Commissione e dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali, secondo la quale l' affidamento della funzione di garante è solamente facoltativo. Si deve ritenere che una simile facoltà, che deve essere esercitata con apposita legge regionale (secondo quanto si prevede ai sensi del comma 3 della medesima disposizione), derivi dall' inquadramento costituzionale della materia trattata nella legge. Secondo la prospettiva suggerita dai lavori par-

² La disposizione recita nei primi tre commi: «1. Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano possono affidare all' ufficio del Difensore civico la funzione di garante per il diritto alla salute e disciplinarne la struttura organizzativa e il supporto tecnico. 2. Il Difensore civico, nella sua funzione di garante per il diritto alla salute, può essere adito gratuitamente da ciascun soggetto destinatario di prestazioni sanitarie, direttamente o mediante un proprio delegato, per la segnalazione di disfunzioni del sistema dell' assistenza sanitaria e sociosanitaria. 3. Il Difensore civico acquisisce, anche digitalmente, gli atti relativi alla segnalazione pervenuta e, qualora abbia verificato la fondatezza della segnalazione, interviene a tutela del diritto leso con i poteri e le modalità stabiliti dalla legislazione regionale».

le segnalazioni), con assoluta invarianza finanziaria, appare destinato a restare confinato nell'intervento diretto a sollecitare modifiche di carattere organizzativo nel plesso del sistema sanitario, piuttosto che a rimediare in via diretta alle disfunzioni segnalate ed accertate²⁷.

Abstract

The paper is based upon the recent reform in Italy (law 24/2017) which involves several aspects of professional medical liability. Although the reform mainly concerns issues of civil and criminal liability, there are some public law profiles, in particular regarding the constitution of a special "ombudsman" as a guarantor of the right to health. The paper, after a short premise upon the constitutional framework, illustrates the juridical nature and the limits of the public powers executed by the guarantor (whose institution is optional, depending on the regional laws).

²⁷ Va segnalata la circostanza che, diversamente dalla facoltatività dell'istituzione del garante della salute, il comma 4 dell'art. 2 della l. n. 24/2017 impone alle Regioni l'istituzione del "Centro per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente", che raccoglie dalle strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private i dati regionali sui rischi ed eventi avversi e sul contenzioso e li trasmette annualmente, mediante procedura telematica unificata a livello nazionale, all'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità (previsto all'art. 3). Sebbene la disposizione contenga, anche in questo caso, una clausola di invarianza finanziaria, e si imponga direttamente sulla potestà organizzativa regionale, la materia trattata sembra essere quella, di competenza legislativa esclusiva statale, del coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale (lettera r) dell'art. 117, comma 2, Cost.).

Sui rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento statale

di Carmine De Angelis*



Sommario: § 1. – Ragion d’essere e di esistere di un ordinamento sportivo: plurisoggettività, normazione e organizzazione. § 2. – Resistenze, influenze e alterazioni. § 3. – L’ordinamento sportivo nell’ordinamento statale. § 4. – Le “due Giustizie” e la decisione della Corte costituzionale n. 49/2011. § 5. – Evoluzione o involuzione?

§ 1. – Ragion d’essere e di esistere di un ordinamento sportivo: plurisoggettività, normazione e organizzazione

L’ordinamento sportivo viene a caratterizzarsi come ordinamento giuridico di settore non dotato di sovranità originaria ma, comunque, caratterizzato da un’ampia sfera di autonomia.

In particolare, le potestà normative ed amministrative di tale ordinamento sportivo si ampliano o restringono a seconda del grado di autonomia concesso dagli ordinamenti ad esso sovraordinati¹. Tale fenomeno di articolazione policentrica del potere non solo viene confermato nel tessuto costituzionale, ma rafforzato e riconosciuto nella valenza strumentale del fenomeno associativo volto alla realizzazione dell’identità e della personalità individuali².

In tal senso, l’ordinamento sportivo non può definirsi sovrano e, tuttavia, sviluppa all’interno dell’ordinamento statale e internazionale gradi di autonomia “sezionali” e plurisoggettivi³ in grado di avere ripercussioni su diritti di rilevanza costituzionale attinenti, ad esempio, alla libertà dell’iniziativa economica, alla tutela della concorrenza

* Università di Roma Foro Italo.

¹ Cfr. A. OLIVIERO, *I limiti all’autonomia dell’ordinamento sportivo*, in *Rivista di diritto ed economia dello sport*, III, fasc. 2, 2007, 45 ss.

² M.S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. dir. sport.*, 1949, 18.

³ Corte di Cassazione 11 febbraio 1978, n. 625, in *Foro It.*, 1978, I, 862.

o al diritto del lavoro. L'ordinamento sportivo tende a rivendicare propri spazi "decisionali" e ad allargare la "giurisdizione" all'interno della determinazione delle regole "tecniche" e "di settore".

Gli inevitabili riflessi dell'ordinamento sportivo ampliano il panorama delle forme giuridiche in cui i "sodalizi" possono esplicarsi e strutturano campi d'indagine molteplici, ma anche complessi in ragione delle "difficoltà" determinate dal cercare un equilibrio tra i confliggenti valori, funzioni e interessi.

Più nello specifico, senza alcuna pretesa di esaustività, l'indagine giuridica sugli ordinamenti sportivi⁴ ha ricevuto nel corso degli anni un notevole impulso dovuto alla crescente rilevanza che il fenomeno sportivo ha progressivamente acquisito dal punto di vista sociale, culturale ed economico.

A fronte di tale crescita, che non è spiegabile esclusivamente dalle regole connesse alla globalizzazione⁵ ma, piuttosto, come rafforzata centralità e "policontestualità" dello materia "sport", riconducibile a profili di natura socio-economica, culturale, pedagogica e pluridi-

⁴ Sugli studi in materia di ordinamento sportivo si rimanda a: G. GUARINO, *Lo sport quale "formazione sociale" di carattere soprannazionale*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, Giuffrè, 1996; L. DI NELLA, *La teoria della pluralità degli ordinamenti e il fenomeno sportivo. Analisi critica dei profili teorici e delle applicazioni al fenomeno sportivo*, in *Riv. dir. sport.*, 1998, 5 ss.; IDEM, *Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, Napoli, Esi, 1999; M. COLUCCI (a cura di), *Lo sport e il diritto. Profili istituzionali e regolamentazione giuridica*, Napoli, Jovene, 2004; C. ALVISI, *Autonomia privata e autodisciplina sportiva*, Bologna, Bonomo, 2000; F. FRACCHIA, *Sport*, in N. D. I., Torino, UTET, 1999, 467 ss.; M. RUOTOLO, *Giustizia sportiva e costituzione*, in *Riv. dir. sport.*, 1998, 403 ss.; L. TRIVELLATO, *Spunti di riflessione su C.O.N.I., ordinamento sportivo e rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamenti a fini generali*, in *Dir. soc.*, 2000, 61 ss.; M. COCCIA, A. DE SILVESTRI, O. FORLENZA, L. FUMAGALLI, L. MUSMARRA, L. SELLI, *Diritto dello sport*, Firenze, Le Monnier Università, 2004; G. NAPOLITANO, *Sport*, in *Diz. dir. pubbl. Cassese*, VI, Milano, Giuffrè, 2006, VI, 5678 ss.; M. SANINO, F. VERDE, *Diritto sportivo*, Padova, Cedam, 2007; L. CANTAMESSA, G.M. RICCIO, G. SCIANCALEPORE, *Lineamenti di diritto sportivo*, Milano, Giuffrè, 2008; L. FERRARA, *L'ordinamento sportivo: meno e più della libertà privata*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 1 ss.; G. VALORI, *Il diritto nello sport. Principi, soggetti, organizzazione*, Torino, Giappichelli, 2015.

⁵ Per un'analisi del rapporto tra sport e diritto riguardo ai processi di trasformazione sociale e istituzionale si rimanda a: A. MASSERA, *Sport e ordinamenti giuridici. Tensioni e tendenze nel diritto vivente in una prospettiva multilaterale*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 113 ss. In specie, l'Autore si sofferma sull'attualità della teoria romaniana con riferimento ai mutamenti recenti dell'ordinamento sportivo: «Laddove proprio la ricostruzione dei rapporti tra organizzazioni e regole delle istituzioni politiche secondo i dettami della teoria romaniana della pluralità degli ordinamenti giuridici sembra continuare a rimanere particolarmente propizia - come più in generale è stato ribadito, seppur in un ambito argomentativo e in un campo di applicazione più vasti, da chi ha riaffermato il carattere particolarmente attrezzato del pluralismo degli ordinamenti come risposta alla frammentazione delle regole connessa alle odierne esperienze di globalizzazione - come modalità attraverso la quale all'originario "diritto dei privati" è consentito di "solidificarsi", cioè istituzionalizzarsi, senza perdere la propria particolarità, con il limite estremo della pretesa all'invalidabilità dei confini disegnati dalla disciplina di settore, che sembra ormai comunque destinata a dover ricadere, nella sua integrità, nella dimensione parimenti mondializzata dei fenomeni socio-economici e soprattutto a fonte di organizzazioni e regole che operano in spazi altrettanto ampi, ove l'interesse sportivo non può sottrarsi al confronto con interessi di vario genere con valenza sovranazionale e internazionale, rivendicanti una rinnovata posizione di primato» (121-122). Da una prospettiva sociologica-giuridica si veda: G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle Costituzioni civili*, Roma, Armando, 2005, 57 e ss.

bito dei settori tecnici, disciplinari, in altre parole delle regole poste alla base delle attività sportive. In tal senso, la pretesa “specificità” è chiamata a misurarsi e confrontarsi costantemente con l’incidenza che “la materia sport” ha in diversi ambiti di regolazione giuridica.

In questa prospettiva, «la sussistenza di ordinamenti particolari costituisce [...] un indice e garanzia della sua stessa realizzazione concreta e il rapporto tra ordinamenti poggia in questo caso su una reciproca rinuncia»¹⁰². E, non vi è dubbio, che nell’incertezza, soprattutto giuridica, che domina questo settore, le riflessioni in tema di ordinamento sportivo non possono dirsi conclusive ma solamente approssimative, giacché «la materia non è, con ciò, esaurita»¹⁰³.

Abstract

Research on organizational justice in sport has evolved during the past fifteen years. The sports system refers to a collection of regulations issued by the social group. This essay focus on the reasons for the necessary separateness of the sports system from the State system. This partial separateness has been confirmed when the government issued decree-law no. 220 of 2003, converted into law no. 280 of 2003 by an equally benevolent parliament. The intent to protect the autonomy of the sports system is confirmed by the Constitutional Court with sentence no. 49 of 2011.

¹⁰² F. CARDARELLI, *op. cit.*, 3718 (corsivo nostro).

¹⁰³ M.S. GIANNINI, *Ancora sugli ordinamenti giuridici*, cit., 671.

Quattro turni di elezioni. La metamorfosi unipersonale del paesaggio politico francese

di Otto Pfersmann*



Sommario: – § 1. – Introduzione. § 2. – La campagna permanente. § 3. – Una sfida inedita dovuta all’autoaffondamento dei partiti di stato. § 4. – Una sintesi d’assalto. § 5. –L’elezione subita di una maggioranza ancora ignota. § 6. – Conclusioni.

§ 1. – *Introduzione*

La Francia vive il periodo di sviluppo politico più aperto e con destinazione maggiormente sconosciuta da decenni, tanto dal punto di vista globale, quanto europeo e ovviamente interno. Sotto il profilo giuridico-costituzionale, le elezioni presidenziali e legislative sono rimaste nell’ambito definito dalla Costituzione del 1962, che da un esito diverso avrebbe potuto essere messo in pericolo. Comunque, l’applicazione della normativa costituzionale dipende dal dato politico e andrà nella direzione sia di un regime presidenziale rinnovato, sia di un regime decisamente più parlamentare, sia del mantenimento di un sinuoso gioco condiviso tra il Presidente, il movimento da lui creato e un Primo Ministro attento tanto alla direzione del lavoro legislativo quanto alla sua autonomia. La campagna presidenziale ha fatto nuovamente emergere le debolezze della costruzione originaria della Quinta Repubblica e la minaccia della crescente presenza di partiti apertamente putschisti pesa come una spada di Damocle sul quinquennio appena iniziato. Prima delle dichiarazioni del Presidente nel Congresso del Parlamento e del Primo Ministro in Assemblea, si deve ricostruire la via del più inaspettato cambiamento della vita politica francese, nato nel contesto di

* *Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales* – Paris. Direttore del *Centre d’Etudes des Normes Juridiques* (CENJ/IMM).

Contributo non sottoposto a procedura di valutazione secondo quanto disposto dal § 6 del *Regolamento per l’invio e la valutazione scientifica dei contributi* di questa Rivista.

una campagna elettorale permanente (§ 2) da cui emerge una sfida inaspettata (§ 3), completata con una sintesi di conquista (§ 4) e confermata con un'elezione di un Parlamento ancora ignoto (§ 5) sotto l'unica, ma contingente guida della persona di un nuovo Presidente.

§ 2. - *La campagna permanente*

La vita politica francese è contraddistinta da un paradosso fondamentale. La Costituzione della Quinta Repubblica, chiamata di solito «del 4 ottobre 1958», è infatti la conseguenza del colpo di stato del 1962, iniziato e realizzato dal suo fondatore. La Costituzione originale definisce un regime parlamentare con importanti prerogative del Governo e una competenza di riserva del Presidente della Repubblica. L'idea di partenza consiste nella radicale razionalizzazione del parlamentarismo sotto un Governo che determina la politica della nazione, definisce il campo dei lavori parlamentari, ed è diretto da un Primo Ministro detentore di un potere regolamentare suscettibile d'intervenire direttamente in ogni ambito non esplicitamente riservato al legislatore parlamentare. Un organo di controllo di costituzionalità è introdotto non per garantire il rispetto di diritti fondamentali, ma precisamente allo scopo di far rispettare questo confine delle competenze del Parlamento. Il Presidente nomina il Primo Ministro ed è un organo di alta garanzia nel senso che può intervenire solo in situazioni eccezionali con lo scopo di tornare alla legalità e sottoporre a *referendum* progetti legislativi a lui proposti dal Governo.

Come si sa, la realtà politica era dall'inizio tutt'altra: il Governo si considera un segretariato della Presidenza, che esercita informalmente la vera direzione della politica. Solo quando la maggioranza del Parlamento non concorda con le scelte del Presidente, il Primo Ministro torna ad esercitare in autonomia le funzioni a lui conferite dalla Costituzione. Mancava solo un elemento, che nel '58 non era realizzabile. Nella Costituzione originaria, il Presidente era eletto da un collegio in modo indiretto, una via che permetteva d'includere nella procedura i Paesi facenti ancora parte della "Comunità" in cui si era trasformato allora l'impero coloniale francese. Una volta finita la decolonizzazione con l'indipendenza dell'Algeria, questo sistema perde la sua funzione. Gli attentati effettuati contro de Gaulle gli danno il pretesto per istaurare un modo d'elezione diretto del Presidente relativamente al quale non dispone, tuttavia, dell'appoggio del Parlamento. De Gaulle usa allora l'articolo 11 della Costituzione, che gli permette di convocare direttamente un *referendum legislativo*. Visto che però la scelta del sistema elettorale per le Camere è delegata alla legge ordinaria mentre per le elezioni presidenziali esso è determinato in Costituzione, De Gaulle si appoggia sulla formulazione ambigua del provvedimento definen-

derà per certi aspetti una revisione costituzionale. La disciplina legislativa che rende permanente lo stato d'urgenza potrebbe facilmente essere bocciata dal Consiglio costituzionale. La riforma del codice del lavoro può provocare conflitti sociali importanti. Le sfide non sono solamente politiche, ma strutturali. Tante speranze sono proiettate nella persona del Presidente, mentre le molte voci in favore di un cambiamento radicale ed estremista sono diminuite, sì, ma sempre presenti. È arrivato all'esito elettorale il più importante cambiamento della Quinta Repubblica, ma la conclusione del percorso elettivo è solo l'inizio del quinquennio presidenziale e legislativo, poggiato sulla sintesi contingente e il legame ignoto tra un Presidente e un movimento ancora indefinito.

Abstract

The election of Emanuel Macron and subsequently of his parliamentary majority can be considered as one of the most significant and unexpected evolutions in French politics since the beginnings of the Fifth Republic. Many empirical reasons will be scrutinised by future research in political science, this paper proposes to reflect on some elements, that can nonetheless be gathered from a mainly legal point of view: the confusion between constitutionally outlined presidential organic functions and the competences of Parliament and government in law-making, the emergence of a movement organised around a single person, which never held any elected office before in a context of stern and traditional antagonism between left and right, the unforeseen but organised political suicide of traditional parties through radicalised primaries. In a next step, this paper concentrates on the way in which the new elected president constituted his government and promoted the election of members of his movement *En Marche!*, persons who for the most part had no political experience before. It appears that the first round of the presidential elections is still considered as the most important choice to be made by French citizens, who paradoxically leave through growing abstention things go their way, the more the choice becomes legally relevant for concrete politics.

This political system may work as long this merely factual and extra-constitutional consensus of passivity holds, it may also break up, if opposing conceptions of the common good commence to be articulated within the presidential movement or when government claims it constitutionally granted autonomy. Entirely renewed in its political personal, centred on the decisions and conceptions of a non-responsible president, the way is open for a variety of unknown developments.

La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità

Un'autentica quadratura del cerchio, riuscita però solo a metà, nella pronunzia sull'Italicum

di Antonio Ruggeri*



Sommario: § 1. – Alcune precisazioni a riguardo dei concetti di ‘rappresentanza’, ‘rappresentatività’, ‘governabilità’ e della quadratura del cerchio non riuscita appieno alla Consulta in sede di bilanciamento tra le istanze che ai concetti stessi fanno capo. § 2. – La premessa posta a base della manovra compiuta dalla Consulta: il bisogno di dover entrare *a tutti i costi* nel merito, anche dunque a quello di dover sacrificare i canoni che governano lo svolgimento del processo costituzionale (con specifico ri-

guardo alla rilevanza). § 3. – La triplice preoccupazione avvertita dalla Corte: a) sottrarsi alla critica delegittimante di aver riscritto la normativa elettorale in vece del legislatore; b) centrare l’obiettivo di un ragionevole bilanciamento tra le istanze facenti capo alla rappresentanza e quelle della “governabilità”; c) assicurare comunque il carattere *self-executing* della normativa di risulta (con particolare riferimento alla previsione del premio di maggioranza ed alla disciplina del ballottaggio). § 4. – La vessata questione dei capilista bloccati, ovvero sia ciò che la Corte avrebbe potuto fare e non ha fatto. § 5. – La evanescente nozione di ‘omogeneità’ delle discipline elettorali, di ardua determinazione teorica e di problematico riscontro pratico e che, comunque, può non esserci solo fino a un certo punto.

* Università degli Studi di Messina.

Ho anticipato i contenuti di questo scritto nel corso di un Seminario svolto presso il Dottorato di Scienze Giuridiche dell’Università di Bologna il 23 febbraio 2017, dietro invito dell’amico e collega Andrea Morrone. Sono molto grato a colleghi e studenti per le numerose osservazioni fattemi che mi hanno consentito di meglio precisare alcuni passaggi argomentativi, specie con riguardo a talune delle più spinose questioni lasciate aperte dalla pronunzia qui annotata. Consegnò per la pubblicazione il lavoro, dopo averlo corredato di un minimo apparato di note e di richiami bibliografici, il 25 febbraio 2017.

§ 1. – *Alcune precisazioni a riguardo dei concetti di ‘rappresentanza’, ‘rappresentatività’, ‘governabilità’ e della quadratura del cerchio non riuscita appieno alla Consulta in sede di bilanciamento tra le istanze che ai concetti stessi fanno capo*

Assai articolato e complesso allo stesso tempo il lungo ragionamento svolto dalla decisione qui rapidamente annotata, che tocca molteplici punti, solo alcuni dei quali saranno a loro volta ripresi in quanto più direttamente riguardanti la questione evocata nel titolo dato a questa mia riflessione. È tuttavia necessario far precedere l’analisi degli argomenti maggiormente significativi addotti dalla Consulta da alcune precisazioni di ordine teorico in relazione ai concetti di ‘rappresentanza’ e di ‘governabilità’: i due assi cartesiani su cui la Consulta dispone e ricomponi i materiali positivi portati alla sua cognizione. La verifica della bontà del ragionamento, infatti, richiede questo passaggio preliminare e, con esso, la descrizione della cornice costituzionale entro cui vanno inquadrati e messi a punto i concetti di base alla cui luce soltanto può essere condotto l’esame critico del pensiero della Corte.

Mi rifarò al riguardo, per scorrevolezza, a talune indicazioni date in pendenza del giudizio della Corte, nel momento in cui mi prospettavo taluni possibili esiti della travagliata vicenda¹.

Comincio dalla rappresentanza che, a mia opinione, può essere intesa *in senso formale* e *in senso sostanziale*: l’una si ha a prescindere dal meccanismo elettorale, per il mero fatto delle elezioni quale fattore genetico e base allo stesso tempo del rapporto di rappresentanza; l’altra, di contro, presuppone che non vi siano torsioni irragionevoli del rapporto stesso conseguenti all’adozione di un sistema a forte componente maggioritaria, nella struttura della rappresentanza rispecchiandosi dunque quanto più è possibile la geografia politica della società, con la varietà delle sue articolazioni interne rese manifeste dal voto.

Il fatto elettorale è decisivo – come si sa – per la fondazione del rapporto rappresentativo; e però tra rappresentanza ed elezioni non si intrattiene più, come invece un tempo, un rapporto di corrispondenza biunivoca o, diciamo meglio, di discendenza automatica ed esclusiva di quella da queste. In passato, si dava infatti una consecuzione non casuale tra elezioni, rappresentanza e rappresentatività, intesa quest’ultima – secondo una tesi largamente accreditata – quale attitudine dei rappresentanti a dar voce ai bisogni più diffusi ed intensa-

¹ V., dunque, i miei interventi in A. RUGGERI, A. RAUTI (a cura di), *Forum sull’Italicum. Nove studiosi a confronto*, Torino, Giappichelli, 2015, nonché il mio A. RUGGERI, *Prime note per uno studio su crisi della sovranità e crisi della rappresentanza politica*, in www.giurcost.org, 2016, 444 ss.

to attivo comporta pur sempre rischi per la formazione della maggioranza politica²¹.

Il problema, ad ogni buon conto, rimane: la Corte ne è avvertita, come dimostra l'affermazione fatta nella chiusa della decisione in commento, ma, ancora una volta, non ha voluto portare fino ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti il ragionamento stesso facendo luogo ad un intervento "forte" inserito in una pronunzia caducatoria, sia pure nella forma morbida dell'additiva di principio.

Rileva che sarebbe stato arbitrario assumere l'una disciplina quale parametro dell'altra²²; poiché però il legislatore è unico per entrambi i rami del Parlamento, l'avvertimento allo stesso fatto e volto a far luogo ad una disciplina "omogenea" avrebbe potuto trovare giustificazione e traduzione tanto in un monito immesso in una pronunzia per questa parte di rigetto quanto in un'additiva di principio, strumenti per loro natura speculari, seppur dagli effetti diversi. È poi chiaro che il vero parametro della "omogeneità" non è in sé e per sé normativo bensì fattuale, riposando nel sistema dei partiti e dovendosi pertanto adeguare alle complessive esigenze da questo espresse. La qual cosa, una volta di più, mostra che senza gli opportuni, incisivi interventi al piano delle regolarità anche regole ben fatte non possono comunque sortire gli effetti sperati.

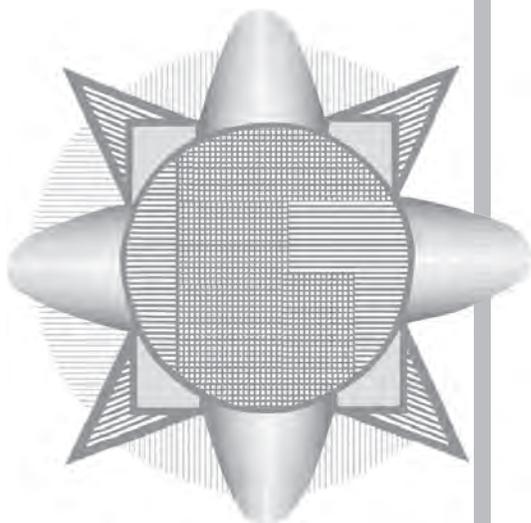
Abstract

The paper, after few introductory remarks related to the concept of 'representation', 'representativeness', 'stability' and 'governability', emphasizes how the Italian Constitutional Court, substantially, in its decision related to the electoral legislation governing the election at the Chambers of Deputies (cd. *Italicum*), decided to deal at all costs with the merit of the constitutional issues. In the light of the above mentioned assumption, the paper focuses on some of the Italian Constitutional Court concerns: a) to avoid the critics connected to be extremely activist and to substantially behave as a legislators; b) to balance in a correct way the instances related to the protection of the representation on one hand, and governability on the other one; c) ensure the self-executing nature of the legislation as existing after the decision of Italian Constitutional Court, with specific regard to the second ballot. With specific regard to the last mentioned element, the reasoning of the constitutional judges is not so convincing, as it not persuasive the reasoning related to the front runners blocked. Other doubts rise with regard to the vague notion of 'homogeneity' of the electoral discipline, that is not only difficult to identify in theory, but it will probably lead to interpretative problems in practices.

²¹ Su ciò, part., A. MORRONE, *Dopo la decisione sull'Italicum: il maggioritario è salvo, e la proporzionale non un obbligo costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 2017.

²² Così, con specifico riguardo all'entità delle soglie di sbarramento, al punto 14.1.

Maestri del Novecento



Giuseppe Capograssi
di Giuseppe Acocella

Ricordo di Carlo Esposito
di Giuseppe Ugo Rescigno

Giuseppe Capograssi

di Giuseppe Acocella*



Sommario: § 1. – La nuova democrazia. § 2. – Il nuovo diritto. § 3. – Il nuovo Stato. § 4. – La nuova scienza.

§ 1. – *La nuova democrazia*

L'influenza di Giuseppe Capograssi sulla cultura giuridica italiana del Novecento è sicuramente più profonda di quanto possano documentare le tracce manifeste che la bibliografia capograssiana testimonia. Il riconoscimento di una personalità scientifica e speculativa capace di lasciare il segno è costantemente rivelato, inaspettatamente e quasi caparbiamente, nelle pagine dei più insigni giuristi italiani, tanto da non poter essere qui neanche accennato, anche solo riprendendo apprezzamenti o confessioni del debito profondo confessato in relazione alla sua opera, e dunque tantomeno riprodotto in misura adeguata.

Nato a Sulmona il 21 marzo 1889, scomparso il 23 aprile 1956, a Roma, dove si laureò in Giurisprudenza nel 1911 con una tesi dal titolo *Lo Stato e la storia. Saggio sul realismo del diritto pubblico*, dal novembre 1933 assunse la cattedra di Filosofia del diritto nell'Università di Sassari, e poi in quella di Macerata (nella quale ricoprì la carica di Rettore), prima di trasferirsi, nel 1938, presso l'Università di Padova, dopo la quale fu in quella di Napoli e poi di Roma nella Facoltà di Scienze politiche dal 1950 fino alla morte, sopraggiunta il 23 aprile 1956 nello stesso giorno in cui si teneva la prima seduta della Corte costituzionale, della quale era stato nominato giudice il 3 dicembre 1955¹.

* Università di Napoli Federico II.

¹ Per un profilo biografico che ricostruisce con rigore anche la vicenda accademica di Capograssi, cfr. M. D'ADDIO, *Giuseppe Capograssi (1889-1956). Lineamenti di una biografia*, Milano, Giuffrè, 2011 (in specie, sulla combattuta chiamata a Padova e sulla controversa

La densa analisi dedicata da Capograssi alle esigenze della nuova società che andava affermandosi nel primo dopoguerra, lasciando bruscamente alle spalle il passato, coglieva, comprendendola, la novità dell'esperienza sociale, che non deve nulla concedere ad una scienza giuridica che presuma di essere bastante a se stessa, fino al punto da sostenere che «la esperienza sociale contiene già in sé la esperienza giuridica, soprattutto nel campo del diritto costituzionale», e annunciava con sorprendente finezza anticipatrice una profonda mutazione: «La società ha avuto uno sviluppo economico prodigioso. La installazione della grande industria, la riformazione dei metodi di lavoro, le invenzioni della meccanica industriale moderna, hanno portato un vero spostamento di rapporti, di funzioni e di assetti sociali. Vi è stata una caratteristica ed enorme concentrazione, da una parte, di capitale, dall'altra parte, di lavoro, e per obbedire alle necessità stesse della produzione, per soddisfare una vera e propria esigenza di tecnica, sono sorti nel seno del mondo sociale, centri straordinari di forza e di mezzi. Attorno a questi centri la società si è organizzata: le grandi società anonime da una parte, le grandi corporazioni operaie dall'altra, seguite poi dalle grandi coalizioni capitalistiche, hanno portato tutto un riordinamento nuovo e tutto un nuovo orientamento nel mondo sociale»², così che un nuovo Stato è andato delineandosi, poiché «è proprio da tutta quanta la concreta organizzazione sociale moderna, che nasce nello Stato la vera e propria ineluttabilità e necessità di estendere senza limiti la propria azione. Lo Stato è veramente costretto ad assumersi la funzione di appagamento e di soddisfazione di interessi e di bisogni, i quali vanno sempre più crescendo»³.

Capograssi condivide il pensiero di Santi Romano, al quale fa riferimento quando individua la rilevanza del suo discorso nella novità dell'accentuazione della transizione dal fatto all'ordinamento come approdo di quella *rivolta dei fatti contro il codice* che aveva messo in crisi la nozione della *legalità resa certa dalla centralità dello Stato produttore delle norme*, così fornendo nuovo fondamento all'idea di legalità: «l'ordinamento costituisce un ulteriore incremento del fatto nudo: il fatto

vicenda che portò in cattedra N. Bobbio, della cui commissione di giudizio era componente Capograssi, cfr. *ivi*, 111-113).

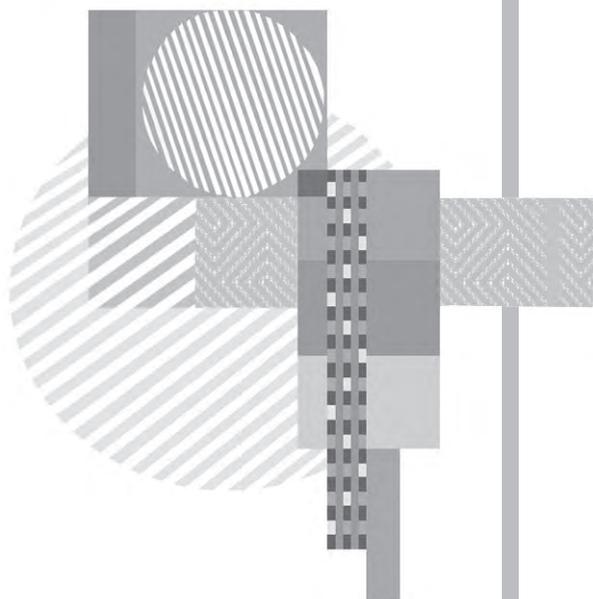
² G. CAPOGRASSI, *La nuova democrazia diretta*, Roma, Arti Grafiche Pinnarò, 1922, ora in IDEM, *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959, vol. I, 434-435 (corsivo mio). Infatti «ne è derivato che, tra il singolo e privato interesse individuale, e l'interesse generale, che erano i due poli tra i quali si muoveva l'azione costituzionale nelle ipotesi e nel concetto dello Stato liberale, si sono insinuati questi grandi interessi collettivi, i quali hanno fortemente affermata la loro esistenza e la loro esigenza» (*Ivi*, 435).

³ *Ivi*, 438 (corsivo mio). Cfr. anche *ivi*, 436-438. È accaduto dunque che «con l'assunzione che esso ha fatto della soddisfazione di questi pubblici servizi, lo Stato si è messo a contatto con le attività analoghe del mondo sociale. [...] Il movimento del lavoro ha estesa la sua azione dal mondo sociale all'organismo dello Stato [...]. Questo fatto ha servito ancora di più a riaccostare la realtà dello Stato alla realtà sociale» (*Ivi*, 437). Cfr. anche G. ACOCELLA, *Etica e lavoro. In margine ad uno scritto di Giuseppe Capograssi*, in *Quaderni Leif*, n. 2, 2007, 5-10.

Abstract

Giuseppe Capograssi's influence on the Italian legal culture of the twentieth century is deeper than the traces arising from the bibliography of Capograssi can prove. The refusal of legal formalism (even according to its statist and legal-positivist versions) should not lead to frustrating the foundation of certainty, by accepting paradoxically the most exasperated formalism, which promotes the claim of any individualism to the detriment of common law, which would thus lose its true nature of achievement of human action and will, by overcoming the common and legal experience in human history.

Biblioteca



«Why is a raven like a writing desk?».
Prove di soluzione per l'enigma delle clausole generali
di Aljs Vignudelli

Riferimenti bibliografici

«Why is a raven like a writing desk?»

Prove di soluzione per l'enigma delle clausole generali

di Aljs Vignudelli*



Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – Lo schema dell'opera e il suo "spirito". § 3. – Clausole generali: il nome e la cosa. § 4. – La categoria delle 'clausole generali' tra ricostruzione storica e terapia del linguaggio. § 5. – La concretizzazione delle clausole generali tra discrezionalità dell'interprete e modelli di razionalità oggettiva. § 6. – Clausole generali e Costituzione. § 6.1. – Clausole generali del compromesso? § 6.2. – Clausole generali e neocostituzionalismo. § 6.3. – Le clausole generali e promozione dei diritti fondamentali. § 7. – (*segue*) Le clausole generali tra Giudice ordinario, Legislatore

e Corte costituzionale. § 8. – Clausole generali e giurisprudenza costituzionale. § 9. – Un primo bilancio.

FEDERICO PEDRINI, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, Bononia University Press, 2013 (Prima ristampa riveduta e corretta, 2014), pp. 417.

§ 1. – Premessa

Se è vero che una (buona) recensione richiede pur sempre una certa dose di distacco, era giocoforza che un po' d'acqua dovesse transitare sotto i proverbiali ponti prima che lo scrivente potesse ritornare sul saggio monografico che, nel 2013, Federico Pedrini ha voluto dedicare alle clausole generali¹.

Di tale studio, invero, fui costante interlocutore dialettico fin dal suo concepimento, dapprima discutendone in profondità con l'Autore l'impostazione e il progetto architettonico e seguendone poi con partecipazione e interesse ogni fase di sviluppo dal punto di vista scienti-

* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

¹ F. PEDRINI, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, Bononia University Press, Prima ristampa riveduta e corretta, 2014, d'ora in avanti semplicemente C.G., cui saranno riferiti i numeri di pagina indicati nel testo.

fico. Sicché, dopo la sua uscita, ho preferito lasciar progressivamente scemare l'originaria e inevitabile sensazione di lata e mediata "paternità" (una "nonnità" *pour cause?*) che in casi come questo spontaneamente si genera rispetto ai "parti" scientifici dei propri allievi.

Nel mentre, anche in virtù del suo ben riconoscibile (e riconosciuto) respiro internazionale, l'opera ha cominciato a camminare (saldamente) sulle proprie gambe e che le tesi sostenute nel volume meritino di essere discusse non costituisce, oggi, semplicemente una mia opinione personale.

Prova ne sia l'apprezzamento accordatole non soltanto in Italia, ma anche all'estero, al punto che la prestigiosa *Alexander von Humboldt Stiftung* ha fin da subito ritenuto lodevole la ripubblicazione del lavoro, finanziandone una prima ristampa "riveduta e corretta" già nel 2014.

Non per caso – verrebbe da aggiungere –, giacché non siamo di fronte ad un isolato "acuto" (operistico) nella produzione di un giovane studioso, tenuto conto che Pedrini con l'argomento ebbe modo di cimentarsi frontalmente² fin dalla tesi di laurea discussa nel 2004 con Augusto Barbera³, coltivandolo poi con sempre crescente consapevolezza negli scritti "preparatori" del 2009⁴ e (soprattutto) del 2012⁵ e ancora in quelli successivi del 2015⁶ e del 2017⁷.

Proprio grazie a questa più ampia produzione (sinfonica), del resto, l'opera qui in commento si contestualizza – e dunque, al tempo stesso, s'arricchisce e si precisa –, consentendo altresì all'estensore di tracciare con maggiore facilità il breve itinerario critico-ricostruttivo che si proverà a offrire nelle pagine qui di séguito.

² Una particolare attenzione alla tematica delle clausole generali, peraltro, emerge con chiarezza anche nei lavori che ad esse (clausole) non sono specificamente dedicati. Cfr. part. F. PEDRINI, *Note preliminari ad uno studio sui diritti costituzionali economici*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2010, § 4.2.2., 29 ss.; nonché, più ampiamente, IDEM, *Principi costituzionali in tema di consumo*, Bologna, Bonomo, 2010, 123 ss.

³ È lo stesso Pedrini a ricordarlo (C.G., 156 ss.) nella nota introduttiva al paragrafo 3.5. dedicato alle "Clausole generali e norme a fattispecie aperta".

Parte delle risultanze di quel primo percorso di ricerca – premiato nel 2006 con una delle dieci borse di studio per le migliori tesi in materia di giustizia costituzionale (A.A. 2002-2005) in occasione del cinquantesimo anno di attività della Corte costituzionale – sono poi confluite in F. PEDRINI, *Il libero sviluppo della personalità nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale. Un diritto per tutte le stagioni?*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2006, 161-183.

⁴ F. PEDRINI, *Clausole generali e Costituzione. Una (prima) mappa concettuale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009, 1-39.

⁵ IDEM, *Clausole generali e Costituzione: considerazioni introduttive*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2012, 285-311.

⁶ IDEM, *Clausole generali e principi costituzionali*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, 2015, 1-41, di prossima pubblicazione in portoghese e inglese in due volumi internazionali di studi dedicati al pensiero di Robert Alexy a cura di C. TOLEDO (*Direito, Razão e Institucionalização*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2017, e *Reason and Institutionalization – Theory of Legal Argumentation, Theory of Fundamental Rights, Concept and Nature of Law*, 2017).

⁷ F. PEDRINI, *Contro "le clausole generali" (sans phrase). Precauzioni per l'uso d'una categoria dottrinale ancora troppo vaga, paper*.

Averlo posto in evidenza per più di quattrocento pagine costituisce senz'altro il merito più alto dell'opera qui in commento. Vedremo se dottrina e giurisprudenza ne vorranno trarre profitto, o se viceversa seguiranno l'esempio di Alice, che «di solito si dava degli ottimi consigli, però poi li seguiva raramente».

Abstract

The review reconstructs the main thesis presented by Federico Pedrini in a recent monograph about the general clauses, by highlighting their place among the law categories, looking into their constituent elements and examining in depth, with a critical approach, their relationship with the "constitutional" dimension of the legal system. In particular, the Author highlights the different interpretations of the idea of "general clause" in the legal science and in the theory of Law, by pointing out, for each substantial definition, the structural and functional properties, in order to compare it with some crucial elements of the constitutional science such as the "compromise" formulations, the "open cases" and the "principles/values". The dogmatic investigation is accompanied by a precise analysis of constitutional decisions, whose results provide an opportunity to outline a critical approach which allows to take the constitutional general clauses seriously.