

# *Che cos'è la democrazia?*

*Appunti per l'interpretazione di una forma di Stato*

di Fulvio Cortese\*



**Sommario:** § 1. – Un dibattito complesso e non scontato. § 2. – Un rompicapo? La complessità democratica. § 3. – Il tema della rappresentanza. § 4. – Il tema teleologico. § 5. – Lo sviluppo del tema metodologico. § 6. – Il problema dei confini e la resilienza della democrazia. § 7. – L'importanza di *framework* democratici. § 8. – La definizione della società democratica: un caso di scuola e una conclusione.

«L'aristocrazia si trova nel Vecchio Testamento, la democrazia nel Nuovo»

(H. DE BALZAC, *Massime e pensieri di Napoleone*, Palermo, Sellerio, 2021, 48)

## § 1. – *Un dibattito complesso e non scontato*

I motivi per continuare a interrogarsi sulla democrazia e su ciò che dovrebbe contraddistinguere sono moltissimi. Tanti dei temi che hanno contribuito negli ultimi anni ad accendere il dibattito pubblico sono connessi al problema democratico e alla sua decifrazione.

Se si discute, ad esempio, delle complesse questioni concernenti l'equilibrio dei bilanci degli Stati in situazioni di crisi, si arriva sempre a ragionare del rapporto che, in un regime democratico, dovrebbe sussistere tra le opzioni degli organi rappresentativi e le esigenze strutturali connesse al rispetto di specifici impegni finanziari. Ci si chiede spesso, quindi, fino a che punto la forza della democrazia e degli obiettivi che essa intende promuovere e realizzare possa "alimentare" o "vincere" la forza del debito sovrano.

Se ci si confronta, invece, sul contenuto particolare che alcune riforme hanno assunto in taluni ordinamenti in merito alla relazione

\* Università degli Studi di Trento.

Il saggio costituisce la traccia di un ciclo di lezioni tenuto dall'Autore nell'a.a. 2020/2021, presso la Scuola di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei, attiva presso la Facoltà giuridica trentina.

tra il potere esecutivo e quello giudiziario, si arriva a riflettere su quanto sia determinante il peso che dovrebbe continuare ad avere lo Stato di diritto, anche in contesti in cui quelle riforme siano state supportate da ampie maggioranze, democraticamente legittimate. In questo caso il richiamo alla democrazia assume un valore molto ambiguo, in cui se ne valuta con preoccupazione un possibile andamento populista e oppressivo, specie nei confronti dei diritti dell'opposizione o delle minoranze.

Ancora: quando ci si lamenta del contegno che i parlamentari tengono, "cambiando casacca" nel corso della legislatura, la meditazione sulla tenuta del vincolo rappresentativo chiama spesso in gioco il principio democratico, che in tal caso assume le sembianze del rispetto della volontà popolare. Lo stesso principio viene evocato quando si immagina che si debba rivedere il rapporto tra politica e amministrazione, per superare o temperare alcune declinazioni del principio di separazione funzionale cui in Italia quel rapporto è stato informato dall'inizio degli anni Novanta del Secolo scorso. In entrambe le ipotesi pare che la democrazia si contrapponga alle istanze di garanzia dell'interesse generale obiettivamente considerato.

Di democrazia, poi, si parla moltissimo ogni qual volta si medita sul sistema elettorale (ipoteticamente) più adeguato a garantire simultaneamente rappresentanza ed efficacia dell'azione di governo: ciò nell'assunto presupposto che vi siano sistemi più democratici di altri, e quindi preferibili. Sempre di democrazia si controverte allorquando ci si pone la domanda se essa consenta o meno la restrizione o la limitazione, anche solo occasionali o circostanziate, di diritti o libertà individuali o collettive in fattispecie nelle quali il libero esercizio di quei diritti o di quelle libertà possa comportare un pericolo per altre prerogative considerate essenziali per la conservazione di una società qualificabile, per l'appunto, come democratica. Per non dire, poi, di tutte le ipotesi in cui il riferimento alla democrazia è rappresentato come orizzonte irrinunciabile cui contrapporre le possibili degenerazioni di un "governo" puramente epistocratico: qui l'opposizione che viene stimolata è quella tra democrazia e competenza.

L'elenco potrebbe continuare a lungo. Ed è di palmare evidenza che tutti questi argomenti sono all'ordine del giorno e che sono attraversati dalla questione, evidentemente non risolta, né sopita, sulla definizione di che cosa sia la democrazia. O, meglio, sull'individuazione di quali ne siano gli elementi distintivi o irrinunciabili, da cui derivare declinazioni idonee a fungere da criterio discretivo per lo scioglimento di dubbi specifici e molto concreti, ovvero per il giudizio sull'adeguatezza o legittimità di determinate scelte legislative.

che, facendosi anch'essa senza confini, è tuttavia soggetta alla pressione finora ignota di oscillazioni potenzialmente forti e pericolose<sup>60</sup>.

Al termine di questo *excursus*, al di là della conferma della correttezza dell'approccio seguito da Gaetano Salvemini nel 1940 (un approccio plurale e consapevolmente "drammatico", data la presenza, nel campo democratico, di attori ed elementi posti in costante tensione dialettica), si può immaginare che, attualmente, la democrazia vada evolvendosi sempre più nel senso di una forma *mista*, in cui l'apertura valoriale, l'adattamento istituzionale e la trasformazione organizzativa costituiscono caratteri strutturalmente invariabili.

Ci si potrebbe chiedere, a fronte di questa possibile constatazione, se non si stia, forse, verificando una sorta di ritorno alle origini più antiche; se non sia vero, cioè, come è stato rilevato anche a margine della segnalazione di alcuni studi in ambito filosofico<sup>61</sup>, che gli intensi movimenti cui è soggetta la democrazia impongono l'esercizio egualmente pronunciato e profondo di una virtù di costanza e di equilibrio, da un lato, ma anche di impegno attivo nella sfera pubblica, dall'altro.

È più probabile che un certo ritorno all'antico abbia un significato nel rammentare quanto sia importante, nello Stato costituzionale, continuare a ricollegare la radice isonomica della democrazia con l'istanza di complessiva armonia fisiologica che ad essa è sottesa<sup>62</sup>; e nel sottolineare, quindi, che la rottura di questo bisogno di misura, se perpetrata già nella sede dell'illustrazione di ciò che dev'essere lo Stato democratico, non può che condurre a patologie tanto vistose quanto rovinose.

### Abstract

The essay aims at illustrating the issues underlying the complexity of the operations variously aimed at defining democracy and, consequently, the distinctive features of the corresponding form of State. Starting from a reflection carried out by Gaetano Salvemini, the contribution dwells on some invariants of democracy, isolating the institutional consequences and the most recent evolutions, and arguing in favor of a plural and harmonic reconstruction of the democratic paradigm.

<sup>60</sup> Per una brillante analisi di questi fenomeni v., da ultimo, A. GARAPON, *La despaializzazione della giustizia*, Milano, Mimesis, 2021, che si sofferma anche sulla *cancel culture*, come espressione più forte della despaializzazione dello spazio civico.

<sup>61</sup> Cfr. la rassegna di F. RIGOTTI, *La democrazia è una virtù?* (26 aprile 2021), in *doppiozero*: <https://www.doppiozero.com/materiali/la-democrazia-e-una-virtu>.

<sup>62</sup> Per il collegamento tra la radice dell'isonomia di ascendenza classica e un principio di armonia capace di coinvolgere il mondo del diritto e della giustizia con quello della medicina e della filosofia v. gli spunti offerti da W. JAEGER, *Le origini della filosofia del diritto e i Greci* (1948), in M. CACCIARI, N. IRTI, *Elogio del diritto*, Milano, La Nave di Teseo, 2019, 11 ss.

# Caricature del giuspositivismo

di Horst Dreier\*



**Sommario:** § 1. – Rassegna delle attuali critiche al positivismo giuridico. § 2. – La tesi dell’obbedienza al diritto positivo. § 2.1. – Gerhard Anschütz. § 2.2. – Richard Thoma. § 2.3. – Hans Kelsen. § 2.4. – Herbert Lionel Adolphus Hart. § 2.5. – Felix Somló. § 3. – La tesi della mera sussunzione. § 3.1. – Gerhard Anschütz. § 3.2. – Richard Thoma. § 3.3. – Hans Kelsen. § 3.4. – Herbert Lionel Adolphus Hart. § 3.5. – Felix Somló. § 4. – Osservazioni conclusive.

## § 1. – Rassegna delle attuali critiche al positivismo giuridico

Sessantacinque anni fa, al convegno dei costituzionalisti di Göttingen, Walter Jellinek si chiese – e probabilmente scherzava solo a metà – se la qualifica di ‘giuspositivista’ corrispondesse a una fattispecie di reato<sup>1</sup>. Vent’anni dopo, Ernst Forsthoff osservò che il positivismo «è stato relegato per diversi decenni al ruolo di comprovato capro espiatorio dei moderni dogmatici del diritto e dei sapientoni da quattro soldi»<sup>2</sup>. Da allora non ci sono stati cambiamenti significativi in questo tipo di valutazioni<sup>3</sup>: “il” positivismo giuridico (al singolare), infatti, è ancor oggi oggetto di attacchi feroci e di critiche distruttive e i giudizi spesso non soltanto scettici, ma anche di forte condanna o addirittura di esecrazione rispetto “al” giuspositivismo (sempre al singolare) sono autentiche legioni.

Da un lato gli vengono praticamente attribuite e rinfacciate la caduta della Repubblica di Weimar e l’avvento del totalitarismo<sup>4</sup> e si parla di «dolorosa lezione concreta» che Hitler avrebbe dato ai segua-

\* Julius Maximilians Universität Würzburg.

<sup>1</sup> W. JELLINEK, *Osservazione alle relazioni di Ernst v. Hippel e Alfred Voigt sul «diritto costituzionale non scritto»*, in *VVDStRL* 10, 1952, 73, col suggerimento di porre la questione all’ordine del giorno dell’Associazione.

<sup>2</sup> E. FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft*, München, C.H. Beck, 1971, 15.

<sup>3</sup> Così anche N. HOERSTER, *Was ist Recht? Grundfragen der Rechtsphilosophie*, München, C.H. Beck, 2006, 67.

<sup>4</sup> M. KRIELE, *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1979, 126: «L’identificazione della legittimità con la legalità significa non solo l’esclusione di qualsiasi diritto di resistenza, ma anche l’esclusione di una qualsivoglia difesa della legittimità dello Stato costituzionale democratico se il *rovesciamento costituzionale* [*Verfassungsumsturz*]

ci di questa dottrina, ovviamente del tutto erronea e sbagliata<sup>5</sup>, o più in generale la si accusa di essere una cinica "ideologia della giustificazione" di governi dittatoriali<sup>6</sup>. Da un altro lato gli si attribuisce di predicare «la fedeltà alla legge come virtù fondamentale», giacché come sua conseguenza il diritto troverebbe «la sua fondazione e giustificazione già nella propria esistenza»<sup>7</sup> e muovendo da tale presupposto esigerebbe un'obbedienza incondizionata: una visione che con visibile sollievo si reputa fortunatamente superata<sup>8</sup>. Da un altro lato ancora lo si considera un esempio di arretratezza metodologica e gli si imputa l'ingenuità di voler ridurre il complesso e sempre creativo processo di interpretazione della norma alla semplice applicazione di un procedimento puramente logico e sillogistico<sup>9</sup>.

avvenga *legalmente*. Così, il positivismo giuridico è stato in grado di giustificare e preparare teoricamente la distruzione della Repubblica di Weimar.

<sup>5</sup> G. SPENDEL, *Jurist in einer Zeitenwende. Gustav Radbruch zum 100. Geburtstag*, Heidelberg-Karlsruhe, Müller, 1979, 28-29: «Non passò nemmeno un anno prima che questa discutibile teoria [quella di Radbruch, n.d.a.] si trasformasse improvvisamente in una sanguinosa realtà e un uomo che si riteneva infallibile e "Guida" (*Führer*) prendesse il potere e rivendicasse forza di legge per i suoi "ordini della Guida" (*Führerbefehle*). La dolorosa lezione visiva (*Anschauungsunterricht*) del suo regime criminale dimostrò la riconoscibilità della "ingiustizia legale" (*gesetzliches Unrecht*) e impose la revisione di una filosofia del diritto il cui relativismo dei valori doveva favorire il positivismo giuridico, cioè quella dottrina che, ai fini dell'ordine e della sicurezza, riconosce come diritto vigente solo ciò che lo Stato statuisce o riconosce come tale, ma che ha reso i giuristi spiritualmente impotenti rispetto alle leggi ingiuste e persino a quelle criminali».

<sup>6</sup> O. HÖFFE, *Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat*, Frankfurt/M., Suhrkamp, 1987, 23 parla dell'inclinazione «verso l'amoralità politica e il cinismo del potere»; cfr. anche J. HRUSCHKA, *Die Todesschüsse an der Berliner Mauer vor Gericht*, in *JZ*, 1992, 665-670, part. 667; analogamente M. KRIELE, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, Münster et al., Lit Verlag, 2003, 7. Con particolare veemenza si è espresso recentemente J. BRAUN, *Einführung in die Rechtsphilosophie. Der Gedanke des Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, per esempio a p. 41 (l'interesse della Dottrina pura del diritto di Kelsen starebbe «solo nell'efficienza e nel perfezionamento della mera coercizione, nell'affiltezza del bisturi legale con cui il rispettivo detentore del potere politico può tagliare dove vuole») o a p. 250 (l'impegno di Kelsen per la democrazia sarebbe per la Dottrina pura del diritto «solo la foglia di fico con l'aiuto della quale essa ha realizzato l'autosoppressione del libero soggetto giuridico dal punto di vista sociale e della capacità di discussione»).

<sup>7</sup> C. BREUER, *Recht und Moral. Eine Auseinandersetzung zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus*, in J. ISENSEE et al. (a cura di), *Dem Staate, was des Staates – der Kirche, was der Kirche ist. Festschrift für Joseph Listl zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, 935-966 (cit. a p. 942).

<sup>8</sup> G. HIRSCH, *Zwischenruf – Der Richter wird's schon richten*, in *ZRP*, 2006, 161: «il positivismo come obbedienza incondizionata rispetto alla legge è superato».

<sup>9</sup> Così osservano F. MÜLLER, R. CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, vol. I, *Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*, X ed., Berlin, Duncker & Humblot, 2009, 115: «Inoltre, secondo il credo del positivismo, il diritto vigente è un sistema completo di norme giuridiche. Non possono sorgere questioni legali veramente aperte. Ogni nuova questione giuridica della pratica è per necessità concettuale già risolta dal sistema. Le lacune nella esplicita regolamentazione positiva devono in ogni caso essere desunte, tramite la costruzione giuridica, dalle direttrici guida e dai principi del diritto positivo. Anche tali questioni giuridiche sono quindi necessariamente predeterminate dal sistema del diritto vigente». Sempre a tal riguardo cfr. anche *ivi*, 115-116: «Conseguenze di tale premessa sono la visione del diritto vigente come sistema completo di norme giuridiche, della decisione come sussunzione logica della fattispecie concreta nella norma concepita come premessa maggiore del sillogismo e di ogni azione della comunità come "applicazione" o "esecuzione" delle norme giuridiche, oppure come loro "violazione"». Entrambe le citazioni si trovano già a p. 50 nella prima edi-

---

*Abstract*

Two criticisms of legal positivism are all too common. According to the first, legal positivism claims that there is a duty to obey the law whatever it demands (*obedience thesis*). According to the second, positivism holds that legal reasoning is a purely logical procedure without any moral or political commitments (*subsumption thesis*). This article argues against both theses. The author takes issue with five eminent scholars in the legal positivist tradition (Anschütz, Thoma, Kelsen, Hart and Somló) demonstrating that all of them insisted on a sharp distinction between the proper subject of jurisprudence – the positive rules of law – and the further question whether the law ought to be obeyed. Therefore, as against the obedience thesis, legal positivism is compatible with the rejection of law on moral or ethical grounds. In the next part, the subsumption thesis is also criticised. All five authors were never tired of emphasizing the complexities of legal reasoning. They all noticed what Hart famously called “the open texture of law”; and Kelsen, for another instance, placed himself close to the “Freirecht” school. So, both theses have to be rejected.

# *I lavori parlamentari in presenza e a distanza*

di Andrea Gratteri\*



**Sommario:** § 1. – Introduzione al problema: le modalità di esercizio della funzione parlamentare. § 2. – Le soluzioni adottate dal Parlamento italiano e la proposta di modifica del Regolamento della Camera. § 3. – Le ragioni costituzionali contrarie a una deroga dei lavori parlamentari in presenza. § 4. – Per una interpretazione evolutiva e in linea con la prassi parlamentare dell’art. 64 della Costituzione. § 5. – Il difficile contemporaneo di tradizione e innovazione nella qualificazione della funzione rappresentativa.

## *§ 1. – Introduzione al problema: le modalità di esercizio della funzione parlamentare*

I parlamenti sono, per definizione e per tradizione, i luoghi in cui la rappresentanza si manifesta attraverso la contemporanea presenza di una pluralità di persone investite della funzione di deliberare all’esito di un confronto dialettico delle differenti posizioni ed argomentazioni. L’integrità della corretta composizione dell’assemblea è, sin dalle origini dei parlamenti, uno dei pilastri su cui sono stati edificati gli ordinamenti costituzionali sia in funzione di tutela del potere legislativo dinnanzi agli altri poteri dello Stato sia in funzione della garanzia dell’autonomia di giudizio e dell’indipendenza dei singoli parlamentari<sup>1</sup>.

Nel costituzionalismo contemporaneo l’esercizio della funzione parlamentare si è caratterizzato per una molteplicità di elementi fra loro interconnessi (il carattere personale e individuale della carica, il divieto di mandato imperativo, l’insindacabilità e l’invulnerabilità). Periodicamente tali elementi sono stati messi in discussione nel tentativo di intaccare situazioni di privilegio slegate da reali esigenze di garanzia della funzione parlamentare: in Italia questo è accaduto con

\* Università degli Studi di Pavia.

<sup>1</sup> In Inghilterra sin dalla fine del XIII secolo i privilegi dei baroni furono estesi alle altre componenti del Parlamento con la finalità di una immediata protezione nei confronti dei privati e, come ha puntualmente osservato L.G. SCIANNELLA, *Le immunità parlamentari*, Torino, Giappichelli, 2010, 8, allo scopo di garantire la corretta rappresentanza dei singoli borghi e corporazioni.

la revisione dell'art. 68 Cost. ad opera della legge costituzionale n. 3 del 1993 mentre il mandato imperativo e l'indennità prevista dall'art. 69 Cost., negli ultimi anni, sono costantemente al centro del dibattito innescato dai fautori di una revisione del ruolo del Parlamento.

In questo quadro ci si è invece preoccupati poco di affrontare il tema dell'esercizio di *persona* e in *presenza* della funzione parlamentare a differenza di quanto avvenuto in alcuni altri ordinamenti, come la Francia e la Spagna, dove si prevedono forme di partecipazione a distanza in forma telematica o di sostituzione del parlamentare impedito a partecipare ai lavori parlamentari. Il punto di equilibrio fra la tutela della piena autonomia del singolo parlamentare che esercita la sua funzione in presenza e la salvaguardia della corretta e completa composizione numerica dell'assemblea si sposta verso quest'ultima.

In Spagna, a partire dal 2007 si è avviato un diffuso percorso di revisione dei procedimenti deliberativi delle assemblee rappresentative che, dapprima in alcune Comunità autonome e poi nel Parlamento nazionale, ha portato all'introduzione del voto per delega – originariamente in Andalusia, Catalogna e Paesi Baschi<sup>2</sup> – e del voto a distanza in alcune specifiche ipotesi di impedimento. Ai sensi dell'art. 82 del Regolamento del *Congreso de los Diputados*, così come modificato il 21 luglio 2011, il voto telematico può essere autorizzato dall'Ufficio di Presidenza, la *Mesa*, in caso di gravidanza, maternità (o paternità) e grave infermità<sup>3</sup>. L'impulso decisivo alla riforma è stato dato dall'esigenza di promuovere una effettiva eguaglianza fra donne e uomini in ogni ambito relazionale, sociale e lavorativo e si è concretizzato nella *Ley Orgánica* n. 3 del 2007<sup>4</sup> dove, alla settima disposizione finale, è stabilito che «il Governo promuoverà le deliberazioni necessarie per avviare un processo di modifica della normativa vigente al fine di consentire il congedo di maternità e paternità per le persone che ricoprono una carica elettiva». Una riforma di carattere sistemico, a Costituzione invariata, che incide anche su uno specifico ambito dell'attività parlamentare: la garanzia dell'effettiva partecipazione al voto dei parlamentari fisicamente impediti ad essere presenti in aula. Il ruolo della legge organica sull'uguaglianza di genere è stato, a un tempo, decisivo e criticato dalla dottrina che ha osservato come, in realtà, l'obiettivo ultimo della revisione dei regolamenti parlamentari sia stato quello

<sup>2</sup> Il voto per delega è ora consentito anche in Estremadura e Galizia, in proposito v. S. CURRERI, C. MARCHESI, *Il "voto telematico no presencial" nell'esperienza delle assemblee rappresentative spagnole: le Cortes Generales e i Parlamenti delle Comunità Autonome*, in *federalismi.it*, 29 aprile 2020.

<sup>3</sup> Il regolamento del *Senado* è stato modificato il 21 novembre 2013 in termini speculari rispetto al regolamento del *Congreso*.

<sup>4</sup> *Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*.

– ogni membro del Parlamento conti «non solo come tessera del mosaico rappresentativo, ma per il suo inserimento nella catena di valori e di interessi che conduce alla soluzione nazionale, cioè unitaria» secondo una concezione reticolare della rappresentanza in atto che può contribuire alla rimozione degli ostacoli che impediscono una partecipazione politica sostanziale da parte di tutti<sup>75</sup>.

### *Abstract*

The health emergency caused by Covid-19 has determined, as in all constitutional systems in the world, many difficulties in allowing the regular functioning of the Italian Parliament, traditionally anchored to the simultaneous physical presence of a large number of people in the same place.

During the pandemic, various strategies have been developed to address the problem, mainly through conventional solutions which, however, have not proved satisfactory in a very divisive political climate. It was also proposed to allow the participation and, above all, the on-line voting of parliamentarians. However, the proposal clashed with the prevailing interpretation of art. 64 of the Constitution which establishes that the resolutions of each Chamber «are adopted by a majority of those present». The prevailing interpretation enhances the literal tenor of the provision and does not allow deviations from it, on the contrary many (and authoritative) scholars think that remote participation can integrate a form of presence.

Not having changed the rules on participation in parliamentary work in the presence of the pandemic emergency suggests that the issue will be set aside for the near future. However, the hypothetical overcoming of the rigid criterion of personal vote by physically present parliamentarians could open scenarios of undoubted interest and capable of affecting the very representative function of the individual parliamentarian.

---

<sup>75</sup> A. MANZELLA, *Elogio dell'assemblea*, tuttavia, cit., 69 ss.

# 130 anni dalla nascita e 40 anni dalla morte di Arturo Carlo Jemolo. Parte prima

di Sergio Lariccia\*



**Sommario:** § 1. – La rivista *Archivio giuridico “Filippo Serafini”* e il lavoro di Jemolo nelle sue funzioni di collaboratore e di direttore della *Rivista*. § 2. – Il periodo della mia conoscenza di Jemolo nei quattro anni (1953-1957) dei miei studi nella Facoltà di giurisprudenza di Roma. § 3. – Considerazioni generali sulla vita e le opere di Jemolo. § 4. – L’attività didattica e scientifica di Jemolo nel ventennio fascista. § 5. – I primi anni del secondo dopoguerra. Confessioni, esami di coscienza, ricerca di responsabilità, dubbi, perplessità e interrogativi.

## § 1. – La rivista *Archivio giuridico “Filippo Serafini”* e il lavoro di Jemolo nelle sue funzioni di collaboratore e di direttore della *Rivista*

Mi fa piacere ricordare che risale al 1966, cinquantacinque anni fa, il mio primo scritto nell’*Archivio giuridico “Filippo Serafini”*<sup>1</sup>, una rivista interdisciplinare che fin dall’inizio, nei primi anni dell’Italia unita (1868), è considerata, in Italia e all’estero, come punto di riferimento autorevole e qualificato sui progressi della dottrina giuridica, in una visione che pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso. Dal 1962 al 1970, come assistente volontario di *Diritto canonico*, e poi professore incaricato di *Diritto ecclesiastico*, ho collaborato, nella facoltà

\* Sapienza – Università di Roma.

Il presente saggio costituisce una rielaborazione e un aggiornamento di due mie recenti relazioni: la prima, *Arturo Carlo Jemolo e Francesco Calasso*, presentata nel dicembre 2017 nel convegno, a cura di F. LANCHESTER, *I Costituenti della Sapienza*, e pubblicata in *Nomos - Le attualità del diritto*, n. 3/2017 e in [www.sergiolariccia.it](http://www.sergiolariccia.it); la seconda, *Jemolo e il diritto ecclesiastico*, presentata, il 22 aprile 2021, al convegno, a cura di Beatrice Serra, su *Libertà, dubbio, coscienza morale. L’eredità di un Maestro: Arturo Carlo Jemolo*, nell’Aula Calasso della Facoltà di Giurisprudenza di Roma “La Sapienza”, in corso di stampa negli *Atti del convegno*.

<sup>1</sup> Ricordo ancora, la gioia provata, sin dagli anni Sessanta del secolo scorso, per le mie pubblicazioni sulla grande rivista *Archivio giuridico “Filippo Serafini”* e in edizioni della casa editrice modenese Mucchi: *Principio costituzionale di eguaglianza e tutela penale dei culti*, in *Arch. giur. “Filippo Serafini”*, n. 2/1966, 103-135 ss.; *La potestà di giurisdizione e di magistero della Chiesa cattolica nell’ordinamento italiano*, *ivi*, n. 1-2/1968, 268 ss.; *Il “communis christifidelium status” nell’ordinamento della Chiesa*, *ivi*, n. 1-2/1970, 50-58; *Problemi in tema di assistenza ospedaliera degli enti ecclesiastici*, *ivi*, n. 1-2/1971, 47-64; *Le garanzie della libertà religiosa*, *ivi*, n. 1/1972, 429-46; *Bibliografia sulle minoranze religiose in Italia (1929-1972)*, *ivi*, n. 1-2/1972, 189-216; *Diritti civili e fattore religioso in quarant’anni di regime repubblicano*, in *AA.VV., Studi in onore di Lorenzo Spinelli*, I, Modena, Mucchi, 1989, 805-818; *Il problema e la pratica delle libertà nell’attività scientifica e accademica di Lorenzo Spinelli*, in *Arch. giur. “Filippo Serafini”*, n. 4/1990, 567-576.

giuridica di Modena, con il Prof. Spinelli e nei primi anni Settanta, quando insegnavo *Diritto ecclesiastico* (1970-1974) nell'università di Cagliari, ho fatto parte della redazione della rivista modenese.

Arturo Carlo Jemolo è stato direttore dell'*Archivio giuridico "Filippo Serafini"* dal 1964 al 1981, ma sin dal 1922 egli svolse un intenso lavoro di collaborazione e di redazione per la gloriosa *Rivista*: sessant'anni di impegnativa e appassionata attività culturale e scientifica<sup>2</sup>.

Anche con lo scambio dei propri scritti e il confronto sui vari temi in essi considerati, la collaborazione scientifica fra Giorgio del Vecchio e Arturo Carlo Jemolo si concretizzò per molti anni nel comune impegno per la rivista *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*; ed infatti, per specifico e costante impulso di Del Vecchio, direttore dell'*Archivio giuridico* dal 1921 al 1938<sup>3</sup>, Jemolo cooperò alla *Rivista* nella triplice veste di autore di saggi, di recensioni<sup>4</sup> e di referenze<sup>5</sup>.

Nel carteggio dell'epistolario fra Jemolo e Del Vecchio sono numerose le lettere nelle quali Del Vecchio chiede a Jemolo di recensire i volumi arrivati all'*Archivio*, come anche le lettere nelle quali è lo stesso Jemolo che, di propria iniziativa, invia alla redazione della *Rivista* recensioni su opere che ritiene meritevoli di essere recensite; per iniziativa di Del Vecchio, nel 1932, morto Pietro Bonfante, Jemolo fu chiamato a integrare il Consiglio direttivo dell'*Archivio giuridico*<sup>6</sup>, del quale diventerà Direttore nel 1964<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Cfr. B. SERRA, *Giorgio Del Vecchio e Arturo Carlo Jemolo. Frammenti di un carteggio, Crisi della legge e aporie della scienza del diritto positivo: il dialogo fra Giorgio Del Vecchio e Arturo Carlo Jemolo tra le due Guerre*, Relazione presentata al Convegno sul tema *I Filosofi del diritto alla Sapienza tra le due Guerre*, organizzato dal Dipartimento di Studi Giuridici, Filosofici ed Economici della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza" (Roma, 21-22 ottobre 2014), pubblicato negli atti del Convegno e in [www.statoechiase.it](http://www.statoechiase.it); v. in particolare il § 3, b 3 - (segue): b) *Il lavoro per l'Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*. È grazie alla preziosa ricerca della Prof. Serra che ho potuto qui riferire alcuni elementi di valutazione del lavoro di Jemolo collaboratore dell'antica rivista modenese.

<sup>3</sup> Dal 1910 al 1920 era stata interrotta la pubblicazione della *Rivista*. Nel 1938 Giorgio Del Vecchio fu costretto a lasciare la direzione della *Rivista* per effetto delle leggi razziali.

<sup>4</sup> Cfr. tra le tante recensioni A.C. JEMOLO, *Recensione a Mario Falco, Introduzione allo studio del Codex Iuris Canonici*, Torino, Bocca, 1925, in *Arch. Giur. "Filippo Serafini"*, n. 10/1925, 158-164; IDEM, *Intorno ad un manuale di diritto ecclesiastico, ivi*, n. 21/1931, 131-148: nel primo caso Jemolo scrive a Del Vecchio manifestando il suo forte desiderio di recensire l'opera per l'*Archivio giuridico*, mentre nel secondo caso prega il Direttore di ospitare la lunga recensione già pronta nella *Rivista*.

<sup>5</sup> Dalle numerose bibliografie degli scritti di Jemolo [cfr., tra le altre, F. VECCHI, *Bibliografia*, in G. CASSANDRO, A. LEONI, F. VECCHI (a cura di), *Arturo Carlo Jemolo: vita ed opere di un italiano illustre. Un professore dell'Università di Roma*, Napoli, Jovene, 2007, 54-190 e, più di recente, S. LARICCIA, *Arturo Carlo Jemolo. Un giurista nell'Italia del Novecento*, Roma, Carocci, 2015, *Bibliografia*, 177-202], risulta che nel periodo degli anni 1922-1975, Jemolo pubblicò sull'*Archivio giuridico "Filippo Serafini"* quaranta contributi fra saggi, recensioni, referenze e scritti vari.

<sup>6</sup> Nel carteggio si rinviene sia la lettera, del 18 dicembre 1932, con la quale Del Vecchio propone a Jemolo di entrare nel Consiglio direttivo dell'*Archivio Giuridico*, sia la lettera di risposta, su carta intestata dell'Università di Bologna, con la quale Jemolo, il 19 dicembre 1932, accetta, riconoscente, l'invito.

<sup>7</sup> Sulla complessa vicenda della successione di Jemolo a Vincenzo Arangio Ruiz nella direzione dell'*Arch. giur. "Filippo Serafini"*, cfr. B. SERRA, *Giorgio Del Vecchio e Arturo Carlo*

ottenere decisioni rispettose della Costituzione democratica. Chi può dimenticare la ricchezza e la sottigliezza degli argomenti addotti da Jemolo davanti ai giudici nei processi penali del caso del Vescovo di Prato mons. Pietro Fiordelli (nel 1958), nelle cause giudiziarie attinenti al matrimonio concordatario nel lungo periodo degli anni 1948-1981, nel caso Cordero nel 1979?

E moltissimi sono stati, negli anni 1947-1981 gli scritti contenenti importanti valutazioni di questioni attinenti all'interpretazione delle norme e dei principi costituzionali.

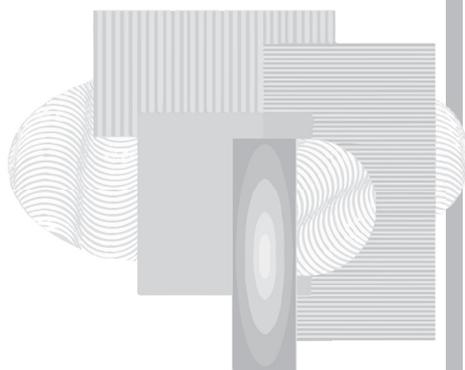
Jemolo ha contribuito, con efficacia assai superiore a quella di tanti altri, all'attuazione della Costituzione entrata in vigore il 1° gennaio 1948: è necessario prenderne atto!

### *Abstract*

The scientific work of Arturo Carlo Jemolo in the years of liberal, fascist and democratic Italy (1905-1981). A project for a secular and democratic Italy: dreams, hopes, illusions and disappointments. Freedom, dubious, moral conscience.

# Materiali

---



*Giovanni Tarello e la "Scuola di Genova"*  
di Riccardo Guastini

---

*Il «problema dell'interpretazione»: una formulazione ambigua*  
di Giovanni Tarello

---

*Scarpelli e il positivismo giuridico rivisitato*  
di Mario Jori

---

*Il positivismo giuridico rivisitato*  
di Uberto Scarpelli

---

*Colloquio sull'integrazione sovranazionale.*  
*Intervista al prof. Giuseppe Tesauro (Napoli, 20 giugno 2021)*  
di Federico Pedrini

# Giovanni Tarello e la "Scuola di Genova"

di Riccardo Guastini\*



**Sommario:** § 1. – Tarello sull'interpretazione. § 2. – La "Scuola di Genova". § 3. – Analisi logica, positivismo, realismo, laicità.

## § 1. – Tarello sull'interpretazione

Nel breve saggio che qui si ripubblica, *Il 'problema dell'interpretazione': una formulazione ambigua* (1966), Giovanni Tarello mette in discussione quel modo di vedere tradizionale – oggidi generalmente screditato, ma tuttora presente nei modi di argomentare della dottrina e della giurisprudenza, e ancor più tra certi filosofi del diritto – secondo cui l'interpretazione è un'attività conoscitiva che si esercita su norme.

Sicché: (a) le norme preesistono all'interpretazione, e l'attività interpretativa consiste appunto nel prenderne conoscenza; (b) gli enunciati interpretativi hanno valori di verità, cioè si danno interpretazioni vere e interpretazioni false. Per ogni testo normativo, vi è una interpretazione vera, tutte le altre essendo false. La cosiddetta "scienza giuridica" è un'impresa genuinamente scientifica, il cui prodotto è l'insieme delle interpretazioni vere. Da questo punto di vista, "il" problema dell'interpretazione ha natura non politica, ma epistemologica: qual è il metodo corretto per scoprire il vero significato dei testi normativi?

Il nocciolo teorico del discorso di Tarello – arricchito da considerazioni di storia e di sociologia della cultura giuridica – è abbastanza semplice, ed è il seguente.

(1) In primo luogo, Tarello distingue *due*, irrelati, "problemi dell'interpretazione": un problema empirico e un problema normativo.

Un conto è un'indagine empirica intorno alle pratiche interpretative degli operatori giuridici, ossia intorno ai metodi di interpretazione *di fatto* impiegati in una cultura giuridica determinata in un momento storico dato.

---

\* Università degli Studi di Genova e Istituto Tarello per la Filosofia del diritto.

Tutt'altro conto è il discorso prescrittivo (di gran lunga dominante in dottrina e in giurisprudenza) intorno al metodo interpretativo che si *deve* usare per pervenire all'interpretazione che si vuole corretta, e che si pretende vera.

Una distinzione siffatta - "essere" *v.* "dover essere": banalmente di questo si tratta - dovrebbe essere una ovvietà. Ma così non è. La letteratura sull'interpretazione è affollata di due specie fondamentali di teorie "del significato" (che non per nulla trovano riscontro nelle norme sull'interpretazione in diversi ordinamenti): (a) il significato dei testi normativi è quello che risulta dall'uso convenzionale comune delle parole (al tempo della promulgazione o al momento dell'applicazione?); (b) il significato dei testi normativi è quello voluto dalle autorità normative (fatte salve le difficoltà, concettuali, non solo empiriche, di accertare le intenzioni di organi collegiali). È evidente che "teorie" di questo tipo non descrivono in qual modo il significato è, di fatto, ascritto ai testi normativi in una cultura giuridica data, ma pretendono sotto false sembianze di orientare l'attribuzione di significato.

(2) In secondo luogo, Tarello delinea i tratti fondamentali di una teoria alternativa dell'interpretazione, scettica o realistica.

(i) In primo luogo, le norme non hanno significato per la banale ragione che sono esse stesse null'altro che significati: entità concettuali, per così dire, non linguistiche. Le norme, si pensa comunemente, possono essere obbedite così come violate. Ebbene: si può sensatamente parlare di obbedienza a, o violazione di, un enunciato in lingua (questo, e non altro, è una disposizione normativa)? Evidentemente no. Le norme sono altra cosa degli enunciati normativi che le esprimono: non sono quegli stessi enunciati, ma il loro contenuto di senso.

(ii) Pertanto, le norme sono non già l'oggetto dell'interpretazione, ma il suo prodotto. Non preesistono all'interpretazione, ma ne derivano. L'interpretazione - lasciando da parte la consuetudine, che richiederebbe un discorso a sé - consiste precisamente nella ascrizione di significato agli enunciati normativi delle fonti del diritto.

(iii) Senonché gli enunciati normativi, di solito, ammettono (non una sola interpretazione, ma) una pluralità di interpretazioni sincronicamente confliggenti e diacronicamente mutevoli, che dipendono dalla ambiguità e dalla vaghezza del linguaggio in cui le norme sono formulate, dalle circostanze di fatto in cui le formulazioni normative sono interpretate, dalla varietà di metodi interpretativi in uso, dalla molteplicità di elaborazioni dottrinali, e - s'intende - dalle idee di giustizia degli interpreti.

(iv) Ne segue che l'interpretazione non è né vera né falsa: tecnicamente, gli enunciati interpretativi ("L'enunciato E esprime il signifi-

verità, e che esistano delle norme vere (come tali, vincolanti anche per chi non le condivide, anche per i recalcitranti)<sup>18</sup>.

Il positivismo giuridico è, per sua natura, un modo di pensare non-cognitivistico (non esiste affatto una cosa come una morale oggettiva, giacché le norme non sono né vere né false) e, per ciò stesso, radicalmente laico.

### *Abstract*

The paper is aimed at introducing Giovanni Tarello's realistic ideas about legal interpretation, as well as the development of such ideas within the so-called "Genoese School", *i.e.*, the set of his disciples and followers, based in the legal department of Genoa University.

---

<sup>18</sup> R. GUASTINI, *Dei rapporti tra liberalismo e non-cognitivismo*, in *Teoria politica*, II, 2012, 137-142.

## *Il «problema dell'interpretazione»: una formulazione ambigua*

di Giovanni Tarello\*



*Giovanni Tarello è stato uno dei maggiori rappresentanti della filosofia analitica del diritto italiana, approfondendo in particolare le tematiche del linguaggio giuridico e dell'interpretazione della legge e divenendo l'esponente più importante del giusrealismo analitico italiano. Ha insegnato a lungo Filosofia del diritto e Diritto civile all'Università di Genova, dove ha diretto l'Istituto di Filosofia del diritto ed è stato Preside della Facoltà di Giurisprudenza. Capostipite della "scuola genovese" di filosofia del diritto, dopo la sua scomparsa la sua Alma Mater gli ha intitolato il Dipartimento di cultura giuridica (La Direzione).*

La formulazione del secondo tema del III Congresso nazionale di filosofia del diritto, *Il problema dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto*, è una formulazione ambigua. Si tratta di una formulazione tradizionale che gode presso molti, per prescrizione acquisitiva, di una opinione di legittimità; ma, come molte formulazioni dei c.d. «problemi tradizionali» della filosofia del diritto, suggerisce di dare una risposta unica, *per saturam*, ad una serie di problemi diversi; ed è, a questo titolo, pericolosa. Essendo poco rispettoso delle prescrizioni acquisitive, e molto rispettoso del principio di utilità, mi accingo a fare qualche osservazione sulla ridetta ambiguità e sui diversi problemi cui quella ambiguità suggerirebbe di dare una risposta unica e semplice: e, in quanto unica e semplice, a mio avviso mistificatoria.

La vicenda recente della formulazione è nota. In senso tradizionale, si intende per «interpretazione» un processo intellettuale per cui, essendo data una legge o una «norma», di cui si conosce o si postula la validità, si perviene a «comprenderne» il significato; tale comprensione si avvarrebbe di regole o canoni, il corretto impiego dei quali garantirebbe una interpretazione «vera», «esatta», «giusta», «non errata»; una volta compreso il significato, una volta «appresa» la norma «esattamente», sarebbe possibile a) conformare il proprio comportamento al comando della norma; b) valutare o «giudicare» un compor-

\* Pubblicato originariamente in *Riv. int. fil. dir.*, 1966, XLIII, 349 ss., e poi riedito in G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, il Mulino, 1974, 389 ss.

tamento con riferimento alla norma; e, da parte di un organo, e) «applicare» la norma.

Questo modo di vedere le cose, tradizionale del positivismo giuridico, solidale con l'ideologia che aveva presieduto alle codificazioni e con dottrine della separazione delle funzioni e/o dei poteri, informante importantissime istituzioni come il ricorso per cassazione per erronea o inesatta interpretazione di norme di legge, è stato sottoposto, a partire dagli inizi del secolo, a critiche di varia natura, ma tutte accentuanti un elemento volontario e creativo presente nel processo dell'«interpretazione».

In Italia, questo modo di vedere le cose non fu, agli inizi del secolo, criticato dai giuristi in linea generale, ma solo fu contraddetto in contesti particolari ed in modo sporadico da taluni, in special modo commercialisti come il Vivante. Nei suoi termini più tradizionali, e come problema unico, il «problema dell'interpretazione» fu perciò consegnato dai giuristi ai filosofi. Questi ultimi amavano, a quei tempi, speculare sull'«intelletto astratto» e sulla «volontà concreta», sul «già voluto» e sul «volere in atto», sul «conoscere» e sul «volere»: e rapportato a questi termini il «problema dell'interpretazione del diritto» non poteva che venir risolto, o meglio cancellato, mediante l'una o l'altra di due opposte «soluzioni» speculative; cioè, rispettivamente: a) che l'interpretazione è volere in atto, perciò creazione, perciò non più, a rigore, «interpretazione»; oppure b) che l'interpretazione è (non l'attività classificatoria, ma) la classificazione degli impieghi tecnici dei termini, ed è perciò (non attività ma) scienza astratta. Come avveniva anche a proposito di altri problemi, queste due «soluzioni» speculative contrapposte da una parte riproducevano (e solidarizzavano con) due attitudini metodologiche e pratiche già emerse e distintes sul piano professionale, cioè nella specie solidarizzavano rispettivamente a) con i critici del modo di vedere tradizionale, i quali insistevano sugli aspetti creativi e volontaristici (magari in chiave irrazionalistica) dell'interpretare<sup>1</sup>, e b) con coloro che riaffermavano l'ideologia tradizionale della interpretazione esaltando gli aspetti meccanici di questa. Dall'altra parte, quelle due «soluzioni» speculative contrapposte radicalizzavano e isterilivano le due attitudini emerse in sede metodologica e pratica, proprio perché volevano essere soluzioni speculative e non metodologie, e proprio perché, avendo «risolto» il problema (o presunto tale) in linea di principio, non si occupavano di verificarsi continuamente misurandosi sui proble-

<sup>1</sup> Non è un caso che tra i primi tentativi di far circolare in Italia le idee della *Freirechtslehre* e, in seguito, della *Interessenjurisprudenz*, vi fossero quelli compiuti da filosofi del diritto idealisti, i quali mentre rilevavano in quei movimenti una totale mancanza di rigore speculativo, ne condividevano tuttavia di solito alcune attitudini e esigenze.

# *Scarpelli e il positivismo giuridico rivisitato*

di Mario Jori\*



**Sommario:** § 1. – Normativismo. § 2. – Ordinamenti e norme fondamentali.

*...prima ed essenziale condizione del valore morale e politico di una scelta, quale che ne sia la direzione, è la consapevolezza, la consapevolezza delle alternative, mentre è cattiva ogni posizione che comporti un mascheramento e lo snaturamento di una scelta*

(U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965, 145)

## § 1. – Normativismo

Aldo Schiavello nel suo *Scienza giuridica, metodo, giudizi di valore*<sup>1</sup> mette in esergo una frase di Uberto Scarpelli dal saggio sul positivismo giuridico rivisitato che viene ripubblicato in questo numero della rivista e che presento con questa nota.

«[...] il positivismo non è ideologia soltanto nel senso di proporre, giustificare e magari mascherare la scelta di una norma fondamentale, ma nel senso di proporre, giustificare e magari mascherare metodi intrisi di valore».

Leggendo il saggio di Scarpelli ci si accorge che questa citazione è parte di una opinione di Scarpelli non solo sulle proprie teorie, che sono da lui rivisitate nel senso di riviste e modificate, ma anche sulle teorie di Giovanni Tarello, che sono pure rappresentate in questa sezione della rivista, dal fondamentale saggio di Tarello del 1966 e

\* Università degli Studi di Milano.

<sup>1</sup> A. SCHIAVELLO, *Scienza giuridica, metodo, giudizi di valore*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, TCRS, Quaderno n. 1/2007.

da un commento di Riccardo Guastini. A dire il vero, questa è l'unica menzione che Scarpelli fa in questo saggio delle posizioni di Tarello<sup>2</sup>.

Il giudizio di Scarpelli a prima vista è lusinghiero ma c'è dell'agro. Ecco la citazione completa: «Nel lavoro del 1965, infatti, mettendo un forte accento sulla norma fondamentale e la sua scelta, lasciai in sospeso la chiarificazione del positivismo giuridico nella politicità della sua metodologia interpretativa, integrativa e ricostruttiva. Su tale strada avrebbe fatto da avanguardia Giovanni Tarello, con analisi sempre stimolanti, non di rado un po' sbrigative e cariche di compiaciuta provocazione. A me (ben diverso nel temperamento), per una illuminazione paziente dei diversi modi in cui il diritto frequentato giuspositivisticamente ospita valori, sarebbero occorsi anni di riflessione. L'esito è questo: il positivismo non è ideologia soltanto nel senso di proporre, giustificare e magari mascherare la scelta di una norma fondamentale, ma nel senso di proporre, giustificare e magari mascherare metodi intrisi di valori»<sup>3</sup>.

Questo è tutto nel saggio in questione sulle teorie di Tarello. È ovvio dal prosieguo che Scarpelli ha delle revisioni da apportare alle proprie posizioni, ma questo non riguarda le proprie teorie del linguaggio e del significato; e questo implica ovviamente che Tarello si sbaglia, non nei suoi studi sulla cultura giuridica, ma sulle premesse semiotiche su cui ritiene di basare tali studi, sulla natura del linguaggio prescrittivo e sull'approccio al significato in diritto e in generale. Se Tarello non sbaglia, sarebbe l'analisi di Scarpelli ad essere sbagliata alla radice e non ci sarebbe alcuna possibilità per Scarpelli di convertirsi da un giuspositivismo delle leggi a un giuspositivismo più favorevole al diritto giudiziario (questa è la rivisitazione di cui si parla nel saggio).

Il punto di dissenso tra i due studiosi, infatti, si trova a monte rispetto a quello affrontato in questo articolo: per Tarello ogni barca normativa cerca invano di navigare le onde della pratica, ogni pezzo di linguaggio ordinario che pretenda di svolgere la funzione di norma o regola generale/astratta, insomma prescrittiva di azioni, è fatta di un legno che non regge il mare, ogni regola formulata in linguaggio ordinario e forse ogni norma comunque comporta libera interpretazione e questa come viene viene, vale quanto qualunque altro prodotto

<sup>2</sup> Manca un confronto diretto con Tarello anche nel saggio di Scarpelli di un ventennio prima, dedicato a una riflessione sulla giurisprudenza come scienza o descrizione. Anche secondo Scarpelli la giurisprudenza non può essere scienza e tantomeno scienza empirica: U. SCARPELLI, *Le 'proposizioni giuridiche' come precetti reiterati*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1967, 465 ss.; ma le ragioni come vedremo sono assai diverse da quelle che spingono Tarello a simile conclusione.

<sup>3</sup> U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965 (II ed. 1997).

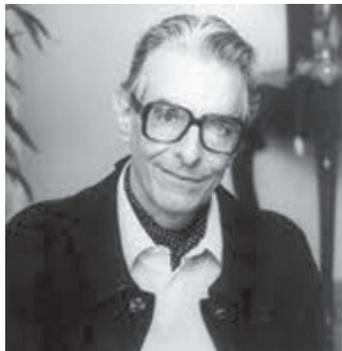
e in questa conclusione il giuspositivismo critico, normativista e ordinamentale degli Scarpelli dei Kelsen e Hart e Bobbio si trova vicino agli scettici. Ma dagli scettici differisce in quanto pensa che l'interpretazione non sia totalmente incerta e possa raggiungere una soluzione significativamente determinata. La tesi moderata sulla interpretazione è anche la posizione di Scarpelli, lo abbiamo visto e ne abbiamo visto le ragioni semiotiche. La somma di queste non-incertezze è dunque l'altra parte essenziale del mondo giuridico insieme al riconoscimento delle discrezionalità. Ma, giunti a questa conclusione, dobbiamo far di tutto per mettere in luce le incertezze? Scarpelli pensa fortemente di sì, suggerisce ad ogni giurista e ad ogni giudice di autodenunciarsi nei casi importanti di esercizio di discrezionalità, dichiarando le proprie soluzioni essere opzionali, *fiat veritas et pereat mundus*, in questo caso la verità essendo che non c'è verità ma scelte e responsabilità morale nella decisione giuridica. Non si sono trovati finora molti temerari che abbiano accolto l'invito.

### *Abstract*

The paper introduces Scarpelli's essay "Legal Positivism Revisited", critically highlighting its links with the theory of normativism and the problem of the fundamental norms (*Grundnormen*) of the relevant legal systems.

# *Il positivismo giuridico rivisitato*

di Uberto Scarpelli



**Sommario:** § 1. – L’apostolo del diritto fatto. § 2. – Esercizi di analisi. § 3. – In dissenso da Bobbio. § 4. – Ripensamenti di un giuspositivista.

## § 1. – *L’apostolo del diritto fatto*

Un giuspositivista può essere caratterizzato, nelle parole di Lon L. Fuller, come “un apostolo del diritto fatto” (*an apostle of made law*)<sup>1</sup>. Il diritto fatto si contrappone al diritto naturale eterno, non fatto, che non c’è bisogno di fare, perché esiste di per sé stesso e per sempre, e al diritto naturale storico, non fatto, perché il corso della storia lo fa per noi. Nella prospettiva giuspositivistica, dunque, il diritto non è qualcosa di dato all’uomo, da riconoscere per via di intuizione o ragione o esperienza storica, ma è una creazione intenzionale dell’uomo. La creazione procede attraverso atti di volontà: chi vuol sapere che sia diritto deve pertanto guardare ad atti di volontà come espressi negli specifici casi di creazione. Che il diritto sia fatto mediante atti di volontà, e non riconosciuto per via di intuizione o ragione o esperienza, non involge una sua necessaria estraneità ai contenuti intuitivi o esperienziali di valutazioni umane, né una sua necessaria irrazionalità: esso può ben corrispondere a diffuse intuizioni ed esperienze o accettati criteri di ragione, ma non per questo è diritto, bensì perché stabilito quale diritto dalla volontà.

La volontà creatrice del diritto viene ai primordi e per lungo tratto del positivismo giuridico identificata con la volontà del sovrano nello stato: esemplare a questo proposto è la posizione di Thomas Hobbes, nei decenni recenti sempre più e sempre meglio studiato ed apprezzato.

<sup>1</sup> L.L. FULLER, *Anatomy of the Law*, ristampa, The New American Library, New York, 1969, pp. 175 ss.

zato quale iniziatore ed esponente appunto del positivismo giuridico (la spinta più vigorosa in questa direzione è stata impressa da Norberto Bobbio)<sup>2</sup>. Per Hobbes il diritto consiste in leggi: una legge, secondo la definizione hobbesiana, è per ogni soggetto una regola, posta dallo stato con il suo comando, per mezzo della parola, dello scritto o di altro sufficiente segno della volontà. Ma lo stato non ha capacità di fare alcunché se non per mezzo del rappresentante, cioè del sovrano; il sovrano (monarca o assemblea) è il solo legislatore. Il diritto, in conclusione, è l'insieme delle leggi, espressioni con segni idonei della volontà del sovrano. Come, però, individuare il sovrano? Qui Hobbes fa ricorso a un criterio destinato a tornare e ritornare nella storia del positivismo giuridico, il criterio dell'effettività. Il sovrano è quegli che fornisce effettivamente la protezione per cui gli è stato confidato il potere: nessuno, se non per propria colpa, può aver dubbi su chi sia il sovrano.

Se Hobbes, con la sua importanza filosofica e storica, sta all'origine del giuspositivismo e lo rappresenta ottimamente nella versione puntata sulla legge, il teorico più rigoroso, sottile e conseguente di questa versione è un poco noto professore tedesco, August Thon, autore dell'opera *Norma giuridica e diritto soggettivo* del 1878<sup>3</sup> (a Thon io fui introdotto dal mio professore di diritto civile Mario Allara, fervente thoniano, e studiare Thon e Allara fu un formidabile esercizio della mente). Ma con la progressiva trasformazione, preparata ed accompagnata dalla dottrina, dallo stato a produzione normativa accentrata nel sovrano allo stato liberale, o liberale-democratico, contrassegnato dalla distribuzione di competenze fra molteplici organi e persone, la volontà creatrice del diritto viene a identificarsi con la volontà espressa nel proprio ambito da ciascuno di quegli organi o persone. L'autore esemplare che ci presenta la volontà creatrice del diritto non più quale volontà del sovrano, ma quale volontà disarticolata fra molteplici organi e persone, è Hans Kelsen<sup>4</sup>.

Nella nuova prospettiva acquistano naturalmente un particolare risalto le norme distributrici, coordinatrici e organizzatrici delle competenze: la teoria di tali norme, delle loro interconnessioni e delle connessioni con le norme prodotte nell'esercizio delle competenze, mar-

<sup>2</sup> Di Hobbes è da tenere presente soprattutto *Leviathan*, che leggo nell'edizione a cura di Michael Oakeshott, Blackwell, Oxford, 1955: specialmente rilevante ai fini del nostro discorso è il capitolo XXVI. Circa Hobbes giuspositivista vedi i due saggi dedicati all'autore in N. BOBBIO, *Da Hobbes a Marx*, II ed., Morano, Napoli, 1971.

<sup>3</sup> Dell'opera di Thon esiste una eccellente traduzione, con presentazione e commento, di A. LEVI, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, II ed., Cedam, Padova, 1951.

<sup>4</sup> Di Kelsen sono soprattutto da tenere presenti le successive edizioni della *Reine Rechtslehre*: da quella del 1934 (*Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di R. TREVES, Einaudi, Torino, 1952) a quella del 1960 (*La dottrina pura del diritto*, a cura di M.G. LOSANO, Einaudi, Torino, 1966), senza trascurare la traduzione dell'opera del 1934, ma con aggiunte e modificazioni dovute al medesimo Kelsen, che è per vari aspetti l'edizione preferibile: *Théo rie pure du droit*, a cura di H. THÉVENAZ, Éditions de la Baconnière, Neuchatel, 1953.

# *Colloquio sull'integrazione sovranazionale*

*Intervista al prof. Giuseppe Tesauo (Napoli, 20 giugno 2021)*

di Federico Pedrini\*



*Giuseppe Tesauo, professore emerito di Diritto dell'Unione europea presso l'Università "Federico II" di Napoli, oltre che nell'Ateneo partenopeo ha insegnato anche in quelli di Messina, Catania e Roma "La Sapienza", ed è stato Docteur honoris causa all'Université Paris II-Assas. Già Avvocato generale presso la Corte di giustizia delle Comunità europee, è stato Presidente emerito dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e Presidente*

*emerito della Corte costituzionale. Autore di contributi fondamentali per la comprensione del diritto comunitario, nonché di uno dei più celebri Manuali dell'Unione europea, quando non rivestiva cariche istituzionali ha sempre affiancato l'attività accademica con quella forense, ricoprendo anche incarichi manageriali coronati nel 2016 alla prestigiosa Presidenza della Banca Carige (La Direzione).*

## *Introduzione. L'integrazione oltre lo Stato, tra mito e realtà*

*L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble: elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait*  
(R. SCHUMAN, Dichiarazione del 9 maggio 1950)

Osservando che il concetto di 'integrazione' è uno dei più complessi – e insieme anche uno dei più ambigui – nel panorama dell'indagine giuridica, non si scrive certamente nulla di originale.

Da che Rudolph Smend evocò prepotentemente questa categoria sulla scena, elevandola al centro della sua riflessione teorico-generale, si può infatti dire che essa non ha mai più smesso di condizionare – nelle vesti di luminosa stella polare o di inquietante chimera, a seconda delle differenti valutazioni – tanta parte delle ricerche dei giuristi, ed in particolare dei cultori del diritto pubblico. In tale chiave, ad esempio, l'integrazione è stata vista talora nientemeno che come il fine ultimo dello Stato (quando non identificata *tout court* con lo Stato isti-

---

\* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

tuzionalisticamente inteso), talaltra risolta in una funzione specificamente giuridica della Costituzione, sulla base dell'assunto per cui il compito del diritto costituzionale sarebbe quello di generare e mantenere unità in una data comunità politica. Né sono mancate, del resto, posizioni altrettanto autorevoli – a partire da quella ben nota di Hans Kelsen – che hanno seriamente revocato in dubbio la possibilità stessa di un'applicazione rigorosa di questa nozione, il cui uso disinvoltato da parte del giurista lo avrebbe (scientificamente) privato della propria autonomia disciplinare, trasformandolo altresì (politicamente) in un inconsapevole teologo dello Stato.

Attese queste premesse, non c'è davvero da stupirsi se, quando si iniziò a parlare di integrazione per alludere a processi realizzatisi o da realizzarsi anche al di là della dimensione statale, lo statuto intrinsecamente "anfibo" della categoria in oggetto si ripropose quasi per intero, solo ad un livello superiore, qui rinnovando insieme la propria capacità attrattiva e una certa strutturale tendenza all'opacità.

Ne offre eloquente conferma la stessa dicitura 'integrazione sovranazionale', che campeggia nel titolo di questo Colloquio e che il sottoscritto, con una buona dose d'ingenuità, aveva inteso quale iperonimo neutro, riferibile tanto alla dimensione internazionale classica quanto a quella europea, e genericamente atto a indicare il variabile grado di coordinamento e di compenetrazione tra ordinamenti (statali e non). Proprio Giuseppe Tesaurò, con la grande cultura e la generosa disponibilità che lo contraddistinguono, ci ricorda invece come la formula in questione sia sorta al séguito – oltre che delle consuete *querelles* accademiche – di un non banale dibattito intellettuale, volto semmai a sottolineare la *differenza specifica* tra la "semplice" integrazione internazionale e quel *quid pluris* realizzatosi all'interno della peculiare comunità giuridica sorta negli anni Cinquanta del secolo scorso in seno al Vecchio continente. La prima domanda che attende risposta, anche al di là della dimensione statale, suona dunque sempre: *quale* integrazione?

Messo per un istante da parte il problema nominalistico-definitorio, nella sostanza diviene subito chiaro come, al di là delle assonanze fonetiche, altro sia parlare della cooperazione interstatale tipica del diritto internazionale, altro del vincolo giuridico sussistente per il gruppo di Paesi dell'Unione europea. Nel primo caso, infatti, è gioco-forza riconoscere che «i rapporti della vita di relazione internazionale non sempre possono definirsi in termini di integrazione e comunque non per ogni aspetto», con l'unico fine naturale «della pacifica convivenza pur nell'autonomia di decisione di ciascun componente e salve le violazioni delle regole poste dal diritto internazionale». Nel secondo caso (ed *esclusivamente* nel secondo caso), invece, si verifica quella che si potrebbe definire «integrazione in senso proprio, cioè principalmen-

**T.:** Tu mi chiedi insieme un consiglio e un auspicio, partendo dai suggerimenti che potrei dare a un giovane costituzionalista o internazionalista che volesse approfondire un campo di ricerca sull'integrazione sovranazionale. La domanda è semplice, ma la risposta non altrettanto, da costituzionalista di complemento e da vecchio internazionalista, avendo privilegiato già da *Acciaierie San Michele* (1965) una disciplina diversa che è il diritto dell'Unione europea.

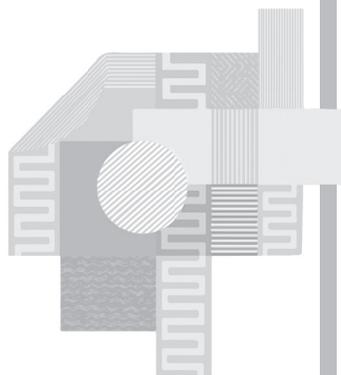
Ai giovani studiosi mi limito a suggerire che sarebbe una sciocchezza sottovalutare e quindi trascurare l'approfondimento di una parte oggi fondamentale del sapere giuridico, pena la rappresentazione di svarioni come verità e l'aumento della diffidenza nei confronti dell'Europa, che trova alimento solo nella scarsa memoria e nella altrettanto scarsa conoscenza del processo d'integrazione. La burocratizzazione tipicamente italiana, poi, che progressivamente si è insinuata nelle maglie della carriera universitaria, evidentemente è più in generale il frutto di una scarsa sensibilità per il futuro dei nostri giovani, stretti tra i numeri piuttosto che dalla qualità della ricerca e della produzione scientifica. Anche in tempi di magra, è necessario mantenere il livello di risorse per la ricerca e sburocratizzare le procedure, affinché se ne conservi ed anzi se ne aumenti la qualità: è con la ricerca che il Paese cresce e che i suoi giovani possono vantare primati altrimenti irraggiungibili.

### *Abstract*

The interview explores the theme of supranational integration, considering this aspect of legal experience from the point of view of constitutional law, international law and, above all, European law. It is precisely at this last level that integration between legal systems is found to the highest degree, clearly distinguishing itself from the simple coordination carried out at the level of the usual international relations between States. Professor Tesauro also argues why, in this process, the Court of Justice has (legitimately) assumed a leading role and why the integration achieved by the "community of law" in the European legal experience is not only a fact to be fully realized, but also a value to be appreciated and defended.

# Interventi, Note e Discussioni

---



*E i marò? Brevi considerazioni critiche sulla sentenza del Tribunale arbitrale internazionale del 21 maggio 2020 anche in relazione alla sua esecuzione da parte di Italia ed India*  
di Giorgia Berrino

---

*L'integrazione della comunicazione pubblica nell'organizzazione dell'Open Government*  
di Alfonso Contaldo

---

*La rivincita di Protagora. Ideologia della trasparenza e recenti trasformazioni dell'ordinamento italiano*  
di Fabio Corigliano

---

*Ciò che ha insegnato la pandemia. Il valore della sfera pubblica e la necessità di un costituzionalismo oltre lo Stato*  
di Luigi Ferrajoli

---

*Associazionismo giudiziario e Consiglio Superiore della Magistratura: il problema del sistema elettorale*  
di Giampietro Ferri

---

*Le grandi navi nella laguna di Venezia e la Convenzione Unesco del 1972*  
di Marco Gestri

---

*Diritto europeo e diritto interno. Riflessioni costituzionali*  
di Federico Sorrentino

## ***E i marò?***

*Brevi considerazioni critiche sulla sentenza del Tribunale arbitrale internazionale del 21 maggio 2020 anche in relazione alla sua esecuzione da parte di Italia ed India*

di Giorgia Berrino\*



**Sommario:** § 1. – Premessa. § 2. – Il lodo arbitrale del 21 maggio 2020. § 3. – Gli aspetti controversi della decisione. § 4. – L’esecuzione della sentenza (*lato sensu*). § 5. – Conclusioni.

### § 1. – *Premessa*

Come noto, il 15 febbraio del 2012, al largo delle coste dello Stato del Kerala, si è verificato un incidente, nel quale sarebbero stati apparentemente coinvolti il peschereccio indiano *St. Antony* e la petroliera italiana *Enrica Lexie*, che ha determinato la morte di due pescatori di nazionalità indiana e la contestazione della relativa responsabilità da parte delle autorità dell’India in capo a due fucilieri di marina imbarcati in funzione antipirateria sulla nave italiana, Massimiliano Latorre e Salvatore Gironè.

È altrettanto noto come Italia e India abbiano sempre, fin dal primo momento, fornito due versioni discordanti rispetto all’incidente.

Secondo la ricostruzione italiana, l’*Enrica Lexie* si trovava a circa 20,5 miglia nautiche dalla costa indiana quando veniva avvistata una piccola imbarcazione che a velocità sostenuta si avvicinava alla petroliera oltre i limiti di sicurezza, minacciando una collisione. Nella convinzione di essere sotto attacco pirata, determinata dall’avvistamento sul natante in avvicinamento di almeno due uomini armati con una postura volta a salire a bordo della petroliera, i marò ponevano in essere una serie di azioni dissuasive, sparando anche alcune raffiche di proiettili in acqua, che inducevano l’imbarcazione sospetta a cambiare direzione e ad allontanarsi.

\* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

Il report italiano specificava che l'imbarcazione che aveva minacciato la collisione non era stata colpita e veniva, dunque, esclusa la possibilità di eventuali vittime.

L'India, invece, sosteneva che il *St. Antony*, senza alcun previo avvertimento, veniva raggiunto da alcuni colpi di arma da fuoco provenienti da una nave che lo superava. Gli spari proseguivano per circa due minuti, fino a quando il peschereccio riusciva ad allontanarsi. A seguito degli spari, due membri dell'equipaggio perivano ed il natante veniva danneggiato.

Le difformità nelle ricostruzioni fornite dai due Stati hanno sollevato diversi dubbi rispetto alla vicenda, tanto che è stato addirittura ipotizzato che i fatti riportati rispettivamente dal *St. Antony* e dall'*Enrica Lexie* non fossero i medesimi ma si trattasse invece di due episodi distinti, avvenuti nello stesso tratto di mare a distanza temporale ravvicinata, che avevano coinvolto altre navi.

Certo è che dalla vicenda scaturiva un complesso *iter* politico, diplomatico e giudiziario, che ha visto contrapporsi lo Stato indiano e quello italiano per oltre otto lunghi anni<sup>1</sup>.

Limitandoci agli aspetti giudiziari, il problema principale che si è posto ha riguardato la titolarità della giurisdizione, da sempre contesa tra i due Paesi.

In India, i marò venivano arrestati con l'accusa di omicidio, tentato omicidio e danneggiamento. L'Italia pagava *ex gratia* 10 milioni di rupie (circa 145.000 euro) alle famiglie dei pescatori deceduti, ma contestava immediatamente la giurisdizione indiana, dapprima dinanzi all'Alta Corte del Kerala, che con sentenza del 29 maggio 2012 rigettava la domanda<sup>2</sup>, poi davanti alla Corte suprema indiana, che, a sua volta, con sentenza del 18 gennaio 2013<sup>3</sup>, respingeva il ricorso italia-

<sup>1</sup> Sulla vicenda dei marò la bibliografia (scientifica e non) è sterminata, anche in considerazione dell'ampio arco temporale e delle diverse fasi in cui questa si è sviluppata. Nelle note che seguiranno ci si limiterà ad indicare alcuni riferimenti bibliografici essenziali. In generale, per un primo inquadramento della vicenda v. *ex multis* I. CARACCILOLO, F. GRAZIANI, *Il caso dell'Enrica Lexie alla luce del diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013; G. CARELLA, *Il caso dei "marò" e il diritto internazionale*, Bari, WIP, 2013; N. RONZITTI, *La difesa contro i pirati e l'imbarco di personale armato sui mercantili: il caso della "Enrica Lexie" e la controversia Italia-India*, in *Riv. dir. intern.*, 2013, 1073 ss.; IDEM, *The Enrica Lexie Incident. Law of the Sea and Immunity of State Officials Issues*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2012, 3 ss.; C. CURTI GIALDINO, *Il caso dei fucilieri di Marina in India: una "Caporetto" diplomatica, politica e giudiziaria*, in *federalismi.it*, 3 aprile 2013; T. RUSSO, *Il caso dei marò tra giurisdizione nazionale e internazionale*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2013, 33 ss.; G. MANNUCCI, *Il conflitto di giurisdizione tra Italia e India nel caso Enrica Lexie: quale ruolo per il diritto internazionale?*, Firenze University Press, 2014.

<sup>2</sup> Alta Corte del Kerala, sentenza del 29 maggio 2012, *Writ Petition (Civil)* n. 4542/2012 (*Massimiliano Latorre e altri v. Unione Indiana e altri*). Per i riferimenti bibliografici v. nota precedente.

<sup>3</sup> Corte suprema indiana, sentenza del 18 gennaio 2013, casi riuniti *Writ Petition (Civil)* n. 135/2012 (*Repubblica Italiana e altri v. Unione Indiana e altri*) e *Special Leave Petition (Civil)* n. 20370/2012 (*Massimiliano Latorre e altri v. Unione Indiana e altri*). V. P. BARGIACCHI,

Quali conseguenze avrebbe l'eventuale difformità tra quanto asserito dal collegio arbitrale internazionale e dai giudici italiani? Probabilmente nessuna. In questo caso, infatti, vi è stata la conciliazione tra le parti della controversia internazionale: l'interesse italiano a che fosse riconosciuta l'immunità dei marò dalla giurisdizione indiana e venissero meno i procedimenti in India è stato soddisfatto, così come è stato appagato l'interesse indiano attraverso la condanna dell'Italia alla riparazione e in particolare al pagamento di un risarcimento che è stato versato.

Sembrerebbe, quindi, che quello che accadrà da adesso in avanti sarà di competenza – e si auspica anche di interesse – esclusiva dello Stato italiano. L'India avrebbe potuto eventualmente solo rivendicare il «commitment» assunto dall'Italia alla riassunzione delle indagini qualora questo non fosse stato onorato; viceversa, essendo tale impegno stato rispettato, lo Stato indiano non potrebbe più vantare alcuna pretesa: le autorità italiane saranno libere nelle loro determinazioni (ben potendo, ad esempio, disporre l'archiviazione).

Se così non fosse, peraltro, a livello internazionale si sarebbe costretti a “fare i conti” con il fatto che nell'arbitrato – come abbiamo più volte sottolineato – è stato *di fatto* demandato l'accertamento dei fatti, e, di conseguenza, della eventuale responsabilità dei due marò, all'ordinamento italiano: qualsiasi eventuale interferenza sulla decisione italiana difficilmente potrebbe essere considerata legittima.

### *Abstract*

After more than eight years, the dispute between Italy and India on the so-called Enrica Lexie Case seems to be over.

As is known, the two States have long disputed jurisdiction over the Italian marines with respect to the incident that took place off the coast of Kerala on 15 February 2012 and which resulted in the death of two Indian fishermen.

On 21 May 2020, The International Arbitral Tribunal, constituted under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea, rendered its arbitral award and decided that the jurisdiction over the marines must be exercised by Italy.

Two are the turning points of the judgment: firstly, the recognition of the functional immunity of Italian marines from Indian jurisdiction and the consequent order to India to cease the exercise of its own jurisdiction; secondly, the statement of the violation of India's freedom of the high seas and the relative right of navigation committed by Italy and the consequent obligation for Italy to compensate India.

From the decisions taken with respect to these issues and the resulting consequences, several problems could have arisen for the execution of the judgment by Italy and India, in particular in relation to the criminal proceedings still pending in Italy against the two marines.

# La rivincita di Protagora

Ideologia della trasparenza e recenti trasformazioni dell'ordinamento italiano

di Fabio Corigliano\*



**Sommario:** § 1. – Premessa. § 2. – La trasparenza in quanto diritto: l'essenzialità del suo livello. § 3. – L'organizzazione della trasparenza. § 4. – Alcune osservazioni conclusive.

## § 1. – Premessa

Se, come ha affermato Otto Pfersmann, «la fondation de l'État moderne est impossible sans le recours au secret»<sup>1</sup>, il ricorso all'*ideologia della trasparenza*<sup>2</sup> per giustificare l'esercizio del potere, in epoca contemporanea, parrebbe davvero mettere in discussione il concetto di Stato moderno, introducendo un nuovo paradigma politico e giuridico<sup>3</sup> ad esso opposto<sup>4</sup>: l'uno "fondato" sul segreto<sup>5</sup>, l'altro sulla trasparenza<sup>6</sup>.

L'ideologia della trasparenza non assume connotazioni esclusivamente storico-politiche, né afferisce alle sole categorie fondanti il "nuovo" concetto di 'politico'<sup>7</sup>, bensì si attaglia anche e più precisa-

\* Università degli Studi di Trieste e Università di Parma.

<sup>1</sup> O. PFERSMANN, *Norme de secret, norms secretes et État moderne*, in *Cités*, n. 26, *Secret privé et secret politique: L'illusion de la transparence*, 2006, 115.

<sup>2</sup> Y.C. ZARKA, *Ce secret qui nous tient*, in *Cités*, n. 26, *Secret privé et secret politique: L'illusion de la transparence*, 2006, 4.

<sup>3</sup> I cui modelli sono stati delineati da A. MEIJER, *Understanding the Complex Dynamics of Transparency*, in *Public Administration Review*, n. 3/2013.

<sup>4</sup> Il riferimento di Shoshana Zuboff alla «third modernity» non mette in discussione la periodizzazione della modernità alla luce del principio di trasparenza, come potrebbe far credere il tema affrontato nel suo lavoro. Nel concetto di «third modernity», vi è però la richiesta di una maggior emancipazione da parte degli individui che sono stati spogliati della loro «individual sovereignty», per effetto delle asimmetrie di potere e conoscenza (S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, PublicAffairs, 2019, 57).

<sup>5</sup> A. FLORINI, *The end of secrecy*, in *Foreign Policy*, n. 111/1998, 50 ss.

<sup>6</sup> R.W. OLIVER, *What is Transparency?*, New York, McGraw Hill, 2014, 1.

<sup>7</sup> Si potrebbe quasi dire, *la nuova teologia politica* della trasparenza, aspetto che non verrà trattato in queste pagine, ma che dovrebbe richiedere una maggiore analisi: cfr. C.

mente ai termini e ai concetti del diritto positivo<sup>8</sup>, se si pensa che a partire dall'art. 11 del D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 la trasparenza è stata ricompresa dal legislatore italiano nella determinazione del «livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili» ai sensi dell'art. 117, comma 2, lettera m) della Costituzione, così come ribadito dall'art. 1, comma 15, della legge 6 novembre 2012, n. 190. Ciò significa che essa stessa corrisponde ad un diritto sociale e civile, e in particolare ad una *libertà-da*, cioè a quel tipo di pretesa tradizionalmente diretta alla protezione (dei cittadini) dalle invadenze statuali<sup>9</sup>, prodromica all'affermazione di ulteriori spazi di libertà (positiva)<sup>10</sup>, che in questo caso potrebbero essere collocati concettualmente nella più ampia tematica della (libertà di) partecipazione all'attività amministrativa. La trasparenza viene quindi interpretata dallo stesso legislatore in quanto diritto alla protezione *dalla* statualità, dalle ingerenze e dal protagonismo delle istituzioni e concerne i diritti sociali e civili dei cittadini, permettendo loro di prendere parte attivamente allo svolgimento della funzione amministrativa. Questo aspetto della trasparenza intesa in senso "giuridico" non fa che confermare quanto si è affermato in apertura relativamente alla messa in discussione del paradigma moderno, pur riproponendone la dinamica oppositiva tra autorità e libertà: la differenza è che nel segno dell'attuale ideologia il cittadino dovrebbe potersi difendere dall'istituzione – seppure attraverso una disciplina dalla stessa introdotta – mentre nelle dottrine politiche e giuridiche moderne (cioè, semplificando, da Hobbes) gli esseri umani trovavano protezione solamente ed esclusivamente nel seno dello Stato<sup>11</sup>.

Ma non basta: nell'ultimo progetto di riforma costituzionale, non confermato dal *referendum* del 4 dicembre 2017, l'art. 97 della Costituzione italiana dedicato ai principi intorno ai quali è improntata l'organizzazione della Pubblica Amministrazione era stato modificato e integrato in questi termini: «I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento, l'imparzialità e la *trasparenza* dell'amministrazione». La trasparenza era stata ritenuta un criterio di rango costituzionale, principio

HOOD, *Transparency in historical perspective*, in C. HOOD, D. HEALD (eds.), *Transparency. The Key to Better Governance?*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 9.

<sup>8</sup> A. SIMONATI, *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa. Stato dell'arte e prospettive future*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2/2018.

<sup>9</sup> F. SCHAUER, *Transparencia en tres dimensiones*, in *Revista de derecho*, n. 1/2014, 86.

<sup>10</sup> Seguendo la lezione di Norberto Bobbio, a partire ad esempio da N. BOBBIO, *Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri* (1955), ora in IDEM, *Teoria generale della politica*, Torino, Einaudi, 1999, 217 ss.

<sup>11</sup> Si tratta di una vicenda su cui la filosofia del diritto, la filosofia della politica, la storia delle dottrine politiche hanno prodotto una copiosissima letteratura. Dal momento che non è possibile citarla per intero, né accoglierne una significativa selezione nel breve spazio di una nota, si rimanda a T. CASADEI, G. ZANETTI, *Manuale di filosofia del diritto. Figure, categorie, contesti*, Edizione rivista e aggiornata, Torino, Giappichelli, 2020.

dell'interesse e della capacità degli uomini, senza lasciare posto allo svolgimento dell'attività casuale e empirica, era la via più breve verso il totalitarismo»<sup>60</sup>.

Si sarebbe quasi tentati di osservare, in ultima analisi, che l'ideologia della trasparenza si realizza in quanto dottrina politica, giuridica e istituzionale capace di *oltrepassare* «le richieste dell'economia quotidiana»<sup>61</sup> trasposte nella sfera razionale del meccanismo dalla burocrazia "classica", weberiana, nelle forme di un *carismatico* pre-moderno che provoca la mobilitazione dell'uomo attraverso l'acclamazione<sup>62</sup> per ottenere la smobilitazione dell'amministrazione, al fine di provocare una gestione del potere dichiaratamente non-razionale, del tutto scollegata con la preparazione tecnico-scientifica di chi dovrebbe controllarlo attraverso la sua partecipazione<sup>63</sup> – e a fronte di un contestuale progressivo accentramento delle funzioni nelle mani del Governo (del suo Primo Ministro) che rivela ad un primo sguardo un'asimmetria sempre più spiccata tra centri decisionali, del tutto funzionale, come si può facilmente vedere, allo sviluppo dell'elemento carismatico.

### Abstract

In this essay, some tensions that animate the ideology of transparency in the Italian legal system are critically represented: on the one hand, the mobilization of participation in administrative activity in order to promote the control by citizens, and on the other, the related questioning of the reliability of traditional administrative structures.

<sup>60</sup> *Ibidem.*

<sup>61</sup> M. WEBER, *Economia e società*, IV, *Dominio*, cit., 473.

<sup>62</sup> Non a caso infatti Max Weber ricollega proprio l'acclamazione alla forma di dominio carismatica: *ivi*, 518.

<sup>63</sup> La presente disamina può concludersi con una citazione di Carl Schmitt che pare piuttosto rivelatrice: «un popolo soggetto di acclamazione nella sua presenza immediata come massa, può esprimersi su di ogni proposta senza che qualcuno creda erroneamente che esso voglia atteggiarsi ad esperto tecnico-scientifico. Il popolo confida in un duce e approva una proposta a partire dalla consapevolezza politica dell'appartenenza e dell'unità con il duce; esso si esprime come portatore determinante di vita politica in una categoria specificamente politica, e le sue decisioni sono sempre giuste nella misura in cui esso possiede fieri istinti politici e sa distinguere amico e nemico». Così C. SCHMITT, *Democrazia e liberalismo. Referendum e iniziativa popolare. Hugo Preuß e la dottrina tedesca dello Stato* (1927), Milano, Giuffrè, 2001, 63-64.

# *Ciò che ha insegnato la pandemia*

*Il valore della sfera pubblica e la necessità di un costituzionalismo oltre lo Stato*

di Luigi Ferrajoli\*



**Sommario:** § 1. – Due insegnamenti che si possono trarre dalla pandemia. § 1.1. – Il valore della sfera pubblica. § 1.2. – Il carattere globale della pandemia e la necessità di una risposta altrettanto globale. § 2. – L'ipotesi di una Costituzione della Terra. § 3. – La necessità e l'urgenza di un costituzionalismo oltre lo Stato. Istituzioni di governo e istituzioni di garanzia. § 4. – L'inveramento del costituzionalismo per effetto della sua espansione a livello globale. La vera utopia, il vero realismo.

## *§ 1. – Due insegnamenti che si possono trarre dalla pandemia*

La pandemia tuttora in atto ha fatto registrare il fallimento di entrambe le politiche e le culture che caratterizzano, in tutto il mondo, le due destre, rivelatesi entrambe inidonee a fronteggiarla ed anzi idonee ad alimentarla con le loro opposizioni, pur diversamente motivate, alle misure dirette a limitare i contagi: da un lato il fallimento delle politiche liberiste, dall'altro il fallimento delle politiche sovraniste e populiste. Se ne possono infatti trarre due insegnamenti, l'uno di segno anti-liberista, relativo al carattere pubblico, l'altro di segno anti-sovrانيا, relativo al carattere globale che dovrebbero avere le garanzie in grado di prevenire e di limitare la diffusione del virus e la devastante recessione economica. Sono due insegnamenti che fanno leva entrambi sul carattere universale dei diritti alla vita e alla salute: che sono diritti di tutti, senza distinzioni né di ricchezza, e quindi in contrasto con la logica del mercato, né di cittadinanza, e quindi in contrasto con gli interessi nazionali degli Stati sovrani. Al punto che possiamo riconoscere, in questa tragica pandemia, una di quelle occasioni storiche di cui forse potrà dirsi, secondo una classica massima di Giambattista Vico, che «sembravano traversie ed erano in fatti opportunità»<sup>1</sup>.

\* Università degli Studi Roma TRE.

<sup>1</sup> La frase figura nella dedica preposta da Giambattista Vico all'edizione de *La Scienza Nova* del 1730. Veniva spesso ricordata da Vittorio Foa, a proposito dei suoi otto anni di

### § 1.1. - *Il valore della sfera pubblica*

Il primo insegnamento consiste nel riconoscimento del valore vitale della sfera pubblica. Infettando potenzialmente tutti, la pandemia ha mostrato il valore della sanità pubblica e del suo carattere universalistico e gratuito in attuazione del diritto costituzionale alla salute. Dopo anni di tagli alla spesa pubblica, essa ha sollecitato e promosso il potenziamento dei sistemi sanitari, la moltiplicazione dei posti letto e dei reparti di terapia intensiva, l'aumento del numero dei medici e degli infermieri e la produzione delle necessarie attrezzature sanitarie. Ha mostrato l'irrazionalità - e, a mio parere, l'incostituzionalità, per contrasto con il principio di uguaglianza - dell'esistenza, in Italia, di venti sistemi sanitari differenti quante sono le Regioni. Ha infine reso evidente la superiorità dei sistemi politici che dispongono di una sanità pubblica rispetto a quelli nei quali la salute e la vita sono affidate alle assicurazioni e alla sanità privata. Solo la sanità pubblica può infatti garantire l'uguaglianza nella garanzia del diritto alla salute. Solo la sfera pubblica può destinare fondi adeguati per lo sviluppo della ricerca medica in tema di cure e vaccini, nonché per la loro produzione di massa, al di là delle convenienze economiche del momento, onde renderli accessibili gratuitamente a tutti. Infine solo la gestione pubblica è in grado, in caso di pandemia, di limitare i danni provenienti dalle leggi del mercato, che costringono le imprese a una corsa folle alla riapertura per non essere espulse dalla concorrenza, imponendo una generale sospensione delle attività tanto più breve e sicura quanto più uniforme e generalizzata, senza possibilità per nessuna di soccombere o di sopraffare le altre.

Non solo. Questa pandemia ha mostrato, più in generale, la necessità di rifondare la sfera pubblica all'altezza dei mercati e di ripensare il ruolo dello Stato nell'economia. Improvvisamente essa ha reso evidente il valore insostituibile dello Stato, dal quale tutti, a cominciare dai liberisti antistatalisti, pretendono letteralmente tutto: cure gratuite e fiumi di denaro alle aziende in difficoltà, salvataggio delle vite umane e salvataggio delle imprese, limitazione dei contagi e ripresa economica. Ha mostrato l'insensatezza dell'idea che solo il mercato sia abilitato a stabilire, sulla base unicamente delle prospettive dei profitti, in quali settori produttivi investire, senza curarsi dei danni all'ambiente, ai pubblici interessi e ai diritti fondamentali di tutti. Ha perciò riabilitato l'idea stessa della *politica economica* quale politica al tempo stesso industriale, sociale e fiscale, diretta a orientare lo sviluppo economico

---

reclusione, perché dissidente, sotto il fascismo: da ultimo in V. FOA, C. GINZBURG, *Un dialogo*, Milano, Feltrinelli, 2003.

que opera degli uomini e di cui portano la responsabilità gli attuali attori della nostra vita economica e politica. Al contrario l'ipotesi più irrealistica, se l'operato degli uomini non cambierà, è che la realtà possa rimanere indefinitamente come è: che potremo continuare a lungo a basare le nostre ricche democrazie e i nostri spensierati tenori di vita sulla fame e la miseria del resto del mondo, sulla forza delle armi e sullo sviluppo ecologicamente insostenibile delle nostre economie.

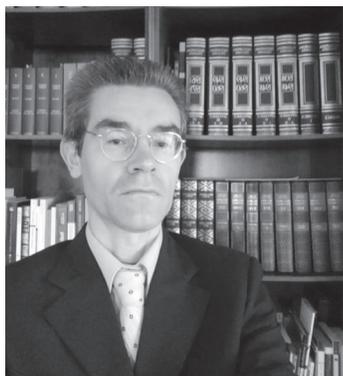
È questa, oggi, la vera utopia. È lo stesso preambolo alla Dichiarazione del '48 che stabilisce, realisticamente, un nesso di implicazione reciproca tra pace e diritti, tra sicurezza e uguaglianza. Del resto, l'attuale assenza di una sfera pubblica globale, benché equivalga alla legge dei più forti, non giova, nei tempi lunghi, neanche ai più forti: giacché la Terra, dice un vecchio slogan del movimento contro l'odierna globalizzazione selvaggia, è l'unico pianeta che abbiamo. Ne consegue che il vero realismo consiste nella rifondazione garantista – tramite una Costituzione della Terra, appunto – del patto di convivenza stipulato in quell'embrione di costituzione del mondo che è formato dalle tante carte dei diritti esistenti ma rimasto finora ineffettivo a causa dell'assenza di adeguate funzioni e istituzioni di garanzia.

### *Abstract*

The ongoing pandemic suggests two lessons, one of which concerns the public character and the other the global issues of the safeguards appropriate to deal with it. But the lesson that pandemic is giving us goes far beyond from the health emergency and covers all the other major global crisis and challenges on which the future of humanity depends: the environmental devastations, the danger of nuclear conflicts, the growth of poverty and hunger in most of the forgotten areas of the planet. Even these emergencies request, as the only rational and realistic response, the enlargement beyond the State of the constitutional paradigm, as a set of limits and constraints to today's wild powers of the sovereign States and global markets.

# *Associazionismo giudiziario e Consiglio Superiore della Magistratura: il problema del sistema elettorale*

di Giampietro Ferri\*



**Sommario:** § 1. – Premessa. § 2. – I diversi sistemi elettorali utilizzati per scegliere i componenti togati del C.S.M.: dalla legge n. 195 del 1958 alla legge n. 74 del 1990. § 3. – Il sistema elettorale previsto dalla legge n. 44 del 2002. § 4. – La proposta di riforma del sistema elettorale contenuta nel disegno di legge governativo n. 2681 del 2020. § 5. – Conclusioni.

## § 1. – *Premessa*

Il recente scandalo che ha coinvolto il Consiglio Superiore della Magistratura<sup>1</sup>, mostrando la degenerazione delle associazioni dei magistrati (le c.d. correnti) presenti al suo interno, ha riproposto il problema del cambiamento del sistema elettorale.

Il C.S.M. – com'è noto – è un organo a composizione mista, formato da componenti di diritto (il Presidente della Repubblica, che lo presiede, il Primo Presidente e il Procuratore generale della Corte di cassazione) e da componenti elettivi, per un terzo eletti dal Parlamento in seduta comune (tra professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati dopo quindici anni di esercizio) e per due terzi da tutti i magistrati ordinari (tra gli appartenenti alle varie categorie)<sup>2</sup>, con un sistema elettorale che attualmente non contempla il voto di lista e, quindi, la partecipazione delle associazioni dei magistrati, le quali tut-

\* Università degli Studi di Verona.

Il presente studio, che trae origine dalla relazione su «Il sistema elettorale per l'elezione dei componenti togati e il ruolo delle associazioni», tenuta nel corso «L'ordinamento giudiziario» della Scuola superiore della magistratura (8-9 febbraio 2021), si colloca nell'ambito della ricerca «Processi decisionali e fonti del diritto» del progetto di eccellenza «Diritto, Tecnologie e Cambiamenti (IUSTeC)» del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona.

<sup>1</sup> A. MASSARI, *Magistropoli. Tutto quello che non vi hanno mai raccontato sul Csm e sul caso Palamara*, Roma, PaperFIRST, 2020.

<sup>2</sup> Art. 104 Cost.

tavia svolgono un ruolo fondamentale nell'organizzazione del consenso. I magistrati, formalmente candidati a titolo individuale, senza collegamenti, sono in realtà espressione delle correnti, che influenzano pesantemente l'attività del Consiglio.

Prima di entrare nel tema specifico del sistema elettorale del C.S.M., è opportuno svolgere alcune brevi considerazioni sui sistemi elettorali in generale. Prima considerazione: tutti i sistemi elettorali presentano vantaggi e svantaggi (facendo riferimento alla fondamentale distinzione fra sistemi proporzionali e maggioritari, va detto che i primi hanno il vantaggio di consentire a tutti i gruppi di essere rappresentati in proporzione ai voti ottenuti, nel pieno rispetto dell'eguaglianza del voto, mentre i secondi hanno il vantaggio di favorire la governabilità, premiando nella distribuzione dei seggi il gruppo con il maggior numero di consensi<sup>3</sup>. I sistemi proporzionali hanno, per contro, lo svantaggio di favorire la frammentazione e di rendere difficile la governabilità, mentre i sistemi maggioritari, distorcendo il rapporto tra voti e seggi, quello di alterare la rappresentatività dell'organo elettivo). Seconda considerazione: gli effetti dei sistemi elettorali non sono prevedibili (alcuni effetti possono ritenersi probabili, ma non si può sapere esattamente come un sistema elettorale opererà nella realtà). Terza considerazione: non esiste un sistema elettorale che possa ritenersi assolutamente migliore. Può aversi, invece, un sistema elettorale più adatto ad un determinato contesto (in Italia, ad esempio, nella prima fase dell'esperienza repubblicana, per l'elezione del Parlamento nazionale è stato utilizzato il sistema proporzionale perché più confacente ad una società caratterizzata da profonde divisioni politico-ideologiche, mentre, nella fase successiva, con il superamento di tali divisioni, si è applicato un sistema in prevalenza maggioritario per favorire la democrazia dell'alternanza). Quarta considerazione: i sistemi elettorali non hanno di per sé la capacità di trasformare la realtà. Possono, semmai, accompagnare i processi di cambiamento che maturano nella società.

---

<sup>3</sup> Non sempre, però, accade che i sistemi maggioritari determinino la governabilità, la quale dipende non soltanto dalla legislazione elettorale, ma anche dall'organizzazione istituzionale e, soprattutto, da fattori politici. Si deve anche dare conto del fatto che talvolta i sistemi maggioritari avvantaggiano la minoranza, attribuendo ad un gruppo meno rappresentativo di un altro la maggioranza dei seggi (ciò è reso possibile dal meccanismo di assegnazione dei seggi nei collegi uninominali e, quindi, dalla distribuzione territoriale dei voti).

## *Abstract*

The present essay discusses the electoral system of the Superior Council of the Judiciary. After brief introductory considerations on electoral systems in general, it describes the various electoral systems used thus far to elect SCJ members. It highlights that, starting from the second half of the 1960s, the electoral process has been managed by parties, or rather political associations of magistrates which compose the National Association of Magistrates. These associations have exercised a growing influence on the Council, jeopardizing the internal independence of the judges. The essay then focuses on the electoral system in force, governed by law no. 44/2002. This law abolished the list vote, and thus formally excluded parties from the elections without reducing their power, which has actually increased (all the judges elected to the Council belong to parties). The essay later analyses the proposed modification of the electoral system contained in government bill n. 2681 of 2020, which provides for a double-shift majority system with single-member constituencies to reduce party power. The essay concludes that no modification of the electoral system can guarantee the reduction of party power within the SCJ. Therefore, there are those who propose a draw vote, which would require a revision of the Constitution. To counter careerism in the judiciary, its main problem today, it is instead necessary to change the judiciary.

# Le grandi navi nella laguna di Venezia e la Convenzione Unesco del 1972

di Marco Gestri\*



**Sommario:** § 1. - Premessa: il decreto legge 1° aprile 2021. § 2. - La Convenzione Unesco sul patrimonio mondiale: tecnica delle liste e obblighi di conservazione. § 3. - La verifica degli obblighi convenzionali: rapporti periodici e *reactive monitoring*. § 4. - L'iscrizione di un bene nella Lista del patrimonio mondiale in pericolo e la sua possibile cancellazione dalla Lista del patrimonio mondiale. § 5. - La prassi relativa al caso delle grandi navi in laguna: luci e ombre.

## § 1. - Premessa: il decreto legge 1° aprile 2021

L'adozione del decreto legge 1° aprile 2021, n. 45 ha riportato al centro dell'attenzione il problema del passaggio di grandi navi da crociera nella laguna di Venezia<sup>1</sup>. Nonostante quanto talora affermato, né il d.l. né la legge di conversione pongono fine alla questione. Tali provvedimenti non attuano neppure un divieto immediato di transito nei canali della Giudecca e di S. Marco, pratica che aveva suscitato aspre polemiche e che, dopo un periodo di sospensione dovuta all'emergenza sanitaria, è da poco ripresa. Il quadro normativo di base permane quello delineato dal decreto ministeriale 2 marzo 2012 ("Clini-Passera")<sup>2</sup>. L'art. 2, b) di quest'ultimo prevede bensì un divieto di transito nei canali di S. Marco e della Giudecca per le navi adibite al trasporto di merci e passeggeri superiori a quarantamila tonnellate, ma il successivo art. 3 (*Disposizioni transitorie*) stabilisce che il divieto si applichi soltanto «a partire dalla disponibilità di vie di navigazione praticabili alternative a quelle vietate, come individuate dall'Autorità marittima con proprio provvedimento». In attesa di tale individuazione, non ancora avvenuta, il d.m. Clini-Passera dispone che l'Autorità marittima adotti «misure finalizzate a mitigare i rischi connessi al regi-

\* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

L'articolo è stato redatto prima del d.l. 13 luglio 2021.

<sup>1</sup> In G.U., 1° aprile 2021, n. 79, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 maggio 2021, n. 75, in G.U., 28 maggio 2021, n. 126.

<sup>2</sup> In G.U., 7 marzo 2012, n. 56.

me transitorio perseguendo il massimo livello di tutela dell'ambiente lagunare».

L'elemento di novità del d.l. 1° aprile 2021 e della l. di conversione deriva dal fatto che essi dovrebbero attestare la volontà del Governo e del Parlamento di perseguire una soluzione alla questione che comporti l'attracco delle grandi navi in *un terminale esterno alla laguna*. In particolare, l'art. 3 del d.l. stabilisce che l'Autorità di sistema portuale del Mare Adriatico Settentrionale debba bandire un concorso internazionale d'idee per l'elaborazione di proposte e progetti di fattibilità tecnica ed economica per la realizzazione e gestione di punti di attracco delle navi passeggeri di stazza lorda superiore a quarantamila tonnellate, nonché delle navi portacontaineri adibite a trasporti transoceanici, «fuori dalle acque protette della laguna di Venezia». Il Ministro per i beni culturali ha dichiarato che l'adozione di tale provvedimento verrebbe incontro a richieste formulate da parte dell'Organizzazione delle Nazioni unite per l'educazione, la scienza e la cultura (Unesco): in effetti, come si vedrà in seguito, i competenti organi Unesco hanno domandato più volte all'Italia non solo di vietare i passaggi delle grandi navi nei canali di S. Marco e della Giudecca ma, più in generale, di escludere il loro stesso ingresso in laguna<sup>3</sup>. Il sito "Venezia e la sua laguna" risulta iscritto dal 1987<sup>4</sup> nella "Lista del patrimonio mondiale" ai sensi della Convenzione Unesco del 1972 sul patrimonio mondiale culturale e naturale<sup>5</sup>. Il presente contributo intende valutare l'impatto nella *subiecta materia* degli obblighi derivanti dalla Convenzione e delle procedure di controllo sviluppatesi nella prassi applicativa.

<sup>3</sup> V. il comunicato del 1° aprile 2021 in [www.beniculturali.it/comunicato/20328](http://www.beniculturali.it/comunicato/20328). V. più ampiamente *infra*, § 5.

<sup>4</sup> V. il rapporto della XI sessione del Comitato del patrimonio mondiale, doc. SC-87/CONF.005/9.

<sup>5</sup> Il testo della Convenzione e la documentazione relativa alla sua applicazione possono consultarsi sul sito <https://whc.unesco.org>. La Convenzione ha avuto un eccezionale successo, contando 194 Stati parti. Per l'Italia, v. la legge 6 aprile 1977, n. 184 sulla ratifica ed esecuzione della convenzione, in G.U.S.O., 13 maggio 1977, n. 129. V., *ex multis*, F. FRANCIOSI, A. DEL VECCHIO, P. DE CATERINI (a cura di), *Protezione internazionale del patrimonio culturale: interessi nazionali e difesa del patrimonio comune della cultura*, Milano, Giuffrè, 2000; J.A.R. NAFZIGER, T. SCOVAZZI (a cura di), *Le patrimoine culturel de l'humanité*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008; F. FRANCIOSI (a cura di), *The 1972 World Heritage Convention: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2008; C. FORREST, *International Law and the Protection of Cultural Heritage*, Abingdon, Routledge, 2010; A. CANNONE (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, Bari, Cacucci, 2014; E. BARONCINI (a cura di), *Il diritto internazionale e la protezione del patrimonio culturale mondiale*, Bologna, BUP, 2019.

da, cioè che l’inserimento di un sito nella WHL «non rappresenta solo un prestigioso e ambito riconoscimento, ma reca con sé anche il potenziale assoggettamento a controlli e valutazioni operati da soggetti e istituzioni internazionali [...] secondo regole e criteri non necessariamente coincidenti con quelli espressi dagli organi nazionali»<sup>54</sup>.

### *Abstract*

The adoption by the Italian Government of the Decree-Law no. 45 of 1 April 2021 and, on the other hand, the progressive lifting of COVID-19 cruise restrictions have reignited the debate on the navigation of large cruise ships through the Giudecca Canal, in the historic centre of Venice, and more generally in the Lagoon. The main innovation of the recent Decree-Law (duly approved by the Parliament) is a clear assertion of the will of the Italian Government to pursue, in the medium term, a solution involving the prohibition on large ships from entering the Lagoon. This article intends to illustrate the measures envisaged over the last years by Italian authorities in order to tackle the issue and to assess the impact exerted upon the planning and implementation of these provisions by the decisions of the organs established by the Unesco 1972 World Heritage Convention (since 1987 the site ‘Venice and its Lagoon’ has been inscribed on the World Heritage List). The article first analyses the obligations imposed by the 1972 Convention on State parties, with regard to the management of World Heritage sites, underscoring the relevance of a number of developments which have emerged from the practice in the application of the Convention (*inter alia*, the ‘reactive monitoring’ procedure; the inscription of national sites in the List of World Heritage in Danger and their deletion from the World Heritage List without the consent of the territorial State). Having established the overall legal framework deriving from the 1972 Convention, the article then proceeds to discuss the practice of Unesco bodies with special respect to the ‘Venice and its Lagoon’ site. In particular, since 2014 the World Heritage Committee has urged Italy to adopt a ban on large ships in the Lagoon, even threatening to include Venice in the List of World Heritage in Danger. The article identifies both the positive aspects and the “shadows” characterizing the action of the Unesco bodies *in subiecta materia*. In its last part, the article discusses the various measures adopted (or planned) by the Italian authorities – from the 2012 “Clini-Passera” Ministerial Decree to the 2021 Decree-Law – in order to manage the issue. It concludes by arguing that, notwithstanding some hesitations and contradictions emerging from the conduct of both Italian authorities and Unesco bodies, the legal obligations stemming from the 1972 Convention, and the compliance procedures developed in its application practice, nowadays exert a major influence over the national policies of States concerning the management of World Heritage sites.

<sup>54</sup> V. la risposta del Ministro Franceschini, addì 15 luglio 2014, a un’interrogazione relativa alla Villa Adriana, Tivoli, in Senato della Repubblica, XVII Legislatura, Risposte scritte ad interrogazioni, Fascicolo 50, 1237.

# *Diritto europeo e diritto interno*

*Riflessioni costituzionali*

di Federico Sorrentino\*



**Sommario:** § 1. – Premessa. § 2. – Le prime decisioni della Corte costituzionale. § 3. – I controlimiti alle limitazioni di sovranità. § 4. – La Corte e il rinvio pregiudiziale d'interpretazione e di validità. § 5. – I controlimiti nel dialogo fra le Corti. § 6. – La vicenda Taricco. § 7. – Conclusioni.

## § 1. – *Premessa*

Ritorno con piacere, ma non senza qualche titubanza ed emozione, ad una problematica che iniziai a studiare più di cinquant'anni orsono e che ha finito per caratterizzare negli anni successivi il mio profilo culturale e scientifico.

Si tratta della tematica dei rapporti tra gli ordinamenti ed in particolare di quelli tra l'ordinamento statale e quello europeo, che ha visto nel tempo, grazie a pronunce dei giudici costituzionali interni e della Corte di giustizia, sviluppi, all'epoca, difficilmente immaginabili.

A questi sviluppi vorrei ora dedicare le mie attuali riflessioni allo scopo di delineare e, se possibile, riordinare i principi che reggono i rapporti tra gli ordinamenti che di quegli sviluppi sono la premessa necessaria.

---

\* Sapienza – Università di Roma.

I temi qui trattati hanno formato oggetto di molteplici riflessioni dottrinali, onde è impossibile richiamarle.

Chi scrive li ha già diffusamente affrontati nel passato nei due volumi *Corte Costituzionale e corte di giustizia delle Comunità europee*, Milano, Giuffrè, 1970 e 1973 e poi nella *Relazione* al Convegno AIC (Milano 4-5 dicembre 1992) dal titolo *La Costituzione italiana di fronte al processo di integrazione europea*, in *Le prospettive dell'Unione europea e la Costituzione*, a cura dell'AIC, Padova, Cedam, 1995, ed in successivi scritti.

Sul rapporto tra questioni di legittimità costituzionale e questioni di conformità alla Carta europea dei diritti fondamentali richiami in A.O. Cozzi, *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent'anni dalla sua proclamazione*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 659 ss.

## § 2. – *Le prime decisioni della Corte costituzionale*

Inizio dalle prime decisioni della nostra Corte costituzionale nel difficile passaggio tra la sentenza 7 marzo 1964, n. 14 e la sentenza 27 dicembre 1973, n. 183.

Questo passaggio – è cosa arcinota – si giuoca sull'interpretazione dell'art. 11 della Costituzione, configurato nella prima decisione come norma meramente permissiva e nella seconda come norma imperativa: secondo il primo approccio la disposizione costituzionale permetterebbe cose (le limitazioni di sovranità) altrimenti non ammissibili, in base al secondo l'art. 11 obbligherebbe il legislatore – ricorrendone i presupposti – a disporre quelle limitazioni.

L'idea della norma permissiva si coniuga, dunque, bene con la tradizionale impostazione dell'assetto delle fonti, per il quale le leggi (comprese quelle di esecuzione dei trattati internazionali) sono tra loro in posizione di parità, senza che possa configurarsi una questione di legittimità costituzionale di una legge in rapporto alle precedenti, mentre l'idea dell'art. 11 come disposizione imperativa obbliga ad interrogarsi sulla validità delle norme legislative che siano in qualche modo in contrasto con quelle di esecuzione dei trattati europei, che determinano le limitazioni di sovranità.

Questa seconda impostazione, seguita dalla sentenza del 1973, sarà poi la premessa per lo sviluppo della successiva giurisprudenza costituzionale e dell'affermazione secondo cui la violazione degli impegni comunitari si risolve in violazione indiretta dell'art. 11 (sentenze nn. 232 del 1975 e 163 del 1977).

Le "limitazioni di sovranità", alle quali nell'aderire ai trattati comunitari l'Italia presta il proprio consenso (obbligatorio in base alla sentenza n. 183/1973), consistono allora nell'"apertura" dell'ordinamento agli atti normativi, amministrativi e giurisdizionali emessi dalle Istituzioni europee nell'ambito della loro competenza e nel riconoscimento ad essi dell'"effetto diretto" nell'ordinamento. In altre parole, le limitazioni di sovranità qui contemplate comportano una sorta di permeabilità dell'ordinamento statale rispetto a quegli atti e il dovere degli operatori giuridici interni di applicarli ed eseguirli *come se* fossero atti di diritto interno. Viene così meno, rispetto alle competenze europee ed al loro esercizio, la barriera che generalmente la sovranità statale oppone all'ordinamento internazionale ed in genere agli ordinamenti stranieri, per la quale le norme di detti ordinamenti non hanno alcuna cittadinanza nell'ordinamento interno se non specificamente richiamate.

L'ambito delle limitazioni è dunque definito, in base all'art. 11, dalle norme pattizie che hanno istituito le Comunità europee, dotan-

to della Corte EDU, in una sorta di dialogo trilaterale, senza che possa escludersi che il giudice costituzionale interno faccia valere, nei confronti di atti normativi direttamente applicabili, i propri orientamenti. Essenzialmente per questa ragione il tentativo del rinvio di validità alla Corte di giustizia dovrà essere, come sopra accennato, comunque esperito anche e soprattutto dai giudici costituzionali interni sui quali sembra concentrarsi il controllo sull'osservanza dei controlimiti con tutte le conseguenze che qui si sono viste.

### *Abstract*

In the relations between the national and European legal systems an important role is played by the so-called "controlimiti" and, thus by the importance of the constitutional principles in the various legal systems. The national Constitutional Judge, when called to verify the adherence to these principles, will have to interrogate the Court of Justice on the consistency of this principle in the European legal system and on a possible invalidity on the same standard of acts or regulations contained in that system.

# Il Misanthropo di Bruegel il Vecchio

di Aljs Vignudelli\*



*In questa parte della Rivista, dedicata quasi totalmente al ricordo di uno studioso che tanto ha dato al mondo della cultura non solo italiana per la sua ricca e multiforme produzione, abbiamo invitato diversi studiosi a offrirci i loro contributi nelle diverse materie in cui Franco Cordero si era misurato donandoci un patrimonio di sapere che rappresenta e rappresenterà una pietra miliare, quanto meno, degli studi giuridici. In tale quadro, s'è ritenuto opportuno ricordare il rapporto intercorso tra Lo Stato e il Maestro, rapporto piuttosto tor-*

*mentato ma che in noi ha lasciato il ricordo indelebile e affettuoso di un uomo complicato e ruvido, ma nel contempo schivo e gentile (La Direzione).*

La prima e unica volta che ebbi l'occasione d'incontrare di persona il professor Franco Cordero risale alla fine degli anni Settanta/primi anni Ottanta, in Sapienza, fuori dalla Sala Lauree, dove mi fu presentato dal mio Maestro Sergio Fois col quale mi dovevo incontrare.

Ricordo che dall'aula semideserta echeggiava ancora un indistinto borbottio che poi seppi dipendere da una circostanza riconducibile al Nostro, il quale, durante la discussione di una tesi in Diritto comune o in quella che allora si chiamava Storia del diritto italiano (oggi Diritto medievale moderno), era intervenuto seminando il panico. Più precisamente, mentre si parlava dei primordi della *common law*, intervenne facendo riferimento a un periodo precedente in cui un giurista italiano insegnò a Canterbury e ad Oxford: probabilmente si trattava di Vacario da Mantova o forse anche di Lanfranco da Pavia, entrambi cultori del diritto romano. Inutile dire che il laureando finì miseramente nel pallone annaspando poi affannosamente fino a una conclusione stentata. Dopodiché, seguirono le rimostranze del relatore davanti allo stupore di Cordero, che da raffinato erudito qual era non riusciva a capacitarsi davanti a una (improbabile?) lacuna del genere.

Queste le premesse del nostro breve incontro, durante il quale, pur gentile, lui mostrò un distacco abbastanza freddo e ruvido provocando in me un certo disagio, mentre Sergio Fois – che a sua volta quanto a intransigenza non scherzava – non nascondeva una velatura

\* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

# *Franco Cordero e le dottrine del processo penale*

di Renzo Orlandi\*



**Sommario:** § 1. – Premessa. § 2. – Le situazioni soggettive nel processo penale. § 3. – L’incontro con Carnelutti e l’impegno per la riforma del processo penale. § 4. – I tre studi sulle prove penali. § 5. – Il manuale di *Procedura penale*. § 6. – Altre sfide. § 7. – Cosa ci resta?

## § 1. – *Premessa*

Una singolare figura di giurista-umanista della contemporaneità: questo è stato, a mio avviso, Franco Cordero. Autore prolifico e coltissimo, ha spinto in molte direzioni il suo sguardo in un arco temporale durato circa settant’anni. Si è occupato di diritto penale, di procedura penale, di filosofia del diritto; ha coltivato studi storici, ha scritto romanzi e, da ultimo, dopo essersi congedato dall’insegnamento universitario, ha vestito i panni del polemista, scagliandosi contro la decadenza dei costumi italiani e contro la degenerazione morale delle classi dirigenti. Tante opere diverse, ma, al fondo, un solo impegno intellettuale: lotta a ogni sorta di dispotismo, agli stereotipi, alle ortodossie che umiliano la libertà di pensiero. In questo suo impegno civile Cordero davvero ricorda gli umanisti rinascimentali in odore di eresia, come Lorenzo Valla, Paolo Sarpi, Tommaso Campanella, che seppero sfidare il pensiero dominante del loro tempo consapevoli dei rischi che correvano.

Ripercorrere le tappe della lunga e affascinante avventura intellettuale di Cordero è compito che supera le mie forze e non può qui essere intrapreso se non a grandi linee. In questa sede prenderò principalmente in considerazione gli scritti che, a mio avviso, hanno contribuito in misura significativa allo sviluppo della dottrina processualpenalisti-

---

\* Università degli Studi di Bologna.

ca italiana, lasciando sullo sfondo o citando solo occasionalmente scritti appartenenti ad altri ambiti.

L'influenza di Franco Cordero nel settore della procedura penale è stata intensa e profonda sin dai primi studi.

Biografia singolare, la sua. Ambiva a diventare medico, ma qualcuno che lo sente parlare in un pubblico dibattito, quand'è ancora liceale, lo convince a seguire la carriera forense: l'oratoria fluida ed erudita ne farà certamente un grande avvocato. Si iscrive all'Università di Torino, dove si laurea in diritto romano all'inizio degli anni Cinquanta del secolo scorso, sotto la supervisione di Giuseppe Grosso, personalità di notevole rilievo intellettuale, al quale resterà molto legato<sup>1</sup>.

Cresciuto per qualche anno alla Scuola di Francesco Antolisei, verso la metà degli anni Cinquanta si sposta a Milano, nello studio di Enrico Allorio (allievo di Francesco Carnelutti, già in rotta col maestro) per avviarsi alla carriera forense. Lì nasce la sua passione per lo studio e per l'insegnamento accademico.

Persona schiva e poco incline a circondarsi di interlocutori, non ha avuto una Scuola, non ha generato allievi in senso stretto, se il termine è inteso nel senso tradizionale proprio del gergo accademico. Bisogna però riconoscere che tutti (ma proprio tutti) coloro che, in Italia a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, si sono occupati di procedura penale si sono dovuti misurare con le sue riflessioni sulle fondamentali categorie concettuali del diritto processuale, sul diritto probatorio, sulla riforma della giustizia penale. Sotto questo profilo, ogni cultore contemporaneo del diritto processuale penale italiano ha visto in lui un maestro e si può quindi considerare suo allievo.

Gli scritti fondamentali (per quanto qui interessa) appaiono nel corso di un decennio, dal 1956 al 1966. Si tratta di un periodo cruciale per la dottrina processuale penale che, fino agli inizi degli anni Sessanta, non aveva ancora raggiunto, in Italia, una vera autonomia didattica. Quasi in tutte le Università, il relativo insegnamento era assegnato, per affidamento, a professori di diritto penale che dedicavano ai principi fondamentali del processo qualche rapido cenno a fine corso. Lo ricorda lo stesso Cordero in una sua recente confessione autobiografica: «Ancora nel secolo scorso (la procedura penale) era disciplina da poco, utile in trucchi legulei. I cultori della clinica penalistica la sdegnavano, puntando alla disputa nel merito. Correva l'anno 1950 quando andavo al terz'ultimo esame torinese: sulla carta la insegna Francesco Antolisei, insigne penalista, ma non vi apre bocca»<sup>2</sup>. La manualistica

<sup>1</sup> Al punto da dedicargli una delle sue opere più significative (F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1981): un «inabissamento nella cultura giuridica», che sarebbe piaciuto alla sua (di Giuseppe Grosso) «adunca fantasia speculativa».

<sup>2</sup> F. CORDERO, *Rutulia*, Roma, Quodlibet, 2016, 237.

## Opere principali di Franco Cordero (elenco limitato ai soli libri)

### PROCEDURA PENALE

*Le situazioni soggettive nel processo penale: studi sulle dottrine generali del processo penale*, Torino, Giappichelli, 1956; *Contributo allo studio dell'amnistia nel processo*, Milano, Giuffrè, 1957; *Il giudizio d'onore*, Milano, Giuffrè, 1959; *Tre studi sulle prove penali*, Milano, Giuffrè, 1963; *Ideologie del processo penale*, Milano, Giuffrè, 1965; *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1966 (18 edizioni complessive in un arco temporale di quasi cinquant'anni: l'ultima datata 2012).

### FILOSOFIA DEL DIRITTO

*Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Milano, Giuffrè, 1967; *Il sistema negato: Lutero contro Erasmo*, Bari, De Donato, 1969; *Risposta a Monsignore*, Bari, De Donato, 1970; *L'Epistola ai Romani: antropologia del cristianesimo paolino*, Torino, Einaudi, 1972.

### STORIA DEL DIRITTO

*Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1981; *La fabbrica della peste*, Roma-Bari, Laterza, 1984; *Criminalia: nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, Laterza, 1985; *Cronaca d'una stregoneria moderna*, Roma-Bari, Laterza, 1985; *Savonarola*, 4 volumi, Roma-Bari, Laterza, 1986-1988.

### ROMANZI

*Genus*, Torino, Einaudi, 1970; *Le masche*, Milano, Rizzoli, 1971; *Opus*, Torino, Einaudi, 1972; *Pavana*, Torino, Einaudi, 1973; *Viene il Re*, Milano, Bompiani, 1973; *L'opera*, Milano, Bompiani, 1975; *Passi d'arme*, Torino, Einaudi, 1979; *L'armatura*, Milano, Garzanti, 2007; *La tredicesima cattedra*, Milano, La Nave di Teseo, 2020.

### PAMPHLETTISTICA

*Le strane regole del signor B.*, Milano, Garzanti, 2003; *Nere lune d'Italia: segnali da un anno difficile*, Milano, Garzanti, 2004; *Fiabe d'entropia: l'uomo, Dio, il diavolo*, Milano, Garzanti, 2005; *Aspettando la cometa: notizie e ipotesi sul climate-rio d'Italia*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008; *Il brodo delle undici: l'Italia nel nodo scorsoio*, Torino, Bollati Boringhieri, 2010; *L'opera italiana da due soldi: regnava Berlusconi*, Torino, Bollati Boringhieri, 2012; *Morbo italico*, Roma-Bari, Laterza, 2013; *Rutulìa*, Macerata, Quodlibet, 2016; *Bellum civile*, Macerata, Quodlibet, 2017.

# Franco Cordero, filosofo del diritto

di Giorgio Pino\*



**Sommario:** § 1. – La filosofia del diritto dei giuristi. § 2. – *Minima* kelseniana. § 3. – *De interpretatione in iure*.

## § 1. – *La filosofia del diritto dei giuristi*

La filosofia del diritto, apparentemente, è un sapere specialistico: esistono corsi universitari di filosofia del diritto, “cattedre” di filosofia del diritto, concorsi finalizzati a reclutare filosofi del diritto, conferenze, collane e riviste di filosofia del diritto. Tutto ciò può ingenerare, e di solito ingenera, una specie di illusione ottica secondo cui la filosofia del diritto sia un sapere (non solo specialistico, come in definitiva tende ad essere ogni sapere, ma anche) *separato* rispetto al lavoro dei “giuristi positivi” o dei tecnici del diritto.

In realtà questa è, per l'appunto, una illusione ottica, o il portato di una sorta di comodo armistizio: un compromesso perseguito da una parte da quei giuristi che trovano confortante – e deresponsabilizzante – ridurre il proprio lavoro ad una mera tecnica (neutra, apolitica, meccanica), e dall'altra parte da quei filosofi del diritto che possono così permettersi il lusso di ignorare il diritto positivo, e lambiccarsi il cervello con un diritto ideale o puramente immaginario (o anche il lusso di non parlare affatto del diritto)<sup>1</sup>.

Se superiamo l'illusione ottica, ciò che rimane è una verità tanto evidente quanto banale: la filosofia del diritto è una riflessione *inter-*

\* Università degli Studi di Roma Tre.

<sup>1</sup> Sui filosofi del diritto che ignorano il diritto positivo, le parole definitive sono state pronunciate da Letizia GIANFORMAGGIO, *Il filosofo del diritto e il diritto positivo* (1991), in EADEM, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Torino, Giappichelli, 2008, 25-40: un testo che non solo qualunque filosofo del diritto, ma qualunque giurista dovrebbe rileggere frequentemente. È si veda anche la nota contrapposizione, tracciata da Norberto Bobbio, tra filosofia del diritto “dei filosofi” e filosofia del diritto “dei giuristi” (N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2011, 34).

na al diritto, non un orpello o un supplemento di pensiero riservato a poche anime elette (o poco indaffarate). O, per dirla in altro modo, ogni giurista ha necessariamente una “sua” filosofia del diritto.

Infatti, se per ‘filosofia del diritto’ intendiamo un insieme di idee – non necessariamente articolate in maniera dettagliata ed esaustiva – sulla “ontologia” del diritto, e cioè idee su cosa sia una norma giuridica, una fonte del diritto, un diritto soggettivo, una sanzione, un organo giuridico, o su fin dove si estenda l’ambito del giuridico (in modo da provvedere un criterio di distinzione, per quanto lasco e precario, tra diritto e “non diritto” – tra diritto e morale, diritto e politica, diritto e religione, diritto e puro uso della forza, ecc.), allora è francamente difficile che un giurista faccia il proprio lavoro senza essersi dotato di, o quantomeno senza presupporre tacitamente, una certa filosofia del diritto<sup>2</sup>.

Anche senza scomodare l’autorità di Ronald Dworkin<sup>3</sup>, si può convenire che ogni giurista abbia, necessariamente, una filosofia del diritto. La differenza, semmai, passa tra i giuristi che si limitano a presupporre e utilizzare una filosofia del diritto, in una maniera che può essere più o meno coerente, più o meno meccanica, più o meno problematica, e i giuristi che invece sono perfettamente consapevoli dei presupposti filosofici che fanno da sfondo al loro lavoro – i giuristi, cioè, che tali presupposti filosofici li hanno scelti consapevolmente, e che riflettono criticamente su di essi. Come dovrebbe essere evidente, il tutto non si riduce ad una questione di citazioni dotte, o di adesione ortodossa a “scuole” o a etichette del dibattito filosofico giuridico. Si tratta, piuttosto, della capacità da parte del giurista di un uso critico e consapevole dei presupposti concettuali del proprio lavoro.

Franco Cordero apparteneva decisamente a questa seconda categoria – alla categoria dei giuristi riflessivi e problematici, pienamente consapevoli oltre che espliciti riguardo ai presupposti e agli strumenti in senso ampio filosofici del proprio lavoro<sup>4</sup>. E non ci si potrebbe aspet-

<sup>2</sup> Alcune delle questioni appena indicate nel testo sono a volte considerate come attinenti alla “teoria generale del diritto”, anziché alla “filosofia del diritto” in senso stretto. Ovviamente ci sono molti modi diversi di fare filosofia del diritto, e per alcuni di essi almeno alcune delle questioni indicate nel testo possono risultare come non strettamente “filosofiche” (in quanto non consistono nella ricerca del fondamento del fondamento...). Personalmente, come chiunque si sia addestrato alla filosofia del diritto nell’ambito della filosofia analitica, non riesco ad individuare alcuna linea distintiva utile, definitiva e interessante tra la ‘teoria generale del diritto’ e la ‘filosofia del diritto’.

<sup>3</sup> «Jurisprudence is the general part of adjudication, silent prologue to any decision at law» (R. DWORKIN, *Law’s Empire*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1986, 90).

<sup>4</sup> Si ricordi peraltro che durante gli anni Sessanta Cordero aveva tenuto per alcuni anni anche il corso di Filosofia del diritto presso l’Università Cattolica di Milano. Questa attività didattica sfociò poi nel volume *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme* (Milano, Giuffrè, 1967), che gli valse l’allontanamento dall’insegnamento da quella Università. (La vicenda, come è noto, arrivò fino alla Corte costituzionale, sentenza n. 195 del 1972.) Cordero consegnò le proprie riflessioni sugli addebiti mossigli in quella occasione, e sulla idea di

# Quale storia nel diritto di Cordero?

di Italo Birocchi\*



**Sommario:** § 1. – Il problema della dimensione storica dell’opera. § 2. – In cerca di una via, solitario battitore di strada. § 3. – Contro lo scolasticismo e i luoghi comuni: il metodo d’analisi in *Criminalia*. § 4. – Il giurista-intellettuale.

## § 1. – *Il problema della dimensione storica dell’opera*

Come intraprendere il viaggio nell’opera scientifica di Cordero per scoprirne la dimensione storica? Non c’è probabilmente alcun suo scritto – il manuale tecnico della sua disciplina oppure il vasto affresco che fa da controcanto al *Discorso sopra lo stato presente dei costumi degl’italiani* di Leopardi – ove quella dimensione non emerga in forme sempre cangianti<sup>1</sup>. In questa sede si è ritenuto di restringere l’analisi a due soli libri, di notevole mole e pensati e realizzati attraverso molti intrecci: *Gli osservanti* e *Criminalia*<sup>2</sup>. Alla base della scelta c’è forse qualche ragione plausibile: questi volumi sono sufficientemente distanziati tra loro e dunque non appartengono a una medesima stagione creativa; entrambi si aggirano su problemi complessi di immediato interesse storico-giuridico – l’uno vertendo sulle modalità con cui l’uomo tesse e impone il fenomeno normativo, l’altro sul processo di formazione dei sistemi penalistici tra basso Medioevo ed età moderna – e, pur differenti per accostamenti stilistici e uso di strumenti, appaiono altamente indicativi del metodo e della visuale compositiva dell’autore<sup>3</sup>.

\* Sapienza – Università di Roma.

<sup>1</sup> Nelle edizioni del manuale successive al codice del 1989 tutta la corposa prima parte (dedicata ai *Fondamenti*: procedura e sistemi) è una procedura storica: ad esempio, F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1993, 3-101; G. LEOPARDI, F. CORDERO, *Discorso sopra lo Stato presente dei costumi degl’italiani seguito dai pensieri d’un italiano d’oggi*, Torino, Bollati Boringhieri, 2011.

<sup>2</sup> F. CORDERO, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Milano, Giuffrè, 1967 e IDEM, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, Laterza, 1985.

<sup>3</sup> Assai diversi sono le fonti adoperate, l’uso della letteratura, il rapporto tra testo e note (essenziali ne *Gli osservanti*, spesso lunghissime e avvolgenti in *Criminalia*); e tuttavia le diversità non ostacolano la possibilità di una ricostruzione unitaria dell’arte compositiva dello studioso.

Si seguirà dunque questa via economica, ma rimane comunque il problema: come afferrare la dimensione storica nel pensiero di un autore che appare distante dai canoni usualmente praticati dagli storici, sia per l'inventiva nelle concatenazioni e nell'uso accentuato delle metafore, sia per le contestualizzazioni fuori registro, sia per le commistioni infradisciplinari, sia ancora per la capacità di saltare bellamente le cesure temporali delle specializzazioni (contemporaneisti, modernisti, medievisti, antichisti...). Si comprende come di fronte a *Gli osservanti* un giurista-pensatore come Salvatore Satta, il quale riteneva che la storia del diritto fosse semplice storia del dato normativo<sup>4</sup>, manifestasse, oltre a un'immensa distanza ideologica, profonda incomprendimento<sup>5</sup>: in senso letterale, giacché confessava in privato di non aver capito niente del libro (per il metodo, gli accostamenti interdisciplinari, ecc.)<sup>6</sup>.

Nessun dubbio che Cordero affrontasse ogni argomento contestualizzandolo ora entro la storia sociale o politica, ora col filtro delle idee religiose, ora attraverso la biografia dei protagonisti, ora trasportandolo entro il mondo delle credenze e dei riti; ma è difficile descrivere in qualche modo il metodo e il risultato stesso perché essi appaiono un esempio unico e dunque per definizione irripetibile e ineffabile per mancanza di misurabilità. E ci si potrebbe fermare qua, se non si affacciasse il dubbio che la stessa impressione di inclassificabilità valga per gli altri aspetti dell'opera di Cordero, a cominciare dalla sua materia accademica. La logica, la mentalità geometrica, il sistema sono i ferri del mestiere di chi studia il processo e Cordero li possedeva in sommo grado ma il modo di usarli, di nuovo, usciva dai canoni consueti, sicché pone problemi simili a quelli di chi cerchi la dimensione storica dell'opera.

<sup>4</sup> S. SATTA, *Norma, diritto, giurisdizione*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, II, 1969, 9-10.

<sup>5</sup> Così nella lettera all'amico romanista Bernardo Albanese, 30 dicembre 1969, ora pubblicata in S. SATTA, *Je vous écris avant l'aube. Correspondance avec Bernardo Albanese*, Trocy-en-Multien, Éditions conférence, 2019, 237. A seguito di un intenso carteggio tra i due amici sulla opportunità, modalità di apparizione e sui contenuti della recensione a *Gli osservanti*, furono stese diverse bozze e infine fu pubblicata una terza versione firmata dal romanista palermitano: B. ALBANESE, [Recensione di] *Cordero, Gli osservanti*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, III, 1970, 128-131.

<sup>6</sup> È il Satta che negli ultimi anni della sua vita si chiuse al mondo che andava cambiando nelle mentalità sociali, nelle istituzioni e nel diritto, con un arroccamento ultraconservatore che gli faceva esprimere pensieri assolutamente fuori misura nei confronti di valenti giuristi delle nuove leve, delle loro iniziative e più in generale dell'ambiente universitario considerato in disfacimento (in proposito, come pure confessava all'amico Albanese, il suo pessimismo cosmico era aggravato dal distacco del pensionamento, senza che fosse nemmeno riuscito, come usuale nell'Accademia, a governare la successione nella sua cattedra). Tra le prese di posizione pubbliche figura anche quella sul caso Cordero dopo la sentenza della Corte Costituzionale che aveva rigettato il ricorso (le ragioni erano state illustrate da Paolo Barile) teso a stabilire l'incostituzionalità delle norme in base alle quali era avvenuta la sospensione di Cordero dall'insegnamento: S. SATTA, *Il caso Cordero e l'Università*, originariamente in *Gazzettino*, 25 febbraio 1973, ora in versione francese in IDEM, *L'avertissement de Socrate. Écrits juridiques et politiques. 1945-1974*, Trocy-en-Multien, Éditions conférence, 2019, 577-580. Per nostra fortuna sono anche gli anni in cui venne concepito e prese forma il capolavoro letterario del giurista sardo.

# Franco Cordero, romanziere

di Fulvio Cortese\*



**Sommario:** § 1. – Premessa. § 2. – L’Odissea. § 3. – L’antefatto. § 4. – Tre (successive) dimensioni. § 5. – Fare sintesi. § 6. – Il testamento.

«Quid rides? Mutato nomine de te fabula narratur»  
(Orazio, *Satire*, I, 1, 69-70)

## § 1. – Premessa

Avvicinarsi all’opera giuridica di Franco Cordero (1928-2020) non è un’operazione facile. Non lo è per la vastità degli scritti, in primo luogo. Ma non lo è anche per la complessità dell’itinerario di pensiero di cui quei lavori recano testimonianza e per l’impatto che le lezioni in essi maturate hanno sortito, nella cerchia degli studiosi del processo penale e della filosofia del diritto come nell’ambito del dibattito sulle infinite riforme della giustizia italiana<sup>1</sup>.

Per non dire, poi, di un ulteriore profilo di delicatezza: quello di Cordero, come è noto, è stato anche un “caso”, che non solo, come si suol dire, *ha fatto giurisprudenza* e ha avuto ripercussioni profonde nella percezione del ruolo dell’accademico e del suo rapporto con l’autorità (di qualsiasi estrazione essa sia)<sup>2</sup>. Quel “caso” ha stimolato o ispirato

\* Università degli Studi di Trento.

<sup>1</sup> Un bel ricordo di Cordero è quello scritto da P. FERRUA, *L’artista della procedura penale. Ricordando Franco Cordero*, in *Cass. pen.*, 2020, 2167 ss. V. anche T. PADOVANI, *Ricordo di Franco Cordero*, in *ilpenalista.it* (11 maggio 2020).

<sup>2</sup> Si rammenti la famosa pronuncia della Corte cost., n. 195/1972. Il “caso”, come è noto, e come viene rapidamente ricordato anche *infra*, nel testo, opponeva Cordero all’Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, che lo aveva estromesso dagli incarichi di insegnamento, non avendo più ricevuto il nulla osta dell’autorità ecclesiastica, previsto dalla legge (in particolare, dalla disciplina concordataria) per poter entrare a far parte del corpo docente di quell’Università. Il giudice costituzionale precisò che il “potere” dell’Università Cattolica non poteva escludersi e che, dunque, la questione di legittimità costituzionale delle norme che lo prevedevano non era fondata: «negandosi ad una libera università ide-

– risultando un punto di coagulo di attriti e di conflitti tuttora persistenti e irrisolti – riflessioni periodiche e tormentate sia sulla praticabilità concreta di un pensiero laico, sia sul rapporto tra approfondimento scientifico e impegno civile. Sono tutti temi che, anche attraverso altri percorsi, hanno segnato in modo molto netto la formazione della cultura di massa del nostro Paese e per questa ragione non si sbaglierebbe se si affermasse che Cordero ha costituito uno snodo cruciale di questi processi generativi e dei diversi immaginari che ne hanno alimentato le dialettiche<sup>3</sup>.

Avere a che fare con questo Autore, dunque, presuppone la padronanza di competenze disciplinari plurime e di rare virtù di controllo e di distanza, qualità che certamente non appartengono – è opportuno premetterlo sin d’ora – a chi scrive queste brevi note.

Lo scopo di questo contributo, d’altra parte, non è rievocare il magistero del grande giurista o il lascito dell’acclamato uomo di cultura, saggista ed editorialista. La finalità, piuttosto, è quella di gettare uno sguardo sull’*altra faccia della luna*, ossia su quelle opere di Cordero che, sia pur sulla base di un giudizio estremamente formale, potremmo definire come non giuridiche. Soprattutto, l’obiettivo consiste nel focalizzarsi sull’esperienza del Cordero narratore, intraprendendo con ciò uno sforzo che, per la verità, non è meno intenso di quello che si potrebbe compiere nella ricostruzione di articolati sentieri tecnici e specialistici.

## § 2. – *L’Odissea*

Nel corso della sua vita, Franco Cordero è stato uno scrittore particolarmente prolifico, tenace e ostinato nell’applicazione, visto che, dal 1969 al 2020, figura come l’inflessibile produttore di dodici lavori narrativi. E va segnalato che l’esordio – *Genus: De Donato*, 1969 – aveva immediatamente attirato un certo interesse sul quarantenne neo-

---

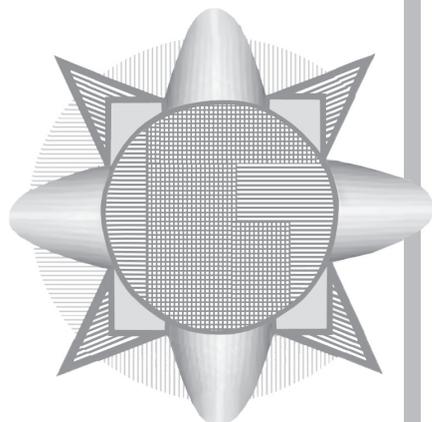
ologicamente qualificata il potere di scegliere i suoi docenti in base ad una valutazione della loro personalità e negandosi alla stessa il potere di recedere dal rapporto ove gli indirizzi religiosi o ideologici del docente siano divenuti contrastanti con quelli che caratterizzano la scuola, si mortificherebbe e si rinnegherebbe la libertà di questa, inconcepibile senza la titolarità di quei poteri. I quali, giova aggiungere, costituiscono certo una indiretta limitazione della libertà del docente ma non ne costituiscono violazione, perché libero è il docente di aderire, con il consenso alla chiamata, alle particolari finalità della scuola; libero è egli di recedere, a sua scelta, dal rapporto con essa quando tali finalità più non condivide». Le questioni concernenti il “caso” in questione e l’esercizio dei “poteri” da esso chiamati in gioco si sono ripresentate in seguito anche in altri contesti, sollecitando anche l’intervento della Corte europea dei diritti dell’uomo: v., recentemente, F. SANTONI, *La libertà di insegnamento nell’Università cattolica: dal caso Cordero al caso Lombardi Vallauri*, in *Il dir. del mercato del lavoro*, n. 2/2017, 185 ss.

<sup>3</sup> Per una panoramica di tali processi (conflittuali) v., per tutti, S. LARICCIA, *Battaglie di libertà. Democrazia e diritti civili in Italia (1943-2011)*, Roma, Carocci, 2011.

# NEL CORTILE DEL BANANO

Taccuino di piccole recensioni e schede bibliografiche

---



## Recensioni

*Le tre costituzioni pacifiste. Il rifiuto della guerra nelle costituzioni di Giappone, Italia e Germania*  
di Francesco Belvisi

---

*"Facciamo a capirci". Conversazione ordinaria e interpretazione giuridica*  
di Paolo Comanducci

---

*Tutela dell'interesse finanziario e arretramento della sovranità. Problemi e prospettive costituzionali (anche alla luce della crisi pandemica Covid-19)*  
di Andrea Gatti

---

*Sussidiarietà quale fattore basilare della democrazia. La proposta di un costituzionalista*  
di Gladio Gemma

---

*Il punto di vista della storia. Non solo (e non tanto) Deutschland über alles. Le radici e la modernità del pensiero di Carl Schmitt*  
di Luca Vespignani

---

Schede bibliografiche

# *Le tre costituzioni pacifiste. Il rifiuto della guerra nelle costituzioni di Giappone, Italia e Germania*

di Francesco Belvisi\*



**Sommario:** § 1. – Il desiderio di rammemorare. § 2. – La vicenda dell’articolo 9 della Costituzione giapponese. § 3. – La vicenda dell’articolo 11 della Costituzione italiana. § 4. – La vicenda dell’articolo 26 della Legge Fondamentale tedesca. § 5. – Il senso della rammemorazione storica.

**MARIO GIUSEPPE LOSANO**, *Le tre costituzioni pacifiste. Il rifiuto della guerra nelle costituzioni di Giappone, Italia e Germania*, Frankfurt a.M., Max Plank Institut for European Legal History, 2020, pp. VII-399.

## § 1. – *Il desiderio di rammemorare*

Intellettuale poliedrico (appassionato di cultura orientale ed esperto di geo-politica, studioso di diritto internazionale comparato, filosofo del diritto, informatico giuridico, storico del diritto e della cultura giuridica tedesca e latino-americana), Mario Losano veste, questa volta, i panni dello storico (delle costituzioni), per narrarci degli eventi di un periodo, rispetto ai quali, ormai, i ricordi che abbiamo «sono o molto diversi» da quelli della sua generazione – quella degli anni Quaranta –, «o del tutto assenti»<sup>1</sup>. Egli ci propone, infatti, gli esiti della ricerca sulle costituzioni delle ex potenze del Patto trilaterale, che hanno perso la II Guerra mondiale. Si tratta, quindi, di eventi accaduti nei primi anni del secondo dopoguerra, di un periodo, cioè, che non viene più ricordato in «ambito familiare» e che non sempre è trattato «dai manuali e dai programmi scolastici»<sup>2</sup>. Tali eventi riguardano il contesto in cui sono sorte le costituzioni di Giappone (1947), Italia (1948) e Germania (1949). In comune queste costituzioni hanno il fatto di contenere un articolo sul ripudio della guerra e, per questo, vengono definite «costituzioni pacifiste»<sup>3</sup>.

\* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

<sup>1</sup> M.G. LOSANO, *Le tre costituzioni pacifiste. Il rifiuto della guerra nelle costituzioni di Giappone, Italia e Germania*, Frankfurt a.M., Max Plank Institut for European Legal History, 2020, 1.

<sup>2</sup> *Ivi*, 2.

<sup>3</sup> *Ivi*, 3.

In estrema sintesi, il libro narra sia le vicende storiche, che hanno dato origine alla messa al bando costituzionale della guerra, sia quelle, che hanno condotto, con lo svolgersi della storia mondiale, al superamento di questo nobile, ma anche utopico intento.

Il libro è costruito in modo peculiare, poiché si sviluppa senz'altro in modo storico, ovvero cronologico, ma – consapevolmente – non ha pretese sistematiche. Cerco di spiegarmi. Come afferma Losano: «queste pagine procedono per accenni evocativi su singoli temi» e costituiscono «una piattaforma sinottica strutturata»<sup>4</sup>.

«La piattaforma vera e propria è costituita dal primo capitolo: un sommario degli eventi che accompagnano i tre Stati [...] dalla guerra alla sconfitta»<sup>5</sup>, formato da «un insieme di microsistemi appena abbozzati o anche soltanto degli spunti illuminanti [...], per ricostruire tre contesti sociali non lontani nel tempo ma ormai quasi assenti dalla memoria»<sup>6</sup>.

Dopo la trattazione nel primo capitolo degli aspetti che ricostruiscono «l'atmosfera sociale del dopoguerra e il bisogno di pace che pervadeva tutti i ceti sociali»<sup>7</sup> delle nazioni coinvolte nell'indagine, i tre capitoli successivi affrontano la vicenda degli articoli “pacifisti” delle nuove costituzioni dei Paesi dal passato totalitario. L'ordine dei capitoli segue la cronologia dell'entrata in vigore delle costituzioni, per cui la prima vicenda ad essere narrata è quella giapponese (cap. II) e a seguire ci sono quella italiana (cap. III) e quella tedesca (cap. IV).

Il libro – costruito secondo un andamento dal generale al particolare – si chiude con tre lunghe appendici dedicate ognuna ad eventi relativi ai Paesi considerati: I. Giappone: Il disarmo totale in un'area dalle tensioni crescenti<sup>8</sup>; II. Italia: Tra guerra e pace<sup>9</sup>; III. Germania: Il ripudio della guerra e il riarmo nelle costituzioni dei due Stati tedeschi<sup>10</sup>.

Ripercorriamo le vicende delle tre costituzioni.

## § 2. – *La vicenda dell'articolo 9 della Costituzione giapponese*

Losano enfatizza come la costituzione postbellica del Giappone sia stata «progettata ed imposta» in pratica dal generale Douglas MacArthur<sup>11</sup>, il comandante in capo delle truppe USA occupanti, il quale avrebbe agito «indipendentemente» dalle indicazioni dell'agenzia istituita a Washington per gli affari giapponesi, andando – quindi – «oltre il suo mandato»<sup>12</sup>. I principi fondamentali della costituzione stabiliti dal genera-

<sup>4</sup> *Ivi*, 1.

<sup>5</sup> *Ivi*, 3.

<sup>6</sup> *Ivi*, 2-3.

<sup>7</sup> *Ivi*, 163.

<sup>8</sup> *Ivi*, 235-269.

<sup>9</sup> *Ivi*, 269-301.

<sup>10</sup> *Ivi*, 302-333.

<sup>11</sup> V. *ivi*, 170.

<sup>12</sup> V. *ivi*, 172 e 175; cfr., in Appendice I, la «Dichiarazione di Postdam» del 1945, che definisce i termini della resa del Giappone e prevede il disarmo e la fine dell'esercito nippono-

# “Facciamo a capirci”

*Conversazione ordinaria e interpretazione giuridica*

di Paolo Comanducci\*



**Sommario:** § 1. – Introduzione. § 2. – Le massime conversazionali di Grice. § 3. – L’interpretazione giuridica.

FRANCESCA POGGI, *Il modello conversazionale. Sulla differenza tra comprensione ordinaria e interpretazione giuridica*, Pisa, ETS, 2020, pp. 414.

## § 1. – Introduzione

Dagli anni Trenta del secolo scorso si è aperta, in ambito giuridico, un’ampia discussione sulla natura dell’interpretazione. I realisti nordamericani e poi quelli scandinavi hanno sottoposto a critica stringente la vulgata del positivismo teorico, secondo cui l’attività interpretativa consisterebbe nella scoperta del “vero” significato delle norme, o perlomeno di quello corretto, e che tale significato sia quello attribuito alle norme dai loro produttori in coerenza con l’uso comune del linguaggio. A tale visione si è venuto contrapponendo, dapprima, il cosiddetto “scetticismo sulle norme” del realismo americano, che ha messo in dubbio che fossero le norme di un diritto generale e astratto (legge o precedente) a guidare le decisioni dei giudici, e ha sostenuto invece che queste ultime sono determinate da fattori di carattere psicologico, togliendo così rilevanza al tema dell’interpretazione. Successivamente, è stata contrapposta a quella formalista una teoria scettica dell’interpretazione – che ha preso le mosse da Ross<sup>1</sup> e dal Kelsen “realista”<sup>2</sup>, ma è stata poi originalmente sviluppata in Italia da Giovanni Tarello<sup>3</sup> –, che configura tale attività come prevalentemente discrezionale, ragion per cui il diritto, nella pratica, è risultato

\* Università degli Studi di Genova.

<sup>1</sup> Cfr. almeno A. ROSS, *On Law and Justice* (1958), introd. e trad. di G. Gavazzi, *Diritto e giustizia*, III ed., Torino, Einaudi, 1965, specie cap. IV.

<sup>2</sup> Sulla lettura di almeno una parte dell’opera di Kelsen in chiave realista, cfr. P. CHIASSONI, *El realismo radical de Hans Kelsen*, in P. CHIASSONI, *Desencantos para abogados realistas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, 164-209.

<sup>3</sup> Cfr. G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980.

delle interpretazioni giurisprudenziali ancor più che opera del legislatore. Parallelamente, peraltro, l'opera di Hart<sup>4</sup> ha dato origine a una terza posizione, presentata come intermedia tra formalismo (nella versione di Dworkin) e realismo, che oggi gode di larga diffusione e credito, secondo cui l'interpretazione è talvolta attività conoscitiva, di comprensione di significati, quando il testo è chiaro, e talvolta attività discrezionale, di scelta di significati tra quelli possibili, quando il testo è oscuro.

Nella discussione che, per circa sessant'anni, ha opposto formalisti, scettici e "intermedi", uno dei cavalli di battaglia anti-scettici è stato quello basato sugli stretti legami tra linguaggio quotidiano e linguaggio giuridico: il diritto appartiene (anche) al mondo della comunicazione linguistica tra esseri umani, e, pur con qualche peculiarità, è governato da un sottoinsieme delle stesse regole che governano il linguaggio ordinario. Quindi, si argomenta, se il linguaggio umano, da millenni, serve per comunicare, e riesce ad adempiere in modo soddisfacente questa funzione, e le persone che parlano la stessa lingua naturale generalmente si capiscono, si intendono e riescono a superare eventuali fraintendimenti, perché mai in ambito giuridico le cose dovrebbero funzionare diversamente? Anche in ambito giuridico l'attività degli interpreti dovrebbe essere volta a comprendere il messaggio che le autorità hanno affidato al *medium* costituito dalle norme giuridiche, magari con qualche maggiore sofisticazione, ma non diversamente da quanto accade in altri ambiti dell'attività umana ove si sono sviluppati linguaggi settoriali. La *open texture* dei documenti non è un fenomeno specificamente giuridico giacché deriva dalla struttura stessa delle lingue naturali. Se le tesi degli scettici fossero corrette, se il significato dipendesse dagli interpreti, liberi di attribuire alle parole il senso da loro preferito, allora il linguaggio non potrebbe adempiere alla sua funzione comunicativa, noi non ci capiremmo, e, nello specifico, l'attività del legislatore sarebbe totalmente vana, le regole generali e astratte non avrebbero alcun valore e il diritto si ridurrebbe al "gioco dei giudici", come se il calcio si riducesse al "gioco dell'arbitro".

Nel fondo la questione appare quella delle somiglianze e differenze tra linguaggio ordinario e linguaggio giuridico nelle varie situazioni di comunicazione: in modo prevalentemente intuitivo, gli "intermedi" (e ovviamente i formalisti) propendono per sottolinearne le somiglianze, gli scettici per sottolinearne le differenze: il linguaggio giuridico, a differenza di quello ordinario, sarebbe segnato dalle contrapposizioni tra gli interessi e governato da autorità.

I problemi dei rapporti tra linguaggio ordinario e linguaggio giuridico sono stati finora affrontati spesso in maniera superficiale, e non sono stati oggetto di molte analisi rigorose. Adesso tale lacuna è stata almeno in parte colmata da un pregevole volume di Francesca Poggi, filosofa del diritto di origini accademiche genovesi - e quindi scettiche - ma cresciu-

<sup>4</sup> Cfr. in particolare H.L.A. HART, *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, in *Georgia Law Review*, 11/5, 1977, 969-989.

# Tutela dell'interesse finanziario e arretramento della sovranità

*Problemi e prospettive costituzionali (anche alla luce della crisi pandemica Covid-19)*

di Andrea Gatti\*



**Sommario:** § 1. – L'oggetto della ricerca. § 2. – Sovranità, autonomia territoriale e pubbliche amministrazioni: l'incidenza dell'interesse finanziario. § 3. – Natura giuridico-costituzionale dell'interesse finanziario e sue ripercussioni sul piano giurisdizionale. § 4. – Riflessioni alla luce dell'emergenza Covid-19 e relative criticità.

**SONIA CALDARELLI**, *I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni. Sovranità, autonomia e giurisdizione*, Roma, Roma TrE-Press, 2020, pp. 393.

## § 1. – L'oggetto della ricerca

Il volume di Sonia Caldarelli, *I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni. Sovranità, autonomia e giurisdizione*, rappresenta un'indagine sulle conseguenze, tanto da un punto di vista ordinamentale che pratico, della progressiva implementazione della disciplina internazionale, europea e domestica di regolazione della finanza pubblica, con particolare riferimento, come emblematicamente suggerisce lo stesso titolo, a tre correlate dimensioni: quella della sovranità, quella dell'autonomia – intesa, in realtà, come discrezionalità amministrativa – e, infine, quella della giurisdizione.

Negli ultimi anni il tema della costituzionalizzazione dei vincoli di bilancio ha trovato l'interesse crescente degli studiosi della teoria dello Stato. In particolare alla fine dello scorso anno, a seguito della ormai notissima sentenza del *BVerfG* sul *Quantitative Easing*, tale interesse si è quasi dovunque, almeno nella dottrina italiana<sup>1</sup>, tramutato in sconcerto

\* Università degli Studi di Pisa.

<sup>1</sup> Tra i numerosissimi commenti della sentenza, si segnalano A. DI MARTINO, *Bundesverfassungsgericht e atti europei ultra vires: cultura costituzionale e tradizione economica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2020; P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara ultra*

e preoccupazione per le spinte centrifughe che, in quell'occasione, hanno comportato la deroga ai meccanismi di controllo europei. Ci si è chiesti (o senz'altro si è chiesto il *BVerfG*) se il diritto europeo possa sfociare in considerazioni di politica economica e non soltanto monetaria; se inoltre esista un principio di neutralità nel perseguimento di suddetta politica e quali ne siano i confini.

Proprio all'interno di questa generale linea di indagine, ovvero di una ricostruzione del quadro normativo internazionale e, soprattutto, europeo di regolazione delle scelte di bilancio e di politica economica degli Stati membri, prende le mosse l'Autrice, con un approccio multidisciplinare e non trascurando la ineludibile dimensione transnazionale dei fenomeni descritti. Ma se da simili premesse sarebbe facile far derivare la tentazione di inquadrare la ricerca nell'ambito del dibattito relativo al rafforzamento di quella che è comunemente riconosciuta come *governance economica europea*, almeno due aspetti ne suggeriscono una diversa collocazione.

Per un verso, infatti, l'approccio dell'Autrice non è tanto incentrato sulla descrizione dell'assetto di poteri e competenze che nel sistema sovrastatale connota la disciplina della regolazione della finanza pubblica, quanto sulla corretta declinazione formale delle fonti del diritto (internazionale, europeo e statale) e sul loro coordinamento. La formalizzazione di una gerarchia di tali fonti viene giustamente ritenuta l'espressione sintomatica della progressiva menomazione della capacità di autodeterminazione statale nelle scelte di politica economica e finanziaria.

Per altro verso, l'analisi delle fonti sovra-statali di regolazione della finanza pubblica costituisce soltanto il quadro preliminare che fa da sfondo alla riflessione (centrale) dell'incidenza delle stesse su aspetti propri dell'ordinamento nazionale: la nozione di pubblica amministrazione (in senso stretto e in senso ampio, come Stato-persona), i vincoli alla discrezionalità amministrativa nell'uso dei moduli (anche di diritto privato) di indebitamento e, infine, la giurisdizione sulle controversie in cui venga in rilievo l'ambito oggettivo o soggettivo del debito pubblico sono alcuni degli ambiti investiti dal rafforzamento della competenza di coordinamento dell'Unione europea.

In tal senso lo studio sembrerebbe tra i primi nel panorama attuale ad affrontare, in modo sistematico, il problema di come i paradigmi tradizionali della pubblica amministrazione, nonché la giurisdizione sulle controversie che involgono l'azione dello Stato in campo finanziario e, più in particolare, l'interesse a finanze pubbliche sane e sostenibili, siano destinati ad un ripensamento alla luce delle regole costituzionali sui vincoli di bilancio.

---

vires il *Quantitative easing (con uno sguardo al Pandemic Emergency Purchase Programme?)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali - Rassegna*, n. 2/2020; F. PEDRINI, *Il cortocircuito dell'interpretazione ultra vires*, in *DPCE online*, n. 2/2020, 2827-2843; A. SOMMA, *Democrazia e mercato ai tempi del coronavirus. La Corte di Karlsruhe e la difesa a senso unico dell'ortodossia neoliberale*, in *DPCE online*, n. 2/2020, 2869-2881; A. GUZZAROTTI, *Very Unkind Things about the German Constitutional Court's Rebellion against the ECJ in the Quantitative Easing Case*, in *Verfassungsblog*, 18 maggio 2020.

# *Sussidiarietà quale fattore basilare della democrazia*

*La proposta di un costituzionalista*

di Gladio Gemma\*



**Sommario:** § 1. – Crisi della democrazia ed analisi critica dei rimedi proposti. § 2. – Soluzione proposta da Pizzolato: lo sviluppo della sussidiarietà. § 3. – Luci ed ombre della tesi di Pizzolato.

FILIPPO PIZZOLATO, *I sentieri costituzionali della democrazia*, Roma, Carocci Editore, 2019, pp. 113.

## § 1. – *Crisi della democrazia ed analisi critica dei rimedi proposti*

Si tratta di un libro di piccole dimensioni, ma ricco di spunti e di idee, scritto da un costituzionalista, il quale ha avuto meritati riconoscimenti accademici ed ha voluto dar seguito a riflessioni svolte in contributi precedenti. È pertanto un'opera pregevole, della quale si raccomanda una meditata lettura, ma, proprio perché significativa, essa merita non una mera recensione apologetica, bensì un confronto non polemico di opinioni, convergenti o divergenti, sulla tematica trattata.

Cominciamo, come doveroso, dando conto concisamente delle tesi principali dell'Autore, sperando di averle correttamente interpretate.

L'Autore assume come tesi di partenza la configurazione di "una crisi della democrazia", ma ben precisando, per non cadere in un luogo comune (cioè l'esistenza di aspetti problematici, che esistono sempre in un regime, anche quello democratico), che tale crisi è costituita sia da un difetto d'impostazione, sia dalla presenza di tendenze non condivise da lui. Il primo difetto è costituito dalla attribuita rilevanza al solo profilo del potere pubblico, con omissione del versante della società civile. Per richiamare le parole dell'Autore, la democrazia «appare ora una questione che attiene ai soli meccanismi della sfera politico-istituzionale e che dentro di

---

\* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

questa è circoscritta» ed essa «è vista come una questione che si traduce sostanzialmente nella selezione di una classe politica o di una élite governante», risultando «sottratta al fluire dei rapporti sociali ed economici» e «tenuta al di fuori di forme di partecipazione politica più continuativa»<sup>1</sup>. Detto in altri termini, la democrazia appare ispirata ad «un modello di fondo di democrazia squisitamente elettorale»<sup>2</sup>.

In questo quadro si manifestano due tendenze, contestate da Pizzolato, le quali appaiono di segno opposto, ma, a ben vedere, presentano una certa somiglianza.

La prima è costituita dall'affermazione della "democrazia di investitura", con accentuazione dei suoi tratti di potere dall'alto, cioè «nella direzione di accentuarne la componente verticistica, rafforzando la *leadership*, che non sarebbe troppo libera di decidere»<sup>3</sup>. L'enfaticizzazione della delega alla classe politica e la «cosiddetta "presidenzializzazione" della democrazia governante»<sup>4</sup> sarebbero elementi costitutivi di questo fenomeno politico-costituzionale.

L'altra tendenza (deplorata dall'Autore) è costituita «dal vituperato populismo»<sup>5</sup>. Tale indirizzo politico (e culturale) assume il popolo come una totalità, come un soggetto collettivo «semplificato e non plurale... portatore di una volontà unitaria e identificabile senza scarti», la quale però viene poi interpretata e ricostruita da una ristretta cerchia di demagoghi (le parole sono di chi scrive, ma penso siano in sintonia con il pensiero dell'Autore), alimentando, per dirla con Pizzolato, un «processo di verticalizzazione dell'autorizzazione»<sup>6</sup>, cioè del potere dall'alto.

Al rifiuto di dette tendenze segue poi una ricostruzione del modello di democrazia cui debba informarsi una progettazione istituzionale auspicata. A tal fine l'Autore prospetta la soluzione di due problemi di fondo. Il primo tema affrontato riguarda il rapporto fra democrazia e costituzionalismo (ivi compresa la nostra Costituzione). In termini più specifici, si pone il problema del significato che deve avere il principio di maggioranza. L'Autore rilancia con lucidità i motivi contrari alla sopravvalutazione di detto principio. Il costituzionalismo degli ultimi secoli ha condotto al riconoscimento in capo ai cittadini sia di diritti di libertà, ivi ben compresi quelli politici, sia dell'uguaglianza. Tali situazioni giuridiche s'impongono come limiti inviolabili nei confronti del potere politico e sono consustanziali alla filosofia della democrazia. In questa ottica Pizzolato contesta, con buone argomentazioni, la «idea molto accreditata», la quale «tende ad identificare la democrazia con la regola della decisione a maggioranza»<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> *I Sentieri*, 11. In questa e nelle note successive indicherò per semplicità l'opera oggetto di questo contributo solo con *Sentieri*.

<sup>2</sup> *Sentieri*, 11.

<sup>3</sup> *Ivi*, 12.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> *Ivi*, 13.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> *Ivi*, 18.

## *Il punto di vista della storia*

*Non solo (e non tanto) Deutschland über alles. Le radici e la modernità del pensiero di Carl Schmitt*

di Luca Vespignani\*



**Sommario:** § 1. – Le “ragioni” del libro. § 2. – Dallo Stato al “grande spazio”. § 3. – Il richiamo all’omogeneità come risposta alla crisi della Repubblica di Weimar. § 4. – Il dialogo con Hobbes e la teologia politica. § 5. – Il concetto di ‘limite’ come categoria fondamentale del ragionamento scientifico.

ANTONINO SCALONE, *Percorsi schmittiani*, Milano-Udine, Mimesis, 2020, pp. 247.

### § 1. – *Le “ragioni” del libro*

Le “ragioni” del libro<sup>1</sup> sono chiarite da Scalone nell’introduzione, dove si sottolinea l’attualità del pensiero di Carl Schmitt, il quale – a prescindere dal suo orientamento politico e specialmente dalla sua vicinanza al regime nazista – ha posto «con insuperata radicalità alcuni problemi che attengono alla dimensione politico-giuridica che tuttora ci è propria: essi, solo per indicare i principali, riguardano le aporie della forma politica moderna, in particolare della democrazia, i temi della partecipazione, del rapporto complesso fra unità e pluralità, della crisi e del superamento della forma-Stato, della struttura e dello sviluppo dell’ordinamento internazionale»<sup>2</sup>.

Si tratta di una produzione che attraversa oltre mezzo secolo di storia confrontandosi con le due guerre mondiali del secolo scorso e muovendosi in uno spettro ampissimo di discipline, dal diritto positivo (Schmitt si considerava innanzitutto un giurista), alla sociologia, alla filosofia, alla letteratura, senza una precisa intenzione sistematica e non di rado con un certo grado di ambiguità ed indeterminazione dovute sia a ragioni di prudenza rispetto alla temperie del momento storico, sia alla natura intrinse-

\* Università degli Studi Modena e Reggio Emilia.

<sup>1</sup> In questa e nelle note successive indicherò per semplicità l’opera oggetto di questo contributo solo con *PS*.

<sup>2</sup> *PS*, 7.

ca della materia trattata, atteso che «ciò di cui egli principalmente si occupa – il potere politico e la sua genesi all’inizio dell’età moderna – non si presta per sua essenza ad essere *detto* in modo esauriente e inequivoco»<sup>3</sup>. Di modo che l’Autore rinuncia a ricercarne una matrice unitaria, scegliendo «di limitarsi a proporre una serie di possibili percorsi all’interno del pensiero di Carl Schmitt, suggeriti sia dalla rilevanza che determinati temi a nostro avviso assumono per delinearne la fisionomia scientifica, sia per l’importanza e la perdurante validità dei problemi teorici che pongono»<sup>4</sup>.

In una prospettiva del genere, si procede all’analisi degli scritti di Schmitt, compresi alcuni lavori minori ritenuti però significativi per la ricostruzione del suo apparato concettuale, non di rado ricorrendo alla tecnica di confrontarne le argomentazioni con quelle espresse da altri studiosi e *in primis* dal suo antagonista per eccellenza Hans Kelsen<sup>5</sup>, a cominciare dalle divergenze emerse tra i due circa il rapporto dell’esperienza giuridica col principio di effettività. Rapporto nel quale si riconosce l’unica costante della parabola scientifica di Schmitt, sempre radicalmente contrario alla «riduzione del fenomeno complesso del diritto alla *mera* legge, alla norma vigente in ragione del rispetto formale delle procedure di approvazione»<sup>6</sup> propugnata viceversa da Kelsen nella sua dottrina pura del diritto. Qui di seguito si cercherà quindi di dare conto delle principali linee di ragionamento svolte nel volume, che – stanti le premesse – andranno a comporre una scena variegata e nondimeno in certa misura resa uniforme dalla *Weltanschauung* di uno degli intellettuali (qualunque sia il giudizio sull’uomo) più acuti del XX secolo.

## § 2. – Dallo Stato al “grande spazio”

Nella cornice così delineata conviene partire dalla linea di indagine riguardante il concetto di ‘Stato’, relativamente al quale si evidenzia l’atteggiamento bivalente di Schmitt. Da un lato, infatti, esso, specialmente negli scritti giovanili, viene ricollegato ad una nozione tradizionale di ‘sovranità’ e «sembra dunque all’opera una logica di tipo statocentrico, con gli Stati europei protagonisti della scena internazionale e collocati [...] in uno stato di natura giudicato, in implicita polemica con Kelsen, non ulteriormente ‘giuridificabile’. Accanto a questo, però, è presente la consapevolezza della radicale novità della situazione presente»<sup>7</sup>, nella quale, dopo la Prima guerra mondiale, le singole realtà nazionali non sarebbero più idonee a svolgere la funzione ad esse assegnata nello *Jus publicum europaeum* ottocentesco.

<sup>3</sup> PS, 9.

<sup>4</sup> PS, 9.

<sup>5</sup> A Kelsen è peraltro dedicato un precedente studio di Scalone: *Stato, scienza e società in Hans Kelsen*, Modena, Mucchi, 2016.

<sup>6</sup> PS, 13.

<sup>7</sup> PS, 34.