Dignità umana e proporzionalità

di Robert Alexy*

Sommario: § 1. – Teorie assolute e relative della dignità umana. § 2. – Rilevanza pratica del problema. § 3. – Elementi fondamentali della teoria dei principi. § 3.1. – Regole e principi. 3.2. – Proporzionalità. 3.3. – La formula del peso. § 4. – Il concetto di 'dignità umana'. § 4.1. – Elementi descrittivi e normativi. § 4.2. – Il concetto doppiamente triadico di 'persona'. § 4.3. – La 'dignità umana' come concetto ponte. § 5. – La dignità umana come principio e come regola. § 5.1. La dignità umana come principio. § 5.2. – La dignità umana come regola. § 6. – Svalutazione della dignità umana? § 6.1. – Casi chiari. § 6.2. – La "formula dell'oggetto". § 6.3. – Peso astratto e sicurezza epistemica. § 6.4. – Razionalità.

§ 1. – *Teorie assolute e relative della dignità umana*

Il rapporto tra proporzionalità e dignità umana è uno dei temi più controversi nel dibattito sulla struttura normativa della garanzia della dignità umana. Due ricostruzioni si fronteggiano: la teoria assoluta e quella relativa. Secondo la teoria assoluta, la garanzia della dignità umana è una norma che prevale in tutti i casi su ogni altra norma. Prevalere in tutti i casi su ogni altra norma significa che è escluso il bilanciamento. Significa inoltre che qualsiasi intervento limitativo (*Eingriff*) nell'àmbito della dignità umana costituisce una sua violazione e ciò rende impossibile che una sua limitazione sia giustificata.

Per contro, il test di proporzionalità è necessariamente collegato alla distinzione tra interventi limitativi giustificati e ingiustificati. Un intervento limitativo proporzionato è giustificato e quindi conforme a costituzione, mentre vale il contrario in caso di un intervento limitativo non proporzionato. La teoria assoluta è incompatibile con questa cornice concettuale e quindi con il test di proporzionalità. Per la teoria relativa vale l'esatto opposto. La teoria relativa dice che la questio-

* *Christian-Albrechts-Universität zu Kiel*.

Il contributo, che non è stato sottoposto a ulteriore valutazione ai sensi dell'art. 1 del relativo Regolamento della Rivista, è apparso per la prima volta in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2015, vol. 140, 497-513.

ne della violazione della dignità umana è una questione di proporzionalità: non soltanto è compatibile con il test di proporzionalità, ma lo richiede.

§ 2. – *Rilevanza pratica del problema*

Si potrebbe pensare che il quesito in merito alla correttezza della teoria assoluta o di quella relativa sia una questione di ordine soltanto teorico e altamente astratto. È vero invece esattamente l'opposto. A dimostrarlo basta un semplice sguardo sulla giurisprudenza della Corte costituzionale federale, caratterizzata sul punto da numerose contraddizioni. A volte la Corte si pone nel solco della teoria [assoluta], a volte segue la linea relativa. Un esempio di decisione con una forte matrice assoluta è la pronuncia sull'utilizzo nelle indagini preliminari di registrazioni private registrate segretamente. La Corte sottolinea che la garanzia della dignità umana esige un «nucleo centrale della vita privata protetto in modo assoluto»[1] e definisce il rapporto tra il concetto di protezione assoluta e quello di bilanciamento come segue:

> «persino i prevalenti interessi della collettività non possono giustificare un intervento nel nucleo centrale assolutamente protetto della vita privata; non si verifica nessun bilanciamento in forza del principio di proporzionalità»[2].

Nella sua sentenza, di trent'anni successiva, sulla sorveglianza acustica degli alloggi la Corte ha confermato tale assunto[3], ma l'affermazione resta fuorviante[4]. Si deve intendere che la dignità umana vanti un primato anche nei casi in cui un principio con essa confliggente abbia un peso maggiore *dal punto di vista del diritto costituzionale*? Ciò equivarrebbe a una contraddizione. Dal punto di vista del diritto costituzionale, avere un peso maggiore implica la prevalenza su tutto ciò che, sempre dal punto di vista del diritto costituzionale, abbia un peso minore. Secondo questa interpretazione, il citato assunto del Tribunale costituzionale federale afferma che il principio confliggente ha e non ha il primato. Se si vuol evitare questa contraddizione, la formulazione «prevalenti interessi della collettività» deve essere intesa come riferita ad interessi che prevalgono da un qualche punto di vista *diverso* da quello del diritto costituzionale: ad esempio, da un punto di vista poli-

[1] *BVerfGE* 34, 238 (245).
[2] *Ibidem*.
[3] *BVerfGE* 109, 279 (313).
[4] R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, III ed., 1996 (terza ristampa 2011), 95, nt. 64, trad. it. di L. Di Carlo, *Teoria die diritti fondamentali*, Bologna, il Mulino, 2012, 128, nt. 64.

Abstract

In the debate over the normative structure of human dignity, two conceptions stand in Opposition, an absolute and a relative conception. According to the absolute conception, the guarantee of human dignity counts as a norm that takes precedence over all other norms in all cases. This implies that balancing is precluded. For this reason, the absolute conception is incompatible with proportionality analysis. The relative conception, by contrast, says that the question of whether human dignity is Violated is a question of proportionality. With this, the relative conception is not only compatible with proportionality analysis, it presupposes it. My thesis is that the relative conception is correct but that there exist some features of human dignity that move in the direction of absoluteness. The basis of my argument is principles theory.

A ottant'anni dalle leggi razziali: non solo memoria

di Paolo Caretti*

Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – Le tracce della discriminazione razziale nelle leggi coloniali. § 3. – Il *corpus* della legislazione razziale dal 1938 al 1945 e la sua attuazione in via amministrativa. § 3.1 – *(segue)* I nuovi enti ed istituti per l'applicazione delle leggi razziali. § 4. – Le discriminazioni razziali nei codici civile e penale. § 5. – La discriminazione razziale nella Repubblica sociale italiana. § 6. – Una lezione d'attualità.

§ 1. – *Premessa*

A differenza di quanto avvenuto in occasione del settantesimo anniversario delle leggi razziali del 1938, l'ottantesima ricorrenza di una delle pagine peggiori della nostra storia non ha suscitato un analogo impegno degli studiosi per chiarire fino in fondo genesi e sviluppo di tale legislazione[1].

Questo scritto punta a colmare, sia pure molto parzialmente questa lacuna, ricostruendo i tratti principali della parabola della legislazione razziale nell'Italia fascista, dai suoi precedenti dei primi anni trenta fino alla definitiva caduta del regime, col crollo della Repubblica Sociale Italiana. Naturalmente, la sola descrizione del dato normativo non è in grado di restituire a pieno la tragedia umana che si consumò in quegli anni. Tuttavia essa consente di coglierne alcuni aspetti, non sempre valutati in modo a mio parere adeguato, che possono essere utili per affrontare i problemi dell'oggi. Lo scopo di queste riflessioni, infatti, è anche un altro e più precisamente quello di offrire un contributo al rinnovato dibattito circa l'opportunità (per alcuni necessità) di

* Università degli Studi di Firenze.

[1] Si pensi ai numerosi convegni sul tema che nel corso del 2008 hanno visto la partecipazione di giuristi, tra cui si possono ricordare quelli dedicati a: "*Settanta anni dopo le leggi razziali: ebrei, scuola, religioni*" (Pisa, 2 ottobre 2008); "*Razza, Diritto, Esperienze. A settant'anni dalle leggi razziali*" (Catania, 29 e 30 ottobre 2008); "*Le leggi razziali del 1938: profili giuridici*" (Firenze 24 ottobre 2008); "*Verso le leggi razziali. Culture, ideologie e mentalità dell'antisemitismo*" (Pisa, 1 dicembre 2008).

eliminare il termine *razza* che nel testo dell'art. 3, comma 1, della Costituzione sta ad indicare uno dei motivi di illegittima discriminazione.

Anticipando quanto dirò nelle considerazioni conclusive, a me pare che richiamare alla memoria l'itinerario della normativa sulla razza, anche nei suoi aspetti più particolari e meno conosciuti, possa fornire qualche utile argomento per sostenere la permanenza di questo termine nella Costituzione. Si tratta, infatti, di una normativa che presenta più anime: a quella più propriamente razzista si accompagna, con non minor rilievo, anche quella legata ad una generalizzata xenofobia, che dietro la difesa della "razza ariana" era espressione di un atteggiamento di rifiuto dell'altro da sé. Una seconda anima che richiama molto da vicino atteggiamenti assai diffusi anche nella società contemporanea e induce sia a riflettere sul significato polisemico che il termine *razza* ha assunto nella nostra vicenda storica sia a tenerne conto quando si discute della sua permanenza o meno nella Carta. Il ragionamento di chi ne sostiene l'esclusione poggia, infatti, quasi esclusivamente su argomentazioni scientifiche e sul significato di razza quale supposto elemento genetico differenziale applicabile al genere umano, in realtà da tempo smentito.

§ 2. – *Le tracce della discriminazione razziale nelle leggi coloniali*

In genere, si considerano le leggi razziali del 1938 il frutto avvelenato di una sorta di spirito di emulazione nei confronti del nazismo hitleriano, come sembra dimostrare, tra l'altro la sorpresa che esse suscitarono nella comunità ebraica italiana, in buona parte favorevole al regime. Si tratta di un luogo comune e, come tutti i luoghi comuni, contiene qualcosa di vero, ma non tutta la verità.

È noto, infatti, che lo strumentario logico-concettuale delle più note "leggi razziali" del periodo 1938-1945, approvate nei confronti degli stranieri e degli ebrei, può essere rinvenuto già nelle leggi riguardanti lo *status* dei cittadini delle colonie italiane approvate tra il 1933 ed il 1939. Di tale ascendenza si fece vanto la stessa Dichiarazione del Partito nazionale fascista del 25 luglio del 1938, la quale sottolineò che «con la creazione dell'Impero, la razza italiana è venuta in contatto con altre razze; deve quindi guardarsi da ogni ibridismo e contaminazione. Leggi «razziste» in tale senso sono già state elaborate e applicate con fascistica energia nei territori dell'impero»[2].

[2] *Dichiarazione del Partito nazionale fascista* (25 luglio 1938), in R. de Felice, *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*, Torino, Einaudi, 1988, 557. Sullo stretto rapporto tra legislativa coloniale e legislazione anti-ebraica insiste S. Falconieri, *La legge della razza. Strategie e luoghi del discorso giuridico fascista*, Bologna, il Mulino, 2011.

a questa interpretazione sono oggi in grado di rispondere alle esigenze dell'oggi. In altro campo, ricordo, ad esempio, l'evoluzione che ha conosciuto la tutela del *paesaggio*, di cui all'art. 9. Entrato in Costituzione nella sua accezione per così dire "estetica" di tutela delle bellezze paesaggistiche, esso si è successivamente arricchito di ulteriori significati, interagendo con altri termini quali urbanistica, governo del territorio e tutela dell'ambiente. Secondo la definizione di Alberto Predieri (cui si deve gran parte di questa evoluzione semantica)[45], oggi il paesaggio viene inteso come "forma complessiva del Paese" e come tale costituisce il fondamento giuridico di una legislazione non solo di natura vincolistica, ma anche di tipo promozionale, finalistico.

Con tutto questo, il fatto indiscutibile dell'insostenibilità dell'utilizzazione termine razza quale elemento di classificazione applicato al genere umano c'entra fino a un certo punto. Ciò che conta, mi pare, è evitare il rischio che l'eliminazione di quel termine dalla Costituzione privi il nostro ordinamento di uno strumento indispensabile per contrastare comportamenti che, magari solo indirettamente e sotto mentite spoglie, siano invece a esso riconducibili. Si può pensare di rinunciare a questa essenziale funzione in nome di una finalità pedagogica certamente apprezzabile, ma che va perseguita su piani diversi (a partire da quello scolastico)? L'interrogativo resta aperto, ma a me sembra che, per le ragioni dette, debba avere una risposta negativa.

Abstract

The essay aims at highlighting the features of the racist ideology of Fascism through the reconstruction of the main lines of the colonial and anti-Jewish legislation. The analysis largely undermines the idea that the racism of the Fascist regime was simply an imitation of that of Nazi Germany. It appears instead that it was the sum of several factors with deeper and older roots, ranging from the harshest forms of nationalism to hostility against anything that could put into question the founding characters of the "Italian identity". Such distinctive signs of the legal framework developed during Fascism seem to resurface today in the attitudes of a part of our society and in some legislative acts issued in order to deal with migration flows. Against this backdrop, it seems advisable to keep the term "race" in the text of article 3, section 1, of the Constitution as a protection against any discrimination that is directly or indirectly based on such a notion.

[45] È quanto è stato ricordato di recente in occasione di un bel convegno fiorentino, che ha preso le mosse dal famoso saggio di Predieri *Il significato della norma costituzionale sul paesaggio*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, Vol.II, Firenze, Vallecchi, 1969, 381 ss.

In difesa del costituzionalismo dei diritti

di Giorgio Pino*

Sommario: § 1. – Il problema dell'effettività dei diritti fondamentali (diritti "di carta"?). § 2. – Proliferazione e interdipendenza dei diritti. § 3. – Diritti, democrazia, giurisdizione. § 3.1. – Diritti *vs*. democrazia? § 3.2. – Diritti e discrezionalità giudiziale. § 3.3. – Da "chi ha l'ultima parola" alla "cultura della giustificazione".

Per 'costituzionalismo dei diritti' intendo il paradigma giuridico-politico dominante, su scala addirittura globale, negli ultimi quattro o cinque decenni[1]. Si tratta, in particolare, del modello di organizzazione giuspolitica e di cultura giuridica che include come propri tratti caratteristici:

- una costituzione cui è riconosciuta natura pienamente giuridica (anziché politica, o soprattutto politica), collocata in una posizione suprema nella gerarchia delle fonti del diritto, e assistita da qualche forma di controllo giudiziario di costituzionalità e da un certo livello di difficoltà dei procedimenti emendativi;
- un catalogo – aperto e indeterminato – di diritti fondamentali, proclamato soprattutto a livello costituzionale ma variamente integrato anche dall'apporto di fonti sovranazionali;
- un certo protagonismo delle istituzioni giudiziarie in materia di tutela dei diritti fondamentali, derivante dalla duplice circostanza che *a*) i cataloghi dei diritti sono percepiti come pienamente giuridici, e dunque giustiziabili e comunque utilizzabili nel ragionamento giu-

* Università degli Studi Roma Tre.

[1] Cfr. A. Stone Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, 2008, 73-165, 85: «Over the past fifty years, the "new constitutionalism" has swept across the globe, and today has no rival as a template for the organization of the state». Si possono vedere dettagliate panoramiche della diffusione di questo modello su scala globale in R. Hirschl, *The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions*, in «*Law and Social Inquiry*», vol. 25, 1, 2000, 91-149, 92, nt. 1; e G.F. Ferrari, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in Idem (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2001, 1-121, spec. 7-41.

ridico delle corti nelle loro ordinarie operazioni applicative; e *b*) che tali cataloghi sono formulati in termini di "principi";
- la diffusione di tecniche argomentative "ponderative" (il bilanciamento, il *test* di proporzionalità, la ragionevolezza), che mirano a "conciliare" o "tenere insieme" più diritti o principi costituzionali che si trovano in conflitto nei casi concreti.

In un mio recente lavoro[2], ho cercato di elaborare una ricostruzione complessiva del modello "costituzionalismo dei diritti", di saggiarne i punti deboli – a seconda dei casi: reali, potenziali, o immaginari – alla luce delle critiche più frequentemente sollevate verso questo modello (critiche che, in alcuni casi, provengono perfino da autori che si possono considerare del tutto interni al modello stesso), e di tracciarne una possibile linea di difesa. Gran parte del tentativo di difesa che ho provato ad elaborare fa perno su una ricostruzione analitica del concetto di diritto fondamentale, un concetto assolutamente centrale nel modello del costituzionalismo dei diritti (fino ad esserne eponimo). L'intento è di mostrare come, attraverso una più perspicua comprensione del funzionamento dei diritti fondamentali – della loro struttura, del loro funzionamento, delle operazioni interpretative e applicative che essi richiamano – sia possibile dissipare almeno alcuni equivoci su cui si ergono molte delle critiche al costituzionalismo contemporaneo. Ovviamente, nessuno si illude che un po' di analisi teorica e di chiarificazione concettuale possano risolvere tutte le diatribe che circondano il costituzionalismo contemporaneo: molte delle quali non si basano su crampi concettuali ma su genuini dissidi filosofico-politici, di natura sostanziale. Ma sgombrare il campo dagli equivoci e cercare di vedere i problemi più chiaramente possibile non è mai un esercizio sterile.

In questa sede, cercherò di sintetizzare alcuni punti utili ai fini di una valutazione complessiva del costituzionalismo contemporaneo, e dei suoi limiti, rinviando il lettore interessato al mio lavoro appena menzionato per uno sviluppo più compiuto del mio argomento. Mi concentrerò in particolare su questi punti: la questione dell'effettività dei diritti fondamentali – della distanza, cioè, che facilmente si può creare tra le altisonanti proclamazioni dei diritti fondamentali presenti in un testo costituzionale, e l'effettiva capacità di tali proclamazioni di trasformarsi in realtà (§ 1); la questione della proliferazione dei diritti – cioè il fenomeno, asseritamente patologico, che vede lo stato costituzionale produrre una pletora di diritti, talvolta anche insulsi (§ 2); la questione del rapporto, problematico, tra diritti e democrazia (§ 3).

[2] G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, il Mulino, 2017.

Nel costituzionalismo contemporaneo, dunque, diverse autorità concorrono, talvolta in maniera cooperativa e talvolta in maniera conflittuale, alla definizione e alla tutela dei diritti fondamentali. All'immagine verticale propria dello Stato legislativo, con la legge al vertice delle fonti e il giudice soggetto solo alla legge, si contrappone così un modello diffuso, in cui la garanzia dei diritti dovrebbe emergere dall'equilibrio, dalla tensione e dal controllo reciproco tra molteplici poteri, dotati di titoli di legittimazione diversi (legislatore, autorità amministrative indipendenti, giudici comuni, Corte costituzionale, Corti sovranazionali), senza che nessuna singola autorità sia in grado di imporre l'ultima parola.

Ovvero – il che è sostanzialmente lo stesso – l'ultima parola, l'esercizio del potere sovrano, è ritardato il più possibile, diluito in un caleidoscopio di vincoli e contropoteri, e in cui all'autorità di prendere decisioni si aggiunge l'onere di fornire adeguate giustificazioni[58].

Abstract

"Rights constitutionalism" (or, as it is sometimes called, "new constitutionalism") is a kind of legal and political culture that has now a global spread: it affects the way in which legal systems are designed around the world, and it shapes the legal reasoning of courts and jurists. The "rights constitutionalism" model is quite rich and complex, but ultimately it boils down to the idea that fundamental rights (primarily, but not exclusively, and not even necessarily, the rights enshrined in a constitution) are properly legal rights – i.e., rights that are supposed to be applied and implemented also by courts. As a consequence, I argue that in order to properly assess the many and varied criticisms that the "rights constitutionalism" model has attracted, it is necessary to gain a clear understanding of what a fundamental right is, and how a legal reasoning involving fundamental rights is supposed to work. The essay tries, thus, to provide a sample of the way in which a clear theoretical understanding of the structure of rights may pave the way to rebut many recurring criticism to rights constitutionalism, and to the 'age of rights' more generally.

[58] Sull'idea che lo Stato costituzionale rifiuta la logica del primato, della *suprema potestas*, dell'ultima parola, G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., 213; cfr. M. Barberis, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, Laterza, 2006, 78-80; M.R. Ferrarese, *Dal «verbo» legislativo a chi dice «l'ultima parola»: le corti costituzionali e la rete giudiziaria*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2011, 63-89, spec. 77-82; B. Celano, *I diritti nello Stato costituzionale*, cit., 161 s.; M. Fioravanti, *Legge e costituzione: il problema storico della garanzia dei diritti*, cit., 1092 s.; M. Cartabia, *Diritto amministrativo e diritti fondamentali*, in L. Torchia (a cura di), *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, Bologna, il Mulino, 2016, 169-189, 187.

La tutela dei diritti dinanzi le Autorità indipendenti

di Annamaria Poggi*

Sommario: § 1. – Istituzione delle Autorità indipendenti e tutela dei diritti: quale nesso? § 2. – La natura amministrativa delle AI § 3. – La natura delle Autorità Indipendenti come "amministrazioni" (e non giurisdizioni) imparziali e indipendenti non esclude l'attitudine alla tutela dei diritti. § 4. – La tutela dei diritti nelle leggi istitutive. § 4.1. – Le AI di vigilanza (Banca d'Italia, Consob, Ivass, Covip). § 4.2. – Le AI garanti della concorrenza e del mercato (Agcm, Agcom, Aeegsi, Art). § 4.3. – Le AI garanti dei diritti (Garante protezione dati personali; Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali). § 4.4. – L'Anac. § 4.5. – L'indirizzo politico della scelta di istituzione delle AI con riguardo alla tutela dei diritti: la neutralizzazione dell'incertezza politica di maggioranza e l'integrazione UE § 5. – La tutela dei diritti nella fase della regolazione. § 6. – La tutela dei diritti nella soluzione dei conflitti dinanzi alle AI. I reclami. § 7. – La tutela dei diritti nella soluzione dei conflitti dinanzi alle AI. Le *ADR* § 8. – La tutela dei diritti in sede giurisdizionale contro gli atti delle AI § 9. – Conclusioni.

§ 1. – *Istituzione delle Autorità indipendenti e tutela dei diritti: quale nesso?*

Il titolo della Relazione che mi è stata affidata impone anzitutto di chiedersi quale legame si possa rinvenire tra istituzione delle Autorità Indipendenti (d'ora innanzi AI) e tutela dei diritti. Se cioè, in altri termini, tra gli scopi istitutivi delle AI si possa configurare quello della tutela dei diritti.

Per far ciò non è inutile ripercorrere anzitutto, seppure per brevi cenni, le motivazioni che hanno condotto alla loro istituzione. Si tratta di una storia a molti nota, come altrettanto nota è la variegata model-

* Università degli Studi di Torino.

Il saggio consiste nella Relazione tenuta al Seminario di studio su Trasformazioni dell'indirizzo politico e ruolo del Governo, Messina, 1° dicembre 2017, i cui Atti sono in corso di stampa, a cura di A. Saitta, L. D'Andrea e G. D'Amico.

listica di AI; le diverse epoche della loro istituzione non consentono inoltre generalizzazioni eccessive, dovendo distinguere spesso tra l'una e l'altra e tra le diverse "ondate" che riguardano il loro ingresso nell'ordinamento italiano, sino all'ultima nata, l'Anac, i cui caratteri sembrano ancora diversi da quelle precedenti.

Come noto la Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob) istituita nel 1974 e divenuta ente pubblico per effetto della legge 4 giugno 1985, n. 281, è comunemente considerata la prima figura di AI istituita nel nostro Paese con funzioni di regolazione e di controllo del mercato dei valori mobiliari e di tutela del risparmio[1]. La sua prima trasformazione, con riguardo all'intermediazione mobiliare, avverrà con la legge 2 gennaio 1991, n. 1, in seguito alla quale le funzioni prima affidate ad essa vengono ripartite con Banca d'Italia e Ministero del Tesoro. Di lì a pochi anni, nel 1996, in un'ottica di privatizzazione dei mercati di strumenti finanziari, alcune sue attribuzioni vengono affidate a soggetti privati su cui la Consob deve vigilare. Infine nel 2005 (legge n. 262) si separano, ma sarebbe meglio dire frammentano ulteriormente, le competenze sul risparmio tra Banca d'Italia e Consob.

Successivamente il modello AI si estende all'editoria: con legge 5 agosto 1981, n. 416, viene istituito un Garante cui si attribuiscono funzioni antitrust nell'ambito della stampa e con legge 6 agosto 1990, n. 223, si attribuiscono ad esso anche le competenze in ambito radiotelevisivo[2]. Qui l'istituzione dell'AI è indubbiamente correlata alla trasformazione del monopolio pubblico in un sistema misto pubblico-privato[3].

La vera e propria esplosione del fenomeno delle AI si registra negli anni Novanta del secolo scorso, probabilmente connessa alle tendenze centrifughe dalle amministrazioni statali che danno luogo a molteplici tentativi di configurazione di modelli organizzativi diversi (decentramento di funzioni verso gli enti territoriali; autonomie funzionali; sussidiarietà, *etc.*).

Con la legge 12 giugno1990, n. 146, viene istituita la Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi

[1] Sull'istituzione della Consob v., almeno, N. Marzona, *L'amministrazione pubblica del mercato mobiliare*, Padova, Cedam, 1988; G. Cottino, *La Commissione per la società e la borsa: luci ed ombre della miniriforma*, in *Giur. Comm.*, fasc. 1, 1974, 439 ss.; V. Caianiello, *Profili pubblicistici della Commissione nazionale per la Società e la Borsa,* in *Impresa, Ambiente e Pubblica Amministrazione*, 1974, 195 ss.

[2] Sul Garante per l'editoria v., tra i molti, E. Roppo, R. Zaccaria, (a cura di), *Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato,* Milano, Giuffrè, 1991; G. Falcon, *Il primo, il secondo e il terzo Garante nei settori dell'editoria e della radiodiffusione* in F. Bassi, F. Merusi (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1993; M.Ramaioli, *Attività amministrativa e disciplina antitrust,* Milano, Giuffrè, 1998.

[3] S. Frego Luppi, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999, 29.

Abstract

This paper aims to shed light on the role of independent administrative authorities within the context of the Italian legal order. It claims that these authorities contribute to an advancement in the protection of private citizens' rights through regulation, while at the same time pursuing a public interest. This balanced approach is particularly evident when these agencies are charged with the task of settling conflicts between the State and its citizens. Human rights protection is, however, more nuanced when it comes to surveillance, as recent events concerning Consob and Bank of Italy showed. In general, on grounds of the wide-ranging powers of a normative, administrative and judicial nature they are entrusted with, independent administrative authorities appear to be at odds with the constitutional notion of separation of powers and therefore require to be properly limited so as to make political actors accountable for their own choices.

La "terza missione" dell'Università

di Marco Ruotolo*

Sommario: § 1. – Le "missioni" dell'Università pubblica. Cenni. § 2. – L'Università nel quadro dei valori costituzionali. § 3. – Università e scuola insieme, per la rimozione delle diseguaglianze. § 4. – La "terza missione": l'esigenza di un suo riconoscimento e di una concreta declinazione dei contenuti. Verso il superamento della "etichetta"?

§ 1. – *Le "missioni" dell'Università pubblica. Cenni*

L'Università ha vissuto e sta vivendo un processo di significativa trasformazione, indotto anche dalle riforme che si sono succedute nel corso degli ultimi anni[1]. Riforme che hanno interessato, com'è noto, diversi aspetti essenziali, dal modello di governo accademico al reclutamento dei docenti sino ai sistemi di valutazione cui si legano i finanziamenti pubblici, suscitando in dottrina non poche reazioni critiche[2].

* Università degli Studi Roma Tre.

[1] Cfr., da ultimo, G. Capano, M. Regini, M. Turri, *Salvare l'università italiana. Oltre i miti e i tabù*, Bologna, il Mulino, 2017.

[2] Critiche che hanno riguardato in particolare l'impianto e i contenuti della legge 30 dicembre 2010, n. 240, nota come "Legge Gelmini". Per indicazioni sulle tendenze di riforma, già prima dell'approvazione della predetta legge: G. Azzariti, *Per un'università "senza condizione"*, in *www.costituzionalismo.it*, fasc.1/2009, 1 ss.; G. Vesperini, *Per uno studio delle tendenze di riforma del sistema universitario*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2/2009, 197 ss. Dopo la c.d. legge Gelmini v., tra i molti: E. Carloni, P. Forte, C. Marzuoli, G. Vesperini (a cura di), *Il sistema universitario in trasformazione*, Napoli, Esi, 2011; R. Calvano, *La legge e l'Università pubblica. I principi costituzionali e il riassetto dell'Università italiana*, Napoli, Jovene, 2012; G. Vittadini (a cura di), *L'Università possibile. Note a margine della riforma*, Milano, Guerini e Associati, 2012; S. Paleari (a cura di), *Il futuro dell'Università italiana dopo la riforma*, Torino, Giappichelli, 2014. Cfr. anche A. Arcari, G. Grasso (a cura di), *Ripensare l'Università. Un contributo interdisciplinare sulla legge n. 240 del 2010*, Milano, Giuffrè, 2011; V. Zeno-Zencovich, *Ci vuole poco per fare un'Università migliore. Guardando oltre la "Riforma Gelmini"*, Fagnano Alto (Aq), il Sirente, 2011; A. Baraggia, *L'autonomia universitaria nel quadro costituzionale italiano ed europeo*, Milano, Giuffrè, 2016, 123 ss. Con specifico riguardo al tema del finanziamento delle Università dopo la riforma del 2010: G. Colombini (a cura di), *Finanziamento, competizione ed* accountability *nel governo dell'Università*, vol II, *Il finanziamento della Università*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013.

L'aspetto che s'intende qui approfondire è quello dell'affiancamento graduale alle due "missioni" tipiche dell'Università, didattica e ricerca, di una "terza missione", che intende segnare una più marcata apertura dell'accademia verso l'"esterno"[3]. Si tratta di un'apertura che ha senz'altro precisi risvolti di tipo "imprenditoriale" o "commerciale"[4], interessando, in particolare, da un lato la creazione di *spin-off*[5], di parchi scientifici e l'attività di brevettazione, dall'altro il sostegno ai laureati nella prospettiva del loro inserimento lavorativo (assistenza *start-up*[6], *placement*[7])[8].

[3] Diversi gli studi di interesse sul tema, specie nell'ambito della sociologia. Cfr., in particolare, il quadro offerto da S. Boffo, R. Moscati, *La Terza Missione dell'Università. Origini, problemi e indicatori*, in *Scuola democratica*, fasc. 2/2015, 251 ss. Per una definizione di terza missione si consulti anche il *Green Paper* dal titolo *Fostering and Measuring «Third Mission» in Higher Education Institutions*, 2012, 3 ss. (reperibile al seguente indirizzo: *www.e3mproject.eu*). Il *Green Paper*, che si basa su dati relativi al periodo 2008-2011, è stato prodotto nell'ambito del progetto di ricerca finanziato dal *Lifelong Learning Programme* della Commissione Europea, intitolato *E3M – Indicators and Ranking Methodology for University's Third Mission*, che ha coinvolto sei università in altrettanti sistemi europei di istruzione superiore con il coordinamento della Universidad Politécnica de Valencia. Di particolare interesse, anche per il taglio che si darà al nostro contributo, la lettura di A. De Bortoli, *La terza missione dell'Università: il dialogo tra scienza e società*, in S. Scamuzzi, A. De Bortoli, *Come cambia la comunicazione della scienza. Nuovi media e terza missione dell'università,* Bologna, il Mulino, 2013, in particolare 259, ove si legge che sarebbe limitativo ridurre la "terza missione" al campo del trasferimento tecnologico, sottovalutando l'importanza delle crescenti interazioni tra l'università e «una grossa parte della società civile, costituita dal mondo della scuola, dei cittadini» e dai «numerosi altri portatori di interessi». Cfr., altresì, G. Luzzato, *"Terza missione" delle Università: la situazione italiana*, in *www.astrid-online.it*, 2011, che approfondisce, in particolare, lo studio di alcune innovative disposizioni contenuto nello Statuto dell'Università degli Studi di Camerino.

[4] Che dietro la "terza missione" vi fosse anche l'esigenza di contribuire all'autonomia economica dell'Università appare chiaro sin dalle parole di C. Kerr, *The Uses of the University*, V ed., Cambridge, Harvard University Press, 2001 (I edizione del 1963).

[5] Si tratta di organismi di diritto privato che hanno come finalità l'utilizzazione economica dei risultati della ricerca universitaria. Le Università possono favorirne la costituzione, autorizzando la partecipazione del proprio personale e rendendo disponibili alcuni servizi per facilitarne l'avvio e il primo sviluppo.

[6] L'attività di assistenza *start-up* riguarda l'ausilio offerto dalle Università per la costituzione di imprese formate da studenti, laureati o dottori di ricerca di un Ateneo che utilizzano beni e servizi innovativi ideati e sviluppati valorizzando le conoscenze acquisite durante il percorso di studi.

[7] Si tratta di servizio offerto dalle Università per agevolare l'inserimento dei laureati nel mercato del lavoro (c.d. orientamento in uscita dal percorso universitario, rivolto a favorire l'inizio della carriera professionale).

[8] Nei documenti dell'Agenzia Nazionale di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca (Anvur) si distingue tra «Terza Missione di valorizzazione economica delle conoscenze» e «Terza Missione culturale e sociale». Nel primo ambito rientrano, appunto, le attività di trasferimento tecnologico, il sostegno all'imprenditorialità, la gestione di attività di formazione e *networking* legate alla valorizzazione della ricerca, i servizi di *placement*. Tra i documenti Anvur, reperibili nella sezione "Terza Missione" del sito *www.anvur.it*, cfr.: *Documento preparatorio del Workshop ANVUR sulla Terza Missione*, Roma, 12 aprile 2013; *Rapporto ANVUR 2013*, § II.2.3. *La Terza Missione nelle Università*; *La valutazione della terza missione nelle università italiane. Manuale per la valutazione*, Roma, 13 febbraio 2015. Dai primi dati della valutazione emergono significative differenze tra gli Atenei settentrionali e quelli meridionali: i primi sono nettamente superiori nel campo della ricerca conto terzi, dei brevetti, degli *spin-off*, degli incubatori e dei consorzi di trasferimento tecnologico; i secondi prevalgono per le voci dedicate ai poli museali e agli scavi archeologici.

personale tecnico-amministrativo[67], ancorché prefigurando forme di coordinamento tra gli uffici che si occupano dei due distinti campi. E magari superando, anche nelle diciture impiegate, la stessa etichetta "terza missione" che evoca una residualità che non sembra propria dell'importanza che i suoi contenuti devono assumere in un'Università che intenda davvero aprirsi al futuro, intercettando i problemi sociali e contribuendo a risolverli.

Abstract

The need for a more pronounced opening of academia towards the "external" has determined that the so-called "third mission" gradually came up beside the two typical "missions" of University: teaching and researching. The implications of this "opening" are studied in the essay and situated in the context of a more general reflexion on the "constitutional" tasks that the University is called upon to perform, together with school institutions. In the final part of the essay, the author proposes a concrete declination of the contents of the "third mission", analysing their possible consequences on the organization of the University governance. In the light of the contents that the so-called third mission may acquire, the author suggests an overcoming of the abused "label", that recalls a residuality which doesn't reflect the importance of the commitment of an University that wants to look at the future and that may intercept and contribute to solve social issues.

[67] La necessità di una innovazione funzionale nell'organizzazione degli Atenei è sostenuta in particolare da P. Laredo, *Revisiting the Third Mission of Universities: Toward a Renewed Categorization of University Activities?*, in *Higher Education Policy*, 20(4), 2007, 441 ss. Anche nel lavoro di S. Boffo, R. Moscati, *op. cit.*, 260, si sottolinea l'importanza del pieno riconoscimento istituzionale delle attività sinora ricomprese nella "terza missione", considerando l'autonomia organizzativa delle stesse (insieme alla comunicazione interna ed esterna e al finanziamento interno, nonché al supporto del personale tecnico-amministrativo), fattore importante per un loro migliore sviluppo. Sotto tale profilo è apparsa significativa nel contesto del Progetto *E3M* la scelta compiuta dalla University of Cambridge, che ha creato istituti autonomi tra i quali il *Cambridge Office for External Affairs and Communication (Cambridge Public Engagement)*.

Dal centralismo napoleonico al regionalismo/federalismo in "salsa italiana". La questione irrisolta della forma territoriale dello Stato

Parte prima: dall'unità di Italia alla Costituzione del 1948

di Rolando Tarchi*

Sommario: § 1. – Considerazioni introduttive. § 2. – Gli anni dell'unificazione. § 3. – Il dibattito post-unitario e l'avvento del fascismo. § 4. – Il dibattito costituente.

§ 1. – *Considerazioni introduttive*

La piena comprensione delle ragioni che fanno sì che, ancora oggi, la questione della corretta definizione della forma di Stato italiana rimanga, a nostro avviso, irrisolta, presuppone l'indispensabile ricostruzione storica degli eventi che maggiormente hanno contribuito al determinarsi dell'attuale situazione di perdurante disordine ed incertezza. In effetti, l'annosa questione istituzionale italiana affonda le proprie radici nel processo di unificazione, politica e nazionale, che – ormai oltre un secolo e mezzo fa – ha posto le basi organizzative del nostro Stato, fattosi successivamente Repubblica.

Si tratta di questioni ben note e lungamente dibattute, che si sono riproposte a più riprese fin dagli anni '60 dell'Ottocento, sia sul piano politico che su quello della riflessione dottrinale, dando origine ad una letteratura sterminata della quale potremo utilizzare soltanto alcune delle voci principali; questioni che, tuttavia, non sono mai approdate ad una soluzione pienamente soddisfacente.

* Università degli Studi di Pisa.

Questo saggio è la rielaborazione aggiornata della relazione tenuta al seminario che si è svolto presso l'Università di Camerino il 20 maggio 2011 in occasione dei 150 anni dell'unità d'Italia; titolo del seminario: *Una e Indivisibile. Percorsi Giuridici del Principio Unitario*.

In particolare, nel complesso (e tuttora aperto) processo evolutivo dalla forma di Stato italiana, è possibile individuare tre momenti "costitutivi", il primo dei quali coincide, per l'appunto, con quelli che potrebbero definirsi come gli "anni dell'unificazione", con ciò intendendosi il periodo compreso tra la c.d. "fase dei plebisciti" del 1860 e l'approvazione della legge per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia (legge 20 marzo 1865, n. 2248).

Un secondo momento di innegabile importanza nella definizione dell'assetto istituzionale italiano deve essere individuato nella "fase costituzionale transitoria", che era stata preceduta dall'ampio ed interessante dibattito post-unitario, che si aprirà dopo il 25 luglio 1943, al centro della quale si pone il complesso percorso costituente e che verrà chiusa con il varo della nuova Costituzione repubblicana del 1948, che introduce un assetto territoriale di tipo regionalista, poi attuato con grave ritardo.

Infine, il terzo fondamentale momento di evoluzione e trasformazione della nostra forma di Stato è quella "stagione delle riforme", inaugurata negli anni Ottanta del secolo scorso con l'istituzione della Commissione bicamerale presieduta dall'on. Aldo Bozzi (correva l'anno 1983), poi seguita dalla costituzione di altri organismi di analoga fattura anche se dotati di poteri di proposta ben più incisivi (le c.d. "Commissione De Mita-Iotti" del 1992 e la "Bicamerale D'Alema" del 1997). Una stagione che matura i propri frutti prima con l'approvazione, nel 1997-1998, di una corposa riforma del sistema amministrativo italiano che realizza un massiccio decentramento di funzioni a favore degli enti territoriali (c.d. "leggi Bassanini") e, successivamente, con la pressoché integrale riscrittura del Titolo V della Costituzione concretizzata con due distinte leggi di revisione costituzionale incidenti, la prima, sulla struttura organizzativa e sulla forma di governo regionale (l. cost. n. 1 del 1999), la seconda sull'assetto complessivo della ripartizione dei poteri (legislativo e amministrativo) tra Stato, regioni ed enti locali (l. cost. n. 3 del 2001). In questa fase gli stessi statuti delle regioni speciali sono stati oggetto di importanti revisioni, tutte orientate nel senso di un ampliamento degli spazi di autonomia di questi soggetti, resi sicuramente più autoreferenziali senza che si procedesse ad una discussione in cui fosse coinvolta l'intera comunità nazionale.

Senza anticipare le riflessioni che saranno sviluppate alla fine di questo lavoro, queste riforme si tradurranno in un fallimento pressoché totale, per una molteplicità di ragioni, la prima delle quali è consistita nella cattiva redazione delle nuove norme, che hanno dato vita ad «un groviglio inestricabile di competenze sovrapposte»[1].

[1] Sono parole di A. Barbera, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, *Annali*, VIII, Milano, Giuffrè, 2015, 319.

Abstract

The essay deals with the reasons why the question concerning the correct definition of the Italian form of state remains unsolved. An indispensable prerequisite for this analysis is the historical reconstruction of the events that most contributed to the determination of the current situation of persistent disorder and uncertainty. In fact, the long-standing Italian institutional question has its roots in the process of unification, political and national, which – over a century and a half ago – has laid the organizational foundations of our State, which later became Republic.

Il giurista nel contesto

di Andreas Voßkuhle, Thomas Wischmeyer*

Sommario: § 1. – Scienza giuridica sensibile al contesto: presupposti e metodi. § 1.1. – L'accesso alle tradizioni quali serbatoi di contesti. § 1.2. – La curiosità e l'apertura a nuovi contesti. § 1.3. – Il pensiero contestuale come mediazione: "*et-et*" anziché "*aut-aut*". § 1.4. – Testi e contesti. § 1.5. – Il giurista nel contesto come cittadino della società aperta. § 2. – Temi di un pensiero di diritto costituzionale sensibile ai contesti. § 2.1. – Presupposti sociali di libertà giuridica. § 2.2. – Il pregiuridico come oggetto di regolazione giuridica. § 2.3. – Della crescita del diritto costituzionale comune europeo. § 3. – Critica e parametri per il giurista nel contesto. § 3.1. – Realtà, Possibilità, Necessità – e metodo? § 3.2. – Sensibilità per il contesto – armonia apolitica? § 3.3. – Ottimismo costituzionale – o relativismo culturale? § 4. – Conclusione.

a Peter Häberle per i suoi 80 anni

§ 1. – *Scienza giuridica sensibile al contesto: presupposti e metodi*

Da oltre 30 anni *Peter Häberle* ha svolto il proprio servizio in qualità di Direttore dello *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* [Annuario di diritto pubblico contemporaneo = *JöR*]. Attraverso la sua attività per lo *Jahrbuch* Häberle ha contribuito come nessun altro a dar voce, nei discorsi costituzionalistici a livello internazionale, alla scienza di lingua tedesca. Nel suo ottantesimo compleanno Häberle ripone le fortune dello *Jahrbuch* nelle mani di una generazione più giovane.

È naturale, in tale occasione, onorare Peter Häberle e rendergli ringraziamenti. Però come si può svolgere questo compito in modo adeguato, innovativo e autonomo? Ogni tentativo di riconoscere i meriti di Häberle deve inserirsi in un *corpus* oramai consistente di scritti analoghi[1]:

* Rispettivamente *Albert-Ludwigs-Universität Freiburg* e *Universität Bielefeld*.

Il contributo, che non è stato sottoposto a ulteriore valutazione ai sensi dell'art. 1 del relativo Regolamento della Rivista, è apparso per la prima volta nel *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* (*JöR*) 63 (2015), 401-428 ed è stato ripubblicato in R.V. Ooyen, M. Möllers (eds.), *Ver-*

in una sede è stata evidenziata la sua classicità[2], in un'altra lo si è paragonato a un altro grande letterato di Bayreuth: *Jean Paul*[3]; anche il titolo onorifico di «giurista europeo» è già stato attribuito al suo creatore[4]. Si annoverano onorificenze politiche di tutti i tipi: Häberle è dottore *ad honorem*[5], insignito di vari ordini[6], membro di numerose accademie e società accademiche[7], vincitore di premi accademici[8], eponimo di istituti scientifici[9], onorato da una molteplicità di scritti commemorativi[10] – ed è diffi-

fassungs-Kultur, Baden-Baden, Nomos, 2016, 39-65. Si ringrazia il prof. Federico Pedrini per l'aiuto nella revisione formale della traduzione.

[1] Tra i molteplici omaggi a Häberle siano menzionati qui soltanto: K. Hesse, *Zum 60. Geburtstag – nur ein Impromptu*, in T. Fleiner (ed.), *Die multikulturelle und multi-ethnische Gesellschaft*, Fribourg, Institut du fédéralisme, 1995, 215 ss.; M. Stolleis, *Der schwebende Jüngling – Laudatio*, in M. Morlok (eds.), *Die Welt des Verfassungsstaates*, Baden-Baden, Nomos, 2001, 130 ss.; H. Schulze-Fielitz, *Laudatio, ivi*, 145 ss.; J. Gomes Canotilho, *Das jüngste Werk Peter Häberles*, *ivi*, 229 ss. (in particolare per la dottrina europea della costituzione); W. Graf Vitzthum, "*Auf den Schultern von Riesen …*", in P. Häberle, *Kleine Schriften*, Berlin, Duncker&Humblot, 2002, 397 ss.; M. Morlok, *Peter Häberle zum 70. Geburtstag*, in *Archiv des öffentlichen Rechts* (*AöR*) 129, 2004, 327 ss. Si aggiungano le istruttive interviste aventi ad oggetto la sua biografia intellettuale, per esempio di C. Landa, P. Ridola, Z. Posavec, H. Kuriki, in P. Häberle, *Kleine Schriften*, cit., 277 ss., 334 ss., 354 ss., 374 ss.

[2] In particolare da W. Graf Vitzthum, *Auf den Schultern,* cit., 397 ss.

[3] H. Maier, *Wunderkind des Rechts*, in *Süddeutsche Zeitung*, 20 maggio 1999, 18; e ancora Idem, *Worte zum Ausklang*, in M. Morlok (ed.), *Die Welt,* cit., 225 ss.; il paragone si trova anche in M. Stolleis, *Der schwebende,* cit., 142. L'identificazione del costituzionalista con il letterato si impone nel caso di Häberle anche per motivi immanenti al suo lavoro. Cfr. solo P. Häberle, *Das Grundgesetz der Literaten. Der Verfassungsstaat im (Zerr?) Spiegel der Schönen Literatur,* Baden-Baden, Nomos, 1983.

[4] I. Pernice, *Peter Häberle: Der Europäische Jurist*, in A. Blankenagel *et al*. (eds.), *Verfassung im Diskurs der Welt, Liber Amicorum für Peter Häberle*, Tübingen, Mohr, 2004, 3 ss. Su questo concetto sono fondamentali P. Häberle, *Der europäische Jurist*, in *JöR* 50, 2002, 123 ss.; Idem, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft,* 1998², 1102 ss. (= *VLKW*²); Idem, *Europäische Verfassungslehre* (2001/2002), 2011⁷, 143 ss. (=*EVL*⁷). Sul tema ora anche A. Vosskuhle, *Das Leitbild des "europäischen Juristen". Gedanken zur Juristenausbildung und Rechtskultur in Deutschland*, in *Rechtswissenschaft,* 2010, 326 ss.

[5] Così, secondo l'ultimo conteggio, le lauree *honoris causae* delle facoltà di scienze giuridiche dell'Università Aristotele di Salonicco (1994), dell'Università di Granada (2000), dell'Università cattolica di Lima (2003), dell'Università di Brasilia (2005), dell'Università di Lisbona (2007), dell'Università di Tbilisi (2009) e dell'Università di Buenos Aires (2009).

[6] Tra la molteplicità di onorificenze si evidenziano solo le seguenti: nomina a Granduffiale della Repubblica italiana (1996); croce al merito al nastro dell'ordine al merito della Repubblica Federale di Germania (1997); medaglia d'onore della Corte costituzionale italiana (2003); medaglia d'onore della Corte costituzionale del Perù (2003); ordine al merito della Baviera (2007); croce d'onore dell'Università La Sapienza, Roma (2009); croce d'onore di prima classe della Repubblica dell'Austria per la scienza e l'arte (2010); Cruzeiro do Sul (classe suprema), Brasile (2011).

[7] Così, tra l'altro, Häberle è membro corrispondente dell'Accademia delle Scienze di Heidelberg (dal 1996), membro ordinario dell'Accademia delle Scienze della Baviera (dal 1998), membro corrispondente dall'estero dell'Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (dal 2007), così come dal 2011, quale primo costituzionalista estero, è anche membro dell'Associazione dei costituzionalisti italiani.

[8] In particolare del premio "Max Planck Research" per la cooperazione internazionale (1998).

[9] All'Università di Granada esiste, dal 2010, il "Centro de Investigación de Derecho Constitucional Peter Häberle"; all'Università di Brasília esiste, dal 2011, un analogo "Centro de Pesquisa".

[10] Accanto ai numerosi *Kolloquiumsbände* e agli scritti commemorativi (per il sessantesimo, sessantacinquesimo, settantesimo e settantacinquesimo compleanno) in parte qui già citati nelle note 1 e 4, in questa sede si deve ricordare il (primo) notevole scritto commemo-

finora solo iniziata, portandoli forse in parte pure nei pressi di qualche abisso. Nel contempo, tuttavia, la sua opera trasmette anche uno spirito che sembra indispensabile se si vuole affrontare in modo produttivo i compiti che attendono la scienza giuridica: «Se si è un poco più ottimisti di quanto all'osservatore appare essere la realtà, si può rendere questa realtà migliore di quanto sia. […] Se si guarda alla realtà solo come sembra essere, la si rende peggiore di quanto possa essere. In questo modo si viene meno, a mio avviso, a un compito specifico del normativo»[182]. Non vi è modo migliore per descrivere la motivazione che deve reggere il giurista (non solo) nel suo contesto, e probabilmente anche per descrivere l'*ethos* di Peter Häberle.

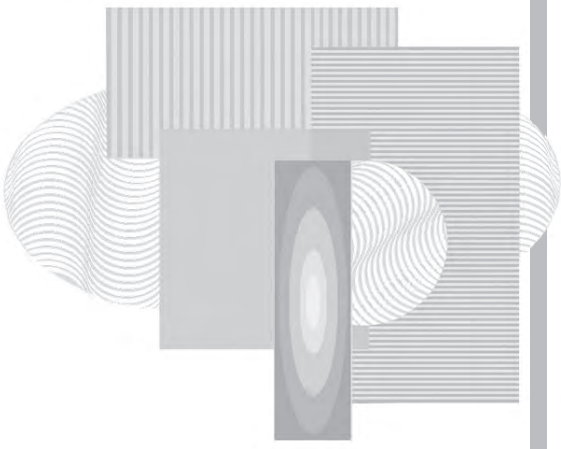
(*Traduzione dal tedesco di J. Luther, E. Daly [fino a § 1.1]*)

Abstract

The aim of the essay is to investigate the relationship between 'law' – and more precisely between 'legal texts' – and 'context', a relationship on which Peter Häberle has continually reflected on the most diverse perspectives. By making the context accessible to legal science, Peter Häberle has put jurists in confrontation with questions whose solution has so far only begun, perhaps bringing them close to some "abyss". At the same time, however, his work also conveys a spirit that seems indispensable if one wants to deal productively with the tasks that await legal science.

[182] Così, reagendo a un intervento di Herzog nel dibattito, P. Häberle, in *VVDStRL* 30, 1972, 149.

Materiali



Préface à Charles Eisenmann*, La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*
di Hans Kelsen

Ross sullo Stato
di Riccardo Guastini

Sui concetti di "Stato"e di "organi dello Stato" nel diritto costituzionale
di Alf Ross

Libertà e analisi del linguaggio. Dall'epistolario di Uberto Scarpelli
di Silvia Zorzetto

Colloquio su Stato, Diritto e Costituzione.
Intervista al Prof. Pierangelo Schiera (Roncosambaccio, 4 giugno 2018)
di Federico Pedrini

Préface à *Charles Eisenmann*, La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche

di Hans Kelsen

Presentazione. Kelsen su scienza e politica del diritto[*]

Con queste poche pagine Kelsen introduce il libro di Charles Eisenmann sulla giustizia costituzionale e la Corte costituzionale austriaca[1].

A questa originale istituzione del diritto costituzionale austriaco (allora vigente), inventata proprio da Kelsen pochi anni prima[2], è consacrata la maggior parte del lavoro di Eisenmann. Il libro contiene però anche una succinta teoria generale della costituzione e della giustizia costituzionale, largamente ispirata alla *Allgemeine Staatslehre* kelseniana[3], nonché alcune pagine in difesa del positivismo giuridico e della teoria pura[4]. In quelle pagine, Eisenmann scredita qualunque tentati-

* Di Riccardo Guastini, Emerito dell'Università degli Studi di Genova.

[1] Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1928. Questo volume (nato come tesi dottorale) è stato ristampato anastaticamente nel 1986 dalle edizioni Économica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, con una prefazione di Georges Vedel e un'appendice di Louis Favoreu.

[2] Vedi H. Kelsen, "*Autobiografia*" (1947), trad. it. in Idem, *Scritti autobiografici*, a cura di M.G. Losano, Reggio Emilia, Diabasis, 2008, 108 ss.

[3] H. Kelsen, *Dottrina generale dello Stato* (1925), trad. it. a cura di J. Luther ed E. Daly, Milano, Giuffré, 2013. Eisenmann non conosceva lo scritto teorico kelseniano più importante sulla giustizia costituzionale, che apparve lo stesso anno del suo libro: Idem, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, in *Revue de droit public et de science politique*, XXXV, 1928; se ne legge una traduzione in Idem, *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, Giuffré, 1981.

[4] Eisenmann pare identificare queste due cose.

vo della dottrina giuridica di ergersi a fonte del diritto rimanendo tuttavia genuina "scienza del diritto"[5].

È precisamente su questo punto che verte la prefazione di Kelsen (il quale invece non si occupa qui né di costituzione, né di giustizia costituzionale). Segnalo alcuni aspetti notevoli dello scritto kelseniano.

Kelsen sostiene che la scienza giuridica non è impresa conoscitiva fine a sé stessa, ma è invece al servizio della "pratica giuridica", intesa come attività legislativa ed esecutiva (Kelsen accomuna nel concetto di esecuzione tanto la giurisdizione quanto l'amministrazione). Nondimeno, la scienza giuridica, come ogni altra scienza, non può avere altro ideale che la verità, ossia l'ideale proprio della conoscenza, e non la giustizia, che è l'ideale proprio «della volontà e dell'azione», insomma della politica[6].

La conoscenza è soggetta ai «valori della logica», la politica è orientata dai «valori della morale». La cesura tra scienza e politica, tra conoscenza e azione, non potrebbe essere più netta[7].

Ecco dunque, in primo luogo, che è compito della scienza giuridica non già suggerire alle autorità giuridiche l'uno o l'altro fine da perseguire, bensì indicare loro i mezzi idonei per conseguire i fini da esse deliberati. Legislatori, giudici, e amministratori – autorità creatrici di diritto[8] – sono "tecnici sociali". Per eseguire degnamente i compiti loro propri hanno bisogno di un solido apparato concettuale, hanno bisogno di conoscere il diritto vigente preesistente, la sua struttura interna, le relazioni reciproche tra le norme, e così avanti. Tutte queste nozio-

[5] L'argomento fondamentale di Eisenmann è comunemente noto come "legge (o anche ghigliottina) di Hume" (autore che Eisenmann tuttavia non menziona): non è logicamente possibile inferire norme da fatti, enunciati normativi da enunciati fattuali, giudizi di valore da giudizi di fatto. La legge di Hume è il fondamento stesso del giuspositivismo: non esiste una cosa come il diritto naturale per la semplice ragione che non si danno norme nella (o inferibili dalla) "natura" (delle cose o delle relazioni umane).

[6] Così, ad es., è compito della scienza giuridica non già indicare agli organi dell'applicazione la "unica" (peraltro inesistente) interpretazione "corretta" dei testi normativi, ma al contrario identificare la "cornice" delle interpretazioni ammissibili, lasciando che siano gli organi dell'applicazione a scegliere l'interpretazione politicamente preferibile. Vedi H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto* (1960), trad. it. a cura di M.G. Losano, Torino, Einaudi, 1966, cap. VIII; Idem, *On Interpretation*, in Idem, *The Law of the United Nations. A Critical analysis of Its Fundamental Problems*, London, Stevens & Sons, 1950, XIII ss.: Idem, *General Principles of Legal Technique*, in Idem, *Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant*, Geneva, Geneva Studies, vol. X, n. 6, 1939.

[7] È imbarazzante dover sottolineare che in Kelsen la "purezza" è un attributo della teoria del diritto, che egli voleva puramente descrittiva (avalutativa) e puramente giuridica (descrittiva di norme, non di fatti), e non del diritto stesso, il quale invece è ovviamente dominato dalla politica e dalla morale. Si incontra ancora oggi la tragica confusione in G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, Roma-Bari, Laterza, 2018, XX-XXI.

[8] Come si sa, secondo Kelsen, l'ordinamento è costituito non solo di norme generali (la legislazione), ma anche di norme individuali, quali i dispositivi di sentenze e atti amministrativi (per tacere degli atti di autonomia privata). Siffatte norme individuali non preesistono agli atti che le pongono in essere, vengono ad esistenza solo quando siano positivamente statuite dalle autorità in questione. Pertanto, anche la giurisdizione e l'amministrazione sono attività genuinamente creatrici di diritto.

rie du droit positif purifiée par la critique et libérée de tous les préjugés de droit naturel.

M. Charles Eisenmann a, me semble-t-il, discerné toute la portée de principe de sa tâche, et il s'en est acquitté de la façon la plus heureuse. Ce n'est pas, pour un débutant, une entreprise ordinaire que de dédaigner la grande route royale des doctrines traditionnelles et de chercher à se frayer une voie nouvelle à travers la broussaille des problèmes, et précisément au point où elle est le plus touffue. Mais l'inquiétude qu'en aurait pu concevoir un ami plus expérimenté se dissipe à reconnaître que l'audace de la jeunesse est ici protégée par le sûr instinct d'un juriste-né et la haute conscience dont la source est un profond amour de la vérité.

Dans cet excellent travail, que je présente tout animé d'un joyeux espoir en l'avenir de ce jeune juriste, je vois, non seulement le début plein de promesses d'une carrière scientifique, mais aussi une manifestation singulièrement heureuse de la grandeur des forces spirituelles qui bouillonnent dans la jeunesse intellectuelle de France.

Hans Kelsen

Vienne, mai 1928.

Abstract

Hans Kelsen, while introducing Charles Eisenmann's book on Austrian Constitutional court, underlines both the practice-oriented and the value-free character of legal science. Contrary to any form of natural law and in accordance with the legal positivistic view, jurists should confine themselves to reconstruct and describe the existing law (as created by legislative and executive organs) and definitely renounce to act as a source of law.

Ross sullo Stato

di Riccardo Guastini*

Fuor di Danimarca, Alf Ross è conosciuto – soprattutto in virtù del suo fortunato manuale di filosofia del diritto, *Diritto e giustizia*[1] – come studioso di teoria generale e/o di filosofia del diritto.

In realtà, Ross fu giurista di multiforme ingegno, avendo pubblicato studi di logica del linguaggio normativo, di filosofia del linguaggio, di analisi del linguaggio giuridico, di diritto e di teoria costituzionale, di diritto internazionale, di diritto penale, e di teoria politica[2].

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

[1] A. Ross, *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958. L'edizione danese è del 1953. La trad. it., *Diritto e giustizia*, a cura di G. Gavazzi (Torino, Einaudi) è del 1965. Si noti: Gavazzi traduceva non dal danese, ma dall'inglese. Ora si dà il caso che la traduzione inglese fosse viziata da un errore, molto grave, che fatalmente si è riprodotto nella traduzione italiana. Nel testo danese, Ross distingueva, usando due vocaboli diversi, tra la "validità" (nel senso kelseniano di forza vincolante) di una norma e la sua "vigenza" (intesa come probabilità di applicazione da parte dei tribunali). Disgraziatamente, entrambi i vocaboli (danesi) sono stati tradotti in inglese, e poi in italiano, con una sola parola: '*valid*' e 'valido' rispettivamente. Lo stesso Ross si rese conto dell'errore solo qualche anno più tardi, ma ho ragione di pensare che pochi lo sappiano. Vedi A. Ross, *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law* (1961), ora in S.L. Paulson, B. Litschewski Paulson (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998 (palesemente Gavazzi non conosceva questo lavoro quando traduceva *On Law and Justice*). È corretta invece la trad. castellana di G.R. Carrió, *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, che, sì, conosceva quel saggio. Così è accaduto che in Italia si attribuisse a Ross (e al realismo giuridico in genere) un peculiare concetto di validità a lui del tutto estraneo: il diritto prevedibilmente applicato dai tribunali è, per Ross, diritto *vigente* ("in force"), non diritto valido (*i.e.* vincolante). Nessun realista, a mia conoscenza, ha mai confuso tra validità e vigore. Il realismo giuridico non ha nulla da dire su ciò che "deve essere": non pretende di sostituirsi alla dogmatica. Il programma scientifico del realismo è solo la descrizione empirica delle norme vigenti, non delle norme valide. Quest'ultimo è un problema dogmatico – "interno", direbbe Hart, alla pratica giuridica – non scientifico.

[2] Una bibliografia (non completa, ma) abbastanza esauriente si legge in E. Pattaro (ed.), *Denmark, Legal Philosophical Library. An International Bibliography of Philosophy and The-*

Il saggio sui concetti di Stato e di organi dello Stato, che qui si presenta[3], pressoché sconosciuto in Italia, è originale sotto diversi punti di vista.

Ross è qui alla ricerca non di una definizione lessicale (un inventario dei modi in cui la parola 'Stato' è di fatto usata nell'uno o nell'altro linguaggio), e neppure di una stipulazione pura (l'attribuzione alla parola in questione di un significato nuovo, arbitrario), bensì di una ridefinizione, ossia una definizione che ricostruisca, chiarisca, e precisi l'uso effettivo della parola 'Stato', nel linguaggio comune e nel linguaggio del diritto costituzionale[4].

O, meglio, nel linguaggio della dottrina costituzionalistica. Poiché, mentre le norme internazionali hanno ad oggetto precisamente le relazioni tra Stati, sicché il diritto internazionale esige una qualche nozione di Stato (che peraltro Ross qui non enuncia e non problematizza[5]), nel diritto costituzionale non vi sono norme costituzionali che si riferiscano allo Stato[6]. Sicché il diritto costituzionale vigente può essere descritto senza usare questa parola. Il concetto di Stato serve ai costituzionalisti non per descrivere il contenuto di una qualche norma giuridica, ma solo per delimitare l'oggetto della loro disciplina: il diritto costituzionale (la "costituzione materiale", si direbbe, in uno dei sensi di questa equivoca espressione) disciplina le funzioni dei più alti organi dello Stato e i loro reciproci rapporti.

Il saggio di Ross è notevole, in particolare, dal punto di vista metodologico. Ross, avendo una formazione filosofica neo-positivistica, era un empirista conseguente, devoto all'analisi del linguaggio.

Ecco dunque che, per lui, una domanda del tipo "Che cosa è *x*?" non è univoca, sicché esige una previa analisi logica. Una domanda sif-

ory of Law, Bologna, CLUEB, 1980, 96 ss. Alcuni tra i più importanti saggi di Ross, prevalentemente teorico-giuridici, sono tradotti in italiano nei seguenti volumi: A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. Febbrajo e R. Guastini, Bologna, il Mulino, 1982; S. Castignone, R. Guastini (a cura di), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*, Genova, ECIG, II ed., 1990; U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Comunità, 1976. Molti di questi saggi si leggono anche in lingua francese in A. Ross, *Introduction à l'empirisme juridique*, presentazione di E. Millard, Paris, LGDJ, 2004. Alcuni di essi si leggono in lingua spagnola in A. Ross, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, IV ed., 2006.

[3] A. Ross, *On the Concepts 'State' and 'State Organs' in Constitutional Law*, in *Scandinavian Studies in Law*, V, 1961. La trad. it. (opera di chi scrive) che qui si riproduce era già stata pubblicata, presso un oscuro editore genovese di testi universitari, in S. Castignone, R. Guastini (a cura di), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio*, cit.

[4] Beninteso: stipulazioni e ridefinizioni non hanno valori di verità, non sono né vere né false.

[5] Vedi al riguardo A. Ross, *A Textbook of International Law. General Part*, London- New York-Toronto, Longmans-Green and Co., 1947. Qualche commento si legge in R. Guastini, *Distinguendo ancora*, Madrid, Marcial Pons, 2013, cap. XIX.

[6] In verità, qui Ross non prende in considerazione quei testi costituzionali che, istituendo una forma di organizzazione regionalistica, includono diposizioni che si riferiscono al soggetto "Stato" in quanto distinto dai soggetti "Regioni".

Ecco dunque che il concetto di Stato è completamente dissolto. Lo Stato non è affatto un "soggetto", peraltro inafferrabile, perché il vocabolo 'Stato', dopo tutto, non denota alcuna entità.

Abstract

Riccardo Guastini introduces Ross' essay on the concepts of "State" and "State organs" underlining the original methodological approach of the author. Such an approach rests on an empiricist view about law as well as an (implicit) theory of definition inspired by and large by Bentham's analysis of "fictitious entities", i.e., concepts deprived of any semantic reference (such as "obligation").

Sui concetti di "Stato" e di "organi dello Stato" nel diritto costituzionale[*]

di Alf Ross

Sommario: § 1. – L'analisi dei concetti deve fondarsi sopra un uso linguistico determinato. § 2. – I concetti di "Stato" e di "organi dello Stato" non pertengono al diritto costituzionale, ma piuttosto alla delimitazione stessa di tale branca del diritto. La questione è: in quali circostanze noi attribuiamo un atto "allo Stato"? § 3. – Gli atti giuridici sono attribuiti allo "Stato" quando sono espressione di un potere qualificato, chiamato "pubblica autorità" in opposizione ad "autonomia privata". § 4. – Gli atti materiali sono attribuiti allo "Stato" quando costituiscono manifestazione del monopolio nell'uso della forza. § 5. – Quando altri atti materiali sono attribuiti allo "Stato" perché finanziati con il pubblico denaro, abbiamo a che fare, in realtà, con i sottostanti atti (giuridici) di disposizione per conto del "pubblico erario". § 6. – Che cosa designa il termine "Stato" in quanto soggetto agente? Questa domanda è priva di significato. Questo termine non può essere definito sostituendolo con un sinonimo, ma solo specificando a quali condizioni siano ritenuti veri gli asserti relativi allo "Stato" in quanto soggetto agente. § 7. – Discussione: Jellinek, Carré de Malberg, e Kelsen.

§ 1. – *L'analisi dei concetti deve fondarsi sopra un uso linguistico determinato*

Il problema centrale della teoria politica è, da sempre, il problema della natura dello Stato[1]. Ci si domanda abitualmente "Che cosa è lo Stato?", come se – conformemente alla teoria platonica delle idee e al sistema aristotelico delle definizioni – fosse compito della scienza afferrare e rivelare mediante definizioni la natura o essenza nascosta delle cose[2].

Domande del tipo "Che cosa è…?" non appartengono al dominio dell'analisi logica. Possono essere appropriate quando si desideri una descrizione dettagliata di un oggetto denotato da una parola il cui

* A. Ross, *On the Concepts "State" and "State Organs" in Constitutional Law*, in *Scandinavian Studies in Law*, V, 1961.

[1] Cfr. ad es. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre,* II ed., 1905, cap. VI.

[2] A. Ross, *On Law and Justice,* 1958, 258; K.R. Popper, *The Open Society and Its Enemies,* 1945, vol. I, 25 ss.

significato non sia in discussione. Possiamo domandare ad esempio "Che cosa è l'acqua?", o "Che cosa è la polvere da sparo?", allorché sia già chiaro ciò che le parole "acqua" e "polvere da sparo" *significano*. In tal caso, la risposta a queste domande avrà natura non di definizione, ma di asserto descrittivo. Ma domande di questo tipo non sono adatte quando si tratti appunto di stabilire il senso di una espressione, cioè il senso in cui una certa espressione è effettivamente usata, ovvero il senso che può logicamente ascriversi a tale espressione (anche se, nell'uso linguistico effettivo, tale senso sia vago).

Ciò è ovvio non appena ci si renda conto che i nostri concetti non sono idee innate, riflessioni sopra la "essenza" delle cose, bensì strumenti da noi stessi forgiati per descrivere la realtà. La scienza adempie la funzione sua propria allorché prende i concetti del nostro linguaggio quotidiano, e li chiarisce e definisce in modo tale che essi divengano idonei strumenti di ricerca.

Ne segue che l'analisi di un concetto deve sempre fondarsi sopra un uso linguistico determinato. Così, non è fruttuoso domandare che cosa significhi la parola "Stato" in generale. Questa parola è usata in così tanti contesti differenti, nel linguaggio comune così come in diverse scienze, che è a *priori* improbabile che essa abbia una, ed una sola, funzione suscettibile di essere inequivocamente definita. La questione del significato di "Stato" deve essere sollevata separatamente in ciascuna delle varie scienze – giurisprudenza, sociologia, scienza politica, storiografia, etc. – che si occupano dello Stato dall'uno o dall'altro punto di vista. Ed anche all'interno di una singola scienza può essere necessario distinguere tra i diversi sensi in cui la parola è usata. Infine, per uno studioso di giurisprudenza, si tratta di accertare se i diversi concetti di "Stato" effettivamente usati abbiano un nocciolo comune.

§ 2. – *I concetti di "Stato" e di "organi dello Stato" non pertengono al diritto costituzionale, ma piuttosto alla delimitazione stessa di tale branca del diritto. La questione è: in quali circostanze noi attribuiamo un atto "allo Stato"?*

Con le osservazioni metodologiche precedenti mi proponevo di mettere in chiaro che la tradizionale discussione sul concetto di "Stato", che fa da introduzione ad ogni trattato di diritto costituzionale, può giustificarsi solo per il fatto che il termine "Stato" è un concetto centrale usato in questa disciplina. Se così non fosse, o se la discussione sul concetto di "Stato" non riguardasse precisamente l'uso che di tale concetto si fa nel diritto costituzionale, la discussione stessa apparirebbe superflua e priva di fondamento.

Abstract

Alf Ross looks for the concept of "State", namely within those sentences where some kind of "act" is ascribed to the State. In his view, all such sentences can be translated without any loss of meaning into sentences describing some human act as qualified by a power-conferring norm. According to his analysis, legal acts, in particular, are ascribed to the State whenever the acting person is one of its "organs", i.e., an individual whom a legal norm ascribes "public authority". As to factual acts, the criterion of imputation is either the exercise of the State monopoly of coercion or their being financed by the public Treasury.

Libertà e analisi del linguaggio. Dall'epistolario di Uberto Scarpelli

di Silvia Zorzetto*

Sommario: § 1. – Introduzione. § 2. – Semiotica e metodologia. § 3. – Scienza e valori.

§ 1. – *Introduzione*

È usuale rintracciare le origini della filosofia del diritto italiana d'indirizzo analitico, in particolare, nei due scritti pionieristici dedicati alla scienza del diritto e all'analisi del linguaggio pubblicati da Uberto Scarpelli (1924-1993) e da Norberto Bobbio (1909-2004), rispettivamente, nel 1948 e nel 1950[1].

È altrettanto noto che i rapporti intellettuali (oltre che personali) tra l'allievo Scarpelli e il maestro Bobbio hanno percorso la seconda metà del Novecento (segnando in profondità le direttrici di sviluppo degli studi filosofico-analitici[2]), da quando, nell'a.a. 1944-1945, Scar-

* Università degli Studi di Milano.

[1] Cfr. U. Scarpelli, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1948, 212 ss.; N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1950, 342 ss., ried. in *Diritto e analisi del linguaggio*, U. Scarpelli (a cura di), Milano, Edizioni di Comunità, 1976, 287-324. Mentre la prima opera ha costituito il punto di partenza della speculazione scarpelliana sul terreno della semiotica del linguaggio normativo, speculazione che si trova compendiata nella forma più matura e compiuta nella voce *Semantica giuridica*, in *Novissimo dig. it.*, Torino, Utet, 1969 (*Semantica, morale, diritto*, Torino, Giappichelli, 1969), è risaputo che Bobbio non amasse richiamare e considerasse come superato il suo saggio.

[2] Non solo la filosofia del diritto, ma anche la filosofia della politica e la filosofia morale italiane sono state influenzate dal pensiero dei due studiosi, avendo essi contribuito alla diffusione ed evoluzione dell'analisi del linguaggio normativo e della metodologia, cioè dello studio del metodo, nell'ambito della sfera pratica (diritto, morale, politica). Mentre, come noto, Bobbio è considerato unanimemente un filosofo del diritto e della politica,

pelli seguì all'Università di Torino le lezioni del corso di Filosofia del diritto di Bobbio[3], per poi diventarne assistente volontario negli a.a. 1948-1949 e 1949-1950.

Il rapporto tra i due studiosi emerge dalle loro opere e dalle iniziative editoriali e accademiche dagli stessi organizzate o nelle quali sono stati coinvolti nel corso dei decenni, ed è testimoniato anche da un ampio epistolario che consta di alcune centinaia di lettere che va dal 1948 quasi fino alla morte di Scarpelli nel 1993[4].

Va da sé che in questa breve nota non è possibile ripercorrere nemmeno parzialmente, e men che meno sistematizzare, questa ampia corrispondenza: uno spaccato di storia della filosofia e della cultura italiana del Novecento e un esempio mirabile di rapporto maestro-allievo caratterizzato da profonda amicizia e un confronto critico, costante e aperto.

Dovendo dunque necessariamente procedere in maniera selettiva, di seguito verrà riprodotto il testo di alcune lettere scritte da Scarpelli, o a questi indirizzate, concernenti un tema e un concetto centrale nel pensiero "scarpelliano" e "bobbiano", ossia il concetto di libertà.

Più precisamente, si tratta di un carteggio tra Bobbio e Scarpelli che ha preceduto la pubblicazione della nota di Scarpelli, intitolata *La dimensione normativa della libertà* (in *Rivista di filosofia*, LV, 1964, 449-467), alla traduzione italiana, con prefazione di Giulio Preti, del libro di Felix Oppenheim, *Dimensions of Freedom – An Analysis* (New York, St. Martin's Press; London, MacMillan, 1961; trad. it. di Alberto Pasquinelli e Reima Rossimi, *Dimensioni della libertà. Un'analisi*, Mila-

---

l'attenzione di Scarpelli per il mondo dei valori lo ha portato a fare della riflessione metaetica la chiave di volta del suo pensiero anche filosofico-giuridico.

[3] Quell'anno Bobbio ricopriva la cattedra di Gioele Solari, sotto la guida del quale Scarpelli si laureò nel 1946 discutendo una tesi sul tema della persona nella filosofia giuridica moderna. Due anni dopo, nel 1948, Scarpelli si laureò anche in Scienze politiche sotto la guida di Solari. Limitandosi ai contributi più recenti, informazioni biografiche e bibliografiche su Scarpelli si leggono in: M. Jori, (voce) *Scarpelli, Uberto*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, II, dir. da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, Bologna, il Mulino, 2013; S. Zorzetto, *La filosofia analitica di Uberto Scarpelli. Dall'analisi del linguaggio valutativo ai princìpi della bioetica*, in *Biodiritto*, 3, 2012, 127-177; Idem, *Uberto Scarpelli. Articoli d'attualità e manoscritti inediti*, in *Frammenti di filosofia contemporanea*, II, I. Pozzoni (a cura di), Villasanta, Limina Mentis, 2013, 281-302; S. Mazza, *Non solo analisi del linguaggio. L'itinerario filosofico del giovane Uberto Scarpelli (1946-1956)*, Roma, Aracne, 2016; F. Morales Luna, *La filosofía del derecho de Uberto Scarpelli. Análisis del lenguaje normativo y positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

[4] L'epistolario è conservato presso l'Archivio Norberto Bobbio del Centro studi Piero Gobetti, depositario della "memoria storica" di Norberto Bobbio, e presso la famiglia Scarpelli. Ringrazio per la disponibilità all'utilizzo dei materiali necessari alla stesura del presente contributo la famiglia Scarpelli, il Centro studi Piero Gobetti e il suo Presidente Pietro Polito, Jean-Claude Passerin d'Entrèves, Marie Josephine King Prentice, Shulamith Oppenheim, Rebecca Tarello. Ringrazio anche il dott. Sergio Mazza per l'attività di ricerca e reperimento dei materiali presso l'Archivio Norberto Bobbio. Le lettere nel seguito trascritte di Bobbio a Scarpelli del 9 settembre 1964, e di Scarpelli a Bobbio del 28 agosto e del 18 ottobre 1964 e del 4 novembre 1965 sono conservate nel fascicolo 3485 dell'Archivio Norberto Bobbio, presso il Centro studi Piero Gobetti.

Abstract

This article gathers of some of the most relevant letters sentend and received by Uberto Scarpelli, generally dealing wiht the theme of analytic jurisprudence. These letters picture the rich and diversifed acquaintances and scientifical partners Scarpelli had in his lifelong scientific journey.

Colloquio su Stato, Diritto e Costituzione

Intervista al Prof. Pierangelo Schiera (Roncosambaccio, 4 giugno 2018)

di Federico Pedrini*

Pierangelo Schiera, Emerito di Storia delle dottrine politiche all'Università degli Studi di Trento, Direttore "per chiara fama" dell'istituto Italiano di Cultura di Berlino e Honorarprofessor *alla* Humboldt-Universität zu Berlin*, è uno dei massimi studiosi contemporanei dello Stato moderno. Allievo di Gianfranco Miglio, è autore di testi fondamentali sulla formazione dello Stato sotto il profilo della storia del pensiero politico e della storia costituzionale. Forte di un approccio metodologico che intreccia dimensione giuridica e riflessione filosofico-politica, Schiera è tra i principali indagatori della costellazione di miti che, dopo averne accompagnato lo sviluppo nella modernità costituendone il retroterra nella storia delle idee, tuttora circondano lo Stato e il suo rapporto col diritto* (La Direzione).

Introduzione. Cosa (fu, è e) sarà Stato? Appunti sulla storia di un concetto

Vigeat libertas, pax, quies, ordo, disciplina!
(Johannes Barbeyracus)

Nel bene e nel male, l'idea di "Stato" parrebbe ancor oggi rientrare tra gli archetipi più profondamente radicati nell'immaginario collettivo e insieme nei meandri più reconditi dell'«atteggiamento mentale ma anche epistemologico dei giuristi». Non è davvero un caso, del resto, poiché a un certo punto della storia sono stati proprio questi ultimi a elaborare in modo decisivo il relativo concetto, dapprima incanalandolo su schemi giuridici (ed elevandolo così alla sua massima perfezione formale) e poi divenendo in un certo senso schiavi della loro stessa creatura. Troppo spesso dimentichi, infatti, della relatività storica di quella (pur grandiosa) operazione di *Begriffsbildung* – legata a filo doppio al costituzionalismo ottocentesco –, i giuristi hanno progres-

* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

sivamente rinunciato alla conoscenza e all'analisi di porzioni sempre più ampie del corrispondente fenomeno reale, abdicando così anche alla loro antica funzione di avanguardia e di guida a favore di altre protagoniste nelle *Sozial- und Staatswissenschaften*.

Ecco che allora – sempre e proprio da giuristi – diviene non solo interessante, ma per certi versi addirittura indispensabile recuperare una visione più ampia e storicamente completa della particolare forma di vivere comunitario che chiamiamo oggi 'Stato'. Non per abiurare la sua ricostruzione pure in termini specificamente giuridici – che anzi è imposta in modo cogente dal principio dell'autonomia disciplinare –, ma per divenire pienamente consapevoli della "particolarità" di tale approccio e quindi anche delle "perdite cognitive" che esso fatalmente implica proprio per garantire allo scienziato del diritto uno strumento più preciso dal punto di vista operazionale, ma al tempo stesso necessariamente più limitato sotto il profilo dell'orizzonte osservativo.

Segnatamente in questa chiave si colloca la raffinata prospettiva "storico-costituzionale" di Pierangelo Schiera, all'interno della quale trovano sì posto anche tutte le "storie" (= gli approcci disciplinari) particolari, ma solo al dichiarato obiettivo di "integrarle" reciprocamente in una più completa lettura critica «della struttura-Stato nel suo complesso e ancor più nel suo articolato rapporto con la società».

Il predicato di 'costituzionale', associato a siffatto paradigma di ricerca storica, deve qui essere letto in connessione forte (*i.e.*, concettuale) col carattere *strutturale* che pure è tipico di quest'ultima. Non si tratta infatti – né esclusivamente, né principalmente – dell'analisi di certi documenti, le Carte costituzionali, e neppure del loro più o meno ampio "contesto storico", bensì della considerazione congiunta della molteplicità dei fattori costitutivi della fenomenologia statale. In ciò si segna lo stacco con le visioni tradizionalmente (storico-)giuridiche, giacché prefiggendosi di ricostruire la "costituzione" propria di una certa fase dell'evoluzione dello Stato si vuole *programmaticamente* «prescindere il più possibile dal ricorso ai contenuti e ai valori di quella che, col periodo rivoluzionario tardo-settecentesco e con le Carte, era divenuta la costituzione per antonomasia». Alla Costituzione in senso documentale (*Konstitution*), quando ve ne sia una, ovviamente non viene negato di rappresentare a sua volta *uno* dei fattori "costitutivi" (*Verfassung*) della struttura complessiva della società e dello Stato. Tale Costituzione, però, «rappresenta né più né meno che una norma, indubbiamente di alto rango, ma purtuttavia da commisurare sempre alle necessità del gruppo umano a cui si riferisce», laddove «Lo Stato ha certo a che fare con la *Konstitution* ed è compito dei giuristi occuparsene; ma esso ha anche a che fare con la *Verfassung* e ciò anche nei periodi storici in cui la *Konstitution* ancora non c'era».

Abstract

The interview with Prof. Pierangelo Schiera threads trough a critical reconstruction of the main points of the "constitutional history" of the State-phenomenon, as a quest and an analysis of the constitutive factors of the Verfassung and not only of the ipotetic Konstitution, i.e., of a specific historical declination of social coexistence. Indeed, the interview looks for the connections of the various study methods of the State's phenomenology and the criterions of legal theory, by poiting out both the influence and the limits of the latter on the conceptualization of the State and of its recent transformations and degenerations. The projectual element of consitutionalism in the globalization age is particularly considered and the outlines of a potential administrative and solidaristic constituionalism, which would strengthen the active role of the citizen, are sketched.

Interventi, Note e Discussioni

"Rosatellum bis": prima applicazione dell'ennesima legge elettorale della Seconda Repubblica
di Mario Enrico Rossi Barattini

Stato, riforme e miraggi
di Mario Bertolissi

Crisi economica, rappresentanza politica e populismo nelle dinamiche del contemporaneo
di Francesco Bilancia

Il difficile percorso del riformismo costituzionale italiano
di Enzo Cheli

Il dialogo fra corti alle soglie del XXI secolo
di Giuseppe de Vergottini

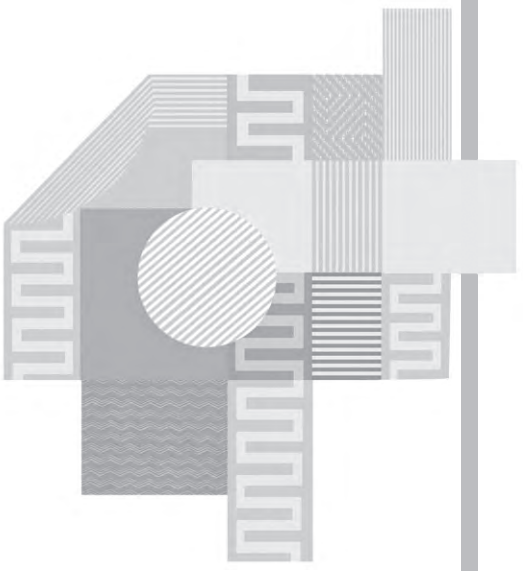
Le Bureau parlementaire du budget dans l'expérience italienne
di Giuseppe Franco Ferrari

La riforma del regolamento del Senato e il travagliato avvio della XVIII legislatura
di Tommaso F. Giupponi

Il giudice amministrativo fra macro e micro economia
di Fabio Merusi

La Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli e il mito di Sisifo
di Valeria Piergigli

Sistema elettorale e forma di governo parlamentare: come fuoriuscire dall'ideologia maggioritaria
di Mauro Volpi



"Rosatellum bis": prima applicazione dell'ennesima legge elettorale della Seconda Repubblica

di Mario Enrico Rossi Barattini*

Sommario: § 1. – Contesto storico. § 2. – Il "Rosatellum bis". § 3. – Considerazioni finali.

§ 1. – *Contesto storico*

La prima disciplina elettorale con cui si è votato nell'Italia repubblicana è stata quella normata dalla legge 20 gennaio 1948, n. 6, valevole per la Camera dei deputati, e dalla legge 6 febbraio 1948, n. 29, per il Senato della Repubblica, le quali ricalcavano in sostanza il decreto legislativo luogotenenziale 10 marzo 1946, n. 74[1], nel quale si prevedeva che i seggi parlamentari venissero assegnati in proporzione ai voti ottenuti. Ma se da una parte il proporzionale assicurava ampia rappresentanza ai movimenti politici presenti nel panorama post bellico, garantendo una fotografia quasi esatta del voto degli italiani[2], dall'altra parte scarsa attenzione veniva dedicata al problema della c.d. governabilità. E di ciò è conferma la breve durata dei Governi nel periodo dal 1946 al 1994 durante il quale si sono avuti ben cinquanta Esecutivi, con una durata media di un solo anno ciascuno.

Tale normativa restò in vigore senza stravolgimenti degni di nota[3]

* Avvocato del foro di Modena.

[1] Utilizzato per eleggere l'Assemblea Costituente il 2 giugno 1946.

[2] S. Ceccanti, *I sistemi elettorali nella storia della Repubblica: dalla Costituente alla legge Rosato*, in *federalismi.it*, n. 20, 2017, 1.

[3] In verità un premio di maggioranza era stato introdotto con la legge 31 marzo 1953, n. 148 (c.d. legge truffa), la quale consisteva nell'assegnare il sessantacinque per cento dei seggi della Camera dei deputati alla lista, o al gruppo di liste collegate, che aveva superato la metà dei voti validi. Alle elezioni politiche del 1953 nessuna forza raggiunse però la pre-

fino all'ultima legislatura della c.d. Prima Repubblica[4], ossia la XI, durata dal 1992 al 1994. Dopodiché in Italia a partire dal 1994 ad oggi il tema della legge elettorale è diventato, per usare un eufemismo, una questione fortemente tormentata[5].

Infatti, a seguito dello scandalo di "tangentopoli"[6], della diffusa insofferenza verso la continua instabilità dei Governi e, soprattutto, dell'esito del referendum del 18 e 19 aprile 1993[7] con cui i cittadini avevano scelto di introdurre un sistema elettorale maggioritario per il Senato, il legislatore decise di adottare il medesimo schema per entrambe le Camere del Parlamento italiano, mediante le due leggi 4 agosto 1993, nn. 276 e 277, definite collegialmente "Mattarellum"[8] in riferimento al nome del relatore, e attuale Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella. Più in particolare, si stabilì che il settantacinque per cento dei deputati e dei senatori fosse eletto mediante un modello maggioritario con collegi uninominali, nei quali prevaleva il candidato che avesse riportato la maggioranza relativa dei suffragi secondo il meccanismo *first past the post*. Per quanto riguarda, invece, il restante venticinque per cento, alla Camera si utilizzava il classico sistema proporzionale con una soglia di sbarramento al quattro per cento, mentre per il Senato i seggi erano assegnati con recupero proporzionale sommando i voti dei candidati uninominali non eletti, realizzando una sorta di ripescaggio dei migliori bocciati (per entrambe queste ripartizioni vigeva poi il sistema del c.d. scorporo[9]). Inoltre, per la quota proporzionale della Camera non era prevista la possibilità di esprimere preferenze, in quanto gli aspiranti parlamentari erano selezionati dalle segreterie dei partiti e inseriti in c.d. liste bloccate, non stampate sulle schede ma affisse fuori dalla cabina elettorale[10].

detta soglia e, di conseguenza, non scattò il premio il quale, dunque mai applicato, venne poi abrogato dalla seguente legge 31 luglio 1954, n. 615.

[4] Espressione giornalistica riferita al sistema politico italiano vigente tra il 1948 e il 1994.

[5] A. Morrone, *Sistema elettorale e ordinamento costituzionale. Profili di teoria generale*, in *Lo Stato*, n. 8, 2017, 62.

[6] Il termine 'tangentopoli' indicava un sistema diffuso di corruzione politica emerso durante le indagini del 1992 (c.d. di mani pulite), basato su tangenti versate dagli imprenditori ai politici dell'epoca.

[7] C. de Girolamo, *Lo scioglimento anticipato delle Camere: una ricognizione della dottrina e della prassi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 settembre 2011, 10.

[8] Denominazione coniata dal politologo Giovanni Sartori.

[9] *https://www.tpi.it/2016/12/19/mattarellum-legge-elettorale-come-funziona/*. Per il riparto proporzionale di Camera e Senato vigeva inoltre il meccanismo dello scorporo: ossia si sottraevano dal conteggio dei voti totali di una lista nella quota proporzionale i voti ottenuti dai candidati collegati alla medesima che erano eletti nei collegi uninominali. Obiettivo del meccanismo era perciò dare maggiore rappresentanza alle liste che avevano pochi candidati eletti con il sistema uninominale, favorendole così nel riparto proporzionale.

[10] In definitiva, perciò, con il "Mattarellum" venivano consegnate agli italiani tre schede di voto, due per la Camera, di cui una per la quota maggioritaria e l'altra per quella proporzionale, e una sola per il Senato, con cui si determinavano congiuntamente i seggi da assegnare con il sistema maggioritario e proporzionale.

In particolare, l'esigua presenza di collegi uninominali e la massiccia elezione di parlamentari mediante il proporzionale elevano il rischio di c.d. ingovernabilità, oltre a creare le condizioni per lo sfaldamento delle coalizioni pre-elettorali dopo le consultazioni non essendo, tra l'altro, presente alcun vincolo politico tra le liste collegate (come ad esempio un programma comune o un *leader* di coalizione): ogni forza politica resta cioè completamente libera di gestire in modo autonomo il proprio mandato elettorale una volta entrata in Parlamento[65].

Rimane ora da vedere quali iniziative verranno adottate nel nuovo panorama istituzionale che è risultato dalle elezioni, atteso che la legge elettorale in vigore sembrerebbe avere carattere tendenzialmente provvisorio. E in tale prospettiva una prima base di riflessione potrebbe essere costituita dai rilievi sopra riportati. In ogni caso, visto l'esito delle elezioni e la procedura seguita nella formazione del Governo, sembrerebbe di poter parlare di fine della Seconda Repubblica, nella quale le coalizioni sorte prima delle elezioni formavano il futuro Esecutivo e il Presidente del Consiglio era concordato prima del voto, e inizio della Terza Repubblica[66], dove le coalizioni nascono prima del voto, si possono sfaldare subito dopo e il Presidente del Consiglio torna ad essere concordato una volta acquisito il risultato delle votazioni politiche, come nella Prima Repubblica.

Abstract

The essay aims to discuss the last Italian electoral system, called Rosatellum bis, starting from a historical introduction of Italian electoral laws in the Republican era. In fact, only by explaining the electoral evolution of Italy, we can understand the content of the last electoral law with which the Italians voted for the political elections in 2018. Three themes are dealt with in the essay: the historical context, the content of the Rosatellum bis and the final analysis on its critical and positive aspects with the possible evolutions.

[65] F. Sgrò, *op. cit.*, 12.

[66] *https://www.ilfattoquotidiano.it/2018/03/05/elezioni-2018-la-terza-repubblica-e-cominciata-e-assomiglia-moltissimo-alla-prima/4204804/; http://www.linkiesta.it/it/article/2018/03/06/e-nata-la-terza-repubblica-e-morto-il-pd-e-ora-per-la-sinistra-e-lanno/37341/.*

Stato, riforme e miraggi

di Mario Bertolissi*

Sommario: § 1. – Il problema. § 2. – La genesi. § 3. – I diritti. § 4. – I costi. § 5. – Le attese. § 6. – Le reazioni. § 7. – Banalità e buon senso.

§ 1. – *Il problema*

Vi fu un tempo, non ancora lontano, in cui l'espressione *diritti quesiti* aveva un significato preciso: qualificava – qui è detto in estrema sintesi – situazioni giuridiche soggettive favorevoli, consolidate a tal punto da doversi ritenere immodificabili. Il loro fondamento lo si poteva ricondurre alla buona fede, garanzia di reciprocità nel promettere e nel ricevere. In buona sostanza – si diceva e si dice – *pacta sunt servanda*. Chi avrebbe potuto contestare un principio di così elevata civiltà? Non una controteoria, elaborata a parità di condizioni. Ma nuove condizioni fattuali sì, dal momento che un disposto qualunque ha una sua *ratio* e questa non può essere disancorata dalla realtà. Di fronte ad una realtà mutata, tale per cui le promesse d'un tempo sono destinate a generare diseguaglianze, piuttosto che eguaglianze, vi è stato un ripensamento e, con questo, l'introduzione di correttivi all'interno dell'ordinamento complessivo della Repubblica. Il cosiddetto contributo di solidarietà ne è un esempio.

Tuttavia, questo è un aspetto particolare, per quanto importante, di un problema più vasto. Infatti, vi è un interrogativo di fondo, ineludibile, con il quale ci si deve misurare. È in atto un depauperamento progressivo, che sta allargando la platea di quanti sono ridotti al limite della sopravvivenza. Corrisponde non ad un giudizio di valore, ma a

* Università degli Studi di Padova.

una pura e semplice constatazione affermare che manca il lavoro; quote sempre più numerose di persone non si curano; l'accesso a prestazioni e servizi è reso problematico dalla carenza di disponibilità economiche anche minimali. È evidente che tutto questo ed altro ancora sono destinati a incidere sulla forma di Stato, intesa nella sua più ovvia e naturale concretezza.

§ 2. – *La genesi*

Si tratta di incontestabili evidenze, il cui elemento genetico non riguarda, se non in parte, l'ambito interno al sistema. Le relative cause si debbono ricondurre alla *globalizzazione* – parola dai molteplici significati, ma anche inequivoca[1] –, che ha trasformato una pluralità di mercati in un unico mercato mondiale. Con una conseguenza, che sta dinanzi a noi e che consiste nella caduta dei confini, delle barriere, dei limiti di contenimento, causa – si è sostenuto ripetutamente – di distorsioni. Ma la mano invisibile non esiste e le autocorrezioni sono di là da venire, se mai verranno. I conti, comunque, si debbono fare[2].

Con che cosa? Con «un'economia finanziaria dominante, la quale prevale sull'economia reale: non è più legata alla produzione in sé; è indirizzata alla produzione del denaro attraverso il denaro, al gioco, all'algoritmo, ai cosiddetti prodotti finanziari derivati, alla dimensione virtuale. Tutto ciò si riflette in negativo anche sulla creazione e conservazione dei posti di lavoro e sulla stabilità sociale»[3]. Condizionata è la stessa «sovranità dei singoli Paesi», si sostiene. In ogni caso, «questo è

[1] In proposito, la bibliografia è sterminata, come è noto a tutti. Comunque sia, ogni citazione sarebbe *ad pompam* e, in definitiva, inutile. Chi scrive, ormai, sa quel che sa e difficilmente apprende, perché sa in ragione di un'esperienza collaudata dal tempo. Oltretutto, è consapevole, da sempre, di non possedere la verità, ma di formulare soltanto riflessioni discutibili, che danno voce a un punto di vista. Tutto sommato, è una pratica poco diffusa. Sullo sfondo, un saggio insegnamento di A. Manzoni, *Storia della colonna infame,* Milano, RCS, 2006, 678, il quale osserva che «ci siam ristretti a pochi scrittori, nessuno affatto oscuro, la più parte rinomati: cioè quelli, de' quali son più istruttivi anche gli errori, quando non posson più essere contagiosi». V. *sub* 7.

[2] Piuttosto che volumi pletorici, disseminati di grafici dalla problematica aderenza alla realtà, è opportuno leggere, ad es., J. Galbraith, *Breve storia dell'euforia finanziaria. I rischi economici delle grandi speculazioni,* Milano, Bur, 1998. Ha a che fare assai con le vicende in atto questo duplice rilievo: «Sono pochi i campi dell'attività umana in cui la storia conta così poco come nel mondo della finanza» (*ivi*, 21-22); «In realtà, gli individui ai vertici di quelle istituzioni (ad es. le società di *rating*) occupano quei posti perché, come succede di norma nelle grandi organizzazioni, le loro facoltà mentali erano le più prevedibili e, in conseguenza, dal punto di vista burocratico, le meno ostili per il rivale. Essi sono dunque dotati dell'autorità che incoraggia l'acquiescenza dei loro subalterni e il plauso degli accoliti, e che esclude critiche e opinioni diverse. Sono perciò gelosamente protetti in quella che può essere considerata una forte coazione all'errore». Splendido!

[3] G.M. Flick, *Elogio della Costituzione,* Milano, Paoline Editoriale Libri, 2017, 41. V., quindi, per una migliore percezione delle implicazioni sottointese, ad es., A. Boitani, *Sette luoghi comuni sull'economia,* Roma-Bari, Laterza, 2017, e M. Mazzucato, M. Jacobs (a cura di), *Ripensare il capitalismo,* Roma-Bari, Laterza, 2016.

Abstract

The article deals with the increasing concern for the economical conditions of global population and their correlation with the emerging of populist political movement. After tracing back the roots of the problem, by underlining the impact of globalization and financialization of the economy, the urgent need and the outline of a new method for political and social reforms are contended.

to riflessione sempre mediate dall'esperienza. V., infatti, E. Franceschini, *Concetto Marchesi. Linee per l'interpretazione di un uomo inquieto,* Padova, Editrice Antenore, 1978, e E. Pianezzola, *Concetto Marchesi – Gli anni della lotta*, Padova, Il Poligrafo, 2015. Scorrendo quest'ultimo saggio, ci si imbatte in un rilievo, che vale per i giorni nostri, in cui si propende a valutare l'operosità di una assemblea legislativa in ragione del numero delle leggi approvate e non della loro qualità: «all'inizio della lezione (il corso era sull'*Ars amatoria* di Ovidio), Marchesi mostrò "Il popolo d'Italia" che decantava in prima pagina il gran numero di leggi promulgate dal fascismo, quindi ripiegò il giornale e disse "Bene. Oggi parleremo di una frase di Tacito, là dove dice *corruptissima re publica plurimae leges* (*Annales* III, 26)"» (*ivi*, 31). A conferma ulteriore di quanto affermato.

Crisi economica, rappresentanza politica e populismo nelle dinamiche del contemporaneo

di Francesco Bilancia*

Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – Democrazia e diritto: i limiti posti dal costituzionalismo. § 3. – I processi di deindustrializzazione e la crisi della classe media. § 4. – Prime conclusioni. Le *forme* della democrazia.

§ 1. – *Premessa*

Questa breve riflessione prende le mosse dalla diffusa percezione, nel dibattito pubblico come in sede di analisi scientifica, di una frattura forte tra l'ideale rappresentazione del valore della democrazia e le attuali, e diffuse nel mondo, strumentalizzazioni del consenso popolare in forme di composizione meramente polemica della sua forza politica[1]. L'argomento a tema è, tendenzialmente, identificato dal sintagma 'populismo', il cui utilizzo racchiude in sé, di norma, un approccio analitico essenzialmente critico, *valutativo*[2]. Prima di assumere la medesima valenza a fondamento di questa breve analisi, però, è forse opportuno esprimere alcune cautele, ad evitare inutili fraintendimenti.

In primo luogo, ai fini della affidabilità dell'analisi, e salve alcune ipotesi di riflessione deducibili dal confronto comparativo con altri sistemi politici contemporanei, non si ritiene di poter assumere questo paradigma quale strumento di valutazione del sistema politico italia-

* Università "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara.

[1] Ho di recente proposto un'analisi critica delle più recenti vicende della parabola della democrazia nel mio *Le forme della democrazia contemporanea e il germe della sua autodistruzione*, in F. Bilancia, F.M. Di Sciullo, A. Gianelli, M.P. Paternò, F. Rimoli, G.M. Salerno (a cura di), *Democrazia. Storia e crisi di una forma politica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 135 ss., saggio al quale rinvio, per non ripetermi.

[2] Si vedano, infatti, le osservazioni critiche di Y. Stavrakakis, *Three Challenges in Contemporary Populism Research*, in *https://www.socialeurope.eu/three-challenges-in-contemporary-populism-research*, 22 maggio 2018.

no. Non si si ritiene di poter accedere, in sostanza, alla sempre più diffusa semplificazione condotta da molti analisti politici, e dalla stampa contemporanea, tra "forze politiche populiste" o "antisistema", da una parte, e forze politiche *integrate*, dall'altra. Esiste un'indubbia radicalizzazione di sentimenti c.d. "anti europeisti", essenzialmente critici nei confronti del sistema dell'Unione europea, in particolare dell'Unione Monetaria, ma la selezione dei temi della comunicazione politica non conduce necessariamente ad una distinzione così netta come a volte si ritiene politicamente conveniente assumere. L'analisi del fenomeno 'populismo' seguirà, piuttosto, un paradigma storico-comparativo, per verificare la sussistenza di alcune costanti, utili ad isolarne almeno gli elementi convenzionalmente ritenuti essenziali per descriverne le differenze con la dimensione ideale dei processi politici democratici.

Due spunti critici mi sembrano utili per spiegare il problema.

Il primo attiene alla "pericolosità" della democrazia per i diritti individuali, laddove della nozione ci si limiti ad assumere il significato più immediato, diretto, privo di schermi formali. Come è noto esistono un'infinità di esempi storici – come nel contemporaneo – di decisioni a fondamento asseritamente *democratico* e pericolose per la vita stessa degli individui[3]. Il secondo, quasi all'opposto, attiene alla radice comunque democratica, nel senso di *popolare*, riconducibile cioè alla volontà ed alla sovranità popolare…delle espressioni politiche ascrivibili ad esempio di *populismo*.

Nel suo stimolante, recente, saggio sul *Populismo*[4], Marco Revelli muove proprio da questa constatazione. La parola *populismo* ha la stessa radice del termine *popolo*, *populus* nel diritto e nel sistema politico romano, che corrisponde alla traduzione della espressione greca *democrazia*, *demos*. Il che comunque apre la medesima prospettiva di riflessione critica che già Platone e Aristotele conducevano nel confronto tra *democrazia*, nel senso di demagogia, e *politeia*[5].

[3] Si vedano le molte riflessioni ed analisi scientifiche che, da prospettive spesso molto diverse tra loro, illuminano questa costante nella storia e nel pensiero politico. Ad esempio, nella letteratura giuspubblicistica italiana, G. Zagrebelsky, *Il «crucifige!» e la democrazia*, Torino, Einaudi, 1995; M. Luciani, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 2005, 1 ss., spec. 20 ss., 31 ss.; L. Carlassare, *Costituzionalismo e democrazia nell'alterazione degli equilibri*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, I, Torino, Giappichelli, 2005, 561 ss.; Idem, *Sovranità popolare e Stato di diritto*, in *www.costituzionalismo.it*, 1/2006; L. Canfora, *La democrazia. Storia di un'ideologia*, Roma-Bari, Laterza, 2006, in un'approfondita analisi condotta in prospettiva storica; G. Ferrara, *Sulla democrazia costituzionale*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, V, Napoli, Jovene, 2009, 1899 ss.; F. Bilancia, *Le forme della democrazia*, cit., e bibliografia *ivi* citata; S. Cassese, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, Mondadori, 2017.

[4] M. Revelli, *Populismo 2.0*, Torino, Einaudi, 2017, 3-4.

[5] Così, appunto, Platone, *La Repubblica*, Libro VIII, cap. I, 543a-544d, cap. XI, 557a-558c, cap. XIV, 562a-563e e Libro IX, cap. I, 571a-572b, in Idem, *Opere complete*, vol. VI, trad. it. di F. Sartori, Roma-Bari, Laterza, 2003, risp. 259 ss., 274 ss., 280 ss. e 291 ss.; Aristotele, *Politica*, trad. it. di L. Laurenti, Roma-Bari, Laterza, 2002, soprattutto nel Libro III, 6-8,

te (costituzionale)[46], compreso il rispetto per le minoranze, essenziale dimensione politica dell'esercizio del potere democraticamente orientato. La cultura giuridica e gli intellettuali in genere dovrebbero assumere in tale chiave una funzione essenziale, se non abbandonati al conformismo ed asserviti alle utilità del potere contingente, o tacciati di eresia ed isolati, zittiti, denigrati, derisi ed offesi.

Abstract

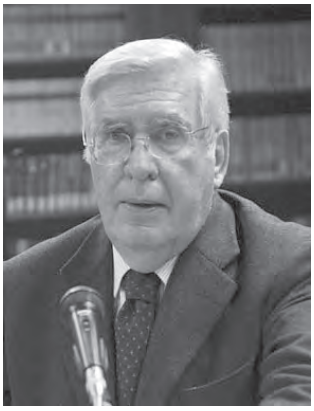
The essay starts from the widespread perception – in the public debate and in the scientific analysis – of a strong fracture between the ideal representation of the value of democracy and the current (and widespread in the world) exploitation of popular consensus in polemical forms of its political strength. The topic is, tendentially, identified by the phrase 'populism'. The analysis of the phenomenon 'populism' will follow a historical-comparative paradigm, to verify the existence of some constants, useful to isolate the elements conventionally considered essential to describe the differences from the "ideal dimension of democratic political processes".

dall'art. 54, comma 2, della Costituzione italiana che prevede che «I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore».

[46] Tra le varie forme di dualismo ricomposte, intorno alla crisi del metodo giuridico, da N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004, 5 ss., 18 ss., 23 ss., dopo la crisi del rapporto con la natura, prima, e con la ragione, poi, il diritto vede oggi affacciarsi tutta l'incertezza del potenziale conflitto tra un sentimento popolare, agitato demagogicamente, e la *razionalità* intrinseca nella sua dimensione *formale*. Anche questa è una importante conseguenza della caduta del progetto democratico sostenuto dal formalismo, che qui non può essere indagata. Rinvio, almeno, agli ulteriori lavori di M. Barcellona, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2006, 181 ss., spec. 287 ss.; N. Irti, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, Laterza, 2007, V ss., 3 ss., 17 ss., 34 ss., 42 ss., 99 ss.; V. Possenti, *Nichilismo giuridico. L'ultima parola?*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2012, spec. 7 ss., 105 ss., 127 ss.

Il difficile percorso del riformismo costituzionale italiano

di Enzo Cheli*



Sommario: § 1. – Dopo il referendum costituzionale del 4 dicembre 2016. § 2. – La Costituzione del 1948 al centro di una vicenda storica complessa e contrastata. § 3. – Il percorso delle "grandi riforme" ed il loro fallimento. § 4. – Governabilità e rappresentanza alla base delle "grandi riforme" costituzionali e delle riforme elettorali. § 5. – Ragioni del fallimento in sede referendaria delle due ultime "grandi riforme". Il rendimento storico della carta repubblicana a settanta anni dalla sua nascita. § 6. – Due possibili conclusioni. "Grandi riforme" e revisioni puntuali. Riforme della Costituzione e riforme della politica.

§ 1. – *Dopo il referendum costituzionale del 4 dicembre 2016*

Dopo il referendum costituzionale del 4 dicembre 2016 il tema delle riforme costituzionali è scivolato, in Italia, in una zona d'ombra e, tanto in sede politica quanto in sede scientifica, dopo anni di dibattiti accesi, rarissime sono state le riprese di questo tema nel corso della campagna elettorale che ha portato da poco all'avvio della legislatura in corso. La ragione di tale silenzio che è venuto a cadere su una materia così sensibile e rilevante per la vita del nostro paese viene dai più riferita all'esito inatteso e per molti aspetti clamoroso di tale referendum che ha visto una partecipazione particolarmente elevata degli aventi diritto (pari al 68,49%) con un risultato negativo molto chiaro (con il 59,96% di voti contrari). Questo esito, sempre secondo la spiegazione corrente, avrebbe fatto emergere la presenza nel corpo elettorale di uno spirito di conservazione dell'impianto costituzionale tale da scoraggiare qualsiasi tentativo di riforma non solo nell'immediato, ma per molti anni a venire.

Tale spiegazione lascia, peraltro, insoddisfatti perché trascura di approfondire le ragioni che possono aver contribuito a determinare questo spirito di conservazione, ragioni da ricercare, più che nelle controverse vicende politiche delle ultime legislature, nell'arco dell'inte-

* Università degli Studi di Firenze – Vice Presidente emerito della Corte costituzionale.

ra storia che ha caratterizzato la nostra vita repubblicana dalla Costituente ad oggi.

Cerchiamo, dunque, di ripercorrere rapidamente questa storia assumendo come angolo visuale il tema delle riforme costituzionali.

§ 2. – *La Costituzione del 1948 al centro di una vicenda storica complessa e contrastata*

C'è un primo dato di cui occorre prendere atto. La Costituzione italiana, con i suoi settanta anni di vita è tra le costituzioni europee del secondo dopoguerra la Costituzione più "anziana". Questo dato, che da taluni è letto in termini negativi, in realtà è positivo se pensiamo che la caratteristica naturale delle costituzioni è proprio quella di "durare nel tempo", dal momento che è proprio lo scorrere del tempo che consente ad una Costituzione di consolidarsi e di acquisire quel consenso che le consente di radicarsi nel tessuto sociale fino a divenire il primo fattore identitario di questo tessuto.

D'altro canto, il fatto che la Costituzione italiana abbia ormai raggiunto con la sua "anzianità" un elevato grado di stabilità non sta anche a dimostrare che essa abbia avuto, in questi settanta anni dalla sua vigenza, una vita facile. Al contrario, la storia ci dice che nell'arco della nostra esperienza repubblicana la sua vita è stata sempre molto difficile e molto tormentata. Basti solo ricordare che, al momento della sua entrata in vigore, il 1 gennaio del 1948, la Costituzione, per la sua massima parte, esisteva sulla carta ma non nella realtà, dal momento che il tessuto effettivo delle libertà e delle autonomie risultava ancora assai limitato mentre al vertice dello Stato mancavano alcune strutture fondamentali di garanzia come la Corte costituzionale ed il Consiglio superiore della Magistratura: strutture che le forze che avevano conquistato la maggioranza fin dalla prima legislatura non avevano più un vero interesse ad attuare in quanto strumenti in prevalenza destinati a limitare l'azione dei governi e, di conseguenza, a favorire la presenza ed il ruolo delle minoranze.

In ragione di questo "ostruzionismo della maggioranza" si apriva fin dalla fine degli anni quaranta una situazione di "congelamento costituzionale" che solo l'avvio dell'esperienza dei governi di centrosinistra avrebbe iniziato ad intaccare avviando un lento e faticoso processo di attuazione destinato a impegnare i primi trenta anni della nostra vita repubblicana fino alla fine degli anni settanta quando sia la forma di Stato che la forma di governo del nostro paese verranno ad assumere i tratti essenziali del modello costituzionale. Ma negli stessi anni in cui il disegno costituzionale viene a risultare in prevalenza

Abstract

The aim of the essay is to investigate the reasons that have contributed to determining the "spirit" of conservation of the constitutional system that emerged from the outcome of the last constitutional referendum. Reasons to be sought, rather than in the controversial political events of the last legislatures, throughout the history that has characterized the Republican life from the Constituent to today.

Il dialogo fra corti alle soglie del XXI secolo

di Giuseppe de Vergottini*

Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – Uno spazio culturale comune. § 3. – La rilevanza della tradizione costituzionale § 4. – Dialogo o mere influenze? § 5. – Dialogo: si e no. § 6. – La confusione fra esistenza di uno spazio culturale comune e dialogo fra corti. § 7. – La interazione fra giurisprudenze in un ordinamento internazionale regionale. § 8. – L'influenza fra giurisprudenze statali. § 9. – Dialogo e confronto. § 10. – Complementarietà fra giurisprudenze sopranazionali. § 11. – Rifiuto e impossibilità più o meno radicale di dialogo. § 12. – A titolo di conclusione.

§ 1. – *Premessa*

Queste riflessioni sono orientate a un tentativo di chiarimento di quale sia la realtà attuale del dialogo fra corti. E questo nella convinzione che sul concetto di dialogo sia intervenuto un dibattito in parte falsato dall'equivoco sullo stesso ultimo significato del termine spesso abusato. Vorrei, per chiarezza rammentare la definizione di tale lemma così come formulata nel Dizionario della lingua italiana di Nicolò Tommaseo. In questo insuperato classico si legge che dialogo è il «*Discorso alterno di due o più pers., continuato per qualche tempo, e, d'ordinario, tendente a concludere qualche cosa*».

Detto altrimenti, per la sussistenza del dialogo risulta necessaria una sorta di *biunivoca reciprocità* in merito alla trattazione di determinate questioni per raggiungere un risultato condiviso. Si potrebbe quindi dire che ove ne manchino i presupposti indicati il dialogo non c'è ma sia possibile individuare una diversa situazione.

Ciò premesso dobbiamo tracciare uno *spazio ideale* in cui inserire il nostro argomentare.

Quando parliamo di *rapporti fra corti* in vista di un loro dialogare dobbiamo chiederci di quali corti parliamo. Dobbiamo quindi aver presente quale sia l'ambito spaziale/culturale di cui ci occupiamo: sono le corti degli ordinamenti improntati ai valori liberali "occidentali" o anche altre? Inoltre se, come anticipato, dialogo significa con-

* *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna.

fronto e scambio di opinioni siamo sicuri che si possa sempre parlare di dialogo? Ove dialogo non sia quale tipo di rapporto abbiamo? Infine nel procedere ai chiarimenti accennati dovremo sempre tenere in considerazione la profonda diversità esistente fra rapporto fra corti sovranazionali e nazionali e rapporto fra corti nazionali. Cominciamo quindi dal quadro in cui inseriamo il nostro ragionamento.

§ 2. – *Uno spazio culturale comune*

Iniziamo col fissare un confine al nostro ragionamento. È indubitabile che negli ultimi anni si è fatta sempre più insistente la convinzione che la diffusione a livello planetario di valori universalmente condivisi abbia reso legittimo procedere all'esame comparativo del diritto dei più svariati ordinamenti. Le trattazioni dei giuristi comparano o pretendono di comparare con estrema disinvoltura istituti privatistici e pubblicistici appartenenti a ordinamenti riferibili, a seconda dei casi, alle svariate famiglie dei diritti e alle altrettanto svariate forme politiche. Rimanendo nell'area convenzionalmente assegnata al diritto costituzionale vengono comparati ordinamenti e istituti dell'area dello stato di derivazione liberale con altrettanti omologhi inseribili in forme di stato autoritarie, modernizzanti o conservatrici, presenti in diverse aree geopolitiche. Diciamo che, secondo questa linea di tendenza, la comparazione non troverebbe limiti preclusivi nel considerare promiscuamente realtà giuridiche appartenenti ai più svariati regimi politici.

Tutto questo consegue alla convinzione che nel tempo si siano creati spazi culturali comuni in cui si collocano gli ordinamenti statali. Questo processo è stato agevolato dalla diffusione di una cultura dei diritti fondamentali aiutata dal diffondersi delle convenzioni internazionali a garanzia della persona. Il fenomeno ha condotto a quella che è stata definita come *convergenza* fra i diversi ordinamenti statali. E in effetti è constatabile come nei decenni trascorsi si sia avverato un processo di reciproca influenza fra costituzioni e convenzioni sui diritti. Dapprima le normative di alcune costituzioni hanno influenzato la stesura delle disposizioni internazionali. In seguito sono queste ultime ad avere condizionato più recenti costituzioni. Il punto di arrivo di tale processo circolare è, come si diceva, il consolidarsi progressivo di uno spazio culturale comune, particolarmente evidente nell'area euroatlantica, in cui dominano, anche se profondamente aggiornati, i valori propri del costituzionalismo liberale. Qui è assodato che si è radicata una comunanza di valori che agevola la omogeneità di regimi giuridici. Il che è particolarmente vero nell'ambito europeo dove su tali premesse è stato avviato un processo di integrazione agevolato proprio

Abstract

An effective dialogue requires a biunivocal interaction between two different subiects. In the reality this prerequisite is rarely satisfied when we analyse the orizontal relations concerning different supreme or constitutional state's courts. Usually we may just find a mere influence of some prestigious and consolidated jurisprudence on the reasoning of recently established courts. In this case non a dialogue but only the unilateral reception of an imitated jurisprudence may be found. A real interaction is possible if we observe the relations concerning a form of cooperative work involving state's courts of different level and international and supranational courts such as Luxembourg and Strasbourg courts and the San Josè court. In this case the preliminary judgment in front of the international body upon national judge initiative require the engagement of the state's court to accept the sentence. The biunivocal interaction is connected to the purpose of international political integration among different legal systems.

Le Bureau parlementaire du budget dans l'expérience italienne

di Giuseppe Franco Ferrari*

Sommario : § 1. – Introduction : Les sources entre contraintes européennes et réforme constitutionnelle. § 2. – Structure. § 3. – Fonctions. § 4. – Activités. § 5. – Dotation et gestion financière. § 6. – Considérations conclusives.

§ 1. – *Introduction : Les sources entre contraintes européennes et réforme constitutionnelle*

La crise des dettes souveraines qui a investi l'Union Européenne (et, en son sein, l'Uem) à la fin de la première décennie du XXI° siècle a mis en évidence la fragilité de la discipline fiscale et de bilan de nombreux Etats membres et a rendu nécessaire une intervention des sources communautaires afin de rendre d'autant plus efficace la gouvernance économique de l'Ue. L'option pour la constitution d'organismes indépendants de bilan (les soi-disant *fiscal councils*) est le résultat d'une série d'actes réglementaires qui est fondée sur le soi-disant *six pack* introduit en 2011[1]; le seul acte non directement efficace de ce

* Università degli Studi Bocconi – Milano.

[1] Directive n. 2011/85/Ue et Règlements n. 1173, 1174, 1175, 1176 et 1177/2011. Le thème des *fiscal councils* a fait l'objet de différentes études, à partir de perspectives aussi bien juridiques qu'économiques. Sous le premier profil, on retrouve un développement global dans G. Kopits (édité par), *Restoring Public Debt Sustainability. The Role of Indipendent Fiscal Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 2013, contenant également une section consacrée au cas italien: F. Balassone, D. Franco, C. Goretti, *Italy: What Role for an Indipendent Fiscal Institution?*, in G. Kopits (eds.), *Restoring Public Debt Sustainability. The Role of Independent Fiscal Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 250-269. Dans le cadre de la littérature économique, on peut rappeler quelques-uns utiles *discussion papers* du Centre For Economic Policy Research: R. Beetsma, X. Debrun, *Fiscal Councils: Rationale and Effectiveness*, février 2016; R. Beetsma, X. Debrun, R. Sloof, *The political economy of fiscal transparency and indipendent fiscal councils*, julliet 2017; R. Beetsma, X. Debrun, X. Fang, Y. Kim, V.D. Lledo, S. Mbaye, X. Zhang, *Indipendent fiscal councils: recent trends and performance*, mars 2018. Egalement le MEF a publié un *working paper* intéressant qui examine ce thème sous forme

paquet, la Directive 2011/85, prévoyait l'obligation d'instauration de *fiscal councils* nationaux, obligation réitérée également par le Traité sur la Stabilité, la Coordination et la Gouvernance de l'Union économique et monétaire (le soi-disant *fiscal compact*) qui, en renvoyant à l'obligation d'instituer le mécanisme de correction, ajoutait le devoir de définir rôle et indépendance des institutions nationales responsables pour le contrôle et le respect de ces dispositions. Une autre impulsion à l'introduction d'organismes indépendants du budget fut donnée par l'approbation du soi-disant *two pack* en 2013[2]; le second des deux actes en question renouvelait l'obligation d'instituer des organes indépendants ou ayant une autonomie fonctionnelle de la part des autorités du budget des Etats membres et chargés de formuler des prévisions macroéconomiques impartiales. En outre, il est opportun de également mentionner la recommandation du Conseil formulée en 2014 vis-à-vis de l'Italie sur la nécessité de garantir l'indépendance et la totale opérabilité du Bureau parlementaire du budget avant le mois de septembre 2014 et à temps pour le débat parlementaire de la loi de finance pour l'année 2015[3].

En ce qui concerne les sources de rang national, une première mention de l'organe en question se retrouve dans la loi constitutionnelle n. 1/2012, approuvé à grande majorité par le Parlement sous le Gouvernement de l'ex-Commissaire Européen Mario Monti, qui modifia l'art. 81 de la Constitution italienne en introduisant le principe de l'équilibre de budget[4] et prévoyant une réserve de loi renforcée (à approuver à la majorité absolue des membres de chaque Chambre) dont le contenu est indiqué en détail à l'art. 5 de la loi constitutionnelle 1/2012. Notamment, l'art. 5, alinéa 1, f) impose que cette loi prévoit «l'institution auprès des Chambres, dans le respect de l'autonomie constitutionnelle relative, d'un organisme indépendant auquel attribuer des fonctions d'analyse et de contrôle de l'évolution de la finance publique et d'évaluation du respect des règles de budget». Le Parlement italien a exercé la délégation conférée par la loi constitutionnelle en approuvant

d'analyse économique : G. Coletta, C. Graziano, G. Infantino, *Do fiscal councils impact fiscal performance?*, fasc. 1, 2015.

[2] Règlement n. 472 et 473/2013.

[3] Recommandation du conseil sur le programme national de réforme 2014 de l'Italie et qui formule un avis du Conseil sur le programme de stabilité 2014 de l'Italie. COM (2014) 413 final, 2 giugno 2014, (url : *http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0413&from=EN*). Pour une présentation utile du point de vue de l'Union européenne en matière de *fiscal councils*, cf. L. Jankovics, M. Sherwood, *Indipendent Fiscal Insistutions in the EU Member States. The Early Years*, European Commission - Directorate-General for Economic and Financial Affairs, juillet 2017.

[4] T.F. Giupponi, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, dans *Quaderni costituzionali*, n. 34, fasc. 1, 2014, 51-77.

compte-rendu de la gestion qui, après l'approbation du Conseil, sont transmis aux Présidents des deux Chambres.

§ 6. – *Considérations conclusives*

Sous le profil de l'organisation, le Bureau a très vite augmenté son effectif, frôlant déjà à la moitié de 2015 sa limite dimensionnelle pour les trois premières années (29 unités pour un maximum de 30)[45]. Pour ce qui concerne le bénéfice des données en vue de l'élaboration de ses documents, malgré que la loi prévoie expressément l'accès pour le Bureau à toutes les banques de données importantes, on ne peut encore affirmer que la procédure soit totalement complétée. L'efficacité concrète de l'action du Bureau ne pourra de toute façon faire abstraction du recours du Parlement, au moment de la session du budget, aux analyses rédigées par le Bureau même. A ce propos, la mise en œuvre de la procédure "comply or explain" qui ne s'était pas encore manifestée, offrira des idées relatives à l'extension et l'intrusivité de la motivation par laquelle le Gouvernement justifie la divergence entre ses prévisions et celles formulées par le Bureau. En outre, une plus grande couverture de l'activité du Bureau sur les moyens de communication de masse, garantirait davantage la réalisation de cet objectif de transparence et acountability du processus de décision en matière de finance publique subordonnée à l'institution du Bureau. Il y a lieu d'ajouter à cela que, suite à la non approbation de la réforme constitutionnelle pour le referendum du 4 décembre 2016, une fenêtre s'est ouverte si possible propice à la réforme des règlements parlementaires des deux Chambres, dans le cadre de laquelle on pourrait considérer l'introduction de mécanismes propres à mettre en valeur la participation du Bureau[46].

Abstract

The article examines the introduction of the Parliamentary Budget Office into the Italian legal system. This figure is already present in other countries and habitually included in the category of fiscal councils. First of all, the discussion elaborates on the factors which later led to the constitutional reform of 2012 and to amend art. 81 of the Constitution, thus introducing the principle of budgetary balance. This preliminary survey is followed by a presentation

[45] Une première évaluation internationale de l'activité du Bureau se retrouve dans une étude publiée par l'Ocde: L. von Trapp, I. Lienert, J. Wehner, *Principles for indipendent fiscal institutions and case studies*, dans *OECD Journal on Budgeting*, 2 (2015), 139-1151.

[46] V. Tonti, *op. cit.*, 189-190.

of the regulatory sources governing the Office and an examination of its collegial structure. The article contains an illustration of the functions and activities of the Office, both "on paper" and on the basis of what actually took place up to the first months of 2018. Finally, the study closes with some reflections about the potential of the Office in matters of accountability of the decision-making process in the field of public finance.

La riforma del regolamento del Senato e il travagliato avvio della XVIII legislatura

di Tommaso F. Giupponi*

Sommario: § 1. – La fine di un lungo percorso: la riforma del regolamento del Senato approvata il 20 dicembre 2017. § 2. – Le nuove disposizioni sui gruppi parlamentari e il tentativo di arginare il "transfughismo". § 3. – Il potenziamento del ruolo delle Commissioni permanenti nell'esercizio delle funzioni parlamentari. I tempi del procedimento legislativo. § 4. – Le modalità di votazione e la fine di uno storico disallineamento con la Camera dei deputati. § 5. – Quale bicameralismo dopo il fallimento della riforma costituzionale del 2016 e la riforma del Regolamento del Senato?

§ 1. – *La fine di un lungo percorso: la riforma del regolamento del Senato approvata il 20 dicembre 2017*

A settant'anni dall'approvazione della Carta costituzionale da parte dell'Assemblea costituente, e dopo circa trent'anni dall'ultima ampia modifica regolamentare interna (1988), il Senato ha approvato una nuova, organica riforma del suo Regolamento[1]. Analoghe iniziative, come noto, erano state più volte presentate nel corso delle precedenti legislature, ma non erano mai state approvate in via definitiva, avendo sempre optato l'Assemblea di Palazzo Madama per limitate e puntuali revisioni.

Diversamente, la Camera dei deputati è intervenuta approvando un'ampia riforma delle proprie norme regolamentari già nel corso della XIII legislatura (1997), anche alla luce della necessità di adeguare la sua organizzazione e il suo funzionamento al nuovo sistema elettorale

* *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna.

[1] Tra i primi commenti alla riforma si segnalano, tra gli altri, M. Podetta, *La proposta di riforma regolamentare all'esame del Senato. Inadeguati colpi di acceleratore di fine Legislatura*, in *Nomos*, n. 3/2017; A. Carboni, M. Magalotti, *Prime osservazioni sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, in *Federalismi.it*, 2018; N. Lupo, *La riforma del (solo) Regolamento del Senato alla fine della XVII legislatura*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, n. 1/2018.

del 1993, di impianto prevalentemente maggioritario, che aveva strutturato il sistema politico in chiave bipolare[2].

Due, in via generale, le questioni oggetto di ripetuta attenzione in occasione dei diversi tentativi di riforma operati nelle ultime legislature: a) la necessità di garantire una più efficace gestione dei tempi delle procedure parlamentari (con particolare riferimento all'esercizio della funzione legislativa); b) l'introduzione di uno "statuto dell'opposizione", in grado di garantire le prerogative delle minoranze parlamentari.

Nel caso delle due ultime legislature, tuttavia, diversi sono stati i fattori che hanno impedito l'approvazione delle riforme organiche dei regolamenti parlamentari via via presentate[3]; per quanto riguarda la XVI legislatura, infatti, la crisi finanziaria del 2011 e la successiva legislazione "emergenziale" hanno comprensibilmente assorbito l'attenzione delle Assemblee parlamentari, mentre nel corso della XVII legislatura la presentazione della proposta di riforma costituzionale del governo Renzi (parallelamente alla riforma elettorale approvata nel 2015) ha inevitabilmente monopolizzato il dibattito parlamentare sulle riforme istituzionali.

Come noto, infatti, tra le molteplici disposizioni contenute nel progetto di revisione costituzionale respinto dal corpo elettorale in occasione del referendum del 4 dicembre 2016, ve ne erano anche alcune finalizzate ad intervenire sui "tempi" del procedimento legislativo (attraverso, ad es., la previsione del c.d. voto a data certa), mentre altre rinviavano espressamente alla disciplina regolamentare interna del Parlamento la previsione di specifiche garanzie per le «opposizioni» e per le «minoranze»[4].

Fallito il progetto di revisione costituzionale, la discussione in seno alla Giunta per il Regolamento del Senato (diversamente da

[2] Sul punto, per tutti, cfr. A. Morrone, *Quale modello di governo nella Riforma del Regolamento della Camera dei deputati?*, in *Quaderni costituzionali*, 1998, 449 ss.

[3] Cfr., su tali tentativi, A. Pertici, *Il Parlamento tra Governo e Governo-ombra: prime note sulle recenti proposte di modifica dei Regolamenti parlamentari*, in *Rivista AIC*, 2008; S. Curreri, *Le riforme regolamentari possibili*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2008; F. Rosa, *Il Parlamento all'ombra del Governo in due recenti proposte di modifica dei Regolamenti parlamentari*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2008; A. Saitta, *Sulle proposte di modifica dei Regolamenti parlamentari ad inizio della XVI legislatura*, in *Rassegna parlamentare*, n. 4/2008, 871 ss.; E. Gianfrancesco, N. Lupo (a cura di), *La riforma dei regolamenti parlamentari al banco di prova della XVI legislatura*, Roma, Luiss University Press, 2009; G. Savini, *Note minime sulle proposte di modifica dei Regolamenti parlamentari*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009; D. Nocilla, *Un commento su di una proposta di riforma del regolamento del Senato*, in *Rassegna parlamentare*, n. 4/2012, 887 ss.; N. Lupo, G. Perniciaro, *Riforma del Regolamento del Senato: un approccio bipartisan, ma ancora non sufficientemente organico*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2012; F. Socci, *La proposta di riforma del Regolamento interno in discussione al Senato*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, n. 5/2012.

[4] Si ricorda, in questo senso, la previsione di un nuovo comma da inserire nell'art. 64 Cost., in base al quale «i regolamenti delle Camere garantiscono i diritti delle minoranze parlamentari. Il regolamento della Camera dei deputati disciplina lo statuto delle opposizioni».

Abstract

At the end of the seventeenth Legislature, and after the failure of the Italy's constitutional referendum of December 4, 2016, a new electoral system and, after years of debate, a complete renovation of Senate's inner regulations, which will take effect starting the new Parliament mandate, have been approved. Amongst this latter reform, it is possible to account the new regulation of parliamentary groups (with measures preordered to impairing the so called "transfughismo"), a higher consideration for parliamentary commissions (both in the legislative process and with respect to directive and control activities) and the new voting method (specifically concerning the secret ballot and abstention). This essay stresses the main changes introduced by the Senate's regulation change, by pointing out its benefits and difficulties, with a special consideration for the need of a homogenous regulation of the procedural and organizational rules of the two bodies of the Parliament.

Il giudice amministrativo fra macro e micro economia

di Fabio Merusi*

Sommario: § 1. – Uno schema dei possibili rapporti del giudice amministrativo con l'economia. § 2. – Se le decisioni del giudice amministrativo possono incidere su fenomeni macroeconomici. Lo Stato debitore è arrivato fin all'art. 133 c.p.a. § 3. – Sulle componenti del debito pubblico. Le fidejussioni dello Stato. § 4. – L'allargamento soggettivo imposto dall'Unione Europea. Il furto di giurisdizione dei contratti derivati da parte della Corte di Cassazione. § 5. – Giustizia amministrativa e finanza pubblica. I soggetti della finanza pubblica e lo spostamento *ex lege* della giurisdizione alla Corte dei Conti. Il giudice amministrativo non è più il giudice della finanza pubblica. § 6. – Giudice amministrativo e sistema creditizio. Il giudice amministrativo non si occupa per autonoma scelta di banche. Dalla banca intermediario fra risparmio e credito alla banca universale: cronaca di una "pulizia etnica" forse talvolta illegittima. § 7. – Esclusione dalla nostra indagine degli effetti delle decisioni del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità amministrative indipendenti. § 8. – Giudice amministrativo e microeconomia. Dagli effetti delle decisioni del giudice amministrativo su questioni microeconomiche non si possono trarre illazioni sul ciclo economico e sulla misura delle componenti economiche fondamentali. § 9. – Sintesi.

§ 1. – *Uno schema dei possibili rapporti del giudice amministrativo con l'economia*

Il giudice amministrativo ha qualcosa a che fare con l'economia? A giudicare dal numero dei convegni nei quali a proposito della recente crisi economica si tira in ballo il giudice amministrativo o agli studi che, sempre a proposito di fenomeni connessi con la crisi economica, nei quali si menziona, a vario titolo, il giudice amministrativo sembrerebbe di sì. Per evitare di parlare d'altro dietro al paravento di fenomeni economici o di fenomeni economici difficilmente riferibili alla giurisprudenza amministrativa è sembrato opportuno redigere uno schema dei possibili

* Scuola Superiore Sant'Anna.

Il contributo è la Relazione tenuta al 3° Convegno Associativo dell'ADDE (Associazione dei Docenti di Diritto dell'Economia) tenutosi a Trento il 30 novembre 2017, dal titolo "I giudici e l'economia".

rapporti del giudice amministrativo con l'economia. Dando per scontati naturalmente i limiti conoscitivi che tutti gli schemi comportano.

In primis è sembrato opportuno distinguere il rapporto del giudice amministrativo con fenomeni microeconomici oppure con fenomeni macroeconomici. Senza peraltro entrare nel dibattito aperto fra gli economisti sulla portata della distinzione fra macro e micro economia: se i fenomeni macroeconomici siano necessariamente la sommatoria dei fenomeni microeconomici oppure se la macroeconomia abbia delle componenti autonome, irriducibili a fenomeni microeconomici. Per la possibile incidenza delle decisioni o delle non decisioni del giudice amministrativo si è usata la distinzione in senso descrittivo, quantitativo, avuto riguardo alle dimensioni del fenomeno economico e, di conseguenza, alla incidenza nel fenomeno economico delle decisioni del giudice amministrativo[1].

§ 2. – *Se le decisioni del giudice amministrativo possono incidere su fenomeni macroeconomici. Lo Stato debitore è arrivato fin all'art. 133 c.p.a.*

Le decisioni del giudice amministrativo possono incidere su fenomeni macroeconomici? Direi senz'altro di sì, dal momento che il contenzioso amministrativo è addirittura nato in occasione di un fatto macroeconomico: per impedire che il giudice ordinario potesse occuparsi del debito pubblico e dei possibili atti del potere esecutivo previsti per estinguerlo. Una nascita in negativo. Se il potere giudiziario non doveva occuparsene la tutela del cittadino non poteva essere che essere affidata ad organi dello stesso potere esecutivo i quali si trasformarono, *naturaliter*, in giudici, passando da consultivi a decisori, cioè in organi giudiziari interni allo stesso potere esecutivo. Il contenzioso amministrativo fu cioè un figlio dello Stato debitore, sottratto *ope legis*, per salvaguardare la divisione dei poteri, al giudice ordinario. Non è certo qui il caso di ripetere per l'ennesima volta la storia della nascita del contenzioso amministrativo e della sua evoluzione nell'ordinamento rivoluzionario francese e negli Stati investiti dall'esportazione napoleonica. Per quel che in questa sede ci interessa basti ricordare che il Re di Sardegna appena sbarcato a Nizza dopo l'esilio sardo determinato dall'invasione napoleonica della Savoia e del Piemonte emanò un

[1] Per la descrizione dei limiti e dei problemi derivanti dalla distinzione fra macro e microeconomia si è fatto riferimento a L.R. Klein, *Macroeconomia, econometria e politica economica*, Bologna, il Mulino, 2006 e agli esempi di utilizzazione della distinzione contenuti in B. Jossa, A. Nardi (a cura di), *Lezioni di macroeconomia*, Bologna, il Mulino, 1992; A.B. Abel, B.S. Bernanke, *Macroeconomia,* Bologna, il Mulino, 1994; E.S. Phelps, *Economia politica,* Bologna, il Mulino, 1987.

la sua pubblicazione, ma descrive bene lo stato di economia amministrativamente autorizzata dell'economia italiana.

Qualcuno potrebbe correggere quanto in precedenza affermato osservando che per alcuni settori l'economia italiana non è più una economia autorizzata, bensì, all'opposto, una economia liberalizzata. Così è per molte professioni, alcuni servizi, per gli esercizi commerciali, per l'assistenza farmaceutica, per i carburanti e per gli ex generi di monopolio. Ma, in realtà, bisogna precisare in che modo è stata prevista la c.d. liberalizzazione. In tutte le liberalizzazioni la liberalizzazione è stata prevista invertendo l'ordine del possibile intervento della Pubblica Amministrazione: non prima dell'inizio dell'attività, ma dopo, in via inibitoria[15]. L'intervento della Pubblica Amministrazione, sia pur successivo e sia pur eventuale, avviene mediante un provvedimento amministrativo, con la conseguenza che anche l'intervento del giudice amministrativo avviene con riferimento ad un provvedimento amministrativo, emesso o preteso. Con conseguenti effetti microeconomici per i quali valgono le precedenti osservazioni fatte per le sentenze e in genere gli atti giudiziari, riferiti e riferibili ai provvedimenti "autorizzativi" *ex ante*. Come dire che sempre di fenomeni microeconomici si tratta, sia che si impugni un provvedimento *ex ante*, sia che si impugni un provvedimento inibitorio *ex post*.

§ 9. – *Sintesi*

In sintesi: il giudice amministrativo ha a che fare con la macroeconomia, ma in più di un caso appena vede le sue decisioni qualcuno decide di togliergli la giurisdizione oppure egli stesso decide di non esercitarla. Abitualmente però le decisioni del giudice amministrativo – atteso il carattere di economia "autorizzata" da provvedimenti amministrativi dell'economia italiana – hanno effetti microeconomici, non utilizzabili, come tali, per valutazioni sul ciclo economico e, in genere, sui "fondamentali" dell'economia, in un determinato momento storico.

Abstract

The administrative judge usually deals with macroeconomics but in more than one case the legislator decides to remove his jurisdiction in favor of other judges. Generally speaking, though, administrative judgments affect microeconomics and are not usable for the evaluation of the economic cycle.

[15] Per la cui descrizione si rinvia a F. Merusi, *Metamorfosi dell'intervento pubblico nell'economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in *Dir. amm.*, 2015, 579 ss.

La Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli e il mito di Sisifo

di Valeria Piergigli*

Sommario: § 1. – Introduzione: il progressivo consolidamento della Corte dopo un avvio stentato. § 2. – La giurisprudenza di merito (2013-2018): le condanne degli Stati resistenti e la tutela dei diritti individuali e collettivi. § 3. – Il "dialogo" con gli organismi internazionali di protezione dei diritti. § 4. – L'esecuzione delle sentenze e i giudizi sulle riparazioni: il deludente *follow-up* degli Stati. § 5. – Conclusioni: la Corte come Sisifo?

§ 1. – *Introduzione: il progressivo consolidamento della Corte dopo un avvio stentato*

Con l'insediamento, nel 2006, della Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (d'ora in avanti: Cadup), il sistema africano di garanzia dei diritti si è allineato agli omologhi apparati regionali, europeo ed interamericano. Rispetto a questi ultimi, quello africano presenta aspetti di analogia ma anche elementi di differenziazione, che si possono comprendere alla luce del peculiare contesto socio-politico-culturale di questo vasto ed eterogeneo continente[1].

La volontà di creare un meccanismo giurisdizionale per la protezione dei diritti fondamentali è dunque maturata in Africa solo recentemente. Non si deve dimenticare infatti che l'opzione iniziale degli estensori della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981 (c.d. Carta di Banjul, in vigore dal 1986) di affidare la tutela regionale

* Università degli Studi di Siena.

[1] Diversamente dalla Corte europea di Strasburgo che fa parte del Consiglio d'Europa – organizzazione appositamente istituita all'indomani della seconda guerra mondiale con lo scopo di promuovere la democrazia, la pace e la protezione dei diritti umani – la Corte africana è inquadrata, fin dalla sua istituzione, in una organizzazione intergovernativa che nel continente era nata per sconfiggere il colonialismo e rafforzare la sovranità degli Stati (Organizzazione per l'unità africana-Oua, 1963). Soltanto più tardi (2001) il sistema ha affiancato agli obiettivi originari, parzialmente rivisti, l'approccio favorevole alla promozione dei diritti umani.

dei diritti ad un organismo non giurisdizionale (Commissione) era stata motivata, tra l'altro, dalla opportunità di assecondare la tradizione culturale africana, tendenzialmente incline a ricercare soluzioni amichevoli e negoziate piuttosto che a percorrere la via contenziosa. Fatto sta che, sul finire degli anni novanta, una serie di circostanze, tra le quali l'esigenza non più rinviabile di rafforzare la garanzia dei diritti e l'influenza dei meccanismi regionali di protezione, altrove consolidati, spingevano i capi di Stato e di governo – riuniti nella Organizzazione per l'unità africana (Oua), trasformata nel 2001 nella Unione africana (Ua) – verso la scelta di completare i compiti della originaria Commissione, affiancandovi una Corte che veniva dotata di funzioni giurisdizionali e consultive.

A dire il vero, una volta presa questa decisione, con la adozione nel 1998 di un Protocollo addizionale alla Carta africana dei diritti, l'avvio effettivo dell'istanza giurisdizionale non è stato immediato[2]. Basti pensare che tra la formale previsione della Corte ed il giuramento degli undici giudici che la compongono nella sede di Arusha (Tanzania) trascorrevano ben otto anni (1998-2006). A ciò si aggiunga che per quasi un quinquennio (2009-2013) la Cadup ha adottato, accanto ad ordini di misure cautelari, esclusivamente provvedimenti di rigetto per difetto di giurisdizione che precludevano la prosecuzione dei giudizi. Solitamente la declaratoria di irricevibilità era derivata dalla impossibilità di giudicare i ricorsi, in quanto proposti contro soggetti diversi dagli Stati parti del Protocollo addizionale oppure avanzati da singoli cittadini o da organizzazioni non governative (Ong) che non sono abilitati a ricorrere alla Cadup, a meno che lo Stato chiamato in causa non abbia rilasciato formale dichiarazione di accettazione di questa facoltà. Inoltre, la Ong ricorrente deve possedere lo *status* di osservatore presso la Commissione africana (art. 5, comma 3, e art. 34, comma 6, Prot. add.)[3]. Più

[2] Il Protocollo addizionale del 1998, istitutivo della Cadup, raggiungeva nel 2004 il numero delle quindici ratifiche necessarie per l'entrata in vigore. Nell'ampia letteratura sul sistema regionale africano di protezione dei diritti umani, v. negli anni recenti: F. Viljoen, *The African Regional Human Rights System,* in C. Krause, M. Scheinin (eds.), *International Protection of Human Rights. A Textbook,* Turku, Åbo Akademi University Institute for Human Rights, 2012, 551 ss.; A. Lollini, *La Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli e il "nuovo" sistema regionale di protezione dei diritti fondamentali,* in L. Cappuccio, A. Lollini, P. Tanzarella (a cura di), *Le Corti regionali tra stati e diritti,* Napoli, Esi, 2012, 203 ss.; R. Cadin, *"We have an African dream". Sviluppi istituzionali e giurisprudenziali del sistema africano di protezione dei diritti umani e dei popoli,* in www.*federalismi.it,* n. 22/2013; R. Orrù, *Il sistema regionale africano dei diritti: prolegomeni a una vicenda evolutiva nel segno della complessità multilivello,* in L. Mezzetti, C. Pizzolo (cur.), *Diritto costituzionale transnazionale. Atti del Seminario internazionale di studi, Bologna, 6 marzo 2012,* Bologna, Filodiritto, 2013, 193 ss.; G. Pascale, *La tutela internazionale dei diritti dell'uomo nel continente africano,* Napoli, Jovene, 2017.

[3] Dei cinquantacinque Paesi che aderiscono all'Unione africana, trenta hanno finora ratificato il Protocollo addizionale, ma soltanto otto hanno depositato la dichiarazione opzionale per l'accesso di cittadini e Ong. Si tratta di: Tanzania, Burkina Faso, Ghana, Malawi, Mali, Costa d'Avorio, Benin e Tunisia. Il Ruanda ha ritirato la sua dichiarazione il 29 gennaio 2016, con effetto dal 1° marzo 2017 (v. *infra* nota 7). Sono, invece, abilitati a rivolger-

governativa, quale è l'Unione africana, che persegue prioritariamente finalità di integrazione politica e socio-economica, potrebbe inficiare i timidi progressi finora compiuti dalla Corte di Arusha ed imprimere ulteriori rallentamenti alla edificazione di una cultura dei diritti umani che in molte aree del continente stenta a radicarsi.

Abstract

The article deals with the case law of the African Court on Human and Peoples' Rights. With regard to the contentious matters, between June 2013 and May 2018 the Court took nineteen judgments on the merits. Significantly, most cases were coming from applications of individuals and NGOs. The Court largely declared the violation of the Banjul Charter, as well as of other relevant international treaties, on behalf of the States involved. In the face of these encouraging developments in the regional protection of human rights, what is still lacking is the full implementation of Court's judgments by the States condemned.

il Protocollo del 2008 risultava ratificato soltanto da sei Stati. Esso prevede l'articolazione della Corte unificata in due Sezioni, ciascuna composta da otto giudici: la Sezione affari generali e la Sezione diritti umani, rispettivamente competenti a decidere su qualunque questione di diritto internazionale che coinvolga uno Stato membro dell'Unione africana e ad accertare le violazioni, commesse dagli Stati membri, di accordi internazionali ratificati in materia di diritti umani, compresi la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, la Carta africana sui diritti e sul benessere dei fanciulli del 1990 e il Protocollo alla Carta africana sui diritti delle donne del 2003, sino a «any question of international law». Senonché, successivamente (27 giugno 2014) l'Unione africana ha approvato il *Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights*, che affianca una terza sezione, competente in materia di diritto penale internazionale. Per l'entrata in vigore, il nuovo *Protocol* necessita di quindici ratifiche; per il momento, esso è stato firmato da undici Paesi, ma nessun strumento di ratifica risulta depositato (*http://www.au.int/en/treaties/status)*. Ad ogni modo, l'entrata in vigore di quest'ultimo Protocollo emendativo è subordinata alla entrata in vigore del Protocollo sullo Statuto della Corte unificata del 2008.

Sistema elettorale e forma di governo parlamentare: come fuoriuscire dall'ideologia maggioritaria

di Mauro Volpi*

Sommario: § 1. – Crisi della democrazia rappresentativa e dei sistemi politici bipolari. § 2. – La minore decisività dei sistemi elettorali selettivi. § 3. – La vicenda anomala delle leggi elettorali in Italia. § 4. – Il "Rosatellum": sistema pessimo e eterogenesi dei fini. § 5. – La pervicacia dell'ideologia maggioritaria. § 6. – Per un nuovo sistema elettorale che rispetti la volontà degli elettori e favorisca la ricostruzione della politica. § 7. – Per una forma di governo parlamentare razionalizzata.

§ 1. – *Crisi della democrazia rappresentativa e dei sistemi politici bipolari*

La riflessione sulle forme di governo parlamentari e sui sistemi elettorali non può prescindere da due considerazioni relative al contesto istituzionale e politico all'interno del quale deve necessariamente collocarsi. La prima riguarda lo stato di crisi della democrazia liberale e rappresentativa che coinvolge, anche se in misura differenziata, le più importanti democrazie contemporanee. Negli anni scorsi, soprattutto in Italia, ha prevalso l'idea che si trattasse di una crisi di "governabilità". Già il termine utilizzato è improprio, in quanto etimologicamente indica l'attitudine ad essere governati, per cui è preferibile parlare di "stabilità di governo" e ancora più corretto sarebbe parlare di "buon governo", intendendo per tale un esecutivo non solo duraturo ma anche efficiente. Ma quel che più conta è che la crisi delle democrazie è soprattutto una crisi di rappresentanza e di partecipazione che si concretizza nel distacco di un numero crescente di cittadini dalla politica e dalle istituzioni[1]. Qui sta la radice della difficoltà di assicurare un governo democratico di società sempre più complesse e insoddi-

* Università degli studi di Perugia.

[1] Sono significativi in tal senso i dati risultanti dall'inchiesta condotta dalla *Fondation pour l'innovation politique* tra il 15 febbraio e il 9 marzo 2017 sulle opinioni dei cittadini di

sfatte. E neppure un governo con un'ampia maggioranza parlamentare (com'è stato in Italia il quarto governo Berlusconi tra il 2008 e il 2011) è riuscito a durare per l'intera legislatura e ha dovuto passare la mano ad un governo composto da tecnici.

La crisi della democrazia caratterizza non solo le democrazie consensuali ma anche quelle maggioritarie ispirate al "modello Westminster", che faticano a dare vita a governi di maggioranza (come dimostrano i governi di minoranza costituiti in Spagna e nel Regno Unito dopo le ultime elezioni politiche, tenutesi rispettivamente nel 2016 e nel 2017) o impiegano tempo per formare un governo (quasi sei mesi sono occorsi in Germania per costituire all'inizio del 2018 un governo di larga coalizione tra Unione democristiana e Partito socialdemocratico, il terzo nelle ultime quattro legislature)[2]. Inoltre la crisi è trasversale anche rispetto alle forme di governo, riguardando anche quelle nelle quali la stabilità di governo è assicurata dalla elezione popolare della persona posta alla testa del potere esecutivo. Basti pensare negli Stati Uniti alle fibrillazioni e ai contrasti che caratterizzano i rapporti tra il Presidente Trump e gli altri poteri costituzionali (il Congresso e il potere giudiziario) e in Francia al crollo della partecipazione popolare, che nel secondo turno delle elezioni per l'Assemblea nazionale del 28 giugno 2017, ha riguardato il 43,64% degli elettori, ma, se si tiene conto dell'alto numero di schede bianche e nulle, si è ridotta al 38% degli aventi diritto.

La seconda considerazione di contesto attiene al cambiamento dei sistemi politici, che coinvolge sia la qualità dei soggetti politici sia la natura dei sistemi di partito. Quanto al primo aspetto vengono in considerazione la caduta progressiva in Europa dei partiti socialdemocratici, con la sola eccezione di quelli operanti in Portogallo e nel Regno Unito che hanno realizzato o proposto politiche riformiste più radicali, derivante dal fallimento della "Terza Via" teorizzata in Europa nel periodo dei governi Blair[3], e parallelamente la nascita o la crescita costante di partiti e movimenti populisti e in particolare di forze radicali di destra nazionaliste, xenofobe e antieuropeiste, che secondo sondaggi recenti potrebbero costituire la seconda componente politica alle

ventisei Pesi democratici, di cui ventitré membri dell'Unione Europea e tre esterni (fra cui gli Stati Uniti); cfr. D. Reynié (sous la direction de), *Où va la démocratie?*, Paris, Plon, 2017. Per una recente analisi di insieme v. Y. Mounk, *Popolo vs Democrazia. Dalla cittadinanza alla dittatura elettorale*, trad. it., Milano, Feltrinelli, 2018.

[2] V. diffusamente M. Volpi, *La crisi del modello maggioritario tra sistemi elettorali e forme di governo*, relazione tenuta al Convegno "Ancora terremoti? Il paesaggio politico dopo un anno elettorale", Torino, 26-27 ottobre 207, in corso di pubblicazione in *Teoria politica*.

[3] V. l'intervista di G. Amato, *Il populismo non è sconfitto. La Terza via per la sinistra è stata un fallimento storico*, in *Corriere della Sera*, 13 giugno 2017.

ta per un Senato fortemente legittimato (il contrario di quello che faceva la riforma costituzionale Renzi-Boschi).

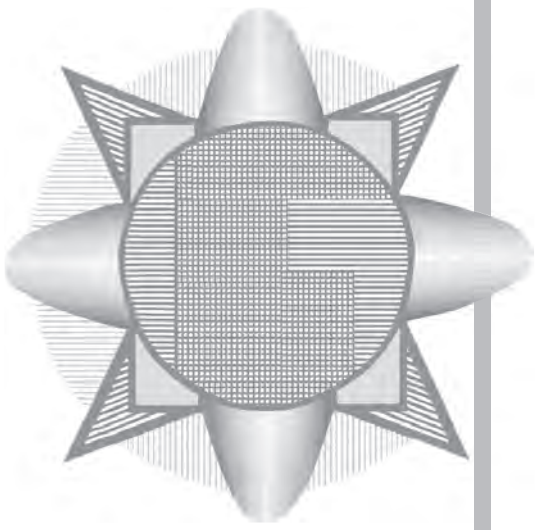
L'adozione del modello tedesco sia per la forma di governo che per il sistema elettorale risolverebbe miracolosamente i problemi della democrazia in Italia? Certamente non sarebbe sufficiente. Si può infatti avviare a soluzione la crisi italiana solo se si riesce a dare risposta alle esigenze sociali e di partecipazione popolare e a costruire dei partiti che abbiano un forte radicamento sociale, nonché «la capacità di elaborare progetti validi, la visione del futuro, la qualità e la competenza della classe dirigente, il senso dello Stato, persino un minimo di coerenza ideologica e – nel contempo – di sano pragmatismo»[26]. Senza di ciò le proposte di ingegneria costituzionale ed elettorale non sono decisive e possono essere controproducenti quando sono incentrate sul ruolo del Capo eletto dal corpo elettorale e quindi su un ulteriore ridimensionamento dei corpi intermedi, politici e istituzionali. Al contrario le soluzioni istituzionali da prescegliere sono quelle che possono favorire il progressivo emergere di un quadro che rivaluti la partecipazione popolare, la rappresentanza e il ruolo dei partiti politici.

Abstract

The crisis of representative democracy and also of bipolar party system requires in Italy the overcoming of the majority ideology that characterized the most recent electoral systems and the presidentialist proposals as well as the adoption of a correct proportional system and of a rationalization of the parliamentary form of government based on the German model.

[26] Cfr. L. Tentoni, *I limiti della tecnica, il ruolo della politica*, in *www.mentepolitica.it*, 14 aprile 2018.

Maestri del Novecento



Costantino Mortati e la teoria della costituzione materiale
di Antonio Baldassarre

Vezio Crisafulli
di Sergio Bartole, Roberto Bin

Costantino Mortati e la teoria della costituzione materiale

di Antonio Baldassarre*

Sommario: § 1. – Da Lassalle ai costituzionalisti di Weimar. § 2. – Il passaggio dalle teorie della costituzione "materiale" dell'epoca di Weimar al pensiero di Costantino Mortati § 3. – Dalla teoria della costituzione «materiale» di Schmitt a quella di Mortati: le assonanze e, soprattutto, le differenze § 4. – Le ragioni storiche dell'anomalo successo della teoria di Mortati sotto la vigenza della costituzione democratica del 1948.

§ 1. – *Da Lassalle ai costituzionalisti di Weimar*

Tra gli anni '20 e '30 del XX secolo, soprattutto in Germania, s'è verificata la rinascita di un concetto che più di sessant'anni prima (1862) un dirigente politico d'ispirazione socialista, Ferdinand Lassalle, aveva divulgato in un paio di conferenze di grande successo: il concetto di «costituzione materiale».

L'idea di Lassalle si iscriveva nell'ambito dell'ideologia marxista, per la quale lo Stato e il diritto sono sovrastrutture o epifenomeni della struttura economico-sociale di una data società. La conseguenza di tale visione è che, essendo divisa la società in classi sociali in lotta fra loro ed essendo storicamente caratterizzata l'attuale convivenza tra gli esseri umani dal modo di produzione capitalistico, lo Stato e il diritto sarebbero in realtà il prodotto e lo strumento del dominio borghese sulle classi lavoratrici. Queste ultime, pertanto, non avrebbero dovuto guardare alle leggi e, in particolare, alla costituzione vigente come alla «vera» espressione della «volontà generale», poiché tale volontà sarebbe dovuta coincidere con gli interessi delle classi lavoratrici, che rappresentavano la «vera» maggioranza del popolo. La conclusione cui Lassalle perveniva era che la costituzione positiva veniva definita come «formale» nel senso che era un mero «pezzo di carta» e nulla

* LUISS "Guido Carli" – Presidente emerito della Corte costituzionale.

di più, mentre quella «vera», che egli chiamava «costituzione materiale», consisteva nella struttura economico-sociale di tipo capitalistico, che sottostava alla produzione delle leggi e della costituzione nell'interesse della classe borghese. Da tale premessa Lassalle perveniva alla conclusione che la battaglia politica dei partiti che rappresentavano gli interessi delle classi lavoratrici avrebbe dovuto essere quella per una nuova «costituzione materiale», che era come dire che quei partiti avrebbero dovuto impegnarsi procedendo a una rivoluzione diretta a cambiare la società capitalista e a istituire un assetto economico-sociale di tipo socialista.

Il punto della teoria di Lassalle che interessa gli studi giuridici sta nel fatto che essa resta ancorata al concetto tradizionale di costituzione, che risale a quello di *politeia*, diffuso nell'antica Grecia. Con quel concetto, che dall'antichità classica fino al secolo XVIII è rimasto invariato in Europa salve leggere e marginali modifiche, si è inteso indicare la struttura istituzionale caratterizzante una certa entità politica e, in particolare, il rapporto tra le singole istituzioni nelle quali consisteva la forma di governo e le distinte componenti o classi sociali della comunità politica considerata. Per fare un esempio, il famoso principio della separazione dei poteri elaborato da Montesquieu si iscriveva all'interno di tale concetto, allo stesso modo delle classiche definizioni della *politeia*, ossia della forma della *polis*, relative ad Atene, Sparta o Roma, che si leggono nelle opere di Platone, Aristotele, Senofonte o Polibio. In definitiva, quello di Lassalle, benché esposto nel 1862, e cioè ben oltre la Rivoluzione Francese, era un concetto riguardante l'"essere" delle istituzioni politiche: era un concetto descrittivo di quella che si riteneva essere la realtà sociale esistente al di sotto di un certo sistema istituzionale.

Questa straordinaria e anomala continuità d'un concetto tanto antico era in verità dovuta al fatto che la cultura giuridica e politica degli Stati europei ha faticato a far proprio il moderno concetto di costituzione, almeno fino a tutto il XIX secolo. Ciò si deve indubbiamente a ragioni storiche. Quel concetto ha, infatti, le sue origini fuori dall'Europa e, precisamente, tra i coloni americani, i quali, desiderosi di istituire unità politiche al riparo da interventi "arbitrari" della monarchia inglese, hanno stipulato con questa "patti" o "contratti" – le "Carte" – in cui erano contenute i "principi fondamentali" diretti ad assicurare una relativa indipendenza del governo delle colonie e, quindi, una certa libertà degli stessi coloni. Quando, poi, dopo la Rivoluzione Americana, si è trattato di fondare una nuova nazione, l'assenza di tradizioni culturali radicate nella storia di un popolo, che si stava allora formando, ha agevolato il successo dell'idea volta a individuare nella costituzione l'insieme dei valori o dei principi che dovevano caratterizzare la nuova Unione. E, poiché questi ultimi non provenivano

principali sistemi occidentali – si distinguono nell'ambito della costituzione positiva le norme contenenti i «principi supremi» dalle norme che non li contengono e si attribuisce ai primi un valore e un trattamento giuridico del tutto peculiari (non assoggettabilità alla revisione costituzionale, non derogabilità da norme comunitarie, etc.).

Questa distinzione risale agli anni '70 e verso la fine degli anni '80 è stata affermata anche nei confronti delle leggi costituzionali con una sentenza, la n. 1146/1988, nella quale essa ha costituito la *ratio decidendi* (altro che *obiter dictum*!) della principale eccezione di inammissibilità formulata in giudizio (insindacabilità delle leggi costituzionali in quanto tali). È veramente strano che a distanza di 30/40 anni da quelle decisioni la dottrina non abbia avvertito che quella giurisprudenza è in contraddizione con la tradizionale distinzione tra la Costituzione 'formale' e quella 'materiale', poiché caratterizza i principi supremi – quelli che Vezio Crisafulli ha immaginificamente definito come la «supercostituzione» – in ragione del contenuto e del carattere fondamentale di una parte di quel contenuto. Insomma, la separazione tra una costituzione definita soltanto per la sua «forma» (procedimento) e una definita per il suo contenuto («materia») non ha più senso in conseguenza di quella giurisprudenza. Per quest'ultima c'è solo una costituzione, quella positiva, le cui norme interne hanno un valore e un trattamento giuridico diversi in ragione del loro diverso contenuto normativo, vale a dire in ragione del fatto che contengano, o no, principi supremi.

Abstract

Many theories developed after World War II by the Italian doctrine of constitutional law were influenced by Mortati's idea of the "material constitution". Some of them, even if they do not link it to this idea, reproduce its meaning. The essay traces the "birth" and evolution of this "theory" within the European debate, and in particular from the "Weimar era" to Carl Schmitt.

Vezio Crisafulli

di Sergio Bartole, Roberto Bin*

Sommario: § 1. – Bio-bibliografia minima. § 2. – Disposizione e norma. § 3. – Interpretazione e poteri. § 4. – L'indirizzo politico. § 5. – Norme e principi. § 6. – Interpretazione costituzionale.

§ 1. – *Bio-bibliografia minima*

Lo scopo di queste pagine non è di tracciare la biografia di Vezio Crisafulli[1], né di sintetizzarne le opere e il pensiero. Si vorrebbe piuttosto fare emergere alcune note di fondo che caratterizzano l'opera di uno dei costituzionalisti più insigni del Novecento e indicare solo pochi degli spunti che traggono origine dai suoi scritti e che sembrano ancor oggi indicare la via della ricerca scientifica nella materia.

Un dato biografico che merita di essere evidenziato è che gli interessi scientifici di Crisafulli nascono nell'ambito degli studi di filosofia e di teoria generale del diritto. Si laureò infatti con Del Vecchio (a Roma, nel 1932) con una tesi su *La norma giuridica*, tema cui dedicò una breve monografia di qualche anno dopo (*Sulla teoria della norma giuridica*, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1935, con prefazione di Sergio Panunzio). Benché Crisafulli abbia definito «bambinate» gli scritti risalenti a prima dei suoi trent'anni[2], è proprio in questi lavori che si individuano già alcuni dei fili della sua successiva tessitura. Nel libro appena citato inizia infatti a maturare quell'idea per cui non tutto ciò che fa lo Stato è o si trasmuta in norma giuridica, che sarà poi alla

* Rispettivamente Università degli Studi di Trieste e Università degli Studi di Ferrara.

[1] Per la quale si può consultare la voce *Crisafulli, Vezio* scritta da Sergio Bartole e pubblicata in E. Cortese, I. Birocchi, A. Mattone, M.N. Miletti (a cura di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX sec.)*, vol. I (A-Les), Bologna, il Mulino, 2013.

[2] Cfr. A. D'Atena, *Vezio Crisafulli. Le anticipazioni giovanili dell'opera della maturità*, in *http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it*.

base del suo scritto fondamentale (anche se pubblicato ancora *under 30*) sull'indirizzo politico[3], che va letto in relazione con il saggio, di poco precedente, di Mortati[4]; e nello stesso solco muove anche il contributo sulla motivazione degli atti normativi[5], in cui c'è già la distinzione tra atto e norma che diverrà uno dei temi portanti della sua teoria delle fonti. Proprio a cavallo dei trent'anni iniziò quella riflessione sui principi generali del diritto – tema che allora si poneva sicuramente ai margini della nozione tradizionale di norma giuridica – che poi continuò con riferimento ai principi della nuova Costituzione, confluendo nell'opera rimasta punto di riferimento imprescindibile, cioè il volume *La Costituzione e le sue disposizioni di principio* (Milano, Giuffrè, 1952).

Nel mezzo vi fu la militanza politica, che lo occupò negli anni della Liberazione, durante i lavori della Costituente e poi nel periodo di avvio della nuova Repubblica. Nel 1944 Crisafulli partecipò con Nenni alla fondazione del Psiup e poi militò nelle file del Pci, di cui fu – ben si può dire – il costituzionalista di riferimento. Fu cooptato nella *Commissione Forti* ("Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato"), lo *staff* di tecnici istituito da Nenni, Ministro per la Costituente; non fu eletto all'Assemblea costituente, ai cui lavori però partecipò da "esterno" scrivendo sulla stampa quotidiana e periodica di ispirazione comunista e non solo. Decine e decine di articoli che commentarono tutte le fasi che precedettero, accompagnarono e seguirono l'approvazione della Costituzione: articoli ora raccolti (solo parzialmente ripubblicati, ma tutti resi raggiungibili in *open access*) dagli autori di questo scritto nel volume, recentemente edito da Franco Angeli (*Vezio Crisafulli, politica e costituzione. Scritti "militanti" 1944-1955*, Milano, Franco Angeli, 2018, con saggi introduttivi di S. Bartole e R. Bin).

Crisafulli però non ebbe incarichi politici, se non quello di commissario governativo all'Inail, che gli fu tolto appena le sinistre furono escluse dal Governo. Fu poi candidato, ma non eletto, al Senato nel 1953 e, soprattutto, fu il candidato del Pci alla Corte costituzionale per ben quattro anni («il partito per quattro anni pensò a me come membro della Corte costituzionale», dichiarò Crisafulli al *Corriere delle Sera*, 2-3 gennaio 1957): fu una vicenda penosa che finì male, per l'ostruzionismo di Fanfani e della componente più conservatrice della Dc. Il Pci dovette cedere e rinunciare alla candidatura: fu così possibile superare il lungo stallo e avviare finalmente il funzionamento della Corte costi-

[3] V. Crisafulli, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urb.*, n. 17, 1939, ora ripubblicato in V. Crisafulli, *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica Italiana, 2015, 3 ss.

[4] C. Mortati, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1931.

[5] V. Crisafulli, *Sulla motivazione degli atti legislativi*, in *Rivista dir. pubbl.*, 1937, 418 ss.

Abstract

The artide is aimed at emphasizing some peculiar aspects of the scientific contribution of Vezio Crisafulli who is defined as one of the most outstanding scholars in the field of the constitutional law of the XX century. Special attention is devoted to the fundamental distinction between the legai provisions, that are the linguistic statements adopted by the legislators, and the legai norms, which are conceived as the result of the interpretation of the texts of the law. Moreover, the authors underline the fact that even the identification of the relevant provisions implies the work of the interpreter as far as he is bound to look at the legai texts in the frame of the overall system of law while identifying, at the sa me time, the texts which have a normative content. This approach was specially developed by Crisafulli with regard to the constitutional principles and their interpretation/application while distinguishing the normative relevance of this exercise from the factual appreciation of the politica l guidelines of the State.

NEL CORTILE DEL BANANO

Taccuino di piccole recensioni e schede bibliografiche

Recensioni

Lo scetticismo immaginario dei postpositivisti
di Pierluigi Chiassoni

Francesco Cavalla: L'origine e il diritto
di Mario Jori

In tema di controlimiti, identità costituzionale, dialogo tra le Corti (traendo spunto da un libro recente)
di Antonio Ruggeri

Il multiforme statuto dei moti insurrezionali, o del lento sgretolarsi delle categorie giuridiche del diritto degli Stati
di Giuliano Vosa

Schede bibliografiche

Lo scetticismo immaginario dei postpositivisti

di Pierluigi Chiassoni*

Sommario: § 1. - Un libro sull'interpretazione giuridica. § 2. - La (pretesa) superiorità teorica del costruttivismo. § 3. Critiche aporetiche.

Isabel Lifante Vidal, *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 238.

§ 1. - *Un libro sull'interpretazione giuridica*

Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo (in seguito: *IeA*) è la più recente fatica di Isabel Lifante Vidal, esponente della prestigiosa "Scuola Alicantina" di filosofia del diritto. Con la competenza e il cipiglio che sono la cifra consueta dell'Autrice, il libro affronta due questioni di capitale importanza.

La prima è la questione fondamentale della metateoria dell'interpretazione giuridica: Quale, tra le diverse teorie dell'interpretazione circolanti nella nostra cultura giuridica, può ritenersi empiricamente corretta (vera) e dotata di (adeguata) capacità informativa ed esplicativa?

La seconda è la questione fondamentale di ogni "dottrina" dell'interpretazione giuridica, ovverosia di ogni discorso ideologico, normativo, concernente l'interpretazione giuridica: A quali condizioni un'interpretazione-prodotto (ad esempio, un certo modo di intendere una certa disposizione costituzionale) deve ritenersi correttamente giustificata da un punto di vista etico-normativo?

* Università degli Studi di Genova.

Attraverso cinque capitoli – dedicati, rispettivamente, a "Il concetto e le concezioni dell'interpretazione giuridica", "Lo scetticismo interpretativo", "L'intenzionalismo interpretativo", "Il costruttivismo interpretativo", e, infine, "L'interpretazione in uno stato costituzionale" – Lifante Vidal sostiene, circa la prima questione, che la teoria empiricamente corretta (vera) e dotata di (adeguata) capacità informativa ed esplicativa è la teoria «costruttivista» o «dipendente dai valori» (*IeA*, 11); circa la seconda questione, che un'interpretazione-prodotto deve ritenersi correttamente giustificata, se, e solo se, è sorretta da argomenti (non fallaci) che la accreditino come quella che contribuisce alla più ampia ed effettiva realizzazione («massimizzazione») dei princìpi (valori, fini) ultimi che «danno senso alla pratica giuridica», ovverosia, che fanno sì che «il diritto» positivo abbia valore, che sia dotato di valore da un punto di vista morale e politico (*IeA*, 15). Questa proposta di politica dell'interpretazione, si noti, dipende dall'adesione di Lifante Vidal al «postpositivismo costituzionalista»: una dottrina, profondamente tributaria delle idee del Ronald Dworkin di *Law's Empire* (Cambridge, Mass., and London, England, Harvard University Press, 1986), secondo cui l'obiettivo che gli interpreti delle disposizioni giuridiche – i giudici, i giuristi, ma anche gli avvocati – devono perseguire consiste nel «contribuire a formare» e a «migliorare» la «pratica giuridica» nella quale operano, adottando il «punto di vista dell'accettante imparziale» del «sistema», che si compromette «con i fini e i valori che in ultima istanza il diritto pretende realizzare», e giustifica le sue opzioni interpretative facendo appello «ai fini e ai valori propri della pratica giuridica» (*IeA*, 214, 215-216, 217-218).

§ 2. - *La (pretesa) superiorità teorica del costruttivismo*

In estrema sintesi, l'Autrice difende la superiorità teorica della concezione costruttivista mediante un ragionamento così articolato:

1. Vi sono tre insiemi di teorie dell'interpretazione giuridica: le teorie "cognitiviste", le teorie "scettiche", e le teorie c.d. "intermedie".

2. Le teorie cognitiviste – rappresentate da certe forme di letteralismo e di intenzionalismo (*IeA*, 62-63) – sostengono l'interpretazione delle disposizioni giuridiche essere attività puramente conoscitiva, nella quale si tratterebbe semplicemente di conoscere, vuoi il significato linguistico delle parole delle leggi, vuoi il significato corrispondente all'intenzione del legislatore, dimodoché gli enunciati interpretativi (enunciati della forma: "La disposizione D significa N") sarebbero suscettibili di verità empirica.

Per gli scettici alla Guastini, i limiti dell'interpretazione coincidono con la cornice dei significati attribuibili alle disposizioni sulla base dei metodi interpretativi utilizzabili dagli interpreti in un dato momento – significati identificabili, come si è visto, mediante interpretazione congetturale.

Per Lifante Vidal i limiti dell'interpretazione sarebbero dati, invece, dai significati ascrivibili alle disposizioni sulla base degli argomenti che attengono alla «dimensione autoritativa del diritto», i quali includono gli «argomenti linguistici» (o secondo le «regole semantiche»), gli argomenti «genetici o pragmatici», che «fanno appello all'intenzione del legislatore», nonché gli argomenti «sistematici», o a partire «dalla ricostruzione sistematica dei materiali giuridici» (*IeA*, 226).

Lifante Vidal ritiene che la concezione scettica ponga all'interpretazione dei limiti illusori, degli pseudo-limiti: la cornice dei significati dipende dai metodi interpretativi; l'uso dei metodi interpretativi dipende dalle decisioni degli interpreti, dalla loro attività d'interpretazione decisoria: non possiamo sapere quali metodi siano utilizzabili, se non alla luce dei metodi che gli interpreti hanno deciso di utilizzare; dunque, la cornice dei significati dipende dalle decisioni degli interpreti (*IeA*, 109-110).

La teoria dei limiti dell'interpretazione sostenuta da Lifante Vidal, tuttavia, non pare molto diversa dalla teoria scettica. L'uso degli argomenti correlati alla dimensione autoritativa del diritto dipende, fatalmente, dalle decisioni degli interpreti. Dipende dagli interpreti, ad esempio, come intendere "l'intenzione del legislatore" e in che modo procedere alla "ricostruzione sistematica" dei materiali di un certo settore del diritto. Se la cornice metodologica invocata da Guastini pone limiti illusori all'interpretazione, altrettanto illusori sembrano essere i limiti posti dagli argomenti correlati alla dimensione autoritativa.

Abstract

In her recent book, *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, Isabel Lifante Vidal, an authoritative representative of the "Alicante School of Legal Philosophy", defends a constructivist, relative-to-value, post-positivistic, descriptive and normative theory of legal interpretation. In so doing, she purports to show the capital flaws of the rival descriptive theory: legal scepticism. The present review provides a few arguments for claiming the sceptical theory to be indeed in a better shape than Lifante Vidal's account suggests (concerning the theory of legal science, the theory of law's indeterminacy, and the theory of cognitive, conjectural interpretation), and, really, not a different stance from constructivism, so far as the issue of the conceptual "limits" of legal interpretation is concerned.

Francesco Cavalla: L'origine e il diritto

di Mario Jori*

Sommario: § 1. – Come leggere questo libro. § 2. – Presocratici, Principio e *Logos*. § 3. – La metafisica del principio e la filosofia analitica. § 4. – Il posto delle scienze moderne. § 5. – Il principio come nulla e come *logos*. § 6. – Verità particolari e dialettica. § 7. – Il processo e problemi di teoria del diritto.

Francesco Cavalla, *L'origine e il diritto*, Milano, Franco Angeli, 2017, 418 pp.

§ 1. – *Come leggere questo libro*

Se guardiamo all'indice, questo libro[1] risulta composto da quattro parti su temi che potrebbero sembrare distanti tra loro e solo le ultime due parti sembrerebbero specificamente dedicate al diritto. Si tratta in realtà di un libro fortemente monotematico, che contiene una argomentazione continua e serratissima verso conclusioni unitarie: il libro condensa una ricerca di decenni dell'autore che ha come centro di attenzione principalmente il diritto. Molte delle tesi dell'autore sono già state esposte in precedenti pubblicazioni[2], la principale novità di questa sta proprio nella continuità essenziale e serrata dell'argomentazione. Va dunque messo in guardia il lettore distratto, è un libro che va assolutamente letto tutto di fila se si vuole comprenderne il senso, un libro da leggere e non da consultare.

La prima parte è dedicata alla metafisica del principio, la seconda è dedicata alla riscoperta del principio nel pensiero antico, specia-

* Università degli Studi di Milano.

[1] F. Cavalla, *L'origine e il diritto*, Milano, Franco Angeli, 2017.

[2] Specialmente: Idem, *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, Padova, Cedam, 1996, Idem, *Retorica processo verità. Principi di filosofia forense*, II ed., Milano, Franco Angeli, 2011, Idem, *All'origine del diritto. Al tramonto della legge*, Napoli, Jovene, 2011.

le attenzione ai presocratici. Le ultime due parti trattano specificamente del diritto alla luce del Principio introdotto nelle parti precedenti: la terza parte è dedicata alla critica di alcune concezioni recenti del diritto, specialmente Hart. La quarta parte è sulla concezione dell'autore, con un capitolo finale sul processo che ha un ruolo centrale nella sua concezione del diritto; ma l'opera è pensata come un argomento continuo per convincere il lettore di una tesi difficile e come tale, a mio avviso, è un grande successo. Proprio per questo però talora il singolo argomento non si trova nel luogo che ci si aspetterebbe dall'indice dei contenuti, ma in quello dove serve; e spesso è sviluppato rapsodicamente, senza che peraltro questo produca nel lettore una impressione di frammentarietà. Dico questo anche perché non si tragga questa impressione sbagliata dalle citazioni in questo mio commento, che saltano da una parte all'altra del testo. Faccio di questo due esempi, non a caso. Nella parte metafisica si parla del metodo dialettico e leggendone viene subito in mente l'obiezione che i suoi risultati valgono quanto le premesse e gli argomenti di chi vi prende parte *di fatto,* un fatto contingente; quindi che il metodo possa produrre consenso, ma non possa garantire verità. Il problema della contingenza del metodo dialettico è ben presente all'autore, ma molte cose su questo tema si trovano trattate, in questo libro, verso p. 378 nella parte quarta, con la critica a Perelman. Un altro esempio: una pagina centrale nella metafisica del libro è il paragrafo sulla libertà, la libertà garantita dal e del principio e si trova a p. 154 nella parte sul principio nel pensiero arcaico: il principio in quanto per necessità viene prima di qualunque cosa, secondo Cavalla è anche «ritrazione assoluta» qualcosa su cui niente e nessuno può mettere le mani, inaccessibile e qualunque soluzione e pensiero storico non si può opporre al principio visto che dal principio viene sempre fuori. È il principio della libertà.

Come vedremo, l'altro principale problema affrontato qui riguarda proprio i contenuti, ciò che Cavalla chiama le verità particolari, le soluzioni conoscitive e prescrittive di cui abbiamo bisogno per vivere, a cui si giunge attraverso la dialettica; al novero appartengono anche le verità giuridiche cioè le soluzioni dei casi e dei conflitti. Queste non vengono, secondo l'autore, direttamente dal Principio (come ritengono i giusnaturalisti), ma dalla condivisione di fatto da parte dei partecipanti in ciascuna situazione specifica di un insieme di premesse comuni su cui possono in quella situazione fondare conclusioni: una verità circoscritta dalle premesse delle parti che vi prendono parte, l'unica verità in quel caso e in quella situazione. È il confronto dialettico.

In questa recensione si troveranno anche un paio di note (quelle sopravvissute, molte altre simili sono state tagliate) su argomenti assai ampi e rilevanti al Principio e al *Logos* di cui Cavalla nel libro in

costituzionale, per mezzo del totale rifiuto della ponderazione esterna» (373 s.). Il secondo è «che le Corti esterne introducano elementi di *flessibilizzazione* nelle proprie ponderazioni fondamentali e le Corti interne vadano oltre la vaghezza della riaffermazione dei "principi fondamentali e diritti inviolabili", cercando di ridurre al minimo i casi di apposizione dei controlimiti estremi o difensivi, nello spirito del principio di leale cooperazione fra le Corti» (371).

Una conclusione che chi, come me, si riconosce in partenza per una opzione metodica assiologicamente orientata e confida nella ricerca, in spirito di solidale collaborazione di tutti gli operatori, delle soluzioni di volta in volta più adeguate a rendere un servizio all'uomo e ai suoi diritti, non può non condividere in pieno, apprezzando lo sforzo teorico-ricostruttivo posto in essere dall'a. nell'intento di riguardare un tema antico in modo nuovo, cogliendone da una inusuale prospettiva profili fin qui inesplorati e meritevoli di ogni considerazione.

Abstract

The study moves from a recent survey to the doctrine of "counter-limits", defined as the "fundamental ponderations" employed by the Italian Constitutional Court, which do not deal necessarily or exclusively – as it is often argued – with principles, but with all constitutional rules (and, therefore, with the "goods fo life" they refer to). The counter limits are then classified as "systemic", "statistic" and "functional". The article points out how the dialogue between Courts can be the place and factor for those balancements' emergence and stabilization. It is then stressed the relationship between national constitutional identity and commons constitutional traditions, suggesting how constitutive elements of the former can shape the latter and how Echr and other fundamental rights conventions can contribute to the formation of those traditions, through an interpretative integration with the Constitution.

Il multiforme statuto dei moti insurrezionali, o del lento sgretolarsi delle categorie giuridiche del diritto degli Stati

di Giuliano Vosa*

Pietro Pustorino, *Movimenti insurrezionali e diritto internazionale*, Bari, Cacucci Editore, 2018, pp. 343.

Le vie di comunicazione fra il diritto costituzionale e il diritto internazionale appaiono, negli ultimi anni, brulicanti di nuova vita, come per lungo tempo di rado è accaduto nel dibattito giuridico[1]. Per tut-

* LUISS Guido Carli Roma.

[1] Com'è noto, nell'opera di U. Grozio, *De Jure belli ac pacis* (1625), *Prolegomena,* par. 6-7, 17-18, emerge il rapporto di implicazione reciproca fra *jus civile* e *jus gentium*, entrambi fondati sulla concezione dell'uomo come essere relazionale nella formazione degli aggregati sociali. Tale rapporto si arricchisce di ulteriori strutture concettuali nell'epoca degli Stati, là dove il diritto internazionale trova il suo fondamento giuridico proprio a partire dalla volontà sovrana di questi ultimi e un robusto sostrato teorico generale inizia ad accomunare gli studiosi delle due discipline. Si pensi a G. Jellinek, che in un suo scritto (*Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, Wien, A. Hölder, 1880) pone la teoria dell'auto-obbligazione (*Selbstverpflichtung*) dello Stato alla base della natura giuridica del diritto internazionale, la cui insussistenza sarebbe contraria all'esistenza della comunità umana (16-17). Il delinearsi dei modelli dualista e monista non fa altro che confermare come la giuspubblicistica tra Otto e Novecento abbia una concezione unitaria di diritto interno ed internazionale, al punto che gli studiosi dell'uno si occupano anche dell'altro: oltre allo stesso G Jellinek, di cui si ricorda la *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, O. Häring, 1905, a H. Triepel e a S. Romano, autori di scritti fondamentali in entrambi i campi, non può non menzionarsi H. Kelsen, in cui tale rapporto si sviluppa in un'articolata relazione tra teoria delle fonti di diritto interno e ricostruzione del diritto internazionale (anche in Kelsen lo studio dei rapporti fra diritto internazionale e diritto interno precede lo studio di quest'ultimo e la ricostruzione delle categorie teoriche generali: Idem, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, in *Académie de droit international*, Hachette – Paris, Recueil des Cours, 1926, rispetto a

to il secondo dopoguerra, i due rami più alti del diritto pubblico hanno separato nitidamente i propri itinerari di ricerca: conseguenza forse, se la si guarda dall'ottica del diritto costituzionale, della presunta "purezza" del metodo, per cui ai costituzionalisti era indigesta la centralità che il dato empirico assume nel diritto internazionale, e per trattarne si sarebbero ritrovati spogli del loro abito metodologico[2]. Tuttavia, a ben vedere, l'isolamento reciproco non ha ostacolato lo sviluppo delle due discipline, né ha svalutato il comune patrimonio di concetti e istituti, pur affrontati da versanti rigorosamente opposti. La reciproca tenuta stagna che la sovranità assicurava al diritto costituzionale e al diritto internazionale consentiva agli studiosi del primo di concentrarsi su un sistema perfetto, il cui postulato di unità politica delimitava l'oggetto d'indagine[3]; allo stesso tempo, lasciava agli esperti del secondo il compito di ricostruire in categorie giuridiche un'ampia congerie di rapporti che, per essere di fatto dipendenti dal contegno degli Stati, venivano a strutturarsi in accordi, impliciti, taciti o espressamente verbalizzati, fra soggetti "sovrani" nel seguire il filo dei propri interessi[4].

È quella l'era del diritto degli Stati monopolisti della produzione giuridica. Nel loro seno, il potere si dispiega secondo le modalità previste dal diritto costituzionale; nei loro rapporti reciproci, il potere dell'uno si fa limite al potere dell'altro finché le rispettive condotte non vengono ad assumere rilievo giuridico autonomo, qualcosa in più di un semplice *äußeres Staatsrecht*[5].

Con il tramonto dello Stato monopolista della produzione giuridica, innescato dalla globalizzazione economica e politica, le frontiere che vicendevolmente le due discipline erano venute ad opporsi si riscoprono *porose*, aperte al reciproco ascolto[6]. Potrebbero menzionar-

---

Idem, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, ed. definitiva F. Deuticke, 1934).

[2] La diatriba metodologica fra cultori della dogmatica e sostenitori dell'esperienza giuridica, negli anni successivi alle critiche al metodo orlandiano (su cui M. Galizia, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, Modena, Soliani, 1963, in part. 87-88) si è rivelata in qualche modo un dialogo fra sordi (cfr., ad es., G. Capograssi, *Impressioni su Kelsen tradotto*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1952, 313-314, e le annotazioni di R. Treves, *Prefazione* a H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto* (1934), Torino, Einaudi, 1952, rist. 2000, in part. 37-38). Tuttavia, oggi, si assiste al calo di prescrittività del diritto pubblico, in specie del diritto costituzionale, là dove all'impoverimento dello statuto metodologico comune alle varie branche della scienza del diritto pubblico non ha fatto seguito alcun rinnovamento costruttivo. Cfr. G. Azzariti, *La giuspubblicistica nell'ambito delle scienze sociali: pluridisciplinarietà e scienza del diritto costituzionale e amministrativo*, in Idem, *Forme e soggetti della democrazia pluralista*, Torino, Giappichelli, 2000, 5-6, in part. 15-16.

[3] N. McCormick, *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford-New York, Oxford University Press, 1999, in part. 123-124.

[4] M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, in part. 59-60.

[5] A. Schillaci, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Napoli, Jovene, 2012, in part. 76-77, 81.

[6] B. de Sousa Santos, *Stato e diritto nella transizione post moderna. Per un nuovo senso comune giuridico*, in *Sociologia del Diritto*, fasc. 3, 1990, 1-2.

ti umani. Ora, la fallacia logica si risolve solo assumendo una duplice nozione di diritti umani, l'una giuridica, l'altra etico-filosofica, di cui la prima dipende dalla seconda; entrambe, tuttavia, potenzialmente affette dalla difficile "dialogabilità" di cui si diceva, rischierebbero di porsi come unilaterale imposizione degli Stati egemoni, sotto il profilo militare e culturale, agli Stati "altri".

Abstract

The demise of the State-based lawmaking in favour of a post-national global architecture has weakened the borders between public international law and national constitutional law; both disciplines have developed separately in the second half of the twentieth century while walking along the twofold pattern – internal and external – of sovereignty, a concept which is nowadays subjected to severe questioning. Therefore, both disciplines are seeking fine-tuned methodological coordinates to refine their conceptual toolkit in view of giving a more than merely descriptive contribution to the social sciences realm. The study of the insurrectional movements and of their legal qualification authored by Pietro Pustorino highlights both the ambitions and the constraints of this approach: consideration of the empirical dimension in the most recent cases is taken very carefully, and legal implications are derived with precision and argumentative richness. On the other side, nevertheless, the mounting centrality of the human rights concept as a key for the application of certain legal regimes reveals the profound intertwining of ethical and philosophical ideas with juridical tools, which risks leading to a Western-centered approach to global legal issues as a form of ill-concealed hegemony of such countries over others.