

# La novità delle origini

Recenti sviluppi del pensiero costituzionale originalista

di Omar Chessa\*



**Sommario:** § 1. – L’originalismo e la difficoltà contromaggioritaria. § 2. – Il rifiuto dell’attivismo giudiziale. § 3. – Una novità antica. § 4. – Il vecchio originalismo. § 5. – Il «summing problem». § 6. – Intenzioni astratte e concrete. § 7. – Intenzione semantica e politica. § 8. – Il nuovo originalismo. § 9. – Il problema della normatività dell’*original public meaning*. § 10. – La forza dell’originalismo. § 11. – La debolezza dell’originalismo: l’irresistibile pervasività del *moral reading*.

## § 1. – L’originalismo e la difficoltà contromaggioritaria

Il problema fondamentale della giurisdizione costituzionale è la c.d. “difficoltà contromaggioritaria”, ovvero la sua legittimazione nel processo decisionale democratico. Il dilemma ormai classico è la spettanza dell’*ultima parola*: a chi spetta decidere se c’è veramente contrasto tra le norme legislative adottate dalla rappresentanza politica del popolo e le norme costituzionali sui diritti fondamentali (o su altri principi di giustizia)?

Il compito del *judicial review of legislation*, infatti, è principalmente quello di accertare una divergenza interpretativa tra il legislatore e la corte costituzionale (o le corti giudiziali comuni) in ordine al significato normativo delle disposizioni costituzionali: una divergenza che può nascere dal fatto che i giudici interpretino il dettato costituzionale secondo criteri morali diversi da quelli presupposti dalle scelte legislative. Quando questo succede, è come se gli organi giurisdizionali pretendessero di esercitare un controllo sostanziale sulla legislazione, *a substantive constitutional review*, cioè un controllo “nel merito”, che interessa al fine l’indirizzo politico-morale prescelto dal legislatore e che, per questo motivo, può essere giudicato un travisamento dei compiti che naturalmente spettano al potere giudiziario.

\* Università degli Studi di Sassari.

Come disse negli anni '60 del secolo scorso Alexander Bickel (cui si deve il conio della formula «*counter-majoritarian difficulty*»): «il contrasto tra legge e costituzione è in molti casi tutt'altro che auto-evidente» (*self-evident*), perché «è, piuttosto, una questione di valutazione politica (*an issue of policy*) che qualcuno deve decidere»; e se l'incostituzionalità di una legge non è *self-evident* e può perciò generare un disaccordo che qualcuno deve risolvere, allora per Bickel «il problema è chi (debba farlo): le corti, lo stesso legislatore, il presidente o forse le giurie popolari dei processi penali ovvero in via ultimativa e definitiva il popolo attraverso il processo elettorale?»<sup>1</sup>.

Sennonché, una volta posto il problema, Bickel non si spinse fino al punto di negare il *judicial review of legislation* e neppure escluse che la garanzia giurisdizionale della costituzione dovesse operare con riguardo alle clausole costituzionali di principio, alle c.d. «*open-ended provisions*»: addirittura pervenne alla conclusione che «le corti, quando esercitano il controllo di costituzionalità delle leggi, non possono evitare di compiere ripetutamente difficili scelte sostanziali tra valori in competizione, e in effetti tra concezioni politiche, sociali e morali, che sono inevitabilmente controverse»<sup>2</sup>. In ciò, peraltro, è seguito dalla dottrina americana maggioritaria, che in prevalenza imposta il problema del disaccordo e la conseguente «difficoltà contromaggioritaria» come il problema di stabilire quale sia il metodo corretto d'interpretazione costituzionale e non come il problema di stabilire se il *judicial review of legislation* debba esserci oppure no: il *mainstream* della *constitutional theory* statunitense non discute se il controllo giudiziale di costituzionalità sia legittimo, ma *come* deve svolgersi se intende continuare a esserlo<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Boobs-Merrill, New Haven, Conn., Yale University Press, 1962, 3 (trad. mia). La letteratura in tema di «*counter-majoritarian difficulty*» è ormai sterminata, una vera e propria «ossessione accademica», la cui storia è narrata in cinque parti da B. FRIEDMAN, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, in *New York University Law Review*, vol. 73, 1998, 333-433; IDEM, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part II: Reconstruction's Political Court*, in *The Georgetown Law Journal*, vol. 91, 2002, 1-65; IDEM, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lochner*, in *New York University Law Review*, vol. 76, 2001, 1383-1455; IDEM, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law's Politics*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 148, n. 4, 2000, 971-1064; IDEM, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, in *The Yale Law Journal*, vol. 112, n. 2, 2002, 153-259.

<sup>2</sup> A. BICKEL, *op. cit.*, 43 (trad. mia).

<sup>3</sup> Per F.I. MICHELMAN, *Brennan and Democracy* (1999), trad. it. *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, Bari, Edizioni Dedalo, 2004, 62, la *constitutional theory* avrebbe come scopo «quello di spiegare, e forse giustificare, la pratica, apparentemente non democratica, del governo "dei giudici" nella quale la volontà politica popolare viene vagliata alla luce di un diritto "superiore" amministrato dagli stessi giudici»; e una volta individuati «i principi che possono giustificarla, o le credenze normative che possono spiegarne l'uso che ne fa il nostro sistema istituzionale (...) i teorici costituzionalisti cercano di applicarli in funzione prescrittiva, quali criteri per la soluzione delle controversie relative sia al significato della Costituzione, sia all'elaborazione del miglior metodo

tassero certi oggetti o quali oggetti fossero denotati da certe parole. I secondi, invece, esprimono concetti etici: e anche se può essere tutt'altro che irragionevole chiedersi in che modo s'intendesse un concetto etico in una data epoca, è alquanto improbabile che si possano raccogliere risposte univoche, soprattutto se i concetti investigati sono quelli che tipicamente appartengono al discorso politico moderno. In altre parole, quando sono in gioco termini costituzionali valutativi, nessuna ricerca storico-empirica può assicurare la certezza e univocità dell'attribuzione di significato. E quando l'attività interpretativa non potrà essere utilmente indirizzata dal vincolo dei precedenti e della ricostruzione sistematica, è inevitabile che dovremo lasciarci guidare dal miglior giudizio morale formulabile<sup>45</sup>.

In conclusione, dove non arriva il canone originalista si estende il dominio del *moral reading of the Constitution*. I due metodi non sono alternativi, ma complementari.

### Abstract

Originalism is one of the solutions that american constitutional theory offers to solve the «counter-majoritarian difficulty», but it could apply to all the constitutional experiences. All the originalists insists that the meaning of the Constitution is fixed: the words and phrases of the constitutional text have the same meanings today as they did when the Constitution was enacted. But we can distinguish between an old and a new originalism. The first one argues that the interpreters must read the constitutional text trying to search the original intent of the Framers'. The second one repudiates any form of intentionalism and proposes a different methodology, based on the original public meaning of the text, that is the meaning that the words and phrases had (or would have had) to ordinary members of the public during the time of the enactment. The essay analyses the two forms of originalism, trying to discover which one is preferable and expounding a comparison with the rival method called the moral reading of the Constitution, which was proposed by Ronald Dworkin.

<sup>45</sup> La distinzione tra termini osservativi e valutativi è, nella sostanza, non diversa dalla distinzione tra «concetti criteriali» e «concetti interpretativi», proposta da tempo da R. Dworkin e approfondita e affinata in *Giustizia per i ricci*, cit., 187 ss. Inoltre quelli che qui chiamo 'termini valutativi' corrispondono a quello che W.B. GALLIE, *Essentially Contested Concepts*, in *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, vol. 56, 1955-1956, 167-198, indicava con la formula «concetti essenzialmente contestati».

# *Politics as The Pursuit of Intimations*

*On the central theme of Oakeshott's political philosophy*

by Timothy Fuller\*



*Il pensiero di Michael Oakeshott, probabilmente il più importante teorico politico inglese del Novecento, è da qualche tempo al centro di un rinnovato interesse. In questo saggio Timothy Fuller, tra i più noti e attenti studiosi di Oakeshott, ne discute uno dei concetti fondamentali, "pursuit of intimations", non sempre inteso dagli interpreti – divisi tra chi considera Oakeshott un conservatore e chi ne sottolinea la dimensione liberale, oltre che di filosofo scettico – nel significato più corretto (La Direzione).*

---

Michael Oakeshott, taught the history of political thought at Cambridge from the 1920s to the late 1940s, spent a brief period in Oxford, and then assumed the chair of political science at The London School of Economics in 1951, where his inaugural lecture, *Political Education*, caused an immediate storm of controversy. The point of his lecture was that to be educated about politics first requires an accurate idea of what sort of activity politics actually is. His argument was that, in recent times, rationalist and ideological versions of politics had come to dominate thinking about politics while failing to make good on claims to surmount the limitations of what politics can accomplish. In his essay, *Rationalism in Politics*, the course of examining the Baconian and Cartesian origins of modern rationalism, he summarized his point this way:

[The Rationalist] does not recognize change unless it is a self-consciously induced change, and consequently he falls easily into the error of identifying the customary and the traditional with the changeless. This is, of course, no question either of retaining or improving such a tradition, for both these involve an attitude of submission. It must be destroyed. And to fill its place the Rationalist puts something of his own making – an ideology, the formalized abridgement of the supposed substratum of rational truth contained in the tradition<sup>1</sup>.

---

\* Colorado College.

<sup>1</sup> MICHAEL OAKESHOTT, *Rationalism in Politics*, in *Rationalism in politics and other essays*, Indianapolis, Liberty Press, 1991, 4 (hereafter RP).

This was Oakeshott's response to what he found increasingly many academic students of politics and some politicians to be doing. He thought the claims emanating from such rationalism illusory. The illusion, moreover, is not merely an interim failure to have found the effective form of policy science or ideological program, but is a misunderstanding of what is ever actually possible in politics. Politics, Oakeshott thought, has certain inevitable characteristics which will forever defeat the efforts of theoreticians to, as he put it, «pursue perfection as the crow flies».

He ended his lecture by quoting F.H. Bradley's remark that «this is the best of all possible worlds, and everything in it is a necessary evil». Politics, of course, could not be exempted from this judgment. It is an activity the necessity of which in no way promises anything more than its interminability. He thereby contradicted the prevailing wisdom in intellectual circles. His view runs athwart much academic opinion — conservative, liberal and radical alike — to this day. Although he is usually described as a conservative, he thought of himself as a philosophical skeptic, engaged in trying to understand the world, but lacking the knowledge to direct it. He confessed to a conservative disposition from which followed a skeptical attitude towards schemes to enlarge the scope of governmental activity, but no specific program. The political rationalism he opposed justifies the aggregation of power in governments in the belief that this would provide the means to realize the capacity to reconstruct social life towards the achievement of an ideal condition.

His criticism was directed less at specific beliefs, programs, or actions, and more at what he thought to be a pervasive and mistaken modern understanding of the function of reason in practical life. He thought that virtually all current political stances, wherever they might be located on the left-right spectrum, were infected in some measure by rationalism and ideology. None of them could command the allegiance of the philosopher as Oakeshott understood the philosopher. The central passage from his inaugural in which he seeks to describe the actuality of political activity is this lecture:

In politics, then, every enterprise is a consequential enterprise, the pursuit, not of a dream, or of a general principle, but of an intimation. What we have to do with is something less imposing than logical implications or necessary consequences: but if the intimations of a tradition of behaviour are less dignified or more elusive than these, they are not on that account less important.

Of course, there is no piece of mistake-proof apparatus by means of which we can elicit the intimation most worth while pursuing; and not only do we often make gross errors of judgment in this matter, but

because it is a world of activity and change, is a world of oppositions to be balanced (because they cannot be unified), of contradictions which (because they cannot be resolved) must be co-ordinated. The practical self and its interests can never give way before the interests of "others"; the relationships into which it enters are external to itself; and, since in practical experience the practical self is the very embodiment of reality, its dissolution is a contradiction and inconceivable<sup>13</sup>.

To the extent we find coherence we think ourselves free, unless and until we find the coherence we have attained turning into unlooked for constraint. When this happens, we find ourselves cast once more into necessity:

If a man thinks to set himself free, in any save a vague and metaphorical sense, by the study of science or of history or by the pursuit of philosophy he is grossly mistaken. The only truth that makes a man free is practical truth, the possession of a coherent world of practical ideas. Indeed, practical truth and freedom seem to me inseparable; wherever the one is, the other will be found also<sup>14</sup>.

Practical life undertakes to manage what is never fully under control. Will and desire cannot be purged from a world in which self-awareness and diversity of opinions can at most temporarily be suppressed. There is always more that could be said than has been said, and those who may say it. The stability of coherence is the friendly enemy of the restlessness of freedom. In conjunction, they make for the discordant concord of practical life.

### *Abstract*

Readers of Oakeshott's works are familiar with his remark that politics is the pursuit of an "intimation." But what does the term "intimation" mean? How does it differ, as he insists, from pursuing a dream or a general principle? This essay explores in detail why Oakeshott found the term, "pursuit of intimations," to describe what political activity must be, as opposed to what many would like it to be or imagine it could be transformed into. His discussion of this is closely linked to his critique of "rationalism" (what he considered a misunderstanding of what it means to be rational) in politics. This essay explores the link between his critique of rationalism and ideology, and his description of the character of political activity.

---

<sup>13</sup> EM 270.

<sup>14</sup> EM 268.

# *Libertà e diritti nel pensiero di Bobbio\**

di Michela Manetti\*\*



**Sommario:** § 1. – Le due libertà. § 2. – Libertà “da” e libertà “di”. § 3. – Le libertà come prodotto della storia. § 4. – Conclusioni.

## § 1. – *Le due libertà*

Per illustrare l’approccio complessivo che Bobbio riserva alle libertà, e ai diritti in generale, niente di meglio che ricorrere al tema classico delle “due libertà”<sup>1</sup>. Benché si tratti di uno degli argomenti cui è legata la notorietà dell’Autore, sembra invero rimasto in sordina l’apporto che il pensiero del Nostro ha offerto alla riflessione costituzionalistica.

La novità teorica fondamentale introdotta da Bobbio consiste nel ricondurre effettivamente la libertà degli antichi sotto il paradigma delle libertà individuali: esito per nulla scontato, se si considera, come l’Autore ricorda, che la libertà positiva, o autonomia, è sempre stata attribuita all’individuo come parte o elemento di un insieme costituito dalla collettività – o dalla comunità organicisticamente intesa – ed è pertanto sempre stata concepita come capacità di accordarsi con ciò

---

\* Questo saggio sviluppa la relazione al Convegno “Bobbio costituzionalista” svolto a Torino il 30 ottobre 2014.

\*\* Università degli studi di Siena.

<sup>1</sup> Sul tema, trattato peraltro in numerosissime occasioni, v. N. BOBBIO, *Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri* (1954), ora in IDEM, *Politica e cultura*, a cura di F. Sbarberi, Torino, Einaudi, 2005; *Kant e le due libertà* (1965), ora in IDEM, *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Torino, Einaudi, 2009; *Libertà* (1978), ora in IDEM, *Eguaglianza e libertà*, Torino, Einaudi, 2009; *Liberalismo e democrazia*, in G.M. BRAVO, S. ROTA GHIBAUDI, *Il pensiero politico contemporaneo*, I, Milano, Franco Angeli, 1985; *La democrazia dei moderni paragonata a quella degli antichi (e a quella dei posteri)* (1987), ora in *Teoria generale della politica*, cit.; *L’età dei diritti* (1990), Torino, Einaudi, 1997.

che la volontà generale vuole (una forma di schiavitù imposta all'io empirico dall'io razionale, dirà Berlin<sup>2</sup>).

Sulla base della dottrina cristiana poi secolarizzata della comune natura umana, che conduce alla concezione degli individui come dotati di diritti inalienabili, avviene – ad opinione di Bobbio – la sostituzione della sovranità del popolo con la sovranità dei singoli individui, in quanto cittadini<sup>3</sup>: detto altrimenti, la sovranità diviene somma delle libertà positive dei singoli.

Nella dottrina costituzionalistica è stato Antonio Baldassarre ad enfatizzare questo passaggio, riconducendo alle Costituzioni del secondo dopoguerra il merito di aver strappato la libertà politica al dominio di entità collettive per radicarla nella individualità dei cittadini<sup>4</sup>.

Grazie a questo primo magistrale affondo, Bobbio manda in soffitta uno dei capisaldi della dogmatica tradizionale, secondo il quale le attività politicamente rilevanti andavano imputate allo Stato, mentre il singolo rilevava come organo chiamato a svolgere una funzione in nome e per conto di quello.

Allo scopo cospirano alcune risorse caratteristiche del pensiero bobbiano.

Innanzitutto, il confronto con il pensiero dei classici. Sempre presente, esso non è mediato dall'inquadramento storico<sup>5</sup>, ma è svolto direttamente e immediatamente, come si trattasse di un dibattito tra contemporanei. Criticando la sbrigativa (e interessata) contrapposizione di Benjamin Constant tra libertà degli antichi e libertà dei moderni, Bobbio obietta che gli antichi davano in realtà un giudizio negativo della democrazia – ritenuta in genere una forma di governo squilibrata – e che invece i moderni possono rovesciare tale giudizio, in virtù del fatto che al *demos* indistinto, spregiativamente considerato massa o volgo, si è sostituita la somma dei singoli individui e delle loro libertà<sup>6</sup>.

In secondo luogo, l'approccio descrittivo e assiologicamente neutrale a concetti valutativamente connotati quali libertà, eguaglianza, democrazia. Come è noto, Bobbio intende tenere distinti l'ambito della ricerca scientifica da quello delle opzioni di valore. Ma c'è qualcosa di più: come osserva Michelangelo Bovero, il Nostro vuole spogliare i

<sup>2</sup> I. BERLIN, *Two Concepts of Liberty* (1958), trad. it. di M. Santambrogio, *Due concetti di libertà*, Milano, Feltrinelli, 2000, 25-26.

<sup>3</sup> N. BOBBIO, *La democrazia dei moderni paragonata a quella degli antichi*, cit., 330 s.

<sup>4</sup> A. BALDASSARRE, *Libertà I) problemi generali*, in *Enc. Giur.*, 1990, 20.

<sup>5</sup> Che l'A. considera un «miraggio» dal quale non è mai stato particolarmente attratto: così N. BOBBIO, *Prefazione* a IDEM, *Da Hobbes a Marx*, Napoli, Morano, 1965, 6.

<sup>6</sup> N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, 329.



ito i vettori dell'integrazione che i Costituenti si ripromettevano di realizzare tra le forze politiche e sociali fondatrici della Repubblica<sup>42</sup>. Dall'altro, Gustavo Zagrebelsky ha fatto notare che la legge, in quanto espressione di diritti politici, è dotata di un fondamento costituzionale proprio ed ha un valore in sé, sicché in definitiva la Costituzione non può essere posta contro la democrazia<sup>43</sup>.

Sarà anche vero – come ha insuperabilmente argomentato Mario Dogliani – che, da quando la rivoluzione non rappresenta più un'opzione praticabile, il formalismo appare in ribasso: ma ciò non può esimersi dall'obbligo di considerarne le ragioni<sup>44</sup>, specie quando sono espresse da un pensatore del calibro di Norberto Bobbio.

### *Abstract*

The article examines the – sometimes unrecognized – contribution of Norberto Bobbio to the juridical doctrine of liberties. Discussing in particular the concept of sovereignty as sum of individual liberties, and the refusal of the distinction between negative and positive freedom, it eventually suggests that Bobbio's recall to the value of certainty is not outdated, and shouldn't be forgotten by contemporary scholars.

<sup>42</sup> A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur.*, 1989, 14.

<sup>43</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 210 s., dove osserva che «Il positivismo legislativo segna qui ancora qualche punto a proprio favore».

<sup>44</sup> V. al riguardo M. DOGLIANI, *(Neo)costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico*, in *www.costituzionalismo.it*, 23 novembre 2010.

# *Sul Parlamento*

di Andrea Manzella\*



**Sommario:** Parte I. – La “rivoluzione” maggioritaria. § 1. – Transizione senza rete. § 2. – Riforma senza integrazione. § 3. – Cooperazione interparlamentare. Parte II. – Globalizzazione e rappresentanza § 1. – Voto come diritto fondamentale. § 2. – Regime parlamentare in crisi.

---

## *Parte I. La “rivoluzione” maggioritaria*

### *§ 1. – Transizione senza rete*

Quando, nel 1993, cadde la legge proporzionale che aveva retto gli assetti costituzionali nei primi 45 anni di Repubblica, vi fu un acuto, compianto costituzionalista nostro, Carlo Mezzanotte, che vide in quel referendum come un «subitaneo lampeggiare del potere costituente». Al di là delle qualificazioni giuridiche, infatti, il passaggio dalla proporzionale al maggioritario mutava: gli equilibri interni della Costituzione, il rapporto governo-parlamento, lo stesso ruolo del parlamento.

È certo frutto di pigrizia concettuale ripetere, dopo 21 anni, che è iniziata e non si è conclusa una fase di transizione. “Pigrizia” perché i fatti politici e di prassi costituzionale che da allora ad oggi si sono accumulati hanno creato un nuovo habitat costituzionale, favorito irreversibili mutazioni nello spazio politico e nell’opinione comune.

È vero però anche che in questo mondo nuovo il parlamento è restato nel guado. Lontano dalle antiche sponde proporzionaliste, ma incapace di raggiungere le spiagge dove si attestava e si rafforzava il potere governativo fondato sul maggioritario.

---

\* Presidente del *Centro Studi sul Parlamento* – CESP – Università *LUISS* – Roma.

Indici di questa passività due elementi connessi. Da un lato, il sostanziale “fermo” dei regolamenti parlamentari. La fonte normativa meglio piazzata, per definizione, sul crinale tra politica e diritto è stata paralizzata dalla degenerazione dell’alternanza di governo in una alternanza di reciproche delegittimazioni. Dall’altro lato, la singolare ritrosia delle “commissioni per le riforme” – succedutesi con una certa monotonia sino ai giorni nostri – a capire che il problema primo, dopo la rivoluzione maggioritaria, era ed è quello di ricostruire il sistema di garanzie costituzionali, connesso al proporzionale e con esso caduto. Solo nell’ultimissimo periodo, nel crogiuolo ancora incandescente della riforma del Senato, e dopo la provocazione dell’inserimento in quel testo di un corpo estraneo come la procedura del “voto bloccato”, si sta facendo strada un consenso generalizzato sulla garanzia-regina dei regimi parlamentari europei: il ricorso di minoranza al tribunale costituzionale.

È un dato cronologico: ma rivelatore dell’assenza di un vero disegno rifondatore del sistema, al di fuori dei banali slogan, sempre di moda, sulla democrazia decidente e sulla debolezza istituzionale dei governi.

Questa mancanza di reattività parlamentare, di fronte alla mutazione materiale delle condizioni costituzionali, si è accompagnata alla opacizzazione se non allo spegnimento dell’autonomia dei gruppi parlamentari. Fenomeni di oscuramento connessi alla crisi epocale dei grandi partiti fondatori – crisi eccedente i confini nazionali – e alla comparsa, e subitanea affermazione, dei partiti personali, o addirittura padronali (fatto, invece, radicalmente italiano e favorito dalla introduzione del maggioritario al buio di garanzie). La normale disciplina di gruppo è così spesso degradata ad obbedienza del capo (sino all’eccesso di tutela dei suoi personali interessi in sedi giudiziarie). Sicché i fenomeni di trasformismo che hanno interessato in misura crescente le Camere hanno assunto piuttosto caratteri di migrazioni neo-feudali alla ricerca della signoria più conveniente, *cuius regio eius religio*.

La trasmissione dei mali dei partiti alla autonoma attività dei gruppi ha avuto immediata ripercussione sul ruolo del parlamento. Al di là della stessa breve fase di centralità politica del parlamento (che ebbe la sua identificazione normativa nei regolamenti del 1971 e il suo apogeo politico nel “compromesso storico”) al di là di questa fase, il parlamento repubblicano era stato la sede naturale in cui i partiti, attraverso i gruppi parlamentari, organizzavano giuridicamente il conflitto e ne evitavano l’esplosione sociale. In questo senso il parlamento proporzionale era stato – di per sé, nella sua intima essenza – una garanzia per la tenuta complessiva dell’ordinamento democratico. Nella stessa reciproca coesistenza e temperamento delle due grandi convenzioni politiche – la *conventio ad excludendum*, per le for-

II. Sugli effetti della globalizzazione sul diritto: S. CASSESE, *Il diritto globale*, Torino, Einaudi, 2009; M.R. FERRARESE, *Governance*, in *Pol. Dir.*, 2014, 161-187; M.R. FERRARESE, *Globalizzazione giuridica*, in *Enc. Dir.*, Annali, IV, Giuffrè, 2011; U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne* (1986), trad. it. di W. Privitera, C. Sandrelli, *La società del rischio*, Roma, Carocci, 2000. Sulla questione parlamentare prima dei totalitarismi: C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923), trad. it. *Parlamentarismo e democrazia*, a cura di P. Pasquino, Cosenza, Marco Editore, 1988; M. WEBER, *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland. Zur politischen Kritik des Beamtentums und Parteiwesens* (1918), trad. it. *Parlamento e governo*, in F. FERRAROTTI (a cura di), Bari, Laterza, 1982; G. MOSCA, *Teorica dei governi e governo parlamentare* (1884), con presentazione di R. de Mattei, Milano, Giuffrè, 1968. Sulla questione della rappresentanza: A. BARBERA, *I parlamenti*, Roma-Bari, Laterza, 2006; gli interventi di G. ZAGREBELSKY, M. LUCIANI, P. PASQUINO in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 2001; G. RESS, *Parlamentarismo e democrazia in Europa. Prima e dopo Maastricht*, trad. it. di R. Miccù, Napoli, Guida, 1999. Sulla risposta alla crisi dell'euro nelle sentenze del Tribunale costituzionale tedesco: v. i resoconti degli interventi di L. DI FABIO, P. DE JOANNA, C. PINELLI, P. RIDOLA, G.L. TOSATO, in *Amministrazione in Cammino*, del 7.3.2014; C. PINELLI, *La giurisprudenza costituzionale tedesca e le nuove asimmetrie tra i poteri dei parlamenti nazionali dell'eurozona*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2014. Sul costituzionalismo internazionale: V. ONIDA, *La Costituzione ieri e oggi*, Bologna, il Mulino, 2008; R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *Riv. int. fil. dir.*, aprile/giugno, 2014; S. BARTOLE, *International Constitutionalism and conditionality. The experience of the Venice Commission*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2014; J. HABERMAS, *La costellazione post nazionale*, Milano, Feltrinelli, 1999.

## Abstract

The choice in favor of a majority electoral system operated in 1994 and the consequent further legislative burden deeply undermined the system of guarantees set up by the 1948 Constitution. Ever since then, the Parliament has lost its physiognomy, also due to the concurring paralyzing effects of equal bicameralism, effects that would once, under the proportional system, be neutralized by government agreements concluded between parliamentary groups after each electoral turn. The current attempt to correct such negativities with the establishment of a sort of "absolute unicameralism" is likely to worsen the parliamentary condition. Indeed, the balance of the system is not ensured with new guarantees; furthermore, with the composition of the new Senate, the integration of representation is not assured.

The Italian parliamentary question is made more severe by the general effects of globalization on Parliaments and on the intermediate social groups. Thus the need of looking for a new basis for parliamentarism, angled on the fundamental right to vote of citizens, rather than on the traditional political representation.

# *Impresa pubblica e Costituzione economica*

di Fabio Merusi\*



**Sommario:** § 1. – Dall’impresa pubblica all’impresa privatizzata. La cronaca della privatizzazione delle banche pubbliche. § 2. – risultati della riforma degli enti pubblici creditizi con la legge di autorizzazione. Le strane vicende dalla Banca d’Italia e dell’Istituto per il Credito Sportivo. § 3. – La scomparsa delle partecipazioni statali. La loro incompatibilità con la costituzione economica comunitaria. § 4. – La concorrenza dentro i servizi pubblici. Fine dell’impresa pubblica in regime di monopolio. § 5. – Gli enti pubblici in forma di società per azioni. § 6. – Impresa pubblica e servizi pubblici locali. § 7. – Gli istituti della costituzione economica europea. Loro effetti nell’ordinamento italiano. § 8. – Un quadro riassuntivo. I conflitti con la costituzione economica europea.

## *§ 1. – Dall’impresa pubblica all’impresa privatizzata. La cronaca della privatizzazione delle banche pubbliche*

Prima di tentare, sia pur schematicamente, di inquadrare i vari tipi di imprese pubbliche nel contesto economico che le ha generate e nel quale operano è forse opportuno, per una migliore comprensione dei problemi che può generare lo scollamento delle forme giuridiche rispetto alla costituzione economica, esistente o programmata, procedere ad un esame cronachistico della mutazione delle imprese pubbliche. Conviene partire dalla mutazione forse giuridicamente più significativa per la sua originalità: il passaggio dalla banca pubblica alla banca privata (o affermata tale).

Tutto cominciò con una direttiva comunitaria che minacciava di trasformare, dal 1992, anche il mercato creditizio italiano in un mercato concorrenziale.

---

\* Università degli Studi di Pisa.

Che fare con le banche italiane che erano tutte, in varie forme, pubbliche e perciò naturalmente inadatte ad affrontare il mare aperto di un mercato concorrenziale?

Per rispondere in proposito la Banca d'Italia costituì una commissione di studio per affrontare il problema, constatato che chi avrebbe dovuto risolverlo (il legislatore e il Governo dell'epoca) non sembravano consapevoli dell'imminente pericolo per il nostro sistema economico. La Commissione di studio Banca d'Italia fu perciò incaricata di affrontare il problema a legislazione invariata.

Vediamo come la Commissione affrontò questa missione che si rivelerà impossibile.

Il miglior strumento inventato dall'economia capitalistica per gestire un'impresa è, com'è noto, la società per azioni, ma nel nostro caso quasi tutte le banche erano gestite da enti pubblici che operavano in una economia amministrata. All'epoca era difficile pensare che il legislatore potesse trasformarle in società per azioni e privatizzarle almeno formalmente, se non ancora sostanzialmente. Si temeva che un Parlamento dotato di poteri assembleari come quello italiano, nel quale predominava il potere dei partiti che estendevano la loro influenza su ogni tipo di ente pubblico, e perciò anche sugli enti pubblici creditizi, ben difficilmente potesse accedere all'idea di privatizzare anche solo formalmente le banche pubbliche o che, se anche lo avesse fatto, non manomettesse poi con la sua onnipotenza normativa il modello della società per azioni compromettendone la funzionalità, e perciò la competitività, in un mercato concorrenziale che doveva necessariamente sostituire, di lì a poco, l'esistente oligopolio amministrato. Di qui l'idea di saggiare la possibilità di fare una riforma della configurazione soggettiva delle banche pubbliche senza il contributo del legislatore.

Era possibile realizzare qualcosa di simile, se non identico, ad una società per azioni che sostituisse gli enti pubblici creditizi a legislazione invariata? La Banca d'Italia costituì una commissione di studio composta da alcuni esperti che si erano occupati, a vario titolo, di questioni di disciplina del credito e pose loro questo quesito. La risposta fu duplice. Era immaginabile costruire qualcosa di simile ad una società per azioni che gestisse una impresa bancaria in due modi: 1) scorporando l'azienda bancaria gestita dall'ente pubblico e conferendola ad una società per azioni costituita *ad hoc*, trasformando così l'ente pubblico creditizio in un ente detentore di una partecipazione azionaria di controllo di una società per azioni; 2) nel caso in cui l'ente pubblico creditizio avesse una composizione associativa perché più soggetti, quasi esclusivamente enti pubblici, avevano concorso alla formazione del suo fondo di dotazione, portare alle estreme conseguenze la teoria espressa in una monografia di un famoso commercialista (Andrea

Il che, per quanto riguarda la costituzione economica europea, accade quando una norma singolare incide sulla *par condicio* concorrenziale di una impresa gestita da una società in mano pubblica.

Diversa questione è invece quella della conservazione di poteri pubblici sulla società pur dopo che una società in mano pubblica è stata privatizzata in senso proprio. Ma che è anch'essa risolvibile, ed è stata ormai più volte risolta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, in base alla stessa logica: l'accertamento di una violazione di quella *par condicio* concorrenziale costituente principio fondamentale della costituzione economica europea<sup>20</sup>.

### *Abstract*

The Author examines the privatization of the public enterprises that is demanded by the European Union.

The study of single cases reveals that not all the privatized enterprises are congruent with competitive market as national and European economic Constitution imposes.

---

<sup>20</sup> Cfr. in proposito G.C. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione. Saggio di diritto amministrativo dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2006.

# *Espansione di ruolo del Presidente della Repubblica e funzione di rappresentanza dell'unità nazionale*

di Gino Scaccia\*



**Sommario:** § 1. – Le ragioni storico-politiche della costante dilatazione del ruolo presidenziale. § 2. – La giustificazione teorica dell'*enlargement of powers* presidenziale: la funzione di rappresentanza dell'unità nazionale. § 3. – La rappresentanza dell'unità nazionale come rappresentanza "magistratuale": conseguenze applicative.

## *§ 1. – Le ragioni storico-politiche della costante dilatazione del ruolo presidenziale*

Da ormai un ventennio nel nostro sistema istituzionale si registra una crescita costante di ruolo politico del Presidente della Repubblica. Questo potenziamento apparentemente inarrestabile, che secondo una dottrina non isolata avrebbe immesso nella forma di governo parlamentare logiche di funzionamento proprie di modelli semipresidenziali, solo in parte è riconducibile agli *accidents of personality* degli inquilini del Colle (che peraltro hanno tutti interpretato in modo estensivo le loro attribuzioni) e si connette piuttosto a ragioni storico-politiche oggettive, così sintetizzabili:

a. La crisi ormai endemica della rappresentanza politica e dei partiti, la perdita della loro funzione pedagogica e integratrice che per almeno un quarantennio della vita repubblicana aveva garantito solidità al sistema di governo ed equilibrio alle relazioni fra i poteri. Quan-

---

\* Università degli Studi di Teramo.



do in porzioni non marginali dell'elettorato viene posta apertamente in discussione l'idea che la rappresentanza parlamentare sia l'unica forma di rappresentanza politica, e d'altro canto l'idea opposta di una diretta partecipazione popolare alle decisioni collettive si esprime ancora in forme ambigue e non trasparenti, tanto che il popolo viene ridotto alla dimensione fittizia e disincarnata del pubblico televisivo o della comunità degli utenti di Internet, è quasi inevitabile che aumenti il «bisogno di Presidente»<sup>1</sup>. Di un'istanza monocratica che si ponga come elemento di decantazione dei conflitti e di coagulazione delle forze stabilizzatrici del sistema e diriga dall'alto i processi di identificazione e integrazione politica della società un tempo interamente alimentati dal basso, dalle organizzazioni partitiche.

b. Il superamento della regola di natura convenzionale, secondo cui uno dei Presidenti delle Camere doveva essere designato dalle opposizioni parlamentari. La "conquista" dei Presidenti di Assemblea ad opera della maggioranza e la naturale, oggettiva riduzione della loro funzione di garanzia ha comportato infatti il parziale assorbimento da parte del Presidente della Repubblica dei loro poteri di controllo sul processo legislativo e conseguentemente accresciuto la penetrazione degli interventi presidenziali sulla produzione normativa, tanto da fare del Presidente una sorta di "custode" della qualità della legislazione<sup>2</sup>.

c. La trasformazione tecnologica della comunicazione politica che porta a misurare il consenso politico in termini di *appeal* mediatico.

Nella "teledemocrazia" la ricerca del consenso non richiede, come in passato, la capillare sensibilizzazione degli elettori tramite il contatto diretto, la militanza, l'azione di mobilitazione sociale. Le forze politiche, per intercettare pulsioni, interessi e opinioni dell'elettorato ed elaborare le loro proposte programmatiche fanno sempre più spesso a meno di una base organizzativa di massa e ricorrono piuttosto agli strumenti imprenditoriali propri della propaganda pubblicitaria per confezionare un prodotto politico appetibile, capace di incontrare i gusti degli elettori, più spesso inseguendoli che guidandoli<sup>3</sup>. Un prodotto il cui successo dipende in larga misura dalla scelta di un *leader* cui affidare il messaggio, di un bravo "imprenditore del consenso". Nel quadro di una modificazione dei processi di formazione dell'opinione pubblica tanto profonda da indurre i politologi a qualificare

<sup>1</sup> P. SIMONCELLI, *Tra sovranità e rappresentanza. Il "bisogno di Presidente"*, in *www.federalismi.it*, n. 8/2013, 1, che insiste pure sulla sostituzione della categoria del popolo sovrano con quella democratico-televisiva di «pubblico sovrano».

<sup>2</sup> Così L. LORELLO, *Presidente della Repubblica e rinvio della legge: un nuovo "custode" della qualità della legislazione?*, in *Nuove autonomie*, n. 3/2005.

<sup>3</sup> Lo intuiva lucidamente M. FEDELE, *Quale cambiamento? La politica senza i partiti*, in *Sociologia*, 1996, 95 ss.

imposto il rispetto delle norme costituzionali entro le quali si svolge il confronto pluralistico delle forze politiche e sociali.

Essere custode dell'unità, per il capo dello Stato, significa dunque anche opporsi agli interessi delle forze politiche egemoni e dei più influenti blocchi di potere quando questi si collochino fuori del tracciato costituzionale; comporta una vocazione *countermajoritarian* – e più latamente *counterpartisan* – analoga a quella della Corte costituzionale.

Un compito che può essere tanto più efficacemente svolto quanto più ampia è la consonanza della visione presidenziale con la *Verfassungskultur* dominante nella comunità nazionale.

### *Abstract*

Over the last 20 years the enlargement of powers of the President of the Republic has proved to be the most remarkable feature of the Italian form of government. The political and historical reasons why these enlargement occurred are briefly illustrated in the premise of the essay. What matters most is that the expansion of the presidential power seems to have found its theoretical ground on art. 87 of the Constitution, which entitles the President with the function to represent the national unity. This representative function has been interpreted as the source of new presidential prerogatives and informal powers lacking of a specific textual basis in the Constitution. The Author's view is that the representation of the national unity has to be interpreted as a symbolic function more than a constitutive and substantive one. As a consequence it cannot be the legal basis of new competences or prerogatives; on the contrary it shows the aim (the unity through the values proclaimed by the Constitution) the presidential powers are devoted to and simultaneously the political and constitutional limit of those powers.

# *Libertà e pluralismo: Otto Kirchheimer critico di Carl Schmitt*

di Antonino Scalone\*



**Sommario:** § 1. - L'iniziale influenza schmittiana su Kirchheimer. § 2. - Il progressivo distanziamento dal maestro. § 3. - Libertà, pluralità e compromesso: la democrazia secondo Kirchheimer.

## § 1. - *L'iniziale influenza schmittiana su Kirchheimer*

L'influenza del pensiero di Schmitt durante la repubblica di Weimar è testimoniata, fra l'altro, dal fatto di essersi estesa anche a intellettuali - giuristi e non solo - di orientamento politico opposto al suo. È questo il caso, com'è noto, di Otto Kirchheimer il quale, laureatosi nel 1928 sotto la guida di Carl Schmitt con una tesi sulla teoria socialista dello Stato, nelle sue prime prove si sforzò di utilizzare alcune categorie del suo maestro a sostegno di posizioni teoriche socialiste<sup>1</sup>.

\* Università degli Studi di Padova.

<sup>1</sup> Sul punto, cfr. R. BAVAJ, *Otto Kirchheimers Parlamentarismuskritik in der Weimarer Republik*, in *Vierteljahrshäfte für Zeitgeschichte*, 2007, 38. Per uno sguardo sintetico sulla vita e l'attività scientifica di Otto Kirchheimer, cfr. la voce omonima di S. SALZBORN, in R. VOIGT-U. WEISS (hrsg.), *Handbuch Staatsdenker*, Stuttgart, Steiner, 2010, 210-11 e J. PERELS, *Otto Kirchheimer (1905-1965). Demokratischer Marxist und Verfassungstheoretiker*, in KRITISCHE JUSTIZ (hrsg.), *Streitbare Juristen. Eine andere Tradition*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, 401-414. Sul periodo weimariano in specifico, cfr. W. LUTHARD, *Bemerkungen zu Otto Kirchheimers Arbeiten bis 1933* in O. KIRCHHEIMER, *Von der Weimarer Republik zum Faschismus: die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1976, 7-31; M. SURDI, *Per una teoria politica della dittatura del proletariato. Gli scritti giovanili di Otto Kirchheimer*, in *Democrazia e diritto*, 1979, 153-162 e A. BOLAFFI, *Il dibattito sulla Costituzione e il problema della sovranità: saggio su Otto Kirchheimer*, in O. KIRCHHEIMER, *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, Bari, De Donato, 1982, IX-CXII.

Ciò accade innanzitutto in *Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus*, ove egli per un verso scorge nello Stato di diritto presente – ben rappresentato dalla Costituzione di Weimar – la forma nella quale si cristallizza la contrapposizione fra le due classi in lotta, per l'altro verso indica nella dittatura bolscevica un esempio dello stato d'eccezione teorizzato da Schmitt. Nel nuovo Stato nato dalla rivoluzione, in conseguenza della sua capacità di prendere decisioni e di distinguere fra nemico e amico, egli scorge il paradossale restauratore del concetto di sovranità, se pure declinato in termini universalistici<sup>2</sup>.

In *Bedeutungswandel des Parlamentarismus*, in analogia con le tesi sostenute da Schmitt in *Die geistesgeschichtliche Lage der heutigen Parlamentarismus*<sup>3</sup>, distingue fra democrazia e parlamentarismo e indica come caratteristico del secondo la fede nella capacità della 'disinteressata' discussione parlamentare di pervenire alla determinazione della legge giusta. L'ingresso delle classi popolari nella scena politica e, con l'allargamento del suffragio, dei loro rappresentanti in Parlamento, distrugge questa fede insieme all'omogeneità politica preesistente. Il Parlamento perde così il proprio carattere di palestra di discussione, per divenire semplicemente il luogo in cui si sanzionano decisioni prese altrove. Lo stesso Stato di diritto rappresenta così per Kirchheimer l'espressione di una situazione di transizione in cui le classi contrapposte si fronteggiano senza che l'una, il proletariato, sia ancora in grado di eliminare politicamente l'altra<sup>4</sup>.

Ancora in *Weimar – und was dann? Analyse einer Verfassung*, critica la mancanza di decisione propria della Costituzione di Weimar, il carattere solo formale della democrazia da essa disegnata e, quindi, l'assenza di un vero e proprio programma politico capace di opporsi ai disegni restaurativi della borghesia<sup>5</sup>.

## § 2. – *Il progressivo distanziamento dal maestro*

Solo in *Artikel 48 und die Wandlungen des Verfassungssystems* sembra cominciare a manifestarsi un nuovo orientamento e un distanziamento, perlomeno implicito, dalle posizioni schmittiane. Questo avviene attraverso una parziale rivalutazione del compromesso par-

<sup>2</sup> Cfr. O. KIRCHHEIMER, *Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus* (1928), in IDEM, *Von der Weimarer Republik zum Faschismus*, cit., 32-52.

<sup>3</sup> C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage der heutigen Parlamentarismus* (1926<sup>2</sup>), trad. it. di G. Stella, *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo*, Torino, Giappichelli, 2004.

<sup>4</sup> Cfr. O. KIRCHHEIMER, *Bedeutungswandel der Parlamentarismus* (1928), in IDEM, *Von der Weimarer Republik zum Faschismus*, cit., 58-63.

<sup>5</sup> Cfr. O. KIRCHHEIMER, *Weimar – und was dann? Analyse einer Verfassung* (1930), in IDEM, *Politik und Verfassung*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1964, 9-56.

punti di vista, del tentativo di risolvere in termini identitario-plebiscitari e autoritari le tensioni sociali e il pluralismo sociale ribadendo, per converso, la fecondità del punto di vista di chi, come Kirchheimer, aveva precocemente cercato di dar conto di quella complessità in termini di teoria costituzionale. A conferma di questo sta il fatto che lo stesso istituto parlamentare, interpretato in senso funzionalistico e depurato da ogni riferimento alla metafisica liberale come richiedeva Kirchheimer, troverà largo spazio, insieme a istituti di democrazia diretta e di impianto plebiscitario, nelle principali costituzioni del dopoguerra. Tale spazio, unitamente a quello riconosciuto in sede costituzionale al ruolo delle parti comunque intese – partiti, organizzazioni d’interesse e articolazioni di altro tipo – all’interno del processo di formazione della volontà politica non può non confermare la fecondità e la perdurante attualità delle riflessioni kirchheimeriane.

### *Abstract*

Otto Kirchheimer, who graduated under the direction of Carl Schmitt, in the first phase of his research tried to join the theories of Schmitt with the ideology of socialism. Later on, he began to stand out from Schmitt, criticizing his theories. The essay *Bemerkungen zu Carl Schmitts «Legalität und Legitimität»* is probably the most important result of this process. In this essay, Kirchheimer criticizes Schmitt’s distinction between liberty and equality: in fact he believes that both are necessary to ground the modern democracy. He also criticizes Schmitt’s idea that the society has to be homogeneous, re-estimates the parliament and emphasizes the importance of social pluralism and political compromise. This contribution shortly reconstructs this course and introduces Kirchheimer’s *Bemerkungen zu Carl Schmitts «Legalität und Legitimität»*.

# Osservazioni su Legalità e legittimità di Carl Schmitt (1933)

di Otto Kirchheimer\*



Cosa significa “democrazia” nell’epoca delle masse? È forse questo l’interrogativo decisivo che viene affrontato in questo importante saggio di Otto Kirchheimer (1905-1965), costituzionalista socialdemocratico allievo di Carl Schmitt, apparso nel 1933 come replica al più famoso saggio del maestro. Può essere l’omogeneità lo stigma della democrazia? O forse è il conflitto, quella dimensione che proprio Schmitt aveva posto a base della nozione del politico, la dimensione fondamentale della modernità, e quindi della prospettiva democratica, con la quale fare i conti? Kirchheimer rivendica così tutta la legittimità dell’idea di libertà proprio nel momento in cui essa veniva concussa e la Costituzione di Weimar crollava (La Direzione).

Col titolo *Legalità e legittimità* Carl Schmitt affronta i principi costruttivi della Costituzione di Weimar e, più in generale, il presente e il futuro della reale situazione costituzionale tedesca<sup>1</sup>. In una parte cospicua delle sue riflessioni, Schmitt cerca di dimostrare che sussiste una contraddizione fra la possibilità di giustificare la democrazia da un lato e determinati elementi contenuti in questa Costituzione o che derivano dalla sua applicazione, dall’altro. La separazione fra l’ambito della giustificazione di un determinato sistema normativo e l’ambito della realtà politica, tuttavia, non viene compiuta in modo assoluto. Per Schmitt, dunque, si trovano a stretto contatto da un lato la sfera delle idee politiche del dovere – con le categorie della coerenza e della contraddizione – e dall’altro la sfera dello specifico comportamento politico umano (che può riguardare le idee del dovere), nella quale, una volta applicato, si manifesta un determinato grado di «funzionamento» (*Funktionierens*) del sistema normativo. Di conseguenza, vi è da parte di Schmitt l’implicita ammissione che alla interna contradd-

\* Con Nathan Leites.

<sup>1</sup> C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1932.

dittorietà (*Widerspruchshaftigkeit*) di un sistema di idee politiche posto alla base di un determinato sistema normativo, corrisponde un «cattivo funzionamento» di questo sistema normativo – un aspetto, questo, del realismo concettuale della sua teoria<sup>2</sup>. Giacché quasi tutte le affermazioni di Schmitt si basano su una tesi determinata relativa alla fondazione della democrazia, sembra essere necessaria una discussione di questo punto. Schmitt spiega che la democrazia, intesa come principio di decisione attraverso una maggioranza semplice, è giustificata soltanto se applicata ad una società omogenea. Così si legge a pag. 31: «Il metodo di formazione della volontà attraverso il semplice accertamento della maggioranza è sensato e tollerabile se può essere presupposta un'omogeneità sostanziale dell'intero popolo». Sembra tuttavia che l'omogeneità, vale a dire una circostanza di fatto, non rappresenti di per sé alcuna giustificazione ultima; piuttosto, il postulato che la democrazia possa essere realizzata solo in una società omogenea è semplicemente la conseguenza di una giustificazione più profonda. Il significato di questa omogeneità richiesta per la democrazia è fondato da Schmitt in modo più preciso nella sua *Verfassungslehre* attraverso il regresso al principio di eguaglianza che dovrebbe essere il presupposto di ogni democrazia. Per contro, occorre affermare a questo proposito che l'eguaglianza da sola non può giustificare la democrazia; dalla eguale valutazione e dalla volontà di tutti i membri della società non deriva necessariamente il diritto della maggioranza a decidere<sup>3</sup>. Giacché Schmitt tenta una costruzione di questo tipo, in lui la proposizione «la maggioranza decide» risulta essere necessariamente priva di senso<sup>4</sup>. Piuttosto, questo principio diventa comprensibile soltanto se il diritto di eguaglianza viene garantito all'interno di quello di libertà, intesa come l'accordo fra le volontà liberamente formate e la volontà dello Stato, in modo tale che il diritto alla libertà assuma la forma della libertà per il maggior numero possibile di persone<sup>5</sup>.

Nella teoria costituzionale si fa uso del concetto polisemantico di libertà per indicare due ambiti che storicamente sono stati insieme per un periodo abbastanza lungo, ma che nondimeno sono reciprocamente distinti. Innanzitutto si può collegare il concetto di libertà al processo di creazione normativa, e poi anche alla relazione fra contenuti normativi e ambiti individuali di vita. Nel significato discusso finora, si tratta

<sup>2</sup> Cfr. E. VOEGELIN in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1931, 108-9.

<sup>3</sup> H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, II ed., Tübingen, 1929, 9.

<sup>4</sup> C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1928, 278.

<sup>5</sup> Su libertà ed eguaglianza come principi strutturali della democrazia, cfr. le dettagliate spiegazioni di W. STAROSOLSKY, *Das Majoritätsprinzip*, Wien-Leipzig, 1916, 84 ss. e le recenti osservazioni di D. SCHINDLER, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, Zürich, 1932, 133. Cfr. in particolare G. SALOMON, *Verhandlungen des 5. deutschen Soziologentages*, Tübingen, 1926, 106-109.

giorno non si dovrebbero forse scorgere le condizioni favorevoli per la costanza della democrazia russa nella relativa omogeneità di una massa di contadini legati a quel sistema dalla rivoluzione agraria? Porre queste domande non significa certo rispondere ad esse in modo affermativo. Significa solo tenere in conto la massa delle *possibilità di sviluppo* costituzionali, che *non derivano dalla sfera costituzionale stessa, ma da altri ambiti*. La scienza costituzionale potrà fornire una soluzione a tali problemi, a lungo termine e di carattere generale, solo grazie ad una stretta cooperazione<sup>67</sup> con la gran parte delle discipline che si occupano della ricerca in ambito sociale.

(traduzione dal tedesco di Antonino Scalone)

### *Abstract*

This essay is an accurate and polemical analysis of Schmitt's *Legalität und Legitimität*. In particular Kirchheimer contests to Schmitt the claim to found the democracy only on the egalitarianism and not also on the liberty. Moreover, Kirchheimer denies that the Republic of Weimar is characterized by the identity between legitimacy and legality. Finally, he affirms that the parliamentary lawmaking and the direct plebiscitary lawmaking are different forms of the same type of legitimacy and that they have the same source: the people

---

<sup>67</sup> Cfr. sull'argomento le considerazioni di J. DEWEY, *The Public and Its Problems*, London, 171.



## *L'opuscolo mancante. Con e su Olivecrona*

di Enrico Pàttaro\*



*Nel 1940, negli anni della guerra, usciva l'opuscolo di Olivecrona su "Inghilterra e Germania" (ristampato in questo fascicolo), nel quale il giurista svedese prendeva posizione a favore della Germania. Si tratta di un saggio poco noto, che impone allo studioso, tra l'altro, di interrogarsi sul rapporto, ove mai ci fosse, tra il pensiero di Olivecrona e le sue posizioni politiche in quella delicata fase della storia dell'Europa (La Direzione).*

---

Caro Karl,

eccoci qua. Cominciamo dai ricordi. Poi verremo al dunque.

Ricordo la tua piccola casa estiva ad Åhrus tutta in legno, in mezzo alle betulle. Non ricordo se l'avessi fatta fare o l'avessi costruita tu stesso: era una casa isolata, non ce n'erano altre in quel bosco di betulle.

Tu poi mi invitasti a Lund per alcuni mesi a tenere una serie di seminari sul realismo giuridico scandinavo, ai quali tu partecipasti con assoluta regolarità, e poi privatamente mi dicesti che ti sarebbe piaciuto se io fossi stato il tuo successore sulla cattedra di Lund: puoi immaginare come mi si gonfiò il petto di emozione e di ammirazione per te che eri così bravo da percepire quanto io fossi bravo. Una volta la settimana, io e la mia "charming companion", come la chiamavate tu e Birgit, eravamo ospiti per il tè a casa vostra. Mi facesti conoscere i più autorevoli colleghi dell'università di Lund e facesti organizzare dal preside della tua facoltà una cena elegante in mio onore, una cena formale, svedese, a lume di candela, i professori e le loro mogli seduti tutti attorno ad un grande tavolo a ferro di cavallo. Il preside e sua moglie erano gli anfitrioni, quando si alzava un bicchiere di vino s'in-

---

\* Università degli Studi *Alma Mater* di Bologna.

dividuava con lo sguardo una persona in una parte lontana del tavolo, questa a sua volta alzava il bicchiere e con un cenno del capo, senza parole, ricambiava.

Mi inviasti anche in visita a Stoccolma, ospite di quell'aristocratico di Sundberg e in quella circostanza conobbi tra gli altri gli ottimi Jan Hellner, Folke Schmidt e Stig Strömholm. Durante i seminari conobbi anche, amico prematuramente scomparso alcuni anni or sono, Aleksander Peczenik, rifugiato dalla Polonia dopo l'invasione sovietica della Cecoslovacchia nel 1968.

Nessuno mi disse (lo sapevano?) che nel 1940 avevi scritto un opuscolo *Inghilterra o Germania*, nel quale, per le ragioni che ora vedremo, prendesti posizione a favore della Germania. Questo tuo scritto, a quanto pare introvabile nelle biblioteche di Lund e di Stoccolma, mi è stato svelato da Agostino Carrino, spietato cacciatore di scheletri negli armadi altrui, in questo caso nel tuo, il quale un po' perfidamente mi ha detto: «tu sei il maggiore esperto di Olivecrona in Italia, quindi ti chiedo di presentare questo suo scritto e un profilo di Olivecrona sulla rivista dove lo pubblicherò». «Lo considero un dovere», gli risposi e pensavo al dovere che un figlio ha di occuparsi dei miseri resti di suo padre.

In ogni caso, tu fosti sincero. Decidesti di scrivere ciò che pensavi rivolgendoti agli svedesi in maggioranza favorevoli all'Inghilterra e non alla Germania. Questo tuo scritto comincia con il descrivere con accenti apprezzativi i vantaggi e le conquiste sociali della Svezia, sviluppatasi nell'orbita dell'egemonia inglese dopo la prima guerra mondiale durante la quale era rimasta neutrale:

«Il nostro paese sperimentò in questa epoca una floridezza economica non mai raggiunta in passato, mentre i contrasti fra le classi e i partiti si attenuavano per far posto ad un progressivo lavoro di riforme sociali. Fuori dei confini, nel mondo esterno, ci venne accordata una considerazione che da un paio di secoli non ci era stata più concessa. I nostri rappresentanti nella Società delle Nazioni vi occupavano posti importanti: le nostre relazioni politiche e sociali erano estese e tipicamente notevoli; in breve, la Svezia viveva un nuovo periodo di grandezza, sebbene di natura diversa da quella del passato. Ora, poiché l'Inghilterra era la principale garante dell'ordine che aveva reso possibile questa situazione, era del tutto naturale che la grande massa del nostro popolo fosse legata all'Inghilterra, sia dal punto di vista dell'economia che della cultura e della politica, come anche per puro sentimento». [pp. 5-6 del testo di Olivecrona in mio possesso]

E però concludi:

ti monopoli territoriali, che non sono soggetti ad alcun potere superiore capace di assicurare la pace»<sup>6</sup>.

Il lettore dell'opuscolo *Inghilterra o Germania* troverà anche in esso più di una pagina dedicata alla forza nel diritto e al concetto per cui, al fine di conseguire la pace (in questo caso in Europa), è necessaria un'entità superiore ai vari monopoli territoriali della forza, ossia ai vari stati europei.

### *Abstract*

In 1940, during the war, the pamphlet of Olivecrona on "England and Germany" was published (reprinted in this edition), in which the Swedish jurist took up a position in favour of Germany. Although the essay is little known, it does however force the scholar to question the relationship, if ever there was one, between the thought of Olivecrona and its political positions during that delicate period of European history.

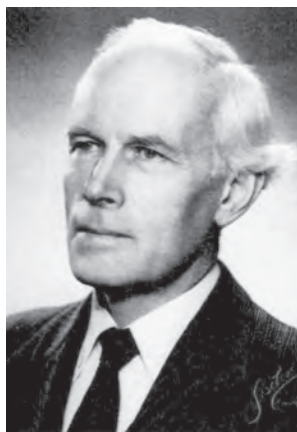
The second part of this introduction is dedicated to a historical reconstruction of the scientific career and juridical thought of the eminent Scandinavian scholar.

---

<sup>6</sup> IDEM, *La struttura dell'ordinamento giuridico*, cit., 289, 291 (corsivi miei). Al rapporto tra diritto e forza era dedicato l'ultimo capitolo della prima edizione di *Law as Fact*; in *Gesetz und Staat*, Copenhagen, Munksgaard, 1940, gli ultimi due capitoli erano *Recht und Gewalt* e *Vom Staat*; capitoli analoghi mancano nella seconda edizione di *Law as Fact*, ma in *Rättsordningen. Idéer och fakta* (L'ordinamento giuridico. Idee e fatti), Lund, CWK Gleerup, 1966, l'ultimo capitolo è *Rättsordningen och staten* (L'ordinamento giuridico e lo stato).

## *I problemi del tempo visti da uno svedese. Inghilterra o Germania?*

di Karl Olivecrona\*



*Publicato nel 1941 tra i "Quaderni di politica e di economia contemporanea", raccolta curata da Agostino Toso, un docente di Storia delle dottrine politiche nato nel 1882, con il titolo I problemi del tempo visti da uno svedese, e ripubblicato autonomamente sotto il titolo conforme all'originale svedese Inghilterra o Germania (Englandeller Tyskland, 1941) questo scritto, coevo alla traduzione tedesca della prima edizione di Law as Fact (pubblicata nel 1940 col titolo Gesetz und Staat), è poco noto anche agli esperti di Olivecrona. La tesi di fondo del giurista svedese tocca non tanto l'alternativa tra Inghilterra e Germania (e si tratta ovviamente della Germania nazista), quanto il problema dell'unificazione dell'Europa, da lui considerata possibile all'epoca solo a guida tedesca. Viene qui riproposto nella traduzione dell'epoca (La Direzione).*

L'epoca nella quale viviamo è forse come nessun'altra, contrassegnata da immensi rivolgimenti, i quali toccano nella stessa guisa le reciproche relazioni dei popoli e la loro struttura sociale. La guerra scoppiata da più che un anno ha scosso dalle fondamenta il sistema statale europeo. Una grande potenza ed una serie di piccoli stati indipendenti hanno cessato di esistere, né è dato prevedere quanto oltre dovrà procedere questo sconvolgimento di nazioni. Ma difficilmente i suoi effetti si limiteranno al nostro continente: direttamente o indirettamente essi si faranno sentire, con tutta probabilità, in ogni territorio e presso ogni popolo del mondo intero. Per altro, la lotta concerne in primissima linea la futura sistemazione dell'Europa.

I principali avversari di questa lotta sono l'Inghilterra e la Germania. L'Inghilterra è oggi il più forte ed anzi l'unico sostenitore in Europa del vecchio ordine. La Germania si è messa di nuovo a capo, apertamente e decisamente, d'un profondo rivolgimento di tutta la struttura politica del nostro continente.

---

\* Università degli Studi di Lund.

Da molti fatti risulta chiaro che la maggioranza del nostro Paese è spinta a fondare le sue speranze su una vittoria inglese... Il vecchio ordine ci ha portato parecchi benefici. Per un secolo abbiamo potuto godere d'una pace ininterrotta, di uno sviluppo interno relativamente tranquillo, legato ad un reale progresso nei campi più diversi. Questo sviluppo si estese ancor di più durante gli ultimi venti anni successivi alla guerra mondiale ed alla vittoria inglese. Il nostro Paese sperimentò in questa epoca una floridezza economica non mai raggiunta in passato, mentre i contrasti fra le classi e i partiti si attenuavano per far posto ad un progressivo lavoro di riforme sociali.

Fuori dei confini, nel mondo esterno, ci venne accordata una considerazione che da un paio di secoli non ci era stata più concessa. I nostri rappresentanti nella Società delle Nazioni vi occupavano posti importanti; le nostre relazioni politiche e sociali erano estese e tipicamente notevoli; in breve, la Svezia viveva un nuovo periodo di grandezza, sebbene di natura diversa da quella del passato. Ora, poiché l'Inghilterra era la principale garante dell'ordine che aveva reso possibile questa situazione, era del tutto naturale che la grande massa del nostro popolo fosse legata all'Inghilterra, sia dal punto di vista dell'economia che della cultura e della politica, come anche per puro sentimento.

Ma quando la Germania, spezzate le catene del trattato di Versailles, si rivelò come una reale minaccia dell'ordine esistente, da principio si sottovalutò la sua forza. Molti credettero che il nuovo Regime avrebbe potuto ben tosto essere rovesciato da una rivoluzione, o che quanto meno non avrebbe potuto causare una guerra e che, in ogni caso, evidentemente le Potenze Occidentali avrebbero trionfato, se si fosse dovuto venire ad un conflitto armato. L'incorporazione dell'Austria e la soppressione della Cecoslovacchia scossero questa concezione; ma l'ottimismo si convertì in terrore, quando l'ulteriore sviluppo degli eventi mise a giorno la incapacità dell'Inghilterra ad arrestare la marcia della Germania.

A molti parve allora come se le fondamenta della nostra situazione venissero a mancare e si temette che la nostra indipendenza nazionale, le nostre libertà civiche, il nostro benessere e la nostra cultura sarebbero state distrutte nel caso in cui la potenza inglese fosse stata definitivamente spezzata.

Personalmente, io ho sempre ritenuto che queste opinioni catastrofiche fossero arbitrarie e dannose. Mi è sembrato assurdo accettare come un fatto definitivo, che tutto ciò che nel nostro splendido Paese rende la vita degna di essere vissuta, dovesse crollare, solo perché l'egemonia venisse a passare dall'Inghilterra alla Germania. Nella formazione di questa opinione entrava molto lo spavento della guerra. Ma bisogna guardare al futuro, a ciò che seguirà dopo la guerra. Il popo-

tempo, cercando di incatenare la Germania. Le conseguenze di questa condotta si sviluppano oggi regolarmente a ritmo. Noi possiamo ora assistere dal nostro seggio al triste spettacolo senza potervi nulla cambiare.

L'ansia dinanzi alla potenza della Germania è ora profonda. Forse sarebbe più profonda se questa potenza dovesse crollare. Si dovrebbe allora cercare di rappresentarsi quale sarebbe la nostra situazione, se, contro ogni aspettativa, la combinazione anglo-americana riuscisse ad affamare e distruggere il continente europeo, e naturalmente in prima linea la Germania. Allora forse si vedrebbe quanto ci sia necessaria l'amicizia del grande popolo tedesco, di stirpe comune alla nostra.

### *Abstract*

This text, published originally in 1941, concerns the situation of Europe in the years of the Second World War. Olivecrona, founder of the Scandinavian Legal Realism, considers that the European continent should envisage the possibility of its unification in order to continue to be a significant presence on the world political scene and this would be possible only under a German hegemony.

# Colloquio sul Pluralismo

Intervista al Prof. Pietro Rescigno (Roma, 22 novembre 2014)

di Federico Pedrini\*



*Pietro Rescigno, Accademico Nazionale dei Lincei, è Emerito di Diritto Civile alla Sapienza - Università di Roma. Autore di contributi fondamentali sui più significativi temi della scienza giuridica e da sempre attento interprete del dato costituzionale, è uno dei maggiori giuristi italiani viventi. Fondatore e direttore dei Quaderni del pluralismo, ha da sempre rivolto la sua attenzione agli studi delle società intermedie e dei diritti della persona, con costante riferimento alla realtà sociale sottostante agli istituti giuridici e alla comparazione tra gli ordinamenti, offrendo un apporto decisivo alla ricostruzione giuridica del pluralismo in Italia (La Direzione).*

*Introduzione. Scienza giuridica e Pluralismo: adelante, cum iudicio\*\**

*Madamina, il catalogo è questo...  
Don Giovanni, I, 5  
(Aria di Leporello)*

‘Pluralismo’ è una parola che – così nel dibattito pubblico generale, come pure all’interno di molti rami della scienza giuridica – gode ancor oggi di straordinaria popolarità.

A dispetto della sua diffusione e della generale benevolenza che l’accompagna, tuttavia, l’uso che di essa viene effettuato non parrebbe affatto univoco e tantomeno adeguatamente circoscritto né dal punto di vista “materiale” (pluralisti *in che cosa?*), né da quello del suo “statuto epistemologico” (pluralisti *in che modo?*). Tutto all’opposto, dietro

---

\* Alma Mater Studiorum – Università degli Studi di Bologna e Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

\*\* Di Federico Pedrini.

una rubrica solo apparentemente unitaria, circolano oggi concezioni pluralistiche «d'ogni grado, d'ogni forma, d'ogni età», idonee a evocare le più diverse fenomenologie, a giustificare i più disparati percorsi scientifici e a esprimere (talora anche a mascherare) le più diverse ideologie politico-giuridiche.

Come le conquiste di Don Giovanni che Leporello annotava in una celebre lista, allora, anche le diverse versioni del pluralismo parrebbero anzitutto da mappare in un adeguato catalogo critico, che offra quantomeno le coordinate essenziali per orientarsi nell'odierna "selva pluralistica".

Se il pluralismo, potremmo dire, attraversa ormai il mondo del diritto e la stessa scienza giuridica in pressoché tutte le loro dimensioni, condizionandone a detta di alcuni non soltanto gli specifici contenuti o le attuali tendenze, ma addirittura la relativa *raison d'être*, non è la stessa cosa pensare al pluralismo *sociale* o a quello *culturale*, a quello *giuridico* o a quello *interpretativo*, a quello *religioso* o a quello *istituzionale*, a quello *costituzionale* o a quello *delle fonti del diritto* (e l'elenco potrebbe facilmente allungarsi).

Né parrebbe la stessa cosa, per il giurista che articoli i propri ragionamenti sul (o sulla base del) pluralismo, concepire quest'ultimo come una situazione *di fatto*, variamente riscontrata nei diversi settori della società, o come una situazione *di diritto*, tutelata dall'ordinamento laddove un tempo era negata od osteggiata, come una concreta *strategia* per la promozione d'un certo ideale o come un'astratta *assunzione metaetica* che postuli la molteplicità dei valori etici ultimi, o ancora come una *teoria* scientifica, descrittiva di qualche dato di realtà, o come una *dottrina* che su tale realtà si prefigga d'influire.

La prima, ineludibile esigenza sembrerebbe dunque quella di *distinguere* tra le varie dimensioni ora evocate, per poterne così mettere ordinatamente in luce gli elementi costitutivi e le possibili implicazioni. Ciò non esclude, ovviamente, che *più* sfaccettature pluralistiche possano essere contemporaneamente riscontrabili e che tra di esse sussistano talora delle connessioni pure significative. Queste ultime, tuttavia, andranno sempre adeguatamente dimostrate, e non semplicemente date per ovvie sull'onda di generiche assonanze tematiche (o magari anche solo linguistiche). Così come supportate da una credibile razionalità inferenziale e da un fondamento storico ed empirico effettivo dovrebbero essere pure le *conseguenze* che spesso dal pluralismo si vorrebbero trarre, per lo più in chiave prescrittiva, quanto ai presunti "compiti" del giurista contemporaneo e allo stesso "destino" della scienza giuridica di oggi e di domani.

A tal riguardo, il filo conduttore del pensiero di Pietro Rescigno, espresso a più riprese nei passaggi dell'intervista che qui si propone,



Una generica e radicale apertura all'innovazione, che prescindendo dalle categorie logiche e sistematiche, credo del resto non soltanto che *non sia ancora avvenuta* – tanto meno per necessità di far fronte a presunte esigenze del pluralismo – ma che sia anche *sperabile che non avvenga*.

Come Lei ha ricordato più volte vi sono addirittura taluni che vorrebbero giustificare la necessità d'un cambiamento metodologico radicale, da parte del giurista, a partire dalla constatazione empirica di un assetto plurale (o, se vogliamo, pluralistico) dell'attuale società. Che siano di quando in quando elevate richieste di rinnovamento all'interno delle singole discipline scientifiche è un fenomeno ricorsivo, che si può comprendere dal punto di vista storico e che quindi non mi stupisce più di tanto. Questo non implica, tuttavia, che tutte le domande o le inclinazioni in tal senso siano parimenti desiderabili, giustificate o tantomeno necessarie.

A tal proposito, se è vero quel che dicevamo prima sul concreto assetto dell'attuale società e delle tendenze che in essa mi paiono davvero preponderanti, mi sentirei di concludere così: il presunto ritardo col quale la scienza giuridica starebbe affrontando la supposta necessità di "rivoluzioni" metodologiche o categoriali non è propriamente, oggi, il timore più grave che avverto...

### *Abstract*

The interview analyses the connections between legal science and pluralism. Pluralism is a rather diverse concept, there being a number of different types of pluralisms depending on the area in which differentiated pluralities are identified (social, political, legal, cultural, methodological and ethical pluralism) and depending on the descriptive, strategic or prescriptive approach taken. An attempt is made during the interview to understand the appropriate meaning of pluralism for a legal science academic, and to indicate the main risks of an insufficiently informed use of pluralistic categories.

## *Se le corti costituzionali si ritirano nel loro back-yard...*

di Antonio Baldassarre\*



*Sempre più la ricerca di Antonio Baldassarre si orienta, da un lato, verso la presa di coscienza delle profonde trasformazioni che il mondo moderno sta attraversando, dall'altro verso un'argomentazione tesa a svelare le aporie di un discorso – nella fattispecie quello della giustizia costituzionale – che non sempre si rivela all'altezza delle nuove responsabilità che proprio l'accresciuto potere dei giudici impone loro. Il tema della globalizzazione, al quale l'Autore – Presidente emerito della Corte costituzionale – ha dedicato un'importante monografia (Democrazia e globalizzazione, Roma-Bari, Laterza, 2002), fa da sfondo anche a queste rapide osservazioni su una recente sentenza della Corte costituzionale italiana (La Direzione).*

La profonda crisi dell'economia mondiale – che appare ogni giorno di più di tipo sistemico, piuttosto che congiunturale – sta erodendo in misura crescente non solo le basi materiali e ideali su cui si reggeva il benessere sociale di larga parte della popolazione (*welfare State*), ma anche la cultura che ha ispirato per decenni una certa percezione dei valori costituzionali e, quindi, il modo di guardare agli stessi e di tradurli nelle interpretazioni correnti delle più importanti norme della costituzione.

Questo fenomeno sta toccando vari ambiti del mondo giuridico e sembra affiorare anche nell'atteggiamento dei giudici e, in particolare, delle corti costituzionali (o supreme), cui, per la verità, le trasformazioni delle strutture giuridiche comportate dall'«apertura» degli ordinamenti nazionali verso il livello sovranazionale (comunitario) e quello internazionale hanno affidato un delicato compito di assecondamento dei passaggi cruciali attraverso i quali si compiono quei processi di mutamento dell'orizzonte giuridico comportati dalla globalizzazione e dall'internazionalizzazione del diritto.

---

\* Già ordinario all'Università degli Studi Guido Carli LUISS – Roma. Presidente emerito della Corte costituzionale.

Per essere più espliciti, i principi fondamentali posti dagli artt. 10 e 11 della Costituzione Italiana, nel collegarsi a una corrente storica che nel secondo dopoguerra mondiale ha impresso un cambiamento di paradigma nei rapporti tra i singoli Stati e la comunità internazionale (passando anche per l'Unione Europea), hanno imposto ai giudici e ai giuristi di guardare oltre il puro orizzonte nazionale e di procedere a interpretazioni delle norme costituzionali che tenessero conto del mutato scenario giuridico mondiale.

Molti illustri costituzionalisti hanno cercato di codificare, anche sul piano metodico, tale passaggio. Peter Häberle, ad esempio, ha individuato nel diritto comparato o, più precisamente, nell'esigenza di introdurre nell'interpretazione costituzionale la comparazione con ordinamenti stranieri la novità più rilevante dell'ermeneutica costituzionale dei nostri tempi. Antonio La Pergola, Sergio Bartole e Marta Cartabia hanno visto nel dialogo e nel confronto tra le corti un momento essenziale per lo sviluppo di giurisprudenze adeguate a un tempo, come il nostro, caratterizzato da una pluralità di cittadinanze che si innestano su quella nazionale e da una tutela giuridica dei relativi diritti articolata su più livelli. Giovani e valenti studiosi, come ad esempio Tatiana Guarnier, hanno dedicato rilevanti saggi al fenomeno della «giurisprudenzializzazione» del diritto costituzionale dei nostri giorni, legata all'interdipendenza esistente tra gli ordinamenti contemporanei. Negli Stati Uniti d'America s'è persino parlato, se pure con intenti critici, di un nuovo fenomeno, il *transjudicialism*, dopo che la Corte Suprema Federale ha affermato nel caso *Roper v. Simmons* del 2005 la rilevanza della comparazione giuridica nell'interpretazione della costituzione americana.

Tutto ciò è conseguenza del fatto che, come hanno autorevolmente dimostrato specialmente Antonio Cassese e Lorenza Carlassare, i Costituenti erano ben consapevoli che stavano erigendo un ordinamento statale non più "chiuso" nel proprio recinto domestico, nel proprio *back-yard*, come pretende(va) la tradizione «dualista» dello Stato nazionale (H. Triepel, D. Anzillotti), ma un ordinamento che fa dell'"apertura" verso l'esterno, se pure nei limiti segnati dagli artt. 10 e 11, un principio supremo della Costituzione capace di problematizzare la sovranità nazionale.

Ebbene, le ricadute culturali di una devastante crisi economica sembrano aver insinuato nelle menti degli esseri umani un accentuato senso d'insicurezza, che spinge a innalzare barriere verso l'esterno e a vedere nell'altro un pericoloso nemico che, per il solo fatto di esistere ed essere attivo, attenta alla propria autonomia e alla propria indipendenza. Questo sentimento si sta diffondendo nel mondo anche tra i governanti e gli uomini di Stato al punto da far risorgere incompre-

nale al fine di garantire una convivenza pacifica fra i popoli fondata, per quanto possibile, sulla giustizia e sul rispetto dei valori umanitari.

Ciò, se accresce il potere dei giudici nel dare un senso storico ai valori umanitari posti a base dell'ordinamento internazionale e di quelli nazionali (costituzionali), ne aumenta corrispondentemente la responsabilità non solo verso i propri cittadini, ma anche verso i popoli del mondo raccolti nella comunità internazionale. Ma se le corti costituzionali guardano più al loro *back-yard* che al mondo che le circonda....

### *Abstract*

The fundamental question underlying this paper is whether constitutional judges should continue or not to take on the ever more incisive role of legislative substitute, heedless of the profound changes and the epoch-making crises taking place in the West, or whether they should, instead, be helping to reconstruct a social fabric in political contexts, a fabric which is increasingly fragmenting in a process of transformation dominated by fear and uncertainty. As judges take on ever more responsibility, deriving from their augmented authority in constitutional States, their power becomes more assertive with respect to citizens of their own nation and to those of other States.

# *I Consigli di giustizia in Europa e «il Csm che si vorrebbe»: da modello a involuzione?*

di Simone Franzoni\*



**Sommario:** § 1. – Delimitazione del tema. § 2. – La diffusione dei Consigli di giustizia in Europa. § 3. – Verso un modello “uniforme” di Consiglio di giustizia? I documenti degli organismi europei. § 4. – Il Consiglio superiore della Magistratura tra progetti di riforma e riforme mancate.

## § 1. – *Delimitazione del tema*

In via preliminare è doveroso delimitare l’oggetto della ricerca, al fine di circoscriverne il contenuto in relazione ad un titolo<sup>1</sup> che potrebbe apparire di eccezionale ampiezza.

Una prima precisazione riguarda la locuzione “Consigli di giustizia”, qui adottata per ragioni sia di ordine sistematico, sia di coerenza con la terminologia impiegata a livello europeo. Con la sua onnicomprensività, tale espressione è idonea a includere i molteplici organi collegiali, variamente denominati<sup>2</sup>, istituiti nei diversi Paesi con la finalità di garantire l’autonomia e l’indipendenza della Magistratura e, per questa via, l’eguaglianza dei cittadini davanti alla legge attraverso la terzietà e l’imparzialità degli organi giudicanti. A simili compiti i Consigli di giustizia contribuiscono, seppur con modalità e poteri affatto diversi, amministrando la carriera e lo *status* dei magistrati e/o adot-

\* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

<sup>1</sup> Il titolo prescelto nel presente lavoro richiama M. VOLPI, *Il CSM che si vorrebbe. Da organo di rilievo costituzionale a organo burocratico-amministrativo*, in *Quest. giust.*, 2011, 1995, 115 ss.

<sup>2</sup> Senza alcuna pretesa di esaustività, accanto a *Consiglio superiore della Magistratura* (tra gli altri, Italia, Francia, Portogallo e Romania), troviamo la denominazione di *Consiglio generale* (o *supremo* o *nazionale*) del *Potere giudiziario* (ad. es. Spagna, Polonia, Croazia, Ungheria); *Consiglio superiore della giustizia* (Belgio); *Consiglio di giustizia* (Croazia) o *della Magistratura* (Paesi Bassi); *Alto consiglio di giustizia* o *giudiziario* (Albania, Serbia); *Consiglio giudiziario superiore* (Bulgaria).

tando provvedimenti volti a perseguire il buon funzionamento della giustizia.

Sotto altro profilo, la denominazione in parola è quella utilizzata nei documenti ufficiali elaborati a livello europeo<sup>3</sup> che a vario titolo si occupano della giustizia e dell'indipendenza dell'Ordine giudiziario.

Proprio in ambito sovranazionale, specie nell'ultimo decennio, si riscontra una crescente attenzione al tema della garanzie giurisdizionali dei diritti dei cittadini, il cui "stato dell'arte" è attualmente rappresentato dal *Report ENCJ* del 2014 «*Independence and Accountability of the Judiciary*».

Analogamente, nel nostro Paese, il problema della giustizia è da tempo al centro di un dibattito istituzionale che si traduce in modifiche normative talvolta compiute, talaltra soltanto progettate. Esempio paradigmatico è rappresentato dalla riforma del CSM, la quale, nonostante l'incessante succedersi di proposte, risulta allo stato o ancora da attuarsi o realizzata in maniera settoriale e disorganica. Il riferimento non può che essere, da ultimo, alla travagliata vicenda dell'art. 2 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, il quale è per la quarta volta intervenuto in materia di delibere consiliari, per poi essere subito emendato dalla stessa legge di conversione.

I "materiali" oggetto del presente studio saranno, in un confronto tra "nuove" e "vecchie" democrazie, da un lato le *linee guida* emergenti dai più recenti documenti europei sui Consigli di giustizia e, dall'altro lato, le innovazioni apportate dalla disciplina interna appena richiamata, "materiali" che potranno così essere raffrontati per valutare le risposte date, sul piano nazionale e internazionale, all'istanza di c.d. "autogoverno" del Potere giudiziario.

In quest'ottica, tassativo punto di partenza non può che essere un breve resoconto sulle tappe dello sviluppo dei Consigli di giustizia in Europa, rappresentando lo studio comparato, pur nella difformità delle varie esperienze, un valido aiuto per meglio comprendere, anche in ottica *de jure condendo*, la formula organizzativa adottata (o da adottarsi) dal Legislatore nazionale.

Consapevoli che l'autonomia dell'Ordine giudiziario non è suscettibile di essere intesa né analizzata in senso assoluto ma andrebbe di volta in volta calata nel contesto storico e ordinamentale nel quale si è sviluppata<sup>4</sup>, si tratta di un'analisi inevitabilmente sommaria e limitata ai dati normativi. Tanto più che la materia si connota per un numero

<sup>3</sup> Ci si riferisce, in particolare e come si vedrà *infra* § 3, ai documenti adottati in seno al Consiglio d'Europa dalla Commissione di Venezia e dal Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE), nonché alla Rete europea dei Consigli di giustizia (ENCJ o RECJ), a seconda della denominazione in lingua inglese o francese.

<sup>4</sup> In questo senso M. PIETROPOLLI, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria*, in *Dir. e soc.*, 2008, 96.

colo 17 della legge istitutiva nell'arco di poco più di un ventennio<sup>40</sup>), sia qualitativo, poiché espressione di orientamenti "recessivi" o comunque di sfiducia sull'autogoverno della Magistratura, che si sono talvolta tradotti in disegni di legge - a tacer d'altri: allorché si è proposto di stravolgere la composizione del Consiglio prevedendo la nomina di *metà* dei suoi membri da parte del Parlamento e di attribuirne la Presidenza al Ministro di giustizia - palesemente stridenti con le direttive europee.

Riprendendo le osservazioni svolte in apertura del presente lavoro sull'utilità dell'indagine comparata per il tema che ci occupa, si può concludere che l'analisi svolta ha permesso di appurare quanto segue: in Europa è in atto un forte processo di diffusione e rafforzamento dei Consigli di giustizia, al quale se ne accosta uno analogo di coordinamento e di uniformazione; tale processo sta avendo corso sotto l'egida e la spinta delle organizzazioni europee; il radicamento delle figure consiliari va di pari passo con la piena realizzazione dello Stato di diritto (liberal) democratico; proprio nelle due democrazie (Italia e Francia) che forse più di ogni altra sono state antesignane e modello di "autogoverno" della Magistratura, si riscontrano tuttavia tendenze involutive, progetate o realizzate.

Involuzioni che rappresentano ad oggi esempi isolati di quelle «battute di arresto», paventate da attenta dottrina, a «un processo in corso di costruzione di un modello di Consiglio che (...) appare difficilmente reversibile»<sup>41</sup>, essendo espressione di un'esigenza di uniformazione a livello europeo che va di pari passo con il ruolo di una Magistratura terza e imparziale nella tutela dei diritti fondamentali nello Stato democratico.

## Abstract

At European level there is an ongoing process of diffusion and standardization of organs of the so-called "self-government" of the Judiciary, which is taking place under the auspices and the pressures of various European bodies engaged in an extensive document production. International attention paid to Councils for the Judiciary is echoed by the broad debate that is taking place on "our" CSM, which has been the subject of reform projects only partially accomplished since the law no. 114 of 2014. The compared analysis proves to be a useful tool, also in a *de jure condendo* perspective, for a comparison between "old" and "new" democracies on the *justice issue*.

<sup>40</sup> Precedentemente al d.l. n. 90/2014 e alla l. n. 114/2014, la disposizione in esame era stata modificata dalla legge 12 aprile 1990, n. 74 e dal decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

<sup>41</sup> M. VOLPI, *Esiste un modello*, cit., 164.

# Il “dovrà essere” del diritto di famiglia prossimo venturo

Note a margine delle sentenze nn. 162 e 170 del 2014 della Corte costituzionale

di Antonio Riviezzo\*



**Sommario:** § 1. – Avvertenza. § 2. – La giurisprudenza costituzionale sul diritto di famiglia (brevi cenni, utili solo alla progressione del discorso). § 3. – Una tavola sinottica delle problematiche (più recenti) che riguardano il diritto di famiglia. § 4. – Esiste un diritto costituzionale della famiglia? § 5. – Quali indicazioni trarre dalle sentenze nn. 162 e 170 del 2014. § 6. – Una riflessione finale.

«il rito nuziale [...] prelude alla legittima procreazione dei figli»  
Tacito, Ann., XI, 27

## § 1. – Avvertenza

Le righe che seguono traggono spunto da due recenti pronunce della Corte costituzionale rese su problematiche che, direttamente o di riflesso, riguardano la dimensione giuridica della famiglia.

Si tratta, rispettivamente:

a) della sentenza n. 162 del 9 aprile 2014, con la quale è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004 n. 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*) nella parte in cui era vietata la procreazione assistita c.d. eterologa<sup>1</sup>, e

b) della sentenza n. 170 dell’11 giugno 2014, che ha sancito, in via diretta, l’illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*), nella parte in cui stabilivano lo scioglimento *de iure* del vincolo coniu-

\* Università degli Studi di Sassari.

<sup>1</sup> E quindi, per quanto qui interessa porre in evidenza, ripristinando il principio dell’ammissibilità della diversità genetica tra (almeno uno dei) genitori e figli anche quando si ricorra a tecniche procreative artificiali.



gale civile qualora uno dei due coniugi avesse cambiato sesso dopo il matrimonio, nonché, in via consequenziale, dell'art. 31, comma 6, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150 (*Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'art. 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69*), in quanto implicante il medesimo automatismo<sup>2</sup>.

Come si può vedere, si tratta di arresti che incidono su assetti piuttosto puntuali, e, tutto sommato, apparentemente disarticolati l'uno dall'altro; in parole povere, le due decisioni in discorso, pur importanti, non sembrano rappresentarsi – nemmeno a un primo sguardo – come pronunce “fondative” di un qualche ordine giuridico “nuovo”.

Nondimeno esse mostrano di collocarsi con coerenza lungo un *continuum* che la giurisprudenza costituzionale ha via via elaborato, e in tale ottica possono assumere un significato ulteriore, di progressivo completamento di un disegno più ampio, che può rendere ragione – al di là del dato cronologico della prossimità temporale – di una loro trattazione unitaria.

In questo senso, la presente annotazione si colloca a metà strada tra il censimento giurisprudenziale e il tentativo di una spiegazione sistematica del movimento ordinamentale che pare stia attraversando, da alcuni anni a velocità crescente, l'istituzione familiare, ridefinendone contorni e paradigmi in modo significativo.

Da tale angolazione si proverà, in chiusura, ad abbozzare (solo abbozzare, ovviamente) qualche risposta rispetto ad alcune delle domande più “scottanti” in materia di diritto di famiglia che oggi popolano le agende degli interpreti.

## § 2. – *La giurisprudenza costituzionale sul diritto di famiglia (brevi cenni, utili solo alla progressione del discorso)*

La Corte costituzionale ha iniziato piuttosto precocemente a intervenire sul diritto di famiglia (sempre su sollecitazione incidentale degli organi giurisdicenti, *scil.*), evidentemente sul presupposto che le disposizioni che la Costituzione e le leggi avevano dedicato alla disciplina del fenomeno risultassero più o meno incapienti rispetto alle effettive dinamiche sociali sottostanti.

Questo graduale accumularsi di pronunce ha profondamente modificato l'impianto concettuale di base che la Repubblica aveva ere-

<sup>2</sup> Ciò che sottintende necessariamente l'accettazione del c.d. paradigma eterosessuale dell'unione matrimoniale.

Sul versante delle unioni omosessuali (tali *ab initio* o tali divenute: transessualismo), la sentenza n. 170 spinge il legislatore verso una disciplina legale più simile a quella tedesca che a quella spagnola, non sembrando possibile mettere in discussione il paradigma eterosessuale del matrimonio propriamente detto, stando almeno a come la Corte interpreta l'art. 29 Cost.

La nuova apertura, garantita dalla sentenza n. 162, alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, anche servendosi di un patrimonio genetico esterno alla coppia (la c.d. fecondazione eterologa), riafferma la dimensione di vero e proprio *diritto* individuale della scelta relativa alla genitorialità, diritto peraltro temperato, in teoria, dal principio della responsabilità per la procreazione codificato nell'art. 30, 1° comma, Cost.<sup>44</sup>.

Tale etica della responsabilità, infine, non dovrebbe non permeare, stante l'analogia di fattispecie, pure l'istituto dell'adozione, sempre più estesamente accordata, in un contesto (individualista, si ripete) che oggi ricerca non tanto la verità naturale, quanto la "mera" certezza giuridica dei rapporti.

Il diritto di famiglia che verrà, insomma, si prospetta a un tempo sempre più esteso (soggettivamente) e sempre più articolato (oggettivamente).

Ma tale spiccata articolazione sembra ridurre la famiglia stessa a una semplice somma di rapporti giuridici uno-a-uno, nella quale ci si potrebbe forse sorprendere, un giorno, insospettabilmente soli.

### *Abstract*

The essay examines two recent verdicts of the "Corte costituzionale". The first returned about marriage law, the latter about artificial conception. Both judgements are perceived as important evolution milestones of the Italian family law towards more open and varied civil partnership models.

---

<sup>44</sup> G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità, procreazione*, Padova, Cedam, 1999, 277 ss.

# *Ragionevolezza dell'eccesso oppure eccesso di ragionevolezza?*

*Alcune note sull'evoluzione dell'eccesso di potere legislativo nella giurisprudenza costituzionale*

di Luca Vespignani\*



**Sommario:** § 1. – Brevi cenni circa il quadro teorico sul tema dell'eccesso di potere legislativo. § 2. – L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale. § 3. – La giurisprudenza costituzionale nel quinquennio 2009-2014. § 4. – Alcune considerazioni conclusive.

## *§ 1. – Brevi cenni circa il quadro teorico sul tema dell'eccesso di potere legislativo*

Con l'espressione 'eccesso di potere legislativo' si fa riferimento ad un vizio delle leggi che, sulla scorta dell'analoga figura elaborata relativamente alla legittimità degli atti amministrativi, si affiancherebbe a quelli di incompetenza e violazione della Costituzione. In tal senso esso, oltre a sostanzarsi nelle ipotesi più tradizionali di "straripamento" nella sfera di competenza attribuita all'Esecutivo e all'Ordine giudiziario e di "sviamento" dai fini costituzionalmente stabiliti, viene configurato quale difetto della funzione legislativa in termini di logicità e coerenza, da accertare ad opera della Corte costituzionale con modalità avvicinabili a quelle praticate dal giudice amministrativo attraverso le c.d. figure sintomatiche<sup>1</sup>. Tanto precisato in via evidentemente del tutto

\* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

<sup>1</sup> Identifica l'eccesso di potere con «lo sviamento dai fini costituzionalmente prescritti; lo "straripamento" della funzione legislativa in ambiti riservati ad altri poteri; l'esercizio della funzione legislativa in frode alla Costituzione» G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, 1999, 391. Circa il parallelismo con le c.d. figure sintomatiche del diritto amministrativo, osserva G. MIGNEMI, *Sull'inesistenza dell'eccesso di potere amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 183 che il criterio della congruità logica della norma rispetto alla sua premessa è analogo alla "illogicità manifesta", quello della discriminazione rispetto ad un precedente assetto legislativo corrisponde alla "contraddittorietà del provvedimento rispetto alla preesistente disciplina, quello della rispondenza della scelta

approssimativa, il presente contributo, senza alcuna pretesa di svolgere una riflessione compiuta al riguardo, è volto ad effettuare una rassegna della giurisprudenza costituzionale dell'ultimo quinquennio sul tema, in vista della quale si procederà preliminarmente a qualche brevissimo cenno sul quadro teorico in cui si iscrive la problematica in parola e ad un'esposizione delle grandi linee lungo le quali si è sviluppata nel corso del tempo l'azione del Giudice delle leggi.

Circa la prima delle due premesse, fin dall'inizio dell'esperienza repubblicana emergono due orientamenti divergenti, uno contrario alla esportabilità nell'ambito della legislazione del vizio di eccesso di potere elaborato nel campo del diritto amministrativo e l'altro favorevole ad una simile estensione.

Segnatamente, nella prima prospettiva si sostiene che «le leggi e gli atti aventi forza di legge creano diritto obiettivo, vigono come manifestazione obiettiva e impersonale di volontà, a differenza degli atti amministrativi che sorgono come manifestazione di volontà subiettiva di un particolare soggetto giuridico e come tale permangono». Pertanto, essi non potrebbero essere sottoposti al sindacato in parola e ciò varrebbe anche per le c.d. leggi provvedimento, le quali si caratterizzano per il fatto di presentare un contenuto particolare e concreto e non generale ed astratto secondo il modello tradizionale, in quanto «unica è la forma delle leggi, unico il controllo previsto per esse»<sup>2</sup>.

Dall'altro lato, si afferma, viceversa, che contrasterebbe con l'evidenza ritenere l'organizzazione del Parlamento «sottratta a principi strutturali indirizzati a conferire razionalità alla formazione della sua volontà»<sup>3</sup>. «Di conseguenza, l'accostamento che si operi sul sindacato rivolto alle leggi, nelle loro parti non vincolate a rigide prescrizioni della costituzione, a quello sugli atti amministrativi discrezionali non ingenera inutili complicazioni ma invece si palesa proficuo a mettere in rilievo la comunanza del fondamento e della struttura, derivando

---

operata dal legislatore a criteri opinabili ma ragionevolmente sostenibili è assimilabile alla "ingiustificata disparità di trattamento di situazioni uguali" e quello in cui la Corte pondera fatti già valutati dal legislatore trova riscontro nel "travisamento dei fatti". Cfr. anche A. AZZARITI, *Sui limiti del sindacato di costituzionalità sul contenuto delle leggi: l'eccesso di potere legislativo come vizio logico intrinseco della legge*, in *Giur. Cost.*, 1989, 659.

<sup>2</sup> C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi*, in IDEM, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, 276 e 277. Oltre a tale argomento si aggiunge poi che «la nostra Costituzione (...) non precisa (come fanno le leggi amministrative per gli atti amministrativi) che il vizio di legittimità ricomprende l'incompetenza, l'eccesso di potere e la violazione di legge» e che «i testi costituzionali prevedono solo un sindacato sull'atto (...) e sulla norma o sul contenuto normativo della legge. Essi non parlano mai di un controllo sulla attività legislativa, sulla direzione subiettiva di tale volontà, sugli elementi insomma che costituiscono oggetto del sindacato per eccesso di potere» (IDEM, *op. cit.*, 275-276).

<sup>3</sup> C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, Giuffrè, 1968, 233, il quale sviluppa qui una concezione già preannunciata in IDEM, *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, 1949, 457 ss. e ribadita pure in IDEM, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1976, 1413-1414.

e compiuto (...). All'opposto il sindacato di ragionevolezza trova spazio solo in una Costituzione "metafisicamente scettica", strutturalmente incapace di porsi come ordine stabile e perfetto e perciò costretta ad affidare alle virtù moderatrici di un canone flessibile (la ragionevolezza appunto) il compito di far coesistere valori non gerarchizzati»<sup>44</sup>. Inoltre, si obietta che la razionalizzazione del fine legislativo sarebbe estranea almeno ad una parte dei giudizi di ragionevolezza, i quali implicherebbero, comunque, «valutazioni multiformi: di razionalità sistematica, di efficienza strumentale, di giustizia-equità della legge»<sup>45</sup>. Ed in terzo luogo si rimarca che «le classiche figure nelle quali è stato ricostruito il controllo dei giudici amministrativi sull'eccesso di potere non sono trasponibili nel giudizio costituzionale senza perdere la loro autonomia concettuale. Alcune di esse poi, sono del tutto inimmaginabili perché contrastanti con i caratteri del controllo di costituzionalità delle leggi o con la natura dell'oggetto del controllo»<sup>46</sup>.

Anche rifiutando l'identificazione tra le due nozioni, sembra tuttavia che esse presentino perlomeno una certa affinità, specialmente quando si prendano in considerazione quelle manifestazioni della ragionevolezza che, benché non si esauriscano in un controllo di tipo teleologico, implicano, in effetti, una valutazione sull'esercizio dell'attività legislativa sganciata dal riferimento ad un preciso parametro costituzionale. Il che induce l'ulteriore domanda – in questa sede soltanto enunciata, non essendovi lo spazio per cercare una risposta – sulla misura in cui ad esse si possano estendere le critiche rivolte contro l'ammissibilità di un giudizio sulle leggi in termini di eccesso di potere<sup>47</sup>.

## Abstract

The paper proceeds to a summary of the theoretical framework and of the most important legal precedent on the misuse of legislative power and then is focused on a review of the constitutional case law of last five years on the subject.

<sup>44</sup> G. SCACCIA, *op. cit.*, 408-409.

<sup>45</sup> IDEM, *op. cit.*, 410.

<sup>46</sup> IDEM, *op. cit.*, 411.

<sup>47</sup> Cfr. A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e costituzione*, Torino, Giappichelli, 2011, 1240-1241, il quale sottolinea come, soprattutto nella sue declinazioni prive di un collegamento diretto col principio di uguaglianza, la ragionevolezza potrebbe condurre «a "pensionare" ogni (...) distinzione fra (giudizio di) legittimità, merito, opportunità e giustizia», divenendo «l'emblema più icastico dell'attuale (irrefrenabile?) tendenza a "mischiare" la teoria dell'interpretazione – oltre che con la teoria di fenomenologie confinanti (e magari anche connesse) e purtuttavia distinte, quali l'applicazione, l'integrazione, l'attuazione, e così avanti – con una dottrina dell'autorità fortemente *Judge oriented*». Negli stessi termini, v., più di recente, IDEM, *Come un post scriptum "Interpretazione e Costituzione" tra Prequel e Sequel*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2014, *passim*.

# *A là recherche d'une âge perdue(?)*

*Alcune note a margine di una recente monografia*

di Aljs Vignudelli\*



**Sommario:** § 1. – San Girolamo e lo Stato regolatore (*excusatio non petita?*). § 2. – Introduzione. § 3. – La regolazione come problema di teoria generale: il metodo. § 4. – La problematica dello Stato regolatore come questione concettuale. § 5. – La problematica dello Stato regolatore come questione dogmatica. § 6. – La problematica dello Stato regolatore come questione di potere. § 7. – Demistificare lo Stato costituzionale e rivalutare lo Stato democratico? § 8. – A proposito dei “nuovi paradigmi”.

**ANTONIO RIVIEZZO**, *Il doppio stato regolatore. Profili costituzionali, appunti di teoria generale*, Napoli, Jovene, 2013, pp. XIV- 426.

## § 1. – *San Girolamo e lo Stato regolatore (excusatio non petita?)*

Ho a lungo dubitato dell'opportunità di recensire il saggio monografico in epigrafe, giacché ne conosco personalmente e da lungo tempo l'Autore e a maggior ragione poiché ne avevo seguito la gestazione sin dall'esordio. Ambedue le circostanze, per diversi motivi, potevano sconsigliare un mio impegno in sede di commento critico, anche perché quest'ultimo sarebbe intervenuto nelle more del (già famigerato) procedimento di abilitazione scientifica nazionale, il libro essendo stato pubblicato nell'aprile del 2013.

Nondimeno, siccome ritenevo (e continuo a ritenere) il lavoro in parola meritevole di segnalazione, m'è parso un buon compromesso quello di posticipare la stesura delle mie annotazioni al momento in cui le scadenze in discorso si fossero consumate, così da coniugare l'interesse del lettore ad essere informato su un evento editoriale significativo col rispetto di quei *decorums* che dovrebbero distinguere un verosimile grado di *mignardise* accademica.

---

\* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

## § 2. – Introduzione

Esaurita quest'avvertenza, possiamo finalmente entrare *in medias res*, cominciando con un piccolo *divertissement*.

Secondo un adagio alquanto popolare negli Stati Uniti, un'idea non è buona se non è possibile illustrarla con un'unica frase.

Ebbene – secondo Riviezzo – nell'ordinamento italiano sussiste una fattispecie di potere amministrativo incoerente col principio (politico e legale) della sovranità popolare: la c.d. regolazione indipendente che si estrinsechi in atti, normativi e provvedimenti, d'indirizzo politico settoriale.

Il *test* parrebbe quindi sostanzialmente superato.

Nondimeno, anche a volerne accettare l'attendibilità, l'esperimento può tutt'al più attestare "in negativo" che non si sia in presenza di un'idea vaga, generica o magari oscura, mentre è molto meno efficace "in positivo" per individuarne (dell'idea, *scil.*) le virtù.

Il che, detto altrimenti, non implica affatto che tale idea, per quanto chiaramente espressa, sia effettivamente *buona*; per formulare un simile giudizio, infatti, occorrono pur sempre ulteriori "lavori di scavo".

Va subito detto che il saggio monografico in commento, sin dal titolo, si presenta evocativo, coniugando la chiarezza sull'oggetto della riflessione (lo «Stato regolatore») con la puntualità sull'indicazione teorica (tale configurazione organizzativa è «doppia», ossia diversamente legittimata) e critico-valutativa (una strategia legittimante del sottostante potere è coerente con la struttura dell'ordinamento giuridico, l'altra no) di fondo.

Come nota lo stesso Autore in un contributo di poco successivo, peraltro, le tesi sostenute nel libro, *singolarmente* prese, non sono straordinariamente originali<sup>1</sup>; il giudizio però cambia sensibilmente se si adotta una prospettiva *corale* (o sistemica, se si preferisce) sul fenomeno regolativo.

Ed è proprio sul piano di quelle "dominanti" di fondo (apprezzabili per l'appunto nella chiave sistemica di cui dicevo) che intendo soffermarmi, poiché, da un lato, esse potrebbero sfuggire al lettore medio (pur avvertito) e, dall'altro, perché il testo – al di là del primo livello cognitivo, che è quello della classica ricerca *applicata* – vanta una singolare proiezione *teorica*, prestandosi così a riflessioni di più ampio respiro, in ultima analisi, meno soggette alla naturale obsolescenza che caratterizza la maggior parte delle concettualizzazioni attorno al diritto positivo.

<sup>1</sup> A. RIVIEZZO, Lo "Stato regolatore" come fattispecie a "legittimazione differenziata", in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 23 luglio 2013, 1-14, *paper*, spec. 3 per l'affermazione riportata nel testo.

La divaricazione non è al momento né troppo pronunciata, né drammatica; tuttavia la tendenza in atto può far presumere un'implementazione del fenomeno, almeno nel medio periodo.

A questo punto, qualora non fosse dato un qualche ravvedimento nella mente del legislatore (e, si ribadisce, non se ne vedono avviasaglie), la scienza giuridica dovrà verosimilmente prendere atto del mutato contesto ordinamentale, riformulando i propri paradigmi in modo che siano in grado di dare conto in maniera soddisfacente della mutata realtà istituzionale<sup>35</sup>.

Questo, in funzione "espositiva".

In funzione "censoria", peraltro, può annotarsi abbastanza tranquillamente che, qualora i nuovi paradigmi in formazione si affermasero definitivamente, genererebbero con ogni probabilità un sistema politico meno democratico.

Certo, noi siamo abituati a riconoscere agli ideali liberaldemocratici un anelito universale, mentre oggi il Mondo sembrerebbe inesorabilmente confinarli in una dimensione prettamente regionale: in fin dei conti, esso sta certamente cambiando, e quindi ben possono mutare anche i valori di fondo coi quali s'intende plasmarlo<sup>36</sup>.

Nondimeno, a me pare che la scommessa cruciale sia capire se i c.d. valori occidentali stiano arretrando non solo a livello globale, quanto all'interno dello stesso "mondo libero".

In tale ottica, lo studio sulla regolazione economica può cominciare a fornire, in piccola parte, una bozza di risposta - seppur poco rassicurante, a ben vedere.

## Abstract

Review of a recent volume that looks into the question of the regulatory system from the point of view of legitimisation of power. After a general outline of the theme, the Author carries out a survey of legal provisions relating to the State as regulator and of the constitutional principles that are more directly relevant to the regulatory system. Finally, the Author concludes that there is a double legitimisation of regulatory power: one legal-rational, the other charismatic. The paper closes with a number of personal considerations on the part of the reviewer regarding the exact notion of the Democratic State (which cannot be set against the Constitutional State) and the tendency of Western legal systems to lower their level of internal democracy to the advantage of greater efficiency.

<sup>35</sup> T.S. KUHN, *The structure of scientific revolutions*, trad. it. *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, Einaudi, 1999.

<sup>36</sup> C.A. KUPCHAN, *No One's World*, Oxford, Oxford University Press, 2012 trad. it. *Nessuno controlla il mondo*, Milano, Il Saggiatore, 2013, spec. 101 ss.