

# Tre separazioni dei poteri: vecchia, nuova e nuovissima

di Mauro Barberis\*



**Sommario:** § 1. – Prologo. § 2. – “Vecchia” separazione dei poteri: Montesquieu... § 3. – ...e Madison. § 4. – “Nuova” separazione dei poteri: semipresidenzialismo... § 5. – ...parlamentarismo vincolato... § 6. ...e Stato costituzionale. § 7. – “Nuovissima” separazione dei poteri: internazionale (*rinvio*)... § 8. – ...comunitaria (*rinvio*). § 9. – ...e digitale. § 10. – Epilogo.

*L'uomo vuole la concordia, ma la natura  
sa meglio di lui ciò che è buono  
per la sua specie: preferisce la discordia  
(I. KANT, *Idea di una storia universale  
dal punto di vista cosmopolitico*, 1784)*

## § 1. – Prologo

La separazione dei poteri (d’ora in poi SP) è centrale nella storia del costituzionalismo, in tutti e tre i sensi principali di questa parola. Nel senso di sequenza di documenti costituzionali, a partire dal Settecento questi sono paradigmaticamente divisi in due parti: la dichiarazione dei diritti, che enuncia il fine della costituzione, tutelare i diritti, e la forma di governo, centrata sulla separazione o divisione dei poteri. Come recita l’art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789: «Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione».

Nel senso di ‘costituzionalismo’ come studio, dogmatica, scienza o, meglio, dottrina del diritto costituzionale, la SP è stata forse l’oggetto centrale della riflessione dei suoi cultori, detti appunto costituzionalisti. Con differenze importanti, però. I costituzionalisti, infatti, hanno prima preso troppo sul serio concetti usati non da Montesquieu ma

\* Università degli Studi di Trieste.

semmai da James Madison, come separazione o divisione, salvo accorgersi almeno nel Novecento che nessuno dei due separava davvero i poteri, ma semmai li distingueva e li faceva interagire, in un sistema di pesi e contrappesi<sup>1</sup>.

Infine, nel terzo e forse più importante senso di ‘costituzionalismo’ – l’ideale del primato del diritto sulla politica, o della subordinazione della politica al diritto – è solo con l’*Esprit des lois* (1748), e in particolare con la scoperta di una SP nella costituzione inglese, e poi con la sua riprogettazione da parte dei Padri fondatori degli Stati Uniti, che ‘costituzione’ perde il significato originario di struttura di un organismo e acquista il suo significato odierno, dando origine all’età delle costituzioni<sup>2</sup>. Da allora, ‘costituzione’ significa la tutela dei diritti tramite una forma di governo che separa i poteri.

Nonostante l’enfasi sui diritti, però, ci si accorge ogni giorno di più che è la SP a distinguere le democrazie liberali dalle democrazie illiberali o dalle autocrazie: bastino i recenti casi di Ungheria e Polonia, accusati dall’Unione Europea di violare il principio dello Stato di diritto attentando all’indipendenza della magistratura. Di fatto, le democrazie liberali – distinte dalle democrazie illiberali populiste e dalle autocrazie, cosiddette democrazie “popolari” – sin dal Settecento oscillano fra parlamentarismo britannico e presidenzialismo statunitense proprio per la versione di SP adottata.

Che poi queste due forme di governo originarie siano entrambe in difficoltà, specie a rispondere alla sfida del populismo mediatico, non esclude che anche per forme di governo intermedie, come il parlamentarismo italiano, non si parli oggi di riforme in senso presidenziale: come se il presidenzialismo fosse immune dalla personalizzazione populista. Comunque sia, negli ultimi trent’anni l’idea stessa di SP è improvvisamente tornata al centro della discussione, più ancora a opera di filosofi politici e scienziati sociali che dei costituzionalisti<sup>3</sup>.

Ma in che senso si parla, oggi, di SP? Tutto questo lavoro è inteso di distinzioni: dai tre sensi in cui si parla di SP (*lato sensu*) a pro-

<sup>1</sup> Cfr. CH. EISENMANN, *L’Esprit des lois et la séparation des pouvoirs*, in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Duchemin-Topos Verlag, 1933, 165-192; M.C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers* (1967), Indianapolis, Liberty Fund, 1998; M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l’histoire constitutionnelle française* (1973), Paris, LGDJ, 1980; E. BARENDT, *Separation of Powers and Constitutional Government*, in *Public Law*, 1995, 599-619; CH. MÖLLERS, *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

<sup>2</sup> Così N. LUHMANN, *La costituzione come acquisizione evolutiva* (1990), in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, 83-128.

<sup>3</sup> Cfr. D.J. SAMUELS, M.S. SHUGART, *Presidents Parties and Prime Ministers. How the Separation of Powers Affects Party Organization and Behaviour*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011; J. VON ACHENBACH, *Separation of Powers and the Role of Political Theory in Contemporary Democracies*, in *I·CON*, 15, 2017, 861-865; A. KAVANAGH, *The Constitutional Separation of Powers*, in D. DYZENHAUS, M. THORBURN (a cura di), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, New York, Oxford University Press, 2016; S.B. JAKOBS, *The Statutory Separation of Powers*, in *Yale Law Journal*, 129, 2019, 379-399.

Russia e Cina) e globali (riscaldamento del pianeta). Semplificando, vi sono due modi di rispondere a queste sfide. La *prima* risposta, razionalista e irenista, è il governo mondiale, come la Federazione della Terra immaginata da Ferrajoli, capace di coordinare gli sforzi di tutti gli umani di buona volontà.

Obiettivo certo da perseguire, a lungo termine e come ideale regolativo; prima, però, occorre che le liberaldemocrazie occidentali mostrino che la loro superiore potenza scientifica, tecnologica, economica e persino militare dipende dal pluralismo culturale (i diritti) e istituzionale (la SP). È su questi pluralismi che si basa la *seconda* risposta, empirista ed evoluzionista, alle sfide odierne: sviluppare *by trial and error*, negoziazioni e compromessi regionali, una SP globale, nella quale culture e regimi politici differenti concorrano alla salvezza e alla rifioritura del pianeta.

### *Abstract*

The separation of powers (henceforth SP) is conceived here as an evolutionary device for the self-control of power, grown in England, then designed in Usa, and forcefully returned to the attention of political philosophers and social scientists in the last twenty years. In the evolution of constitutionalism, at least three SPs have thus stratified and overlapped. The “old” SP, firstly adopted by Montesquieu as a remedy for French absolutism, was re-designed by James Madison in the context of a federal state. The “new” SP, as a remedy for the concentration of public functions in the executive power and specifically in its administration, was proposed as an alternative to the crisis of both British parliamentarism and US presidentialism. Lastly, the “newest” SP seeks to control global powers, including private ones such as Bigh Tech, by multiplying the international courts and authorities. In short, many of the chances of survival and further diffusion of pluralist liberal democracies rely precisely on the synergy between these three SPs.

# *Il dovere pubblico alla trasparenza oltre i diritti di accesso e gli obblighi di pubblicazione*

di Enrico Carloni\*



**Sommario:** § 1. – Premessa. § 2. – Trasparenza e Stato costituzionale. § 3. – Il percorso della trasparenza e i suoi approdi. § 4. – I “limiti” di un approccio fondato sui diritti di accesso. § 5. – I “limiti” di un approccio fondato sulla “disponibilità”. § 6. – La necessaria combinazione di meccanismi di trasparenza. § 7. – Il dovere di informare oltre i “diritti” e gli “obblighi”. § 8. – Contro la semplificazione della trasparenza.

## § 1. – *Premessa*

Un recente volume che racconta una storia interessante, di attivismo civico e di ricerca di trasparenza per finalità di interesse pubblico, ma anche disarmante, di difficoltà di accesso a informazioni che dovrebbero essere di comune dominio perché necessarie per l’esercizio di diritti (quali gli ospedali in cui è assicurato l’esercizio del diritto all’interruzione volontaria di gravidanza dalla presenza di almeno un ginecologo non obiettore), si apre con la notazione critica che «in quasi dieci anni, la situazione in merito alla trasparenza delle pubbliche amministrazioni [...] non è migliorata di molto»<sup>1</sup>. La qual cosa è a prima vista sorprendente, se pensiamo al percorso di rafforzamento che la trasparenza amministrativa ha conosciuto proprio nel decennio che abbiamo alle spalle, ma in effetti non ci stupisce, specie se pensiamo al ruolo contro-culturale che è stato svolto da una certa interpretazione del diritto alla protezione dei dati personali, a volte agitato come uno spauracchio nei confronti di un’amministrazione già spaventata di suo attraverso un’interpretazione ossessivamente attenta al dato astratto ma oramai disattenta all’individuo concreto in cerca di risposte per esercitare i suoi diritti, altre volte utilizzato strumentalmente da un’amministrazione ancora refrattaria all’idea di rendersi conoscibile.

È allora forse necessario tornare a riflettere, a partire da alcune considerazioni sul “posto” della trasparenza amministrativa nell’or-

\* Università degli Studi di Perugia.

<sup>1</sup> C. LALLI, S. MONTEGIOVE, *Mai dati. Dati aperti (sulla 194). Perché sono nostri e perché ci servono per scegliere*, Roma, Fandango, 2022, 12.

dinamento democratico e costituzionale, su due questioni, una prima fondamentale ed una seconda a questa collaterale (ma non marginale). La principale: l'inadeguatezza di un sistema di trasparenza che si presume(va) soddisfatto dal combinarsi di una serie di meccanismi ritenuti in grado di "forzare" l'amministrazione a rendersi conoscibile. Questo però non solo per la scarsa efficacia dei meccanismi, ma più a fondo per il carattere comunque insoddisfacente di una trasparenza fondata su dinamiche di contrapposizione (come è per i diritti di accesso) o su obblighi puntuali, e quindi la necessità di un salto di qualità nel discorso sulla trasparenza che prenda le mosse da questi istituti ma non si esaurisca in essi. Il che vale (in *pars construens*) come discorso sulla cultura della trasparenza e sul suo porsi necessariamente di *default*, come ordinario modo di essere dell'amministrazione (con ciò che ne consegue). A questo si connette la riflessione sulla necessaria (e non patologica) stratificazione dei meccanismi conoscitivi che sostanziano il principio di trasparenza, il che vale anche come discorso "contro la semplificazione" della trasparenza amministrativa, forse inadeguata ma certo non per eccesso per come sin qui strutturatasi nel nostro ordinamento,

In sintesi: l'evoluzione dell'ordinamento ci insegna, con l'introduzione del diritto all'accesso civico generalizzato a completamento di un impianto già strutturato su altri diritti e obblighi e quindi a valle di un percorso che ha in modo incalzante rafforzato le dinamiche conoscitive, un sistema di meccanismi di trasparenza, nella forma di diritti a conoscere e di obblighi di informazione, che pone le premesse necessarie ad un cambiamento di paradigma<sup>2</sup> nel rapporto tra cittadino e amministrazione, ma non si presenta ancora come punto di arrivo, approdo soddisfacente o addirittura "eccessivo" (e quindi da ridimensionare) nel percorso verso un'amministrazione aperta e trasparente.

Queste riflessioni si inseriscono dunque nel contesto di una evoluzione della trasparenza che ha vissuto tappe ravvicinate ed importanti, ma che mostra evidenti fragilità e conosce oggi un certo appannamento, palese nella stagione del PNRR dopo esserlo stato in quella della crisi pandemica: un appannamento che non pare però doversi leggere come crisi di rigetto di una dose eccessiva di meccanismi e obblighi conoscitivi, come pare suggerire lo stesso Piano di ripresa e resilienza nel

<sup>2</sup> Diffusamente ci sia consentito rinviare a E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza. Amministrazioni, informazione, democrazia*, Bologna, il Mulino, 2022. Sul principio di trasparenza alla luce degli sviluppi dell'ultimo decennio, cfr. ad esempio A. CORRADO, *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, Napoli, ESI, 2018; C. COLAPIETRO, *La "terza generazione" della trasparenza amministrativa. Dall'accesso documentale all'accesso generalizzato, passando per l'accesso civico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016; A.G. OROFINO, *La trasparenza oltre la crisi. Accesso, informatizzazione e controllo civico*, Bari, Cacucci, 2020; F. LOMBARDI, *La trasparenza tradita*, Napoli, ESI, 2021.

## *Abstract*

The essay analyzes the path of administrative transparency in the Italian institutional and constitutional system, and reflects on the limits of an evolution which, on the one hand, has led to the introduction of a plurality of transparency mechanisms (of a reactive and proactive type) capable of allowing the citizen to understand the functioning of public administrations, but conversely it seems to basically confirm the idea of a knowability that remains the exception. Which ends up bringing us back, in the age of transparency, to a paradigm of secrecy. This is because if in the abstract a paradigm of general transparency has established itself in the system, through the stratification of tools (the right of access to documents, the publication obligations imposed by law, now the freedom of information), in practice transparency does not it still seems to have penetrated administrative culture and practice. And concretely, the citizen still sees the knowledge of the action and organization of the public administration as “veiled”. The study critically investigates the Italian system, and questions the obstacles that still stand in the way of the affirmation of the paradigm of administrative transparency, as the general way of being of the administration in the democratic State.

# Mutamento costituzionale e dogmatica giuridica

di Alessandro Mangia\*



**Sommario:** § 1. – Laband e il «materiale privo di importanza». § 2. – Mutamento e teorie della Costituzione. § 3. – Da dove viene il mutamento costituzionale? § 4. – Tipologie del mutamento. § 5. – Fonti atto e fonti fatto nella composizione dell'ordine giuridico. § 6. – Fatti *extra ordinem*, credenza di legittimità, coscienza sociale. § 7. – Giurisprudenza e formalizzazione del mutamento. § 8. – Una definizione e una conclusione.

## § 1. – Laband e il «materiale privo di importanza»

Nel suo *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Paul Laband afferma che «il compito della dogmatica di un determinato diritto positivo sta nella costruzione degli istituti giuridici, nella riduzione delle singole massime giuridiche a concetti più generali e, d'altro lato, nella deduzione delle conseguenze derivanti da questi concetti». E continuava «Per assolvere questo compito non si dà altro mezzo se non la logica: questa, a tale scopo, non può sostituirsi con nient'altro; tutte le considerazioni storiche, politiche e filosofiche – per quanto valore possano avere in sé e per sé – per la dogmatica sono un materiale concreto privo di importanza e, non di rado, servono soltanto a nascondere la mancanza di un lavoro costruttivo»<sup>1</sup>.

Laband non è un autore alla moda. Eppure tornare a Laband e richiamare queste righe sull'inutilità delle «considerazioni storiche, politiche e filosofiche» nel lavoro giuridico può essere utile se si vuole parlare di mutamento costituzionale. Tanto più se si è consapevoli del fatto che, usando l'espressione 'mutamento costituzionale', non si fa altro se non riecheggiare un termine, '*Verfassungswandel*', coniato dallo stesso Laband nel 1895, in un discorso celebrativo degli ottant'anni del Cancelliere Bismarck, per descrivere i fenomeni conseguenti alla conversione del Trattato del *Norddeutscherbund* in Costituzione del *Deutsches Reich* dopo la vittoria del 1871<sup>2</sup>.

\* Università Cattolica del Sacro Cuore.

<sup>1</sup> W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel XIX secolo*, Milano, Giuffrè, 1974, 7.

<sup>2</sup> P. LABAND, *Le trasformazioni della Costituzione tedesca* (1895), in *Percorsi costituzionali*, n. 3/2015, 581, con una *Postfazione* di C. Forte.



Ciò che intendeva Laband per 'mutamento' è abbastanza chiaro: «Come le fondamenta e la facciata di un edificio possono rimanere immutate mentre all'interno si realizzano ristrutturazioni essenziali, anche la costruzione costituzionale dell'Impero mostra in effetti, ad una considerazione superficiale, le stesse linee e la stessa forma architettonica dell'epoca della sua edificazione; ma chi si spinge all'interno, vede che non è più lo stesso rispetto all'inizio, che è stato ristrutturato, e costruito tenendo conto di altre esigenze e modi di vedere, e che è venuto fuori qualcosa che non si adatta al piano originario e non è neanche totalmente armonico al proprio interno»<sup>3</sup>. Con il che si capisce che, anche per il supposto fondatore del positivismo, nel momento in cui si doveva dare conto della realtà, il «materiale concreto privo di importanza», che doveva essere lasciato da parte nelle premesse di metodo, poteva in qualche modo rientrare dalla finestra, e guadagnarsi così un posto in un sistema che avrebbe dovuto essere fatto solo di «massime giuridiche» e «concetti generali».

Il che non avveniva a caso. In questa sua apparente contraddizione Laband pagava il suo debito alle matrici dell'hegelismo giuridico, se è vero che già nel 1821, e cioè all'inizio della parabola tedesca dello Stato di diritto, si era consapevoli del fatto che «La costituzione [...] è, ma in pari modo essenzialmente *diviene*, cioè progredisce nella formazione. Questo progredire è una modificazione, che non è visibile e non ha la forma della modificazione» sicché «il perfezionamento di una situazione è apparentemente quieto e inosservato. Dopo molto tempo una costituzione giunge in questa guisa ad una situazione affatto diversa dalla precedente»<sup>4</sup>.

Non è Laband, insomma, il primo ad aver colto che ci può essere una *Veränderung*, «invisibile» perché «non ha la forma della modifica» («die unscheinbar ist und nicht die Form der Veränderung hat»). In questo Laband non ha fatto altro che ripetere un luogo comune della cultura giuridica del XIX secolo da cui i positivisti hanno cercato duramente di emanciparsi, restandone comunque impregnati<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> P. LABAND, *Le trasformazioni della Costituzione tedesca*, cit., 582.

<sup>4</sup> G.F.W. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*. Nuova edizione riveduta, con le *Aggiunte di Eduard Gans*, a cura di G. Marini, Roma-Bari, Laterza, 2021, 375. Il passo citato è tratto dalle *Aggiunte* di E. GANS al § 298: «(Die Entwicklung der Verfassung.) Die Verfassung muß an und für sich der feste geltende Boden sein, auf dem die gesetzgebende Gewalt steht, und sie muß deswegen nicht erst gemacht werden. Die Verfassung ist also, aber ebenso wesentlich wird sie, d. h., sie schreitet in der Bildung fort. Dieses Fortschreiten ist eine Veränderung, die unscheinbar ist und nicht die Form der Veränderung hat ... So ist also die Fortbildung eines Zustandes eine scheinbar ruhige und unbemerkte. Nach langer Zeit kommt auf diese Weise eine Verfassung zu einem ganz anderen Zustande als vorher». Una riflessione sulle ragioni della attuale incomprensione (e dunque di sottovalutazione) del ruolo di Hegel e dell'hegelismo nella formazione dei concetti di base del diritto pubblico secondo la linea Albrecht-Gerber-Laband-Jellinek, si trova nell'Introduzione di A. Merlino a H. HELLER, *Hegel e il pensiero nazionale dello Stato di potenza in Germania. Un contributo alla storia del diritto pubblico*, Foligno, Il Formichiere, 2021.

<sup>5</sup> Per questi aspetti, e soprattutto per il rapporto problematico tra il positivismo di Laband e gli ultimi epigoni della Scuola Storica, resta fondamentale M. FIORAVANTI, *Giur-*



porare ogni fenomeno di trasformazione (a) nel contenuto normativo; (b) nella forza prescrittiva di una Costituzione; (c) che non sia prodotta da una manifestazione di volontà formale orientata alla modifica del documento costituzionale. Ma, si dovrebbe aggiungere, nondimeno si produce, e viene avvertito nella prassi e nella giurisprudenza.

Il che aiuta a spiegare quell'effetto di scollamento tra realtà e dato normativo che è poi il punto di partenza di ogni discorso sul "come" una Costituzione può cambiare senza cambiare. Anche perché, come abbiamo visto, tutto in diritto si produce "nella testa delle persone", a partire da quella dei giuristi, che di questo processo obiettivo di produzione di diritto sono, accanto alle Corti, tra gli artefici: anche se forse non sempre i più consapevoli, avendo perso percezione del ruolo della dogmatica giuridica come strumento di controllo e limitazione degli sviluppi dell'ordinamento<sup>54</sup>.

Sicché, in una battuta, si dovrebbe aver capito che ormai il problema del mutamento costituzionale non sta tanto nel chiedersi se possano darsi modifiche della Costituzione al di fuori del procedimento di revisione, quanto nel chiedersi, con le parole di E.-W. Böckenförde, «fin dove possono spingersi queste modifiche, senza che la Costituzione perda la sua forza normativa e la sua efficacia positiva»<sup>55</sup>, restando cioè una Costituzione in senso classico. E non un catalogo di "valori" dalla cui invocazione può essere ricavata qualunque soluzione.

Ma bisogna ammettere che questo, alla luce di quanto s'è detto, non è neanche un interrogativo retorico.

### *Abstract*

Do constitutional changes take place only through legislative amendment of the Constitution or judicial overruling? Or Constitutions change even in contact with facts? Is there a normative power of the factual, or the legal system is exclusively made by formal acts? The paper tries to provide an answer to these questions, and proposes the concept of 'constitutional change' (Verfassungswandel) elaborated by German scholars by the end of XIX Century as a tool to focus on otherwise invisible alterations of the constitutional document.

<sup>54</sup> Su questi aspetti cfr., di recente, P. COSTA, *Teoria dell'istituto giuridico e metodo del diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2022.

<sup>55</sup> E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Note sul concetto di mutamento costituzionale*, cit., 608.

# *Il giudizio di bilanciamento: una giurisprudenza costituzionale orientata al caso?*

## *Notazioni introduttive*

di Michele Massa\*



**Sommario:** § 1. – Definizione. § 2. – Fondamenti. § 3. – Alternative? § 4. – Test. § 5. – Figure affini: ragionevolezza. § 6. – (*segue*) Interpretazione teleologica. § 7. – (*segue*) Oltre le rime obbligate. § 8. – Nei sistemi UE e CEDU. § 9. – Suggerimenti riassuntivi.

### § 1. – *Definizione*

Quantomeno in via di prima approssimazione, il bilanciamento si può definire come una tecnica mediante cui si applicano principi (per quanto qui interessa) costituzionali, quando i loro campi di applicazione sono differenti ma, in una determinata situazione normativa, vengono a sovrapporsi e, per questo, a creare un'antinomia<sup>1</sup>.

Conviene precisare che, parlando di 'situazione normativa', ci si intende riferire alla norma calata nel contesto in cui essa opera, in diritto e in fatto<sup>2</sup>: dunque, anche agli effetti concretamente determinati

\* Università Cattolica del Sacro Cuore.

Il testo nasce da una relazione nel corso della Scuola superiore della magistratura (responsabili M. Maugeri e G. Grasso, esperto formatore F. Troncone) su *Il sistema delle fonti* (31 gennaio – 2 febbraio 2022) e corrisponde all'introduzione della sessione *Il giudizio di bilanciamento nella giurisprudenza della Consulta: una giurisprudenza orientata al caso?* (1° febbraio 2022), depurata da alcuni riferimenti esemplificativi specificamente richiesti in quella sede. Una versione ridotta è in corso di pubblicazione nei *Quaderni della Scuola Superiore della Magistratura*. La finalità originaria spiega la selezione bibliografica, limitatissima rispetto alla ricchezza del dibattito, nella quale sono state incluse solo alcune opere utili a un primo approccio critico.

<sup>1</sup> Definizione ricalcata su quella di R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè, 2010, 215-219. *Ivi*, 213, anche la ragione per cui si usa il termine 'applicazione' e non 'interpretazione'. Altri preferiscono il secondo, pur ritenendo i due momenti intrecciati: F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, 64, 70-71.

<sup>2</sup> È un concetto teorizzato e più volte spiegato da Antonio Ruggeri: ad esempio in IDEM, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019, 86-87, 102-103.

da una norma nella vita sociale. Infatti, il concetto di 'situazione normativa' è stato elaborato proprio allo scopo di identificare l'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale nel complesso dei materiali normativi e fattuali considerati nelle loro reciproche interconnessioni, sul presupposto che la norma sia l'esito di un processo interpretativo condizionato non solo dai dati positivi (sia la specifica disposizione, sia gli altri elementi normativi cui essa si collega), ma anche dai fatti, cui del resto gli stessi principi costituzionali alludono. Parlare di 'situazione normativa' serve a ricordare che – pressoché in tutti i giudizi di legittimità costituzionale ma particolarmente in quelli che saranno qui considerati – hanno speciale rilievo sia le peculiarità della specifica normativa scrutinata (genesi, vetustà, collocazione sistematica, eventuale eccentricità rispetto ad altre previsioni connesse o comparabili), sia i suoi effetti concreti e le conseguenze pratiche dell'eventuale annullamento: in generale, i dati di realtà ed esperienza, accanto a quelli puramente logico-esegetici.

L'antinomia richiamata in esordio normalmente non può essere risolta attraverso il criterio gerarchico (sono tutti principi costituzionali), né attraverso quello cronologico<sup>3</sup>. Se i due principi antinomici fossero, tra loro, in rapporto di specialità – se il campo di applicazione di uno fosse totalmente ricompreso in quello dell'altro – il loro contrasto potrebbe essere risolto sulla base del puro e semplice criterio logico della specialità. Altrimenti, se non soccorrono i tradizionali criteri di soluzione, non resta che ricorrere a un giudizio di valore<sup>4</sup>: stabilire una gerarchia tra i due principi, con riguardo alla situazione normativa in cui essi vengono a collidere. Dunque, una gerarchia assiologica (basata su un giudizio di valore) e mobile (legata a una determinata applicazione dei principi)<sup>5</sup>.

Cosa è che, più precisamente, si bilancia: principi, diritti, interessi, valori, altro? La definizione premessa presuppone che la risposta corretta sia la prima. Naturalmente, i principi costituzionali si prestano a

<sup>3</sup> Quantomeno se tutti i principi sono coevi (ad esempio risalgono alla Carta del 1948). Peraltro, se anche uno dei due principi fosse stato introdotto in un momento successivo, non per questo l'antinomia potrebbe automaticamente dirsi risolta dal criterio cronologico. Può ben darsi che il principio più recente non sia stato introdotto per sostituire quello anteriore in tutto il suo campo di applicazione (abrogandolo), oppure in una parte (derogandolo: vedi oltre nel testo), ma semplicemente per coesistere con esso. Così, sarebbero poste le premesse per (quello che ancora R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., 216, chiama) un conflitto «in concreto» (rilevabile solo al momento dell'applicazione) e «parziale bilaterale» (appunto al momento dell'applicazione, si riscontra una occasionale sovrapposizione dei due principi limitatamente ad alcune delle situazioni astrattamente ricadenti sotto l'imperio di ciascuno di essi). In questo senso, ad esempio, la recente introduzione di riferimenti più precisi alla tutela dell'ambiente nell'art. 41 Cost. (legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1) non intende certo escludere la facoltà e responsabilità, per il legislatore, di operare bilanciamenti tra questo ed altri principi, compresa la libertà dell'iniziativa economica privata.

<sup>4</sup> Salvo quanto si dirà oltre sulle possibilità di modelli di soluzione alternativi (§ 3).

<sup>5</sup> Ancora R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., 216-218.

doveroso, perciò, che un'operazione siffatta, da parte del giudice, sia sempre accompagnata da un certo senso di disagio e di difficoltà<sup>58</sup>. Riprendiamo un'ultima volta Zagrebelsky<sup>59</sup>: è in qualche modo naturale, egli osserva, che il giudice parta dalla propria impressione personale di irragionevolezza della legge, «secondo le proprie convinzioni e visioni delle cose»; ma da lì, poi, si deve partire alla ricerca di conferme. E le conferme, aggiunge l'autore, «non è mai difficile trovarle». Quest'ultimo passaggio si presta a una precisazione. Il giudice che metta mano ai criteri assiologici – tanto più se intende farlo ai fini di una decisione dotata, come precedente o come vero e proprio annullamento, di conseguenze di sistema – dovrebbe essere acutamente consapevole della complessità che gli intrecci di principi possono raggiungere; dell'incertezza di avere ben chiaro tutto quello che sta accadendo nella realtà sociale; della fatica di evincere, e sintetizzare in un dispositivo, esattamente la sollecitazione adatta a spingere il sistema nella direzione ritenuta necessaria, senza eterogenesi dei fini o effetti collaterali imprevisi. E dovrebbe dare di piglio agli strumenti passati in rassegna solo con prudenza, tanto nella scelta di intervenire, quanto nel momento di tracciare il perimetro dell'intervento da eseguire. La sensazione generale dovrebbe essere di difficoltà, non di facilità.

### *Abstract*

The essay offers some brief introductory remarks on the balancing of legal principles, and the test of proportionality, in constitutional adjudication. It submits a working definition of balancing and brings to light its normative and cultural roots in the Italian system. It also recalls some criticism and alternative proposals in Italian scholarship and distinguishes balancing from similar but separate concepts (reasonableness of legal classifications, teleologic construction, selection of adequate legal substitutes for unconstitutional provisions). Conclusively, some practical suggestions are given, including for cases where also the EU Charter of Fundamental Rights and the European Convention on Human Rights are relevant.

<sup>58</sup> Difficoltà messa in luce in una corrente della letteratura internazionale espressamente critica nei confronti della proporzionalità: accusata, da un lato, di diluire la valenza garantistica tipica dei diritti; dall'altro, di indurre i giudici a ragionamenti latamente morali offrendo loro strumenti troppo astratti e, dunque, guide troppo evanescenti. Cfr. F.J. URBINA, *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 2017.

<sup>59</sup> G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., I, 172.

# *Fiducia, sfiducia, obbedienza: il diritto come prisma polifunzionale*

di Francesco Rimoli\*



**Sommario:** § 1. – La distinzione fiducia/sfiducia come strumento di riduzione della complessità. § 2. – Fiducia e sfiducia nel diritto. § 3. – Fiducia, obbedienza, effettività. § 4. – Il diritto come prisma sistemico-funzionale. § 5. – Sfiducia e democrazia.

## *§ 1. – La distinzione fiducia/sfiducia come strumento di riduzione della complessità*

Riemerge da qualche tempo, nella riflessione dei giuristi come in quella dei politologi, un tema affatto tradizionale, quello della fiducia, che in varia guisa e sotto molteplici profili ha sempre attirato l'attenzione di molti studiosi nell'ambito di discipline diverse<sup>1</sup>.

Senza dubbio, il fattore fiduciario costituisce un elemento assai rilevante del fenomeno giuridico: e tuttavia, una lettura che operi una netta scissione tra questo e il suo (apparente) opposto, contrapponendo un atteggiamento "machiavelliano" fondato sulla sfiducia – che è in fondo una postura esistenziale di sfiducia nell'alterità *tout court* – a uno confidente, orientato alla relazionalità aperta nei confronti dell'Altro, e individuando in quest'ultimo il fondamento del diritto, rischia di diventare fuorviante<sup>2</sup>.

Il problema si complica, inoltre, perché a questa distinzione tra fiducia e sfiducia si lega altresì strettamente il fenomeno dell'obbe-

\* Università degli Studi Roma Tre.

<sup>1</sup> Si leggano i recenti studi di T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2021; F.M. DI SCIULLO, *La democrazia della sfiducia. La rappresentanza nell'età del paradosso 2001-2020*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022; M. RUOTOLO, *Riflessioni interlocutorie su verità, fiducia e democrazia rappresentativa: si può combattere la menzogna nel c.d. mercato politico?*, in *Dir. Soc.*, n. 1/2022, 43 ss.; sul primo si consenta il rinvio a F. RIMOLI, *Investire in fiducia? La funzione del diritto e le basi dell'obbedienza*, in *Diritto & questioni pubbliche*, XXII, n. 1/2022, 271 ss.

<sup>2</sup> In questa prospettiva si pone, pur con dovizia di argomenti, T. GRECO, *op. cit.*, spec. 88 ss.

dienza al precetto giuridico positivo, i cui presupposti sono legati al sempre ambiguo e sfuggente elemento della sanzione derivante dalla disobbedienza, intesa come alternativa comportamentale a disposizione dei singoli destinatari delle norme.

Dal punto di vista della teoria dei sistemi, e in particolare nella prospettiva di Niklas Luhmann, la fiducia costituisce un importante strumento di semplificazione della complessità: in uno scritto giovanile dedicato al tema, l'autore parte dall'ovvia considerazione che la fiducia «è una situazione elementare della vita sociale», indispensabile alla vita quotidiana di ciascuno per potersi anche solo alzare dal letto ogni mattina senza essere travolto da un "panico paralizzante" dinanzi all'estrema complessità del mondo<sup>3</sup>. Luhmann ben coglie, peraltro, con puntualità la dimensione intimamente diacronica della fiducia stessa, che si fonda sull'esperienza pregressa dell'individuo e sulla *double contingency* che regge la prospettiva relazionale tra i singoli, nonché tra questi e le istituzioni operanti nel sistema sociale<sup>4</sup>; in al-

<sup>3</sup> Così N. LUHMANN, *La fiducia* (1968, IV ed. 2000), trad. it. di L. Burgazzoli, Bologna, il Mulino, 2002, 5.

<sup>4</sup> Sul complesso concetto di "doppia contingenza", basato sulla complementarità delle aspettative di comportamento reciproche e sulla selettività dei sistemi costitutivi di senso, già T. PARSONS, *Il sistema sociale* (1951), trad. it. di A. Cottino, Milano, Ed. di Comunità, 1996, 42 ss., ma soprattutto N. LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale* (1984), trad. it. di A. Febbrajo e R. Schmidt, Bologna, il Mulino, 1990, 205 ss.: la doppia contingenza considera le persone, ossia «quei sistemi psichici che vengono osservati da altri sistemi psichici o da sistemi sociali» (includendo in tale ambito anche l'autosservazione), nella loro configurazione di *black boxes*, ossia di sistemi complessi che usano il senso e non sono reciprocamente trasparenti, ma vengono in contatto tra loro. Dunque «la situazione fondamentale della doppia contingenza risulta allora assai semplice: in seguito a circostanze contingenti non meglio precisate, due *black boxes* hanno a che fare l'una con l'altra. Dato che ciascuna di esse determina il proprio comportamento attraverso complesse operazioni autoreferenziali eseguite entro i propri confini, la parte di sé che ciascuna rende visibile è necessariamente una riduzione. Per questa ragione, nonostante tutti gli sforzi compiuti e il tempo investito [...] le *black boxes* restano imperscrutabili l'una per l'altra». In altre parole, «anche se operano in forma rigorosamente meccanica, esse sono costrette, nel rapporto che si instaura fra loro, a partire dal presupposto della indeterminatezza e della determinabilità»; in tale rapporto tra loro, quindi, e pur operando "ciecamente", è preferibile che esse «si basino reciprocamente sull'assunto della loro determinabilità entro il rapporto sistema/ambiente, incentrando la reciproca osservazione su questo dato», poiché «il tentativo di fare calcoli sul partner sarebbe inevitabilmente destinato al fallimento, mentre il tentativo di condizionarlo a partire dal suo ambiente può avere successo e consentire di raccogliere esperienze». Dunque, «l'imprevedibilità è compensata, diremmo quasi "sublimata", da concessioni di libertà. Venendo a contatto, le scatole nere si tingono, per così dire, di bianca saggezza o meglio: producono una trasparenza sufficiente per comunicare fra loro» (*ivi*, 211-212; la locuzione *black box* deriva da R. GLANVILLE, *The Form of Cybernetics: Whitening the Black Box*, in *General System Research: a Science, a Methodology, a Technology. Proceedings of the Annual North American Meeting, Houston, January 3-6, 1979*, Louisville, Society for General Systems Research, 1979, 35 ss.).

Non è tuttavia possibile approfondire qui la nozione in esame, che rappresenta uno dei cardini della costruzione delle teorie sistemiche: basti dire che il concetto di contingenza, in sé, esclude sia la necessità che l'impossibilità: la doppia contingenza non è però una mera contingenza ripetuta due volte, ma è una contingenza propriamente sociale in cui la costruzione del mondo avviene tramite l'interazione delle prospettive di *Ego* e di *Alter*: l'uno non può vivere ciò che vive l'altro, ma può osservare la sua prospettiva assumendola eventualmente come propria. Dunque, «la doppia contingenza è il problema basilare



nazionali»<sup>59</sup>. Una democrazia dunque apparente, in cui le decisioni reali delle istituzioni formali sono per lo più eterodirette (nei limiti della loro controllabilità) da quei poteri globali del capitalismo finanziario la cui influenza è stata già (vanamente) evidenziata e stigmatizzata da più parti<sup>60</sup>, e in cui gli accoppiamenti strutturali si manifestano secondo logiche operazionali ricorsive e sostanzialmente non controllabili, sovente corroborate da narrazioni politiche strumentali eurocentricamente fondate sulla presunta superiorità culturale dell'Occidente e sul velo morale fornito dal paradigma dei diritti fondamentali<sup>61</sup>. Incidono poi qui, com'è ovvio e ampiamente sottolineato, tutte le trasformazioni tecnologiche che, sul piano della comunicazione sociale e politica, favoriscono la manipolazione da un lato e la sorveglianza dall'altro<sup>62</sup>; *fake news*, *social networks*, profilazioni, gestione occulta dei *big data* e di algoritmi propri dell'intelligenza artificiale nella società digitalizzata costituiscono insieme fattori di differenziazione sistemica evolutiva dalle prospettive imprevedibili, ma inquietanti, in un mondo di complessità già estrema e nondimeno sempre crescente<sup>63</sup>. In questo contesto anche il giurista è chiamato a operare, ma deve farlo con strumenti cognitivi adeguati e nuove categorie analitiche: ed è in tale prospettiva euristico-cognitiva che le teorie sistemico-funzionali, nonostante i loro limiti, possono risultare preziose.

### Abstract

The essay examines, from the perspective of systems theory, the close connection between trust and distrust in the configuration of the legal phenomenon, as well as the functional effects of this paradigm on the effectiveness of legal systems and on the structure of political regimes.

<sup>59</sup> S. WOLIN, *Democrazia s.p.a. Stati Uniti: una vocazione totalitaria?* (tit. or. *Democracy Incorporated. Managed Democracy and the Specter of Inverted Totalitarianism*, 2008), trad. it. F. Saulini, Roma, Fazi, 2011, spec. 23 ss., 61 ss., 303 ss. (cit. alle pp. 68-69); ma si veda già C. CROUCH, *Postdemocrazia* (2003), trad. it. di C. Paternò, Roma-Bari, Laterza, 2003.

<sup>60</sup> Sul tema, dibattutissimo, L. GALLINO, *Finanzcapitalismo: la civiltà del denaro in crisi*, Torino, Einaudi, 2015; C. CROUCH, *Il potere dei giganti. Perché la crisi non ha sconfitto il neoliberalismo* (tit. or. *The Strange Non-Death of Neoliberalism*, 2011), trad. it. di M. Cupellaro, Roma-Bari, Laterza, 2012.

<sup>61</sup> Sia permesso qui il richiamo a quanto scritto in F. RIMOLI, *Sulla retorica dei diritti*, Modena, Mucchi, 2018.

<sup>62</sup> Sul tema, per tutti, S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza: il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poveri* (2019), trad. it. di P. Bassotti, Roma, Luiss University Press, 2019 (ed. dig.); D. LYON, *La società sorvegliata. Tecnologie di controllo della vita quotidiana* (2001), trad. it. di A. Zanini, Milano, Feltrinelli, 2002.

<sup>63</sup> Su questi temi, tra molti, M. BARBERIS, *Come internet sta uccidendo la democrazia*, Milano, Chiarelettere, 2020; M. CALISE, F. MUSELLA, *Il principe digitale*, Bari-Roma, Laterza, 2019; G. GIACCARDI, M. MAGATTI, *Supersocietà. Ha ancora senso scommettere sulla libertà?*, Bologna, il Mulino e-book, 2022; sia permesso anche il rinvio a F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e "neointermediazione" politica: i rischi del cittadino telematico*, in *Consultaonline* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), Liber Amicorum per P. Costanzo, 2020.



# *Per una nuova politica costituzionale*

di Valerio Onida



*Premessa: Le vicende italiane degli ultimi anni hanno prodotto un'acuta e persino eccessiva attenzione dell'opinione pubblica sui temi delle riforme costituzionali possibili, auspiccate o temute, dando talora l'impressione che proprio o prevalentemente su questo terreno si giochino le sorti del paese. Anche se non è certamente così, e se vi è in queste tesi, spesso, una dose di strumentalizzazioni, è pur vero che il tema costituzionale caratterizza i fondamenti della vita democratica, e che dunque una maggiore consapevolezza e attenzione su di esso non può che essere benefica.*

## *Preambolo*

*Il documento che presentiamo – redatto da Valerio Onida, ed elaborato da un gruppo di lavoro cui partecipano Enzo Balboni, Alberto Martinelli, Franco Monaco, Ricardo Terzi, Roberto Vitali – intende recare un contributo ad una riflessione fondata e seria su questo argomento.*

*I temi in esso affrontati e le proposte in esso formulate non esauriscono certo i possibili e gli auspicabili temi di riforma, e richiedono essi stessi ulteriori specificazioni, elaborazioni e approfondimenti.*

*Ci si è fermati, inoltre, volutamente sulla soglia dei problemi di riforma – e sono la maggior parte – che non richiedono revisioni costituzionali e comunque non si esauriscono in esse, ma comportano complesse e coordinate azioni legislative e amministrative. Si pensi, per fare solo alcuni esempi fra i molti possibili, ai nuovi strumenti di regolazione dell'economia, alla disciplina dell'organizzazione e dell'attività dei partiti, o alla disciplina legislativa del referendum abrogativo.*

*Il documento, già sottoscritto da un certo numero di esponenti del mondo scientifico, politico, sindacale e professionale, e aperto alla sottoscrizione degli altri che vorranno aderirvi, non va dunque giudicato per la sua completezza o per lo specifico contenuto di questa o quella indicazione, quanto per la linea di metodo che propone, e che crediamo possa essere largamente condivisa, indipendentemente dalle rispettive posizioni politiche.*

*Confidiamo che esso possa costituire un contributo alla qualità e alla costruttività del dibattito.*

*Testo del documento del 1995*

1. Da anni in Italia si discute di riforma, di revisione più o meno "organica" o addirittura di rifacimento della Costituzione, e si ipotizzano per questo sempre nuovi percorsi procedurali, fino all'elezione di una assemblea costituente. E tuttavia a tanti dibattiti ha finora fatto riscontro solo la realizzazione di poche revisioni tutto sommate del testo costituzionale (eliminazione della giurisdizione speciale della Corte Costituzionale per i reati ministeriali; nuova procedura per la concessione dell'amnistia e dell'indulto; facoltà di scioglimento delle Camere anche nell'ultimo semestre del mandato presidenziale se questo coincide con la fine della legislatura; abolizione dell'autorizzazione per procedere penalmente nei confronti dei parlamentari). Per di più, e per contro, si è andato sempre più smarrendo – sembra – il senso che dovrebbe avere la politica costituzionale, coinvolgendo quest'ultima, senza riserve e senza distinzioni, nel confronto politico quotidiano e nella lotta di potere fra le parti, spesso con finalità o modalità puramente propagandistiche e consentendo o avallando disinvoltate forzature della Costituzione (come in materia di uso della decretazione d'urgenza) e prassi politiche poco rispettose dei valori e delle regole costituzionali.

Noi riteniamo che sia tempo di abbandonare il terreno dei discorsi generici e delle parole d'ordine sommarie, per promuovere idee e proposte di una rigorosa politica costituzionale, e in questo ambito avviare l'elaborazione e la realizzazione di seri progetti di riforme costituzionali. Il tema della riforma costituzionale va sottratto alla superficialità, al pressappochismo, allo strumentalismo degli interessi, puramente partigiani e contingenti, per farne l'oggetto di riflessione, di confronto e di iniziativa allo scopo di mettere a punto i cambiamenti che rispondano insieme alle odierne necessità del paese e a condizioni di largo consenso, di equilibrio e di rispetto dei valori fondamentali.

2. I cambiamenti che noi auspichiamo devono muoversi nel senso di riprendere e sviluppare i valori permanenti propri della grande tradizione costituzionale europea, e che rappresentano il patrimonio comune dei popoli dell'Unione, tanto da essere assunti anche nella giurisprudenza come principi comuni del diritto costituzionale degli Stati membri: i principi della libertà, della dignità della persona, dell'eguaglianza, del rispetto del pluralismo sociale; i principi della democrazia intesa come sistema di rappresentanza e di governo fondato sul libero dibattito e sul permanente confronto fra correnti politiche messe in grado di competere con parità di chances, e sulla decisione di maggioranza nel rispetto delle regole prestabilite e dei diritti delle minoranze; i principi dell'economia sociale di mercato intesa come sistema

*Gruppo promotore*

Enzo Balboni, Alberto Martinelli, Franco Monaco, Valerio Onida, Riccardo Terzi, Roberto Vitali

*Hanno finora aderito*

Sandro Antoniazzi, Franco Bassanini, Luigi Bazoli, Giancarlo Bosetti, Luciano Caimi, Luigi Campiglio, Lorenzo Cantù, Paolo Corsini, Guido Corso, Pino Cova, Cesare Damiano, Paolo Danuvola, Ugo De Siervo, Leopoldo Elia, Vittorio Foa, Gustavo Ghidini, Fiorella Ghilardotti, Enrico Gualandi, Gianni Italia, Andrea Lepidi, Nicola Lipari, Antonio Liserre, Mino Martinazzoli, Guido Martinotti, Angelo Mattioni, Carlo Monguzzi, Guido Neppi Modona, Alessandro Pace, Antonio Panzeri, Luciano Pazzaglia, Savino Pezzotta, Franco Pizzolato, Fausto Pocar, Franco Rampi, Stefano Rodotà, Claudio Sabattini, Francesco Silva, Vittorio Spinazzola, Carlo Stelluti, Natalino Stringhini, Rolando Tarchi, Cesare Trebeschi, Salvatore Veca, Roberto Zaccaria

*Abstract*

In the year 1995, amid conflictual and confusing projects of an upheaval of the Constitution, Onida led a working group on serious and punctual revisions along with the ways and means of an implementation of many parts of it that remained behind along many years. Specifically: a revitalized system of autonomous local bodies (beginning with the regions); an improvement in the effectiveness of parliamentary democracy; and the dangers of absolute premiership albeit in form of direct election of the President of the Republic. The proposal of municipalities and citizens directly appealing to the Constitutional Court, obviously within the framework of strict discipline, is totally novel.

# *La Corte e la costruzione della democrazia costituzionale*

*Per i sessant'anni della Corte costituzionale\**

di Maurizio Fioravanti



**Sommario:** § 1. – Premessa. Quale democrazia? § 2. – Dalla democrazia legislativa alla democrazia costituzionale: il significato della trasformazione costituzionale. § 3. – Le tre finalità fondamentali della Costituzione. § 3.1. – Riconoscere e governare il conflitto sociale. Realizzare i principi generali di giustizia. § 3.2. – Anteporre la persona allo Stato. Riconoscere la dimensione della inviolabilità. § 3.2.1. – I “principi supremi”. Il limite “assoluto”. § 3.2.2. – La tendenza universalista. La cittadinanza societaria. § 3.2.3. – Il costituzionalismo della persona. I diritti nella sfera della coscienza. Il diritto a condurre una vita libera e dignitosa. § 3.3. – Limitare ed equilibrare i poteri. § 4. – Il ruolo della Corte nel perseguimento delle tre finalità fondamentali della Costituzione. Bilancio dei sessant'anni.

## § 1. – *Premessa. Quale democrazia?*

Le note che seguono sono dedicate ad illustrare il contributo recato dalla Corte alla costruzione della democrazia costituzionale in Italia. È a tutti noto il diffondersi, più o meno recente, di una distinzione che risulta essere basilare per la comprensione degli assetti costituzionali del nostro presente. Si tratta della distinzione tra due “tipi storici” di democrazia: la *democrazia legislativa* e la *democrazia costituzionale*, cui facciamo riferimento in questo contributo. È parimenti noto come il nostro tempo storico sia caratterizzato da un vasto e profondo processo di *trasformazione costituzionale* che si è aperto nel corso della seconda metà del secolo scorso. Quella trasformazione si è prodotta per l'appunto lungo una linea che muove dalla “democrazia legislativa”, fondata sul carattere dominante della legge, e del legislatore medesi-

---

\* Il presente contributo di Maurizio Fioravanti è stato svolto al Convegno organizzato dalla Corte costituzionale, sotto la Presidenza del Prof. Paolo Grossi, denominato «1956-2016. La Corte costituzionale e la vita degli italiani», tenutosi in Roma, presso il Palazzo della Consulta, il 28 aprile 2016.

mo, per dirigersi progressivamente verso l'altro "tipo" di democrazia, ovvero verso la "democrazia costituzionale", caratterizzata da un altro primato, che è in sintesi quello della Costituzione. Se poi si volesse guardare più in profondità ai luoghi e ai tempi di quel processo di trasformazione costituzionale, ci accorgeremmo che esso non si svolge per la sua parte più rilevante, e tanto meno si completa, in seno alle Assemblee Costituenti del Novecento, come la nostra del 1947.

L'affermazione non deve sorprendere. Infatti, come subito vedremo, i nostri Costituenti, per tanti versi decisi, e anche brillanti, innovatori, su questo piano sono mediamente, e soprattutto ancora in profondità, debitori della grande cultura giuridica dominante in Europa nell'età d'oro degli Stati nazionali, tra Otto e Novecento, che era la cultura del primato della legge, della irrinunciabilità del valore primario della certezza del diritto, in quanto certezza data in primo luogo dalla intangibilità della presunzione assoluta di validità a favore della legge positivamente emanata. Certamente, quegli stessi Costituenti si proponevano per altro verso di assicurare il primato della Costituzione, che era in un certo senso obbligato in quel tempo, in cui si era alla ricerca, anche intensa ed affannosa, di una legalità "superiore", che ci garantisse in modo più stringente, se del caso anche contro i legislatori degli Stati sovrani, che avevano prodotto nella prima metà del secolo la violenza e gli stermini a tutti noti. E tuttavia ciò che appare subito evidente nella discussione dei Costituenti è che questa nuova legalità è destinata fino dalla sua origine a confrontarsi con la permanente forza della tradizione della legge come atto sovrano, espressivo del principio di unità politica, e perciò dotato di quei caratteri di obbligatorietà, imperatività, esecutorietà, che in linea generale tendono a inibire – e di fatto inibiranno – il formarsi di un sindacato dei contenuti della legge medesima. Ed in effetti, dai dibattiti in seno alla Costituente emerge costantemente la presenza, e la permanente forza, di quella tradizione che la più recente letteratura contrassegna come "legicentrica", con un significato molto vicino a quello che anche noi stiamo esplorando.

Si deve quindi provvisoriamente concludere nel senso che il processo di trasformazione che ci condurrà – e che a nostro avviso ancora ci sta conducendo – verso il nuovo assetto della "democrazia costituzionale" inizia dopo la Costituente, nelle pieghe del processo di attuazione della Costituzione, e in particolare attraverso la nuova e decisiva presenza istituzionale della Corte, a partire dalla sua celeberrima sentenza n. 1 del 1956. È in questo nuovo contesto istituzionale che si apre il processo di trasformazione che a noi interessa, e che si svilupperà nel corso degli anni successivi, portando sempre più in primo piano la giurisdizione, non solo quella della Corte, ma anche quella dei giudici ordinari. È questa la vicenda che noi narreremo.

# Colloquio sul Parlamento

Intervista al Prof. Andrea Manzella (Roma, 13 febbraio 2023)

di Federico Pedrini\*



*Andrea Manzella ha insegnato diritto costituzionale e parlamentare nelle Università di Trento, Genova, Padova e Roma-LUISS, dove ora presiede il Centro di studi sul Parlamento (CESP). Tra le sue principali pubblicazioni si segnalano: I controlli parlamentari (Milano, Giuffrè, 1970); Il tentativo La Malfa (Bologna, il Mulino, 1980); Il parlamento (Bologna, il Mulino, 2003, III ed.), Quaderno europeo (Venezia, Marsilio, 2005), Sui principii democratici dell'Unione europea (Napoli, Esi, 2013), Elogio dell'Assemblea, tuttavia (Modena, Mucchi, 2020), nonché, da ultimo, Passaggi costituzionali (Bologna, il*

*Mulino, 2023). Ha svolto funzioni pubbliche come magistrato ordinario, consigliere parlamentare, consigliere di Stato. Ha ricoperto la carica di Capo gabinetto e, poi, di Segretario generale della Presidenza del Consiglio dei Ministri nei governi Spadolini (1981), De Mita (1988) e Ciampi (1993). È stato eletto parlamentare europeo (dal 1994 al 1999) e senatore della Repubblica (dal 1999 al 2008) ed è stato componente della Convenzione che ha elaborato la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2000) (La Direzione).*

## Introduzione. Il parlamento che c'è e quello che meritiamo

*Toute nation a le gouvernement qu'elle mérite  
(JOSEPH DE MAISTRE, Correspondance diplomatique)*

Era il 1816 quando Joseph de Maistre suggeriva che in politica esistesse un «assioma capitale, sicuro come un postulato matematico»: quello secondo cui «ogni nazione ha il governo che merita». Molte cose, certo, da allora sono cambiate, ma l'assunto parrebbe mantenere ancor oggi intatta la sua validità; forse non per il determinismo sociale e politico ad esso sotteso, ma certamente per l'appello alla responsabilità anche etica che dovrebbe accompagnare ogni seria riflessione sulle istituzioni.

---

\* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

Non fa eccezione quella parlamentare, che da un lato si conferma tuttora tra quelle storicamente necessari(ssim)e, indipendentemente peraltro dal regime politico, dall'altro lato sempre più spesso si trova in affanno, nelle società contemporanee ed in particolare negli ordinamenti democratici, ad assolvere in modo efficace alle sue tradizionali funzioni.

La generalizzata e ormai quasi "cronica" fatica dei parlamenti «a far valere il peso che hanno costituzionalmente», dal canto suo, in Italia non è imputabile soltanto a fattori strutturali comuni a tutte le moderne liberaldemocrazie, legati ad esempio alla crisi dei partiti e alle crescenti difficoltà della mediazione politica nell'era della digitalizzazione. Il nostro sistema costituzionale, infatti, paga in aggiunta la tensione tuttora (colpevolmente) irrisolta tra la "centralità del parlamento" e le fin troppo note «degenerazioni del parlamentarismo», di cui già si discuteva in Assemblea costituente e che tuttavia nessuna successiva riforma è riuscita a risolvere.

Come bene illustra Andrea Manzella nel *Colloquio* qui proposto, è certamente vero che la condizione minima di qualsiasi assemblea per poter fungere da istanza legittimante è quella di essere autenticamente rappresentativa, mantenendo sempre fermi (e aggiornati) «i legami con la vivente evoluzione della società di base». E ciò col (non banale) corollario per cui, «in una società caratterizzata dalla parcellizzazione, la rappresentatività non può abbandonare, senza negare la sua stessa radice, una base generale proporzionale».

Ed è pure vero che, anche ove si rispetti il nesso necessario tra rappresentatività e proporzionalità, questo garantisce soltanto il rispecchiamento tendenziale (a livello di *input*) di una certa identità sociale collettiva in seno al parlamento, ma non è comunque sufficiente ad evitare il rischio di un isolamento autoreferenziale di quest'ultimo rispetto alla comunità di riferimento (a livello di *output*). Non a caso, dunque, «la prevalenza della "identità collettiva interna" sui canali di comunicazione con la società esterna in movimento è uno dei problemi costanti delle assemblee parlamentari».

È altrettanto vero, tuttavia, che i problemi del parlamentarismo nostrano vanno ben al di là di quanto concerne il «recondito "in sé" di qualsiasi assemblea», intrecciandosi in modo pressoché indissolubile con l'annosa questione della "governabilità", che - non per nulla - «è aperta da 76 anni». Solo che quest'ultima non riguarda né solo, né principalmente il parlamento; e neppure riguarda il Presidente della Repubblica, come oggi parrebbero sottintendere molti cantori più o meno improvvisati di un presidenzialismo che rischierebbe di «scassare l'unica istituzione che ha funzionato come "paracadute" nei vuoti d'aria del Paese». Le (di per sé sacrosante) «esigenze costituzionali della



# Interventi, Note e Discussioni

---



*La Costituzione di Dobbs v. Jackson Women's Health Organization.  
Un'analisi critica*  
di Corrado Caruso

---

*Costituzione e sistemi elettorali. Il necessario avvio di una  
riflessione complessiva*  
di Augusto Cerri

---

*Il futuro della Kakania. Il vizio dell'anacronismo e la trasmissione  
dei valori democratici in un mondo plurale*  
di Claudio Luzzati

---

*Alla ricerca di un istituto comune a tutti gli stati dell'Unione Europea:  
la decadenza dall'esercizio del potere*  
di Fabio Merusi

---

*Il patrimonio culturale nel diritto positivo e nel P.N.R.R.*  
di Anna Maria Nico

---

*La natura giuridica dell'università libera e il discrimen rispetto  
alle università statali*  
di Aldo Sandulli

# La Costituzione di *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*. Un'analisi critica

di Corrado Caruso\*



**Sommario:** § 1. – Una sentenza di ampio respiro. § 2. – Gli argomenti di *Dobbs* (e *Bruen*). § 3. – Contraddizioni “originaliste”. § 3.1. – Originalismo o conservatorismo? § 4. – *Durare per unire*: funzione della Costituzione e fisiologia dei mutamenti costituzionali. § 4.1. – La Costituzione neutrale: una finzione? § 5. – Una terza via.

## § 1. – Una sentenza di ampio respiro

*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* è una sentenza di caratura *dottrinale*: la sua motivazione trascende il caso concreto per coinvolgere la portata e i limiti del *judicial review of legislation*, il rapporto tra questo e le istituzioni rappresentative, il “posto” nell’ordinamento costituzionale dei nuovi diritti, le dinamiche del *federalizing process* nella ripartizione verticale del potere politico. La sua lettura, da affiancare alla coeva *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen* (par. 2), deve dunque tenere in considerazione le implicazioni rispetto al *tipo* di ordinamento o alla *forma di stato* che la pronuncia contribuisce a disegnare. Osservazione, quest’ultima, inevitabile in un sistema ove, anche grazie ai confini mobili tra legalità ordinaria e legittimità costituzionale, «non c’è [...] questione politica che non finisca presto o tardi in una questione giudiziaria» e ciascun giudice, «forte del diritto di proclamare le leggi incostituzionali, [...] penetra sempre più negli affari politici»<sup>1</sup> concorrendo a determinare gli indirizzi generali del Paese<sup>2</sup>.

\* *Alma Mater Studiorum* – Università degli Studi di Bologna; Emil Noël Fellow, New York University.

<sup>1</sup> Così già A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Milano, BUR, 2007, 272-273.

<sup>2</sup> La critica alla configurazione hamiltoniana del potere giudiziario quale potere neutro trova conferma *empirica* sin dagli albori del XX secolo, quando il penetrante sindacato della Corte Suprema mise in discussione la legislazione economico-sociale del Paese. Cfr. il seminale saggio di E. LAMBERT, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti: l'esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle*, Milano, Giuffrè, 1996.

*Dobbs* è, quindi, una sentenza *politica*, perché contribuisce a definire i fini fondamentali di una determinata comunità organizzata<sup>3</sup>. Non è possibile allora ragionare dell'originalismo, centrale nella trama argomentativa di *Dobbs*, *in astratto*, limitandosi, in un raffinato esercizio di stile, a interrogarsi sulla sua collocazione nella numerosa famiglia delle dottrine originaliste<sup>4</sup>. Simile canone va invece giudicato *concretamente*, valutandone la coerenza rispetto agli obiettivi, in termini di politica costituzionale che la sentenza mira a soddisfare (par. 3).

Come testimoniato dall'ampio dibattito sorto nelle immediatezze della decisione<sup>5</sup>, i temi toccati da *Dobbs* superano la specificità giuridica e culturale dell'ordinamento statunitense per sollevare altrettanti problemi di teoria costituzionale, relativi alla *definizione*<sup>6</sup> e agli *scopi* della Costituzione (par. 4)<sup>7</sup>.

Senza entrare nel dettaglio di quanto si andrà esponendo, *Dobbs* sposa una concezione *statica* e apparentemente *formale* della Carta fondamentale, relegando i processi di integrazione materiale dell'ordinamento in uno spazio costituzionalmente neutro. La pronuncia rappre-

<sup>3</sup> V. C. VALENTINI, *Originalismo e politica dell'originalismo*, consultabile su <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/originalismo-e-politica-dell-originalismo>.

<sup>4</sup> Obiettivo che sembra muovere l'analisi di L. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, consultabile in <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/originalismo-e-costituzione-una-risposta>.

<sup>5</sup> Sul punto, si rinvia al dibattito promosso dal direttivo dell'Associazione italiana dei costituzionalisti inaugurata dalla lettera AIC 7/2022, a firma del sottoscritto, *Originalismo e Costituzione* con successivi interventi di L. Vanoni, N. Zanon, Q. Camerlengo, O. Chessa, M. D'Amico, G. Razzano, F. Pedrini, C. Valentini, C. Bologna, Adde A. BURATTI, *Egregiously Wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema nella decisione di disincorporation del diritto delle donne all'interruzione volontaria della gravidanza*, in [diritticomparati.it](http://diritticomparati.it), 14 luglio 2022 (<https://www.diritticomparati.it/egregiously-wrong-errori-e-mistificazioni-della-corte-suprema-nella-decisione-di-disincorporation-del-diritto-delle-donne-allinterruzione-volontaria-della-gravidanza/?print-posts=pdf>); S. PENASA, *People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? I diversi livelli di rilievo della sentenza Dobbs della Corte Suprema USA*, in DPCE online, n. 3/2022, 1609 ss.; E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti: riflessioni a partire da Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, *Rassegna*, n. 3/2022, 196 ss.; E. FALLETTI, *Dobbs v. Jackson: quando la manipolazione della Storia stravolge l'ordinamento giuridico*, *ivi*, 181 ss.; A. SPERTI, *Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade*, in *La "Rivista Gruppo di Pisa"*, n. 3/2022, 23 ss. Nella letteratura d'oltreoceano v. J.M. BALKIN, *Getting Rid of Fundamental Rights. Discussion Questions for Dobbs*, in *Balkinization*, 11 luglio 2022 (<https://balkin.blogspot.com/2022/07/getting-rid-of-fundamental-rights.html>); IDEM, *Abortion, Partisan Entrenchment, and the Republican Party*, in [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4215863](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4215863); C. SUNSTEIN, *Is Living Constitutionalism Dead? The Enigma of Bolling v. Sharpe*, in [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4192758](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4192758); J. WALDRON, *Denouncing Dobbs and Opposing Judicial Review*, in *Public Law and Legal Theory Research Paper Series Working Paper*, No. 22-39 (<https://ssrn.com/abstract=4144889>).

<sup>6</sup> Insiste su tale aspetto F. PEDRINI, *Una lezione teorica dell'originalismo: l'interpretazione "di quale" Costituzione?*, in <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/una-lezione-teorica-dell-originalismo-l-interpretazione-di-quale-costituzione>.

<sup>7</sup> Non vi è discussione teorico-generale intorno al significato di 'Costituzione' che possa eludere tali fondamentali interrogativi. Cfr. R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007, 11 ss.

nella coscienza sociale<sup>96</sup>, il legislatore, chiamato a delineare, nelle sue indefettibili funzioni di rappresentanza politica, la sintesi tra i diversi valori costituzionali coinvolti e i cittadini, che, con la loro attiva partecipazione, hanno suggellato questo percorso cooperativo. Un caso, dunque, di buona politica costituzionale da prendere ad esempio nelle analisi sulla dialettica tra testo della Carta fondamentale, ordinamento giuridico ed evoluzioni sociali.

### *Abstract*

Dobbs v. Jackson Women's Health Organization has made extensive use of the originalist canon to overrule two historical Supreme Court precedents recognizing the right to abortion. The article analyzes its arguments, highlighting their contradictions and criticizing the general conception of the Constitution sketched by the decision.

---

<sup>96</sup> Cfr. R. DIXON, *In Defense of Responsive Judicial Review*, in [2022] UNSWLRS 11, in [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4100843](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4100843).

# Costituzione e sistemi elettorali

*Il necessario avvio di una riflessione complessiva*

di Augusto Cerri\*



La problematica della legislazione elettorale occupa il dibattito politico nel nostro Paese ormai da trent'anni, da quando nel 1993 si passò dal sistema proporzionale che aveva contrassegnato la c.d. "prima Repubblica" a quello prevalentemente maggioritario introdotto dal referendum manipolativo del 1993. Da allora, si sono susseguiti numerosi tentativi di riforma, intercalati anche da due significativi interventi della Corte costituzionale, fino all'assetto attuale, oggetto a sua volta di critiche da più parti sotto diversi profili. Si tratta di un tema rispetto al quale i punti di

riferimento essenziali del discorso sono costituiti dal principio di rappresentatività e dall'obiettivo della governabilità, tra i quali occorre trovare un punto di equilibrio. Ed in tal senso la domanda è quali indicazioni per la ricerca di una soluzione accettabile fornisca la Costituzione, che pure non ha inteso effettuare una netta scelta di campo sul punto.

Il risultato delle ultime elezioni politiche sollecita una qualche riflessione teorica.

Il centro-destra ha ottenuto poco più del 44% dei suffragi e più del 66% dei seggi. Il PD, il movimento 5-Stelle, il Partito di centro hanno ottenuto complessivamente più del 46% dei suffragi e meno del 33% dei seggi. Il sistema, dunque, ha elargito un "premio maggioranza" enorme che appare, in qualche senso, anche abnorme e sproporzionato.

Lasciamo da parte il "discorso politico" sulla mancata alleanza delle forze che si contrapponevano al "centro destra". Non è questo il punto che interessa nella presente sede. Un sistema elettorale deve essere in qualche misura "neutro" rispetto alle scelte politiche del momento anche se non può ignorare le tendenze di fondo del sistema dei partiti che lo sorreggono e lo innervano (ricordo l'insegnamento di Leopoldo Elia<sup>1</sup>). D'altra parte, è vero che le nostre istituzioni del secondo dopoguerra per lungo tempo hanno funzionato con un

\* Sapienza - Università di Roma.

<sup>1</sup> Che, a mio sommo avviso, resiste alle pur acute obiezioni del Luciani.

privilegia la c.d. “obiezione di coscienza” e, dunque, è da preferire nei contesti nei quali emerga maggiormente un fattore di garanzia<sup>9</sup>.

Fuori dal principio di maggioranza assoluta, che non può non essere investito da riforme elettorali legittimamente orientate verso il polo della governabilità, ma deve essere governato con modalità di votazione adeguate alle materie sottese, tutti gli altri *quorum* di garanzia debbono essere al di sopra del principio di governabilità e, dunque, costituiscono limite delle riforme elettorali.

Non entro nei particolari di queste possibili riforme, ma mi permetto di segnalare un criterio di base che deve orientarle e limitarle se non si vuol vanificare il senso delle complessive garanzie costituzionali.

Che fare, nel presente contesto nel quale una certa improvvidenza legislativa ha condotto a risultati abnormi? Annullare le elezioni è, direi, assolutamente non realistico. Forse, l'unica cosa da fare è consentire alle minoranze garanzie equivalenti a quelle che avrebbero nell'ambito di una legge elettorale che fosse costituzionalmente corretta. Non è facile, mi rendo conto, richiede una “virtù” politica non piccola, ma la virtù connota le democrazie diceva Montesquieu, prima ancora di Rousseau.

### *Abstract*

The essential points of reference of a discourse on electoral systems are the principle of representativeness and the objective of governability. The Italian Constitution is absolutely not neutral between these two models. It certainly allows the introduction of useful instruments to guarantee governability and does not impose an absolutely proportional system. It requires, however, an adequate coefficient of representativeness so as not to render fruitless the many guarantee quorums that it provides. Italy's current electoral system is the result of many disorderly regulatory interventions. The result of the last elections, which attributed more than 66% of the seats to a coalition that had received just over 44% of the vote, destabilizes guarantee quorums to an unacceptable extent and requires a careful reconsideration of this system.

<sup>9</sup> Risparmio al lettore ulteriori citazioni pur insigni, come *La questione ebraica* di Marx sulla separazione fra società e Stato tipica dell'ideologie borghese. In realtà si tratta di problematica complessa e non assolutamente lineare. Cfr., in questo senso, le illuminanti considerazioni di Leopoldo Elia: *A proposito di «ridimensionamento» del voto segreto*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, I, Milano, Giuffrè, 1982, 263 ss.

# Il futuro della Kakania

*Il vizio dell'anacronismo e la trasmissione dei valori democratici in un mondo plurale*

di Claudio Luzzati\*



**Sommario:** § 1. – Spiegazione del titolo. § 2. – Anacronismi contemporanei. § 3. – L'impossibilità di affidabili profezie e la trasmissione dei valori quale arte del possibile. § 4. – La democrazia tra debolezze e buone intenzioni. § 5. – Nessuna conclusione. Purtroppo o, forse, per fortuna.

## § 1. – Spiegazione del titolo

Come i lettori di Musil sanno bene, *L'uomo senza qualità* descrive un mondo, in bilico tra la nostalgia del passato e l'immaginazione letteraria, che l'autore chiama Kakania (*Kakanien*, dalle iniziali di *Kaiser-Königlich*, imperial-regio, così come imperial-regie erano le principali istituzioni asburgiche)<sup>1</sup>.

«[...] E nel buon tempo antico, quando c'era ancora l'impero austriaco, si poteva [...] scendere dal treno del tempo, salire su un treno comune d'una ferrovia comune e ritornare in patria».

«Là in Kakania – quella nazione e incompresa e ormai scomparsa che in tante cose fu un modello non abbastanza apprezzato – c'era anche velocità, ma non troppa. [...]»<sup>2</sup>.

\* Università Statale di Milano.

<sup>1</sup> A differenza delle traduzioni italiane, che rendono *Kakanien* con 'Cacania', ho preferito mantenere Kakania con la kappha, al fine di evidenziare la peraltro nota etimologia. È vero che la kappha non è una lettera del nostro alfabeto, ma ciò, del resto, non ci impedisce di scrivere 'Koala' e 'Kenya', invece di usare altre translitterazioni. Ad essere precisi, come testimonia R. MUSIL, *L'uomo senza qualità*, III ed., trad. it. a cura di A. Rho, introduzione di C. Cases, I Millenni, Torino, Einaudi, 1972, 29, «occorreva una scienza segreta e occulta per poter distinguere con sicurezza quali istituzioni e individui fossero da considerarsi imperial-regi e quali imperiali e regi». Rimane il fatto che in tedesco *Kakanien* ha le stesse implicazioni scatologiche che la parola 'Kakania', comunque scritta, ha in italiano.

<sup>2</sup> *Ivi*, 28. Cfr. S. ZWEIG, *Il mondo di ieri. Ricordi di un europeo*, Milano, Mondadori, 1979, 27: «Era un mondo ordinato, con chiare stratificazioni e comodi passaggi, era un mondo senza fretta».



«Per iscritto si chiamava Monarchia Austro-Ungarica, ma a voce si chiamava Austria, termine a cui il paese aveva abdicato con solenne giuramento statale ma che conservava in tutte le questioni sentimentali, a prova che i sentimenti sono importanti quanto il diritto costituzionale e che i decreti non sono la cosa più seria del mondo. Secondo la costituzione era uno stato liberale, ma aveva un governo clericale. Il governo era clericale, ma lo spirito liberale regnava nel paese. Davanti alla legge tutti i cittadini erano uguali, non tutti però erano cittadini. [...]»<sup>3</sup>.

D'altra parte, l'autore non trascura di menzionare il variegato pluralismo identitario e i violenti conflitti nazionali di quella società, anche se si faceva finta di niente, e conclude che, per arginare le reciproche ostilità, in Kakania s'era sviluppato un raffinatissimo cerimoniale che avrebbe avuto un avvenire se solo non fosse stato travolto dalla catastrofe bellica<sup>4</sup>.

Orbene, la Kakania di Musil ci rimanda ad alcuni di quei fenomeni contemporanei che sono etichettati dagli studiosi odierni in modo un po' sommario col termine 'globalizzazione'.

In particolare, essa anticipa la complessità e l'inestricabile connessione del mondo attuale, anticipa la rete di rapporti privi di centro - non c'è più un "cuore dello Stato"! - e il carattere quasi istantaneo della comunicazione, col relativo appiattimento della percezione temporale e della narrazione storica. Questo paese immaginario, nel quale gli opposti coesistono, anticipa inoltre il gioco quanto mai sfaccettato dell'incontro-scontro delle "identità", l'una all'altra estranea, epperò inesorabilmente condannate a convivere.

La domanda che sorge spontanea è come si possano trasmettere, in un mondo policentrico e così complicato come il nostro, i valori democratici e antifascisti ai quali sono improntate le costituzioni lunghe e al cui magistero le persone della mia generazione sono state educate. Il libro di riferimento, che riassume tale problematica, è per me *Il futuro della democrazia* di Norberto Bobbio<sup>5</sup>. Si tratta di un lavoro realistico: prescrive, ma è privo di slanci utopici.

Nelle poche pagine che seguiranno mi interrogherò, come fece Bobbio, sull'attuabilità e sulla durevolezza del programma democratico, consapevole, tuttavia, che il contesto è mutato radicalmente dal 1984, l'anno in cui quel lavoro vide la luce. Emerge ormai chiaramente che siamo immersi in un mondo di poteri poco trasparenti, dove i veri poteri non sono sempre quelli che appaiono, e nel quale il funziona-

<sup>3</sup> *Ivi*, 29.

<sup>4</sup> *Ivi*, 29-30. Restava soltanto «l'eco delicata ma chiara di una grande musica svanita» (268).

<sup>5</sup> N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1984, II ed. 1991. Nel frattempo, tra le due edizioni, era caduto il muro di Berlino.

Su queste basi non sono nella condizione di trarre una conclusione, come non lo sono stati molti altri che hanno riflettuto più autorevolmente di me sul futuro della democrazia. Ciò è nello stile del modello della Kakanìa (o della post-globalizzazione?) da me evocato. Credo, però, che il futuro democratico non dipenderà unicamente dalla riuscita di certi esperimenti d'ingegneria costituzionale, ma dipenderà anche, e direi in primo luogo, dall'incivilimento problematico dell'*homo sapiens*. Non escluderei che noi si sia troppo semplicisti e gravati da visioni anacronistiche per dominare l'elusiva complessità del mondo che ci si para davanti<sup>46</sup>.

### *Abstract*

As it is well known, Musil's unfinished novel *The Man Without Qualities* takes place in a fictitious country referred to by the playful term *Kakanien*. This imaginary society anticipates the many faces of today's globalization. Anyway, the cosmopolitan ideal that was portrayed by *Kakanien* failed because of nationalism and President Wilson's self-determination principle. Similarly, this paper wonders how democratic values on which Norberto Bobbio usually dwells can be transmitted in an elusive and contradictory world like ours. Actually, such a question cannot be answered because none of us is a prophet, but it is worth discussing. In doing so, we must be careful not to confuse the fact of pluralism with democracy. On the other hand, it must be emphasized that democracy is not a matter of black or white, but a matter of degree. There is no such thing as a fully realized democracy.

---

<sup>46</sup> Cfr. G. SARTORI, *Democrazia. Ha un futuro?*, cit., 45: «La democrazia ha un futuro? Qui rispondo: dipende dal nostro cervello» che sta diventando troppo piccolo per problemi troppo grandi. Potremmo azzardare che lo sviluppo della democrazia suppone un'opera educativa, aggiungo io; tuttavia, quella dell'educatore è una figura demiurgica e come tale improponibile. Del resto, la trasmissione dei valori dipende dalle scelte collettive e, sovente, è un tradimento. Ricordiamo che nella mitica *Kakanìa* si reputava la narrazione storica alla stregua di un telefono senza fili.

# *Alla ricerca di un istituto comune a tutti gli stati dell'Unione Europea: la decadenza dall'esercizio del potere*

di Fabio Merusi\*



**Sommario:** 1. – Alla ricerca di un istituto comune al diritto amministrativo dei Paesi dell'Unione Europea. § 2. – Sull'esistenza nel diritto amministrativo italiano della *Verwirkung*, cioè della decadenza dall'esercizio del potere amministrativo. § 3. – La *Verwirkung* nell'ordinamento tedesco come termine di paragone. § 4. – Fenomeni analoghi alla *Verwirkung* nell'ordinamento italiano. § 5. – Sulla auspicabilità dell'applicazione della decadenza dall'esercizio del potere anche in casi di previo annullamento giudiziale del

provvedimento amministrativo. § 6. – Si tratta di esaurimento del potere amministrativo o di limite al suo esercizio? § 7. – Conclusioni: la decadenza italiana non coincide perfettamente con la *Verwirkung* tedesca. Si auspica l'applicazione dei principi dello Stato costituzionale di diritto alla "ripetizione" del potere.

---

## § 1. – *Alla ricerca di un istituto comune al diritto amministrativo dei Paesi dell'Unione Europea*

Tempo addietro un collega di un altro Stato a diritto amministrativo appartenente all'Unione Europea che andava alla caccia di istituti del diritto amministrativo presenti in tutti gli Stati dell'Unione mi chiese se nell'ordinamento amministrativo italiano esisteva l'istituto della *Verwirkung*. D'istinto risposi di no. Il termine '*Verwirkung*' era sì inusitatamente ripetuto nella sua originale versione tedesca in una nuova versione di un'enciclopedia giuridica italiana, il *Digesto*, ma la Voce descriveva il significato e la storia dell'istituto nell'ordinamento tedesco e si riferiva comunque ad un istituto del diritto privato. In Italia la *Verwirkung*, o meglio la sua possibile versione italiana, non esisteva. Almeno così risposi. Ma si sa, talvolta l'istinto tradisce. Dopo un

---

\* Università Guglielmo Marconi di Roma.

Il presente lavoro riprende, con variazioni e integrazioni, uno scritto destinato ad un *Liber Amicorum* per Salvatore Raimondi.

po' cominciavi a pensare quale potesse essere la versione italiana della *Verwirkung* nel diritto amministrativo. Forse era un caso di decadenza dall'esercizio del potere da parte della Pubblica Amministrazione. Ma anche questa ipotesi non risultava di immediata evidenza. Per dare una risposta prima che il collega tedesco finisse la sua ricerca occorreva una ricerca dottrinale e giurisprudenziale che di seguito si è tentata<sup>1</sup>.

## § 2. – *Sull'esistenza nel diritto amministrativo italiano della Verwirkung, cioè della decadenza dall'esercizio del potere amministrativo*

Esiste nel diritto amministrativo italiano la decadenza dall'esercizio del potere, cioè un istituto che nel diritto amministrativo tedesco viene qualificato con l'apposito nome di *Verwirkung*?

Se si apre l'*Enciclopedia del Diritto* alla voce *Decadenza (Diritto Amministrativo)* si scopre che nel diritto amministrativo italiano esisterebbe soltanto la decadenza, pronunciata, con apposito atto, dalla Pubblica Amministrazione nei confronti di titolari di atti amministrativi concessori o autorizzativi nell'ipotesi «[...] di inadempimenti degli obblighi o degli oneri incombenti ai destinatari ovvero nell'ipotesi di mancato esercizio, da parte dei medesimi, delle facoltà derivanti dall'atto amministrativo ovvero nell'ipotesi che venga meno uno dei requisiti necessari sia per la costituzione che per la continuazione del rapporto. È evidente che l'istituto della decadenza così caratterizzato non possa in alcun modo confondersi col fenomeno della decadenza dei diritti. Quest'ultima opera automaticamente l'estinzione di un diritto soggettivo o di una facoltà per il semplice decorso del termine fissato dalla legge o dal negozio giuridico per l'esercizio del diritto; invece la pronuncia della decadenza richiede l'emissione di un provvedimento positivo con cui la pubblica

<sup>1</sup> Naturalmente l'individuazione attraverso il metodo comparativo di istituti amministrativi comuni costituisce uno strumento di interpretazione per individuare un possibile diritto amministrativo europeo comune ai singoli Stati dell'Unione. Per un'indagine del genere, quando ancora esisteva l'elemento di "disturbo" del Regno Unito, cfr., ad esempio, F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, Giuffrè, 2000.

L'apparentemente curiosa domanda sull'esistenza anche nel diritto italiano della *Verwirkung* amministrativa si inserisce, con molta probabilità, in una ricerca sull'esistenza di "nuclei comuni" nei diritti amministrativi negli Stati dell'Unione simile a quella per cui si rinvia all'introduzione metodologica ed esemplificativa di G. DELLA CANANEA, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, cui adde, nella più generale prospettiva se autorità amministrative, comunque soggettivamente qualificate, usino moduli di azione simili, se non identici, in forza della "natura delle cose", i saggi ricompresi in G. DELLA CANANEA, A. SANDULLI, *Global standards for public authorities*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

individuati dalla giurisprudenza amministrativa<sup>22</sup>. Ma questa “confusione” induce a ritenere che la casistica italiana sia alquanto più limitata di quella della germanica *Verwirkung*. Allo stato quindi la decadenza dall’esercizio del potere amministrativo nell’ordinamento italiano non coincide perfettamente con la *Verwirkung* dell’ordinamento tedesco. Si è peraltro individuato almeno un caso in cui sarebbe auspicabile una estensione della “decadenza italica” che avrebbe, tra l’altro, il pregio di costituire un ulteriore limite alla pretesa “inesauribilità” del potere amministrativo. Con l’ulteriore futuribile quesito se la ripetizione del potere amministrativo più che di limiti, necessiti di regole discendenti da principi generali dello Stato di diritto secondo Costituzione.

### *Abstract*

The paper focuses on “the decay of power” by deutsch and italian administrative law. New perspectives in Italy.

---

<sup>22</sup> Cfr. Esaurientemente - almeno finora - individuati da A. GIGLI, *Nuove prospettive*, cit.

# *Il patrimonio culturale nel diritto positivo e nel P.N.R.R.*

di Anna Maria Nico\*



**Sommario:** § 1. – Il ‘patrimonio storico e artistico’ e i ‘beni culturali’: una evoluzione terminologica e di sostanza. § 2. – La tutela e la valorizzazione dei beni culturali. § 3. – I beni culturali e la “bellezza”. § 4. – Il patrimonio culturale e il P.N.R.R.

## *§ 1. – Il ‘patrimonio storico e artistico’ e i ‘beni culturali’: una evoluzione terminologica e di sostanza*

Il tema della valorizzazione dei beni culturali ha assunto una nuova centralità con il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (P.N.R.R.)<sup>1</sup> il quale prevede tra gli obiettivi della Missione 1 la valorizzazione del patrimonio culturale e turistico ed indica che la sua funzione debba essere indirizzata alla promozione dell’immagine e del *brand* del Paese.

Com’è noto la disciplina dei beni culturali affonda le sue radici in tempi non recenti e per tale ragione prima di qualunque analisi sui contenuti del P.N.R.R. è necessaria una disamina dell’evoluzione di tale disciplina per cogliere il significato della previsione di siffatta missione nell’attuazione del Piano.

Il primo impianto normativo organico della disciplina di ciò che oggi indichiamo con la locuzione ‘beni culturali’ è contenuto nella Legge n. 1089/1939 la quale denominava tali beni «cose d’interesse artistico o storico», la cui funzione era individuata nella protezione e

\* Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”.

Il saggio costituisce una rielaborazione della relazione tenuta al Convegno su *L’attuazione della Costituzione con il P.N.N.R. per la valorizzazione dei beni culturali*, l’8 aprile 2022, organizzato dall’Università di Bari Aldo Moro e dal Consiglio Regionale della Regione Puglia.

<sup>1</sup> Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (P.N.R.R.) è stato adottato dal Governo il 5 maggio 2021 ed è stato approvato definitivamente il 13 luglio 2021 con Decisione di esecuzione del Consiglio, che ha recepito la proposta della Commissione europea. Il testo del Piano è pubblicato su <https://www.governo.it/governo.it/files/PNRR>.

conservazione di tali beni<sup>2</sup>. L'intero testo legislativo, infatti, dalla epigrafe alla denominazione dei suoi titoli, considerava le c.d. cose d'arte beni suscettibili solo di conservazione e a tal fine se ne doveva assicurare la loro integrità e sicurezza. Si trattava, in sostanza, di una normativa «caratterizzata da una concezione estetizzante, che disciplinava la “cosa d'arte” soprattutto dal punto di vista della conservazione e della protezione dall'incuria»<sup>3</sup>.

Come già accennato, il testo normativo appena menzionato non faceva uso del termine 'bene culturale', né faceva riferimento alla valorizzazione di tali beni. L'assetto normativo esistente non ha subito modifiche neanche dopo l'entrata in vigore della Costituzione anche perché il dettato letterale dell'art. 9 Cost. fa riferimento alla sola *tutela* del patrimonio storico ed artistico della Nazione. Le ragioni sottese al risultato di un testo costituzionale che non si discosta dal dettato normativo preesistente sono rintracciabili nel dibattito avutosi in Assemblea Costituente, il quale si contraddistinse nell'aver numerosi oppositori alla richiesta di prevedere nella Costituzione una norma che sancisse la tutela dei beni storici e artistici. Il dibattito, infatti, ebbe a concretizzarsi su due filoni di pensiero, uno dei quali riteneva necessaria tale previsione perché foriera di una tutela che non si limitava ai beni in sé, bensì si sarebbe estesa anche a tutti i soggetti che avrebbero espresso e manifestato l'arte e la scienza; l'altro, invece, considerava superflua, ed anzi pleonastica e quasi degradante, l'introduzione nella Costituzione di un precetto che salvaguardasse ciò che si riteneva pacificamente acquisito nell'ordinamento giuridico italiano<sup>4</sup>. L'esito finale, alquanto imprevisto, è quanto si legge ancora oggi nell'art. 9, commi 1 e 2, della Costituzione («La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione»)<sup>5</sup>.

Sebbene la citata previsione costituzionale fosse inserita tra i principi fondamentali, è solo molto più tardi che l'apparato normativo sottostante assume una diversa prospettiva rispetto a tali beni.

È con la “Commissione Franceschini”<sup>6</sup> istituita nel 1964 allo scopo di effettuare una indagine sulla tutela e valorizzazione del patrimonio

<sup>2</sup> Cfr. M. AINIS, *I beni culturali*, in M. AINIS, M. FIORILLO (a cura di), *L'ordinamento della cultura. Manuale di legislazione dei beni culturali*, Milano, Giuffrè, 2003, 103.

<sup>3</sup> S. CAVALIERE, *Riflessioni per una “composizione” del “contrasto” fra tutela e valorizzazione dei beni culturali*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2007.

<sup>4</sup> Per una ricostruzione del dibattito in Assemblea Costituente, si rinvia a M. CECCHETTI, *Art. 9*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2006, 217 ss.

<sup>5</sup> Con la Legge costituzionale dell'11 febbraio 2022, n. 1, all'art. 9 è stato aggiunto il seguente testo: «Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali».

<sup>6</sup> La Commissione Franceschini fu istituita con la legge 26 aprile 1964, n. 310. La sintesi della relazione finale è pubblicata sulla *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 119.



E così, per il patrimonio storico e artistico le previsioni del P.N.R.R. non appaiono soddisfacenti in considerazione del fatto che è assente una visione d'insieme che da un lato dovrebbe considerare l'incremento del turismo di qualità, dall'altro avrebbe dovuto mettere in conto che per consentire questo tipo di turismo e di fruizione bisogna considerare una strategia che miri a preservare il patrimonio culturale e la sua promozione.

### *Abstract*

The paper traces the evolution of the positive law on cultural heritage, including a focus on changes in the terminology used. The paper also analyzes the National Recovery and Resilience Plan (NRRP), in the part where it allocated specific investment to cultural heritage alongside tourism.

# *La natura giuridica dell'università libera e il discrimen rispetto alle università statali*

di Aldo Sandulli\*



**Sommario:** § 1. – L'università libera nel sistema universitario. § 2. – La natura dell'università libera. § 3. – Due pesi e due misure? § 4. – Il caso del diritto allo studio. § 5. – Per un sistema universitario meno discriminatorio.

## *§ 1. – L'università libera nel sistema universitario*

Nel 1923, all'inizio del ventennio fascista, vi erano ventidue Università in Italia: dieci statali pienamente finanziate dallo Stato, otto statali che ricevevano un finanziamento annuale dallo Stato, quattro libere (Camerino, Ferrara, Perugia, Urbino). A queste si affiancavano alcuni istituti universitari pareggiati (di magistero, di educazione fisica, ecc.). È interessante rilevare il fatto che oggi tutti e quattro gli atenei liberi citati hanno subito un processo di statalizzazione<sup>1</sup>. La *libera universitas* è sopportata, nel sistema, ma non promossa e tutt'altro che favorita: più che promuovere l'iniziativa dei privati, nell'ottica costituzionale della sussidiarietà orizzontale, lo Stato avvolge fino a inglobare, in particolare nei periodi di crisi.

Nel Secondo dopoguerra vi è stata una graduale crescita soprattutto delle università statali: fino al 1990 le università erano complessivamente sessantaquattro. Ma è nell'ultimo ventennio che il numero è ulteriormente e disordinatamente cresciuto: oggi si contano novantasette università riconosciute in Italia, che rilasciano titoli aventi valore legale; sessantasette università statali, diciannove università non statali, undici università telematiche. Questa crescita è stata favorita anche dal fatto che, nel 1998, sono stati abrogati i primi tre articoli della legge n. 590 del 1982, che prevedevano che le nuove univer-

\* Università degli Studi Luiss Guido Carli.

<sup>1</sup> Urbino è stata l'ultima, nel 2006, terminato il lunghissimo rettorato di Carlo Bo (dal 1947, quando aveva soli trentasei anni, alla sua morte, nel 2001).

sità, con particolare ed espresso riferimento a quelle non statali, potessero essere istituite esclusivamente per legge, attraverso un procedimento aggravato e un'istruttoria rafforzata. Da allora si è potuto procedere con decreti ministeriali e, come è noto, i decreti di inizio anni Duemila hanno introdotto molte nuove università telematiche, accreditando decine di corsi di studio.

Ma è l'intero comparto dell'istruzione terziaria che ha assunto dimensioni notevoli. Per istruzione terziaria si intende quella che viene dopo l'istruzione primaria (i cinque anni di scuola elementare) e secondaria (i tre anni delle scuole medie e i cinque anni del liceo o i quattro, più uno, degli istituti tecnico-professionali).

L'istruzione terziaria attualmente contempla le quasi cento università (tra statali, libere e telematiche), i circa centocinquanta tra conservatori musicali, accademie d'arte e altre istituzioni dell'Alta Formazione Artistica Musicale e Coreutica (AFAM), le più di quaranta Scuole Superiori per Mediatori Linguistici, le nove università straniere autorizzate allo svolgimento di corsi in Italia e, ultimi ma non ultimi, i centoventotto Istituti Tecnologici Superiori (c.d. ITS *Academy*, come recita la recentissima legge n. 99 del 2022), volti a formare tecnici di elevata professionalità nei campi dell'innovazione tecnologica.

Perché si è assistito a questa crescita convulsa del numero delle università?

All'inizio degli anni Settanta dello scorso secolo, gli studenti universitari nel mondo erano circa trenta milioni; attualmente, sono più di duecento milioni. Tra dieci anni, si prevede il raddoppio, con il superamento del mezzo miliardo di studenti. Ciò consente di percepire le ragioni per cui, con sempre maggiore intensità, l'istruzione superiore è intesa quale area di potenziale mercato oltreché (o anziché) di servizio pubblico alla comunità. E ciò spiega anche il motivo per cui, anche in Italia, imprese e fondi di investimento immettono consistenti cifre nel settore, con finalità lucrative, spingendo l'intero sistema, soprattutto attraverso talune università telematiche, in direzione competitiva e mercatista. Tale fenomeno incide fortemente sulle invariabili di area, nonché sull'assetto costituzionale relativo alla materia.

La spinta competitiva pare acuirsi anche dal versante della ricerca scientifica e dei relativi finanziamenti pubblici, con la crescente estensione della nozione di organismo di ricerca e diffusione della conoscenza. Importante è, al proposito, una recente sentenza della Corte di giustizia europea (Quarta sezione, 13 ottobre 2022, C-164/21 e C-318/21).

Occorre subito chiarire che le università libere sono una cosa, mentre le telematiche sono cosa diversa: differente è, infatti, il regime giuridico previsto dall'ordinamento. Il presente scritto non prende in

correnziale puro<sup>29</sup>. Chi scrive è contrario a quest'ultima soluzione, ma sarebbe anche particolarmente penalizzante restare nel limbo.

### Abstract

The essay aims to analyze the legal characteristics of free and non-state universities in Italy and to highlight the different ways in which Italian legislation regulates these universities compared to the state ones. These universities enjoy, by nature, a wide autonomy, even if they are part of the national university system in the same way as state universities and provide a public service of higher education aimed at the provision of legal qualifications, here as well as state universities. The law, however, strongly discriminates these universities both in terms of exclusion from certain benefits and advantages and in terms of the provision of public funding. Emblematic is the case of the right to study, which is discussed here in detail to demonstrate that, contrary to European law, Italian law discriminates free or non-state universities compared to state universities.

---

<sup>29</sup> Ciò anche a seguito della spinta competitiva determinata dalle c.d. università telematiche e dai segnali di apertura a forme ibride di governo degli atenei e a ipotesi di struttura societaria.

In questo scritto, si è trattato soprattutto del rapporto tra università libere e università statali, mentre si è soltanto lambita l'altra faccia del problema, costituito dagli atenei privati che si aprono a forme imprenditoriali. Su questo tema v., tra gli altri, F. ELEFANTE, *University Business in Italy. Tipi di istituzioni universitarie e relativi regimi*, in *Munus*, 2015, 159 ss.

Un pericoloso cambio di rotta è stato prospettato, in tal senso, dal parere del Cons. St., sez. consultiva per gli atti normativi, 14 maggio 2019, n. 1413, che si è espresso nel senso che la disciplina vigente non osti all'acquisizione della forma di società di capitali da parte delle università non statali, pur auspicandosi l'opportunità che il legislatore intervenga per adattare la disciplina universitaria all'ingresso di tale forma giuridica. Su tale controverso parere del Consiglio di Stato v., tra gli altri, F. AULETTA, *L'Università come "esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili": lezioni americane su online e for-profit legal education*, in *Corr. giur.*, 2019, 1527 ss.; M. COPPOLA, *Libere Università e forma societaria: un connubio possibile*, in *Riv. Corte conti*, 2020, 288 ss.; M. LAVATELLI, *L'università e il ricorso alle forme privatistiche*, in A. MARRA (a cura di), *Il diritto delle università nella giurisprudenza a dieci anni dalla legge n. 240/2010*, cit., 133 ss.; C. MARI, *I nuovi lineamenti organizzativi delle università non statali*, in *Nomos*, n. 1/2021, 1 ss.; A. SANDULLI, *L'università da sistema a mercato*, in *Munus*, 2021, 289 ss.

# Maestri del Novecento

---



*Folate malinconiche di vento e polvere*  
di Aljs Vignudelli

---

*Valerio Onida: un ricordo*  
di Enzo Balboni

---

*Considerazioni su alcune ricorrenti asserzioni di Paolo Grossi*  
di Guido Alpa

---

*Maurizio Fioravanti: un ricordo*  
di Pietro Costa

---

*Costituzione, persona, dignità: tre parole-chiave del lessico giuridico*  
di Lorenza Carlassare  
di Mario Bertolissi

---

*Carlo Lavagna un grande giurista e un grande maestro*  
di Margherita Raveraira

# *Folate malinconiche di vento e polvere*

di Aljs Vignudelli\*



*Valerio Onida (Milano, 30 marzo 1936 - Milano, 14 maggio 2022), professore emerito di Diritto costituzionale all'Università degli Studi di Milano e Presidente emerito della Corte costituzionale.*

*Paolo Grossi (Firenze, 29 gennaio 1933 - Firenze, 4 luglio 2022) professore emerito di Storia del Diritto italiano medievale e moderno alla Università degli Studi di Firenze e Presidente emerito della Corte costituzionale.*

*Maurizio Fioravanti (Prato, 11 agosto 1952 - Massa, 19 agosto 2022) professore emerito di Storia del Diritto medievale e moderno alla Università degli Studi di Firenze.*

*Lorenza Carlassare (Padova, 1° aprile 1931 - Padova, 21 agosto 2022) professore emerito di Diritto costituzionale alla Università degli Studi di Padova. È stata la prima donna, in Italia, a ricoprire la cattedra di Diritto costituzionale.*

È proprio vero che il tempo cambia e che noi cambiamo con lui.

Io sono figlio del Dopoguerra e, a cominciare dalle scuole inferiori, ero abituato a confrontarmi con un corpo insegnanti a fine carriera, molto anziani, a quei tempi sembravano decrepiti. Analogo discorso via via per le scuole superiori, fino a giungere all'università dove la vecchia guardia intonava gli ultimi rintocchi: i pensionamenti fioccano come la neve!

Successivamente alla laurea, poi, le cose cambiarono di poco specie per noi laureati in giurisprudenza, un mondo molto attiguo a quello del potere, a quei tempi popolato prevalentemente di anziani: il personale politico odierno sembra formato dai loro nipotini.

Per queste ragioni, capitava molto spesso di perdere per strada personaggi che andavano per la maggiore ma senza che ciò provocasse chissà quali tumulti dell'anima, probabilmente perché la natura proteggeva la nostra giovinezza con un che di straniante, forse perché s'interpretava l'esistenza come se si dovesse vivere per sempre, in una sorta di epifania all'incontrario.

---

\* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

Poi, man mano che scorrono i lustri, le cose cambiano e si diventa inesorabilmente più permeabili rispetto a questi fatti, probabilmente per un diverso senso dei ricordi, per uno spirito di nostalgia verso momenti della vita che affiorano spontaneamente in superficie come le ninfee di Monet, con la malinconia di pensare a persone che non si vedranno più e che tendono inesorabilmente a sfocarsi nella memoria: una specie di cataratta del tempo che scende compassionevole su di noi per appannare le sofferenze e addolcire i ricordi. A Roma direbbero che "è una mano santa"!

Queste scarse considerazioni, che sarebbe magari bello sviluppare perché fanno parte della nostra umanità, così mortificata da questi tempi orribili, mi si sono imposte spontaneamente di fronte alla dipartita di alcuni colleghi in un torno di tempo molto ristretto, pochi mesi in tutto.

È così che in un battito d'ali ci hanno lasciato quattro illustri protagonisti della scena accademica italiana. In ordine di scomparsa, mi riferisco a Valerio Onida, Paolo Grossi, Maurizio Fioravanti e Lorenza Carlassare. All'uopo, mi corrono alla mente le parole di Natalino Irti in uno scritto risalente quando, parlando del rapporto fra accademici, richiamava quelli più vicini per classe anagrafica, che finivano così per essere coloro con cui ti confronti ordinariamente, rappresentando, in ultima analisi, il tuo stabile *habitat* scientifico e culturale: *l'hortus conclusus*. Nel mio caso, tuttavia, il *range* si allargava ulteriormente, proprio per la contiguità di vita quasi simbiotica col mio Maestro Sergio Fois, col quale abitualmente frequentavamo anche numerosi colleghi ben più anziani di me, che finivano per rientrare, nonostante tutto, nella mia vita relazionale, com'è appunto il caso di alcuni degli studiosi che commemoriamo qui.

In particolare, d'acchito avevo pensato di organizzare alcuni pensieri verso il primo degli autori citati ma, avendoci messo su piede per un attimo, ecco che altri lutti si sono susseguiti in una giostra di abbandoni da capogiro. Mi sono quindi convinto che la soluzione più congrua fosse quella di affidare ad altri un singolo ricordo per ognuno di loro. Così Enzo Balboni scriverà di Valerio Onida, allo stesso modo in cui Guido Alpa ci parlerà di Paolo Grossi, Pietro Costa di Maurizio Fioravanti e Mario Bertolissi della cara Lorenza Carlassare.

Dopodiché, prima di passare la parola a chi di competenza, mi sia consentito di soffermarmi anch'io brevemente su queste persone con le quali ho avuto numerose occasioni di rapporto privilegiato condividendo circostanze, situazioni professionali, personali e amicali. Bello sarebbe offrire qualche istante "affrancato dall'ordine del tempo" per ricreare in noi un qualcosa che contribuisca a costruire una nuova memoria e ulteriore.



# Valerio Onida: un ricordo

di Enzo Balboni\*



**Sommario:** § 1. – Cuore grande; vasto compianto. § 2. – Intelligenza prensile, lavoratore instancabile. § 3. – Il filo rosso della Costituzione. § 4. – Umiltà, prossimità; giustizia, mezza, pace.

## § 1. – *Cuore grande; vasto compianto*

Quando, nella mattina del 14 maggio scorso, si diffuse veloce la notizia che il cuore di Valerio Onida aveva cessato di battere, si slargò subito un'intensa mestizia fra i tanti che l'avevano conosciuto, con lui avevano in varie forme e circostanze collaborato, avendo avuto l'occasione e la fortuna di profittare della sua cultura, sapienza, generosità, umiltà. Anche chi scrive queste note è tra costoro, ma non potrà che spargere pochi e vaghi ciottoli di memoria su un cammino che tanti, e bene, in questi mesi hanno contribuito a tracciare<sup>1</sup>.

Andando per ambiti e per segmenti temporali c'è l'Onida costituzionalista, come scienziato-palombaro alla scoperta di fondali prima mai scandagliati, quale si presentava l'argomento della sua tesi di laurea: il commento al quarto comma dell'art. 81 Cost. Era questo, allora, «un argomento pressoché ignorato dagli studiosi del diritto costituzionale, e trattato quasi soltanto dagli specialisti di contabilità pubblica e

\* Università Cattolica del Sacro Cuore.

<sup>1</sup> Con l'immediatezza che oggi consentono i *mass & social media* in pochi giorni si sono cumulati molti "ricordi" di Onida, ognuno dei quali ha messo in luce sia le note di carattere generale che il commiato di Valerio provocava sia quelle di stile personale, dando subito l'impressione di una relazione diretta e particolare fra l'autore del ricordo e lo scomparso. Chi vorrà potrà, anche per tale via, allargare la propria sfera di conoscenza di quanto, e in tantissimi campi, ha fatto Valerio in oltre sessant'anni di *vita activa*. Si vedano, in tal luce, i ricordi di Marta Cartabia, Andrea Pugiotto, Sandro Staiano, Antonio D'Andrea, Adriana Apostoli, Marilisa D'Amico, Elisabetta Lamarque, Alberto Roccella, Annamaria Poggi, Renato Rordorf, Guido Melis, Giovanna Ichino (alla quale si deve una densa cronaca del periodo, certamente non facile né burocratico, di direzione della Scuola Superiore della Magistratura) e quelli di tanti altri, che mi scuso di non ricordare, sempre con misurate e affettuose parole.

di diritto finanziario e del bilancio; un argomento noto più in sede politica e parlamentare che in sede scientifica»<sup>2</sup>.

Nel ricordare, con gratitudine, il suo maestro Egidio Tosato, ne lodò la lungimiranza e seppe mettere a frutto le conoscenze acquisite, successivamente sempre aggiornate, diventando, per aggiunta, uno degli avvocati più esperti dinanzi alla Corte dei conti: dai giudici sempre apprezzato e temuto. Gli studi sul tema portarono alla monografia *Le leggi di spesa nella Costituzione* (1969) preparata per il cimento della cattedra e lo condussero alla vittoria nel primo concorso utile... che, un poco paradossalmente ma con perfetta sineddoche accademica, fu quello di "diritto parlamentare", concluso nel 1970.

Sempre in sede tecnico-scientifica Onida aveva già pubblicato una monografia su *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi* (1967) che esplorava tematiche di diritto amministrativo, accostandosi alle idee della Scuola di diritto pubblico avviata dalla metà degli anni Cinquanta nell'Università Cattolica di Milano da Feliciano Benvenuti, contornato dai suoi allievi "sostanziali" Umberto Pototschnig e Giorgio Berti e da quelli anche "formali": Umberto Allegretti, Giorgio Pastori e io stesso.

Particolarmente intensi e reciprocamente fruttuosi furono l'incontro e la collaborazione con Pototschnig, di qualche anno più anziano e figura carismatica per serietà, profondità, sobrietà e stile di vita, che fu suo preside a Pavia e con Pastori, praticamente suo coetaneo, grande tessitore di fini ed avanzati ragionamenti soprattutto nel vasto campo del diritto regionale che, non solo a quel tempo, aveva bisogno di cultori accorti e lungimiranti<sup>3</sup>.

Da qui, nei primi anni Settanta, parallelamente al primo farsi delle Regioni a statuto ordinario, crescevano: sul piano culturale e progettuale la collaborazione con la Regione Lombardia, allora lanciata al galoppo dell'innovazione istituzionale, con taglio democratico, programmatico e partecipativo (nei confronti di uno Stato che voleva, invece,

<sup>2</sup> Sono parole di Valerio dette in ricordo del suo maestro Egidio Tosato, pubblicate nel Quaderno apposito edito dal Comune di Vicenza, 1998, 58.

<sup>3</sup> Molto si dovrebbe dire dell'Onida regionalista e autonomista: un campo di studi e di attività professionale scelto per passione a partire dalla convinzione fondamentale che ciascun "ente intermedio e/formazione sociale" e soprattutto quelli territoriali fossero utili per la democratizzazione della vita pubblica del Paese e per la riforma dello Stato. Ma non è questo il luogo né il momento per approfondire una tematica complessa che lo ha visto impegnato per oltre mezzo secolo, mai nelle retrovie.

In questa battaglia, trovò alleata e sollecita a marciare nella stessa direzione la Scuola di diritto pubblico dell'Università Cattolica di Milano alla quale ho già accennato e molti altri studiosi (tra i milanesi voglio almeno ricordare Francesca Trimarchi, Ettore Rotelli e Maria Paola Viviani) sino all'attuale affievolimento. *En passant* citerò soltanto la sua presenza sia nei Comitati legislativi di Lombardia, Marche e Provincia di Trento sia nelle Commissioni paritetiche per le norme di attuazione degli Statuti speciali di Sardegna e Valle d'Aosta. L'amicizia con Umberto Pototschnig uscì corroborata dalla preziosa collaborazione di Valerio con il Gruppo di lavoro che, su questi temi, si riunì a Pavia tra il 1974 e il 1977.

zione della breve silloge cristiana si apre con un *dictum* sobrio ma esigentissimo: «A dirla in breve, come l'anima è nel corpo così nel mondo sono i cristiani». E l'ultima proposizione evoca sia una missione perenne che un abbandono fiducioso: «Dio li ha messi in un posto tale che ad essi non è lecito abbandonare».

Così fummo tutti confortati quando don Giuseppe, nel mattino del 14 maggio, alle 9:22, ci inviò il messaggio «Valerio è nella Pace».

### *Abstract*

Valerio Onida was along all his very active life a clever “minister” of the Constitution. He deeply studied and explained it with a clear insight and a generous mind for the benefit of constitutional lawyers, thousands of students and the public at large. He interpreted and enforced the Constitution with the utmost exactitude and far-sightedness, but also defended its principles and values when it was attacked for partisan reasons.

The Constitution – specially as a bulwark for personal dignity and promoter of substantial equality – was always the “lamp for his paces”: both as an operator of legal science and as a serious Christian.

# Considerazioni su alcune ricorrenti asserzioni di Paolo Grossi

di Guido Alpa\*



*Guido Alpa ha dedicato a Paolo Grossi, suo Maestro di elezione, il suo libro sulla storia del diritto civile, pubblicato originariamente da Laterza, e poi da il Mulino, con il titolo Diritto civile. Due secoli di storia (Bologna, 2018) e uno dei libri sui grandi giuristi contemporanei della collana di Laterza (Paolo Grossi, Roma-Bari, 2011). Ha partecipato a molte iniziative culturali che il Maestro aveva promosso, collaborando in particolare con Paolo Cappellini e Giovanni Cazzetta. In queste pagine riprende alcuni degli insegnamenti di Grossi,*

*con il quale aveva intrecciato un fruttuoso dibattito sul significato storico e politico della codificazione napoleonica e sul potere creativo della giurisprudenza (La Direzione).*

Credo che il modo migliore per rievocare la figura e il lascito culturale di Paolo Grossi sia ascoltare direttamente le sue parole: tutti coloro che dalla sua frequentazione e dalla lettura delle sue opere hanno tratto grandi ammaestramenti e fruttuosi spunti di riflessione non potrebbero rinunciare a riascoltare la sua prosa elegante e colta, le sue parole appropriate e precise, i suoi giudizi meditati e taglienti, soprattutto le sue idee innovative e coraggiose.

Nel presentare la sua figura, di giurista, di scienziato, di giudice (*Paolo Grossi*, a cura di G. Alpa, Roma-Bari, Laterza, 2011) si era imposto innanzitutto il suo ammonimento trasmesso al giurista, ma anche al lettore comune: «il diritto non è qualcosa di autoritario e statico; ce lo ha instillato nel più profondo dell'animo, da duecento anni, una propaganda sottile, e non ci siamo resi conto che si trattava di un abilissimo meccanismo espropriativo e, insieme, di una volgare operazione di potere: la comunità dei consociati diventava un gregge di destinatarii o, al massimo, di utenti, cioè di poveri esseri non coinvolti nel processo formativo del "giuridico", ma, nella loro passività, assai simili a chi procede tra la furia di un temporale con la sola speranza che i fulmini dall'alto lo lascino indenne. Il processo formativo è riservato al "palazzo", in una visione legalistica e formalistica perfettamente funzionale

---

\* Sapienza - Università di Roma.

a garantire l'efficacia della espropriazione perpetrata» (P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, XXX rist., 2022).

Accanto a questa concezione del diritto, per inquadrare il suo insegnamento, si deve collocare la sua concezione della storia, che si contrappone a quella persistente al momento del suo ingresso nella carriera scientifica: è il ricordo, affidato al libro autobiografico scritto per propugnare le proprie idee (P. GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna, il Mulino, 2008), di «pagine troppo spesso a-storiche, dove date e dati non erano còlti nella loro espressività delle forze storiche profonde, ma si proponevano come imbalsamati da un formalismo snaturante: le fonti, testi cartacei autorevoli, più che uno specchio della civiltà circostante».

Poiché il diritto è storia e storia è vita, il diritto non può che essere esperienza. L'insegnamento di Capograssi e di Orestano è assunto di petto, in tutte le sue sfaccettature. Esso investe innanzitutto la concezione delle fonti, che Grossi rifiuta essere confinate in una disposizione in cui il legislatore mette ordine tra gli organi nomopoietici, poiché le fonti del diritto non si possono considerare solo dall'alto, ma debbono essere esaminate dal basso, dal fluire della vita con i suoi rapporti interpersonali, i suoi traffici e i suoi commerci, i suoi valori e i suoi traguardi. Le prassi, le consuetudini, le innovazioni dell'autonomia privata, le regole familiari, le regole associative, sono altrettante fonti che si affiancano all'unica fonte formale che l'assolutismo giuridico ha voluto considerare e celebrare: la legge nella sua maestà giacobina e nel suo porsi come volontà del popolo.

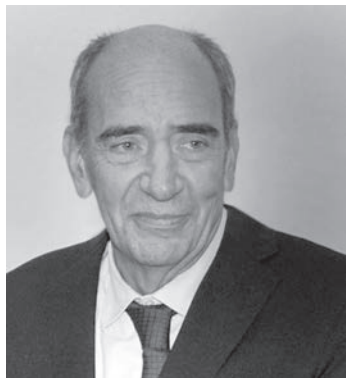
«Il principio di legalità era, infatti, sorretto da una sola finalità: la *creazione* da parte dello Stato di un diritto *legislativo* espressione della sua volontà, né letto né *inventato* altrove. Con un ulteriore ed essenziale punto fermo: al di là di questo v'era solo il vasto territorio dell'irrelevanza giuridica, una complessa realtà socio-economica trasformabile in diritto unicamente mediante un atto di volontà dello Stato [...] Il principio di legalità realizzava perfettamente il più rigido monismo giuridico e indicava chiaramente l'unico itinerario possibile per arrivare alla *creazione* del diritto» (P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza, 2020, 21-22).

Questo modo di intendere il diritto non solo è stato smentito dalla realtà che vede la società dibattersi in un mondo sempre più complesso, ma è stato smentito dal diritto vivente e dallo stesso diritto proveniente dall'Unione europea.

«Il nuovo ordine giuridico europeo, che assume giustamente l'individuazione e il rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo al cuore del suo programma, ha il proprio basamento non in una norma progettata e scritta nei palazzi alti del potere, ma nella stessa storia dei po-

## Maurizio Fioravanti: un ricordo

di Pietro Costa\*



*Maurizio Fioravanti era Professore Emerito di Storia del diritto medievale e moderno e Storia delle costituzioni moderne all'Università di Firenze, nella quale aveva svolto la parte principale della propria attività accademica, rivestendo altresì per un lungo periodo il ruolo di presidente del polo universitario di Prato nonché quello di Preside della Facoltà di Giurisprudenza. Intellettuale con interessi di ampio respiro, si è occupato di storia costituzionale comparata, di storia del costituzionalismo ed in particolare di storia costituzionale europea, trascorrendo anche periodi di studio presso l'Università di Chicago negli Stati Uniti e presso il Max Planck Institut in Germania, dove era membro della società tedesca di storia costituzionale. Molto intenso pure il suo impegno nell'ambito della pubblicistica scientifica, con la partecipazione alla redazione dei Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, al consiglio scientifico di Diritto Pubblico ed al comitato di direzione di Filosofia politica (La Direzione).*

Maurizio Fioravanti è scomparso il 19 agosto del 2022. Appena due settimane prima avevo parlato con lui di temi e progetti di ricerca e ci eravamo lasciati dicendo che avremmo dovuto incontrarci presto. E invece la nostra frequentazione è stata bruscamente interrotta da una morte improvvisa e inattesa. Non possiamo più parlare con lui. Possiamo soltanto parlare di lui. Si è spezzato un dialogo che era iniziato nei primi anni Ottanta ed era proseguito senza interruzione per un quarantennio.

Maurizio Fioravanti si era laureato a Firenze in storia del diritto discutendo una tesi su Vittorio Emanuele Orlando ed era subito venuto a far parte del piccolo gruppo di giovani studiosi attratti dal magistero di Paolo Grossi. Grossi era prevalentemente interessato alla storia del diritto privato e tuttavia, con la sensibilità e disponibilità intellettuale e umana che informavano il suo dialogo con gli allievi, si era subito reso conto degli interessi politico-pubblicistici del giovane Fioravanti e gli aveva proposto di lavorare sulla giuspubblicistica italiana dell'Ottocento.

---

\* Università degli Studi di Firenze.

Fu la felice indicazione di un ambito tematico che Fioravanti avrebbe coltivato, approfondito e in qualche modo ridefinito originalmente nel corso della sua intera attività scientifica. Il contatto con la giuspubblicistica orlandiana era stato per lui l'avvio di un'indagine quanto mai promettente. Gli apparve presto evidente però che un'effettiva comprensione storica del "metodo" orlandiano esigeva un impegnativo allargamento di orizzonte: imponeva di guardare in profondità alla cultura giuridica tedesca, cui Orlando aveva attinto.

Nasce da questa consapevolezza la messa a punto di una ricerca vasta e impegnativa, che conduce Fioravanti a misurarsi con una storia e una cultura tanto diversa dalla tradizione giuridica italiana quanto profondamente influente su essa, trovando nel Max Planck Institut di Francoforte l'ambiente ideale per attingere a una mole notevole di fonti dottrinarie allora non tutte facilmente accessibili in Italia e un'occasione preziosa per avviare un dialogo con giuristi e storici del diritto tedeschi destinato a prolungarsi nel tempo. L'esito di questa fervida stagione intellettuale è un libro - *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco* (Milano, Giuffrè, 1979), pubblicato nella Biblioteca del Centro di Studi diretto da Paolo Grossi - che offre un'aggiornata e approfondita ricostruzione di un sapere - la giuspubblicistica tedesca dell'Ottocento - tanto celebrato dai giuristi italiani quanto ancora bisognoso di una precisa contestualizzazione e di un'adeguata ricostruzione storico-culturale.

Nonostante l'evoluzione dei suoi successivi interessi euristici, Fioravanti non perderà mai di vista la cultura giuridica transalpina e troverà, anche in Italia, una preziosa occasione di confronto e di stimolo nelle tante iniziative, cui parteciperà con entusiasmo, che facevano capo all'Istituto Storico Italo-Germanico di Trento e contribuivano a rinsaldare la sua giovanile (e pionieristica) attenzione a un approccio "comparativo" alla storia giuridico-culturale. Era un approccio fecondo e ancora scarsamente coltivato, i cui frutti apparvero subito evidenti nei tanti saggi (oggi in gran parte raccolti nel *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001) che Fioravanti dedicherà alla giuspubblicistica italiana: a Orlando, innanzitutto (il suo primo punto di contatto con la storia giuridica) e poi, tanto per fare qualche esempio, ad Arcoleo, a Santi Romano, a Mosca. Non è possibile ripercorrere i tanti lavori, ancora preziosi, dedicati alla giuspubblicistica otto-novecentesca. Mi limito a ricordare, *exempli causa*, l'analisi che in più occasioni Fioravanti ha offerto del pensiero di Mortati, cogliendo e illustrando la portata innovativa dei lavori scritti dal giurista calabrese negli anni del tardo fascismo, il suo passaggio al "pensiero costituente" e infine la sua peculiare interpretazione del "pluralismo" costituzionale.



# Costituzione, persona, dignità: tre parole-chiave del lessico giuridico di Lorenza Carlassare

di Mario Bertolissi\*



**Sommario:** § 1. – Questione di stile e non solo. § 2. – La Costituzione italiana e gli italiani. § 3. – Lo Stato di diritto. § 4. – Il primato della persona.

## § 1. – *Questione di stile e non solo*

C'è chi ha dovuto ricredersi<sup>1</sup>. C'è chi è transitato da un regime all'altro, indenne e addirittura elogiato<sup>2</sup>. C'è chi è rimasto sempre fedele a sé stesso, facendo della coerenza non un disvalore<sup>3</sup>, ma un va-

\* Università degli Studi di Padova.

<sup>1</sup> Non sono pochi coloro che – giuristi e no – hanno dovuto ripensarsi e correggere talune entusiastiche adesioni al fascismo. Giri di valzer oppure no? V., ad esempio, F. LANCHESTER, *I giuspubblicisti tra storia e politica. Personaggi e problemi nel diritto pubblico del secolo XX*, Torino, Giappichelli, 1998, 62 ss., del quale v., altresì, IDEM, *Pensare lo Stato. I giuspubblicisti nell'Italia unitaria*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

La mia perentoria affermazione – che risente di una differente prospettiva, rispetto a quella benevola esposta da Lanchester – tiene conto, soprattutto, della testimonianza personale e dell'insegnamento di S. TRENTIN, *La crisi del diritto e dello Stato*, prima edizione italiana, a cura di G. Gangemi, Roma, Gangemi editore, 2006, interprete di un antifascismo radicale e militante, lontano dalla quiete assicurata dal metodo giuridico, *bonne à tout faire*. Non a caso, François Geny definisce Silvio Trentin «un esempio sublime: esempio di indipendenza di pensiero, d'energia morale indomabile, di alta virtù critica, di fedeltà, senza compromessi, né riserve, al puro ideale del Diritto». V., se vuoi, M. BERTOLISSI, *Libertà e "ordine delle autonomie"*: la lezione di Silvio Trentin, Napoli, Jovene, 2010.

<sup>2</sup> È il caso di Gaetano Azzariti, presidente del Tribunale della razza, giudice e secondo presidente della Corte costituzionale della neonata Repubblica. Ha fatto giustizia di non poche distorsioni – che confermano essere l'Italia il Paese descritto da Giuseppe Tomasi di Lampedusa – M. BONI, *"In questi tempi di fervore e di gloria"*. Vita di Gaetano Azzariti, magistrato senza toga, capo del Tribunale della razza, presidente della Corte costituzionale, Torino, Bollati Boringhieri, 2022, il quale ricorda che «Suo nipote, autorevole docente universitario, ha tentato di avvalorare l'interpretazione più benigna del Tribunale della razza» (*ivi*, 299). Si tratta di un gesto umanamente comprensibile; in oggettivo contrasto, tuttavia, con il brocardo *nemo iudex in causa propria*; coerente con una collaudata prassi: che è la prassi della rimozione.

<sup>3</sup> Come è noto, riteneva una debolezza la coerenza (degli sciocchi) Giuseppe Prezzolini, considerando ben altro. Non, certo, la fedeltà, nel tempo, a un sistema di valori. Quel che conta è il termine di riferimento.

lore. È il caso di Lorenza Carlassare, che ci ha lasciati ad agosto 2022<sup>4</sup>. *Anno Domini*, avrebbe confessato, alla luce della sua limpida, determinata fede<sup>5</sup>.

Fede in Qualcuno, ma anche – se non soprattutto, sul piano umano e nell’ottica della vita in comune, nel crogiuolo delle istituzioni – nella «Repubblica democratica», così definita dall’art. 1, comma 1, Cost. Il discorso, appena accennato, potrebbe dirsi concluso, tanto l’espressione pare esaustiva. Esaustiva sì, ma vuota, se non si aggiunge – come l’autrice si affretta a fare – che «essenziale è la partecipazione dei cittadini alla vita dello Stato»<sup>6</sup>. Ma di quale partecipazione si discorre? Di una partecipazione, che si attua «non solo attraverso i riti formalizzati del voto elettorale o referendario, quindi episodica e distanziata nel tempo, ma sostanziale, continua attraverso l’attenzione, la valutazione, la critica e le conseguenti manifestazioni di consenso e di dissenso nei confronti dell’attività degli organi politici costituzionali»<sup>7</sup>.

Dunque, democrazia diretta<sup>8</sup>. Ma, soprattutto, democrazia rappresentativa, il cui corretto e retto funzionamento è assicurato unicamente da una circolazione onesta e trasparente delle notizie e delle informazioni, indispensabili per una valutazione e un controllo consapevoli dei governati sull’operato dei governanti. Il che esige che l’attività dei pubblici poteri – in primo luogo, del legislativo e dell’esecutivo – siano riconducibili alle prescrizioni formali dettate dal Costituen-

<sup>4</sup> S. TRUZZI, *Addio a una grande giurista, troppo libera per la Consulta*, in *il Fatto Quotidiano*, 22 agosto 2022, 4; T. MONTANARI, *Una vita per la Carta: quanto ci mancherà*, *ivi*; C. GENESIN, *Morta a 91 anni Lorenza Carlassare. Ha insegnato e difeso la Costituzione*, in *il mattino di Padova*, 22 agosto 2022, 16, ove si può leggere di Mario Bertolissi: *Sentinella del potere e indipendente. Le istituzioni non l’hanno valorizzata*; e di Marco Giampieretti: *Per lei la democrazia è viva quando tutti i cittadini hanno la cultura dei diritti* (*ivi*, 17); nonché M. BERTOLISSI, *Lorenza Carlassare esempio di coerenza*, in *Corriere del Veneto*, 23 agosto 2022, 7. V., quindi, il sito dell’Associazione dei costituzionalisti, che ha raccolto un unanime cordoglio e sincere manifestazioni di stima ed affetto.

<sup>5</sup> Una fede profonda, alimentata dalle prove della vita, che ha sempre superato attraverso una dedizione esemplare a quella che Piero Calamandrei, parlando dell’uomo, ha definito «perpetuità dei suoi ideali»: Assemblea costituente, 22 dicembre 1947. La sua fede è rimasta, per così dire, nascosta. Mai esibita per un tornaconto qualunque, come, troppo di frequente, accade quando non è laica, nel senso più nobile del termine, ma militante. Così, non ha stupito – non mi ha stupito – il fatto che Lorenza abbia rinunciato all’alzarbara nel Cortile antico del Palazzo del Bò ed abbia espresso il desiderio – realizzatosi – che a celebrare la messa, in occasione dell’ultimo saluto, fosse don Albino Bizzotto: prete degli ultimi, espressione di una fede universale, scintillante. Questo è l’epilogo della sua vita terrena, che ha trovato riscontro nella sua opera complessiva di costituzionalista, di cui darò conto, in questo sintetico appunto, attraverso la ripresa di qualche basilare concetto, che rappresenta il discrimine tra ciò che è civile e ciò che non lo è. Forse, a prescindere da ogni tempo e da ogni spazio: v. *sub* 4.

<sup>6</sup> L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, Padova, Cedam, 2011, 1. A scanso di equivoci, osservo che, della vastissima produzione scientifica di Lorenza Carlassare, riprenderò qualche frammento, con l’unico scopo di rendere evidente l’attualità del suo magistero: mai interrotto, nel corso della sua lunga, fruttuosa vita. Mi riferirò, dunque, a opere di carattere generale, che danno uno sguardo alle istituzioni nel loro insieme.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> *Ivi*, 215 ss.

essere rapportata così allo spazio come al tempo, la legge della regolarità presenta due aspetti distinti: la uniformità e la costanza»<sup>56</sup>.

Rimosso ogni inutile dettaglio, la parola che conta è 'ordine': che è l'esatto contrario di disordine e caos, di incertezza, di inconoscibilità. Lo esigono la dignità della persona e lo Stato di diritto, che è inutile gravare di attributi e distinzioni, se – oltretutto – la parola 'diritto' la si concepisce non solo e non tanto come *lex*, ma soprattutto come *ius*.

### *Abstract*

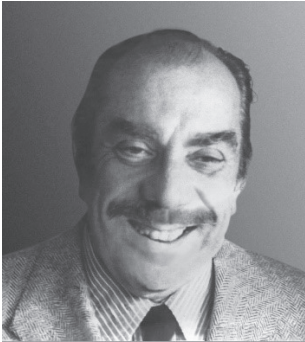
The person and his dignity or power. Lorenza Carlassare has never derogated from this premise and has always chosen the person. Power is a means, never an end. It must operate in compliance with the principle of legality, of which it takes on board a substantial notion. For this reason, it retains its enduring relevance, as required by the Constitution.

---

<sup>56</sup> G. DELITALA, *La crisi del diritto nella società contemporanea*, in AA.VV., *La crisi del diritto*, a cura di M. Miele, ristampa anastatica dell'edizione del 1953, con prefazione di N. Irti, Padova, Cedam, 2022, 87.

# *Carlo Lavagna un grande giurista e un grande maestro*

di Margherita Raveraira\*



**Sommario:** § 1. – Un incontro fondamentale. § 2. – Il metodo giuridico integrale fondato sulla separazione tra ontologia e teleologia. § 3. – Il valore normativo della Costituzione. § 4. – La democrazia ed i sistemi elettorali. § 5. – La giustizia costituzionale. § 6. – Professor Lavagna, grazie!

## § 1. – *Un incontro fondamentale*

Non sono mai stata studente di Carlo Lavagna. Mi ero infatti laureata in Scienze politiche presso l'Università di Roma-La Sapienza con una tesi in diritto amministrativo sotto la guida di Roberto Lucifredi, prima che Egli insegnasse nella stessa Facoltà, provenendo dalla Facoltà di Giurisprudenza di Pisa. Tornata a Roma dopo due anni trascorsi all'*Ecole doctoral de l'Université Paris – La Sorbonne – Droit international publique*, mi laureai in Giurisprudenza in diritto internazionale pubblico, con una tesi su un tema particolarmente complicato di cui fu relatore Roberto Ago, il quale, pur valutando con il massimo giudizio il lavoro nel suo complesso, rilevò come il tema posto venisse affrontato non tanto in linea con i metodi propri del diritto internazionale, bensì piuttosto con una particolare propensione ed attenzione ai profili più tipici del diritto costituzionale che evidentemente mi erano più congeniali.

Di fronte al mio dichiarato desiderio di continuare a studiare, decise perciò di segnalarmi all'allora da poco titolare di Istituzioni di Diritto Pubblico nella Facoltà di Scienze politiche, il quale accettò di incontrarmi.

È a Roberto Ago dunque (e lo dico con vera riconoscenza) che debbo la mia presentazione a Carlo Lavagna.

---

\* Università degli Studi di Perugia.

Ricordo ancora quel primo incontro al quale mi presentai con una certa qual ansia: nel chiacchiericcio tra gli studenti il prof. Lavagna, professore di grande fama, era considerato severo, freddo e riservato ed invece mi trovai di fronte ad un signore peraltro molto *stilé*, il quale, pur non conoscendomi, in modo interlocutorio, ma signorile che mi mise subito a mio agio, mi pose una serie di domande sui miei studi precedenti entrando anche nel particolare e concluse il colloquio chiedendomi di portargli i testi delle mie due tesi e di altri brevi lavori.

Passato qualche giorno mi convocò, non mi disse nulla dei lavori che gli avevo portato, ma mi propose di partecipare ad una Borsa di studio e di addestramento didattico presso la Sua cattedra, come poi di lì a poco è stato: ho cominciato a seguire tutte le Sue lezioni dalle quali molto ho imparato anche in riferimento alla logica della trattazione espositiva, ho studiato, prima di passare ai Suoi lavori anche i più risalenti, la Sua produzione manualistica (quella del 1973) che mi ha fatto toccare con mano quanto l'opera di Carlo Lavagna fosse ampia e profonda.

Dopo poco tempo, avendo a disposizione un posto di assistente ordinario, decise di chiamarmi (con evidente mia grande emozione) a ricoprire quel ruolo, inserendomi come l'allora più giovane tra i suoi numerosi allievi.

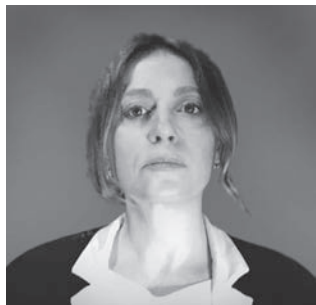
La nomina fu l'occasione per una frequentazione più assidua, di modo che il nostro rapporto si intensificò e si approfondì ogni giorno di più, facendomi scoprire quello che prima, nei più rari incontri che avevo avuto con Lui all'Università in qualità di borsista, non avevo colto e cioè che, di là dalle apparenze, Carlo Lavagna era una persona dotata di una affabile cordialità e di uno spiccato senso dell'umorismo e che amava intrattenere i rapporti con i suoi allievi coinvolgendoli anche in un'atmosfera familiare. Ricordo ancora con viva chiarezza la piacevolezza e l'allegria, dovuta anche alle battute di Carlo, di pranzi o cene con Sua moglie ed i Suoi figli nella villa di Grottarossa, pranzi e cene che spesso anticipavano o concludevano le lunghissime conversazioni pomeridiane sulle questioni giuridiche.

Incontri e conversazioni che diventarono sempre più assidui man mano che, sviscerando con il Suo aiuto lo studio della scienza giuridica nelle sue diverse accezioni, tesi ed istituti, iniziavo ad elaborare una produzione scientifica su tematiche sulle quali Egli mi suggeriva di riflettere e sviluppare. Ricordo bene come, seduti alla Sua scrivania l'uno di fronte all'altra, Egli mi stimolasse a svolgere ricerche approfondite sulle questioni sistemiche evolutive che lo avevano interessato e che lo interessavano, sempre pronto a rispondere ai miei interrogativi, a controbattere con ampiezza, finezza e rigore di argomentazioni ai miei dubbi, a suggerire correzioni ampiamente motivate sull'imposta-

# Nessuna predestinazione

Soggetti del mutamento e fantasia

di Laura Ronchetti\*



**Sommario:** § 1. – L’ottimismo della volontà per il progresso. § 2. – Fantasia e popolo europeo.

*Non sarà la paura della follia  
a farci lasciare a mezz’asta  
la bandiera dell’immaginazione*

(ANDRÉ BRETON, *Manifesto del Surrealismo*, 1924)

**GAETANO AZZARITI**, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Bari-Roma, Laterza, 2021, pp. 368.

## § 1. – L’ottimismo della volontà per il progresso

*Diritto o barbarie* segna un passaggio nel pensiero giuridico di Gaetano Azzariti: non una svolta, quanto una curvatura verso “l’ottimismo della volontà” che nei suoi precedenti libri poteva essere offuscato dal “pessimismo della intelligenza”. Sotto questo profilo si tratta di un libro di chiara ispirazione gramsciana che impone di tenere strettamente connessa l’analisi pessimista della realtà con una ricerca di senso ottimista<sup>1</sup>, di nutrire «il dubbio come norma del pensiero, la fiducia come norma dell’azione»<sup>2</sup>.

L’autore è sospinto in questa più vivace coloritura verso un futuro a portata di mano da Vico<sup>3</sup>, pensatore de «l’ottimismo della ragione e della

\* Università degli Studi del Molise – Campobasso.

<sup>1</sup> Il motto, come noto, è ricorrente in A. GRAMSCI, *Quaderni dal carcere*, Edizione critica dell’Istituto Gramsci, a cura di V. Gerratana, I, Torino, Einaudi, 1975, 75.

<sup>2</sup> U. CERRONI, *Lessico gramsciano*, Roma, Editori Riuniti, 1978, 64.

<sup>3</sup> G. FERRARA, *Il diritto come storia*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2005, 17-18: «Tanti anni fa, sentii dire che le cose del mondo si possono meglio vedere e comprendere poggiandosi sulle spalle dei giganti. Su alcuni di essi ho cercato di arrampicarmi riuscendo almeno a leggere che: “Natura delle cose altro non è che nascimento di esse in certi tempi, le quali sempre che sono tali, indi tali e non altre nascon le cose”. Lo aveva scritto Giambattista Vico» (*Scienza Nuova*, I, II, XIV).

volontà»<sup>4</sup> cui è dedicata la terza e ultima parte del libro<sup>5</sup>.

Nei suoi precedenti libri Azzariti, invece, aveva svolto con più disincento una approfondita ricerca delle ragioni storiche e teoriche della crisi del costituzionalismo democratico moderno all'insegna di una più leopardiana pessimistica ragione e volontà sebbene, come segnalava a suo tempo Trentin a proposito del «poeta della disperazione», il nostro Autore facesse trasparire già in quelle pagine «la necessità perentoria e la bellezza incomparabile della lotta»<sup>6</sup>.

Nel 2008 Azzariti dette alle stampe *Critica della democrazia identitaria*<sup>7</sup>: una lucida diagnosi sulla crisi del parlamentarismo dei sistemi democratici del ventunesimo secolo, che operava un serrato ed efficace smantellamento della teoria costituzionale schmittiana.

Decostruito e smascherato il pensiero giuridico di impronta schmittiana, nel 2010 l'Autore compiva un importante sforzo di ricostruzione teorica in *Diritto e conflitti*<sup>8</sup>, nel quale dimostra l'esigenza, da un lato, di collegare l'analisi giuridica alle trasformazioni politiche, storiche e culturali e, dall'altro, di comprendere la vera dinamica del diritto costituzionale guardando al modo in cui viene data soluzione ai conflitti sociali.

Ricostruito così lo «statuto» del costituzionalismo democratico<sup>9</sup> l'interrogativo esplicito che affronterà nel 2013 è: *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?* In altri termini «È ancora possibile garantire i diritti e separare i poteri?». Questo libro forse rappresenta il culmine dello smarrimento provocato dai processi di mondializzazione del diritto che rendono sempre più complesso far valere la superiorità dei principi presenti nelle Costituzioni nazionali: pressoché inarrestabile la caduta della loro forza prescrittiva appare all'Autore che, inquieto, si chiede quali siano i soggetti che possano dare forza materiale al costituzionalismo.

Con il successivo *Contro il revisionismo costituzionale. Tornare ai fondamentali* del 2016, invece, comincia a prendere forma più nitida la sua proposta di senso per impegnarsi a costruire un altro mondo possibile ripar-

<sup>4</sup> G. PRESTIPINO, *Tre voci nel deserto: Vico, Leopardi, Gramsci per una nuova logica storica*, Roma, Carocci, 2006, che, richiamando *Vita scritta da sé medesimo* (5), afferma: «Vico o l'ottimismo della ragione e della volontà nel deserto della Controriforma, Leopardi o il pessimismo della ragione e della volontà nel deserto della Restaurazione, Gramsci o il pessimismo della ragione e l'ottimismo della volontà nel deserto del fascismo».

<sup>5</sup> Gramsci è spesso richiamato in G. AZZARITI, *Diritto o barbarie*, ma assume centralità nella «concezione materialistica della storia» in cui è calata l'interpretazione di Vico e nella sua riflessione sulle forme di governo (*ivi*, 267 ss.).

<sup>6</sup> S. TRENTIN, *Giacomo Leopardi, un poeta che ci permetterà di ritrovare l'Italia* (parziale traduzione italiana a cura di P. Ulvioni dell'intervento del 1940, *D'un poète qui nous permettra de retrouver l'Italie*), in S. TRENTIN, *Antifascismo e rivoluzione. Scritti e discorsi 1927-1944*, a cura di G. Paladini, Venezia, Marsilio, 1985. Riprende il titolo del contributo di Trentin M. LUCIANI, *L'Italia ritrovata grazie ad un poeta? Politica e forme di governo nel pensiero di Giacomo Leopardi*, in *Rivista AIC*, n. 4/2010, oltre che nel suo *Lo sguardo profondo. Leopardi, la politica, l'Italia*, Modena, Mucchi, 2017.

<sup>7</sup> G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria. Lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

<sup>8</sup> IDEM, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

<sup>9</sup> *Ivi*, spec. 403.



# *Il diritto della postmodernità: lavori in corso*

## *Il ruolo dell'ermeneutica nella riconfigurazione del sistema giuridico*

di Luca Vespignani\*



**Sommario:** § 1. – Il postdiritto come diritto della postmodernità. § 2. – Il metodo giuridico della postmodernità: la teoria ermeneutica. § 3. – Una nuova compatibilità col principio democratico e con l'esigenza di certezza del diritto. § 4. – Il cantiere aperto del postdiritto.

GIUSEPPE ZACCARIA, *Postdiritto*, Bologna, il Mulino, 2022, pp. 365.

### § 1. – *Il postdiritto come diritto della postmodernità*

Un buon modo per cercare una chiave di accesso alla raccolta di saggi di Giuseppe Zaccaria è quello di partire dal titolo del libro. In particolare, col termine 'postdiritto', come l'autore chiarisce nel corso dei suoi ragionamenti, si fa riferimento ad una situazione in cui «il diritto non è più espressione di un fluire normativo uniforme che muove da un unico centro di autorità. Il fenomeno giuridico diventa di conseguenza un corpus mobile condizionato da percorsi di regolazione e standard normativi espressi da punti diversi, caratterizzato dunque nel suo insieme da fluidità e variabilità. Il contesto dei "grandi spazi" proprio della globalizzazione ed il connesso ridimensionamento dei confini statuali e perciò dei paradigmi della statualità del diritto e dell'autosufficienza dei vari ordinamenti statali, rendono problematica ed oscillante la stessa nozione di positività del diritto. Tale scenario, che per mera comodità possiamo definire "postmoderno", porta con sé una dimensione filosofica, pone come urgente il tema del senso complessivo del diritto, al di là delle sue specifiche articolazioni, configura un rinnovato e più ampio spazio per l'interpretazione»<sup>1</sup>. Quindi, il "postdiritto" è il diritto della postmodernità<sup>2</sup> e cioè di una fase storica, tuttora in corso, nella quale vengono messi in

\* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

<sup>1</sup> *Postdiritto*, 211.

<sup>2</sup> L'espressione 'posmoderno' è ampiamente utilizzata anche nella produzione di Paolo Grossi per indicare «un tempo in cui si attenuano sempre più fin quasi a dissolver-

discussione gli elementi portanti del modello giuridico otto-novecentesco dello Stato di diritto.

Su questo passaggio si sofferma specialmente la prima sezione del volume (*La positività del diritto, oggi*), evidenziandone i momenti salienti, a cominciare dalla perdita di centralità della legge soprattutto in seguito all'introduzione, in luogo di quelle c.d. flessibili del periodo precedente, di Carte costituzionali rigide<sup>3</sup>. Il che avviene, da un lato, per garantire maggiormente una serie di diritti e di libertà gravemente compromessi dai regimi totalitari della prima metà del Novecento ponendo dei limiti allo stesso legislatore ordinario e, dall'altro lato, per creare un quadro di riferimento stabile, nel quale si potessero riconoscere tutte le diverse componenti politiche presenti nelle assemblee costituenti. In tal senso, si parla di Costituzioni come "tavole dei valori" che, «caratterizzate dalla storicità, dalla volontà di aderire al momento storico e di esprimerne una propria lettura, riscoprono la società, enunciano dei principi cui si aderisce perché convinti delle loro ragioni come basi di un progetto di società»<sup>4</sup>.

Nella pratica giuridica, tutto ciò comporta un radicale ripensamento sul principio di legalità e sul ruolo del potere giudiziario. Infatti, «è vero che secondo l'art. 101, co 2 Cost. "i giudici sono soggetti soltanto alla legge", ma è altrettanto vero che questa giusta istanza di indipendenza del giudice da altri poteri va ora declinata alla luce della Costituzione e dei suoi principi, che all'interno del materiale normativo con cui il giudice è tenuto a misurarsi assumono un peso preminente. Più che alla leg-

---

si alcune certezze, alcuni pretesi valori, su cui si era costruita e fondata la modernità giuridica; un tempo non statico, ma piuttosto un itinerario in cui ci si allontana da una vecchia sponda senza avere - oggi - ancora raggiunto un approdo definitivo» (P. GROSSI, *Il diritto in Italia, oggi, tra modernità e pos-modernità* (2013), in IDEM, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, 3. Riprendo la citazione da F. PEDRINI, *Colloquio su Storia, Diritto, Costituzione. Intervista al Prof. Paolo Grossi (Citille in Chianti, 10 giugno 2020)*, in *Lo Stato*, n. 14/2020, 211 ss. (sul tema specifico spec. 247 ss.).

<sup>3</sup> Sul passaggio, per quanto riguarda l'Italia, dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana cfr. M. FIORAVANTI, *Un profilo di storia costituzionale italiana: la conquista della supremazia costituzionale*, in IDEM, *La Costituzione democratica*, Milano, Giuffrè, 2018, 281 ss. Si veda però A. PACE, *La "naturale" rigidità delle costituzioni scritte*, in *Giur. cost.*, 1993, 4092 s., il quale ritiene che «lo Statuto albertino, in quanto speciale atto costituzionale formalizzato in un apposito documento esplicitamente qualificato "legge fondamentale", era - in conformità alla sua forma e alla sua natura - una costituzione non modificabile nelle vie ordinarie. E tale fu inizialmente, anche se non pacificamente, considerato da studiosi e da politici. È però altrettanto indubitabile che, in un secondo momento, lo Statuto divenne (*rectius*: fu considerato) "flessibile". Ciò derivò, convergentemente, da un lato, dalla natura "elastica" delle norme statutarie le quali rendevano generalmente possibili notevoli mutamenti normativi, purché disposti con legge, dall'altro, da una sorta di [...] congiura politico-culturale che determinò l'esistenza di una "lacuna apparente" in ordine al regime di immodificabilità a cui le norme statutarie erano sottoposte: una lacuna che rese pertanto possibile l'introduzione, nell'ordinamento statuario, di una norma consuetudinaria radicalmente innovativa delle norme "sulla" produzione normativa, la quale consentiva la modifica delle norme statutarie da parte delle leggi ordinarie». Tutto ciò sulla base della premessa che la rigidità «è carattere "naturale" delle costituzioni scritte, non "essenziale". Per la medesima ragione sostanziale (l'essere, cioè, la costituzione scritta, un atto in sé e per sé "superiore"), il silenzio della costituzione in ordine al procedimento da seguire per la sua revisione, non ne muta il regime di "immodificabilità" da parte del legislatore ordinario» (*ivi*, 4091).

<sup>4</sup> *Postdiritto*, 46.