

# Costituzione e coscienza sociale: il contributo della teoria del nudge

di Quirino Camerlengo\*



**Sommario:** § 1. – Impostazione della ricerca. § 2. – La coscienza sociale come matrice del cambiamento sociale. § 3. – L’incidenza degli sviluppi del costituzionalismo. § 4. – La vocazione sociale attraverso il *Constitutional nudging*. § 4.1. – Eguaglianza. § 4.2. – Pari dignità sociale. § 4.3. – Solidarietà. § 5. – Indicazioni operative.

## § 1. – Impostazione della ricerca

La nostra Costituzione non è solo un argine al potere, ma è anche un testo normativo idoneo a “condizionare” le trasformazioni sociali: in questo senso si può parlare di *vocazione sociale* della Costituzione. Tale vocazione si esprime attraverso i *principi fondamentali* che più di altri hanno una cifra sociale, in quanto potenzialmente destinati ad incidere sui rapporti tra i consociati<sup>1</sup>.

Nel contempo, non essendo la nostra Costituzione la base normativa di uno Stato che opprime o plasma le dinamiche sociali, occorre immaginare modalità espressive di tale vocazione che siano rispettose dell’autonomia e della spontaneità che caratterizzano i comportamenti individuali e collettivi: più precisamente, quei contegni che, nel tempo, definiscono la qualità di una data struttura sociale.

Nel tentativo di trovare un ragionevole equilibrio tra la vocazione sociale della Costituzione e l’autonomia sociale si cercherà di percorrere la strada illuminata dalla teoria del *nudge*: attraverso “spinte gentili” la Costituzione, tramite gli evocati principi fondamentali, definisce una “architettura delle scelte” che senza comprimere o inibire la

\* Università degli Studi di Milano-Bicocca.

<sup>1</sup> Non si può non evocare la riflessione di V. ONIDA, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico. I) Diritto pubblico generale*, Bologna, il Mulino, 1997, spec. 96, sulla dimensione programmatica della nostra Costituzione, quale atto che esprime anche gli «indirizzi di fondo» relativi alla «trasformazione dell’assetto economico-sociale del Paese».

libertà dei consociati e delle formazioni sociali “influenza” l’evoluzione sociale verso un assetto coerente con quegli stessi principi.

## § 2. – *La coscienza sociale come matrice del cambiamento sociale*

Le trasformazioni sociali non sono affatto meccaniche e asettiche evoluzioni di fatto nei rapporti intersoggettivi che animano una data comunità: esse sono guidate da una istanza immateriale (un pensiero, una idea, un sentimento) che conferisce a tale accadimento un’anima, ossia una dimensione che trascende la cruda e oggettiva contingenza degli eventi umani. Questa istanza può essere definita la *coscienza sociale* (o sentimento comune o collettivo).

La ‘coscienza sociale’ può essere definita come l’insieme di convincimenti, tradizioni, ideali, orientamenti che innervano il tessuto sociale conferendo allo stesso la capacità di intercettare, comprendere, apprezzare i fatti che si materializzano nell’esperienza comunitaria, affinché il futuro di quel sodalizio non sia determinato dal caso<sup>2</sup>.

Tale coscienza esprime, così, la consapevolezza che i consociati hanno come gruppo, inteso a sua volta non come mera somma di individui ciascuno dei quali mosso esclusivamente dai propri interessi, ma come condizione quotidiana di condivisione. E questa consapevolezza si palesa attraverso giudizi di valore sulla “moralità” dei contegni umani, vale a dire intorno alla attitudine di questi ad essere valutati in termini di giustizia, di bene e male, di utilità, di ragionevolezza.

La coscienza sociale conferisce un senso al patto che lega i consociati, un senso che si proietta oltre la mera contingenza degli eventi quotidiani, per assumere una portata più ampia in guisa di pensiero collettivo che guida gli sviluppi della società stessa. Così facendo, detta coscienza imprime un significato al processo di trasformazione della società, abbinando e saldando memoria e cultura: il ricordo perenne di accadimenti trascorsi, percepiti anche nella loro valenza di senso, e l’insieme di atti e comportamenti che alimentano il pensiero, il dialogo, l’elevazione spirituale, l’accesso ad una dimensione che si affranca dalla oggettività reale del presente per immaginare un futuro anche diverso. Come tale, la coscienza sociale è oggetto di comunicazione tra consociati e tra generazioni, attraverso la costante interazione e la vicendevole influenza tra le diverse entità che popolano la società stessa.

<sup>2</sup> Durkheim definì la coscienza collettiva come «l’insieme delle credenze e dei sentimenti comuni alla media dei membri di una stessa società»: É. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, Alcan, 1893, trad. it. *La divisione del lavoro sociale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1999, 101. Sul punto si rimanda all’efficace ricostruzione di F. PALLANTE, *All’origine dell’istituzionalismo giuridico: la concezione del diritto in Emile Durkheim*, in *Dir. pubbl.*, n. 33/2012, 310.

## *Abstract*

This paper aims to describe the ways in which the Constitution influences the social conscience. In fact, if the ability of the social conscience to influence the living constitution (i.e. judicial review of legislation) is now acquired, it's not equally clear whether and to what extent the opposite process can take place. A reasonable balance between the constitution (as source of law) and the spontaneity of social relations can be achieved using the nudge theory. Through "spinte gentili", and not through the command and control system, the Constitution can influence the social conscience without inhibiting or nullifying it.

# *Breviario minimo di argomentazione costituzionale*

di Pierluigi Chiassoni\*



**Sommario:** § 1. – Brevi note di estetica dell’argomentazione costituzionale. § 2. – Disposizione costituzionale, norma costituzionale espressa, interpretazione classificatoria, argomentazione classificatoria. § 3. – Strumenti dell’argomentazione classificatoria. § 3.1. – Una tipologia delle norme costituzionali. § 3.2. – Un insieme di conoscenze relative alla fonte costituzione e una ideologia della costituzione. § 3.3. – Un codice classificatorio. § 4. – Interpretazione costituzionale testuale. § 5. – Argomentazione interpretativa.

§ 6. – Codici interpretativi. § 7. – Lacune costituzionali. § 8. – Lacune costituzionali in senso proprio, testuali, metatestuali. § 9. – Codice dell’integrazione costituzionale e argomentazione integrativa. § 10. – Lacune costituzionali assiologiche. § 11. – Antinomie costituzionali. § 12. – Antinomie costituzionali logiche. § 12.1. – Antinomie per contraddizione, antinomie per contrarietà. § 12.2. – Antinomie per sovrapposizione integrale espressa, per inclusione, per intersezione. § 12.3. – Antinomie semplici, antinomie complesse. § 13. – Antinomie costituzionali ontologiche. § 13.1. – Antinomie di competenza. § 13.2. – Antinomie strumentali assolute. § 13.3. – Antinomie strumentali relative. § 13.4. – Antinomie teleologiche. § 13.5. – Antinomie assiologiche. § 14. – Risoluzione di antinomie costituzionali, codice risolutorio, argomentazione risolutoria. § 14.1. – Un codice garantista per la risoluzione delle antinomie costituzionalmente rilevanti. § 14.2. – Un codice garantista per la risoluzione delle antinomie costituzionali in senso stretto. § 14.3. – Regola di specificazione, principio di ponderazione per prevalenza, principio di ponderazione per contemperamento.

## § 1. – *Brevi note di estetica dell’argomentazione costituzionale*

In occasione di una conferenza, mi fu chiesto quale sarebbe, a mio avviso, un’argomentazione costituzionale “stupenda”.

La domanda non era fuori luogo. Nel corso dei secoli i giuristi hanno coltivato la *elegantia iuris*, avendo cura di elaborare costruzioni dottrinali che fossero non soltanto utili nella pratica, ma altresì rive-

\* Università degli Studi di Genova.



stite di forme espressive ispirate all'ideale intuizionistico della bellezza intellettuale.

Dal mio punto di vista di metodologo analitico, il valore estetico di un'argomentazione costituzionale dipende dalla sua chiarezza espositiva, precisione concettuale, massima concisione, correttezza inferenziale, adeguatezza strumentale e razionalità sostanziale<sup>1</sup>. Questi pregi dovrebbero accompagnarsi a un atteggiamento di vigile disincanto, assicurato dall'adozione di due accorgimenti. Da un lato, un'affinata abilità a non lasciarsi ingannare dalle ideologie mascherate da teorie, identificandole con prontezza e prontamente collocandole nel ruolo che loro compete. Dall'altro, la consuetudine a guardare all'esperienza giuridica "dal di fuori", in modo da poter fruire di una prospettiva libera da pregiudizi e non offuscata da preoccupazioni pratiche.

In quanto *attività*, l'*argomentazione costituzionale* consiste nel reperire, costruire e formulare ragioni a favore o contro tesi attinenti alla soluzione di problemi di diritto costituzionale. In quanto *prodotto*, essa consiste in un discorso, solitamente in forma scritta, che contiene la formulazione co-testuale di una tesi e delle ragioni che, rispettivamente, la sorreggono o la avversano.

In questo scritto mi propongo di comporre un breviario minimo, elementare, di argomentazione costituzionale. Applicando i canoni dell'estetica analitica, il breviario assumerà la forma di un dizionario per voci disposte secondo un ordine (non lessicografico ma) concettuale. Tratterò in successione di quattro forme di argomentazione costituzionale – l'*argomentazione classificatoria*, l'*argomentazione interpretativa*, l'*argomentazione integrativa* e, infine, l'*argomentazione risolutoria* – accennando ai loro rispettivi strumenti. Nel fare ciò assumerò, contro ogni evidenza, che il lettore sia (poniamo) un medico di campagna privo della benché minima formazione giuridica.

## § 2. – *Disposizione costituzionale, norma costituzionale espressa, interpretazione classificatoria, argomentazione classificatoria*

L'*argomentazione costituzionale* ha solitamente a che fare con una costituzione scritta.

Una costituzione scritta è un insieme finito di enunciati, locuzioni e cifre redatti utilizzando i segni grafici di una lingua naturale.

<sup>1</sup> La razionalità sostanziale richiede che il contenuto di un'argomentazione sia accettabile dal punto di vista di agenti morali che rivendicano l'eguale dignità fondata sulla ragione. Sul punto, cfr., per esempio, P. CHIASSONI, *Promoting the Rule of Rationality over Positive Law and Legal Thinking*, in *Annals. Belgrade Law Review*, LXIX, 2021, 785-792.

riferimento non può essere se non il loro valore etico-normativo. Può inoltre essere determinato in astratto oppure in concreto. Se il valore delle due norme viene determinato in astratto, il principio di ponderazione per prevalenza coincide con la regola di priorità per superiorità sostanziale in astratto. Se, invece, viene determinato in concreto, in relazione a classi di casi (a comportamenti-tipo), come avviene ad esempio se si adotta la “formula del peso” proposta da Robert Alexy<sup>39</sup>, il principio di ponderazione per prevalenza coincide con la regola di priorità per superiorità sostanziale in concreto, o è comunque qualcosa di molto simile.

Il principio di ponderazione per contemperamento, infine, stabilisce che, data un’antinomia tra due norme costituzionali, si deve preferire la soluzione che soddisfi per quanto possibile le esigenze tutelate dalle due norme. Il contemperamento di esigenze conflittuali può essere inteso in due modi diversi: come contemperamento *sincronico*, ovvero sia all’interno di ogni singola decisione risolutoria; oppure come contemperamento *diacronico*, ovvero sia in relazione a una sequenza di decisioni risolutorie in un arco temporale, nella quale, in relazione a classi di casi (comportamenti-tipo) differenti, nessuna delle due esigenze è *sempre* prevalente, *né sempre* soccombente. Se si intende il contemperamento in modo diacronico, il principio di ponderazione per contemperamento risulta coincidere con la regola di priorità di superiorità sostanziale in concreto, o con qualcosa di molto simile. Se si intende il contemperamento in modo sincronico, il risultato di una ponderazione per contemperamento può coincidere con il risultato dell’applicazione della regola di superiorità sostanziale in concreto, laddove la disciplina di un comportamento-tipo giustificata dalla norma prevalente sia tale da tenere comunque conto dell’esigenza tutelata dalla norma soccombente.

### *Abstract*

The paper purports to provide readers with a primer to constitutional argumentation. Four varieties of constitutional argumentation are considered in turn, and their basic tools exposed. Classificatory argumentation argues for classificatory claims (like, e.g., that constitutional sentence  $S_i$  is a constitutional provision; that constitutional norm  $N_j$  is a supreme principle of the legal order; etc.). Its basic tool, so far as the identification of constitutional provisions is in order, is a classificatory code, a finite set of classificatory rules, including rules of classification and classificatory metarules. Since constitutional provi-

<sup>39</sup> Si veda, per esempio, R. ALEXY, *Law’s ideal dimension*, Oxford, Oxford University Press, 2021, Parte II.

sions are constitutional sentences apt to expressing constitutional norms, a typology of constitutional norms is also provided. Interpretive argumentation argues for interpretive claims (like, e.g., that constitutional provision  $D_i$  expresses the constitutional norm  $N_i$ ). Its basic tool is an interpretive code: a finite set of interpretive rules including translation rules and interpretive meta-rules. Integrative argumentation argues for integration claims (like, e.g., that a certain gap in the explicit constitution is to be filled by implicit constitutional norm  $N_y$ ). Its basic tools encompass a typology of constitutional gaps and the notion of an integration code: a finite set of integration rules including rules of addition and integrative metarules. Resolutive argumentation argues for resolution claims (like, e.g., that, concerning the normative collision or antinomy between constitutional norm  $N_f$  and constitutional norm  $N_g$ , constitutional norm  $N_f$  ought to be preferred to constitutional norm  $N_g$ ). Its basic tools encompass a typology of constitutional antinomies and the notion of a resolution code: a finite set of resolution rules including priority rules and resolution metarules. Two resolution codes for liberal, anti-populist, anti-laissez faire, anti-neocon jurists are finally outlined by way of a thought experiment.

# *Il passaggio dei magistrati alla politica dopo la legge n. 71 del 2022: andata senza ritorno*

di Giampietro Ferri\*



**Sommario:** § 1. – I magistrati e la politica prima della legge n. 71 del 2022: l'accesso alle cariche pubbliche elettive e non elettive. § 2. – (*segue*) il ritorno alle funzioni giurisdizionali dopo la cessazione dalla carica; il contestuale esercizio delle funzioni giurisdizionali e politico-istituzionali in ambito locale. § 3. – La legge n. 71 del 2022: le nuove norme sull'eleggibilità e sull'assunzione di incarichi di governo non elettivi da parte dei magistrati. § 4. – (*segue*) il ricollocamento dei magistrati candidati e non eletti e dei magistrati eletti dopo la cessazione del mandato; il ricollocamento dei magistrati a seguito dell'assunzione di incarichi di governo non elettivi. § 5. – Conclusioni.

## *§ 1. – I magistrati e la politica prima della legge n. 71 del 2022: l'accesso alle cariche pubbliche elettive e non elettive*

La legge n. 71 del 2022<sup>1</sup> ha introdotto, al capo III, nuove «disposizioni in materia di eleggibilità e ricollocamento dei magistrati in occasione di elezioni politiche e amministrative nonché di assunzione di incarichi di governo nazionale, regionale e locale».

In precedenza, la partecipazione dei magistrati alle elezioni politiche era disciplinata dall'art. 8, comma 1, del d.P.R. n. 361 del 1957<sup>2</sup> e dall'art. 5 del d. lgs. n. 533 del 1993<sup>3</sup>. Il primo, con riferimento all'ele-

\* Università degli Studi di Verona.

<sup>1</sup> Recante «Deleghe al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura». Su tale legge cfr. G. FERRI (a cura di), *La riforma dell'ordinamento giudiziario (legge 17 giugno 2022, n. 71)*, Torino, Giappichelli, 2023. V., inoltre, AA.VV., *La riforma dell'ordinamento giudiziario: analisi e commenti alla legge delega n. 71 del 2022*, in *Quest. giust.*, n. 2-3/2022 e G. DE MARZO, G. GRASSO, G. POSITANO (a cura di), *La riforma dell'ordinamento giudiziario: un percorso ancora incompleto (esame della l. 17 giugno 2022 n. 71)*, in *Foro it.*, n. 2/2023, V, 43 ss. (parte prima) e n. 4/2023, V, 147 ss. (parte seconda).

<sup>2</sup> «Testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati».

<sup>3</sup> «Testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione del Senato della Repubblica». Sulla disciplina del diritto di elettorato passivo dei magistrati contenuta negli articoli sopra

zione della Camera dei deputati, stabiliva che i magistrati «non sono eleggibili nelle circoscrizioni sottoposte, in tutto o in parte, alla giurisdizione degli uffici ai quali si sono trovati assegnati o presso i quali hanno esercitato le loro funzioni in un periodo compreso nei sei mesi antecedenti la data di accettazione della candidatura»<sup>4</sup>. Il secondo, disponendo che sono eleggibili al Senato gli elettori che «non si trovano in alcuna delle condizioni d'ineleggibilità previste dagli articoli 7, 8, 9 e 10 del testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione della Camera dei deputati», sanciva l'ineleggibilità all'ufficio di senatore dei magistrati ineleggibili all'ufficio di deputato.

L'ineleggibilità — espressamente esclusa per i magistrati «in servizio presso le giurisdizioni superiori»<sup>5</sup>, essendo la loro competenza estesa a tutto il territorio nazionale, e non potendo quindi essi incidere su una ristretta area geografica<sup>6</sup> — rispondeva sia all'esigenza di garantire la parità di condizioni fra i concorrenti e, di riflesso, la "genuinità" del risultato delle elezioni, sia all'esigenza di tutelare il buon andamento e l'imparzialità della funzione giurisdizionale, allontanando il rischio che i magistrati orientassero le proprie azioni secondo il criterio del consenso popolare<sup>7</sup>.

La funzione giurisdizionale era ulteriormente tutelata dalla previsione che, per essere eleggibili all'ufficio di deputato e di senatore, i magistrati dovessero trovarsi in ogni caso in aspettativa al momento

---

citati, cfr., in dottrina, G. FERRI, *L'elezione dei magistrati al Parlamento e l'imparzialità della funzione giurisdizionale*, in *Rass. parl.*, 2013, 319 ss. (da cui lo scritto è successivamente citato) e in IDEM, *La magistratura in Italia. Raccolta di scritti*, II ed., Torino, Giappichelli, 2021, 213 ss.

<sup>4</sup> La legge n. 13 del 1997, recante «Modifica dell'articolo 8» del d.P.R. n. 361 del 1957 «in materia di ineleggibilità dei magistrati in caso di scioglimento anticipato delle Camere e di elezioni suppletive», aveva previsto l'estensione dell'applicazione dell'art. 8, comma 1, a due ipotesi straordinarie: quella della cessazione anticipata della legislatura — si tenga però presente che dal 1972 al 1996 le Camere furono sempre sciolte prima della scadenza naturale, diventando abituale la prassi dei magistrati "candidati in casa", ossia nella circoscrizione in cui avevano esercitato le loro funzioni "fino al giorno prima" (cfr. D. STASIO, *Dodici magistrati «candidati in casa»*, in *Il Sole 24 Ore*, 20 marzo 1996) — e quella di elezioni suppletive (previste dalle leggi n. 276 e n. 277 del 1993 per i seggi vacanti assegnati nei collegi uninominali con il sistema maggioritario [plurality]). Cfr. G.E. VIGEVANI, *La legge 3 febbraio 1997, n. 13: si restringono gli spazi per i magistrati in politica*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 223 ss. e P. DAMIANI, *La nuova disciplina della ineleggibilità dei magistrati in caso di fine anticipata della legislatura (una occasione persa)*, in *Rass. parl.*, 1998, 882.

<sup>5</sup> Art. 8, comma 1, del d.P.R. n. 361 del 1957.

<sup>6</sup> La «tradizione costante del nostro diritto elettorale» ha «sempre eccettuato i magistrati superiori della Corte di cassazione, del Consiglio di Stato e della Corte dei conti» dalle «categorie degli ineleggibili. Tale eccettuazione ha un ovvio fondamento razionale, perché l'estensione dell'ambito di competenza a tutto lo Stato esclude la possibilità per organi giurisdizionali di esercitare un'influenza penetrante sui singoli nuclei del corpo elettorale, che è la ragione dell'ineleggibilità». Sono parole pronunciate da Costantino Mortati davanti all'Assemblea Costituente: cfr. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, a cura della Camera dei deputati-Segretariato Generale, IV, Roma, 1970-1971, 3226.

<sup>7</sup> Cfr. F. BERTOLINI, *Requisiti di eleggibilità e parametri di controllo della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, I, 581, nota 37.

rettivi – che è l'aspetto verso il quale maggiori erano probabilmente le attese per l'intervento del legislatore, trattandosi dell'attribuzione più delicata del C.S.M. – è apparsa come un «*intervento non privo di utilità, ma marginale rispetto alle storture e ai problemi emersi dopo la riforma ordinamentale del 2006*» (che ha favorito il carrierismo all'interno della magistratura)<sup>65</sup>.

Quale che sia la valutazione degli interventi fatti dal legislatore in materia di ordinamento giudiziario, va però tenuto presente che nel corso del tempo la funzione giurisdizionale ha progressivamente ampliato lo spazio del proprio intervento; e ciò rende difficile ipotizzare che siano sufficienti cambiamenti normativi in tale materia per realizzare una netta separazione tra politica e magistratura. La funzione giurisdizionale – si tratta di un dato acquisito in letteratura – opera come «funzione lato sensu politica», «limitata dal contesto democratico e dai poteri rappresentativi», ma che, specialmente a causa della crisi della legge, «concorre al pari di questi ultimi alla formazione dell'ordine politico-costituzionale complessivo»<sup>66</sup>. Di qui il cambiamento del ruolo del giudice che, sempre più coinvolto nel processo di formazione del diritto, svolge nella realtà odierna un ruolo «politico»<sup>67</sup>: un ruolo che può essere contenuto con interventi del legislatore sull'ordinamento giudiziario, ma non eliminato.

## Abstract

The present article focuses on magistrate elections and their government positions. After examining previous legislation, it analyzes in detail the new provisions from law n. 71 2022 (paragraph III), which further limit magistrates passing to politics. Specifically, this law prohibits magistrates from returning to their judicial functions after the termination of an elected mandate or a government post. The article concludes by observing that the intervention of the legislator is above all symbolic because it clearly distinguishes between the roles of the judiciary and political power.

<sup>65</sup> Cfr. F. PALLANTE, L. PEPINO, *Il conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi*, in G. FERRI (a cura di), *La riforma dell'ordinamento giudiziario (legge 17 giugno 2022, n. 71)*, cit., 16, cui si rinvia per una penetrante analisi della disciplina legislativa.

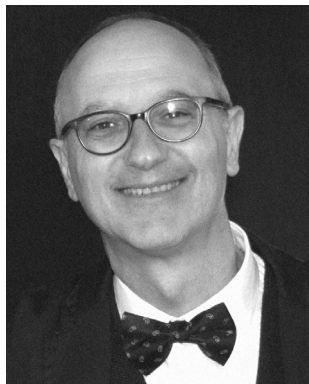
Sul carrierismo nella magistratura, cfr. L. FERRAJOLI, *Carrierismo dei magistrati e associazionismo giudiziario*, cit., 106 ss.

<sup>66</sup> M. DOGLIANI, *Garanzie d'indipendenza della Magistratura*, in IDEM, *Alla ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Bologna, il Mulino, 2015, 403 ss., spec. 427.

<sup>67</sup> Per approfondimenti, che non sono qui possibili per lo spazio ristretto di questo studio, può rinviarsi a G. FERRI, *Magistratura e potere politico*, cit. e IDEM, *La magistratura in Italia*, cit. e alla letteratura citata in queste opere.

# Interpretazione giuridica e certezza del diritto

di Fabrizio Politi\*



**Sommario:** § 1. – Introduzione. Quando la sentenza sembra affermare il contrario di quanto disposto dalla legge. § 2. – Interpretazione giuridica e orientamenti giurisprudenziali. Considerazioni preliminari. § 3. – Interpretazione e legislazione (o del rapporto fra giudice e legislatore). § 4. – L’interpretazione quale strumento di “perenne sviluppo” del diritto (il fine evolutivo dell’interpretazione giuridica). § 5. – Il vincolo del giudice alla legge ed il mito della certezza del diritto. § 6. – Il ruolo dell’ermeneutica giuridica.

## § 1. – *Introduzione. Quando la sentenza dice il contrario di quanto affermato dalla legge*

Nella recentissima sentenza n. 35385 del 18 dicembre 2023, le Sezioni Unite della Cassazione hanno enunciato il principio per cui ai fini dell’attribuzione (e della quantificazione) dell’assegno divorzile va computato anche il periodo della convivenza prematrimoniale, «laddove emerga una relazione di continuità tra la fase “di fatto” dell’unione e la fase “giuridica” del vincolo matrimoniale»<sup>1</sup>.

Facile evidenziare che tale pronuncia delle Sezioni Unite, nell’estendere gli effetti del matrimonio al periodo prematrimoniale, viene ad assegnare la copertura del “contratto matrimoniale” ad un periodo in cui la volontà dei due soggetti interessati era esattamente in senso

\* Università degli Studi dell’Aquila.

<sup>1</sup> Il principio affermato dalle Sezioni Unite è il seguente: «Ai fini dell’attribuzione e della quantificazione, ai sensi dell’art. 5, comma 6, l. n. 898/1970, dell’assegno divorzile, avente natura, oltre che assistenziale, anche perequativo-compensativa, nei casi peculiari in cui il matrimonio si ricolleggi a una convivenza prematrimoniale della coppia, avente i connotati di stabilità e continuità, in ragione di un progetto di vita comune, dal quale discendano anche reciproche contribuzioni economiche, laddove emerga una relazione di continuità tra la fase “di fatto” di quella medesima unione e la fase “giuridica” del vincolo matrimoniale, va computato anche il periodo della convivenza prematrimoniale, ai fini della necessaria verifica del contributo fornito dal richiedente l’assegno alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale di ciascuno dei coniugi, occorrendo vagliare l’esistenza, durante la convivenza prematrimoniale, di scelte condivise dalla coppia che abbiano conformato la vita all’interno del matrimonio e cui si possano ricollegare, con accertamento del relativo nesso causale, sacrifici o rinunce, in particolare, alla vita lavorativa/professionale del coniuge economicamente più debole, che sia risultato incapace di garantirsi un mantenimento adeguato, successivamente al divorzio».

contrario a quello che – qualche decennio dopo – le Sezioni Unite vengono a riconoscere. Ben chiare sono le ragioni che hanno condotto la Cassazione a tale esito (l'esigenza di tutelare il coniuge economicamente più debole che abbia operato rinunce professionali per la vita di coppia), ma appare utile citare tale pronuncia perché costituisce solo l'ennesimo esempio di quanto affermato da tempo da Alessandro Giuliani in merito all'esistenza, nella giurisprudenza italiana, di un solco (che ha inizio a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso) fra le dichiarazioni di principio (di adesione al dogma della volontà del legislatore, quale «fondamentale norma di riconoscimento»)<sup>2</sup> ed i concreti approdi rinvenibili nei vari orientamenti giurisprudenziali. Questo esito, cui hanno contribuito il pluralismo delle fonti del diritto e l'inflazione legislativa («destinata ad aumentare i poteri del giudice»)<sup>3</sup>, discende dalla prevalenza nella giurisprudenza italiana di «un occulto antiformalismo»<sup>4</sup>, “occulto” appunto perché “non esplicitato” nella giurisprudenza ove – anziché riscontrare una negazione del principio del rispetto della volontà del legislatore<sup>5</sup> – si rinvencono «espedienti formalistici e finzionistici, da cui non traspare la reale motivazione della decisione». Per Giuliani questa contraddizione che caratterizza la giurisprudenza italiana – che tende a non esplicitare le “reali motivazioni” della decisione occultandole con «espedienti formalistici e finzionistici» – ha dato vita alla prassi di decisioni che possono apparire «giuste» ma non «giustificate»<sup>6</sup>.

Si tornerà più avanti sulle peculiarità del pensiero di Alessandro Giuliani (che tanta influenza ha nella riflessione di chi scrive), ma si voleva intanto esporre la riportata considerazione per evidenziare come nel nostro Paese si riscontri la paradossale tendenza nei rapporti fra legislazione e giurisdizione, per cui ad una dichiarata “fedeltà” (del giudice) ai tradizionali criteri giuspositivistici (rispetto della lettera e della volontà del legislatore) ed al contemporaneo rigetto di dottrine che apertamente assegnano al giudice il compito di una valuta-

<sup>2</sup> A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale. Gli articoli da 1 a 15*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato, I - Premesse e disposizioni preliminari*, Torino, UTET, 1999, 420; sul pensiero di Giuliani v. anche IDEM, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1957; IDEM, *La “nuova retorica” e la logica del linguaggio normativo*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1970, 378 ss.; IDEM, *Logica giuridica (teoria dell'argomentazione)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, Giuffrè, 1975; IDEM, *Presentazione*, in C. PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica (1976)*, Milano, Giuffrè, 1979, I ss.; sul pensiero di Giuliani v. le riflessioni di A.A. CERVATI, *Alessandro Giuliani, il linguaggio giuridico, la storia e il diritto costituzionale (“l'eticità nella scienza giuridica”)*, in IDEM, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009, 109 ss.; F. CERRONE, *In margine ad un frammento di storia e teoria delle fonti: le norme sulle norme in tema di interpretazione*, in *Rivista AIC*, 2019.

<sup>3</sup> A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale. Gli articoli da 1 a 15*, cit., 421.

<sup>4</sup> *Ivi*, 426.

<sup>5</sup> F. CERRONE, *In margine ad un frammento di storia e teoria delle fonti: le norme sulle norme in tema di interpretazione*, cit., 29.

<sup>6</sup> A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, 422.



conflittuale o comunque capace di superare i momenti conflittuali<sup>148</sup>. Questa severa - ma reale - osservazione non deve però far venir meno l'impegno del giurista nella «edificazione del giuridico», chiamato a svolgersi all'interno proprio di quel «contesto comunicativo» della «sfera pubblica giuridica» che, proprio perché - inevitabilmente - attraversata da "fratture" (conseguenti al pluralismo della realtà sociale), tende sempre a presentarsi caratterizzata dalla compresenza sia di «orientamenti condivisi» che di una dimensione "conflittuale" (o quanto meno dialettica) che accompagna l'esistenza degli esseri umani.

### Abstract

The "concrete" dimension of legal interpretation prevents the interpretative problem from being reduced to a procedure for reconstructing the will of the legislator. Law is not a monopoly of the legislator. Interpretation brings law to life in historical reality. Law is just a text, an "inert material" that becomes "law" (i.e. "legal experience", "legally lived daily life") only thanks to interpretation. Interpretative moment is not "an extrinsic circumstance" opposed to the norm, but a circumstance "intrinsic to the norm and its condition of vitality". The richness of legal experience precludes the possibility that interpretation can be exhausted in a mere executive activity of the legislator's will. Law is an "open system" characterized by intersubjectivity. Hence, argumentative conception of legal logic requires the doctrine to study argumentative techniques.

*costituzionale*, cit., 109, «Lo Stato costituzionale dà spazio, per definizione, a interessi contrapposti, talora alternativi. Costruisce ipotesi di convivenza fondate sui contenuti, sulle capacità di mediazione, di reciproco ascolto, o anche di competizione, con equilibri strutturalmente instabili, ma perciò stesso più vicini alla realtà degli interessi implicati, necessariamente e vitalmente mutevoli». Commentando queste parole A.A. CERVATI, *Diritto costituzionale e impegno etico dei giuristi*, cit., 53, afferma che «Il giurista contemporaneo opera in una società aperta e, nello stesso tempo, lacerata da conflitti sociali: egli esercita la sua capacità di influenzare gli orientamenti dell'opinione pubblica sulla base della propria cultura e della propria visione del mondo ed è consapevole di svolgere un compito sociale tutt'altro che trascurabile».

<sup>148</sup> F. CERRONE, *op. ult. cit.*, 38, critico verso la visione haerberliana della società aperta degli interpreti, afferma che «Si tratta invece di investire, specie a partire dall'importanza dell'educazione dei giovani giuristi e, più in generale, dei processi della formazione (intesa come *paideia*) culturale, su una visione dell'esperienza giuridica [...] immersa in un contesto comunicativo e sociale capace di generare discussione, adeguati e coerenti itinerari argomentativi, orientato verso una ricerca comune di interpretazioni - non di interpretazioni comuni»; A.A. CERVATI, *Diritto costituzionale e impegno etico dei giuristi*, cit., 57, insiste sulla necessità di una formazione "aperta" e multidisciplinare del giurista (con specifica attenzione alle dinamiche storiche, al linguaggio, alla letteratura e alla comparazione) giacché «Nelle società contemporanee, le potenzialità persuasive del linguaggio giuridico risultano rafforzate dai mezzi di comunicazione: occorre rafforzare l'impegno critico e lo studio del linguaggio, al di là dell'analisi dei dogmi e delle formule solenni accolte dalla giurisprudenza e dalla dottrina dominante. Lo studio del linguaggio giuridico risponde a prospettive valutative di grande rilievo etico e sociale e a modi diversi di sentire i valori in gioco: il linguaggio giuridico, che non è mai casuale e fuori dalla storia, chiarisce il senso dell'uso di clausole argomentative, di immagini, figure retoriche, che trovano una consonanza nei sentimenti, aspirazioni, concezioni etiche del tempo».

# *La struttura dei diritti fondamentali (con specifico riguardo ai rapporti tra ordinamenti e tra Carte costituzionali)*

di Antonio Ruggeri\*



**Sommario:** § 1. – L’apertura della Costituzione alle altre Carte dei diritti, il suo fondamento, le aporie di costruzione registratesi in seno alla giurisprudenza costituzionale (e, segnatamente, lo scollamento esistente tra gli esiti raggiunti, rispettivamente, *al piano della teoria della interpretazione e al piano della teoria delle fonti*). § 2. – L’interpretazione conforme a Costituzione, diritto internazionale e diritto sovranazionale: *una e trina*. § 3. – La micidiale questione relativa al modo con cui conciliare l’identità dei diritti fondamentali riconosciuti da un ordinamento dato

con il carattere internamente composito della loro struttura e il bisogno di ricorrere alle forme costituzionali al fine di far luogo, in prima battuta, al riconoscimento dei “nuovi” diritti, in vista della loro ottimale implementazione nell’esperienza. § 4. – La peculiare connotazione della identità dei diritti riconosciuti dai singoli ordinamenti conseguente altresì ai meccanismi istituzionali di cui gli stessi sono dotati ed agli indirizzi politici che in essi si affermano, l’incidenza al riguardo esercitata dalla conformazione delle relazioni interordinamentali (con specifico riguardo a quelle tra Unione europea e Stati) e l’attitudine dei diritti a farsi valere nell’esperienza, tanto maggiore quanto più composita (“intercostituzionale”, appunto) appaia essere la loro struttura. § 5. – Una succinta notazione finale a riguardo del *mix* di materiali di cui si compone la struttura dei diritti e dell’incidenza da esso esercitata sulla “fondamentalità” dei diritti stessi e, per ciò pure, sull’attitudine a farsi effettivamente valere, tanto maggiore quanto più internamente composita appare essere la struttura stessa.

---

\* Università degli Studi di Messina.

§ 1. – *L’apertura della Costituzione alle altre Carte dei diritti, il suo fondamento, le aporie di costruzione registratesi in seno alla giurisprudenza costituzionale (e, segnatamente, lo scollamento esistente tra gli esiti raggiunti, rispettivamente, al piano della teoria della interpretazione e al piano della teoria delle fonti)*

L’analisi della struttura dei diritti fondamentali presenta particolare rilievo sotto più aspetti: è ad essa, infatti, che – come si tenterà di mostrare – si lega il complessivo modo di essere e di operare dei diritti stessi e, perciò, la connotazione dello Stato costituzionale nella sua essenza.

Va subito detto che essa si presenta internamente composita, per il fatto stesso che composita è la struttura della Costituzione<sup>1</sup>. Quest’assunto si rende immediatamente visibile e si apprezza sol che si tenga a mente la nota indicazione di cui a Corte cost. n. 388 del 1999, quindi più volte ripresa<sup>2</sup>, che sollecita a cogliere il senso genuino degli enunciati della Costituzione, al pari di quelli di altre Carte dei diritti, a mezzo della loro mutua integrazione nei fatti interpretativi. Se ne ha che – come si è tentato di mostrare altrove<sup>3</sup> – ogni Costituzione, tale intendendo *quoad substantiam* le stesse Carte in parola per il fatto appunto di dar voce ai diritti<sup>4</sup>, appare essere *quodammodo* “intercostituzionale”, assorbendo e metabolizzando dentro di sé suggestioni ed indicazioni venute da altri documenti della sua stessa natura e funzione<sup>5</sup>. Una proposta ricostruttiva, questa, fatta oggetto ancora di recente di critiche e riserve da parte di una sensibile dottrina<sup>6</sup> che, nondimeno, nulla tolgono al fatto in sé della circolazione sempre più fitta e gravida d’implicazioni di materiali (che – si faccia caso – sono culturali ancora prima

<sup>1</sup> Ho già anticipato alcune notazioni al riguardo, ora fatte oggetto di ulteriori precisazioni e svolgimenti, nei miei *Comparazione giuridica, dialogo tra le Corti, identità “intercostituzionale”*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, n. 2/2022, 1 ss., e *Teoria della Costituzione, identità costituzionale e tutela dei diritti fondamentali*, in *dirittifondamentali.it*, n. 3/2022, 1 ss., spec. 16 ss.

<sup>2</sup> V., ad esempio, Corte cost. n. 84 del 2021 e nn. 54, 145 e 198 del 2022.

<sup>3</sup> Così già nel mio *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, n. 2/2001, 544 ss., e, quindi, in altri scritti.

<sup>4</sup> Di documenti *tipicamente* costituzionali preferisce dire la Consulta (spec. nella sent. n. 269 del 2017) ma – com’è chiaro – il concetto è sostanzialmente equivalente a quello di *materialmente* costituzionali.

<sup>5</sup> ... non pure, però, a dire della giurisprudenza costituzionale, della sua stessa forza; ciò che, però, come si è in altre sedi fatto notare e qui pure si dirà per taluni aspetti a momenti, ai miei occhi appare una inspiegabile aporia metodico-teorica, incompatibile appunto con il previo riconoscimento fatto a beneficio delle Carte suddette della natura costituzionale, di cui sono – strutturalmente, appunto – dotate.

<sup>6</sup> V., part., F. MEDICO, *Il doppio custode. Un modello per la giustizia costituzionale europea*, Bologna, Bologna University Press, 2023, e A. MORRONE, *Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale?*, relazione al convegno AIC su *Le dinamiche della forma di governo nell’Italia repubblicana*, Brescia, 27-28 ottobre 2023, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, spec. § 15.

L'identità di ciascun ordinamento e dei diritti in esso affermati non va ricercata e fatta valere contrapponendo ad ogni piè sospinto discipline nondimeno diverse riguardanti i diritti stessi. Piuttosto, essa richiede che *ab extra* si attinga quanto di meglio si dà in vista dell'ottimale appagamento dei diritti stessi facendone, quindi, originale rielaborazione ed adattamento al contesto in cui se ne fa utilizzo.

Come si vede, lo schema non è molto diverso da quello delle tradizioni costituzionali comuni, per come sono "lavorate" e convertite in diritto eurounitario da parte della Corte dell'Unione, senza tuttavia trascurare la circostanza per cui i modi con cui si connota la struttura dei diritti, assumendo il carattere composito sopra rappresentato, possono essere anche significativamente diversi a seconda dei rapporti interordinamentali ed ai beni della vita di volta in volta evocati in campo.

Ad ogni buon conto, quanto più marcato e diffuso appaia essere l'attributo della "intercostituzionalità" nella struttura dei diritti, tanto più larga e convinta risulta essere la condivisione dei valori propri delle liberal-democrazie, per il modo con cui sono sollecitati a combinarsi tra di loro in ragione delle complessive esigenze dei casi.

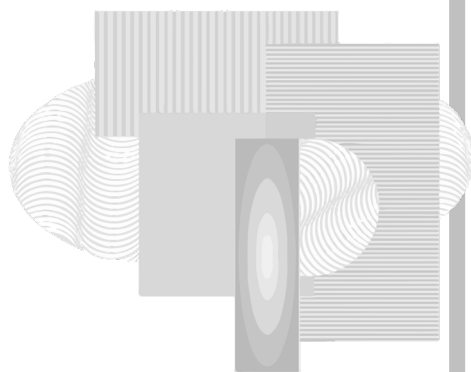
Chiudo con una notazione che mi è già capitato altre volte di fare ragionando attorno alle più varie questioni di diritto costituzionale e di diritti costituzionali, adattandola al tema qui specificamente trattato; ed è che prestare attenzione alla struttura dei diritti è un po' come guardare dal buco della serratura, come sovente facevamo da bambini. La qual cosa ci dà modo di conoscere un mondo dapprima inesplorato, dal momento che ci viene così illuminata l'intera struttura sociale ed ordinamentale e, per ciò pure, la struttura della Costituzione, della cui disciplina - è bene tenere a mente - i diritti si pongono quale la parte maggiormente qualificante ed espressiva.

### *Abstract*

The paper highlights the composite nature of the structure of fundamental rights, which is the result of the mutual and equal influence of the Charters of Rights (including the Constitution), particularly due to the "dialogue" between the Courts that guarantee them. It is important to note the impact that such a character has on the "fundamental nature" of rights and, as a result, their ability to be effectively asserted in practice. This is especially true when the structure of rights is complex.

# Materiali

---



*Il "nazionalismo integrale" di Charles Maurras*  
di Agostino Carrino

---

*Il liberalismo e le libertà. Democrazia e popolo*  
di Charles Maurras

---

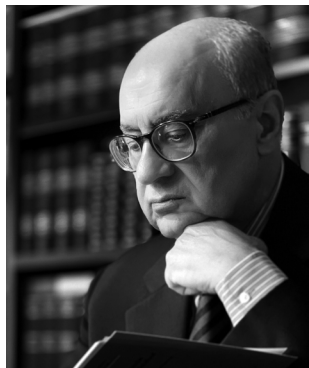
*Il mondo di ieri: Pietro Bonfante, autonomia della  
scienza giuridica e neoidealismo*  
di Federico Casu

---

*Colloquio sulla Giustizia costituzionale.*  
*Intervista al Prof. Christoph Grabenwarter (Vienna, dicembre 2023)*  
di Federico Pedrini

# *Il “nazionalismo integrale” di Charles Maurras*

di Agostino Carrino\*



**Sommario:** § 1. – Individualità e nazione. § 2. – Maurras, il fascismo e il principio dell’ordine. § 3. – La “teoria politica” di Maurras. § 4. – La nazione. § 5. – Contro l’individualismo. § 6. – «La democrazia è la morte». § 7. – Sulla ‘costituzione’. § 8. – Conclusioni.

*La politica non è la morale. La scienza e l’arte della condotta dello Stato non sono la scienza e l’arte della condotta dell’uomo*

(C. MAURRAS, *Romantisme et Révolution*, 1925)

*Charles Maurras est une des plus grandes forces intellectuelles d’aujourd’hui*

(A. MALRAUX, 1923)

## § 1. – *Individualità e nazione*

La contraddizione fondamentale del nazionalismo, di ogni nazionalismo moderno, risiede tutta nel suo voler essere espressione di una collettività, di un “noi”, e nel radicarsi in verità sempre in un culto sfrenato dell’io individuale. Il nazionalismo è la sublimazione dell’anarchismo individualistico, del culto appassionato dell’io, di un ego che cerca di superare la propria impotenza allargando se stesso in un ‘noi’ che non sostituisce mai l’io, ma ne occulta, con mossa ideologicamente pregnante, le passioni recondite di potenza, anzi, non di rado, di onnipotenza.

Dal punto di vista storico-sociale, il nazionalismo è espressione della borghesia che ha conquistato il potere, ma ha poi perso la forza e la spinta originaria dell’ideale di libertà, trasformatosi in brama di

---

\* Giurista e filosofo.

profitto. Che il culto della nazione nasca a sinistra, nella coscrizione universale della Rivoluzione francese, e si trasferisca poi a destra, specificamente nella Francia tra Otto e Novecento, non è quindi un caso, ma una trasformazione necessaria, dettata proprio dalla nuova collocazione della borghesia nel panorama dei rapporti e dei conflitti di classe (non è un caso che l'antisemitismo, il «socialismo degli imbecilli» (A. Bebel), sia anch'esso nato a sinistra).

Com'è stato osservato a proposito di Maurice Barrès, un punto di riferimento importante per gli intellettuali che negli anni Novanta dell'Ottocento si raduneranno intorno a Charles Maurras nelle riunioni presso il Café de Flore a Saint-Germain des Près, dietro il suo «fiero nazionalismo, dietro l'enfasi sulla tradizione e sulla razza è onnipresente la tentazione del solipsismo nichilistico». Il nazionalismo di Barrès «è un disperato tentativo di trincerarsi in un assoluto. Ma la nazione non è un assoluto; è essa stessa un prodotto storico e non può esser rivestita dell'imperituro splendore dei valori assoluti»<sup>1</sup>.

L'assoluto che si cerca nella crisi dei valori del mondo borghese alla fine dell'Ottocento avrà sbocchi diversi: chi lo troverà in una religione, sia la Chiesa cattolica o le sette che fioriranno a decine in questi anni di passione per l'occulto, chi in una ricerca scientifica tesa alla verità filosofica o naturalistica (Freud, Einstein, Kelsen e via dicendo), chi nell'arte, chi nella musica. Molti lo troveranno anche nella politica, in una politica accentrata su una forma giuridica nuova, lo Statonazione, prodotto proprio della Rivoluzione francese. Un paradosso simile a quello dell'universalismo rivoluzionario, che voleva l'universale, ma poteva realizzarlo solo entro confini determinati; così il paradosso del nuovo nazionalismo è quello di fingere un assoluto che è per sua natura un relativo. Le conseguenze saranno spesso tragiche, anche a livello personale. Scriverà proprio Barrès alla fine dei suoi giorni: «La vita non ha alcun senso. Penso addirittura che diventi ogni giorno più assurda. Cedere a tutte le illusioni e sapere che il nostro desiderio [...] non sarà mai placato. Volere soltanto possessi eterni e vedere noi stessi come una serie di condizioni successive. Da qualsiasi punto si guardino l'universo e la nostra esistenza, essi rimangono insensati tumulti [...] comunque, ad essi dobbiamo adattarci»<sup>2</sup>.

La disillusione di Barrès è tipica di ogni intellettuale che ha accentrato su se stesso le ambizioni dell'epoca; destino in questo caso differente da quello di un Hofmannsthal, espressione di una cultura, quella viennese, ugualmente conservatrice, ma insensibile alle sirene

<sup>1</sup> G. MASUR, *Profeti di ieri*, trad. it. di A. Guadagnin, Milano, Edizioni di Comunità, 1963, 159.

<sup>2</sup> Cfr. F. DUHOURCAU, *La voix intérieure de Maurice Barrès après ses cahiers*, Paris, Grasset, 1929, 202-203.

rispetto al quale egli chiudeva gli occhi altro non era che la storia del mondo, quella che Hegel – uno dei tedeschi da lui tanto detestati – definiva il tribunale del mondo.

### *Abstract*

The essay critically reconstructs the idea of the order of Charles Maurras, forgotten protagonist of culture and politics in France from 1900 to 1939. 'Integral nationalis' appears here as a specific translation of Maurrassian realism, radically opposed to democracy and liberalism.

---

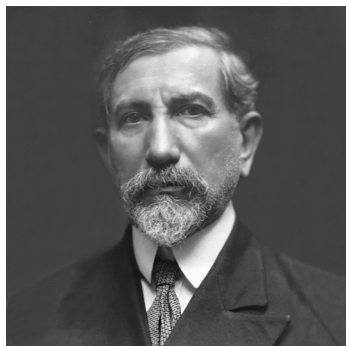
non sperare affatto nella vittoria, la quale potrebbe al massimo limitarsi all'ambito morale (qualcosa di simile alle 'rovine' di cui nello stesso anno parla in Italia JULIUS EVOLA, *Gli uomini e le rovine*, Roma, Edizioni dell'Ascia, 1953): «Même si cet optimisme était en défaut, et si, comme je ne crois pas tout-à fait absurde de le redouter, la démocratie étant devenue irrésistible, c'est le mal, c'est la mort qui devaient l'emporter, et qu'elle ait eu pour fonction historique de fermer l'histoire et de finir le monde, même en ce cas apocalyptique, il faut que cette arche franco-catholique soit construite et mise à l'eau face au triomphe du pire et des pires. Elle attestera dans la corruption éternelle et universelle, une primauté invincible de l'Ordre et du Bien. Ce qu'il y a de bon et de beau dans l'homme ne se sera pas laissé faire. Cette âme du bien l'aura emporté, tout de même, à sa manière, et persistant dans la perte générale, elle aurait fait son salut moral et peut-être l'autre. Je dis peut-être, parce que je ne fais pas de métaphysique et m'arrête au bord du mythe tentateur, mais non sans foi dans la vraie colombe, comme au vrai brin d'olivier, en avant de tous les déluges...»: *Lettre à Pierre Boutang*, in C. MAURRAS, *Lettres de prison*, Paris, Flammarion, 1958, 223-225.



# *Il liberalismo e le libertà*

*Democrazia e popolo*

di Charles Maurras



Publicato come estratto dal “Service des publications de l’*Action française*” nel 1919, queste pagine del principale teorico del nazionalismo integrale risalgono al 1905 e sono poco note e poco citate anche tra gli specialisti di Charles Maurras. Esse danno però meglio di scritti più tardi il succo, aspro e caustico, del pensiero di questo discusso scrittore e politico della Francia della III Repubblica, nemico accanito della democrazia e della Germania, morto in carcere accusato, paradossalmente, di collaborazionismo col nemico. Maurras fu

però innanzitutto un letterato prestato alla politica e al servizio della Francia, di “una certa idea della Francia”, come avrebbe detto chi lo avrebbe fatto rinchiodare nel carcere a vita, il generale de Gaulle, anch’egli però, negli anni precedenti la guerra, sensibile al fascino delle sirene dell’Accademico di Francia. Altri tempi (Agostino Carrino).

---

[*Parecchi lettori mi hanno chiesto di raccogliere e di pubblicare autonomamente alcune pagine pubblicate nella Gazette de France del 3 settembre 1905. Eccole, più o meno identiche, tranne correzioni o chiarimenti puramente formali e due o tre citazioni di testi che fanno immagine*].

Un collaboratore del *Peuple français*, il quotidiano dell’abbé Garnier, ha riprodotto con un titolo leggermente ironico, «È chiaro», le righe seguenti tratte da un mio articolo:

«[...] Aggiungerei, per essere assolutamente chiaro, che è per dedizione alle libertà reali che noi escludiamo in maniera assoluta ogni liberalismo: così come è per rispetto e per amore del popolo che escludiamo ogni democrazia».

A ciò il mio anonimo collega aggiunge, con parole assai cortesi, che quello che io trovo assolutamente chiaro sembra a lui «sfortunatamente» assai oscuro. Questo inconveniente è possibile e me ne dispiace. Tuttavia, io non immagino che si possa formulare in termini più netti l’opposizione tra la dottrina liberale, o liberalismo, e le libertà reali, concrete, pratiche; né che si possa dichiarare in maniera meno oscura l’incompatibilità tra il bene reale del popolo e la democrazia concepita come dottrina o come istituzione...

Questa antinomia, è vero, questa opposizione, ne convengo, mi sono accontentato di affermarli: non ne ho dato la dimostrazione. Ma questa è stata data mille volte da altri, da me stesso, e non si può sempre ricominciare. Se tuttavia questa ripetizione può convenire al redattore del *Peuple français*, sono ai suoi ordini.

### I. - *Il liberalismo*

Il liberalismo è la dottrina politica che fa della Libertà il principio fondamentale in rapporto al quale tutto si deve organizzare di fatto, in rapporto al quale tutto deve essere giudicato di diritto. Io dico che il liberalismo sopprime dunque di fatto tutte le libertà. Il liberalismo è uguale a dispotismo. Lo dimostro.

#### *Nella religione*

Nell'ordine religioso, la libertà-principio può ammettere tutto tranne l'alienazione della libertà, di se stessa. Un uomo che aliena la propria libertà personale non è più un uomo, dice la filosofia liberale. Egli ha perduto il suo rango, la sua dignità. Ma, si obietterà, ha fatto atto di libertà immolando la propria libertà? Egli non aveva il diritto di immolarla. La libertà è intangibile. «Niente libertà contro la libertà». Di conseguenza, niente voti monastici, niente Congregazioni. È il sofisma protestante dei Renouvier e dei Buisson. Ma facciamo attenzione: questo ragionamento è sofisticato perché il suo punto di partenza è falso: non è affatto vero che *la* libertà è un principio fondamentale. Se però la premessa fosse vera, anche la conclusione lo sarebbe. È con molta logica e con molto rigore che Buisson ha dedotto la legge del 1901\* dal principio liberale. Nel principio liberale la libertà degli ordini religiosi sarebbe cosa immorale. Nel principio liberale questa libertà deve essere soffocata. Ed ecco dunque una prima libertà la cui conquista esige preliminarmente il rovesciamento del principio liberale. Se noi ci affidiamo alla libertà delle congregazioni religiose, libertà definita, *libertà reale* e pratica, dobbiamo portare guerra al liberalismo.

#### *Nell'economia politica*

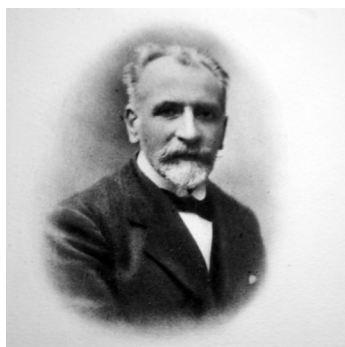
Nell'ordine economico la libertà-principio vuole che la concorrenza delle libertà individuali, dalla quale il bene deve inevitabilmente derivare, sia opera sacra. Basta lasciar fare e lasciar passare. Ogni inter-

---

\* Maurras si riferisce alla legge del luglio 1901 sulla separazione tra lo Stato e le congregazioni religiose, che implicò tra l'altro la liquidazione dei beni religiosi, la loro confisca e l'allontanamento dall'insegnamento degli ecclesiastici [N.d.T.].

# *Il mondo di ieri: Pietro Bonfante, autonomia della scienza giuridica e neoidealismo*

di Federico Casu\*



**Sommario:** § 1. – Il contesto storico. § 2. – Giovanni Gentile e il fronte attualista. § 2.1. – (*segue*) Il primo tempo del confronto: Gentile contro Bonfante. § 3. – Il secondo tempo del confronto: Croce contro Bonfante. § 4. – Vincitori e vinti.

## § 1. – *Il contesto storico*

Quando, il 20 gennaio del 1917, Pietro Bonfante legge la sua prolessione al corso di diritto romano all'Università di Roma non può certo immaginare che, di lì a poco, le sue parole diventeranno bersaglio di critica da parte di Giovanni Gentile, né, tantomeno, di Benedetto Croce; nome, quest'ultimo, che in quegli anni contava non poco negli ambienti intellettuali di quell'Italia liberale figlia del Risorgimento.

Un'Italia che, però, alle soglie del 1917 non esisteva più. Davvero lontani sembravano gli anni in cui l'epopea dell'unificazione era stata celebrata con il coinvolgimento delle popolazioni della Penisola. Cavour, Mazzini, Garibaldi, Vittorio Emanuele II da *personaggi storici* si erano rapidamente trasformati in *leggenda* e da *leggenda* in un *mito* consegnato ai posteri mediante l'intitolazione di piazze o strade o scolpito sulla pietra dei monumenti. Gli entusiasmi avevano lasciato il posto alle delusioni, alla constatazione che gli squilibri territoriali non erano stati superati, agli scandali politici e finanziari, alle disfatte militari, all'incapacità del sistema di rigenerarsi in sintonia con i mutamenti sociali.

Quando, dunque, a Roma, in quel lontano 1917, Bonfante prende la parola, il regime liberale era già entrato in una fase crepuscolare, che la fine della guerra avrebbe poi reso ancora più problematica, determinando i presupposti per l'avvento del fascismo. E insieme alla società

---

\* Ministero dell'Interno.

e alla politica erano mutati anche gli equilibri fra le correnti culturali dell'epoca.

Gli inizi del Novecento segnano, infatti, una ripresa dell'idealismo dopo che, per quasi mezzo secolo, gli ideali illuministici e positivistici del giovane Stato italiano avevano influenzato le élites politiche ed economiche e, insieme ad esse, il mondo accademico, favorendo la nascita di una cultura dominante che ora segnava il passo. Tornavano di moda Hegel e Fichte e, con essi, l'idea che il mondo fosse da interpretare in funzione dell'uomo e non viceversa; che tutto lo scibile derivasse dalla filosofia intesa naturalmente come filosofia idealistica; che il pluralismo scientifico non potesse prescindere dalla consapevolezza che tutto, in definitiva, originasse da un *Io*, da un' *Idea*, da un *Dio*, da una *Persona* viva e vitale oltre la materia; che il mondo oggettivo fosse solamente uno specchio attraverso cui l'uomo acquistasse consapevolezza della propria assoluta indipendenza da tutto ciò che potesse appartenere all'esteriorità dell'esistenza; che tutto fosse volontà; che l'uomo dovesse tornare al centro della scena all'insegna di un nuovo umanesimo.

Sul nuovo ruolo dell'idealismo nella cultura italiana, Croce sarà molto chiaro quando, nel 1903, darà alle stampe, con la collaborazione di Gentile, il primo numero della *Critica*; una rivista che, rispetto ad analoghi esperimenti di quel periodo<sup>1</sup>, dimostrerà una non comune longevità<sup>2</sup>:

«[...] Il compilatore di essa [rivista] crede, dunque, fermamente che uno dei maggiori progressi compiuti in Italia negli ultimi decenni sia stato l'essersi disciplinato, mediante le università e le altre istituzioni di scuola e di controllo e d'informazione, il metodo della ricerca e della documentazione; ed è perciò un convinto fautore di quello che si chiama *metodo storico* o *metodo filologico*. Ma egli crede, con altrettanta fermezza, che tale metodo non basti a tutte le esigenze del pensiero, ed occorra perciò promuovere un generale risveglio dello spirito filosofico; e che, sotto questo rispetto, la critica, la storiografia, e la stessa filosofia, potranno trarre profitto da un ponderato ritorno a tradizioni di pensiero, che furono disgraziatamente interrotte dopo il compimento della rivoluzione italiana, e nelle quali rifulgeva l'idea della sintesi spirituale, l'idea dell'*humanitas*. E, poiché filosofia non può essere se non idealismo, egli è seguace dell'*idealismo*: dispostissimo a riconoscere che l'idealismo

<sup>1</sup> Le così dette riviste d'avanguardia d'inizio secolo, per lo meno le più influenti, furono: il *Leonardo*, rivista letteraria fondata, nel 1903, da Giovanni Papini e Giuseppe Prezzolini e stampata fino al 1907; *La Voce*, rivista di cultura e politica fondata, nel 1908, parimenti da Giuseppe Prezzolini e Giovanni Papini e pubblicata fino al 1916; *Hermes*, rivista letteraria fondata, nel 1904, da Enrico Corradini e Giuseppe Antonio Borgese; la rivista *Lacerba*, periodico di letteratura, fondata, nel 1913, da Giovanni Papini e Ardengo Soffici e pubblicata fino al 1915.

<sup>2</sup> *La Critica* verrà pubblicata dal 1903 al 1944 e, poi, con la ridenominazione *Quaderni della Critica*, dal 1945 al 1951.

Come la prima apparizione mariana, il 13 maggio, a tre bambini di una sconosciuta località del Portogallo; fatto che, a prescindere da ogni considerazione sulla rilevanza o meno dello stesso come fenomeno di fede, avrebbe davvero segnato le vicende della Chiesa cattolica per tutto il XX secolo e oltre. O come la composizione di una brevissima poesia di appena quattro parole, intitolata *Mattina*, scritta a Santa Maria la Longa, sul Carso, il 26 gennaio, appena sei giorni dopo la prolusione tenuta da Bonfante, che avrebbe reso il giovane soldato Giuseppe Ungaretti una delle figure centrali della cultura italiana; una poesia che sarebbe essa stessa entrata a far parte della storia della letteratura del nostro Paese.

Grande Storia e piccole storie, dunque, in un curioso gioco delle parti in cui l'uomo da sempre si racconta continuamente a sé stesso e agli altri come – per citare le parole di Salvatore Satta e riprendere il tema del rapporto tra diritto e letteratura – in «*un giudizio finale*»<sup>87</sup>.

### *Abstract*

The article intends to propose a synthetic reconstruction of the controversy that, between 1917 and 1922, involved Pietro Bonfante and the greatest exponents of Italian neo-idealism, namely Benedetto Croce and Giovanni Gentile. The controversy concerned the so-called “*naturalistic method in the study of the history of law*” illustrated by the distinguished professor of Roman law on the occasion of his inaugural lecture at the University of Rome in 1917 and the issue of the autonomy of legal science compared to philosophy.

The article briefly focuses on the cultural phenomenon of Italian neo-idealism of the first half of the 20<sup>th</sup> century also to verify whether the issues emerged during the controversy are still current or not.

<sup>87</sup> S. SATTÀ, *Il giorno del giudizio*, Milano, Adelphi, ed. 1979, rist. 1990, 292.

# Colloquio sulla Giustizia costituzionale

Intervista al Prof. Christoph Grabenwarter (Vienna, dicembre 2023)

di Federico Pedrini\*



Laureatosi ventiduenne in Giurisprudenza nel 1988 e un anno più tardi in Scienza commerciale presso l'Università di Vienna, diviene subito assistente universitario di Günther Winkler, ruolo che ricopre fino all'abilitazione in diritto costituzionale, amministrativo e pubblico comparato nel 1997. Ha insegnato nelle università di Bonn, Graz e dal 2008 è professore di diritto pubblico, diritto dell'economia e diritto internazionale alla Wirtschaftsuniversität Wien. È autore e curatore di numerose importanti pubblicazioni, che spaziano dalla storia alla giustizia costituzionale, dal diritto amministrativo a quello economico, dal diritto internazionale a quello comparato ed europeo.

Già Presidente della Associazione nazionale dei giuristi austriaci (Österreichischer Juristentag), Vicepresidente della Commissione di Venezia e Giudice ad hoc della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, dal 2005 è Giudice del Tribunale costituzionale austriaco, di cui è poi divenuto Vicepresidente nel 2018 e Presidente nel 2020 (La Direzione).

*Introduzione. La giustizia costituzionale tra diritto, scienza e coscienza*

*Der Schwache zweifelt vor der Entscheidung;  
der Starke danach  
(KARL KRAUS)*

«Il debole dubita prima della decisione; il forte dopo», recita un caustico aforisma di Karl Kraus che i non pochi critici del novello “protagonismo giudiziale” potrebbero forse eleggere a loro epigramma.

I ricorrenti atti d'accusa contro gli eccessi dell'odierna e spesso debordante *Juristocracy*, beninteso, non si rivolgono soltanto ai Tribunali costituzionali, investendo piuttosto l'intera galassia in cui si manifesta la progressiva e apparentemente inarrestabile espansione del potere giudiziario in quello che un tempo si sarebbe considerato l'intangibile *Lebensraum* della politica. Non v'è dubbio, del resto, che que-

\* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

sto genere di polemiche raggiunga il proprio apice segnatamente con la giustizia costituzionale, che di tale firmamento è con ogni probabilità l'astro al tempo stesso più fulgido e minaccioso. Quanto meno a livello nazionale, infatti, è difficile immaginare una giurisdizione al tempo stesso più frequentemente sollecitata a prendere posizione su temi eticamente sensibili, più esposta mediaticamente e più incisiva giuridicamente quanto agli effetti delle proprie decisioni sull'intero ordinamento.

Scommessa rischiosa far valere la supremazia della Costituzione, che sta e cade con la capacità di parlare non soltanto (formalmente) *in nome* ma davvero (nella sostanza) *per conto* di una "Legge fondamentale" superiore a tutte le altre leggi. Quando poi tale compito sia affidato non ad una suprema istanza di sintesi politica ma a un Tribunale che agisce con forme e modalità giurisdizionali, per certi versi l'azzardo diviene – se possibile – ancora più alto. Per lo meno nella moderna Europa continentale non solo l'autorevolezza ma la stessa autorità di un giudice tradizionalmente derivano proprio dalla soggezione di quest'ultimo al diritto oggettivo che è chiamato ad applicare. Si capisce, allora, che un controllo di costituzionalità concepito *à la Kelsen* non può colorarsi di opposte sfumature – d'ascendenza, per esempio, schmittiana o smendiana – senza contraccolpi profondi: a livello sistemico certe eterogenesi costano care.

Un discorso sono però i ragionamenti sui pericoli astratti di una deriva meramente decisoria della giustizia costituzionale, altro discorso la verifica sul campo di come si muovono realmente le singole Corti.

È segnatamente in questa seconda prospettiva che Christoph Grabenwarter, nel *Colloquio* che qui si propone, ci mostra una realtà decisamente più variegata e complessa. Proprio l'analisi del "caso austriaco", invero, evidenzia come persino il Tribunale più di tutti ispirato al modello kelseniano del "legislatore negativo" si sia rivelato nel corso del tempo sufficientemente elastico per inserirsi armonicamente nella «normalità europea di una giurisdizione costituzionale dotata di una "comprensione materiale" dei diritti fondamentali e della stessa Costituzione». Né la *forma mentis* tipicamente giuspositivistica e normativistica tuttora propria di gran parte dei suoi componenti, tale per cui «un costituzionalista austriaco è vicino alla dottrina pura del diritto anche se non ne condivide tutti i dettagli», ha impedito a quel collegio di esercitare il proprio ruolo «con una grande flessibilità nei singoli casi e comunque in modo finalizzato a creare legittimazione per la giurisdizione europea».

Sia per una valutazione di compatibilità dell'attuale volto della giustizia costituzionale rispetto al diritto positivo, sia anche solo in un'ottica pragmatica di analisi costi-benefici, diviene allora fonda-

Gli organi costituzionali, che sono direttamente legittimati dal punto di vista democratico, devono trovare il modo di integrare tali conflitti legati al sapere specialistico.

Anche le Corti costituzionali hanno un dovere in questo senso. Possono affrontare i conflitti sociali integrando le conoscenze specialistiche, come ha dimostrato il Tribunale costituzionale austriaco nel caso delle misure restrittive per i non vaccinati e nella decisione sull'obbligo vaccinale. Se questo riesce, le Corti costituzionali contribuiscono a loro volta alla stabilità sociale e alla protezione delle minoranze.

La sfida, in caso di questioni politicamente controverse, è che i Tribunali siano chiari e trasparenti nei loro procedimenti, nelle motivazioni delle loro decisioni e nella comunicazione dei risultati a cui pervengono. Questo processo di comunicazione è diventato molto più complesso negli ultimi anni. In particolar modo, le Corti costituzionali hanno il dovere di rivolgersi in modo chiaro ai giovani e di renderli consapevoli del valore delle istituzioni giudiziarie indipendenti per la democrazia liberale.

*(Traduzione dal tedesco di Federico Pedrini)*

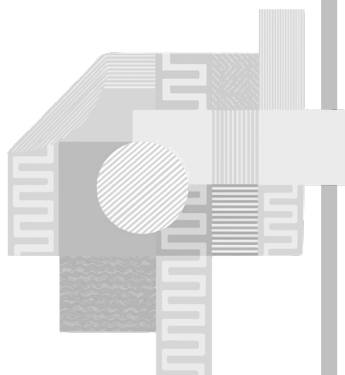
### *Abstract*

The interview with the President of the Constitutional Court of Austria critically examines the phenomenon of constitutional justice and highlights its characteristics, problems and prospects in the european context.



# Interventi, Note e Discussioni

---



*Diritto alla salute e allocazione delle risorse nella recente giurisprudenza costituzionale*  
di Luca Antonini

---

*La Costituzione di Weimar: alle origini dello Stato sociale costituzionale*  
di Paolo Caretti

---

*L'attuazione della cybersecurity nazionale: un difficile esercizio di una funzione pubblica*  
di Alfonso Contaldo

---

*Stato internazionale ed evolucionismo giuridico. Su una nuova filosofia della storia delle istituzioni?*  
di Leonardo Di Carlo

---

*Diritto in evoluzione spiegato a me stesso. Risposta a Leo Di Carlo*  
di Mauro Barberis

---

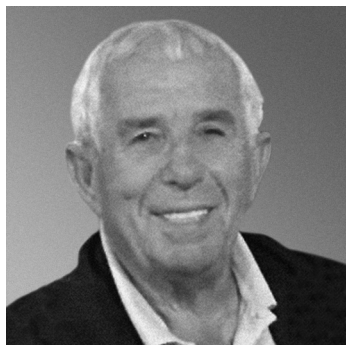
*Rappresentare senza governare? Il dilemma delle forme di governo*  
di Tommaso Edoardo Frosini

---

*Elezione diretta del Presidente del Consiglio: razionalizzazione o mutamento della forma di governo parlamentare?*  
di Annamaria Poggi

# *La Costituzione di Weimar: alle origini dello Stato sociale costituzionale*

di Paolo Caretti\*



**Sommario:** § 1. – Una Costituzione “senza fortuna”. § 2. – Dalla Costituzione dello Stato alla Costituzione della società. § 3. – La realizzazione dei diritti sociali come “programma costituzionale”. § 4. – La continuità tra Weimar e le Costituzioni europee della metà del Novecento. § 5. – Quali prospettive per lo Stato sociale costituzionale?

## § 1. – *Una Costituzione “senza fortuna”*

Nell’ambito dell’ampia letteratura sulle origini del costituzionalismo contemporaneo e, più in particolare, sulla svolta rappresentata dall’apparire sulla scena europea della forma di Stato sociale costituzionale, non mancano (e anzi sono stati a lungo prevalenti) gli studi volti ad avvalorare la tesi per cui a questo processo di grande trasformazione poco o nulla abbia contribuito la Costituzione di Weimar. Si è infatti da più parti sottolineato come al momento dell’elaborazione delle costituzioni democratiche dell’immediato Secondo dopoguerra che determinano l’affermazione di quella forma di Stato essa sia stata spesso evocata ma più per marcarne i difetti, i limiti e le omissioni che non gli aspetti profondamente innovativi, che pure essa presentava. Così avvenne nella stessa Germania, nel corso dei dibattiti che accompagnarono il varo della Costituzione della Repubblica federale tedesca, entrata in vigore nel 1949<sup>1</sup>, e così risulta dai lavori della Costituzione italiana del 1948<sup>2</sup>, che assai scarso peso diedero all’esperienza

\* Università degli Studi di Firenze.

<sup>1</sup> Si veda al riguardo D. GRIMM, *La Costituzione di Weimar nella prospettiva del Grundgesetz*, in F. LANCHESTER, F. BRANCACCIO (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 2012, 31 ss.

<sup>2</sup> Sul punto, vedi F. BRUNO, *La Costituzione di Weimar e la Costituente italiana*, in *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, cit., 95 ss. e, da ultimo, R. ROMANELLI, *L’Italia e la sua Costituzione*, Bari-Roma, Laterza, 2023, 25 ss.

weimariana, cui il solo Mortati aveva dedicato la giusta attenzione<sup>3</sup>. Dunque non un modello positivo cui ispirarsi, ma semmai un modello negativo che aveva finito per favorire la fine della democrazia e l'avvento della dittatura hitleriana.

Solo negli studi più recenti questo orientamento è stato corretto, alla luce degli sviluppi che lo Stato costituzionale ha conosciuto nei decenni che ci stanno alle spalle. Si tratta di studi che non negano, anzi sottolineano i limiti della Costituzione di Weimer: si pensi, in primo luogo, alle ambiguità presenti nel disegno della forma di governo, centrato sul dualismo diseguale tra Presidente della Repubblica e Parlamento<sup>4</sup>; si pensi, in secondo luogo, all'assenza di limiti alla delegazione legislativa; si pensi, ancora e soprattutto, all'assenza di un sistema di giustizia costituzionale. Tuttavia, nonostante questi limiti, se si leggono gli elementi portanti di questa Costituzione nel quadro più generale rappresentato dal passaggio dal costituzionalismo ottocentesco a quello del '900 essa acquista un significato di assoluto rilievo, che non può essere relegato a quello di mero episodio della storia tedesca.

Dieter Grimm, nel saggio appena citato, affrontando il tema delle ragioni del crollo della Repubblica di Weimar e quello delle interdipendenze tra la sua costituzione e il *Grundgesetz*, parla della costituzione weimariana come di una costituzione "senza fortuna". Senza fortuna perché le difficili circostanze economiche, sociali e politiche che essa avrebbe dovuto "governare" ebbero il sopravvento e non le consentirono che una vita breve e precaria.

Questa definizione è certamente condivisibile se riferita alla cornice storica in cui nacque e rimase in vigore, ma lo è assai meno se riferita ai riflessi che essa è riuscita a produrre sugli sviluppi del costituzionalismo del secondo Novecento. Da questo punto di vista, più che una costituzione "senza fortuna" si potrebbe dire una costituzione "fuori tempo", nel senso che essa faceva propria l'esigenza di una nuova statualità, disegnando però un sistema costituzionale che, nei suoi elementi fondamentali, non aveva precedenti e che proprio per il suo carattere di novità mal si inseriva in un contesto generale nel quale molti di quegli elementi non erano ancora giunti a maturazione. Ma, al tempo stesso, si trattò anche di una costituzione anticipatrice di quanto avverrà in un momento successivo in seguito ai rivolgimenti

<sup>3</sup> Alludo al notissimo saggio *Introduzione a La Costituzione di Weimar*, Firenze, Sansoni, 1946 (collana di testi e documenti costituzionali promossa dal Ministero della Costituzione n. 15), ora ristampato col titolo *La Costituzione di Weimar* dal Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

<sup>4</sup> Si vedano gli ampi poteri attribuiti al Presidente dall'art. 48, tra i quali quello di legiferare e di sospendere i diritti fondamentali al fine di ristabilire l'ordine e la sicurezza pubblica, nonché quello di avere l'ultima parola riguardo alla decisione dello stato di emergenza.

## *Abstract*

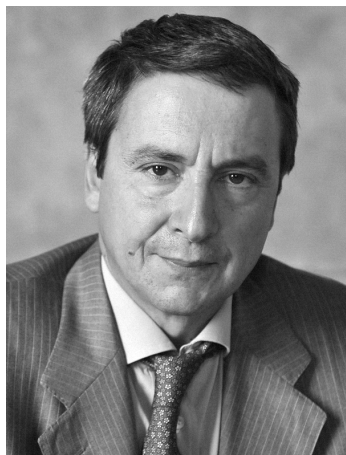
The essay aims to investigate the contribution of the Weimar Constitution to the development of modern constitutionalism in a crucial period of change in its traditional theoretical elements, between nineteenth and twentieth century.

This analysis allows to establish a relation of tight continuity between Weimar Constitution and the birth of the new constitutional-social State with the European Constitutions of the second post world war period.

The last part of the essay draws attention to some questions with regard to the future of the “constitutional programs” characterizing the constitutional-social State in a context of globalization and crisis of State’s sovereignty.

# *Diritto alla salute e allocazione delle risorse nella recente giurisprudenza costituzionale*

di Luca Antonini\*



**Sommario:** § 1. – Spunti di riflessione sull’allocazione delle risorse tratti dall’esperienza della pandemia. § 2. – Il forte condizionamento finanziario della tutela della salute. § 3. – La regionalizzazione dell’organizzazione sanitaria: le criticità della dissociazione di responsabilità nell’allocazione delle risorse. § 4. – I divari regionali e il ruolo dello Stato. § 5. – Il silenzioso processo di smantellamento del *welfare* sanitario avvenuto nei primi venti anni del secondo millennio. § 6. – Dal controllo sulle micro allocazioni a quello sulle macro allocazioni: l’emergere della nozione di spesa ‘costituzionalmente necessaria’. § 7. – Il decreto appropriatezza e la decisione sulle cure: al

di là del taylorismo. § 8. – Nemmeno il diritto alla salute può però diventare “tiranno”. § 9. – L’emblematico caso Zolgensma e la legge della Regione siciliana dichiarata costituzionalmente illegittima: la spesa costituzionalmente necessaria non è un *passerpartout* per qualsiasi spesa sanitaria. § 10. – L’altrettanto significativo, ed opposto, caso dell’analisi genomica avanzata (ESOMA) prevista della legge della Regione Puglia: l’ascoltato monito sulla necessità di aggiornare i LEA. § 11. – Una riflessione di sintesi.

## *§ 1. – Spunti di riflessione sull’allocazione delle risorse tratti dall’esperienza della pandemia*

La grave pandemia che ha colpito l’umanità, mietendo un numero drammatico di vittime, ha offerto numerosi spunti di riflessione sul tema dell’allocazione delle risorse necessarie per garantire i diritti costituzionali<sup>1</sup> e *in primis* il fondamentale diritto alla salute.

\* Università degli Studi di Padova – Corte costituzionale.

<sup>1</sup> La garanzia dei diritti costituzionali non può, infatti, evitare il confronto con la questione delle compatibilità economiche. Si tratta di un’affermazione che non è scontata, perché si potrebbe ritenere che i diritti costituzionali e in particolare quelli inviolabili siano entità assolute, quasi “sacre”, che mai potrebbero essere confuse con le “questioni pecuniarie”. Cfr., in proposito, S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *Il Costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, il Mulino, 2000.

Del resto, «[s]pecie i costituzionalisti, ancora oggi, quasi pensando che *pecunia*, anche se pubblica, *olet*, hanno rifuggito il duro discorso delle risorse che è anche e soprattutto

In particolare nel periodo più difficile, ad esempio, si è sentito affermare, soprattutto in contesti diversi da quello italiano, come ad esempio in quello spagnolo<sup>2</sup>, che di fronte alla scarsità dei posti nelle terapie intensive bisognava effettuare selezioni: ovvero dare la precedenza ai giovani piuttosto che agli anziani, e tra i giovani, se i posti comunque non bastavano, a quelli sani piuttosto che a quelli con altre patologie che avrebbero comunque avuto meno speranza di vita.

Va precisato che l'argomento, per la crudezza e la cinica disinvoltura con cui veniva presentato, in alcuni casi trascendeva quel normale equilibrio con cui l'arte medica, a volte, è chiamata a prendere, in scienza e coscienza, decisioni per evitare, ad esempio, un intrusivo accanimento terapeutico che, dato il progresso scientifico, potrebbe, ostacolando il normale corso di una malattia, tenere in vita per tempi indeterminati le persone, nonostante le loro gravi condizioni di sofferenza.

C'era qualcosa di più nell'argomento che veniva utilizzato: vi vibrava l'eco di una radice culturale per la quale un qualsiasi potere può decidere che una vita è più meritevole di essere vissuta di un'altra. Evidentemente questa radice non è compatibile con la nostra Costitu-

---

discorso di allocazione di potere» e così è rimasto in ombra un dato ovvio (ma che sembra emerso solo da poco alla comune consapevolezza): «tutti i diritti, nessuno escluso, costano, non solo in termini di relazione con gli altri diritti e con le situazioni soggettive passive di chi deve rispettarli, ma anche, più trivialmente, in termini di risorse sociali da destinare al loro soddisfacimento». Così, al riguardo, M. LUCIANI, *Editoriale*, in *Diritto&Conti*, n. 2/2019, (consultabile al link: <https://dirittoeconti.it/editoriale-n-2/>).

A lungo infatti si è teorizzata, salvo qualche rara eccezione, l'assenza di questa interdipendenza: probabilmente fino a tutti gli anni Ottanta, quando ancora si riteneva che lo Stato avrebbe potuto, sempre e comunque, reperire risorse, grazie soprattutto all'indebitamento pubblico.

Erano anni in cui nell'aria vibrava ancora l'onda lunga dell'imponente sviluppo economico dei decenni precedenti e ci si illudeva che mai sarebbe venuto il momento di rendere il conto.

Negli anni Novanta però lo scenario inizia rapidamente a mutare: il tasso di crescita del PIL via via si ridimensiona, la globalizzazione dei mercati finanziari e le nuove potenzialità della speculazione internazionale iniziano a mostrare la fragilità di Paesi, come l'Italia, che avevano debiti pubblici eccessivi.

L'ingresso nella moneta unica, necessaria a evitare di rimanere facile preda dei mercati, impone un serio processo di risanamento finanziario e il tema delle compatibilità economiche si traduce nell'adesione ai parametri di Maastricht, che impongono limiti ai deficit degli Stati e al loro debito pubblico.

Il tema poi si aggrava ulteriormente e drammaticamente con la crisi finanziaria globale esplosa nel 2007, che dimostra come nemmeno la moneta unica, in sé, possa mettere al riparo da attacchi speculativi.

L'Italia, addirittura, deve approvare in pochissimo tempo una riforma costituzionale che modifica l'art. 81 Cost. inserendo in Costituzione il principio dell'equilibrio di bilancio.

A questo punto l'utopia di ritenere i diritti come entità incondizionate e indipendenti dalle risorse disponibili è stata spazzata via dalla storia. Cfr. L. ANTONINI, *I vincoli costituzionali al pareggio di bilancio tra (indebiti) condizionamenti delle dottrine economiche e (possibili) prospettive*, in IDEM (a cura di), *La domanda inevasa. Dialogo tra economisti e giuristi sulle dottrine economiche che condizionano il sistema giuridico europeo*, Bologna, il Mulino, 2016, 13 ss.

<sup>2</sup> O. RUBIO, A. ESTELLA, L. CABRE, I. SARALEGUI-RETA, M.C. MARTIN, L. ZAPATA, M. ESQUERDA, R. FERRER, A. CASTELLANOS, J. TRENADO, J. AMBLAS, *Recomendaciones éticas para la toma de decisiones difíciles en las unidades de cuidados intensivos ante la situación excepcional de crisis por la pandemia por COVID-19: revisión rápida y consenso de expertos*, in *Med Intensiva*, 2020, 439-445.

tuale che non è in grado di ragionare con parole come sussidiarietà, questione delle retribuzioni, riforma dei sistemi di formazione, anche accademici, sviluppo della medicina territoriale, co-progettazione e co-programmazione in applicazione dell'art. 55 del Codice del Terzo settore, superamento dell'approccio taylorista, ecc.

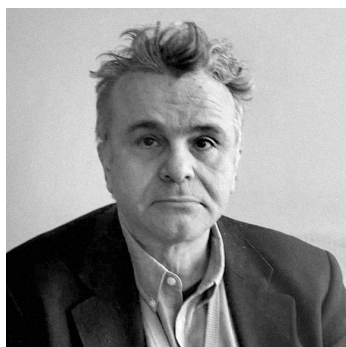
Tutti elementi che andrebbero invece attentamente considerati per iniziare seriamente a ripensare la sanità italiana.

### *Abstract*

The issue of allocation of the resources necessary to guarantee the fundamental right to health presents profiles of unquestionable topicality, having to deal with multiple factors. In this context, it is important that the Constitutional court has equipped itself with instruments of control, not only on micro allocations but also on macro allocations.

# *L'attuazione della cybersecurity nazionale: un difficile esercizio di una funzione pubblica*

di Alfonso Contaldo\*



**Sommario:** § 1. – Il ciberspazio come “ambito spaziale” per l’esercizio di una funzione pubblica. § 2. – La delimitazione Perimetro Nazionale di Sicurezza Cibernetica nella legge n. 133 del 2019 e l’esercizio delle competenze del cd. *golden power*. § 3. – La complessa individuazione dello spazio cibernetico e la sua riduzione con la perimetrazione cibernetica dello Stato digitale. § 4. – Conclusioni.

## *§ 1. – Il ciberspazio come “ambito spaziale” per l’esercizio di una funzione pubblica*

Il ciberspazio non è un ambito territoriale di uno Stato, come lo sono la terra, il mare, l’aria, sia perché la dottrina non lo include fra gli elementi costitutivi<sup>1</sup>, sia perché non vi è nessun accordo internazionale che lo definisca come tale (o meglio, nessun accordo che riguardi il rapporto fra le potestà statali e questo nuovo “spazio”) né una fonte primaria del nostro ordinamento che lo espliciti, sia perché questo particolare “ambito spaziale” ha una sua difficoltà oggettiva di “delimitazione”. Tuttavia, nessun ordinamento giuridico può permettersi di “subire” una evoluzione tecnologica come la “creazione” del ciberspazio senza l’ambizione di indirizzarla, prescriverne modalità e limiti, organizzare il sistema dei controlli e delle garanzie. Così, è necessario distinguere i “fatti” tecnici, dalle “tendenze” tecniche, sollecitate e precostituite a monte; il fine è di valutarne non solo astrattamente l’efficienza pratica, ma la capacità di soddisfazione del volere e delle necessità (soprattutto se istituzionali) di chi sceglie di servirsene.

\* Università degli Studi della Tuscia.

<sup>1</sup> Vedi per tutti A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2018, VI ed., 107 ss.; sul rapporto tra Stato e territorio cfr. M. MANETTI, voce *Territorio*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1993, 1. Il ruolo e l’accezione del territorio è indagato sotto profili diversi da I. CIOLLI, *Il territorio rappresentato. Profili costituzionali*, Napoli, Jovene, 2010, 42 ss.; A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello stato costituzionale aperto*, Milano, Giuffrè, 2010, 61 ss.



Le pratiche degli automatismi tecnologici sono, in definitiva, “strutturanti” e regolamentabili<sup>2</sup>. Un ragionamento che ha fatto Michel Foucault, sostenendo che le scelte di infrastruttura software incidono profondamente sulla maniera in cui gli internauti “vedono” le informazioni e si rappresentano il mondo digitale, assumendo un valore di sfondo comune e dunque contribuendo a strutturare la realtà. La strada da seguire è quindi quella più tradizionale: la costruzione di una policy che magari possa dare indicazioni condivise e permetta di gestire (non di adeguarsi a) tali tendenze e i relativi effetti, nel rispetto pieno di un ordinamento giuridico complesso.

Tutti gli ordinamenti giuridici statuali cercano di definire una forma di controllo amministrativo e di polizia sul cibernspazio che può in qualche modo afferire ad uno Stato, arrivando a coniare anche la locuzione ‘Stato digitale’<sup>3</sup> e conseguentemente quella di ‘sicurezza digitale’<sup>4</sup>. Infatti, il cibernspazio non coincide con alcuna tipologia territoriale definita dal diritto poiché il “dominio”, caratterizzato dall’uso dell’elettronica, della telematica e dello spettro elettromagnetico per immagazzinare, modificare e scambiare informazioni con le reti informatiche e con le loro infrastrutture fisiche risponde a canoni matematici<sup>5</sup>. Ma è visto come la dimensione immateriale che mette in comunicazione i computer di tutto il mondo in un’unica rete che permette agli utenti di interagire tra loro, ossia come lo “spazio concettuale” dove le persone interagiscono usando tecnologie per la computer mediated communication, anche se il termine oggi è comunemente utilizzato per riferirsi ad Internet in senso generale.

‘Cibernspazio’ è il “luogo” nel quale sembra accadere una conversazione telematica. Lo “spazio” elettrico, che era un tempo sottile e scuro e uni-dimensionale – poco più di uno stretto tubo parlante, che si allungava con un filo da telefono a telefono – si è praticamente espanso, schizzando fuori come un gigantesco *joker* dalla scatola, la luce lo ha inglobato, sotto forma di luce tremolante dello schermo di un computer. Questo mondo scuro e nascosto rappresentato dal pic-

<sup>2</sup> Vedi V. FROSINI, *L’orizzonte giuridico di Internet*, in *Dir. inf.*, n. 2/2000, 271 ss.; C. FARALLI, *Diritti e nuove tecnologie*, in *Tigor. Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, 2019, 43-52; M. TALLACCHINI, *Diritto e scienza*, in B. MONTANARI (a cura di), *Luoghi della filosofia del diritto. Idee strutture mutamenti*, Torino, Giappichelli, 2012, 145 ss.; G. FINOCCHIARO, *Riflessioni su diritto e tecnica*, in *Dir. inf.*, 2012, 831 ss.; G. SARTOR, *Internet e il diritto*, in C. DI COCCO, G. SARTOR, (a cura di), *Temi di diritto dell’informatica*, II ed., Torino, Giappichelli, 2013, 1 ss.; F. FAINI, *Il diritto nella tecnica: tecnologie emergenti e nuove forme di regolazione*, in *federalismi.it*, n. 16/2020, , 79 ss.

<sup>3</sup> Vedi L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Un’introduzione*, Bologna, il Mulino, 42 ss.

<sup>4</sup> Vedi R. URSI, *La sicurezza cibernetica come funzione pubblica*, in R. URSI (a cura di), *La sicurezza nel cyberspazio*, Milano, Franco Angeli, 2023, 7 ss.

<sup>5</sup> Si rinvia a P. LAGHI, *Cyberspazio e sussidiarietà*, Napoli, ESI, 2015, 95 ss.

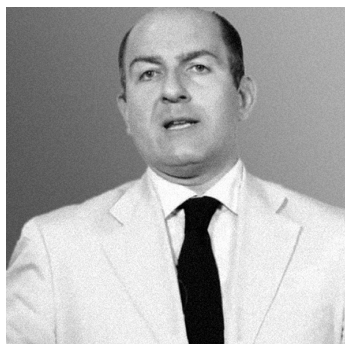
tro le infrastrutture essenziali di un Paese e la potenziale escalation di attività ostili nel cyberspazio hanno implicazioni significative per la sicurezza e la stabilità internazionale. Pertanto, la promozione della cooperazione nazionale e internazionale nel campo della cybersicurezza può aiutare a mitigare i rischi di conflitto, estendendone la portata anche al campo della diplomazia internazionale. La direttiva cd. NIS2 (Direttiva UE 2022/2555 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 sulla sicurezza delle reti e delle informazioni, l'acronimo NIS sta per *Network and Information Security*) rappresenta un passo significativo nella definizione della strategia dell'UE per la cybersicurezza, ma non risolve le problematiche connesse alla possibile estensione al cyberspazio del territorio statale, con ovvie ripercussioni sui rapporti internazionali degli stessi Stati, che non possono ricorrere all'uopo a istituti previsti dal diritto internazionale.

### *Abstract*

The cybersecurity outlined in the legal system of the European Union and in our legal system appears to depend to a large extent on technical, operational and political cooperation to achieve the objective of sharing situational knowledge. However the governance of cyberspace cannot appear in the current state of the legal system to be an eruption of sovereignty over the territory, as cyberspace cannot be considered state of the art as a "virtual" extension of the state territory.

# *Stato internazionale ed evoluzionismo giuridico. Su una nuova filosofia della storia delle istituzioni?*

di Leonardo Di Carlo\*



**Sommario:** § 1. – Premessa. § 2. – Sulla fenomenologia evolutiva del diritto. Dallo Stato giurisdizionale allo Stato internazionale. § 3. – Istituzioni e teorie del diritto. § 4. – Gli elementi di una teoria generale evolutiva del diritto. § 5. – Il giurista nell’epoca della crisi delle fonti.

## § 1. – *Premessa*

Se ogni costruzione teorica, in campo giuridico, deve confrontarsi con una determinata organizzazione istituzionale, allora si può avanzare la seguente ipotesi. L’accelerazione della storia, divenuta parossistica dopo il Duemila, costringe a confrontarsi con un tipo di diritto più specifico dello Stato costituzionale: lo Stato internazionale. Certo, il nome stesso sembra un ossimoro; peggio ancora, la crisi della globalizzazione e il ritorno a una sorta di regionalizzazione del mondo, determinate dal conflitto in Ucraina, rende quest’ipotesi problematica.

Eppure, non solo lo Stato costituzionale, limitato all’Occidente, sembra potersi salvare da queste crisi solo evolvendo in Stato internazionale, esteso virtualmente a tutto il pianeta, ma solo così sarebbe in grado di affrontare gli attuali problemi globali: per dirne solo due, il riscaldamento del pianeta e la regolamentazione di internet. Se così fosse, d’altra parte, cambierebbe la stessa teoria/filosofia giuridica di riferimento. La filosofia e teoria del diritto dello Stato costituzionale, centrato sulle costituzioni nazionali, dovrebbe evolvere in una teoria/filosofia del diritto non solo più ampia, imperniata sui trattati internazionali, ma più multidisciplinare, che potrebbe chiamarsi *evoluzionismo giuridico*.

---

\* Università degli Studi di Foggia.

Come che sia, è su questa duplice ipotesi – Stato internazionale ed evoluzionismo giuridico – recentemente avanzata da Mauro Barberis in vari lavori<sup>1</sup>, che il presente contributo cerca di riflettere.

## § 2. – *Sulla fenomenologia evolutiva del diritto. Dallo Stato giurisdizionale allo Stato internazionale*

Per quanto la presenza di costituzioni rigide, non solo nell'area occidentale ma un po' ovunque, sia l'evento che ha maggiormente condizionato l'attività di tutti gli operatori giuridici negli ultimi decenni, l'accelerazione della globalizzazione giuridica sta lasciando emergere l'idea che la forma dello *Stato costituzionale* – terza forma storica di Stato dopo quelle dello *Stato giurisdizionale* e dello *Stato legislativo* – sarebbe, in realtà, in procinto di essere superata a vantaggio di una quarta forma di Stato rappresentata dallo *Stato internazionale*<sup>2</sup>.

Si tratterebbe di un mutamento della fenomenologia istituzionale che non lascerebbe indifferenti gli studiosi. Se allo Stato giurisdizionale corrisponderebbero grosso modo le teorie giusnaturalistiche e allo Stato legislativo corrisponderebbe la famiglia delle teorie positivistiche, al contrario, lo Stato costituzionale avrebbe visto come *pendant* teorico quella che senza dubbio è stata la corrente teorica più vivace a partire dagli ultimi decenni del '900, cioè l'approccio seguito dai teorici del diritto dello Stato costituzionale. Per quanto incalzata da diverse prospettive giusfilosofiche, è opinione largamente condivisa che le punte teoriche più alte di questi ultimi decenni siano state raggiunte dalla riflessione di Dworkin, Alexy, Atienza e Ferrajoli<sup>3</sup>.

Ora, la tesi suggestiva qui in discussione è che proprio l'egemonia di quest'ultima corrente sia stata messa in crisi negli ultimi tempi dall'affermazione e dal consolidamento della forma di Stato internazionale, che emergerebbe a livello teorico in una concezione *evolutiva* del diritto. Ne sarebbe prova il fatto che i confini tra il diritto e il non-diritto, netti e precisi soprattutto nel periodo tra la fine del Medioevo e il '900, sarebbero tornati ad essere più sfumati e più fluidi proprio a partire dallo scorcio finale del secolo scorso. Si tratta di confini che

<sup>1</sup> I lavori già pubblicati sono M. BARBERIS, *Diritto in evoluzione. Un manuale?*, Torino, Giappichelli, 2022; IDEM, *Separazione dei poteri: vecchia, nuova e nuovissima*, in *Lo Stato*, 2022, 11-29; IDEM, *Separazione dei poteri e giustizia digitale*, Milano-Udine, Mimesis, 2023; in uscita, invece, M. BARBERIS, A. SARDO, *Separation of Powers: Old, New, and Newest*, in W. ZALUSKI, S. BOURGEOIS-GIRONDE, A. DYRDA (a cura di), *Research Handbook on Legal Evolution*, Cheltenham, Elgar, 2024, 365-383 (libro che si annuncia come la maggiore sintesi degli approcci e dei temi dell'evoluzionismo giuridico).

<sup>2</sup> Nota 1.

<sup>3</sup> M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2017, 74 ss.

tiva. Stessa traiettoria di Bobbio, che dal neoempirismo analitico degli anni Cinquanta si avvicina prima alla sociologia del diritto negli anni Settanta e poi alla filosofia del diritto dello Stato costituzionale alla fine degli anni Ottanta?<sup>52</sup>

### *Abstract*

History's acceleration, which has become convulsive with the emergencies of XXI centuries, brings to suppose that the *constitutional state* – third phase or State of modern Law after the *jurisdictional state* and the *legislative state* – would like to develop in the, and it would like to be indistinguishable from the fourth phase: the *international state*. In recent works, which the last is *Diritto in evoluzione. Un manuale?* (2022), Mauro Barberis puts forward another conjecture: that the aptest theory/philosophy to this fourth global and ecological phase of evolution of Law is no more only the (new)constitutionalism, but even an adjourned shape of legal evolutionism. The present paper takes into account with both the hypothesis, showing their great ambition and their greater difficulties.

---

<sup>52</sup> Su questa torsione di Bobbio dall'approccio analitico alla filosofia del diritto dello Stato costituzionale, pur rimanendo rigorosamente positivista, cfr. M. LA TORRE, *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Firenze, Olschki, 2020, 31 ss.

# Diritto in evoluzione *spiegato a me stesso*

Risposta a Leo Di Carlo

di Mauro Barberis\*



**Sommario:** § 1. – Precisazioni per me stesso. § 2. – Definizione del diritto. § 3. – Rapporti diritto-morale. § 4. – Teoria della norma. § 5. – Teoria del sistema. § 6. – Teoria dell’interpretazione.

## § 1. – *Precisazioni per me stesso*

La prima delle precisazioni che vorrei fare, subito dopo aver ringraziato Leonardo Di Carlo dell’attenzione che dedica al mio libro, è che *Diritto in evoluzione. Un manuale?* (2022) è ovviamente anche un manuale: l’ultimo di una serie, iniziata nel 2003, accomunata dal fatto che tutti i manuali trattano cinque temi didatticamente e scientificamente irrinunciabili quali definizione del diritto, rapporti diritto/morale, teorie della norma, del sistema e dell’interpretazione. Come insinua il sottotitolo, d’altra parte, il libro non è solo un manuale: prosegue una ricerca iniziata sin dal mio arrivo a Trieste, con *Il diritto come comportamento* (1987), e che continua l’opera del mio maestro, Giovanni Tarello, seguito dagli altri allievi genovesi in una direzione analitica, normativista e neo-formalista comunque diversa dalla mia.

Di questa ricerca iniziata a Trieste, proseguita a Bologna e poi ancora a Trieste, fanno parte integrante anche i libri su temi apparentemente solo d’attualità – Europa, sicurezza, populismo, digitale... – ma in realtà nient’affatto irrelati alla filosofia/teoria del diritto. Infatti, la funzione principale di tale disciplina, nell’attuale divisione del lavoro scientifico e didattico, non è più speculare su essenza natura concetto del diritto, come faceva la filosofia generale tradizionale, ma neppure praticare sino all’estenuazione l’analisi del linguaggio, come continua

---

\* Università degli Studi di Trieste.

a fare la teoria analitica *à la génoise*. La funzione principale della filosofia/teoria del diritto, se ne ha una, è tenere i rapporti fra cultura giuridica e cultura scientifica, coltivando discipline oggi indispensabili al giurista come economia, psicologia, informatica...

Agli altri cinque punti, ognuno dedicato ai cinque temi del libro, mi limiterò a segnalare e a dissipare alcune ambiguità della pur curatissima nota di Leo: ambiguità corrispondenti a una possibile lettura (neo)costituzionalista del libro. Un esempio si incontra sin dal sottotitolo del lavoro di Di Carlo, «Una nuova filosofia della storia delle istituzioni?», e che suona ambiguo a seconda che ‘storia’ sia legato a ‘filosofia’ oppure a ‘istituzioni’. Nel primo caso la mia sarebbe addirittura una filosofia della storia, mentre il libro distingue progresso (l’idea che la storia vada necessariamente verso il meglio), filosofia della storia strettamente intesa (la divisione della storia in stadi, la cui successione sarebbe altrettanto necessaria), ed evoluzione propriamente detta (la teoria della contingenza del cambiamento, determinato da meccanismi casuali).

Dunque, la mia – spiego anzitutto a me stesso – non è affatto una filosofia della storia, bensì una filosofia/teoria relativizzata alla storia delle istituzioni, *à la Tarello*: dottrine come giusnaturalismo e positivismo giuridico, ad esempio, sono ritenute tipiche, rispettivamente, di Stato giurisdizionale e legislativo. Il mio evoluzionismo, in particolare, non è l’ennesima “nuova” teoria che pretende di “superare” le precedenti riformulandole in un gergo alla moda. Invece, filosofi/teorici evoluzionisti quali Wojciech Zaluski<sup>1</sup>, Francesco Romeo e il sottoscritto cercano, a loro modo, di attuare la svolta annunciata da Norberto Bobbio in *Dalla struttura alla funzione* (1976), e poi effettivamente compiuta da Bruno Celano: aprire la cultura giuridica a scienze naturali, sociali e cognitive, tutte oggi coltivate «nel quadro teorico comune dell’evoluzionismo»<sup>2</sup>.

## § 2. – Definizione del diritto

La nota di Leo segue il mio testo con un rispetto che mi lusinga, in un ambiente accademico dove, quando qualche collega ha la bontà di citarmi, rinvia all’unico dei miei “manuali” da lui conosciuto, ignorando che in vent’anni – dal 2003 a oggi – ognuno di essi è stato com-

<sup>1</sup> Cfr. paradigmaticamente W. ZALUSKI, S. BOURGEOIS-GIRONDE, A. DYRDA (a cura di), *Research Handbook on Legal Evolution*, Cheltenham, Elgar, 2024, e tutti gli altri studiosi, anche italiani, che partecipano alle seicento pagine di questa enorme opera collettiva.

<sup>2</sup> F. ROMEO, *Giustizia e predittività. Un percorso dal machine learning al concetto di diritto*, in *Riv. fil. dir.*, 2020, 110, in riferimento a H.A. SIMON, *Cognitive Science: the Newest Science of the Artificial*, in *Cognitive Science*, 1980, 33-46.

né fine a sé stessa; al contrario, concorre a rendere implausibile l'opposta dottrina originalista, dominante da mezzo secolo nell'interpretazione costituzionale statunitense<sup>20</sup>.

### *Abstract*

This reply to Leonardo Di Carlo's note on the evolutionary theory of law outlined in my book *Law in Evolution. A Handbook?*, consists of six clarifications addressed above all to myself. The first one presents such philosophy/theory of law as the discipline that maintains the relationships between legal knowledge and all the sciences indispensable to the jurist; the second, focuses on the definition of law as a tool for resolving social conflicts – a tool maybe not exclusive but surely distinctive of Western-and-modern societies; the third, about the *vexata quaestio* of relationship between law and morals, accounts for the differentiation of legal system from other social subsystems; the fourth, proposes a theory of the norms based on customs and precedents rather than on prescriptions; the fifth conceives the legal system as a social, evolutionary and institutional phenomenon; the sixth proposes an evolutionary theory of interpretation as a repeated interpretive game.

---

<sup>20</sup> Dottrina eroicamente difesa dal mio allievo A. SARDO, *L'originalismo e la sfida del bilanciamento*, Barcellona-Madrid, Marcial Pons, 2018.



# *Rappresentare senza governare?*

## *Il dilemma delle forme di governo*

di Tommaso Edoardo Frosini\*



**Sommario:** § 1. – La “leale collaborazione” fra pluralismo politico e unità di indirizzo politico. § 2. – Dal parlamentarismo al presidenzialismo e ritorno. § 3. – Perché occorre riclassificare le forme di governo. § 4. – Premierato e rappresentanza politica. § 5. – Espansione del pluralismo e crisi della rappresentanza parlamentare. § 6. – Per rappresentare e per governare: la proposta del premierato elettivo, quale “neoparlamentarismo”.

### § 1. – *La “leale collaborazione” fra pluralismo politico e unità di indirizzo politico*

Il problema del complesso (e complicato) rapporto fra sistemi elettorali e forme di governo sia consentito riassumerlo con una battuta: governare è meglio che rappresentare<sup>1</sup>? Infatti: rappresentare e governare è il difficile crinale su cui si muovono le forme di governo delle democrazie contemporanee. Pertanto, i sistemi elettorali – che sono strumentali alla definizione della forma di governo – dovrebbero essere pensati e realizzati allo scopo di favorire la ricerca di un equilibrio fra le esigenze della rappresentanza e quelle della governabilità: una sorta di “leale collaborazione”, per così dire, fra il pluralismo politico e l’unità dell’indirizzo politico governativo. Certo, nulla di statico e solido; pur sempre affidato alle dinamiche e alle dialettiche della politica, ma in una cornice normativa che incentiva la “leale collaborazione”, di cui si è detto. Per riuscire in questo «è sufficiente modificare la legge elettorale, mantenendo la forma di governo parlamentare o sono necessarie modifiche più profonde?»<sup>2</sup>.

\* Università degli Studi Suor Orsola Benincasa.

Il contributo è destinato agli *Scritti in memoria di Beniamino Caravita di Toritto*.

<sup>1</sup> Su cui, T.E. FROSINI, *Governare è meglio che rappresentare?* in *Rivista AIC*, n. 1/2012 (con una postilla di V. Onida), ora in IDEM, *Declinazioni del governare*, Torino, Giappichelli, 2018, 19 ss.

<sup>2</sup> È la domanda che si poneva Beniamino Caravita in apertura del suo scritto *Riforme elettorali o riforma della forma di governo?*, ora in B. CARAVITA, *Tra crisi e riforme. Riflessioni sul sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1993, 51.

A questa domanda, mi proverò a dare risposta.

Direi, di primo acchito, che parrebbe essere sufficiente la modifica della legge elettorale per veicolare una certa declinazione della forma di governo parlamentare. Il caso britannico è, ancora oggi e nonostante tutto, l'esempio più lampante di come il sistema elettorale condizioni l'atteggiarsi della forma di governo parlamentare. Infatti, e sebbene vi sia una costituzione non scritta, il meccanismo elettorale maggioritario a turno unico favorisce il formarsi del premierato, il c.d. "modello Westminster", ovvero di un sistema di governo incentrato sulla figura del Primo Ministro, quale *leader* del partito che ha ottenuto la maggioranza dei seggi alla Camera dei Comuni<sup>3</sup>.

Certo, non c'è solo il c.d. "modello Westminster". Anzi, si può dire che questo modello ha delle sue particolarità tali, che non sono facilmente replicabili in altre esperienze istituzionali. A cominciare dalla *unwritten constitution* e quindi dalle *conventions*, quali fonti del diritto costituzionale su cui si organizza e si plasma l'assetto dei poteri in Gran Bretagna. Semmai, come dirò meglio più avanti, si può emulare la struttura della forma di governo britannica e trapiantarla in un ordinamento a costituzione scritta, prefigurando, in tal modo, il formarsi di una forma di governo del premierato, che può essere di tipo elettivo oppure no. L'obiettivo è quello di avere "un Governo scelto dal popolo per un Governo di legislatura", come lo chiamava Serio Galeotti, a inizi anni Ottanta<sup>4</sup>. L'idea di fare eleggere, laddove vi è una codificazione costituzionale, il Primo Ministro a suffragio universale, affonda le sue radici nel dibattito della sinistra francese del club Jean Moulin già nella metà degli anni Cinquanta, con l'ipotesi di un modello "neoparlamentare", chiaramente ispirato al sistema inglese<sup>5</sup>. In tal modo, si potrà da un lato valorizzare il principio di sovranità popolare, dandogli piena attuazione costituzionale, dall'altro lato si potrà cercare di ottenere durata e stabilità governativa, anche ai fini di una concretizzazione dell'indirizzo politico. Sul punto, dirò di più e meglio oltre.

## § 2. - Dal parlamentarismo al presidenzialismo e ritorno

La stabilizzazione della forma di governo - parlamentare o presidenziale che sia - non riesce a trovare un giusto equilibrio fra il rappresentare e governare. Perché l'uno finisce con il prevalere sull'altro e creare tensioni e conflittualità fra le ragioni della rappresentanza

<sup>3</sup> Sul premierato, quale evoluzione della forma di governo parlamentare, cfr. T.E. FROSINI, *Premierato e sistema parlamentare*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2005 (ora in IDEM, *Declinazioni del governare*, cit., 41 ss.).

<sup>4</sup> S. GALEOTTI, *Un governo scelto dal Popolo: «il governo di legislatura»*, Milano, Giuffrè, 1984.

<sup>5</sup> Club Jean Moulin, *L'Etat et le Citoyen*, Parigi, Seuil, 1961.

lismo e del semipresidenzialismo, il premierato elettivo non comporterebbe una estesa e profonda modifica della costituzione, ma sostanzialmente poche norme da cesellare con il bisturi dell'art. 138 Cost.: l'elezione a suffragio popolare del primo ministro e il potere, in capo allo stesso, di scioglimento anticipato delle Camere e di revoca dei singoli ministri. E poi, aspetto di assoluta rilevanza, lascerebbe il Presidente della Repubblica nelle sue originarie prerogative costituzionali, che non verrebbero modificate né ridotte ma lasciate così come sono. Salvo prevedere che il Presidente della Repubblica può, *sentito il Presidente del Consiglio*, sciogliere le Camere o una sola di esse. Chi ritiene che con il premierato elettivo verrebbero a ridursi poteri e competenze del Presidente della Repubblica mente sapendo di mentire. Infatti, il ruolo che è chiamato a svolgere il Presidente della Repubblica in Italia è scolpito nelle norme della costituzione e stabilizzato nella prassi degli "uomini del Quirinale"; ed è sintetizzabile nella formula di garante e potere neutro, desumibile dalla funzione costituzionale di capo dello Stato e rappresentante dell'unità nazionale. Un ruolo, quindi, che esclude forme di attività di indirizzo politico e di attivismo decisionale. Quindi, una struttura garante piuttosto che governante. All'interno di un rinnovato quadro costituzionale, che prova a tenere insieme rappresentanza e governabilità. C'è un'altra nobile ragione, che ci induce a volere cambiare la costituzione, sia pure "chirurgicamente" e soltanto nella parte riferita alla forma di governo. Ed è quella sostenuta dallo studioso alla cui memoria questo scritto è dedicato: *riformare la Costituzione del '48 per salvare la Costituzione del '48*, «perché chi ha cuore il futuro del Paese all'interno dell'Unione europea deve interrogarsi se [...] non sia giunto il momento di costruire anche in Italia una democrazia decidente. E regolarsi, al momento del voto, di conseguenza»<sup>35</sup>.

### *Abstract*

Representing and governing is the complex institutional combination that must characterise contemporary democracies. Where one must not prevail over the other. Hence the idea of proposing systems of government that enhance governability without sacrificing representativeness. The premierate, as the new system of government proposed for Italy today, can be considered a valid solution.

<sup>35</sup> B. CARAVITA, *Riformare (finalmente) la Costituzione del '48 per salvare la Costituzione del '48*, in *federalismi.it*, n. 1/2016 (ora in IDEM, *Pluralismo, autonomie, riforme. Vent'anni di editoriali di Beniamino Caravita*, a cura di F. Fabrizio, A.M. Poggi, Torino, Giappichelli, 2023, 359).

# ***Elezione diretta del Presidente del Consiglio: razionalizzazione o mutamento della forma di governo parlamentare?***

*In margine a due recenti disegni di legge di revisione costituzionale e al trentennale (e inconcludente) dibattito sulla riforma della forma di governo in Italia*

di Annamaria Poggi\*



**Sommario:** § 1. – Due recenti disegni di legge sull’elezione diretta del Presidente del Consiglio. I precedenti. § 2. – Perché non è consigliabile (e sarebbe forse incostituzionale) introdurre l’elezione diretta con la sola legge elettorale. § 3. – La costituzionalizzazione dell’elezione diretta del Presidente del Consiglio. Le diverse opinioni. § 4. – La compatibilità della forma di governo parlamentare con l’elezione diretta del Presidente del Consiglio: una questione dibattuta. § 5. – Ripensare la forma di governo parlamentare: verso il parlamentarismo maggioritario.

§ 6. – (*segue*) Le vicende italiane. § 7. – Il rapporto tra Presidente del Consiglio eletto e Presidente della Repubblica: nessun dualismo ma la ri-affermazione di ruoli distinti. § 8. – Le questioni problematiche. In particolare la legge elettorale maggioritaria e l’elezione degli organi di garanzia. § 9. – Conclusioni.

## *§ 1. – Due recenti disegni di legge sull’elezione diretta del Presidente del Consiglio. I precedenti*

Due recenti disegni di legge di revisione costituzionale hanno riaperto il dibattito sulla riforma della forma di governo in Italia e precisamente sul tema della democrazia maggioritaria come innovazione costituzionale.

Il primo (di iniziativa parlamentare)<sup>1</sup> prevede: l’elezione a suffragio universale e diretto del Presidente del Consiglio dei ministri contestualmente alle elezioni delle Camere; l’attribuzione al Presidente del Consiglio del potere di nominare e revocare i ministri; che il Governo si

\* Università degli Studi di Torino.

<sup>1</sup> D.d.l. S. n. 830 «Modifiche costituzionali per l’introduzione dell’elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri» presentato il 1° agosto 2023, primo firmatario Matteo Renzi.

presenti alle Camere per illustrare il proprio programma; che l'approvazione della mozione di sfiducia comporti per il Presidente del Consiglio l'obbligo di rassegnare le dimissioni e che qualora il Governo ponesse la questione di fiducia e ottenesse su di essa un voto contrario, questo potrà chiedere, dal giorno successivo, una seconda deliberazione per verificare che il rapporto di fiducia si sia effettivamente interrotto, obbligando - nel caso - il Presidente del Consiglio alle dimissioni; che in caso di dimissioni, morte o impedimento permanente del Presidente del Consiglio dei ministri, il Capo dello Stato disponga lo scioglimento anticipato delle Camere; la soppressione del semestre bianco e dell'attuale possibilità di scioglimento anticipato anche solo di uno dei due rami del Parlamento da parte Presidente della Repubblica, sentiti i Presidenti delle Camere.

Il secondo (di iniziativa governativa)<sup>2</sup> pur prevedendo anch'esso l'elezione diretta a suffragio universale diretto del Presidente del Consiglio e delle Camere introduce norme di contorno assai differenti quali: la previsione della durata in carica del Presidente del Consiglio in 5 anni; che il Presidente del Consiglio venga eletto nella Camera nella quale ha presentato la sua candidatura; che il sistema elettorale garantisca il 55 per cento dei seggi in ciascuna delle due Camere alle liste e ai candidati collegati al Presidente del Consiglio dei ministri; che il Presidente della Repubblica conferisca al Presidente del Consiglio dei ministri eletto l'incarico di formare il Governo e di nominare, su proposta del Presidente del Consiglio, i ministri; che entro dieci giorni dalla sua formazione il Governo si presenti alle Camere per ottenerne la fiducia e, in caso negativo, il Presidente della Repubblica rinnovi l'incarico al Presidente eletto e che in caso di mancato ottenimento della fiducia per la seconda volta esso proceda allo scioglimento delle Camere; che in caso di cessazione dalla carica del Presidente del Consiglio, il Presidente della Repubblica possa conferire l'incarico di formare il Governo al Presidente del Consiglio dimissionario o a un altro parlamentare che sia stato candidato in collegamento al Presidente eletto e che in caso di mancato ottenimento della fiducia esso proceda allo scioglimento delle Camere; la soppressione delle disposizioni che consentono al Presidente della Repubblica di nominare senatori a vita e di sciogliere anche solo una delle Camere.

Si tratta di due impianti assai diversi, tenuti però in comune dal punto focale che è costituito dall'elezione diretta a suffragio universale

---

<sup>2</sup> D.d.l. S. n. 935 «Modifiche agli articoli 59, 88, 92 e 94 della Costituzione per l'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri, il rafforzamento della stabilità del Governo e l'abolizione della nomina dei senatori a vita da parte del Presidente della Repubblica» presentato dal Presidente del Consiglio Giorgia Meloni e dal Ministro per le riforme istituzionali e la semplificazione normativa, Alberti Casellati.

importanti democrazie continentali che ad esso, anche se con vari adattamenti legati al contesto, si erano ispirate»<sup>63</sup>. Proprio perciò prima di porre la questione delle riforme costituzionali occorrerebbe decidere cosa si ritiene necessario nella nostra contemporaneità: se la stabilità governativa o la rappresentatività.

A me pare che entrambe le questioni esigano risposte e, soprattutto, che non si possano considerare alternative, poiché una democrazia matura dovrebbe, invece, tendere a dar vita a formule che tengano insieme l'uno e l'altro aspetto. In fondo, la stessa idea della razionalizzazione della forma di governo parlamentare è proprio partita dall'esigenza di tenere in equilibrio le due esigenze che tali rimangono, entrambe dotate di proprie profonde ragioni.

### *Abstract*

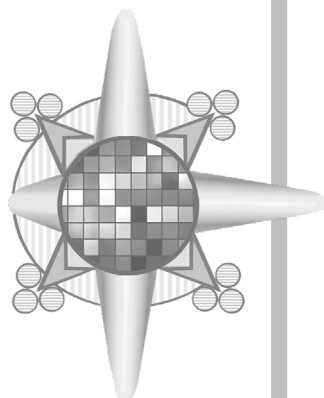
The aim of this work is to "take seriously" the proposal for the direct election of the Prime Minister by addressing, not so much the individual technical aspects (which may be subject to modifications in parliament), but the fundamental issues that it raises on the table, including two of which in particular: whether this introduction constitutes a response to the problems of the Italian system and whether it involves a rationalization or change in the parliamentary form of government.

---

<sup>63</sup> *Ibidem.*

# Cronache extravaganti

---



Message in a bottle  
di Aljs Vignudelli

*Lo Stato, XX volumi per il X genetliaco*  
(Fondazione Cesifin – Alberto Predieri, Firenze, 10 ottobre 2023)

*La Città Medicea celebra il Ducato degli Este*  
di Giuseppe Morbidelli

---

*La politica culturale attraverso una rivista scientifica*  
di Massimo Luciani

---

*La forma e l'oggetto de Lo Stato*  
di Giuseppe Ugo Rescigno

---

*I primi dieci anni della Rivista Lo Stato: fra tradizione e innovazione*  
di Ginevra Cerrina Feroni

---

*Il presente e il passato nella cultura teorico-giuridica*  
di Pietro Costa

---

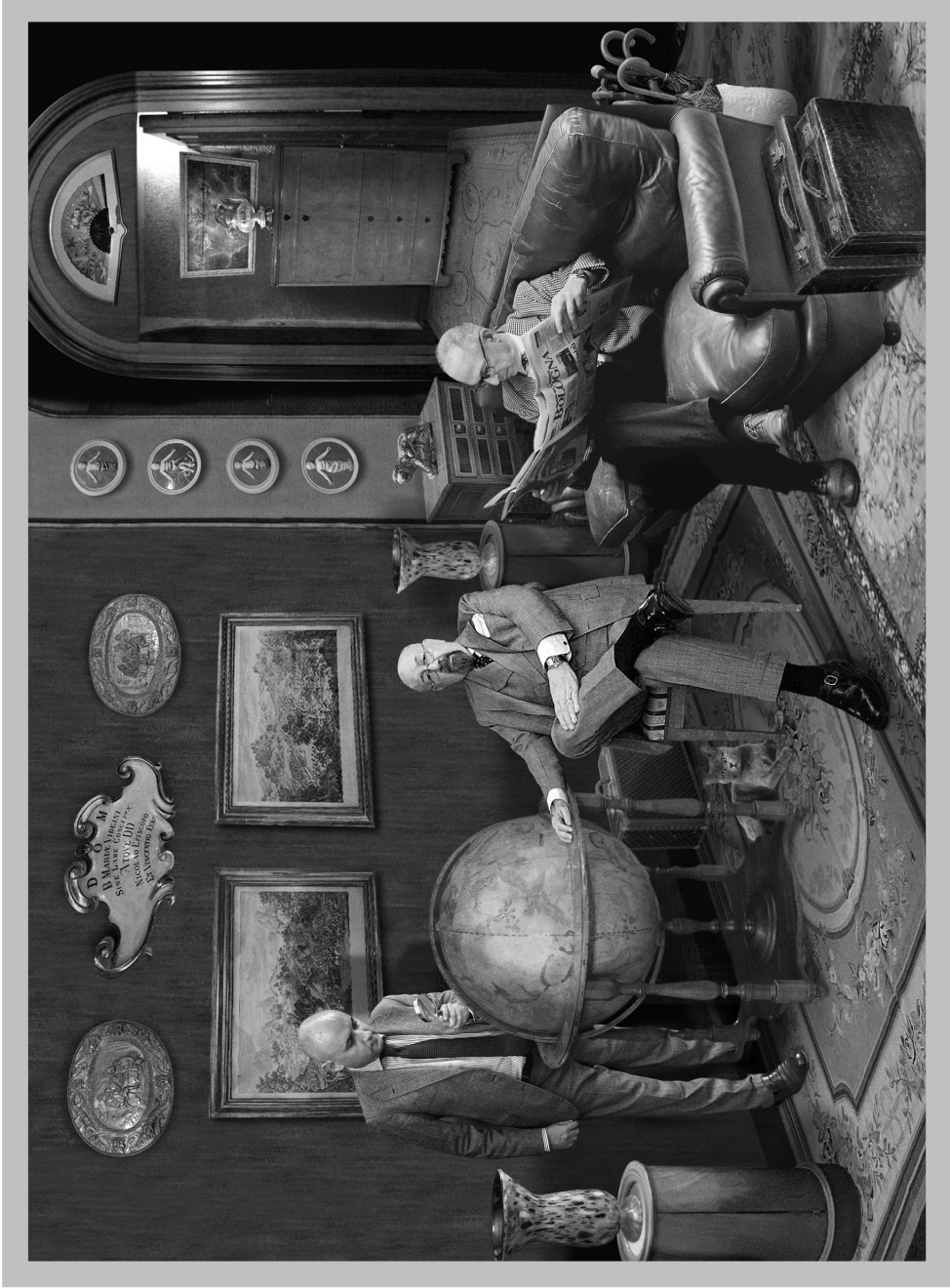
*Considerazioni sparse sui Maestri del Novecento*  
di Vincenzo Varano

---

*Tutti in cortile*  
di Fulvio Cortese

---

*Résumé s'il vous plait*  
di Aljs Vignudelli

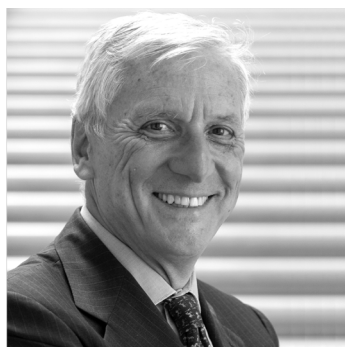


da sinistra Federico Pedrini, Alfy Vignudelli, Luca Vespignani



# *La politica culturale attraverso una rivista scientifica*

di Massimo Luciani\*



*Emerito di Istituzioni di diritto pubblico dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza" e Socio Corrispondente dell'Accademia Nazionale dei Lincei. È stato Presidente dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti per il triennio 2015-2018 nonché Presidente della Associazione Gruppo di Pisa per il triennio 2008-2010. È stato insignito del "Premio Sandulli" 2017 nonché, il 13 novembre 2018, del titolo di Dottore honoris causa dell'Università di Aix-Marseille (La Redazione).*

Grazie per avermi chiamato a partecipare a questa celebrazione, che in realtà è una discussione su un impegnativo progetto editoriale.

«Je me fais de l'université une idée plus médiévale». Con queste parole Michel Villey prendeva posizione sulle riforme universitarie francesi degli anni Settanta e Ottanta e la prendeva quando aveva ancora un senso farlo. Oggi ne ha meno, perché non solo non esiste più quell'università medievale, ma non esiste più (salvo qualche *distinguo* di cui dirò) nemmeno la sua forma – diciamo così – humboldtiana, la quale a ben vedere costituiva la proiezione e l'adattamento illuministico di quell'antico modello. Che le cose stiano così, nondimeno, non vuol dire ch'esse tali debbano restare. Non v'è – infatti – alcun vincolo promanante da chissà quali superiori fonti che obblighi a conservar le cose in questo stato. Non c'era in occasione della triste vicenda del 3+2, quando ci fu fatto credere all'esistenza di un vincolo europeo (mentre c'erano i soli "principi di Bologna", stipulati in una riunione che non era nemmeno ai più alti livelli politici) e non c'è adesso.

Questo vuol dire che se non si vuole che si perpetui la desolante condizione attuale occorre sforzarsi di contrastarla e occorre farlo anche promovendo politica culturale, nella consapevolezza che i problemi sono risolvibili unicamente nel tempo medio, se non addirittura lungo. Ebbene: *Lo Stato* è un episodio importante di questa possibile

---

\* Sapienza – Università di Roma.

# La forma e l'oggetto de Lo Stato

di Giuseppe Ugo Rescigno\*



*Emerito di Istituzioni di diritto pubblico dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza". È stato Preside della Facoltà di Economia di Modena nonché consigliere comunale dal 1980 al 1987 e assessore alle finanze dal 1985 al 1988. È stato componente della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali dal 1996 al 2000, nonché membro del Collegio garante della costituzionalità delle norme della Repubblica di San Marino (La Redazione).*

Vogliamo festeggiare i dieci anni e i venti numeri della rivista *Lo Stato* e naturalmente dobbiamo parlarne. Sotto quanti e quali aspetti si può parlare di una rivista? Ho provato a fare un elenco, come fosse una *check list* con cui controllare i venti numeri. Era incredibilmente lunga (e naturalmente non esaustiva) e, soprattutto, o noiosa se mi limitavo ad elencare i diversi aspetti dando loro un nome e una valutazione, oppure senza un centro, o meglio con molti centri, l'uno indipendente dall'altro, e tali comunque da esigere una trattazione lunghissima solo al fine di far emergere gli aspetti più importanti e significativi.

Ho deciso dunque di limitarmi a due centri, e per ciascuno di essi di fare alcune esemplificazioni e un breve commento: il primo centro ruota intorno alla forma esteriore della *Rivista*, dalla sua articolazione interna alla grafica, e alle altre innumerevoli domande che il tema comporta; il secondo riguarda direttamente il titolo e il sottotitolo, e cioè l'oggetto della *Rivista*, quale doveva essere e dovrebbe essere nelle intenzioni della redazione e del suo direttore, e quale si manifesta negli scritti (limitandomi per questo aspetto ai saggi dell'ultimo numero).

Svolgo ora i punti che esamino secondo il criterio prima detto.

Perché una rivista semestrale? Per alcuni tipi di riviste la scelta della periodicità è quasi obbligata: una rivista che si pone il compito primario, anche se non esclusivo, di informare sulla giurisprudenza della Cassazione non può andare oltre il mese (ed oggi deve essere *on line*, fatta salva la possibilità della stampa successiva, se la cosa regge economicamente, oppure se esiste la possibilità di stampare a paga-

---

\* Sapienza - Università di Roma.

# *I primi dieci anni della rivista Lo Stato: fra tradizione e innovazione*

di Ginevra Cerrina Feroni\*



*Ordinaria di Diritto pubblico comparato presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze. È Vice-Presidente del Garante per la protezione dei dati personali. Ha fatto parte della Commissione degli esperti nominata dal Governo nel giugno 2013 per la riforma della Costituzione. È stata Vice-Presidente dell'Associazione Diritto pubblico comparato. È componente del Comitato Livelli essenziali delle Prestazioni (CLEP). (La Redazione).*

Sono onorata di essere stata invitata a celebrare i dieci anni di questa *Rivista*. Un'occasione speciale per rendere omaggio ad un Maestro e caro amico come Aljs Vignudelli che ha dato vita – insieme ad Agostino Carrino – ad un progetto coraggioso. Ovvero una rivista cartacea – nel momento della massima crisi delle riviste cartacee – che è riuscita in pochi anni a diventare un punto di riferimento autorevole nella riflessione giuspubblicistica italiana in un panorama sempre più omologato, anche culturalmente.

Una *Rivista* che si distingue per eleganza e sobrietà, diciamo, un po' d'altri tempi. Il che non è una casualità, ma una precisa scelta stilistica e, appunto, culturale. Elegante come la foto in color seppia di Aljs con i suoi allievi che fa bella mostra in apertura del primo numero del 2023 e che ricorda le raffigurazioni fotografiche di fine '800 dei Fratelli Alinari, o come i biglietti di accompagnamento ai graditi omaggi della *Rivista* vergati in persona dal suo Direttore con ricercati pennini ad inchiostro.

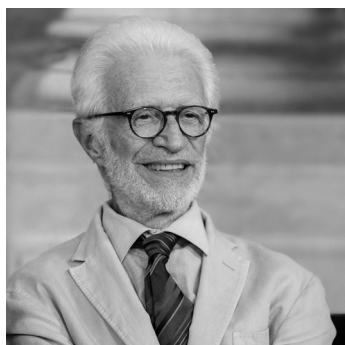
Aljs Vignudelli ci offre, anche sotto questo profilo, e gli va dato merito, l'immagine di una Università che per certi aspetti non esiste più, luogo di elezione anche di forme, di simboli, di riti. Dove il rispetto della forma, dell'educazione, del buon gusto non è vuota retorica ma è sostanza delle cose, e direi anche tradizione ed etica accademica. E dove determinati "codici" da gentiluomo si dovrebbero tramandare da Maestro ad allievo, e poi dall'allievo – che diventa a sua volta Maestro

---

\* Vice Presidente Fondazione Cesifin.

# *Il presente e il passato nella cultura teorico-giuridica*

di Pietro Costa\*



*Emerito di Storia del diritto medievale e moderno dell'Università degli Studi di Firenze nonché Socio Nazionale dei Lincei. Ha insegnato nelle Università di Macerata, Salerno e Firenze. È stato Direttore del Dipartimento di Teoria e Storia del diritto di Firenze nei primi anni Ottanta. Ha diretto la rivista Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno dal 2001 al 2011. Ha ricevuto dall'Università di Lucerna una laurea honoris causa nel 2022 (La Redazione).*

La rivista *Lo Stato* è giunta al suo ventesimo volume: è un evento festoso per tutti i cultori delle discipline che trovano nella rivista fondata e diretta da Aljs Vignudelli una preziosa fonte di informazione, dibattito e stimolo culturale.

La *Rivista* è stata già ampiamente presentata e il compito assegnatomi dal suo direttore è commentarne una specifica sezione: i *Materiali*. Ovviamente, la gran parte dei presenti avrà già avuto mille occasioni per consultarne i contenuti. Mi limiterò quindi a comunicare qualche rapida impressione.

Il nome (*Materiali*) rischia di peccare per eccesso di *understatement*. Un lettore alle prime armi potrebbe addirittura aspettarsi di avere a che fare con una sorta di magazzino per gli attrezzi, un luogo di deposito di documenti casualmente assemblati e incompiutamente elaborati. Non è questo il caso. In questa sezione troviamo testi perfettamente conclusi e concludenti, scelti in modo tutt'altro che casuale. Il principale criterio ispiratore nella scelta dei testi mi sembra il seguente: individuare personalità di rilievo nel presente e nel recente passato della cultura teorico-giuridica e pubblicare, di ciascuno degli autori prescelti, un testo, relativamente poco noto.

Gli autori individuati sono per lo più strettamente collegati con la scienza costituzionale e con la teoria del diritto cui il sottotitolo della rivista fa riferimento, ma non mancano autori meno prevedibili. La pre-

---

\* Università degli Studi di Firenze.

# Considerazioni sparse sui Maestri del Novecento

di Vincenzo Varano\*



*Emerito di Diritto privato comparato nell'Università degli Studi di Firenze, è stato Preside della Facoltà di Giurisprudenza nel triennio 1990-1993. È condirettore della Rivista di Diritto civile e dell'Annuario di Diritto comparato e Studi legislativi. È stato Visiting Professor nelle Università di Cornell (1979), Northwestern (1989), New York (1994-2013). È stato membro del Consiglio direttivo dell'Associazione italiana di Diritto comparato (La Redazione).*

Ringrazio innanzi tutto il Prof. Vignudelli – fondatore e direttore de *Lo Stato* – e l'amico carissimo Giuseppe Morbidelli, Presidente di Cesifin, per l'invito a partecipare ai festeggiamenti per il decimo anniversario della *Rivista*.

La felice sopravvivenza per un decennio di una rivista semestrale, in formato cartaceo, tipicamente una raffinata rivista di approfondimento e di dibattito, in un'epoca dominata dal *web*, nella quale sempre più spesso la conoscenza viaggia *online* e si consuma con estrema rapidità, dev'essere davvero un'impresa difficile.

Desidero quindi per prima cosa rallegrarmi per i primi dieci anni di vita di questa *Rivista*, e per il suo ottimo stato di salute, e complimentarmi con il Professor Vignudelli, con il Comitato di redazione, e con l'ampio e assai rappresentativo Comitato scientifico, formato da alcune eminenti figure di studiosi italiani e stranieri, per il successo che hanno dimostrato di saper conseguire.

Vengo poi a dire qualcosa della *Rivista*. In particolare, mi è stato chiesto di parlare di una sezione, ossia la sezione dedicata ai *Maestri del Novecento*, che non inizia con il primo fascicolo della *Rivista*, ma dopo i primi numeri. Tuttavia, spero che mi consentirete di svolgere qualche altra breve osservazione su un periodico, che ha certamente nella sezione appena citata una delle sue caratteristiche più originali, ma che offre molteplici spunti di interesse.

Cerchiamo dunque di individuare quelle che a mio parere sono alcune delle ragioni della vitalità della *Rivista*.

---

\* Università degli Studi di Firenze.

## Tutti in cortile

di Fulvio Cortese\*



Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Trento. È Vice-Presidente del CUN. Dal 2016 fa parte del CdA della Fondazione Trentina Alcide De Gasperi, dal 2011 è membro dell'AIDEL e di ASTRID e dal 2014 della International Society of Public Law. È Socio Corrispondente residente dell'Istituto Veneto di Scienze Lettere ed Arti. Oltre a far parte del Comitato scientifico di importanti riviste giuridiche è Direttore responsabile della Rivista - online e in Open Access - Antologia di Diritto Pubblico (ADP). È condirettore della Collana Studi di diritto pubblico (La Redazione).

Buon pomeriggio a tutti. In questo contesto mi sento in una condizione molto particolare, che è quella di chi partecipa a una festa di compleanno e riceve anche un regalo. Di solito chi partecipa al compleanno di qualcuno porta il regalo: arriva e omaggia il festeggiato. E invece quello di oggi, per me, come credo per tutti i presenti, è un regalo che il festeggiato stesso ha pensato di preparare ai suoi ospiti. Lo dico per tutto ciò che (di bello) abbiamo sentito finora, e specialmente per la possibilità, che ci è stata offerta, di partecipare a una sorta di *stato d'animo comune*. Quello stato d'animo che si avverte già, e soprattutto, nell'Editoriale del numero celebrativo di questi primi dieci anni de *Lo Stato*: un testo in cui – come ha evidenziato assai bene Massimo Luciani nel suo intervento – emerge un legame molto stretto tra la materia oggetto di approfondimento e quello che siamo, non solo come studiosi, ma anche, in fondo, come uomini.

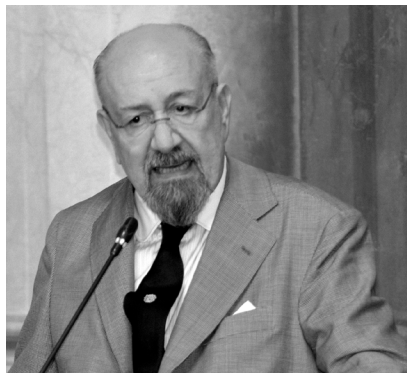
È un legame, peraltro, particolarmente stretto. Tanto stretto dall'evocare il *mondo piccolo* di Giovannino Guareschi, che tanto piccolo, a ben guardarci, non è, perché al suo interno nasconde un cosmo, un universo, una visione del mondo più grande: nel nostro caso, una idea del diritto, dell'ordinamento, dello Stato, che la *Rivista* che viene ora festeggiata cerca di assecondare e, quasi, di tutelare; e questa idea corrisponde proprio ad un mondo che, per l'appunto, non è piccolo, bensì enorme, con una propria *tradizione*, con i propri miti ed eroi, con le proprie leggende.

---

\* Vice Presidente del Consiglio Universitario Nazionale.

# Résumé s'il vous plait

di Aljs Vignudelli\*



*Emerito di Diritto costituzionale dell'Università degli Studi di Modena e Reggio-Emilia. È Presidente di Seminarî Mutinensi Associazione per la ricerca, l'organizzazione e la promozione della cultura giuspubblicistica. Direttore della Rivista semestrale Lo Stato, nonché delle collane Quaderni de Lo Stato, Piccole Conferenze e Poggiolo dei Medardi. Inoltre, è Direttore responsabile de Il Gazzettino dei Seminarî Mutinensi. È stato Presidente del CAAB s.c.p.a. di Bologna e di Fondartigiani (Fondo pensioni integrative dell'artigianato italiano). (La Redazione).*

Innanzitutto, una buona notizia: sarò breve. E due premesse. Non voglio occuparmi della prospettiva *esterna* al discorso su *Lo Stato*, relativamente alla quale rinvio al piccolo "affresco" (storico, sociologico, giuridico e culturale), pubblicato sul pezzo d'apertura dell'ultimo numero della *Rivista*. Allo stesso modo, non mi voglio occupare neppure della prospettiva *interna* a *Lo Stato*, dedicata al lato teorico e metodologico, perché anche di quella ho parlato nell'editoriale, per cui sarebbe banalmente un ri-dire. Mi occuperò, come suggeriva che avrei dovuto fare l'amico Morbidelli, della vita della *Rivista* e della mia direzione, anche nell'ambito della più ampia cornice dei *Seminarî Mutinensi*. Ma, visto che in un certo qual modo sono stato "tirato per la giacchetta" durante alcuni interventi, anche dall'amico Massimo Luciani, quando si riferiva alla prima parte del mio editoriale, che comunque lui correttamente ha interpretato come non nostalgica, spenderò due parole al riguardo.

Le malelingue potranno darmi del passatista ma io vengo dalla vecchia scuola borghese e selettiva. Frequentavo Palazzo Carnacini, il mitico rettore dell'Università di Bologna, perché ero compagno di corso e amico del figlio Carlo. E quindi ci capitava talora di fare capolino (o addirittura appoggiarci) presso la redazione della *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, sita al pianterreno del Palazzo di via Guido Reni, dove c'era tutto un via vai di collaboratori, studiosi e professionisti (fra i quali il garbato e affettuoso Mario Vellani, primo

---

\* Presidente dei *Seminarî Mutinensi*.

# Maestri del Novecento

---



*Amedeo Giovanni Conte (1934-2019)*  
di Paolo Di Lucia

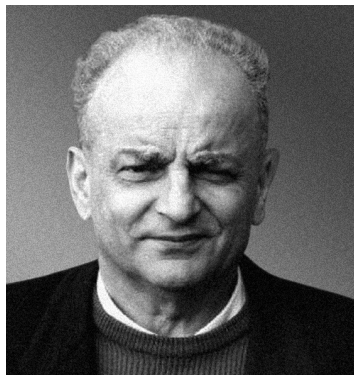
---

*Salvatore Pugliatti*  
di Giovanni D'Amico



# Amedeo Giovanni Conte (1934-2019)

di Paolo Di Lucia\*



**Sommario:** § 1. – L’opera di Amedeo Giovanni Conte. § 2. – Gli anni della formazione. § 3. – Il contributo agli studi di teoria generale del diritto. § 4. – Lo sviluppo di una deontica filosofica. § 4.1. – Deontica della validità. § 4.2. – Deontica dell’adeontico: regole costitutive e regole anankastiche. § 4.3. – Dalla deontica di Wittgenstein alla filosofia della costitutività. § 5. – La scoperta del “nomotropismo”. § 6. – Le ricerche filosofiche sul vero e sul falso. § 7. – L’insegnamento universitario. § 8. – La filosofia in Amedeo Giovanni Conte.

## § 1. – L’opera di Amedeo Giovanni Conte

Amedeo Giovanni Conte (Pavia, 24 maggio 1934 – Cava Manara, 17 maggio 2019), già professore emerito nell’Università di Pavia e socio dell’Accademia Nazionale dei Lincei, è stato – come ha scritto Tecla Mazzaresse – «uno degli esponenti più autorevoli, e di sicuro tra i più estrosi e originali, della filosofia di indirizzo analitico anche ma non solo in Italia»<sup>1</sup>.

Alla fine degli anni Cinquanta del Novecento, poco più che ventenne, egli ha fatto parte di quella generazione di studiosi che, raccolti attorno alla figura di Norberto Bobbio, «avevano iniziato la loro carriera accademica dopo la guerra, e il cui capostipite era stato Scarpelli»<sup>2</sup>. Essi coltivavano studi di teoria generale del diritto adoperando il metodo analitico e avevano interessi di linguistica e di logica, discipline che si andavano affermando nel nostro Paese.

«Nati su per giù tra la fine degli anni Venti e il principio degli anni Trenta diedero inizio dagli anni Cinquanta in poi (*Filosofia analitica e giurisprudenza* di Scarpelli è del 1953) a un indirizzo di studi di teoria generale del diritto, che non aveva molti precedenti nel nostro Paese, salvo autorevoli eccezioni sia da parte dei filosofi (Ravà, Alessan-

\* Università degli Studi di Milano.

<sup>1</sup> T. MAZZARESE, *Introduzione. Il coraggio di entrare in un labirinto*, in *Riv. fil. dir.*, IX, n. 1/2020, 8 (il Fascicolo *In ricordo di Amedeo G. Conte* include contributi di Paolo Di Lucia, Lorenzo Passerini Glazel, Antonio Incampo, Giuseppe Lorini, Wojciech Zelaniec).

<sup>2</sup> N. BOBBIO, *Giovanni Tarello*, in *IDEM, La mia Italia*, Firenze, Passigli, 2000, 177.

dro Levi, Cesarini Sforza) sia da parte dei giuristi (primo fra tutti Santi Romano)»<sup>3</sup>.

La notorietà delle ricerche di Amedeo Giovanni Conte – come si è detto con le parole di Tecla Mazzaresse – si è estesa anche al di fuori dei confini nazionali ed «è stata certo favorita dalla vocazione al confronto internazionale che la scuola italiana di filosofia analitica del diritto mostra già dai suoi primi incontri, convegni e seminari»<sup>4</sup>.

Nel 1960, insieme a Renato Treves, Bobbio aveva organizzato a Bellagio un seminario internazionale sul positivismo giuridico, invitando Herbert Hart e Alf Ross. Nell'anno successivo l'esperienza si era ripetuta. Questa volta l'argomento in discussione era stato il concetto di 'obbligo' e Conte era tra i più giovani partecipanti, come documenta una sbiadita fotografia di gruppo scattata a Villa Serbelloni, donata da Treves all'Istituto di Filosofia e sociologia del diritto dell'Università di Milano (e oggi conservata nella sala di lettura intitolata alla memoria di Uberto Scarpelli). Tra gli ospiti stranieri, a Bellagio, oltre a Hart, vi erano John Rawls, Genaro Carrió, Ronald Dworkin.

Successivamente – ricorda ancora Tecla Mazzaresse – «al dialogo con, e al confronto di, studiosi di paesi differenti [...]» Conte «ha contribuito in prima persona anche ma non solo con i propri rapporti con Georg Henrik von Wright e Ota Weinberger [...], con Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin [...], con molti esponenti della grande scuola polacca di filosofia analitica del secondo Novecento: Jerzy Kalinowski, Kazimierz Opalek, Jerzy Wróblewski, Wojciech Żelaniec, Zygmunt Ziembinski»<sup>5</sup>.

Impressionante è la varietà delle discipline che Conte ha esplorato nella sua vita di studioso, come testimonia l'imponente bibliografia dei suoi scritti: dal primo libro, intitolato *Ricerche in tema di interpretazione analogica* (Pavia, Tipografia del Libro, 1957) fino all'ultimo, intitolato *Adelaster. I nomi del vero* (Milano, LED, 2016), passando per i tre volumi di *Filosofia del linguaggio normativo* (Torino, Giappichelli, vol. I: 1989; vol. II: 1995; vol. III: 2001), per *Filosofia dell'ordinamento normativo* (Torino, Giappichelli, 1997) e per *Sociologia filosofica del diritto* (Torino, Giappichelli, 2011). Tra la prima e l'ultima pubblicazione si contano circa 450 scritti che spaziano dalla logica deontica alla semantica del linguaggio normativo, dalla pragmatica all'ontologia, dalla critica filosofica alla critica filologica.

Senza alcuna pretesa di esaurire la ricchezza dei temi e dei problemi affrontati da Conte, il compito che mi prefiggo è ripercorrere cin-

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> T. MAZZARESE, *Introduzione. Il coraggio di entrare in un labirinto*, cit., 8.

<sup>5</sup> *Ivi*, 8.

Di quella «creatività lucida e teoretica», di cui ha parlato Lorenzo Passerini Glazel, è stata incessante testimonianza l'attività filosofica di Conte, sempre intesa, come egli stesso ebbe a definirla, come «qualcosa di più che semplice ricerca», come «costruzione di possibilità», «esplorazione del possibile»<sup>27</sup>, nello spirito di quanto aveva scritto Ludwig Wittgenstein: «La nostra ricerca si rivolge non ai fenomeni [*Erscheinungen*], ma, si potrebbe dire, alle “possibilità” dei fenomeni [*Möglichkeiten der Erscheinungen*]»<sup>28</sup>.

### *Abstract*

Amedeo Giovanni Conte has been – as Tecla Mazzaresse wrote – one of the most important exponents of analytical philosophy, as he is among the most whimsical and creative representants of this current (in Italy and abroad). The essay presents five fundamental moments during A.G. Conte's philosophical research: starting off with his formation in the “analytical circle” in Turin under Norberto Bobbio's guide, getting to his items on legal theory about completeness of the legal system; from the philosophical deontics' development to his researches in philosophical law sociology on nomotropism and on the act-according-to the rules; and eventually getting to the philosophy of true and of false, which he exposed in his last work *Adelaster. I nomi del vero* (2016).

---

to da un Prefazione del poeta e filologo svizzero di lingua italiana Giorgio Orelli. Tutte le quarantanove liriche di Conte incluse in *Kenningar* sono riprodotte e tradotte dall'italiano al portoghese e all'inglese da D. CORRADINI, H. BROUSSARD, *Per Amedeo G. Conte, poeta di Kenningar. Con testo originale e due traduzioni*, in *ISLL Papers. The Online Collection*, 1-20.

<sup>27</sup> A.G. CONTE, *La filosofia e il suo linguaggio*, in F. VACCARI (a cura di), *Pavia: riflessi di cultura umanistica*, Pavia, Edizioni Guardamagna, 1992, 36.

<sup>28</sup> L. WITTGENSTEIN, *Ricerche filosofiche*, trad. it. di R. Piovesan, Torino, Einaudi, 2009, 60.

# Salvatore Pugliatti

di Giovanni D'Amico\*



**Sommario:** § 1. – Premessa. Un protagonista della cultura giuridica italiana del Novecento. § 2. – Gli esordi. § 3. – La “svolta” metodologica degli anni a cavallo della Seconda guerra mondiale. § 4. – (*segue*) Continuità e novità nell’atteggiamento di Pugliatti intorno al fenomeno giuridico e al ruolo della scienza giuridica. La “polemica” sui concetti giuridici. § 5. – L’avvento della Costituzione e la partecipazione al dibattito sulla necessità della sua attuazione. § 6. – Il saggio su *La giurisprudenza come scienza pratica*. § 7. – Gli anni Sessanta:

ta: consolidamento e sistemazione organica degli studi dei decenni precedenti. L’impegno nella neonata *Enciclopedia del diritto*. § 8. – Le ricerche degli ultimi anni. “Continuo” e “discontinuo” nel diritto.

## § 1. – Premessa. Un protagonista della cultura giuridica italiana del Novecento

Salvatore Pugliatti (1903-1976) è stato uno dei protagonisti assoluti della scienza civilistica e della cultura giuridica italiana nell’arco di un cinquantennio del secolo scorso.

Si era laureato nel luglio del 1925 con Gioacchino Scaduto, che – nel corso della seduta di laurea – dichiarò di essere «lieto di presentare un giovane di talento, che presto siederà tra noi». Previsione puntualmente realizzatasi, in quanto il giovane studioso conseguirà nel 1930 (a soli 27 anni) la libera docenza presso la Facoltà giuridica messinese, dove svolgerà il suo magistero sino al congedo nel 1973, per raggiunti limiti di età, cui seguirà l’improvvisa morte a Ragusa qualche anno dopo (nel 1976).

Durante questo arco temporale (il cui termine *a quo* può farsi risalire al 1927, anno in cui viene pubblicato l’articolo su *L’atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*<sup>1</sup>) si dipana una intensa attività scientifica e si consolida una presenza di primo piano sulla scena giuridica italiana, attestata anche dalla fondazione di una Scuola (la Scuola giu-

\* Università Mediterranea di Reggio Calabria.

<sup>1</sup> Negli *Annali dell’Istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali* dell’Univ. di Messina (poi ripubblicato anche in S. PUGLIATTI, *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica*, Milano, Giuffrè, 1951, 3-32).

ridica messinese) che, sotto la sua guida, acquisirà anch'essa ben presto considerazione e prestigio nell'ambito della dottrina italiana, anzitutto in quella civilistica (in particolar modo con Angelo Falzea – principale continuatore della Scuola, e a propria volta Maestro di allievi come Lorenzo Campagna, Vincenzo Scalisi, Raffaele Tommasini –, ma anche con altre figure di rilievo come Vincenzo Michele Trimarchi, Vincenzo Panuccio e Orazio Buccisano; per non dire di studiosi come Rosario Nicolò e Ugo Natoli, la cui carriera accademica si svolgerà tuttavia in sedi diverse da quella messinese, il primo a Roma, il secondo a Pisa, in entrambi i casi dando vita ad ulteriori e rinomate "Scuole" civilistiche), ma poi anche nell'ambito di altre discipline (basti qui ricordare i nomi del filosofo del diritto Rodolfo De Stefano, e di processualisti come Monacciani e Giuseppe De Stefano).

Difficile (se non impossibile) riassumere in poche pagine la ricchezza del contributo dato da Pugliatti alla scienza giuridica italiana<sup>2</sup>, specie se si pensasse di illustrare questo contributo attraverso l'analisi dei numerosissimi "saggi" (forma letteraria prediletta dal Nostro) in cui il Maestro ha affrontato – di volta in volta – istituti e temi centrali del diritto civile (dalla proprietà al negozio giuridico, dalla pubblicità alla rappresentanza, e così via). Quel che si cercherà, invece, di evidenziare è il "percorso intellettuale" che ha caratterizzato l'atteggiamento di Pugliatti nei confronti del fenomeno giuridico, il modo in cui si è evoluto nel tempo il metodo (nel senso etimologico del termine *μέθοδος*, composto di *μετα-* e *ὁδός*, e, dunque, letteralmente 'via per') che il Maestro ha progressivamente messo a punto, riflettendo sulla natura della regolazione giuridica della vita sociale e sull'atteggiamento che la "scienza" del diritto deve assumere nei confronti del proprio oggetto.

Non ci sono scritti che Pugliatti dedichi espressamente a questo problema. Piuttosto le indicazioni di "metodo" risultano disseminate (o, comunque, traspaiono abbastanza chiaramente) nell'analisi di specifici istituti o categorie, all'interno della quale Pugliatti inseriva frequentemente considerazioni più generali<sup>3</sup>, volte ad indicare la maniera

<sup>2</sup> *L'opera omnia*, in campo giuridico, di Salvatore Pugliatti è ora raccolta nei sei volumi di *Scritti giuridici* (Milano, Giuffrè, 2008-2012), di cui la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Messina ha curato la pubblicazione per ricordare il Maestro. Nelle pagine che seguono le citazioni saranno effettuate avendo riguardo ai luoghi originari in cui sono apparsi i contributi citati, ovvero a raccolte "settoriali" successive (curate, per lo più, dallo stesso Pugliatti) in cui questi contributi sono stati ripubblicati in sillogi organiche (si vedano le indicazioni che forniamo *infra*, a pag. 14).

<sup>3</sup> Esempio, da questo punto di vista, è il saggio su *Fiducia e rappresentanza indiretta* (in *Riv. it. di scienze giuridiche*, 1948, 182 ss., poi ripubblicato in S. PUGLIATTI, *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica*, cit., 201-333), dove in ben 25 pagine di *Premessa* Pugliatti sviluppa quello che Grossi ha definito un vero e proprio «breviario metodologico» (cfr. P. GROSSI, *Salvatore Pugliatti giurista inquieto*, in AA.VV., *Salvatore Pugliatti giurista. Ricordo nel I centenario della nascita (1903-2003)*, Incontro di studio tenutosi a Messina, 27-28 giugno 2003, ora in *Riv. dir. civ.*, 2004, 609).

secondo non si esaurisce nel primo. Il “sistema normativo” (ossia, il sistema delle norme vigenti in un dato momento) costituisce il “discontinuo astratto”, ma è solo una parte del “sistema del diritto”, che non si riduce alle norme, ma ingloba l’intera realtà storico-sociale e rappresenta il “continuo” mobile del fenomeno giuridico, il quale è fatto anche della spontanea e concreta attuazione che i valori giuridici ricevono da parte dei consociati.

“*Continuo*” (della realtà storico-giuridica, in perenne divenire) e “*discontinuo*” (del “sistema normativo”, quale risulta cristallizzato – sincronicamente – nel momento in cui la scienza giuridica, di volta in volta, ne ricostruisce le coordinate concettuali) convivono in costante dialettica, il che comporta che la loro “unità” e la loro “sintesi” (che è sintesi di fatti e di norme, di forma e di sostanza) è destinata a modificarsi continuamente, rifuggendo da qualsiasi pretesa di assolutezza e/o di a-temporalità.

La scienza giuridica, che pur non può rinunciare all’astrattezza formale dei concetti, trova la propria compiuta legittimazione in questa capacità di rinnovare il proprio apparato dogmatico alla luce delle sollecitazioni che provengono dalla realtà e dalla storia. Conclusione, quest’ultima, che ci sembra possa indicarsi come la “cifra” più autentica, idonea a descrivere il percorso (e il travaglio) di un giurista straordinario, che ha rappresentato (e continua ancor oggi a rappresentare) un punto di riferimento ineludibile per chi voglia ricostruire la storia del “Novecento giuridico” in Italia<sup>48</sup>.

## Abstract

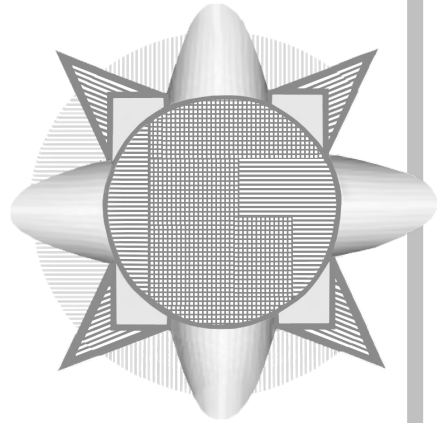
Salvatore Pugliatti was one of the greatest representative of Italian legal science in the twentieth century. The essay traces, in particular, the evolution of Pugliatti’s thoughts on the nature of law and the role of legal science.

<sup>48</sup> Possono qui ricordarsi le parole che lo stesso Pugliatti utilizza per descrivere la parabola novecentesca della scienza giuridica in generale, ma che sono anche parole che descrivono la traiettoria personale che ha segnato la lunga e preziosa ricerca pugliattiana: «[...] ormai da anni la concezione puramente formalistica del diritto cede il terreno di fronte ad una considerazione più ricca e piena, quella dell’esperienza giuridica nelle sue molteplici articolazioni e sfaccettature. E non è consentito al giurista che sia – come deve essere – sensibile alla funzione del diritto, oltre che al fascino degli schemi concettuali, chiudere gli occhi di fronte a quelle correnti che tentano di valorizzare il diritto vivente o l’attuazione spontanea. Il pre- o metagiuridico, il sociologico, non si possono facilmente accantonare. Il diritto è espressione della concreta realtà delle società umane, e non si lascia privare di quella dimensione, che è costituita dal dato sociale. Insomma: la società e la storia bussano alla porta del giurista, ed egli non può fingersi sordo, o tentare di abituarsi al rumore, per non subirne più la molestia» (S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, in IDEM, *Grammatica e diritto*, cit., 89).

# NEL CORTILE DEL BANANO

Taccuino di piccole recensioni e schede bibliografiche

---



## Recensioni

---

*La feconda ambiguità del rule of law*  
di Angelo Jr Golia

---

*Garantismo, una messa a fuoco.*  
*A proposito di un nuovo libro di Vincenzo Roppo*  
di Michele Marchesiello

---

*Unicuique suum. Per una rinnovata cultura della certezza giuridica*  
di Federico Pedrini e Luca Vespignani

---

*Poteri, diritti e garanzie dopo il Covid-19.*  
*Modelli e tassonomie nell'era delle emergenze globali*  
di Valeria Piergigli

---

Schede bibliografiche

# La seconda ambiguità del rule of law

di Angelo Jr Golia\*



**Sommario:** § 1. – Considerazioni introduttive: le ragioni di un rinnovato interesse scientifico. § 2. – I fili rossi di un’opera ambiziosa. § 3. – *Rule of law* come limite al potere pubblico. § 4. – *Rule of law* come strumento di egemonia. § 5. – *Rule of law* e normatività extra-statali. § 6. – Brevi considerazioni finali.

BARBARA FAEDDA (a cura di), *Rule of Law. Cases, Strategies and Interpretations*, Dueville, Ronzani, 2021, pp. 292.

## § 1. – Considerazioni introduttive: le ragioni di un rinnovato interesse scientifico

A partire soprattutto dai primi anni Duemila, la dottrina ha riscoperto un classico della teoria giuridica, soprattutto costituzionale: il concetto di *rule of law* e quelli ad esso vicini ma – come noto – non equivalenti di stato di diritto, *Rechtsstaat*, *état de droit*<sup>1</sup>. Tale riscoperta attraversa diverse branche del sapere giuridico: dalla teoria del diritto agli studi comparatistici, dal diritto europeo a quello internazionale, fino a toccare discipline come la sociologia e l’antropologia<sup>2</sup>. Con un inevitabile grado di semplificazione, alla base di questo rinnovato interesse – per la verità, mai del tutto sopito – è possibile individuare almeno quattro elementi.

In primo luogo, e in modo più intuitivo, quella che può essere definita come una “risacca” costituzionale negli ordinamenti di nuova o recente democratizzazione/costituzionalizzazione, in particolare quelli emersi a seguito dei processi di decolonizzazione e della caduta dell’impero

\* Università degli Studi di Trento.

<sup>1</sup> In una letteratura sterminata, v. solo P. RIDOLA, *Dallo stato di diritto allo stato costituzionale*, in A. SOMMA, A. FUSARO, G. CONTE, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa*, Roma, Roma-Tre Press, 2018, 459 ss.

<sup>2</sup> V. per esempio C.R. SUNSTEIN, *The Rule of Law*, disponibile in [www.ssrn.com/abstract=4405238](http://www.ssrn.com/abstract=4405238); e J. KING, *The Rule of Law*, in R. BELLAMY, J. KING (a cura di), *The Cambridge Handbook of Constitutional Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, disponibile in [www.ssrn.com/abstract=4487306](http://www.ssrn.com/abstract=4487306).



sovietico<sup>3</sup>. In questo stesso filone si pone il secondo elemento, relativo al decadimento delle qualità costituzionali – e, nell’ambito di queste ultime, di quelle riconducibili al *rule of law* – negli ordinamenti storicamente considerati come punti di riferimento del costituzionalismo moderno<sup>4</sup>. L’esempio più evidente è l’ordinamento statunitense sotto la recente presidenza Trump, durante la quale, a noti e perduranti problemi di razzismo sistemico e di esclusione sociale, si sono aggiunte o acuitizzate violazioni dei diritti dei migranti e perfino soppressioni violente di proteste legittime<sup>5</sup>. Tuttavia, i casi di *constitutional decay* sono ormai diffusi e ampiamente documentati nella maggior parte delle democrazie di tradizione c.d. occidentale e ben oltre: il trattamento dei migranti alle frontiere della “civile” Europa e altri sviluppi in India, Turchia, Israele sono solo alcuni degli esempi più evidenti. Questi primi due elementi – emersi in forme sempre più vistose a seguito dell’emergenza pandemica da COVID-19 – congiungono la riflessione sul *rule of law* alla vivace letteratura sulle varie forme di “post-democrazia”, “populismo costituzionale” e “costituzionalismo illiberale”<sup>6</sup>. A questi due elementi fa da sfondo una visione generalmente positiva del *rule of law*, visto come uno dei pilastri del costituzionalismo moderno, anche quello di stampo “globale”<sup>7</sup>. In altre parole, da questa prospettiva, il *rule of law* costituisce uno standard di riferimento, un orizzonte non sempre ben definito – come si vedrà, ambiguo – di significati normativi rispetto al quale misurare le qualità democratico-costituzionali di un dato ordinamento.

Da una prospettiva diversa muove un terzo elemento: la critica per così dire “interna”, relativa al potenziale di stabilizzazione, “naturalizzazione” – intesa come de-politicizzazione – e conseguente rafforzamento delle pretese giuridiche degli attori sociali e politici che riescono a imporre

<sup>3</sup> V. ex multis J. GAGNON, *Post-Colonial Public Law: Are Current Legal Establishments Democratically Illegitimate?*, in *African Journal of Legal Studies*, 2012, 21-43; L. LEONTIEV, P. AMARASINGHE (a cura di), *State-Building, Rule of Law, Good Governance and Human Rights in Post-Soviet Space. Thirty Years Looking Back*, Londra, Routledge, 2022. Nella letteratura italiana, pure corposa, v. da ultimo G. VOSA, *Sulla problematica tutela dello Stato di diritto nell’Unione europea: spunti di diritto costituzionale e comparato a partire dal “caso Romania”*, in *DPCE Online*, 2023, disponibile in [www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1737](http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1737); nonché C. FASONE, A. DIRRI, Y. GUERRA (eds.), *Established EU Rule of Law Instruments. State-of-the-Art Working Paper*, RED-SPINEL, 2023.

<sup>4</sup> K.L. SCHEPPELE, *The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work*, in *Governance*, 2013, 559-562.

<sup>5</sup> V. P. GOWDER, *The Dangers to the American Rule of Law Will Outlast the next Election*, in *Cardozo L. Rev. De-Novo*, 2020, 126 ss.

<sup>6</sup> C. CROUCH, *Post-democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2005; T. DRINÓCZI, A. BIEN-KACALA, *Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland*, in *German Law Journal*, 2019, 1140-1166; B. BUGARIČ, *Populist Constitutionalism – Between Democracy and Authoritarianism*, in M. KRYGIER, A. CZARNOŃA, W. SADURSKI (a cura di), *Anti-Constitutional Populism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, 27-66.

<sup>7</sup> V. ex multis Á. WIENER, A. LANG, J. TULLY, M. MADURO, M. KUMM, *Global constitutionalism: Human rights, democracy and the rule of law*, in *Global constitutionalism*, 2012, 1-15; R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *Rivista AIC*, 2014, 1 ss.

§ 6. – *Brevi considerazioni finali*

La veloce disamina del volume che qui si è tentata non può rendere giustizia alla sua ricchezza. In una valutazione complessiva, va sottolineato il valore dei singoli contributi e soprattutto la densità di prospettive e approcci, che rendono l'opera interessante soprattutto (ma non solo) per il comparatista, il politologo, e il giurista interessato alla dimensione pratica – inclusa quella discorsiva – di uno dei concetti classici della teoria giuspolitica moderna. Anche se i vari contributi “dialogano” poco tra loro – forse l'unico vero limite del volume – la loro varietà, lo si ribadisce, non rende il libro dispersivo e anzi costruisce un discorso corale coerente e fecondo perché apre a nuove visioni e ricerche.

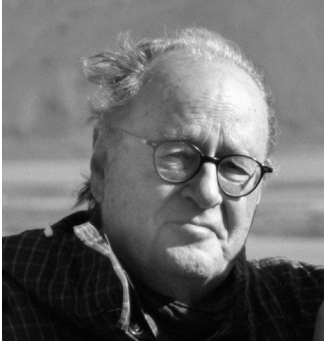
*Abstract*

This review essay analyses the volume in the light of the contemporary debate on the rule of law, which in recent years has been enriched with new themes and nuances. The reading of the numerous chapters is carried out through the lens of three ‘red threads’: the role of rule of law with respect to the action of administrative apparatuses that are increasingly self-named in contemporary legal systems; the intrinsic ambiguity of rule of law, especially in its socio-political effects; and, finally, its relationship with non-state normativity, whether international or ‘only’ social. The review emphasises the density of perspectives and approaches of the individual contributions, making the work interesting especially (but not only) for the comparatist, the political scientist, and the jurist interested in the practical dimension – including the discursive one – of one of the classic concepts of modern legal-political theory.

# Garantismo, una messa a fuoco

A proposito di un nuovo libro di Vincenzo Roppo

di Michele Marchesiello\*



**Sommario:** § 1. – Dal racconto della legge al racconto del garantismo. § 2. – Garantismo penale e pulsione narrativa. § 3. – Garantismo *vs.* giustizialismo: ci sono giudici a Berlino? § 4. – Garantismo e giustizialismo: gli eterni duellanti. § 5. – Il giudice come “arbitro” del duello. § 6. – Per una nuova puntata del racconto del garantismo.

VINCENZO ROPPO, *Garantismo: i nemici, i falsi amici, le avventure*, Milano, Baldini+Castoldi, 2022, pp. 448.

## § 1. – Dal racconto della legge al racconto del garantismo

Il recente libro di Vincenzo Roppo, *Garantismo: i nemici, i falsi amici, le avventure*<sup>1</sup> ha ricevuto, molto giustamente, una messe di commenti e recensioni che ne hanno posto in evidenza la necessità. Non a caso *Garantismo* è piaciuto, secondo un istinto partigiano così diffuso nel nostro Paese, sia a coloro che si dicono “garantisti”, senza se e senza ma, sia a quanti – in modo altrettanto risoluto – si iscrivono al partito dei “giustizialisti”.

Questa netta divisione ha fatto del garantismo – come nozione a suo modo giuridica, come posizione politica e culturale, addirittura come parola relativamente nuova nel panorama linguistico italiano – un nervo scoperto nell’ambito della nostra cultura giuridico-politica. Roppo – illustre civilista e prestigioso avvocato – si è misurato col tentativo – con la sfida – di fare luce sul tema, a cominciare dal significato della parola. È particolarmente commendevole quello che Roppo chiama «un piccolo esercizio di ecologia del linguaggio e dei concetti», per chiarire «di cosa parliamo quando parliamo di garantismo»<sup>2</sup>.

\* Già Presidente Aggiunto della Corte di Cassazione.

<sup>1</sup> V. ROPPO, *Garantismo: i nemici, i falsi amici, le avventure*, Milano, Baldini+Castoldi, 2022.

<sup>2</sup> *Ivi*, 21 e 29 ss. In realtà, quello di chiarire di cosa parliamo dovrebbe essere un dovere di qualsiasi cosa si parli.

Sulla scorta del, più che tempestivo, prezioso volume, ci si pone ora il più modesto obiettivo di chiosare, commentare e, se del caso, interrogare un testo che la cultura e lo stesso stile dell'autore hanno disseminato di interrogativi, dubbi, criticità, ignorati quasi sempre da chi utilizza quella parola, 'garantismo', «per – come usa dire – portare acqua al proprio mulino» e soprattutto rendere irreparabilmente conflittuale la separazione dai fautori del famigerato giustizialismo.

Cosa significa prima di tutto 'garantismo', per il linguaggio comune e per il diritto in particolare? Come è accaduto che questo termine si sia affermato prepotentemente in Italia, dove ha assunto un significato quasi esclusivamente penalistico? Chi sono quelli che efficacemente Roppo indica come gli amici, i nemici e i falsi amici del garantismo?

Roppo, lo si è già detto, è un illustre professore e avvocato "civilista" (partecipe di una curiosa distinzione che assegna il diritto al civile, relegando il fatto al penale). Ragionatore sottilmente implacabile ma – allo stesso tempo – temperamento sensibile all'emozione e all'empatia, uomo dalle molteplici *Eigenschaften*, il professore e avvocato civilista Roppo ha sempre scelto il campo che più rispondeva alla sua prima qualità, lasciando nell'ombra la seconda.

Oggi, a conferma del precedente lavoro *Il racconto della legge*<sup>3</sup>, è abbastanza evidente come l'aspetto meno conosciuto della sua personalità – senza voler tentare una psicoanalisi del civilista – abbia cominciato a rivendicare la propria presenza. Questo fenomeno si traduce in quella che potremmo chiamare la pulsione narrativa, il bisogno più che umano di versare il ragionamento giuridico in un racconto, come tale rivolto non soltanto alla ristretta cerchia degli specialisti.

Descrivere la legge *come racconto* "statico" – secondo Roppo – o *raccontare la legge* come raccontare "dinamico" secondo Francois Ost<sup>4</sup>. «Ma il diritto – si leggeva nella presentazione de *Il racconto della legge* – è tutt'altro che un freddo apparato: è un ambito dell'agire umano che trasuda cultura e storia; riflette politica ed etica; è materia di filosofia; incrocia realtà economiche, dati psicologici, costumi e prassi sociali; s'intreccia col fenomeno della lingua e si misura con lo scorrere del tempo; si confronta con la scienza; influenza la tecnologia e ne è influenzato, penetra arte, letteratura, cinema».

Soprattutto, ci dice l'autore, il diritto «nasconde meraviglie». Ecco: in questo "nascondere meraviglie" l'analista apparentemente impassibile rivela l'ansia e la passione del narratore, che vuole costringere il diritto a mettere in luce la sua ineliminabile relazione con la vita. Coerente con questa linea, *Garantismo* si offre ora – allo studioso ma anche al curioso di cose giuridiche – come la prosecuzione naturale de *Il racconto della leg-*

<sup>3</sup> V. ROPPO, *Il racconto della legge*, Milano, Baldini+Castoldi, 2019.

<sup>4</sup> F. Ost è un filosofo, giurista e commediografo belga. Cfr. F. OST, *Raconter la loi: aux sources de l'imaginaire juridique*, Parigi, Odile Jacob, 2004.

In epoca di esasperato pan-penalismo, questa la seconda riflessione, gli strumenti offerti dal diritto civile, sostanziale e processuale, si rivelano spesso più afflittivi dei rimedi penalistici, la cui efficacia e forza intimidatoria sono oggi messe in discussione, sino alle tesi estreme degli abolizionisti.

Più in generale, è la stessa distinzione tra diritto civile e penale come base per “specializzazioni” differenti a meritare forse uno sguardo critico. Ed è stato il giurista e giudice italo-americano Guido Calabresi a osservare<sup>13</sup> che il giudice (quello statunitense, nella specie) non può mai essere o divenire uno “specialista”, rinchiuso e prigioniero dentro un sistema di saperi tanto più esclusivi quanto più minuscoli. Il giudice americano è per sua natura “generalista”, a garanzia sia della chiarezza del suo linguaggio (il “*plain speech*”, o parlar chiaro) che – soprattutto – della sua indipendenza (i vari gruppi di potere, *lobby* o corporazioni sarebbero indotti a promuovere la scelta del candidato “specialista” più vicino ai loro interessi). Ed è interessante quello che ci dice Calabresi a proposito del sistema “random” con cui i processi vengono assegnati dai funzionari delle Corti, evitando assegnazioni “pilotate” del tipo di quelle romane segnalate da Roppo. Grazie a questo metodo il giudice porta all’udienza, in un unico ruolo, cause civili e penali.

### Abstract

Starting from a recently published book by Vincenzo Roppo, the author tries to describe a notion – ‘garantismo’ – scarcely known to other legale systems. This goal is attained mainly by comparing ‘garantismo’ to its – only apparent – enemy: ‘giustizialismo’, especially if not exclusively considered in the field of criminal law. In this perspective, the two legal concepts are seen not only as eternal ‘duelists’, but as complementary element of a complex notion of relative justice, to be the attained by the judge in each case.

<sup>13</sup> G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, Alberico Gentili Lectures, Macerata 19-21 marzo 2012, Bologna, il Mulino, 2014.

# Unicuique suum

*Per una rinnovata cultura della certezza giuridica*

di Federico Pedrini e Luca Vespignani\*



**Sommario:** § 1. – Le precondizioni dell’indagine. § 2. – La limitazione del potere come tratto distintivo del costituzionalismo moderno. § 3. – La legge e i suoi nemici: il legislatore che si fa amministratore. § 4. – La legge e i suoi nemici: il giudice che si fa legislatore. § 5. – La Corte costituzionale: giudice di legittimità o attore politico? § 6. – La restaurazione dell’ordine perduto. § 7. – A ciascuno il suo...

MASSIMO LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, Giuffrè, 2023, pp. 269.

## § 1. – *Le precondizioni dell’indagine*

*Ogni cosa al suo posto* è un libro sui «poteri costituzionali e il loro ordine»<sup>1</sup>. Ma è anche molto di più. Il discorso dell’Autore, infatti, si sviluppa affrontando problematiche di respiro ancora più ampio e toccando alcuni dei principali temi alla base della riflessione costituzionalistica odierna. A cominciare da quello relativo allo statuto della scienza giuridica, una rinuncia da parte della quale «a fornire prestazioni di ordine e di certezza sarebbe non soltanto un suo fallimento, ma anche un fallimento del diritto oggettivo»<sup>2</sup>. In tal senso, invero, «il fenomeno giuridico si dipana all’interno di esperienze sociali che in italiano denominiamo “ordinamenti”: espressione d’inusitata appropriatezza, che disvela appieno la pretesa ultima del diritto, che è quella (dinamica e statica all’un tempo) della *costruzione* di un *ordine* delle relazioni umane, affidata non più alla soggettività delle determinazioni individuali, ma all’oggettività delle determinazioni collettive»<sup>3</sup>.

Con queste affermazioni Luciani prende le distanze da approcci assai diffusi, latori dell’opposta «sollecitazione alla scienza giuridica a rinunciare all’antica pretesa di ordine, di coerenza sistematica, di precisione dommatica, di elargizione di certezza, per ripiegare su meno esigenti attese

\* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

<sup>1</sup> *Ogni cosa al suo posto*, 178.

<sup>2</sup> *Ivi*, 4.

<sup>3</sup> *Ivi*, 11-12.

di ragionevolezza, correttezza, equità»<sup>4</sup>. Tuttavia, «diritto e ordine non si legano per capriccio in un legame inestricabile, ma sono avvinti per ragioni storiche profonde, manifestatesi già – *statu nascenti* – alle prime luci del pensiero occidentale»<sup>5</sup>. E di ciò si trae conferma attraverso un'ampia perlustrazione, iniziando il percorso dall'età antica per arrivare, tramite il passaggio fondamentale compiuto dai teorici del Seicento e specialmente da Hobbes, all'approdo individuato nell'idea di certezza, che è «la proiezione in termini giuridici della sicurezza fisica» e che «condizioni storiche, ma anche logiche, antropologiche, politiche e sociali collocano [...] tra le esigenze primarie [...] confidate all'operato del giurista»<sup>6</sup>. Cosicché, nonostante si prenda atto che la realizzazione di un simile obiettivo incontra oggi moltissimi ostacoli a tutti i livelli, «se quel che è non coincide con quel che *deve essere* non vuol dire che s'abbia ragione di accettare come fisiologica una patologia»<sup>7</sup>.

Sull'altro grande nodo teorico della concezione del diritto – strettamente connesso a quello di cui si è appena detto, una volta che si riconosca «la medesimezza funzionale del diritto e della “sua” scienza»<sup>8</sup> – l'attenzione si concentra invece sulla contrapposizione tra autoregolazione ed eteroregolazione. Più nello specifico, si osserva che «mentre il riferimento all'*eteroregolazione* evoca alterità di determinazioni degli spazi di vita, l'aura di positività del prefisso ch'entra a comporre il lemma “autoregolazione” fa immaginare che in quella prospettiva venga assegnato all'individuo uno spazio di libertà definito esclusivamente da determinazioni interne»<sup>9</sup>. Ma si rileva come si tratti di una impressione fuorviante, nella misura in cui «l'autoregolazione, essendo sociale, è per definizione non-individuale e nei processi sociali la libertà del singolo è condannata alla sostanziale irrilevanza. Il finemente argomentato antistatalismo “post-moderno” di un Paolo Grossi, dunque, è animato dalle migliori intenzioni, ma sembra mirare al bersaglio sbagliato (lo Stato), quando ve ne sarebbero di ben più appropriati (i grandi poteri transnazionali, in particolare, che alimentano la pretesa “autoregolazione” di una società che – invece – è sempre meno autorizzata a governarsi da sé)»<sup>10</sup>. Per converso, «le leggi scritte, le leggi dell'*eteroregolazione*, nelle quali dovrebbe tradursi il principio di autorità, costituiscono in realtà lo strumento della progettazione e dell'emancipazione individuale e politico-sociale»<sup>11</sup>.

<sup>4</sup> *Ivi*, 8-9.

<sup>5</sup> *Ivi*, 19.

<sup>6</sup> *Ivi*, 43.

<sup>7</sup> *Ivi*, 56.

<sup>8</sup> *Ivi*, 4.

<sup>9</sup> *Ivi*, 61.

<sup>10</sup> *Ivi*, 61-62.

<sup>11</sup> *Ivi*, 64.

Per rimanere fedeli al detto ulpiano dell'*unicuique suum tribuere*, va infine sottolineato anche il coraggio dell'operazione. Riproporre oggi, con una personalissima via "restaurativa", proprio il valore della certezza del diritto – da tantissimi considerato al più un mito vetusto, e pertanto guardato con sufficienza se non addirittura con aperto fastidio – non è infatti impresa da poco. Ne sa qualcosa anche il nostro Maestro, Aljs Vignudelli, il quale pure al tema ha dedicato in passato qualche "paginetta"<sup>62</sup> e che, ancora convalescente, ci ha incoraggiato a stendere queste righe a nome di tutta la Scuola modenese: per dare (anche) "a Massimo ciò che è di Massimo".

### *Abstract*

*Ogni cosa al suo posto* is the latest book by Massimo Luciani, in which the author argues the case for the need for a "restoration" of the constitutional order through the recovery of the role of Parliament with respect to the other two traditional powers, namely the Government and the Judiciary. In this perspective, some of the main themes of contemporary legal reflection are touched upon, starting with the conception of the legal phenomenon and the methodological status of the science of law, with an approach that transcends the boundaries of specific disciplines by opening up to a high and wide-ranging cultural vision.

---

<sup>62</sup> Il riferimento è ovviamente soprattutto ad A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, Giappichelli, 2011, che costituisce l'autentico punto di riferimento della sua concezione teorica (e critico-metodologica) del diritto e dell'interpretazione; ma cfr. anche gli ulteriori scritti precedenti e successivi sul tema, ora raccolti in F. PEDRINI, L. VESPIGNANI (a cura di), *Il vaso di Pandora. Scritti sull'interpretazione*, Modena, Mucchi, 2018.



# *Poteri, diritti e garanzie dopo il Covid-19. Modelli e tassonomie nell'era delle emergenze globali*

di Valeria Piergigli\*



---

**Sommario:** § 1. – Introduzione. § 2. – Il metodo. § 3. – Le (dis)applicazioni dei modelli e l'adattamento delle tassonomie. § 4. – Le lezioni del Covid-19: tenuta o (rischio di) trasformazione del costituzionalismo democratico?

---

**ARIANNA VEDASCHI, CHIARA GRAZIANI,** *Post-Pandemic Constitutionalism: Covid-19 as a Game-Changer for "Common Principles"?*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 44, issue 4, 2023, pp. 815-905.

## § 1. – *Introduzione*

Fin dal suo esordio e durante l'intero protrarsi della crisi da Covid-19, la dottrina giuspubblicistica e giuscomparatista ha dedicato amplissima e costante attenzione alle reazioni degli Stati, specie quelli di democrazia stabilizzata, e all'impatto che un'emergenza inedita, drammatica e di portata planetaria, come quella scatenata dalla diffusione di un virus pressoché sconosciuto, stava producendo sul sistema delle fonti normative, sul funzionamento delle istituzioni e sui rapporti tra i livelli territoriali, sull'esercizio dei diritti individuali e collettivi. Si è scritto dell'emergenza sanitaria, e delle risposte nazionali alla stessa, in termini di "stress test" e di "banco di prova" per gli ordinamenti democratici; si è ragionato di tensioni e torsioni che la gestione dell'emergenza avrebbe cagionato ai principi dello stato di diritto; si è cercato di immaginare quali insegnamenti avrebbero potuto trarsi da quella tragica esperienza, una volta che fosse cessata e fosse stata ripristinata la normalità costituzionale, in

---

\* Università degli Studi di Siena.

modo da tenere lontana, per il futuro, ogni possibile minaccia per i valori liberal-democratici<sup>1</sup>.

D'altra parte, si aggiungeva che "nulla sarebbe più stato come prima": il riferimento era alla cesura che la pandemia avrebbe provocato tra l'ordine preesistente e quello che sarebbe venuto dopo e all'inevitabile propagazione delle ripercussioni dell'emergenza sanitaria nel medio-lungo periodo, sia sul piano giuridico e istituzionale, che su quello sociale ed economico. In relazione a specifici ordinamenti, poi, gli studi hanno talora riscontrato omissioni, carenze, lacune, soprattutto nella vigente normativa legislativa e costituzionale, giudicata obsoleta o comunque inadeguata di fronte alle sfide imposte dalle emergenze contemporanee. E ancora, sono stati evidenziati, via via dalla dottrina, sia gli elementi di continuità che quelli di discontinuità rispetto a istituti e prassi consolidate, indugandosi sul fatto che l'emergenza avrebbe funzionato come acceleratore di dinamiche latenti o già in atto in vari ambiti e settori, ma altresì quale detonatore di nuove situazioni, con relative valutazioni soggettive di differente tenore e intensità: da quelle, se non proprio neutre e tranquillizzanti, quanto meno realistiche e pragmatiche, a quelle più dubitative o decisamente critiche per le ricadute che si sarebbero prodotte sugli assetti della forma di stato e di governo.

La conclusione della stagione emergenziale in senso stretto ha progressivamente lasciato il posto agli approfondimenti rivolti al dopo-pandemia. I medesimi profili, studiati sotto l'effetto contingente della crisi sanitaria, hanno iniziato a essere vagliati con la lucidità che deriva dal trascorrere del tempo e dal superamento degli stati di emergenza, dichiarati tanto in sede nazionale che internazionale. Effettivamente, si può ormai cominciare a tracciare un bilancio delle misure adottate in quel lungo frangente (30 gennaio 2020-5 maggio 2023)<sup>2</sup> e delle loro conseguenze. L'interesse scientifico è dunque orientato a verificare, allo stato attuale, il permanere degli istituti introdotti o rivisitati sotto la spinta dell'emergenza sanitaria, ad accertare il lascito, l'eredità, la lezione della pandemia, a individuare il punto di arrivo, gli approdi cui sono pervenuti i regimi democratici per effetto dell'emergenza. Altrettanto forte è l'inclinazione a intuire i possibili sviluppi, a scorgere le prospettive, le traiettorie – per riprendere alcune delle espressioni più ricorrenti nella giuspubblicistica recente – lungo le quali i sistemi istituzionali si stanno incamminando<sup>3</sup>,

<sup>1</sup> Ci si limita qui a citare i contributi pubblicati, nell'imminenza della esplosione della pandemia, nella sezione monografica curata da A. VEDASCHI, L. CUOCOLO, *L'emergenza sanitaria nel diritto comparato: il caso del Covid-19*, in *DPCE online*, 2020, 1449 ss.

<sup>2</sup> Quelle riportate sono le date nelle quali l'OMS dichiarava, rispettivamente, l'emergenza sanitaria da Covid-19 come «emergenza di sanità pubblica di interesse internazionale» e la sua cessazione.

<sup>3</sup> Cfr. i contributi raccolti nella sezione monografica curata da M. GRAZIADEI, A. SOMMA, A. VEDASCHI, *Diritto e pandemia: una riflessione comparatistica su rotture e continuità*, in *DPCE online*, 2023, 395 ss.

*Abstract*

The paper reviews an excellent article concerning the long-term effects of pandemic over the basic principles of contemporary democracies. Using the comparative method, the Authors offer a critical analysis of the reactions to pandemic within several advanced democracies and show that the dramatic experience of Covid-19 requires to rethink approaches and taxonomies, traditionally used in comparative public law, for better facing with global emergencies in the next future.