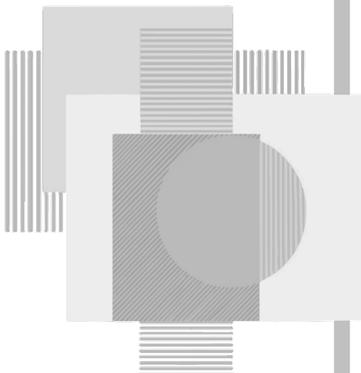


Saggi



Heller contro Kelsen: due visioni opposte della democrazia
di Antonio Baldassarre

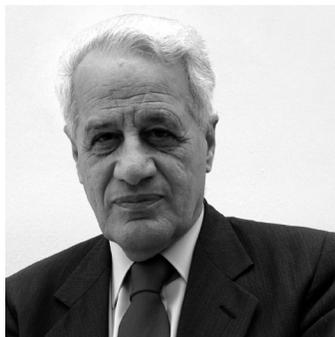
*Separazione dei poteri e organizzazione amministrativa.
Mutazioni nell'ordinamento italiano*
di Fabio Merusi

*Interpretazione conforme a Costituzione e diritto vivente nella
giurisprudenza recente. La prospettiva del giudice costituzionale*
di Giampaolo Parodi

Dalla bilancia alla panarchia. La resilienza del e nel diritto
di Silvia Zorzetto

Heller contro Kelsen: due visioni opposte della democrazia

di Antonio Baldassarre*



Sommario: § 1. – Hermann Heller: una posizione mediana tra Kelsen e Schmitt? § 2. – Kelsen e Heller: due sostenitori del sistema parlamentare nell’ambito di filosofie e di concezioni politiche opposte. § 3. – Heller *versus* Kelsen. § 3.1. – Democrazia “sociale” o sostanziale contro democrazia “liberale” o formale. § 3.2. – Democrazia “conflittuale” contro democrazia “compromissoria”. § 3.3. – La difesa dello “Stato-di-diritto” contro l’idea che ogni Stato è “Stato-di-diritto”. § 3.4. – “Stato costituzionale” contro “Stato legislativo”. § 3.5. – Democrazia “protetta” contro democrazia “indifesa”. § 4. – Heller, un giurista originale di pari importanza rispetto a Kelsen e a Schmitt.

§ 1. – Hermann Heller: una posizione mediana tra Kelsen e Schmitt?

Secondo un’opinione dottrinale molto diffusa, che risale alle prime interpretazioni che si sono avute tra la fine degli anni Cinquanta e il decennio successivo, la teoria dello Stato di Hermann Heller è una concezione che starebbe a metà tra la teoria di Kelsen e quella di Schmitt. Essa, in altri termini, sarebbe, in parte, simile a quella dell’autore della *Teoria pura* e, per altra parte, evocherebbe motivi propri del “decisionismo” schmittiano¹.

Dopo che, più recentemente, un brillante studioso dell’università di Toronto, David Dyzenhaus², ha cercato di sintetizzare questa opinione dicendo che, se Schmitt è per Heller l’avversario politico, Kelsen

* Luiss Guido Carli, Roma – Presidente emerito della Corte costituzionale.

Questo scritto nasce dallo sviluppo di un testo che è servito da base per una relazione tenuta il 22 novembre 2023 all’Università di Padova. Per lo scopo cui è servito, in esso le note bibliografiche sono ridotte al minimo. Chi vorrà reperire più diffusi riferimenti agli scritti dei due autori qui esaminati potrà soddisfare la propria curiosità leggendo il mio volume di prossima pubblicazione dal titolo: *Weimar: un costituzionalismo in mezzo al guado*.

¹ Questa tesi, risalente alle prime interpretazioni del Secondo dopoguerra mondiale (H. Ehmke e altri), è stata recentemente ripresa da D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, II, Oxford, Clarendon Press, 1999, 163 ss., 201 ss. La tesi è stata, poi, diffusamente ripresa da giuristi di vari altri Paesi.

² Cfr. D. DYZENHAUS, *op. cit.*

è invece il suo avversario giuridico, questa frase ad effetto è stata ripetuta da molti altri studiosi come se fosse una verità assodata.

In base ad essa, mentre il concetto del diritto di Heller viene assimilato a quello di Carl Schmitt, nello stesso tempo la sua idea della politica e della democrazia viene considerata analoga a quella di Kelsen. Detto in modo più esplicito, se Heller è, secondo le interpretazioni riferite, un “decisionista” in diritto, come Schmitt, al contrario, sempre secondo quelle opinioni, avrebbe più o meno la medesima concezione della democrazia di Kelsen.

In questo scritto si vuole invece dimostrare che, riguardo alla loro idea della democrazia, Kelsen e Heller sono divisi da profonde divergenze, vertenti proprio su alcuni punti qualificanti di quel concetto. Si tratta, più precisamente, di differenze che hanno indotto i due giuristi austriaci a scontrarsi più volte tra loro con violente polemiche reciproche, le quali sembrerebbero smentire una qualche vicinanza tra i due sul piano politico e, in particolare, su ciò che essi intendono per ‘democrazia’.

Tuttavia, prima di analizzare questi aspetti occorre domandarsi se nelle analisi diffuse negli ultimi decenni vi siano pregiudizi di carattere generale che hanno favorito il sorgere della fuorviante opinione relativa alla presunta vicinanza di Kelsen e di Heller riguardo alla loro concezione della democrazia.

Uno degli errori più diffusi fatto dagli autori della tesi qui esaminata, giustamente criticato dagli studiosi dotati di una più spiccata sensibilità storiografica³, consiste nel ricostruire il dibattito che si è svolto a Weimar non già nella sua reale molteplice complessità, ma come se si fosse svolto da parte di tutti intorno all’antagonismo tra due personalità eminenti: quella di Kelsen, considerato come il campione della scienza pura e della democrazia, e quella di Schmitt, visto come un giurista politicizzato, sostenitore e fautore di una delle più barbare dittature che l’umanità abbia mai conosciuto.

Al di là del giudizio assolutamente negativo sulla dittatura nazifascista, sta di fatto che per chi conosce un po’ più approfonditamente le vicende relative a quel famoso dibattito giuridico tale ricostruzione appare lontana dalla realtà e, comunque, si rivela fortemente ideologica. In essa emerge la scoperta intenzione di chi negli anni Sessanta voleva legittimare gli ordinamenti democratici da poco istituiti e, in particolare, una (allora) “nuova” istituzione, come la Corte costituzionale, che è stata sempre oggetto di critiche e di dubbi relativi alla sua funzionalità democratica (è appena il caso di ricordare che in Ita-

³ Cfr., ad esempio, P. PASQUINO, *Introduzione* a H. HELLER, *La Sovranità*, Milano, Giuffrè, 1987, 9; C. AMIRANTE, *Prefazione* a H. HELLER, *Hegel e il pensiero nazionale dello Stato di potenza*, Foligno, Il Formichiere, 2020, 3 ss.

concrete forze in azione, Heller la pone invece al di là della loro azione politica, come una sfera di valori comunitari a sé stante. In tal senso, mentre Schmitt è un anti-illuminista, che ha accolto integralmente la lezione di Nietzsche, Heller resta invece del tutto all'interno del perimetro dell'Illuminismo e della modernità.

Infine, sulla presunta vicinanza politica delle idee di Heller con quelle di Kelsen, basta ricordare che le sue critiche più violente e acri sono rivolte contro la *Teoria pura* e l'idea relativistica che sta a base del concetto di 'democrazia' di Kelsen. Esse sono basate sulla convinzione di Heller che l'idea giuspositivistica, secondo la quale chiunque conquista il potere sia legittimato a esercitarlo liberamente senza limiti sostanziali, non rappresentava affatto ai suoi occhi un'efficace difesa di fronte al pericolo imminente della dittatura. Nella sua durissima polemica contro Kelsen su tale punto, Heller è giunto a sostenere che il formalismo giuridico di Kelsen era profondamente pericoloso per le sorti della democrazia e, soprattutto, che era diseducativo, poiché rischiava di allontanare i giovani dall'impegno politico²⁴.

Heller, il più appassionato e tragico difensore della democrazia weimariana, non poteva allora minimamente immaginare che proprio il venir meno della passione politica, a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, sarebbe stato un motivo non secondario dello strepitoso successo del formalismo giuridico e delle teorie kelseniane nelle accademie universitarie di tutto l'Occidente.

Abstract

This essay is focused on the criticism of the widely shared view according to which the Heller's theory of democracy is very close to the Kelsen's one. Through a detailed analysis of their respective positions about the main points of a democratic theory – such as the philosophical/political background, the rule of law, the fundamental rights, the legal nature of the constitution and the legitimacy principles – the author argues that the Heller's concept of democracy is in fact deeply contrasting to the Kelsen's theory of democracy.

²⁴ Cfr. H. HELLER, *Staatslehre*, cit., 331.

Separazione dei poteri e organizzazione amministrativa

Mutazioni nell'ordinamento italiano

di Fabio Merusi*



Sommario: § 1. – Il potere esecutivo fra Costituzione e realtà. Instabilità e mutazioni organizzative. § 2. – I comitati interministeriali. Tipologie e problemi. § 3. – Il Comitato interministeriale prezzi. Un comitato particolare. § 4. – La comparsa della programmazione economica. Il CIPE e la riorganizzazione dei comitati interministeriali. Il CIPE diventa un organo amministrativo. § 5. – Potere esecutivo e comitati interministeriali: poco indirizzo e tanti incastri tra Governo e amministrazione. § 6. –

L'Amministrazione componente del potere esecutivo. L'Amministrazione e le amministrazioni nella Costituzione. Ministri e ministeri nell'Amministrazione statale. Le mutazioni materiali e nominali dei ministeri. L'autarchia componente dell'Amministrazione e perciò del potere esecutivo. § 7. – Sviluppo e riorganizzazione degli enti autarchici nel secondo dopoguerra. Gli enti pubblici nella teoria dello Stato. Articolazioni del potere esecutivo. Il modello italiano delle partecipazioni statali, modello di intervento pubblico nell'economia. Le privatizzazioni e la comparsa delle amministrazioni indipendenti. § 8. – Le privatizzazioni e la fine dell'autarchia. Enti privatizzati, enti pubblici sostanziali. Conseguenze per il potere esecutivo. § 9. – Sintesi.

§ 1. – Il potere esecutivo fra Costituzione e realtà. Instabilità e mutazioni organizzative

Nella divisione dei poteri il potere legislativo e il potere giudiziario sono di solito facilmente descrivibili e organizzativamente stabili. Il potere esecutivo invece, almeno nell'ordinamento italiano, risulta essere un'organizzazione instabile soggetta a frequenti mutazioni¹.

* Università degli Studi "Guglielmo Marconi" di Roma.

Il lavoro riprende, con variazioni, la relazione dal titolo *La separazione dei poteri nello Stato contemporaneo*, presentata al Convegno in ricordo di Giovanni Grottanelli De' Santi (Siena, 14 marzo 2024).

¹ Secondo A. ANDREANI, *Crisi e metamorfosi del potere esecutivo*, Padova, Cedam, 1999, l'esecutivo italiano verserebbe «in uno stato di metamorfosi permanente con tendenza alla sua dissoluzione organizzativa e funzionale [...] a causa delle continue riforme amministrative». Per una "esercitazione" sulle possibili configurazioni organizzative e funzionali del

In primis è diviso in due, in unità organizzative con funzioni diverse, ancorché talvolta interferenti, se non addirittura sostituibili. Da una parte, al vertice, un organo collegiale, il Governo, dall'altra l'Amministrazione². Secondo la Costituzione del 1948 il Governo è costituito al vertice da un organo collegiale, paritario, presieduto da un presidente di coordinamento di Ministri titolari di plessi organizzativi denominati dicasteri. Così è, in teoria, secondo la Costituzione. Ma, nella realtà, dopo la Costituzione, e in qualche caso addirittura prima, il quadro fra Consiglio dei Ministri e Ministri si arricchisce di ulteriori organi di incerta qualificazione: i comitati interministeriali.

È noto che, mentre l'Assemblea costituente discuteva sul Consiglio dei Ministri e sull'opportunità di prevedere l'istituto del Consiglio di gabinetto o di lasciarlo alle possibili evoluzioni della prassi³, il Governo aveva già assunto nei confronti dell'indirizzo economico una sua configurazione originale, del tutto diversa da quella che emergeva dai discorsi che sul Governo si venivano facendo in Assemblea, anzi, per essere più precisi, erano già state poste in essere due forme alternative di governo dell'economia che si contrapporranno poi negli anni a seguire.

Per far fronte alle esigenze della ricostruzione economica operava il CIR (Comitato interministeriale per la ricostruzione) istituito, in base all'art. 2 del decreto luogotenenziale 21 giugno 1945, n. 432, insieme al Ministero per la ricostruzione. Presieduto originariamente dal Ministro per la ricostruzione, dopo la soppressione del ministero avvenuta con decreto legislativo luogotenenziale 22 dicembre 1945, n. 824, fu posto alle dipendenze del presidente del Consiglio e riorganizzato con decreto del Presidente del Consiglio del 14 gennaio 1945 e, infine, con decreto legge del 17 febbraio 1948, n. 92. L'attività del CIR era «essenzialmente una attività preparatoria del coordinamento politico consistente nel confrontare e concordare previamente i criteri comuni con cui i singoli Ministri predisporranno i loro programmi e in una attività preparatoria del coordinamento amministrativo al fine di permettere agli stessi Ministri di rendere ulteriormente omogenei i programmi predisposti dalle varie amministrazioni in base ai criteri direttivi concordati»⁴.

Si trattava dunque della tecnica del Consiglio di gabinetto applicata per materia, l'attività economica volta alla ricostruzione post-bellica, anziché al livello politico delle questioni da trattare.

potere esecutivo si rinvia invece a M. TROPER, *Le nuove separazioni dei poteri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.

² La descrizione più semplice e chiara del modello rimane quella di G. TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, Milano, Edizioni di Comunità, 1964.

³ Per una sintesi dei lavori preparatori dell'art. 95 v. V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La costituzione italiana*, Milano, Mondadori, 1976, 302 ss.

⁴ Così V. BACHELET, *Comitati interministeriali*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, 774.

- il sistema degli enti autarchici collaterali dell'esecutivo è stato smantellato negli anni Novanta con la privatizzazione degli enti pubblici per aderire al modello comunitario del mercato concorrenziale. L'utilizzazione del diritto privato speciale da parte di leggi di privatizzazione ha peraltro determinato negli enti privatizzati elementi di caratterizzazione sostanziale degli enti pubblici indicati dalla normativa comunitaria con la figura dell'"organismo di diritto pubblico";
- la recente comparsa nell'ordinamento italiano delle c.d. fondazioni ministeriali sta a dimostrare la tendenza alla fuga dall'Amministrazione statale già manifestata *ab origine* con il fenomeno degli enti pubblici autarchici.

Abstract

The republican constitution confirmed the model of the executive in the Italian legal system constituted by the combination of government/administration. However, even before the enactment of the Republican Constitution, committees of ministers appeared with specific functions, first political and then administrative.

The trajectory of the inter ministerial committees is characterized by the transition from governing bodies to bodies with specific administrative functions. The interministerial committees therefore end up issuing not political acts, but administrative acts, thus creating an organizational and functional mixture between government and administration.

As for the administration, the administration for ministries is confirmed on the Napoleonic model received and always maintained from 1865, that is from the Italian Unity in then. The post-World War II ministries, however, change according to the evolution of the matters to be administered. But the administration that makes up the executive is not limited to administration by ministries. The executive, since 1865, is characterized by an administrative model of autarchy. Autarchy is characterized by organizational autonomy with respect to the state c.d. administration, but by the identity of function with respect to administration.

The model, however, is in crisis both for internal economic implosion and for the necessary adaptation of the Italian legal structure to the competitive model envisaged by the European Community. Thus, between the ,80s and ,90s, the progressive dismantling of autarchy as part of the executive power, with the privatization of autarchic entities.

In conclusion, autarchy disappears from the executive power and a new model of executive is gradually born, composed exclusively of a council government and an exclusively ministerial administration as it was at the origins of the Italian State. With some exceptions.

Interpretazione conforme a Costituzione e diritto vivente nella giurisprudenza recente

La prospettiva del giudice costituzionale

di Giampaolo Parodi*



Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – Pronunce processuali. § 3. – Pronunce di merito. § 3.1. – Sentenze di rigetto e interpretative di rigetto. § 3.2. – Decisioni di accoglimento. § 4. – Il limite testuale in primo piano. Soggezione alla legge e certezza del diritto. – 5. (*segue*) L'inesaurita *querelle* sul "creazionismo giudiziario".

§ 1. – *Premessa*

Anche nella giurisprudenza costituzionale più recente, nella quale a partire dalla sentenza n. 221 del 2015 l'onere di interpretazione conforme a Costituzione quale condizione di ammissibilità della questione è stato ampiamente rivisitato¹, si ribadisce il venir meno di tale onere – affievolito, ma non superato – in presenza di un diritto vivente contrario².

* Università degli Studi di Pavia.

¹ Nella sentenza n. 77 del 2018, sulla compensazione delle spese nel processo civile, si legge che «i giudici rimettenti hanno, con motivazione plausibile, escluso la possibilità di interpretazione adeguatrice della disposizione censurata [...]. Tanto è sufficiente per ritenere l'ammissibilità della questione, anche in ragione della più recente giurisprudenza di questa Corte che ha affermato che, se è vero che le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime "perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne)", ciò però non significa che "ove sia improbabile o difficile prospettare un'interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere scrutinata nel merito" (sentenza n. 42 del 2017; nello stesso senso, sentenza n. 83 del 2017)» (corsivo non testuale; v. anche sentt. n. 15 e 32 del 2018).

² Cfr. Corte cost., sent. n. 122 del 2017, in tema di ordinamento penitenziario: «Nel caso in esame, tenuto conto del numero e dell'uniformità delle decisioni della Corte di cassazione in materia, non è in effetti contestabile che – conformemente a quanto sostenuto dal rimettente – debba registrarsi l'avvenuta formazione di un "diritto vivente" [...]. Si deve, di conseguenza, escludere che possa rimproverarsi al giudice *a quo* di non aver optato per una diversa interpretazione, più aderente ai parametri costituzionali evocati – interpretazione che lo stesso giudice ha, peraltro, già sperimentato in precedenza, senza successo – *sussistendo detto onere solo in assenza di un contrario "diritto vivente"* (sentenza n. 113 del 2015)». Cfr. anche la sentenza n. 2 del 2023: «La premessa interpretativa da cui muovono entrambe le ordinanze di rimessione è dunque fedele alla costante lettura fornita dalla descritta giurisprudenza di legittimità, che costituisce ormai, come ricordato, diritto vivente. Ciò fuga ogni dubbio quanto all'ammissibilità delle questioni sollevate».

Nella nuova prospettiva, che ascrive la questione relativa all'effettiva praticabilità di un'interpretazione conforme al merito piuttosto che alle regole processuali inerenti all'instaurazione del giudizio in via incidentale³, il sindacato sulla plausibilità della motivazione dell'ordinanza di rimessione sul punto appare in effetti ridotto al minimo. Nella recente sentenza n. 104 del 2023, si richiama «il costante orientamento di questa Corte secondo cui l'onere di interpretazione conforme viene meno, lasciando il passo all'incidente di costituzionalità, allorché il giudice rimettente *sostenga*, come nel caso di specie, che il tenore letterale della disposizione non consenta tale interpretazione»⁴. Del pari sufficiente è asserire, pur in presenza dell'astratta possibilità di un adeguamento interpretativo non precluso dalla *littera legis*, il carattere ostativo di raccordi sistematici rilevanti⁵.

Sui riflessi che l'evoluzione della giurisprudenza in materia di interpretazione conforme e diritto vivente hanno prodotto sulla posizione del giudice *a quo* ci si è soffermati in altra sede⁶.

Di séguito si propone qualche considerazione sugli effetti di tale giurisprudenza nella prospettiva del giudice costituzionale, con particolare riguardo agli sviluppi delle tecniche di giudizio e alle loro implicazioni, anche sul piano dei metodi dell'interpretazione.

§ 2. – *Pronunce processuali*

Per quanto riguarda la condotta del giudice costituzionale di fronte al diritto vivente, la casistica presenta una pluralità di soluzioni decisorie difficilmente riconducibile a sistema sulla scorta di criteri stabili.

³ Nella sentenza n. 11 del 2020 si ribadisce che «ove l'interpretazione conforme sia sperimentata, ma sia poi, come nella specie, ritenuta impraticabile, l'eventuale non condisione di tale lettura incide sul merito e non sul rito, e costituisce quindi ragione di eventuale infondatezza, e non di inammissibilità, della questione sollevata (*ex multis*, sentenze n. 187, n. 179 e n. 144 del 2019, n. 132 del 2018, n. 42 del 2017, n. 204, n. 95 e n. 45 del 2016, n. 262 del 2015)». Analogamente, nella sentenza n. 219 del 2022 si legge: «Come questa Corte afferma, con indirizzo ormai costante, «l'effettivo esperimento del tentativo di una interpretazione costituzionalmente orientata – ancorché risolto dal giudice a quo con esito negativo per l'ostacolo ravvisato nella lettera della disposizione denunciata – consente di superare il vaglio di ammissibilità della questione incidentale sollevata. La correttezza o meno dell'esegesi presupposta dal rimettente – e, più in particolare, la superabilità o non superabilità degli ostacoli adottati a un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata – attiene invece al merito, e cioè alla successiva verifica di fondatezza della questione stessa» (da ultimo, sentenza n. 204 del 2021)».

⁴ Corsivo non testuale. La citata sentenza n. 104 del 2023 rinvia a numerosi precedenti: *ex plurimis*, sentenze n. 18 del 2022, n. 59 e n. 32 del 2021, n. 32 del 2020, n. 221 e n. 141 del 2019, n. 268 e n. 83 del 2017, n. 241 del 2016.

⁵ Da ultimo, Corte cost., sent. n. 45 del 2023, sulla quale si tornerà più avanti.

⁶ G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2020, 424 ss.; G. PARODI, *Interpretazione conforme a Costituzione e diritto vivente nella giurisprudenza recente. La prospettiva del giudice a quo*, in *Giur. cost.*, n. 6/2023, 2883 ss.

Abstract

The paper focuses on recent case law on Constitution-oriented interpretation and so-called “living law” doctrine. The essay privileges the perspective of the constitutional judge, especially from the point of view of judicial techniques and decisional variables in the presence of living law. On the level of the relationship between the Constitutional Court and ordinary judges, the topic is treated from the perspective of interpretation in accordance with the Constitution and its limits, even when the interpretive adjustment is the work of the judge holding the so-called “nomophylactic function”. Special attention is paid to the textual limit placed on the interpreter, the subjection of the judge to the law, and legal certainty, also with reference to the recent discussion on judicial activism.

Dalla bilancia alla panarchia

La resilienza del e nel diritto

di Silvia Zorzetto*



Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – La resilienza: sguardi all’indietro e spinte in avanti. § 3. – Varianti definitorie. § 4. – Grammatica ordinaria e specializzazione semiotica. § 5. – Suggerimenti metafisiche, ontologiche e simboliche. § 6. – Famiglie concettuali. § 7. – Oltre le metafore: ideologie e metodo.

Lucem calidam esse et sese multiplicandi et a solidis resiliendi facultate praeditam, et ibi omnino maiorem fieri calorem, ubi magis in se ipsam colligitur et copiosior fit lux

(TELESIO, *De rerum natura*, 1570, 375)

§ 1. – *Premessa*

Il presente contributo verte su un concetto in voga: la resilienza, e se ne occupa – è bene avvertire – in modo alquanto preliminare in chiave esplicativo-ricostruttiva. A fini di chiarezza, è utile precisare l’articolazione dell’analisi. Nel prossimo paragrafo viene brevemente illustrato il contesto giuridico contemporaneo nel quale la resilienza ha cominciato a farsi strada. Grazie a questo sintetico inquadramento vedremo che lungi dall’essere qualcosa di nuovo conio, essa è un concetto radicato nella storia e filosoficamente denso come del resto rivelano sia la grammatica ordinaria sia la sua genealogia. Nel successivo paragrafo vengono quindi ripercorse in via esemplificativa alcune nozioni di resilienza tra le molte co-esistenti nei diversi saperi e discipline. Pur essendo impossibile approntare una rassegna complessiva vista la pluralità di varianti, tenerne conto appare propedeutico a comprendere le fattezze del concetto da un punto di vista semiotico. Inoltre, le concezioni diffuse sono utili indicatori dei suoi possibili usi e

* Università degli Studi di Milano.

Il presente contributo costituisce una rielaborazione rivista e aggiornata di un contributo redatto per un volume di scritti dedicati a Claudio Luzzati di prossima pubblicazione.

quindi significati anche giuridici. Nel quarto paragrafo, ci si sofferma in specie sulla nozione di resilienza promossa nel diritto euro-unitario attuale per evidenziare le componenti di quello che appare un complesso costruito concettuale-assiologico. Nel quinto paragrafo viene esaminato il nesso esistente tra la resilienza e la metafora della panarchia al fine di portarne alla luce le suggestioni metafisico-ontologiche e gli aspetti espressivi e simbolici. Questi aspetti sono sviluppati nel sesto paragrafo nel quale, anche sulla base delle rilevazioni di usi giuridici e giurisprudenziali, preso atto dell'abitudine di accompagnare la resilienza ad altri concetti giuridici, non meno generici, valutativi e controversi, si riflette sulla sua effettiva autonomia e consistenza semantica. L'ultimo paragrafo costituisce non già una conclusione dell'analisi, bensì un ponte per ulteriori sviluppi. Sulla scorta della ricostruzione proposta in queste pagine, la domanda provocatoria, ma genuina che si pone al giurista (teorico e pratico) è se la resilienza sia uno strumento argomentativo con il quale dar forme e contenuti ai diritti vigenti, innovativo, ulteriore e distinto dal bilanciamento come tecnica di ragionamento e decisione da parte di ogni attore (legislatore, poteri esecutivi, e organi giudiziari); se essa dia voce a quell'eterna, permanente e latente esigenza di giustizia con cui la pratica sociale giuridica di ogni epoca si trova a fare i conti. In via provvisoria si può osservare che l'una ipotesi non escluderebbe comunque l'altra. E in qualsiasi direzione si evolveranno gli usi, la resilienza merita approfondimenti filosofici anche, se non anzitutto, a motivo della sua straordinaria dimensione espressivo-simbolica.

§ 2. – *La resilienza: sguardi all'indietro e spinte in avanti*

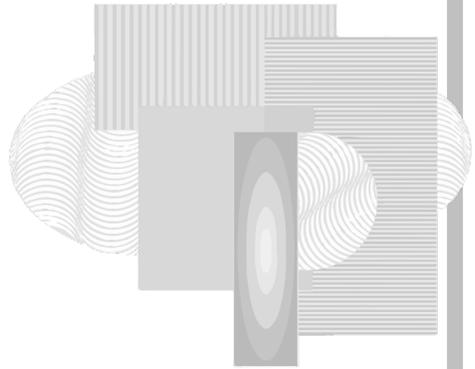
«La gestione dell'incertezza definisce il processo decisionale odierno, sia per i cittadini che per le imprese o i governi. La guerra e le incertezze geopolitiche, il costo della vita, le sfide demografiche, il degrado ambientale e le emergenze sanitarie, le disparità sociali, la polarizzazione politica e la disinformazione, i rapidi sviluppi tecnologici e la migrazione richiedono tutti un'azione urgente. I decisori politici devono trovare un equilibrio tra attenzione e risorse. La crisi climatica, che è interconnessa alle altre crisi globali causate da inquinamento e perdita di biodiversità e tende ad amplificare molti altri rischi, rappresenta una delle minacce più gravi alla nostra esistenza». Con queste parole si apre la Comunicazione della Commissione "Gestire i rischi climatici: proteggere le persone e la prosperità" del 12 marzo 2024¹.

¹ Consultabile al link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52024DC0091>.

Abstract

The essay examines the concept of resilience from a theoretical-philosophical perspective and attempts to link its history with its current use. It reflects on the ambiguity of the concept and its very broad areas of application. The aim of the essay is to analyse the metaphors embedded in the concept, their expressive power and the possible impact on legal reasoning, both at the level of the theory of legal sources and at the level of interpretative technique. In particular, in the area of legal reasoning theory, a provocation is put forward regarding the possible meaningfulness of resilience as an instrument of justice/discretionary freedom.

Materiali



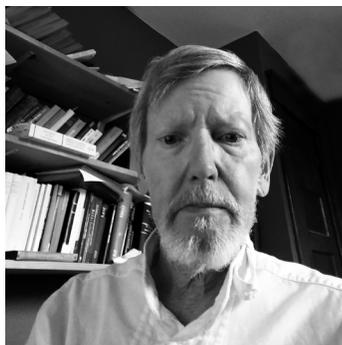
A Tale of Two Carls. Schmitt and Clausewitz on Politics and War
di Christopher Adair-Totef

*L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole
ed argomentazione basata su principi*
di Letizia Gianformaggio

A Tale of Two Carls

Schmitt and Clausewitz on Politics and War

di Christopher Adair-Toteff*



Sommario: § 1. – Introduction. § 2. – Carl von Clausewitz. § 3. – Carl Schmitt’s Comments on Carl von Clausewitz. I. § 4. – Carl Schmitt’s Comments on Carl von Clausewitz. II. § 5. – Raymond Aron’s and Dan Diner’s Criticisms of Carl Schmitt. § 6. – Concluding Comments.

Weil die Vergangenheit uns zur Gegenwart führt

CARL VON CLAUSEWITZ

Feind ist heute im Verhältnis zu Krieg der primäre Begriff

CARL SCHMITT

§ 1. – *Introduction*

When Carl von Clausewitz died in 1831 at the early age of 51, he left behind a number of manuscripts. His wife, Marie, began to publish them and within a short time one of them had become rather famous¹. The work was *Vom Kriege* and it continues to be famous with numerous scholars and political thinkers commenting on it throughout the following decades and into the twentieth century. One hundred and thirty-three years after *Vom Kriege* first appeared, another Carl commented on Clausewitz’ work. Carl Schmitt published his *Clausewitz als politischer Denker. Bemerkungen und Hinweise* in the last issue of 1967

* University of South Florida.

The title is a reference to Charles Dickens’ *A Tale of Two Cities*, but unlike Dickens’ book of fiction this essay is a realistic attempt to explore some of the similarities and differences between two great German thinkers. My thanks are to Andreas Hoentsch and Stephen Turner for their comments on this essay.

¹ *Vom Kriege* appeared during 1832 and 1824 in the first three volumes of Clausewitz’ *Hinterlassene Werke über Krieg und Kriegführung*.

for the journal *Der Staat*². However, that was not the first time that Schmitt had examined Clausewitz' ideas; he had done it before, and especially in the *Theorie des Partisanen*. It appears that Carl von Clausewitz' writings were of considerable interest to Carl Schmitt for a number of years. Both "Carls" continue to garner considerable attention; however, Schmitt's ideas on Clausewitz in general and his thoughts on "Clausewitz" in particular have remained relatively neglected³. It is my intention here to help rectify this; Schmitt's comments on Clausewitz are not just historically important, but they reveal some intriguing aspects of Schmitt's own thinking about political struggles and warfare.

This essay has four parts: there are two parts which are rather short, the first part briefly explains Clausewitz' importance and the fourth part discusses two scholars who criticize Schmitt's comments on Clausewitz. Then there are two parts which are comparatively longer in length: the second part sets out Schmitt's conception of Clausewitz' ideas in *Theorie des Partisanen* while the third part is a discussion of Schmitt's views as found in his "Clausewitz" essay.

§ 2. – *Carl von Clausewitz*

Carl Schmitt certainly needs no introduction here, but Carl von Clausewitz most likely does. Despite a number of people knowing one or two of his famous phrases, few of them have a correct understanding of Clausewitz and his work *Vom Kriege*⁴. That is because the

² Schmitt was one of the few scholars who considered Clausewitz a political thinker. In 1922, Hans Rothfels noted that most scholars regarded Clausewitz as a military reformer and hardly anyone considered him to be a political thinker. Rothfels suggested that that prompted him to write his book *Clausewitz: Politik und Krieg*: H. ROTHFELS, *Carl von Clausewitz. Politik und Krieg. Eine ideengeschichtliche Studie*, Berlin, Ferdinand Dümmlers Verlagsbuchhandlung, 1920, VII.

³ For example, there is no entry on Carl Schmitt in Peter Paret's biography of Clausewitz: P. PARET, *Clausewitz and the State*, Oxford, Oxford University Press, 1976. Similarly, there is no entry on Clausewitz in Reinhard Mehring's biography of Schmitt. R. MEHRING, *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall. Ein Biographie*, München, C.H. Beck, 2009. Schmitt's *Theorie des Partisans* is at least mentioned, although only once and briefly in Andreas Herberg-Rothe's book: A. HERBERG-ROTHE, *Das Rätsel Clausewitz. Politische Theorie des Krieges im Widerstreit*, München, Wilhelm Fink, 2001, 123.

⁴ Clausewitz' most famous statement is undoubtedly: «der Krieg nichts ist als fortgesetzte Staatspolitik mit anderen Mitteln». This is not just the current favorite but has long been regarded as the most famous. The first sentence of the "Vorwort" to Hans Rothfels' 1920 book begins: «Das bekannte Wort von Clausewitz, das der Krieg [ist] die fortsetzung der Politik mit anderen Mitteln»: H. ROTHFELS, *Carl von Clausewitz*, cit., VII. Two other famous ones are: «Der Krieg ist also ein Akt der Gewalt, um den Gegner zur Erfüllung unseres Willens zu zwingen» and «Es ist alles im Kriege sehr einfach, aber das Einfachste ist schwerieg». In the final "Buch" Clausewitz wrote «Wir behaupten dagegen, der Krieg ist nichts als Fortsetzung des politischen Verkehrs mit Einmischung anderer Mittel»: C. VON CLAUSEWITZ, *Vom Krieg. Hinterlassenes Werk des Generals Carl von Clausewitz, Achtzehnte Auflage. Vollständige Ausgabe im Urtext mit völlig überarbeiteter und erweiterter his-*

riff des Politischen, Schmitt indicated that he considered it a «Herausforderung». He suggested that this meant it was a «Challenge» or better, a «Provokation»⁶⁷. This quotation reveals two things: first, that Schmitt believed that almost everything was political and, as a result, scholarship must be subordinate to politics. Second, that as much as Aron's and Diner's criticisms are scholarly sound, they are not especially relevant because Schmitt's use of Clausewitz was never intended to be scholarly. Rather, Schmitt regarded him as a specifically *political* thinker – and that is why he insisted «Clausewitz ist ein politischer Denker». Carl von Clausewitz was correct to believe that war is politics by other means; but was Carl Schmitt correct to believe that everything is potentially political?

Abstract

When Carl von Clausewitz died at the early age of 51 in 1831, he left behind a number of manuscripts. His wife, Marie, began to publish them and within a short time one of them had become rather famous. The work was *Vom Kriege* and it continues to be famous with numerous scholars and political thinkers commenting on it throughout the following decades and into the twentieth century. One hundred and thirty-three years after *Vom Kriege* first appeared, another Carl commented on Clausewitz' work. Carl Schmitt published his "Clausewitz als politischer Denker. Bemerkungen und Hinweise" in the last issue of 1967 for the journal *Der Staat*. However, that was not the first time that Schmitt had examined Clausewitz' ideas; he had done it before, and especially in the *Theorie des Partisanen*. It appears that Carl von Clausewitz' writings were of considerable interest to Carl Schmitt for a number of years. Both "Carls" continue to garner considerable attention; however, Schmitt's ideas on Clausewitz in general and his thoughts on "Clausewitz" in particular have remained relatively neglected. It is my intention here to help rectify this. Schmitt's comments on Clausewitz are not just historically important, but they reveal some intriguing aspects of Schmitt's own thinking about political struggles and warfare.

⁶⁷ C. SCHMITT, *Begriff*, cit., 12.

L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi

di Letizia Gianformaggio



Letizia Gianformaggio (Spello 1944 - Firenze 2004) è stata professoressa ordinaria di Filosofia del diritto presso le Università di Siena e di Ferrara. La sua produzione scientifica è stata intensa e caratterizzata da molteplici ambiti di interesse. Tra le sue opere si ricordano: *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 1986; *In difesa del sillogismo pratico ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova*, Milano, Giuffrè, 1987; *Filosofia e critica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995 (La Redazione).

Premessa. Regole, principi e argomentazione giuridica in un saggio di Letizia Gianformaggio

di Enrico Diciotti* e Vito Velluzzi**

L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi è il titolo di un testo che Letizia Gianformaggio utilizzò per due lezioni, tenute il 21 e il 22 agosto 1984 presso l'Universidad de Pais Vascos di San Sebastian, e pubblicò sulla *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 72, 1985, 65-103 (per poi includerlo nei suoi *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 1985, 91-129). In quegli anni, sulla scia di opere come *Taking Rights Seriously* di Ronald Dworkin (del 1977), *Theorie der juristischen Argumentation* di Robert Alexy (1978), *The Foundation of Legal Reasoning* di Aulis Aarnio, Robert Alexy e Aleksander Peczenik (in *Rechtstheorie*, 12, 1981, 135-158, 257-279, 423-448), la filosofia del diritto italiana iniziava a rivolgere la propria attenzione alla teoria dell'argomentazione giuridica e a discutere con una certa passione di principi, dei loro caratteri distintivi, del loro ruolo nelle decisioni dei giudici, della loro compatibilità con il positivismo giuridico, nelle forme in cui era stato coltivato fino a quel momento. Particolarmente interessata a quei temi era Gianformaggio,

* Università degli Studi di Siena.

** Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

che di argomentazione giuridica si era occupata fin dai suoi studi su Chaim Perelman (*Gli argomenti di Perelman: dalla neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice*, Milano, Edizioni di Comunità, 1973), e alla quale certamente erano congeniali le tendenze che si manifestavano nelle opere prima menzionate: come viene dichiarato nel saggio firmato da Aarnio, Alexy e Peczenik, riabilitazione della filosofia pratica, dissoluzione delle vecchie frontiere sorte tra scuole e teorie diverse (come la teoria analitica e quella ermeneutica, il realismo giuridico e il giusnaturalismo), centralità della teoria del ragionamento giuridico e, pertanto, della pratica del diritto. Questo interesse è, appunto, testimoniato dalle sue lezioni spagnole sui principi costituzionali, nonché, nello stesso anno, dal suo commento a *Theorie der juristischen Argumentation* di Alexy, pubblicato sui *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 14, n. 2/1984, 475-504, con il titolo *Il gioco della giustificazione. Osservazioni in margine ad una teoria procedurale dell'argomentazione giuridica*.

Tra le molte cose contenute nel testo delle lezioni spagnole sull'interpretazione della Costituzione tra regole e principi, quattro devono essere evidenziate: tre di queste rappresentano premesse rilevanti del discorso svolto da Gianformaggio, la quarta ne costituisce la conclusione.

Nelle pagine iniziali del testo vengono distinti due sensi di 'interpretazione della Costituzione': se con 'interpretazione' si intende un'attività di attribuzione di significato a un segno (o il risultato di questa attività), l'interpretazione della Costituzione è l'attività con cui viene attribuito un significato a un testo costituzionale (o il prodotto di questa attività); se con 'interpretazione' si intende la comprensione o la concezione di qualcosa che può anche non essere un segno, l'interpretazione della costituzione è l'attività con cui viene attribuita una funzione, un valore o un ruolo specifico alla Costituzione (o il prodotto di questa attività), sia nella dinamica degli assetti istituzionali sia nel contesto del mutamento sociale. E questa distinzione è accompagnata dall'osservazione che l'interpretazione della Costituzione nel primo senso presuppone l'interpretazione della Costituzione nel secondo senso, poiché alla domanda riguardo al contenuto di un documento costituzionale (che cosa dice la Costituzione? Quali norme esprime?) è possibile rispondere diversamente quando siano state date risposte diverse alla domanda concernente la funzione della Costituzione (a che serve la Costituzione? Quali sono le sue finalità?)¹.

¹ L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione*, *ultra*, 136: «Per chiarezza, di impostazione e di analisi, le due accezioni vanno distinte, ma non vanno tenute separate: al contrario. Il primo punto da stabilire, a parer mio, è il seguente: non si può sensatamente porre un problema di interpretazione della costituzione nel primo senso individuato sopra – di attribuzione di significato alle disposizioni costituzionali – se non dopo aver fatto chiarezza sul problema della interpretazione della costituzione nel secondo senso individuato sopra – di attribuzione di funzione, valore, ruolo alla costituzione nel sistema giuridico e politico-sociale».

14. Ho detto che apprezzo la forma dell'argomentazione svolta in questa sentenza, indipendentemente dal merito della decisione. E difatti apprezzare la motivazione di una sentenza dal punto di vista della correttezza dell'argomentazione non significa, per ciò solo, ritenere giusta la decisione. Su questo punto dissento con profonda convinzione da Ronald Dworkin. Che ci siano regole dell'argomentazione giuridica (ed io credo fermamente che ce ne siano: i giuristi, quando fanno i giuristi, non scrivono poesie!) significa che un'argomentazione che non rispetti queste regole è sicuramente scorretta, cioè che una conclusione poggiante *solo* su quella argomentazione è sicuramente ingiustificata. Non significa pure che una conclusione tratta con un'argomentazione che rispetti quelle regole è sicuramente ed (ammesso che ciò significhi qualche cosa) oggettivamente giusta.

Ma questo è un discorso lungo che non è possibile fare qui. A me basterebbe, se ci fossi riuscita, aver argomentato in maniera convincente questa tesi: dal fatto che il diritto si compone di enunciati – almeno il diritto scritto: per quello non scritto avrei delle remore ad ammetterlo – cui i giuristi ed i giudici – ma io credo non solo loro – attribuiscono significato, non consegue necessariamente né che tali operazioni di attribuzione di significato siano insuscettibili di controllo razionale, né, tantomeno, che non si possa predicare la «logicità» delle operazioni di manipolazione di tali significati. Ciò ho cercato di mostrare in riferimento ai principi costituzionali, materiale che, a buon diritto, si può supporre essere particolarmente refrattario ad un trattamento di tipo – in qualche senso – «logico».

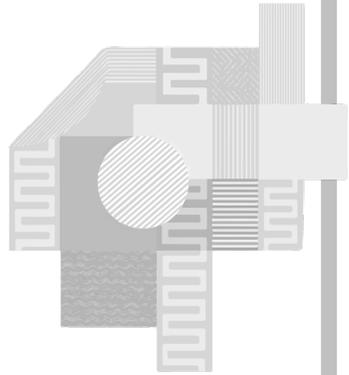
Se è vero, e non ho gli elementi per asserirlo, che *tutti* i giuristi fanno *tutto* quello che vogliono (quello che serve agli interessi che si sono messi a servire) lo fanno perché sanno di poterlo fare, perché sanno che i controlli, istituzionali e/o diffusi, sulle loro operazioni ed attività non funzionano.

Cioè perché noi, i cittadini, glielo lasciamo fare, senza che alcuni di noi – i metodologi del diritto – ritengano di doversene dare pensiero.

Abstract

In this essay Letizia Gianformaggio addresses the distinction between rules and principles by relating it to the interpretation of the constitution. Among the theses advanced two are particularly important: the difference between principles and rules emerges only at the moment of interpretation-application; the argumentation of statutory and constitutional interpretation (of rules and principles) can be rationally controlled.

Interventi, Note e Discussioni



Art. 51 Cost. e accesso delle donne alla magistratura. Riflessioni sulla parità di accesso ai pubblici uffici dall'Assemblea costituente alla legge n. 66 del 1963
di Maria Esmeralda Bucalo

I diritti (dimenticati) dei figli nell'applicazione della l. n. 40 del 2004
di Elena Cecchini

«La vendetta dell'irrazionale». La critica di Erich Kaufmann alla filosofia del diritto di Hans Kelsen
di Paolo Costa

«Mutato nomine de te fabula narratur»? I Consigli regionali e il Parlamento di fronte all'elezione diretta del vertice dell'esecutivo
di Matteo Cosulich

Antitrust, pluralismo e regolazione delle piattaforme dopo il Digital Markets Act e il Media Freedom Act
di Filippo Donati

Perché l'Electoral College? Alle origini delle elezioni presidenziali americane
di Andrea Gratteri

Antisubordinazione di genere e sistema costituzionale. La vicenda dell'accesso agli uffici pubblici
di Ornella Spataro

Art. 51 Cost. e accesso delle donne alla magistratura

Riflessioni sulla parità di accesso ai pubblici uffici dall'Assemblea costituente alla legge n. 66 del 1963

di Maria Esmeralda Bucalo*



Sommario: § 1. – Premessa: il riconoscimento alle donne del diritto di elettorato attivo e passivo. § 2. – Il ruolo delle donne in Assemblea costituente. § 2.1. – Il principio di parità e di non discriminazione di genere e la sua esplicazione nel diritto di accesso al lavoro. § 2.2. – (*segue*) e nel diritto di accesso alle cariche elettive e agli uffici pubblici, con particolare riguardo all'accesso delle donne alla magistratura. § 3. – Problemi di attuazione e applicazione dell'art. 51 Cost. § 3.1. – La giurisprudenza in tema di partecipazione delle

donne alle Corti di Assise. § 3.2. – La giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di parità fra uomini e donne nell'accesso alla magistratura precedente alla legge 9 febbraio 1963, n. 66. § 4. Alcune considerazioni conclusive guardando ai nostri giorni.

§ 1. – Una premessa necessaria: il riconoscimento alle donne del diritto di elettorato attivo e passivo

Le riflessioni, che si rendono in questo saggio, sono volte a mettere in luce le difficoltà che, fin dall'entrata in vigore della Costituzione, hanno caratterizzato il percorso che ha condotto alla legge 9 febbraio 1963, n. 66, il cui inizio deve essere necessariamente individuato nel 2 e 3 giugno 1946. La data assume un rilievo fondamentale non solo in quanto fondativa del nuovo ordine costituzionale e della forma repubblicana e democratica dello Stato, ma anche perché può affermarsi, senza tema di smentita, che è a partire da essa che anche in Italia si fa largo l'idea che la donna possa svolgere la sua vita anche fuori dalle

* Università degli Studi di Palermo.

Il saggio è frutto della rielaborazione delle considerazioni rese dall'autrice all'incontro di studio intitolato "Donne e magistratura. 1963-2023. Principio di uguaglianza e antisubordinazione di genere", svoltosi presso la Aula Magna della Corte di appello di Palermo il 30 novembre 2023 e si pone come premessa al saggio di Ornella Spataro, presente in questa Rivista, che ne costituisce la naturale continuazione.

mura domestiche¹. Visto sotto questa luce il rapporto fra democrazia e uguaglianza (considerata come “uguaglianza di uomini e donne”), che si ricomponeva nella sua dimensione politica e giuridica dopo l’interruzione dovuta al regime dittatoriale, costituisce la novità *fondativa e fondante* dell’ordine costituzionale².

Com’è noto, il vento impetuoso del movimento femminile per il riconoscimento del suffragio elettorale alle donne soffiava negli Stati Uniti e in Gran Bretagna già dalla fine del secolo XIX³, per placarsi nei primi tre decenni del secolo successivo.

Il diritto di voto fu infatti riconosciuto in questi Stati all’indomani della fine del Primo conflitto mondiale. Specificatamente, negli Stati Uniti esso risale al 1920, anno in cui fu approvato il XIX emendamento alla Costituzione, il quale dispone: «Sec. 1. *The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of sex.* Sec. 2. *Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation*»; mentre nel Regno Unito al 1918 quando fu approvata la legge che riconosceva il diritto di elettorato attivo alle donne che avessero compiuto i trent’anni e, finalmente, nel 1928 la legge che lo riconosceva loro a ventuno anni, equiparando così la posizione di uomini e donne⁴.

Deve sottolinearsi però come anche in questi due Stati il riconoscimento del diritto di voto alle donne fu collocato «non sul piano dei *diritti*, ma sul piano dei *servizi* (da loro) resi»⁵ (per esempio per il patriot-

¹ M. D’AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Milano, Raffaello Cortina, 2020, 33. Si veda anche B. PEZZINI, *Uno sguardo di genere sulla sentenza n. 33 del 1960*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 5/2021, 44-45, la quale rileva che la conquista della cittadinanza politica da parte delle donne, rompendo «l’ordine monogenere della rappresentanza politica e consentendo alle donne di partecipare all’elaborazione del nuovo patto fondamentale, aveva imposto l’abbandono del paradigma costitutivo della maternità, perché aveva privato di fondamento la dicotomia per linee di genere dello spazio [...], segnando il superamento del contratto sessuale posto a base del contratto sociale della tradizione». In questo riprendendo C. PATENAM, *Il contratto sessuale*, Roma, Editori Riuniti, 1997.

² B. PEZZINI, *La qualità fondativa e fondante della cittadinanza politica e dell’antifascismo: tra mitologia e attualità*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità della Assemblea costituente*, Milano, Franco Angeli, 2018, 335.

³ Il primo Paese anglosassone a riconoscere il suffragio femminile fu il Wyoming nel 1869.

⁴ E. MANA, *Donne al voto: cittadinanza e rappresentanza 1945-1948. Un percorso fra Italia e Francia*, in P. ADAMO, A. CHIAVISTELLI, P. SODDU (a cura di), *Forme e metamorfosi della rappresentanza politica. 1848 1948 1968*, Torino, Accademia University Press, 2019, 203, la quale rileva che nell’ambito del riconoscimento del diritto di voto alle donne deve farsi una distinzione fra la situazione britannica e quella degli altri Stati europei, costituita dal fatto che nel Regno Unito si assistette ad un processo di progressiva inclusione delle donne al voto a partire dal 1869, anno in cui parteciparono alle elezioni delle giunte distrettuali, per poi estendersi ai consigli locali (1894); mentre già nel 1881 sull’Isola di Man il suffragio fu riconosciuto a nubili e vedove.

⁵ E. MANA, *Donne al voto*, cit., 204.

Abstract

The essay, starting from the recognition of women's right to vote and stand for election, analyzes the structure of the constitutional provisions regarding equality between men and women and equality in work and in access to elective positions and public offices, with a view to reconstruct how the battles, fought in the Constituent Assembly by the "Constituent Mothers" in order to prevent the principle of equality and non-discrimination on the basis of sex from being emptied of meaning, determined its structure.

The slow implementation of the art. 51 of the Constitution, considered non-preceptive for many years by jurisprudence and doctrine, determined that the law on women's access to the judiciary was approved only in 1963 and only after the Constitutional Court expressed itself favorably on the matter, intervening a few years earlier in lieu of the Legislator, affirming its fully preceptive nature.

This slowness, due to the traditional Italian cultural situation, still determines today that the path to achieving full equality between men and women cannot yet be considered completely concluded. As proof of this, for example, the constitutional amendments to the art. 51 and 117 comma VII Constitution introduced in the early 2000s, as well as the provisions concerning the direct election of the presidents of the Regions with special statute and of the autonomous Provinces of Trento and Bolzano introduced with constitutional law no. 2 of 2001.

Despite this, it cannot fail to be noted that these measures have demonstrated little effectiveness in fundamentally removing the many obstacles to the full realization of the principle of equality, considering that the under-representation of women in politics and decision-making centers is still a very present reality in our country.

If it's possible to believe that the lack of homogeneity and contradictory nature of public policies on gender equality is one of the causes of this phenomenon, it is equally possible to believe that they can be overcome thanks to the adoption of a complex notion comprising a plurality of distinct normative principles which includes some notions associated with the concept of "equality" (understood as a universalistic ideal of citizenship that makes men and women equal), as well as some linked to that of "difference" (understood as a reference to the particular abilities, talents, needs and interests of women, which evidently are different from those of men).

I diritti (dimenticati) dei figli nell'applicazione della l. n. 40 del 2004

di Elena Cecchini*



Sommario: § 1. – Evoluzione, limiti e criticità della l. n. 40 del 2004. § 2. – La giurisprudenza sul riconoscimento dello *status filiationis*. § 3. – Caratteristiche e limiti dell'adozione in casi particolari. § 4. – I bambini come strumento per la deterrenza statale. § 5. – Dal 2002 ad oggi: un passo indietro? § 6. – Il diritto a diventare (o rimanere) figli.

§ 1. – *Evoluzione, limiti e criticità della l. n. 40 del 2004*

La gestione delle problematiche relative ai temi della pma e della gpa nel nostro ordinamento è affidata alla l. 19 febbraio 2004, n. 40. Essa è stata concepita come una legge a tutela della salute. Le tecniche ivi configurate sono infatti previste come rimedio per fronteggiare la sterilità e l'infertilità umana¹. Inoltre, essa si rivolge solamente a un nucleo familiare formato da una madre e da un padre². Infine, nel suo impianto originario, la legge ammetteva soltanto il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo omologo, vietando tanto quelle di tipo eterologo, quanto la gestazione per altri³. Non era,

* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

¹ L'art. 1 della citata legge prevede infatti che il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita è ammesso «al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» e che esso «è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità». Lo stesso concetto è ribadito dall'art. 4, comma 1: «il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico».

² L'art. 5 stabilisce che «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi», previsione rafforzata dall'art. 12, che al secondo comma prevede una sanzione amministrativa pecuniaria per chi «in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi».

³ La procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo era vietata dall'art. 4, comma 3 della l. n. 40 del 2004, mentre la surrogazione di maternità è ancora oggi vietata dall'art. 12, comma 6 della stessa legge.

quindi, ammessa l'instaurazione di un rapporto di genitorialità tra un figlio e un genitore a lui non legato da legami biologici.

È dunque escluso in radice dalla l. n. 40 del 2004 che la pma possa rappresentare una modalità di realizzazione di un semplice "desiderio di genitorialità", quanto meno di una genitorialità alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati. Le tecniche di procreazione medicalmente assistita sono concepite esclusivamente per fare fronte all'infertilità patologica delle coppie eterosessuali che non possano procreare naturalmente.

Come è evidente, la l. n. 40 del 2004 incarna quindi (anche) una particolare concezione etica della procreazione e, non per caso, è stata definita una legge di lotta *contro* la pma⁴.

Ad essere vietate erano in origine tanto la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, quanto la surrogazione di maternità. Mentre però il divieto di maternità surrogata non è mai stato toccato dalla Corte costituzionale, non essendo mai divenuto oggetto diretto di una questione di legittimità costituzionale, l'originario impianto della l. n. 40 del 2004 in tema di pma è stato progressivamente smantellato dalla Corte⁵.

Il divieto di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita *eterologhe*, in origine radicalmente vietato, è stato infatti in parte superato con gli interventi della Corte costituzionale operati nel 2014 e nel 2015⁶, che le hanno rese ammissibili, in un primo momento, solamente per le coppie infertili o sterili, e successivamente anche per le coppie portatrici di malattie genetiche.

I citati interventi sono quindi di notevole importanza: avendo ammesso, a certe condizioni, il ricorso a tecniche di pma *eterologhe*, essi hanno implicitamente riconosciuto che il consenso possa legittimamente costituire il fondamento del rapporto di filiazione al di là

⁴ E. DOLCINI, *La legge n. 40 del 2004: alla prova dei fatti, un efficace strumento di lotta contro la procreazione assistita*, in *Il corriere del merito*, 2007, 1425 ss.

⁵ Ci si riferisce a Corte cost., sent. 8 maggio 2009, n. 151, sent. 10 giugno 2014, n. 162 e sent. 5 giugno 2015, n. 96.

Con la sentenza n. 151 del 2009 la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, l. n. 40 del 2004 nella parte in cui non demanda al medico la scelta di quanti embrioni produrre per ogni ciclo terapeutico e di quanti embrioni impiantare. Ha quindi attribuito al medico la facoltà di determinare il numero di embrioni da generare e impiantare, consentendo la crioconservazione dei rimanenti fino al trasferimento, senza pregiudizio per la salute della donna.

Con la sentenza n. 162 del 2014 la Corte ha eliminato il divieto di fecondazione assistita eterologa, consentendone l'accesso alle coppie affette da sterilità o infertilità assoluta.

Infine, con la sentenza n. 96 del 2015, la Corte ha esteso l'accesso a tecniche di procreazione medicalmente assistita anche alle coppie fertili, portatrici di gravi malattie genetiche, che necessitano della diagnosi preimpianto per scongiurare il rischio della inconsapevole trasmissione al figlio della malattia.

⁶ Cfr. Corte cost., sentt. n. 162 del 2014 e n. 96 del 2015.

Negando un meccanismo di riconoscimento dello *status filiationis* dotato di queste caratteristiche allo scopo di disincentivare il ricorso a pma e gpa, il nostro sistema finisce per sovrapporre i due piani e per perseguire le finalità general-preventive, proprie del primo piano, anche attraverso il declassamento dei rimedi, propri del secondo piano. Finisce insomma per sfruttare la difficoltà del processo di riconoscimento dello *status* per disincentivare il ricorso alle pratiche illecite, così sacrificando un interesse che però è ora proprio del bambino, non più del genitore.

Dalla corretta constatazione circa l'assenza di un diritto costituzionale a diventare genitori "a tutti i costi", e dunque anche dalla punibilità³⁹ di condotte come la gpa qualora messe in atto dagli aspiranti genitori, si salta così (il)logicamente all'automatico sacrificio dell'aspettativa – questa sì costituzionalmente ricostruibile in termini di diritto soggettivo – a diventare (o rimanere) figli. Forse il tempo sarebbe costituzionalmente maturo perché il «Dio geloso», che «punisce la colpa dei padri nei figli fino alla terza e alla quarta generazione» (Es 20, 5), ceda il passo a una visione più laicamente retributiva, per cui «il figlio non sconta l'iniquità del padre, né il padre l'iniquità del figlio. Al giusto sarà accreditata la sua giustizia e al malvagio la sua malvagità» (Ez 18, 20)⁴⁰.

Abstract

The paper analyzes some of the issues related to the recognition of the parental relationship between children born as a result of surrogacy or medically assisted procreation carried out abroad and their intended parents. It shows how the system outlined by law and case law presents several critical issues and how it is inconsistent with some well-established teachings of the Constitutional Court. Finally, given the absence of a right to parenthood, the question arises as to the configurability of a right to the recognition of the filial relationship for those who are, in fact, already placed in a family.

condotta che sarebbe illecita nel nostro paese ma della quale il minore è del tutto irresponsabile» (cfr. Corte cass., sez. I civile, ord. 21 gennaio 2022, n. 1842).

³⁹ Punibilità che, peraltro, è cosa ben diversa da un *dovere costituzionale* di punire.

⁴⁰ Per nuove prospettive *de iure condendo*, si veda M. CALDIRONI, *Lo status giuridico del minore: la necessità di una ricostruzione unitaria all'interno dell'Unione*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2023, 139 ss., che richiama la proposta dell'ordinanza interlocutoria n. 1842 del 2022 di ricorrere agli strumenti del diritto internazionale (in particolare il regolamento) per avvicinare le legislazioni degli Stati sulla materia. Con la stessa ordinanza la Corte di cassazione ha proposto una valutazione "caso per caso" della compatibilità della trascrizione dell'atto di nascita con l'ordine pubblico, valorizzando le peculiarità del singolo caso e ripudiando una aprioristica definizione di prevalenza di un interesse sull'altro. Si veda sul tema M. CALDIRONI, *Surrogazione di maternità e ordine pubblico: verso un cambio di rotta?*, in *BioLaw Journal*, n. 2/2022, 322 ss. Invece G. BARCELLONA, *Sorvegliare gli adulti punendo i bambini*, cit., 64 ss., propone di fare ricorso all'analogia, richiamando, in particolare, l'art. 9 della l. n. 40 del 2004 e nella sentenza della Corte costituzionale n. 494 del 2002.

«La vendetta dell'irrazionale»

La critica di Erich Kaufmann alla filosofia del diritto di Hans Kelsen

di Paolo Costa*



Sommario: § 1. – La critica del 1921 alla filosofia neokantiana del diritto in generale... § 1.1. – ...e a quella di Hans Kelsen in particolare. § 2. – Un tentativo di metacritica. § 2.1. – L'istituto giuridico: sua essenza... § 2.2. – ...e suo oblio – § 3. – Una conclusione.

§ 1. – *La critica del 1921 alla filosofia neokantiana del diritto in generale...*

Nel 1921, Erich Kaufmann pubblica la celebre *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*¹, posizionandosi a sua volta nel *Methodenstreit* weimariano. Egli stesso proveniva in origine dalle file del neokantismo: la *Kritik* ne segna l'abbandono ufficiale. La sua concezione filosofico-giuridica si era frattanto sviluppata nella direzione di un «giusnaturalismo neo-hegeliano»² (con le conseguenti implicazioni organicistiche³) caratterizzato da una metafisica «attenta all'“essenza” delle cose» più che da una classica «metafisica giusnaturalistica»⁴.

Kaufmann ha diversi bersagli polemici. Tra questi (ma – in realtà – *sopra tutti questi*, per la *vis* polemica impiegata e per la rilevanza scientifica del bersaglio stesso) vi è la filosofia del diritto di Hans Kelsen.

La critica si articola essenzialmente intorno a due argomenti, uno generale e uno specifico.

* Università degli Studi di Padova.

Il testo è la rielaborazione della relazione svolta al seminario di studi “Kelsen e i suoi critici” (Padova, 22 novembre 2023).

¹ E. KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, Tübingen, Verlag Von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1921.

² A. CARRINO, *Diritto e concezioni del mondo*, in E. KAUFMANN, *Critica alla filosofia neokantiana del diritto*, Napoli, ESI, 1992, 117.

³ In proposito, ampiamente, E. CASTRUCCI, *Tra organicismo e “Rechtsidee”*. *Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann*, Milano, Giuffrè, 1984, 87 ss.

⁴ A. CARRINO, *Diritto e concezioni del mondo*, cit., 110.

Il primo argomento è riferibile alla filosofia neokantiana del diritto in generale e alla sua metodologia formalista. Per Kaufmann essa sarebbe, se così si può dire, molto “neo” ma poco “kantiana”.

Il formalismo gnoseologico è assai funzionale ad un'epoca ancora segnata dall'onda lunga del metodo positivo applicato alle scienze sociali. Ciò in quanto consente di svolgere argomentazioni solo logico-formali, prescindendo dalla validità di contenuti determinati. È dunque rispondente ad una certa idea di avalutatività. Tutto questo è per Kaufmann molto poco kantiano: sarebbe la «discutibile forma nella quale lo spirito di Kant si aggira fra di noi»². La metafisica viene ridotta a gnoseologia, a teoria formale della conoscenza: in questo modo, diviene poco significativa la distinzione, fondamentale invece per Kant, tra fenomeno e cosa in sé. Conseguentemente, le idee di ragione vengono deprivate della loro capacità di addivenire a contenuti sostanziali. «Ma il neokantismo – scrive Kaufmann – cerca di unificare ciò che non è unificabile. Un metodo trascendente di pure forme e valori deve prestare sostegno e conferire senso al mondo empirico; i due mondi però vengono a tal punto dualisticamente separati che il loro reciproco rapporto diviene incomprensibile»⁵. In breve, è interrotta ogni dialettica fra ragion pura e ragion pratica.

Con questa prima critica Kaufmann mette implicitamente in discussione l'*argumentum ab auctoritate* (i neokantiani non sarebbero granché kantiani: sarebbero al più fautori di una gnoseologia funzionale ad un neo-positivismo); nonché la stessa tenuta teoretica dell'impianto neokantiano, una volta rimosso ogni elemento non meramente formale (in particolare, rimossa *in thesi* anche la sola possibilità di una conoscenza non relativa di contenuti concreti)⁶.

§ 1.1. – ...e a quella di Hans Kelsen in particolare

Il secondo argomento è riferibile in modo più specifico al pensiero di Kelsen.

Kaufmann intende dare dimostrazione del fallimento del tentativo kelseniano di fondare una dottrina “pura” del diritto. L'ambizione alla *Reinheit* è solo una velleità.

Il tentativo di approdare ad un puro sistema nomologico con declinazione nomodinamica si scontrerebbe con l'*irrazionalità* dell'empiria, ossia l'irriducibilità del diritto a mere forme prive di contenuto. Kelsen ha sacrificato «l'essere, la fatticità, il sociologico»; ma l'empiria

⁵ E. KAUFMANN, *Critica della filosofia neokantiana del diritto*, in R. MICCÙ (a cura di), *Neokantismo e diritto nella lotta per Weimar*, Napoli, ESI, 1992, 11 ss.

⁶ *Ivi*, 12.

Muovendo da questa sorta di *actio finium regundorum* tra ciò che egli reputa diritto e ciò che ritiene invece di escludere dall'oggetto della scienza giuridica, la sua argomentazione risulta sempre assai conseguente: lo iato fra empiria e normatività può essere modulato e rimodulato fantasmagoricamente senza particolari conseguenze.

Kaufmann lo comprese bene. Nella *Kritik* scrive: «Se si considera la realtà sotto un determinato, astratto punto di vista e si prescinde da tutti gli altri punti di vista come "inessenziali", ciò che salta sempre nuovamente fuori è solo questo astratto punto di vista. Ciò è così evidente che non c'è davvero bisogno di leggere i voluminosi libri di Kelsen, i quali mostrano con innumerevoli esempi sempre lo stesso presunto gioco di abilità»³⁵. Lo comprese bene, ma non fu altrettanto conseguente nel giungere a conclusioni radicali.

Abstract

The article retraces Erich Kaufmann's criticism of Hans Kelsen's philosophy of law, highlighting its most significant arguments. Starting from these arguments, it also attempts to develop a metacriticism addressed to both Kaufmann and Kelsen, as they seem to be caught in an overly rigid dichotomy between empiricism and normativism.

³⁵ *Neokantismo e diritto nella lotta per Weimar*, cit., 22. Oltre, Kaufmann parla addirittura di «raggiri» (25).

«Mutato nomine de te fabula narratur»?

I Consigli regionali e il Parlamento di fronte all'elezione diretta del vertice dell'esecutivo

di Matteo Cosulich*



Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – L'elezione popolare diretta dei Presidenti delle Regioni ordinarie. § 3. – Il mutamento della forma di governo: dall'assemblearismo... § 4. – (*segue*) ...all'iperpresidenzialismo? § 5. – L'odierno ruolo del Consiglio regionale. § 6. – Quale ruolo del Parlamento nel premierato elettivo?

§ 1. – Premessa

Trascorso un quarto di secolo dalla revisione costituzionale introduttiva dell'elezione popolare diretta del Presidente della Giunta delle Regioni ordinarie (legge costituzionale 22 novembre 1999, n. 1), è attualmente in corso la trattazione da parte dell'assemblea del Senato della Repubblica¹ di un disegno di legge costituzionale volto a introdurre la medesima modalità di elezione per il Presidente del Consiglio dei ministri (d.d.l. cost. n. 935)², nell'ambito di una forma di governo definibile in termini di premierato elettivo³. Le analogie tra l'una e l'altra disciplina costituzionale, rispettivamente *de iure condito* per le Regioni e *de iure condendo* per lo Stato, non si arrestano all'elezione popolare diretta del vertice dell'esecutivo, ma attengono altresì alle relazioni fra l'esecutivo e il legislativo, nonché all'elezione di quest'ultimo. Quanto al primo profilo, può constatarsi come la logica del *simul stabunt simul cadent*, vigente nelle Regioni ordinarie, verrebbe introdotta, sebbene in modo meno rigido⁴, a livello statale. Quanto al secondo, l'elezione

* Università degli Studi di Trento.

¹ Si veda il sito www.senato.it.

² Senato della Repubblica, XIX legislatura, d.d.l. cost. 15 novembre 2023, n. 935, d'iniziativa governativa, «Modifiche agli artt. 59, 88, 92 e 94 Cost. 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».

³ Così, *ex multis*, T.E. FROSINI, *Rappresentare senza governare? Il dilemma delle forme di governo*, in questa *Rivista*, n. 21/2023, 339.

⁴ Vedi *amplius infra* § 6.

popolare diretta del vertice dell'esecutivo determina nelle Regioni e determinerebbe nello Stato una composizione assembleare tale da garantire alle liste collegate al Presidente eletto la maggioranza assoluta dei seggi⁵.

Sembra dunque opportuno interrogarsi sulle conseguenze dell'introduzione degli istituti ora brevemente descritti nelle Regioni ordinarie, con specifico riferimento al ruolo dei rispettivi Consigli. In tal modo, attraverso una comparazione interna all'ordinamento repubblicano, sarà possibile proporre qualche spunto di riflessione in merito all'assetto delle relazioni fra Governo e Parlamento, nonché al ruolo di quest'ultimo, che potrebbero discendere dalla revisione costituzionale *in itinere*.

Quanto all'oggetto della comparazione qui proposta, si ragiona quindi di 'forma di governo', peraltro nella consapevolezza che detta nozione sembri propriamente applicabile soltanto allo Stato⁶, pur essendo stata espressamente – e paradossalmente – riferita dal legislatore costituzionale (art. 123, comma 1, Cost., nel testo introdotto dalla l. Cost. n. 1 del 1999)⁷ al solo livello regionale.

Quanto invece ai termini della comparazione, è noto come nel dibattito politico-istituzionale emergano suggestioni che, nel proporre l'elezione popolare diretta del Presidente del Consiglio, lo qualificano in termini di Sindaco d'Italia⁸, evocando così il livello (non regionale, ma) comunale. Tuttavia, fra i vari enti substatali nei quali il vertice dell'esecutivo è (Comuni e Regioni) o era (Province)⁹ eletto direttamente dal popolo, la Regione sembra costituire il caso più significativo, ai fini di una sua comparazione con l'analoga disciplina statale attualmente oggetto di dibattito parlamentare. È infatti agevole con-

⁵ Quanto alle Regioni ordinarie, vedi *infra* § 4; quanto allo Stato, il testo dell'art. 92, comma 3, Cost., nella formulazione proposta all'aula del Senato dalla 1ª Commissione permanente – Affari costituzionali, prevede l'assegnazione di «un premio su base nazionale che garantisca una maggioranza dei seggi in ciascuna delle Camere alle liste e ai candidati collegati al Presidente del Consiglio».

⁶ Vedi M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir., Ann.*, III, 2010, 540, nt. 15, e 578.

⁷ Così anche la legge costituzionale 31 gennaio 2001, n. 2, che revisiona i cinque Statuti speciali e introduce in ciascuno di essi l'espresso riferimento alla «forma di governo».

⁸ Si tratta di un modello anche recentemente riproposto in Senato della Repubblica, XIX legislatura, d.d.l. cost. 1 agosto 2023, n. 830, d'iniziativa dei sen. Matteo Renzi *et al.*, «Disposizioni per l'introduzione dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri in Costituzione», nella relativa *Relazione*. Il d.d.l. cost. n. 830 è oggetto di esame congiunto con il d.d.l. cost. n. 935 (vedi *supra* nt. 2), sebbene i lavori della Commissione prima, dell'Aula poi si concentrino quasi esclusivamente sul testo del secondo.

⁹ È noto infatti che la legge 7 aprile 2014, n. 56 ha abbandonato l'elezione diretta del Presidente della Provincia (introdotta dalla legge 25 marzo 1993, n. 81) che risulta ora «eletto dai Sindaci e dai consiglieri dei Comuni della Provincia» (art. 1, comma 58, l. n. 56 del 2014). Quanto alle Città metropolitane, la medesima l. n. 56 del 2014 dispone che «il Sindaco metropolitano è di diritto il Sindaco del Comune capoluogo» (art. 1, comma 19), a meno che lo Statuto della Città metropolitana non ne preveda l'elezione diretta che può introdursi seguendo una complessa procedura (art. 1, comma 22), sinora mai portata a termine con successo.

il numero dei decreti-legge adottati e convertiti sia pari a quello delle leggi pienamente parlamentari che, non di rado, hanno ad oggetto discipline assai meno rilevanti per la vita istituzionale, economica e sociale del paese⁴⁶. Ora, l'integrale recepimento a livello statale della forma di governo regionale finirebbe probabilmente per accentuare il fenomeno ora brevemente descritto che andrebbe invece contrastato, proponendo in sede di revisione costituzionale opportuni interventi volti a limitare il ricorso al decreto-legge.

Abstract

The essay draws inspiration from the similarities between the current form of government in ordinary Regions and the discipline proposed by the constitutional bill under discussion in the Senate, aimed at introducing the direct popular election of the Italian Prime Minister. It then examines the transformation of the regional form of government that took place in 1999 in order to highlight the consequent changes regarding the role of the Regional Council. In this way, it will be possible to hypothesize the effects that the constitutional revision of the State form of government would produce on the role of the Houses of Parliament. Considering this analysis, some corrections to the model of the regional form of government, contained in the constitutional bill or to be added to it, are examined.

si del dibattito parlamentare e irresponsabilità politica degli organi rappresentativi, in questa *Rivista*, n. 13/2019, 12).

⁴⁶ Nel 2024, ad oggi (maggio), sono state promulgate dieci leggi di conversione di decreti-legge, a fronte di undici leggi pienamente parlamentari (fra le quali peraltro rientrano due leggi istitutive di commissioni d'inchiesta *ex art. 82 Cost.*). Quanto al contenuto, basti confrontare la legge 19 aprile 2024, n. 59 «Istituzione del premio di "Maestro dell'arte della cucina italiana"» con la legge 29 aprile 2024, n. 56 che converte un decreto-legge relativo all'attuazione del PNRR (si veda il sito www.parlamento.it).

Antitrust, pluralismo e regolazione delle piattaforme dopo il Digital Markets Act e il Media Freedom Act

di Filippo Donati*



Sommario: § 1. – Introduzione. § 2. – Il DMA. § 3. – Pluralismo informativo e grandi piattaforme. § 4. – Concorrenza e pluralismo informativo. § 5. – Considerazioni conclusive.

§ 1. – Introduzione

Le piattaforme *online*¹ svolgono un ruolo sempre più importante non soltanto a livello economico, ma anche nel campo dell'informazione e della comunicazione. Esse pongono pertanto problemi sia sotto il profilo della concorrenza, sia sotto quello della garanzia della libertà e del pluralismo delle fonti informative.

La nuova legge europea sui mercati digitali, il digital market act (DMA)², ha introdotto una serie di regole, complementari al diritto

* Università degli Studi di Firenze.

L'articolo verrà pubblicato negli atti del volume che raccoglie le relazioni svolte nel convegno promosso dal Cesfin su Funzione ed oggetto dell'*antitrust*: nuove e vecchie questioni, Firenze, Palazzo Incontri, 20 ottobre 2023.

¹ Con il termine 'piattaforma' si fa generalmente riferimento a infrastrutture che forniscono agli utenti, attraverso interfacce semplificate ed integrate, programmi e applicazioni, gratuiti o a pagamento, utilizzabili per una serie di finalità, tra cui commercio, condivisione di dati e informazioni tra utenti (social networks), motori di ricerca ecc. Per la definizione di 'piattaforma online' cfr. l'art. 3, lettera i), del regolamento (UE) 2022/2065 (DSA). Per l'elenco dei servizi inclusi nei servizi di piattaforma di base cfr. l'art. 2, punto 2 del regolamento (UE) 2022/1925 (DMA).

² Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali). Per un'analisi del DMA cfr. A. C. WITT, *The Digital Markets Act – Regulating the Wild West*, in *Common Market Law Review*, n. 3/2023, 625 ss.; M. EIFERT, A. METZGER, H. SCHWEITZER, G. WAGNER, *Taming The Giants: The DSA/DMA Package*, in *Common Market Law Review*, n. 4/2021, 987 ss.; L. CABRAL, J. HAUCAP, G. PARKER, G. PETROPOULOS, Y. VALLETTI, M. VAN ALSTYNE, *The EU Digital Markets Act*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2021; H. SCHWEITZER, *The Art to Make Gatekeeper Positions Conte-*

generale antitrust, volte ad assicurare la contendibilità e l'equità dei mercati digitali. La legge europea sui servizi digitali, il *digital services act* (DSA)³, invece, mira a contrastare la diffusione dei contenuti illegali e della disinformazione *online*⁴, ma non contiene misure volte a promuovere e proteggere la libertà e il pluralismo delle fonti di informazione. Tale lacuna è stata colmata dalla recente approvazione della legge europea sulla libertà dei media, l'*European Media Freedom Act* ("MFA"), che mira a proteggere la libertà dei giornalisti e il pluralismo delle fonti informative diffuse attraverso i media tradizionali e le piattaforme *online*⁵. Anche il MFA, come il DMA, trova la sua base legale nell'art. 114 TFUE, che consente l'adozione delle misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno.

Il MFA, nell'affidare agli Stati membri il compito di adottare norme sostanziali e procedurali che garantiscano una valutazione delle concentrazioni del mercato dei media che potrebbero avere un impatto significativo sul pluralismo delle fonti d'informazione e sull'indipendenza editoriale, precisa che tale valutazione è distinta da quelle a norma del diritto della concorrenza⁶. Tuttavia, la linea distintiva tra

stable and the Challenge to Know What is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal, in ZEuP, 2021, Issue 3, 503 ss.; G. BRUZZONE, *Verso il Digital Markets Act: obiettivi, strumenti e architettura istituzionale*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2021, 323 ss.; F. DONATI, *Verso una nuova regolazione delle piattaforme digitali*, *ivi*, 2021, 1 ss.

³ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali). Per un'analisi del DSA cfr. M. EIFERT, A. METZGER, H. SCHWEITZER, G. WAGNER, *Taming the giants: The DMA/DSA package*, cit., 987 ss.; C. BUSCH, V. MAK, *Putting the Digital Services Act in Context*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 10, n. 3/2021, 109 ss.; G. DE GREGORIO, *The Digital Services Act: A Paradigmatic Example of European Digital Constitutionalism*, in *Diritti comparati*, 17 maggio 2021. Cfr. altresì A. GULLO, *Il Digital Services Act e il contrasto alla disinformazione: responsabilità dei provider, obblighi di compliance e modelli di enforcement. Contenuti, scopi e traiettoria della ricerca: le nuove frontiere della compliance nel mercato digitale*, in *Rivista di diritto dei media*, n. 2/2023, 13 ss.; nonché *ivi* L. D'AGOSTINO, *Disinformazione e obblighi di compliance degli operatori del mercato digitale alla luce del nuovo Digital Services Act*, *ivi*, 16 ss.; E. BIRITTERI, *Contrasto alla disinformazione, Digital Services Act e attività di private enforcement: fondamento, contenuti e limiti degli obblighi di compliance e dei poteri di autonormazione degli operatori*, *ivi*, 52 ss.; R. SABIA, *L'enforcement pubblico del Digital Services Act tra Stati membri e Commissione europea: implementazione, monitoraggio e sanzioni*, *ivi*, 88 ss.

⁴ Cfr. gli artt. 34 e 35 del DSA, dove si stabilisce che le piattaforme *online* di dimensioni molto grandi devono individuare, valutare e attenuare eventuali rischi sistemici significativi derivanti dal funzionamento e dall'uso dei loro servizi nell'Unione, tra cui il rischio di diffusione di contenuti illegali tramite i loro servizi nonché il rischio di effetti negativi per l'esercizio dei diritti fondamentali. La diffusione di *fake news* e di campagne di disinformazione, oltre a essere considerata illegale in molti Stati membri, può evidentemente incidere negativamente sulle scelte inerenti all'esercizio dei diritti fondamentali.

⁵ La Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro comune per i servizi di media nell'ambito del mercato interno (legge europea per la libertà dei media) e modifica la direttiva 2010/13/UE, COM(2022) 457 final, è stata definitivamente approvata il 13 marzo 2024.

⁶ Cfr. l'art. 22, comma 1, MFA.

garantire in maniera trasparente, rapida ed efficace i valori della concorrenza, della democrazia e dei diritti fondamentali anche nei confronti di questi nuovi grandi poteri privati⁵³.

Abstract

The European Union has introduced a new regulatory framework aimed at guaranteeing competition and protection of fundamental rights, including that of free and pluralistic information, in the digital domain. This article offers reflections on this framework and on its ability to achieve the objectives pursued.

⁵³ Sulle sfide alla sovranità statale derivanti dall'emersione di nuovi poteri privati sotto la spinta dello sviluppo tecnologico cfr. M.R. FERRARESE, *Nuovi poteri*, Bologna, il Mulino, 2022.

Perché l'Electoral College?

Alle origini delle elezioni presidenziali americane

di Andrea Gratteri*



Sommario: § 1. – La schiavitù al centro di un sistema costituzionale in equilibrio precario. § 2. – La clausola dei tre quinti: il compromesso capace di garantire un equilibrio. § 3. – Il procedimento previsto dall'art. II e la sua repentina revisione da parte del XII emendamento. § 4. – Hamilton *versus* Madison: alla ricerca delle ragioni di fondo che portarono all'*Electoral College*. § 5. – I tentativi (vani) di modificare il procedimento e gli argomenti (non convincenti) in favore del suo mantenimento. § 6. – Conclusione.

§ 1. – *La schiavitù al centro di un sistema costituzionale in equilibrio precario*

Per comprendere la ragione dell'arzigogolato procedimento di elezione del Presidente degli Stati Uniti disegnato dalla Costituzione del 1787 è necessario mettere subito a fuoco le differenze che intercorrevano tra gli Stati del Nord, dove la schiavitù era stata abolita o aveva un ruolo del tutto marginale, e gli Stati del Sud, che fondavano la loro economia sul lavoro degli schiavi nelle piantagioni.

La creazione della federazione non poté prescindere da questa linea di demarcazione e la Costituzione, per essere tale, accettò, in assenza di alternative plausibili, di essere schiavista. O meglio: prese atto della situazione senza nominare mai la schiavitù, ne ammise la pratica e definì il difficile equilibrio politico ed economico tra *free States* e *slave States*.

Nel nuovo ordinamento, la legittimità dell'esistenza della schiavitù emerge principalmente attraverso la sua presupposizione da parte di due norme costituzionali. L'art. I, sez. 9, secondo cui «l'importazione delle persone che gli Stati [...] riterranno di ammettere non potrà essere vietata prima del 1808» e, soprattutto, l'art. I, sez. 2, par. 3, che contiene il tanto celebre quanto ignobile *three fifths compromise*: «i Rappresentanti e i tributi diretti saranno ripartiti tra i diversi Stati

* Università degli Studi di Pavia.

che facciano parte di questa Unione, in proporzione alla loro consistenza numerica, che sarà determinata aggiungendo al totale degli uomini liberi [...] i tre quinti di tutte le altre persone». E così gli schiavi, nell'eufemistico *all other Persons*¹, possono continuare ad essere importati legalmente almeno per un ventennio e sono oggetto di un compromesso che, nello stabilirne il "peso", definisce un equilibrio politico che avvantaggia gli elettori degli Stati schiavisti a fronte di un parziale contributo impositivo.

La schiavitù si fondava, a un tempo, su tesi razziste e su interessi economici assai rilevanti. Entrambi questi fattori sono stati decisivi al momento della nascita degli Stati Uniti e ne hanno solcato la storia almeno sino alla guerra civile. Si consideri che nel 1860 il valore economico della enorme massa di schiavi arrivò ad essere pari al triplo dell'intero capitale nazionale dell'industria manifatturiera e ferroviaria²; inoltre, nonostante il bando alle importazioni effettivamente deliberato dal Congresso nel 1808, la schiavitù continuò ad autoalimentarsi, ad arricchire i proprietari di schiavi, ad aumentarne il peso politico nel circolo vizioso della clausola dei tre quinti, fino agli eccessi della sentenza *Dred Scott*³, firmata dal *Chief Justice* Taney nel 1857, che negava ogni diritto di cittadinanza a coloro i quali erano stati *importati* ed avevano la pelle nera.

Agli albori della nascita degli Stati Uniti il vigore degli Stati del Sud nel difendere i loro interessi era evidente. Non solo non era pensabile che potessero accettare un intervento diretto a limitare (o addirittura ad abolire) la schiavitù, ma ne difendevano anche il privilegio economico. L'attenzione del Sud nei confronti della schiavitù emergeva già nei dibattiti del Congresso della Confederazione subito dopo la dichiarazione di indipendenza. Thomas Lynch del South Carolina avvertì che se si fosse discusso della proprietà degli schiavi «la confederazione sarebbe finita. Essendo i nostri schiavi di nostra proprietà, perché dovrebbero essere tassati più della terra, delle pecore, del bestiame, dei cavalli e così via?»⁴.

¹ La tesi del carattere intenzionale dell'omissione della parola *schiavo* dalla Costituzione è sostenuta con vigore da T. MARSHALL, *The Constitution's Bicentennial: Commemorating the Wrong Document?*, in *Vanderbilt Law Review*, 1987, 1338; per un approfondimento sul punto, anche rispetto al ruolo del Collegio Elettorale, v. R.T. DIAMOND, *No Call to Glory: Thurgood Marshall's Thesis on the Intent of a Pro-Slavery Constitution*, in *Vanderbilt Law Review*, 1989, 93 ss.

² A.R. AMAR, *America's Constitution – A Biography*, New York, Random House, 2006, 360. Sul peso delle argomentazioni economiche che favorirono la schiavitù v. P. FINKELMAN, *The Founders and Slavery: Little Ventured, Little Gained*, in *Yale Journal of Law and the Humanities*, 2001, 413 ss.

³ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

⁴ *Journals of the Continental Congress*, dibattito del 31 luglio 1776, 1080. Si coglie così il carattere di compromesso della clausola dei tre quinti rispetto alla tassazione.

Il procedimento di elezione del Presidente degli Stati Uniti, con tutte le sue debolezze, appare quindi destinato a durare anche se le ragioni della sua esistenza si perdono ormai nei meandri della storia e le distorsioni rispetto al principio dell'eguaglianza del voto sono ormai prive di un fondamento razionale. Certo è che eventuali nuove elezioni decise con la prevalenza del *wrong winner* potrebbero, alla lunga, indebolire seriamente la necessaria legittimazione democratica che i poteri attribuiti dalla Costituzione al Presidente degli Stati Uniti richiedono.

Abstract

The President of the United States is elected through a complex process of popular and indirect character, in which the Electoral College plays a decisive role. The essay reconstructs the origins of an outdated and inefficient electoral mechanism that can also lead to the election of a minority candidate, the so-called “wrong winner”, as happened in 2000 and 2016. The classic arguments that see the Electoral College as the result of the Framers’ hostility to democracy or the need to strengthen the federal character of elections are refuted. At its core, the essay argues that the real origin of this indirect election lies in the original vice of the US Constitution: slavery.

anche per il New Jersey proprio con l’obiettivo di valorizzare la campagna presidenziale in uno Stato altrimenti marginale.

Antisubordinazione di genere e sistema costituzionale

La vicenda dell'accesso agli uffici pubblici

di Ornella Spataro*



Sommario: § 1. – Alle origini del percorso: dall'uguaglianza all'antisubordinazione di genere § 2. – Dalla visione costituzionale alla sua attuazione. Parità di genere e accesso delle donne agli uffici pubblici: l'abolizione delle discriminazioni nell'evoluzione legislativa § 3. – Dall'abolizione delle discriminazioni dirette e indirette alla parità di genere. La revisione dell'art. 51 Cost. e la problematica delle azioni positive § 4. – Brevi considerazioni finali. Eguaglianza e antisubordinazione di genere tra nodi concettuali e resistenze applicative.

§ 1. – Alle origini del percorso: dall'uguaglianza all'antisubordinazione di genere

La questione di genere identifica uno dei tratti più interessanti e fecondi dell'esperienza costituzionale repubblicana: emersa già nella fase costituente, nella quale è stata determinante per l'elaborazione di alcuni dei contenuti più innovativi della Carta fondamentale, ha poi accompagnato il processo storico della loro realizzazione. L'evoluzione del costituzionalismo italiano ne è stata profondamente segnata, trovando straordinari elementi di propulsione nelle dinamiche connesse al superamento delle discriminazioni, alla promozione dell'uguaglianza sostanziale, alla costruzione di un diritto "diseguale" quale prodotto del principio di antisubordinazione di genere. Tuttavia, la qualità fondativa della questione di genere emerge in tutta la sua nitidezza, aprendo criticamente alla consapevolezza di un cammino che, sotto molteplici aspetti, è ancora da compiere.

La Costituzione repubblicana nasce sotto il crisma del riconoscimento dell'identità politica femminile: il suffragio universale, segnando

* Università degli Studi di Palermo.

Il contributo è frutto della rielaborazione delle considerazioni rese dall'autrice all'incontro di studio intitolato "Donne e magistratura. 1963-2023. Principio di uguaglianza e antisubordinazione di genere", svoltosi presso la Aula Magna della Corte di appello di Palermo il 30 novembre 2023 e si pone come ideale continuazione del saggio di Maria Esmeralda Bucalo, presente in questa *Rivista*, 169-192.

una cesura netta rispetto all'esperienza statutaria, si impone come fonte di legittimazione democratica della nuova sovranità, ma, al contempo, determina un mutamento qualitativo nella condizione femminile, finalmente assurta alla piena cittadinanza¹. Il fatto che il voto delle donne si sia espresso per la prima volta nel processo costituente assume, dunque, un significato che va oltre la coincidenza del tempo e dell'occasione, per intridere di sé, fin dal momento genetico, il senso stesso di quella straordinaria esperienza.

Leggendo il dibattito costituente nella prospettiva del costituzionalismo di genere², emergono, però, oltre a momenti di straordinaria apertura verso nuove declinazioni dell'uguaglianza sostanziale, in netta discontinuità con il passato statutario, anche vecchi retaggi. I lavori della Costituente non restituiscono con pienezza la consapevolezza delle conseguenze sistemiche della cittadinanza politica delle donne; al contrario, essi vedono non di rado riaffiorare le antiche resistenze verso il pieno riconoscimento della dignità femminile. Nonostante questo, il risultato consiste in norme costituzionali di particolare lungimiranza, che, ben al di là dei principi generali di cui agli artt. 2 e 3 Cost., prendono in considerazione tutte le dimensioni di vita nelle quali, storicamente, le differenze di genere hanno prodotto discriminazioni e disuguaglianze: quella familiare (artt. 29, comma 2; 30, comma 1; 31 Cost.); quella lavorativa (art. 37 Cost.), quella pubblica e politica (artt. 48 e 51 Cost., e, dopo le modifiche del 2001, anche 117, comma 7). Si può ritenere, da questo punto di vista, che la presenza di un contingente femminile, seppure numericamente esiguo³, abbia impresso una svolta particolarmente significativa nell'impostazione della Costituzione repubblicana⁴, quale primo prodotto storico di attività nor-

¹ Il primo riconoscimento di tale cittadinanza politica si deve alla Prima costituzione provvisoria (d.lgs. lgt. n. 151 del 1944), e, successivamente, riceve conferma nei d.lgs. n. 23 del 1945, sull'attribuzione dell'elettorato attivo, e n. 74 del 1946, con l'attribuzione dell'elettorato passivo. V. A. GALOPPINI, *Il lungo viaggio verso la parità*, Bologna, Zanichelli, 1980; M. ADDIS SABA, M. DE LEO, F. TARICONE, (a cura di), *Alle origini della Repubblica, Donne e Costituente*, Roma, Presidenza del Consiglio, 1996, 20 ss.; A. ROSSI DORIA, *Diventare cittadine. Il voto alle donne in Italia*, Firenze, Giunti, 1996; P. GAIOTTI DE BIASE, *L'accesso alla cittadinanza, il voto e la Costituzione*, in *Le donne e la Costituzione, Atti del Convegno promosso dall'Associazione degli ex parlamentari*, Roma, Camera dei deputati, 1989, 61 ss.; B. PEZZINI, *Costituzione italiana e uguaglianza dei sessi. Il principio di antisubordinazione di genere*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza*, Torino, Giappichelli, 2019, 1 ss.

² V. M. D'AMICO, *La Costituzione al femminile. Donne e assemblea costituente*, in *70 anni dopo*, cit., 17 ss.

³ Si trattava del 3,7% dei componenti l'Assemblea Costituente; 9 su 208 per la DC, 9 su 104 per il PCI, 2 su 104 per il PSIUP, 1 su 30 per L'Uomo qualunque.

⁴ Esemplare in questo senso l'intervento di Teresa Mattei, che, nella seduta del 18 marzo 1947, insistette per aggiungere la locuzione 'di fatto' nel secondo comma dell'art. 3 Cost., sostenendo la necessità di iniziare un percorso verso «la parità di fatto, in ogni sfera, economica, politica e sociale, della vita nazionale», e facendo riferimento ad un impegno per la rimozione degli ostacoli su questo cammino, anche quelli «creati dal costume, dalla tradizione, dalla mentalità corrente del nostro paese». V. TERESA MATTEI, *Assemblea Costituente*, seduta del 18 marzo 1947.

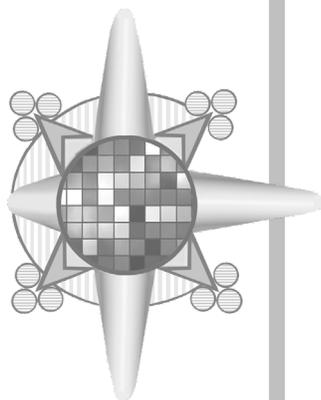
ottenere, resta la consapevolezza che il perseguimento di obiettivi che vadano oltre il contrasto delle disuguaglianze in quanto tali, in vista di un'autentica e sistemica trasformazione in chiave egualitaria e di antisubordinazione di genere dell'ordinamento e, prima ancora, della società, è ancora in larga misura da compiere.

Abstract

The paper addresses the issue of gender anti-subordination as a fundamental constitutional principle, starting from the complex contents of the principle of equality. The question of women's access to public offices offers a privileged point of view to examine its development in the republican constitutional system, following the evolution, not always linear, of the legal instruments used to guarantee its implementation.

"PNRR 2"), sono state inoltre adottate, dal Dipartimento della Funzione pubblica, di concerto con quello per le Pari opportunità, *Le Linee Guida sulla parità di genere nell'organizzazione e gestione del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, che individuano azioni sinergiche con gli interventi della Strategia nazionale e di quella europea, prevedendo una misurazione della parità di genere nella P.A. e gli interventi per assicurarne il rispetto fin dalla fase concorsuale, ai fini dello sviluppo di una cultura manageriale di genere. Grande importanza è data all'*accountability* di ogni amministrazione, che deve esporre i dati della propria organizzazione secondo una lettura di genere. In linea generale, il tema della parità di genere è presente in tutti i provvedimenti normativi adottati nell'ambito del percorso di riforma della P.A. per il PNRR.

Cronache extravaganti



Webinar Dissenting Opinion
(Seminari Mutinensi, 6 maggio 2024)

Dissentendo sul dissenting
di Aljs Vignudelli

Opinioni separate e qualità della motivazione
di Giampaolo Parodi

Il cantiere delle opinioni dissenzienti
di Fulvio Cortese

I pericoli (italiani) della dissenting opinion
di Roberto Bin

Sulla dissenting opinion
di Giuseppe Ugo Rescigno

A favore dell'opinione dissenziente
di Antonio Baldassarre

Contro la dissenting opinion
di Massimo Luciani

Dissenting
di Riccardo Guastini

Webinar Dissenting Opinion - Seminari Mutinensi

2024-05-06 16:00 UTC



Aljs Vignudelli



Giampaolo Parodi



Fulvio Cortese



Roberto Bin



Giuseppe Ugo Rescigno



Antonio Baldassarre



Massimo Luciani



Riccardo Guastini (Guest)

da sinistra: Aljs Vignudelli, Giampaolo Parodi, Fulvio Cortese, Roberto Bin, Giuseppe Ugo Rescigno, Antonio Baldassarre, Massimo Luciani, Riccardo Guastini.

Dissentendo sul dissenting

di Aljs Vignudelli*



L'idea di questo webinar corrisponde alla linea editoriale della Rivista, che nasce con l'obiettivo di creare uno spazio aperto al confronto tra i diversi orientamenti senza alcun condizionamento se non quello della qualità dei contributi. Il che appare particolarmente appropriato con riferimento al tema dell'opinione dissenziente, caratterizzato dalla diversità dei pareri sul campo e dalle implicazioni di livello teorico generale di ciascuno di essi (La Redazione).

Anzitutto, nelle vesti di promotore di questo *webinar*, che mi è valso il piacere di rivedere molti cari amici, oltre che di ascoltare le sempre interessanti opinioni di valenti e autorevoli rappresentanti della dottrina giuspubblicistica, mi corre l'obbligo di effettuare una precisazione preliminare.

La precisazione è la seguente: certamente la pubblicazione dell'ultimo libro di Nicolò Zanon (*Le opinioni dissenzienti in Corte costituzionale*, Bologna, Zanichelli, 2024), nel quale l'Autore si occupa del tema dell'opinione dissenziente facendo leva anche sulla propria esperienza personale di *ex* giudice della Corte costituzionale, ha riaperto il dibattito sul tema e dunque ci ha offerto lo spunto per concepire e organizzare l'odierno incontro di studio. Il quale, tuttavia, non è pensato come una discussione sul citato volume, ma come occasione per riprendere le fila di una discussione il più possibile "alta" su una tematica dai molteplici risvolti, teorici e pratici, che non si vuole in alcun modo ridurre a cronaca, tantomeno aderendo a una qualche tifoseria preconçetta.

In particolare, va ulteriormente specificato che questa *Rivista* non esprime sul punto un proprio orientamento ma – coerentemente con la linea editoriale che abbiamo cercato di mantenere ferma fin dall'inizio – intende essere uno spazio aperto al confronto tra le diverse posizioni su un tema carsico nella dottrina italiana, relativamente alla quale mi limito a ricordare, per citare solo alcuni riferimenti essenziali, un'opera collettanea a cura di Costantino Mortati del 1964 (*Le opinioni dis-*

* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

senzienti dei giudici costituzionali ed internazionali, Milano, Giuffrè) ed un importante seminario organizzato dalla Corte costituzionale tenutosi una trentina di anni più tardi (*Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 5 e 6 novembre 1993*, Milano, Giuffrè, 1995) per arrivare ad un libro di qualche anno fa del compianto Beniamino Caravita (*Ai Margini della dissenting opinion. Lo strano caso della sostituzione del relatore nel giudizio costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021), al quale abbiamo, tra l'altro, dedicato una scheda nella nostra *Biblioteca*.

Non posso ovviamente qui neppure tentare di fare una sintesi degli argomenti avanzati nel corso degli anni pro e contro l'opinione dissenziente, che peraltro non si riscontra solo in ordinamenti di *common law* come quello degli Stati Uniti, dove trova probabilmente la sua applicazione più nota, ma anche in sistemi di *civil law* a noi molto vicini come quello tedesco e quello spagnolo. Mi limito quindi a cercare di offrire un'idea molto approssimativa del perimetro entro cui si è mosso il nostro confronto, segnalando altresì che il quadro della dottrina è tuttora, per molti versi, sostanzialmente bipartito.

Da una parte, si pone, tra l'altro, l'accento sulla necessità di preservare l'autorevolezza delle decisioni della Corte (e la certezza del diritto *in parte qua*), che si ritiene risulterebbe indebolita se si lasciasse libero campo al dissenso, e l'indipendenza dei suoi giudici, che risulterebbe tutelata dalla collegialità vista quale schermo protettivo dei singoli. Tutto questo accanto alla considerazione più generale concernente la necessità di evitare un'eccessiva contaminazione tra la giurisdizione di costituzionalità e la sfera della politica, considerata più probabile con l'eventuale abbandono dell'univocità delle sentenze.

Dall'altra parte, invece, si centra in larga misura il discorso sugli effetti positivi in termini di trasparenza argomentativa, che non solo aumenterebbe il coefficiente di democraticità del processo costituzionale ma favorirebbe pure la qualità delle motivazioni costringendo i differenti punti di vista a venire allo scoperto per misurarsi sul piano dialettico.

Dopodiché, in questo come in molti altri casi, le varie tesi sottintendono una determinata posizione su una serie di questioni di carattere più generale. Forse è anche una deformazione legata alla lunga frequentazione degli studi giuridici ricondurre ogni singola tematica a problemi di carattere teorico; eppure non mi sembra un semplice vezzo sottolineare come i diversi accenti che si possono esprimere sulla *dissenting opinion* rivelino (più di) qualcosa sul nostro retroterra intellettuale di giuristi, o se si preferisce, da altra prospettiva, finiscano per essere influenzati dal "sottosuolo concettuale" che ciascuna e ciascuno di noi porta con sé, talvolta senza neppure rendersene ben conto.

Opinioni separate e qualità della motivazione

di Giampaolo Parodi*



Sommario: Introduzione. § 1. – Argomenti a favore e contro le opinioni separate. § 1.1. – Argomenti a favore. § 1.2. – Argomenti contrari. § 2. – L’oggetto del dissent. § 3. – La fonte competente. § 4. – Gli aspetti procedurali. § 5. – Considerazioni interlocutorie.

Introduzione

La ciclica discussione su vantaggi e svantaggi delle opinioni separate nel giudizio costituzionale, in precario equilibrio e ordinati secondo gerarchie mutevoli, ha da ultimo ripreso quota a séguito della pubblicazione del libro che Nicolò Zanon ha dedicato all’argomento¹. Il volume è di qualche anno successivo all’ultimo contributo monografico di Beniamino Caravita² e al *webinar* del 2020 – *Dissenting opinion: può essere una storia (anche) italiana?* – promosso dallo stesso Zanon presso il Dipartimento di diritto pubblico dell’Università di Milano³. Tra i contributi più recenti va ricordato anche quello, vertente sulla dimensione comunicativa in senso ampio, di Mario Bertolissi, Giuseppe Bergonzini e Giovanna Tieghi⁴.

Il mio intervento tocca molto sinteticamente quattro punti del dibattito sull’opinione dissenziente: *pro* e *contra*, limitatamente ad alcuni profili; l’oggetto del dissenso; la fonte competente a disciplinarlo; gli aspetti procedurali.

* Università degli Studi di Pavia.

¹ N. ZANON, *Le opinioni dissenzienti in Corte costituzionale. Dieci casi*, Bologna, Zanichelli, 2024.

² B. CARAVITA, *Ai margini della dissenting opinion. Lo “strano caso” della sostituzione del relatore nel giudizio costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021.

³ Pressoché coevo è il *Forum sull’introduzione dell’opinione dissenziente nel giudizio di costituzionalità*, in *Rivista “Gruppo di Pisa”*, n. 1/2021; di poco precedente il volume a cura di N. ZANON, G. RAGONE, *The dissenting opinion. Selected essays*, Milano, Giuffrè, 2019.

⁴ *Corte costituzionale in pubblico. L’autorevolezza del giudice*, Napoli, Jovene, 2023.

§ 1. – *Argomenti a favore e contro le opinioni separate*

La discussione dottrinale offre ormai una serie pressoché esaustiva di argomenti contrapposti, ampiamente noti e dibattuti, corrispondenti a vantaggi e svantaggi oggetto di variabile ponderazione nel quadro dell'analisi costi-benefici.

§ 1.1. – *Argomenti a favore*

Muovendo dagli argomenti usualmente addotti a favore del *dissent*, non interessa qui più di tanto soffermarsi su quello attinente alla libertà di coscienza e di espressione del singolo giudice costituzionale, argomento non esente da ambiguità, giacché si ragiona talora delle prerogative del giudice in quanto componente o, per così dire, frazione dell'organo collegiale, talaltra, dei diritti del giudice costituzionale in quanto cittadino.

A questo riguardo, non isolata è la posizione di chi (come alcuni tra i partecipanti al *webinar* preparatorio di queste *Cronache extravaganti*) osserva che, in fin dei conti, il giudice costituzionale viene eletto o nominato per entrare a far parte di un collegio e, pertanto, la rinuncia ad una piena libertà di manifestazione del pensiero dissenziente e l'accettazione della regola di segretezza farebbero parte delle condizioni di accesso all'alto *munus*, alle quali il singolo può sottrarsi declinando la nomina e conservando integra la propria libertà di espressione e critica.

In considerazione del ruolo di garanzia, unificazione, e chiusura assegnato alla Corte, kelsenianamente incaricata di rendere effettiva la rigidità della costituzione, il «sacrificio imposto alla personalità dei giudici più dotati di carattere»⁵ può in effetti passare in secondo piano senza che ciò implichi indifferenza ai diritti costituzionali del singolo.

Pur non potendosi stabilire un pieno parallelismo, non pare inutile a questo proposito ricordare la giurisprudenza costituzionale concernente l'ordinamento disciplinare dei magistrati ordinari, in particolare la sentenza n. 100 del 1981, nella quale si affermava che «i magistrati debbono godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino ma deve del pari ammettersi che le funzioni esercitate e la qualifica da essi rivestita non sono indifferenti e prive di effetto per l'ordinamento costituzionale»⁶; anche – come viene poi ribadito nella

⁵ Così, non senza una misurata ironia, si esprime G. ZAGREBELSKY in *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, Einaudi, 2005, 72.

⁶ Corte cost., sent. n. 100 del 1981, punto 7 del *Considerato in diritto*.

Il cantiere delle opinioni dissenzienti

di Fulvio Cortese*



L'intervento sostiene l'opportunità di condurre la riflessione sull'opinione dissenziente su un piano diverso da quello tradizionalmente più battuto. In questa prospettiva, si propone di adottare un approccio sistemico in cui l'attenzione si sposta su una valutazione dei vantaggi e degli svantaggi derivabili dall'introduzione dell'istituto nell'ordinamento italiano relativamente al funzionamento delle giurisdizioni apicali, specialmente in relazione alle funzioni di policy da esse progressivamente assunte (La Redazione).

Sull'introduzione di qualche forma di *dissenting opinion* nell'ambito delle decisioni della Corte costituzionale si discute da tempo. E alcuni picchi di dibattito vi sono stati, in anni recenti, in occasione della pubblicazione di libri scritti da *ex* giudici della Corte.

Senz'altro così è stato allorché Sabino Cassese ha dato alle stampe il suo *Dentro la Corte* (2015), che in appendice, peraltro, reca anche un contributo espressamente dedicato al tema. Ma così è stato, un po' di anni prima, anche a margine della lettura di *Principi e voti* (2005) di Gustavo Zagrebelsky, pur se in quel caso lo stimolo a parlare di opinioni dissenzienti poteva venire *a contrario*, quasi in opposizione, cioè, all'immagine necessariamente unitaria e composta che della Corte e del relativo processo decisionale il suo autorevole *ex* presidente tendeva a restituire. Lì, infatti, non si poneva esattamente il tema della *dissenting opinion*, ma si poneva il suo rovescio, cioè l'argomentazione su quanto il collegio cerchi di raggiungere un'opinione il più possibile condivisa. Al punto che in quel testo Zagrebelsky aveva rivelato (ma era fatto in qualche modo già noto) che in alcune situazioni, non tanto per non creare delle spaccature tra una maggioranza o una minoranza, ma per non lasciare aperte delle fratture, anche singole talvolta, di fronte a casi per i quali si riteneva, viceversa, necessaria una convergenza unanime, se non vicina all'unanimità, la Corte avrebbe deciso di pronunciarsi per l'inammissibilità della questione.

* Università degli Studi di Trento.

Non c'è da stupirsi, dunque, che il tema torni oggi all'onore della cronaca e all'attenzione degli studiosi in seguito all'apparizione di un volume (*Le opinioni dissenzienti in Corte costituzionale. Dieci casi*, Bologna, Zanichelli, 2024) con cui un altro *ex* giudice, Nicolò Zanon, compie una sorta di esercizio di riflessione postuma, retrospettiva, su alcune "questioni" affrontate nel periodo in cui egli svolgeva il proprio incarico all'interno della Corte. E forse v'è anche da aggiungere che non ci si deve neppure sorprendere che la provocazione provenga da questo specifico Autore, che pochi anni orsono si era comunque già cimentato nello studio dell'istituto tanto contestato, sollecitando e raccogliendo (con Giada Ragone) approfondimenti e comparazioni in un'apposita collettanea (*The Dissenting Opinion. Selected Essays*, Milano, Giuffrè, 2019).

Il fatto è che v'è da chiedersi se quest'ultimo, rinnovato, appuntamento possa costituire ragione di meditazioni un po' diverse da quelle, in sé e per sé utilissime, che hanno contrassegnato i precedenti richiamati, o da quelle, anche più specifiche e tecniche, che hanno impegnato la dottrina finora, specie negli scavi dedicati alle esperienze vigenti in altri contesti e alle loro fondamenta storiche.

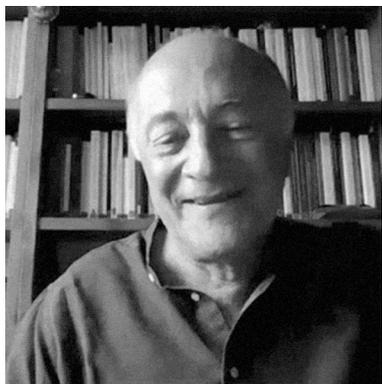
Perché non c'è dubbio, ad esempio, che – come hanno avuto modo di precisare molti osservatori – le modalità con cui gli *ex* giudici sono tornati talvolta sulle decisioni cui hanno partecipato in presa diretta tendono ad assumere il contegno di chi si ripresenta, per così dire, "sul luogo del delitto": accreditano, cioè, con la segnalazione di una convinzione in tutto o in parte divergente, non la conferma di un articolato procedimento di confronto collegiale, bensì la delegittimazione *ex post* del ragionamento formalmente accolto nella statuizione ufficiale.

Il che equivale a dire, in altri termini, che discutere di *dissenting opinion* facendone delle applicazioni retroattive e decontestualizzate, lungi dal rinforzare o arricchire lo studio o la discussione su questo particolare istituto, finisce per sollecitare quasi sempre comprensibili richiami al doveroso rispetto delle regole (quelle accettate e onorate con lo svolgimento del ruolo di giudice) ovvero, se si vuole, al senso istituzionale (e alla deontologia di lungo periodo che dovrebbe caratterizzare la postura di tutti coloro che hanno ricoperto specifiche cariche). Ma il punto è che questo profilo – nobilissimo – finisce pur sempre nel confine del terreno sul quale si può apprezzare, ossia quello squisitamente etico o comportamentale; sicché il *giudizio sugli uomini* assorbe, fatalmente, quello *sulle cose*.

Alla stessa maniera non paiono troppo risolutivi (nel senso parimenti critico o escludente) i carotaggi, anche notevoli, che tanti studiosi hanno fatto in merito alla *dissenting opinion* come punto di emersione di una dimensione culturale e tradizionale completamente diversa da

I pericoli (italiani) della dissenting opinion

di Roberto Bin*



L'intervento esprime una posizione contraria all'introduzione dell'opinione dissenziente. In tal senso, si rileva innanzitutto come si tratti di un istituto tipico di tradizioni giuridiche differenti da quella italiana ed in secondo luogo si pone l'accento sul principio della collegialità delle decisioni, indicandolo anche quale possibile rimedio rispetto ad una serie di criticità relative alla tecnica di redazione delle sentenze della Corte costituzionale ed alle dinamiche interne alla camera di consiglio (La Redazione).

Il tema della *dissenting opinion* e dell'opportunità di introdurla nel giudizio della Corte costituzionale è vecchio di decenni: in tutto questo tempo non ho mai cambiato idea, anzi, semmai, la mia opinione negativa si è rafforzata ancora di più.

Non sono contrario per principio, ma in specifica relazione con la realtà italiana. La *dissenting opinion* è del tutto estranea alla nostra tradizione e alla nostra cultura, mentre è profondamente radicata nella storia britannica e, di conseguenza, in molti sistemi di *common law*. Basta dare un'occhiata alla giurisprudenza della Corte suprema britannica (e prima ancora a quella dei *Law Lords*) per capire come in quel sistema il problema neppure si ponga. Liberarsi della propria tradizione è sempre possibile, e talvolta anche auspicabile, se si valutano positivamente i vantaggi che ne derivano. Ma quali sarebbero i vantaggi dell'introduzione, poco conta se con legge o con decisione della Corte, di un *dissenting* all'interno del nostro processo costituzionale? Francamente io non ne vedo: vedo soltanto i molti "contro" e mi sfuggono i "pro".

Il tema è stato rilanciato ultimamente dal libro di Nicolò Zanon, che io non posso commentare perché non l'ho comprato e non l'ho letto: così come non ho letto gli scritti degli altri *ex* giudici della Corte che, usciti dal loro ruolo, si concedono alla scrittura per prendere le distanze dalla loro esperienza e rivedere criticamente ciò che la Corte ha deciso e motivato durante il loro mandato. È una moda che a me

* Università degli Studi di Ferrara.

non piace. Segue un'esperienza americana, lo so, che ha prodotto libri spesso molto interessanti che scavano attorno ai grandi temi dell'interpretazione costituzionale e del ruolo dei giudici delle leggi. Ma ci sono differenze tra le due sponde dell'Atlantico che non possono essere sottaciute o banalizzate.

La prima è che l'opinione dissenziente o concorrente è fortemente radicata nella storia di *common law*, anche se nella prassi della Corte suprema americana è solo negli ultimi decenni che è diventata quasi sistematica, lasciando spesso sospesa tra i commentatori la domanda: che cosa ha realmente deciso la Corte nel caso specifico? La sistematicità delle opinioni dissenzienti e concorrenti si è affermata quasi in contemporanea con il ruolo assunto dal *certiorari* come meccanismo tutto politico di selezione dei casi, dei pochissimi casi da discutere ogni anno. Il che non ha per nulla fatto bene alla reputazione della Corte Suprema come "giudice". È un modello da seguire?

C'è poi un'altra differenza di grande rilievo. Come tutti sanno, la carica di giudice della Corte Suprema è vitalizia, quella di membro della Corte costituzionale no: è un mandato lungo, nove anni, ma che quando scade lascia un vuoto e un desiderio incontenibile di colmarlo; il che è particolarmente avvertito da chi è diventato giudice in un'età ancora relativamente giovane (ed è normale che proprio queste nomine siano imputabili, non solo ai meriti professionali già acquisiti, ma a una sponsorizzazione politica più o meno mascherata).

Ora, il principio collegiale – che ricorda la regola del centralismo democratico, per cui un nostalgico come me non può non avere simpatia – prevede che le decisioni della Corte e la loro motivazione siano votate dal collegio e, a parte l'indicazione del relatore-redattore, restino necessariamente anonime, cioè collegiali. Se talvolta questo significa che, per incorporare qualche argomentazione di chi resta in minoranza, la motivazione rischia di perdere la necessaria linearità e si aggroviglia oltre il dovuto, ciò è sicuramente un male, e appartiene alle cattive abitudini del nostro giudice costituzionale che indugia troppo in motivazioni lunghe e non lineari, in cui si perde di vista la *quaestio* e il fondamento del *decisum*. Ma di decisione deve trattarsi, e il collegio deve prendersene per intero la responsabilità, anche se l'approva a stretta maggioranza. Restare in minoranza non è mai piacevole, ma fa parte del gioco.

Non ti piace questo gioco? Lo capisco bene, specie se si prolunga e diventa sistematico. Ma se il gioco non ti piace, allora ti dimetti. Le dimissioni sono una facoltà che ogni giudice, ma direi ogni membro di un collegio, può utilizzare quando ritiene che restare in quell'organo non gli sia più sopportabile. Può anche essere un gesto eroico se i motivi del tuo dissenso sono davvero di grande rilievo. Altrimenti te

Sulla dissenting opinion

di Giuseppe Ugo Rescigno*



L'intervento evidenzia la circostanza che, in genere, all'interno di un collegio giudicante si riesce a trovare l'accordo tra i componenti nella misura in cui essi si impegnino nell'applicare tecnicamente il diritto. Rispetto a questo modello si ritiene che l'introduzione dell'opinione dissenziente – pur essendo astrattamente condivisibile – nel tempo presente potrebbe avere ripercussioni negative aumentando la conflittualità sociale e riducendo la fiducia nella capacità decisionale degli organi giudicanti (La Redazione).

Comincio dalla mia esperienza.

Ho fatto esperienza di giudice o quasi giudice in due occasioni: una nella Commissione di garanzia sul diritto di sciopero, una seconda volta in San Marino nel Collegio garante della costituzionalità delle norme. L'ho fatta molto a lungo, perché in San Marino sono stato membro del Collegio per due volte, la prima come supplente per quattro anni e la seconda volta come giudice effettivo per sei anni (due in *prorogatio*, non avendo il Parlamento sammarinese eletto il mio successore). Quest'ultima informazione già dice che cosa può fare un giudice costituzionale. A rigore in San Marino il testo costituzionale sul Collegio Garante non solo non prevede la *prorogatio* ma prevede la distinzione tra giudici ordinari e giudici supplenti ("tre + tre"). Non dico qui il ragionamento in base al quale due giudici effettivi e un supplente decisero la mia *prorogatio*: sta di fatto che lo hanno deciso, che è entrato nell'ordinamento sammarinese l'istituto di ordine costituzionale della *prorogatio* e così ha funzionato per due anni il Collegio (del dopo non so).

Quale la mia esperienza come giudice rispetto all'istituto della *dissenting* e *concurring opinion*? Anche se ero favorevole all'introduzione dell'istituto, non ho mai sentito il bisogno di praticarlo, per la semplice ragione che era straordinario quante volte riuscivamo a trovare l'accordo. Per me la ragione di questo fatto sta in due premesse: data

* Sapienza – Università di Roma.

la domanda a cui devi rispondere (quindi una domanda circoscritta intorno ad una questione specifica), se le premesse giuridiche sono eguali (attenzione, non si discute sul fatto, si discute sulle premesse giuridiche), a me pare ovvio che le conclusioni giuridiche saranno eguali, come ho quasi sempre constatato.

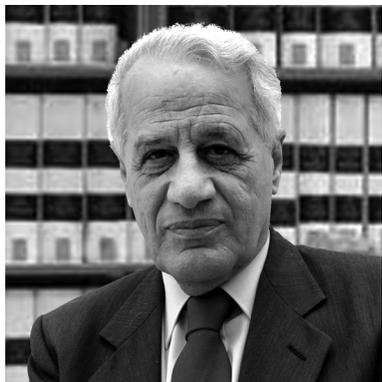
Prendiamo in esame il dissenso politico. Nella Commissione di garanzia Magrini era stato designato dal Movimento sociale ed io invece notoriamente da Rifondazione comunista (lo sapevano tutti); naturalmente io non ho rinunciato alle mie idee politiche, però quando faccio il giudice faccio un'altra cosa e devo essere convinto della mia soluzione giuridica. Non vuol dire che devo essere convinto che si tratti di una soluzione assolutamente vera, dell'unica soluzione ammissibile: ho imparato da Esposito, e con me hanno imparato Piero Grossi e Alessandro Pace nei loro scritti e nelle discussioni, che vi possono essere dei casi nei quali non riesci a raggiungere una soluzione pienamente convincente; ti rendi conto che non hai argomenti solidissimi, ed infatti non sei del tutto convinto. Devi però decidere e a questo punto scegli la soluzione che appare preferibile, naturalmente preferibile in base a valori da te condivisi insieme a milioni di altri. Quali sono questi valori? Il migliore è l'eguaglianza, la giustizia, ciò che io ho imparato a pensare che sia giusto.

Se però le premesse giuridiche sono le stesse, è facile andare d'accordo. Io andavo molto d'accordo con Magrini perché lui era stato giudice e condivideva totalmente con me il principio di legalità sostanziale. Ero spesso d'accordo con Magrini e spesso in disaccordo con Giorgio Ghezzi, che aveva buoni argomenti, naturalmente, ma secondo me inclinava troppo in interpretazioni (meglio creazioni data la pochezza della legge) vicine alla CGIL. Sta di fatto che, convinto delle mie premesse giuridiche, ho litigato spesso con Giorgio Ghezzi, quasi sempre ponendolo in minoranza dopo discussioni lunghe e defatiganti.

Ho il ricordo di conflitti tra i poteri in San Marino così pasticciati che addirittura immaginai e scrissi privatamente tre diverse soluzioni, tutte e tre bene argomentate, salvo scegliere discutendo quella che ci apparve preferibile dal punto di vista dell'equilibrio tra i poteri. Perché possono nascere simili cose? Penso che alla base ci sia una dimenticanza fondamentale; non teniamo abbastanza presente, o ci siamo dimenticati, che il diritto nasce come diritto romano e il diritto romano è un diritto tra privati, non è un diritto tra pubblico e privato, perché il potere politico per sua natura non si sottomette al diritto, è un potere nel senso letterale di forza che vuole prevalere. Quando il potere politico si sottomette al diritto? È un tentativo modernissimo; oggi noi con la nostra Costituzione pretendiamo di sottoporre a controllo il potere pubblico. Ci riusciamo? A me pare che per adesso ci siamo abbastanza

A favore dell'opinione dissenziente

di Antonio Baldassarre*



L'intervento adotta un punto di vista ampiamente favorevole all'introduzione dell'opinione dissenziente, considerandola un fattore positivo in termini di trasparenza della funzione giurisdizionale, anche nell'ottica di un controllo democratico sulla stessa, e di qualità delle decisioni. Discorso, questo, che si associa ad una critica radicale delle teorie interpretative del positivismo, specialmente quando si tratti di applicare i principi contenuti nelle Carte costituzionali contemporanee (La Redazione).

1. La discussione in dottrina sull'istituto della "opinione dissenziente" si è ora riaccesa in Italia, dopo un lungo silenzio, grazie alla recente pubblicazione di un libro di Nicolò Zanon, il quale, appena ha dismesso lo *status* di giudice costituzionale, ha reso noti taluni *interna corporis* in un'esposizione generalmente critica su come il dissenso viene attualmente tacitato nei lavori della Corte costituzionale.

Sull'opportunità della pubblicazione di un libro del genere, così come su quella di altre pubblicazioni similari, come quelle di Sabino Cassese e di Giuliano Amato (con Donatella Stasio), si possono avere le opinioni più diverse. Personalmente ho ritenuto di non fare nulla di simile, anche se durante il mio mandato sono successe cose, come lo "scandalo Ferrari" per l'elezione del Presidente, che avrebbero destato molta curiosità tra il pubblico. Anche se in altri Paesi (come gli Stati Uniti d'America) ciò non fa scandalo, credo che, considerata la non salda legittimazione della Corte costituzionale (ricordate l'invettiva di Marco Pannella contro la «cupola mafiosa?»), libri del genere non aiutino a superare questo non felice stato di cose.

Detto ciò e ammesso pure che il divieto legale di pubblicazione delle "opinioni dissenzienti" possa incentivare tali pubblicazioni, occorre sottolineare con forza che non possono confondersi due cose estremamente diverse: la segretezza dei lavori interni al collegio e la pubblicazione delle motivazioni che una minoranza dei giudici avrebbe adottato per pervenire a un esito diverso del giudizio di legittimità.

* Luiss Guido Carli, Roma – Presidente emerito della Corte costituzionale.

timità. Anche se molti, pur nel corso di questo dibattito, tendono a confondere le due evenienze, c'è una profonda differenza tra esse.

La segretezza dei lavori e della discussione interna è una garanzia fondamentale e imprescindibile per l'indipendenza di giudizio dei singoli giudici e per la loro libertà di riflessione su una questione, che, specie nei casi più difficili (*hard cases*), può dar luogo anche a incertezze e a mutamenti di opinione *in itinere*, favoriti pure dall'andamento della discussione interna. È evidente che, se tale discussione fosse pubblica, ogni singolo giudice risulterebbe condizionato dall'apparentemente inarrestabile circolo massmediatico, che già tanti danni ha fatto e sta facendo riguardo al buono e corretto esercizio della giurisdizione e al principio di innocenza pur solennemente considerato «diritto inviolabile» della Costituzione italiana (art. 27).

La pubblicazione delle "opinioni dissenzienti" o "concorrenti" non ha nulla a che fare con ciò, per il semplice fatto che avviene invece a giudizio concluso. Ciò fa la differenza, poiché non interferisce minimamente con la libertà di giudizio e l'indipendenza di chi decide, ma mostra al pubblico un *iter* argomentativo diverso da quello ufficialmente adottato, che gli estensori reputano più aderente a quanto stabilito dalla Costituzione. Proprio perché la loro pubblicazione comporta inevitabilmente un confronto tra la motivazione ufficiale e quelle diverse da essa, si tratta di un istituto che migliora la qualità delle decisioni e le obbliga a tener conto, e non passare sotto silenzio, le critiche espresse dai dissenzienti. Inoltre, è un istituto che, rendendo pubbliche le tesi interpretative che si sono confrontate nel corso della discussione, garantisce nei modi più appropriati la "trasparenza" dell'esercizio di una funzione che altrimenti risulterebbe chiusa nell'unilateralità di visione di chi ha deciso.

La "trasparenza" delle posizioni conclusive relative a una decisione di legittimità costituzionale non favorisce soltanto la miglior qualità delle sentenze, ma obbedisce anche a un imperativo della democrazia liberale o pluralista. In un sistema del genere tutti i poteri sono ordinati in modo tale che ognuno di essi è sottoposto ai "controlli e bilanciamenti" (*checks and balances*) di un altro o di altri poteri. Soltanto i giudici sono sottratti a tali forme di controllo e di responsabilità poiché sono stati pensati in origine come politicamente "neutri" e "imparziali", in quanto la loro attività era considerata come totalmente priva di discrezionalità, come puro strumento di una volontà superiore (la legge), certa e indiscutibile (*bouche de la loi*).

Ma siamo sicuri che, dopo l'avvento delle costituzioni con i loro principi a maglie larghissime e con l'onnipervasività del conflitto politico, che ormai attraversa tutti i settori della vita sociale (giornali, università, scuola, istituzioni culturali e gli stessi magistrati), questa narrazione sia ancora valida?

Contro la dissenting opinion

di Massimo Luciani*



L'intervento si esprime in senso nettamente contrario all'opinione dissenziente. In particolare, contro l'argomento della trasparenza addotto da altri partecipanti al webinar si richiamano le conseguenze negative cui l'eccesso di pubblicità ha condotto in alcuni Paesi. Tutto ciò anche a fronte del declino in atto nella cultura giuridica e sulla base della convinzione che l'introduzione dell'istituto in questione altererebbe in modo irreversibile la natura stessa della funzione giurisdizionale (La Redazione).

Sono sempre stato fermamente contrario all'introduzione dell'opinione dissenziente nel nostro ordinamento, anche limitatamente al regime del processo costituzionale. Ed essendolo stato fermamente non posso ovviamente dire di esserlo oggi più di quanto non lo fossi prima. Posso tuttavia aggiungere la notazione che alcune vicende più o meno recenti, a tutti note, mi rafforzerebbero nel mio convincimento, se mai ve ne fosse la logica possibilità.

Le principali questioni teoriche sono state poste da Antonio Baldassarre e ne tratterò rapidamente.

V'è anzitutto il tema della cosiddetta apertura della Corte costituzionale alla società civile, della trasparenza, del Palazzo della Consulta "casa di vetro" e via discorrendo. Anche qui ho maturato da tempo un saldo convincimento, che non ho ragione di abbandonare. Già ne scrissi a suo tempo, quando uscirono le nuove Norme Integrative, e non posso far altro che confermare quanto ho sostenuto allora, cioè che l'attuazione dell'idea dell'apertura costituisce un passo di vera imprudenza, per plurimi profili. In primo luogo perché aprirsi alla società civile, a *questa* società civile, imbarbarita e manichea, è veramente quanto di più rischioso si possa immaginare per un'istituzione apicale come la Corte costituzionale, che ha bisogno estremo – semmai – d'essere circondata da un'aura di reverenziale rispetto. Inoltre perché, una volta imboccata questa china, è difficile fermarsi

* Sapienza – Università di Roma.

e la pretesa di trasparenza diventa irresistibile: alla fine della china, a me sembra, c'è quanto accade nel Tribunale Supremo Brasiliano, giudice (che ha anche competenze simili a quelle di un giudice costituzionale) che tiene in *streaming* addirittura le proprie camere di Consiglio decisorie, con conseguenze che è agevole immaginare. Si tratta di un esito logicamente coerente con l'idea dell'apertura, con l'idea della "casa di vetro", con l'idea che si debbano conoscere le opinioni dei giudici, con l'idea della sincerità anche etica. Ma è davvero ciò che vogliamo? Personalmente non esito a rispondere negativamente e – anzi – non esito a dire d'esserne inorridito, atterrito.

Anche se l'esito non fosse quello brasiliano, tuttavia, la valutazione negativa non cambierebbe, perché negli stessi Stati Uniti – inutile dirlo ad Antonio Baldassarre – da molti anni le pronunce della Corte Suprema si analizzano dicendo che il tal giudice è "progressista" o "liberal" e il talaltro è "conservatore": pensiamo ai numerosi saggi che Bernard Schwartz ha dedicato alla Corte Suprema, ma anche alla stessa prospettiva generale sottesa al classico libro di Charles A. Beard (*An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*), che risale addirittura al 1913. Non è certo un caso che la Corte Suprema sia stata esaltata per anni come il grande garante dei diritti fondamentali e che ora gli stessi *laudatores* l'attaccino perché si sono accorti che i suoi nuovi indirizzi non sono progressisti, come dimostrano, ad esempio, *Dobbs* e *Students for Fair Admissions v. Harvard* (due sentenze, peraltro, a mio avviso meno unidirezionali di quanto sembrerebbe a prima vista). Insomma: la tendenza ad avere alternativamente visioni angelicate o demonizzate della giurisprudenza è anche il frutto di una personalizzazione delle decisioni derivante dall'opinione dissenziente (o concorrente).

Ebbene: quel che accade in Brasile, quel che accade negli Stati Uniti, accadrebbe al cubo in Italia. E accadrebbe perché da noi largamente difettano lo spirito repubblicano e lo stesso prestigio delle istituzioni, tra le quali si salvano solo la Presidenza della Repubblica e la stessa Corte costituzionale, ma nel caso di quest'ultima solo e proprio a condizione di rimanere discosta dal quotidiano farsi di un'opinione pubblica molto imbarbarita.

Aggiungo anche alcune considerazioni proprio "terra terra".

Sono abbastanza convinto di vivere in una sorta di Medioevo. Come chi viveva nei cosiddetti secoli bui, però, non so affatto se dopo ci sarà un Rinascimento, sicché la sola cosa che mi sento di dire è che ci troviamo in un'era di decadenza: i cantanti lirici – poniamo – cantano peggio di prima (sovente hanno voci grandi, ma raramente hanno grandi voci); i pianisti suonano peggio di prima (sovente hanno grande tecnica, ma non smuovono alcuna emozione); per-

Dissenting

di Riccardo Guastini*



Sommario: § 1. Dissentire *v.* manifestare il dissenso. § 2. – Dissenso mero *v.* dissenso argomentato. § 3. – Oggetti di dissenso. § 4. – Argomentare il dissenso. § 5. – Tollerare e reprimere il dissenso (ovvero: le “basi filosofiche” della tolleranza e della repressione).

§ 1. – *Dissentire v. manifestare il dissenso*

Una *dissenting opinion* non è un dissenso, ma è la manifestazione di un dissenso. Dire “io dissento”, “non sono d’accordo”, o alcunché del genere, è non già dissentire, ma esprimere un dissenso. E ancora: votare contro non è dissentire, ma manifestare il proprio dissenso.

Tecnicamente si direbbe, in filosofia del linguaggio, “io dissento” non è un enunciato performativo¹. In altre parole, proferire siffatto enunciato *non* costituisce di per sé esecuzione dell’atto di dissentire, giacché, come ora dirò, dissentire è uno stato mentale, non un atto di linguaggio². Insomma, il ‘pensiero’ e la ‘manifestazione del pensiero’ (art. 21, comma 1, Cost.) sono cose diverse. Il pensiero non può sensatamente essere oggetto di disciplina giuridica, le sue manifestazioni sì. Non il pensiero (per sé inconoscibile), ma solo la manifestazione del pensiero è un comportamento (tipicamente un comportamento linguistico). E solo ai comportamenti convengono le qualificazioni deontiche (‘obbligatorio’, ‘proibito’, ‘permesso’, ‘facoltativo’). In altre parole, si può certo reprimere – impedire materialmente, censurare, sanzionare – la manifestazione del dissenso, non il dissenso stesso.

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

L’articolo è originariamente apparso in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2016, 860 ss.

¹ J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, Oxford, Clarendon Press, 1962.

² J.R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969. Dire “io comando” è comandare. Dire “io prometto” è promettere. Dire “io dissento” *non* è dissentire.

Dobbiamo dunque introdurre questa prima distinzione:

- (i) una cosa è dissentire;
- (ii) altra cosa è esprimere il dissenso.

Dissentire, di per sé, non è un atto linguistico: è piuttosto uno stato *mentale*, oggetto in quanto tale di indagine psicologica.

Per contro, esprimere dissenso è precisamente un atto *di linguaggio* – l'atto di linguaggio mediante il quale si manifesta il dissenso – oggetto in quanto tale di analisi (non psicologica, ma) logica. E, s'intende, possibile oggetto di disciplina giuridica.

Il discorso che segue è formulato in termini di "dissenso" (e/o "disaccordo"), ma resta inteso che si riferisce alla *manifestazione* del dissenso: agli atti linguistici, non agli stati mentali.

§ 2. – *Dissenso mero v. dissenso argomentato*

Prima facie, vi sono due modi sensibilmente diversi di manifestare dissenso. Una cosa è dichiararsi semplicemente in disaccordo ("no", "sbagli", "è falso", "non è giusto", "non sono d'accordo", "Governo ladro!", e così via). Altra cosa è "motivare" il disaccordo, cioè addurre ragioni.

Scrivo "motivare" tra virgolette perché, propriamente parlando, un "motivo" è uno stato psicologico, che causa – e dunque consente di *spiegare* – una credenza o una decisione. Ma "motivare", nell'uso comune (specie giuridico) di questa parola, è addurre non già i motivi³ atti a spiegare una credenza o una decisione, bensì le ragioni che la *giustificano*. Questo, e non altro, è la motivazione in senso tecnico, per esempio, di un atto giurisdizionale: si richiede ai giudici (art. 111, comma 6, Cost.) non di spiegare perché abbiano deciso in un dato modo, ma di giustificare le loro decisioni⁴.

Ecco dunque una seconda distinzione:

- (i) una cosa è dichiararsi dissenzienti;
- (ii) altra cosa è argomentare il proprio disaccordo, obiettare.

Diciamo così: una cosa è il dissenso mero, altra cosa il dissenso argomentato.

Si osservi: votare contro è un dissenso mero; solo una dichiarazione di voto che prelude a un voto contrario è un dissenso argomentato. Per questa ragione, manifestare dissenso non è lo stesso che obiettare. Giacché un voto contrario è senza dubbio (tipicamente) un atto di linguaggio che esprime o manifesta dissenso, ma non sarebbe appro-

³ Come pure si usa dire.

⁴ M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, Cedam, 1975; J. WRÓBLEWSKI, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, Springer, 1992.

Maestri del Novecento



Feliciano Benvenuti: un amministrativista con sguardo costituzionale
di Umberto Allegretti ed Enzo Balboni

*Pagine dall'ultimo Orlando. Storicismo e istituzionismo sulla soglia
del secondo Novecento*
di Michele Massa

Feliciano Benvenuti: un amministrativista con sguardo costituzionale

di Umberto Allegretti* ed Enzo Balboni**



Sommario: § 1. – La scuola benvenutiana. § 2. – La prospettiva costituzionale. § 3. – Il giurista alla ricerca di se stesso: il bisogno dell'autobiografia. § 4. – Brevissima conclusione. § 5. – Nota bibliografica.

§ 1. – *La scuola benvenutiana*

Statuario (*stately*) e sorridente, solenne ed elegante nel doppio petto blu gessato, faceva il suo ingresso in aula Salvadori “il Doge”, che una Mercedes nera (con autista) aveva appena sbarcato in piazza Sant’Ambrogio.

Con accurata intensità e qualche sprazzo di *humor* per tener desta l’attenzione, gli ottanta-novanta minuti della lezione del mercoledì (11-12.30) scivolavano senza interruzioni, cominciando dal punto esatto in cui il professore aveva interrotto il discorso la settimana precedente. Noi studenti – una trentina – eravamo paghi di quella elargizione di sapere, esposta con leggera cadenza lagunare, che ci faceva addentrare nei meandri del diritto amministrativo, iniziandoci ai suoi riti e misteri, col suo farsi, disfarsi e continuo rifarsi.

Benvenuti traeva dalla sua bisaccia di dottrina e di esperienza materiali sghembi e dispersi, li sgrossava e li ricomponeva in una costruzione che prendeva forma sotto i nostri occhi. Era un continuo gioco preciso e fluente di rimandi e di corrispondenze che intuivamo in cammino verso la simmetria, l’oggettività. Cominciava con la storia di un diritto che, agli inizi, non aveva ancora trovato la sua autonomia di scienza; si affacciavano le figure di Giandomenico Romagnosi, Giovanni Manna, Giovanni De Gioannis Gianquinto, Lodovico Mortara, Federico Cammeo, Otto Mayer e, infine, del suo Maestro padovano

* Università degli Studi di Firenze.

** Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

Enrico Guicciardi. Questi era riuscito nell'intento di compattare in un testo mirabile e fluente: *La giustizia amministrativa* (1954) un insieme disordinato di norme, regole e disposizioni, massime e consuetudini, presentando agli addetti ai lavori la decorosa facciata di una costruzione solida e attraente, che si mostrava con archi e colonne, abbellita da ornati in plurimi stili sia pur appesantita da qualche superfetazione. Quello era il nostro Manuale di riferimento, a cui per l'esame dovevamo aggiungere gli *Appunti delle lezioni* del corso: le basi di quello che diventerà il *Disegno dell'amministrazione italiana*, che, annunciato negli anni Sessanta e come Numero Primo della collana da lui diretta, troverà la sua collocazione definitiva solo nel 1996, risultando firmato per la pubblicazione nel giorno esatto (26 gennaio) del suo ottantesimo compleanno. Il rapporto con Guicciardi è proprio quello dell'oltrepassamento del Maestro e, sopra risalendo, del distanziamento da Donato Donati e dalla scuola patavina impregnata di positivismo. Quindi non è per caso che il saggio destinato agli studi in onore di Guicciardi sia intitolato *Per un diritto amministrativo paritario*: su questo l'allievo era consapevole di aver oltrepassato il Maestro.

Nelle lezioni venivano dipanati concetti nuovi come quello – fondativo – di 'funzione' cui poteva corrispondere la strabiliante sintesi: «l'eccesso di potere per vizio della funzione» e venivano proposte letture rinnovate di concetti tradizionali come, quelli di 'procedimento' e 'processo'. Già allora formulava penetranti, mai improvvisate, critiche all'istituto cardine della materia, l'interesse legittimo, a fronte della posizione principe che spettava invece al diritto soggettivo. Ma avrebbe aspettato come un Mosè sul Monte Nebo le ultime settimane di vita, nel luglio 1999, per vedere arrivare da lontano il messo della Suprema Corte di cassazione che recava la novella che, finalmente, era in via di superamento la fatale separazione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, tanto che poteva esserci addirittura un risarcimento del danno ingiusto per lesione di un interesse.

Altri nodi cruciali, nelle lezioni che ascoltavamo, erano l'esaltazione delle autonomie territoriali, sociali e funzionali e l'imprescindibile necessità di profondi cambiamenti nel modo di essere e di agire della pubblica amministrazione. Questi soggetti ci venivano prospettati su un orizzonte che prendeva luce dal venir meno della centralità anzi insostituibilità dello Stato-persona, che finalmente cedeva la sovranità all'ordinamento costituzionale letto nel suo intero. Tutto ciò ci stupiva e affascinava nel profondo, anche perché da una parte ne intuivamo le solide fondamenta democratiche e dall'altra potevamo confrontarlo con le altre lezioni del nostro *curriculum* universitario: tutte tecnicamente impeccabili, ma sovente aride e lisce come ossi di seppia. Come diremo più avanti, con maggior agio, percepiamo che

Pagine dall'ultimo Orlando

Storicismo e istituzionismo sulla soglia del secondo Novecento

di Michele Massa*



Sommario: § 1. – Invito a una rilettura. § 2. – Distruzione. § 3. – Lo Stato ottocentesco e la sua crisi. § 4. – Diritto e antidiritto. § 5. – Norma e fatto. § 6. – Tra storicismo e istituzionismo. – § 7. – Verso il superstato. – § 8. – Conclusioni.

§ 1. – *Invito a una rilettura*

È quasi paralizzante la richiesta di spiegare i motivi di perdurante interesse dell'opera di Vittorio Emanuele Orlando. Si sarebbe tentati di sfuggire: di limitarsi a ricordare le riedizioni di suoi scritti e gli studi dedicatigli ancora negli ultimi anni¹. Non volendosi fermare a questo,

* Università Cattolica del Sacro Cuore.

¹ Cfr., per citare solo i principali, F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, Milano, Franco-Angeli, 2020; V. TEOTONICO, *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, Bari, Cacucci, 2018 (su cui cfr. S. CAVALIERE, *Il metodo giuridico oggi. A margine di V. Teotonico*, in *Amministrazione in cammino*, 15 aprile 2020); nonché il seminario dell'Associazione italiana dei costituzionalisti *Il pensiero e l'opera di Vittorio Emanuele Orlando* (Modena, 8 luglio 2016), le cui relazioni sono state pubblicate nella *Rivista AIC* nel 2016 e 2017. In occasione del cinquantenario della morte, il Senato ha promosso una nuova edizione dei discorsi parlamentari (V.E. ORLANDO, *Discorsi parlamentari*, Bologna, il Mulino, 2002, cui è premezzo l'ampio saggio biografico di F. GRASSI ORSINI, *Orlando, profilo dell'uomo politico e dello statista: la fortuna e la virtù*, 13 ss.), una mostra documentaria (il cui catalogo è edito come *Vittorio Emanuele Orlando. Una biografia*, Soveria Mannelli (CZ), Rubbettino, 2002), un convegno (i cui atti sono editi come *Vittorio Emanuele Orlando: lo scienziato, il politico e lo statista*, Soveria Mannelli (CZ), Rubbettino, 2003) e la ripubblicazione di *Il parlare in Parlamento* (1951), Soveria Mannelli (CZ), Rubbettino, 2002. Per ulteriori riferimenti (in particolare ad opere importanti su Orlando di storici quali Giulio Cianferotti, Pietro Costa, Maurizio Fioravanti, Fulvio Tessitore e Diego Quaglioni, nonché di costituzionalisti come Gaetano Azzariti, Fulco Lanchester e Stefano Sicardi) si rinvia alle opere già citate (e, volendo, a M. MASSA, *La vita profonda del diritto. Orlando e il metodo del diritto costituzionale*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI [a cura di], *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico*, cit., 113 ss.). Tra le edizioni e riedizioni recenti di scritti di Orlando si segnalano: *Parlare in Parlamento*, con prefazione di V. Spini, Roma, Edizioni di storia e letteratura, 2013 (ulteriore riedizione del già citato saggio del 1951); F. GRASSI ORSINI (a cura di), *Salvare l'Italia: discorsi extraparlamentari*, Ravenna, Libro aperto, 2012; N. BUONASORTE (a cura di), *Memorie dall'Italia ferita. Diario 1943-1944*, con premessa di A. Melloni, Roma, Edizioni di storia e letteratura, 2011.

può essere utile provare a riportare l'attenzione su alcuni suoi saggi. Non quelli metodologici della prima parte della sua vita: sono notissimi e sono stati commentati innumerevoli volte, pure di recente². Piuttosto alcuni degli ultimi saggi³ in cui Orlando si sforza di fare i conti con novità terribili e inaudite, con il loro immane impatto (anche) sul sistema istituzionale e con i conseguenti problemi – ancora una volta – di epistemologia, metodo e ricostruzione dogmatica.

Sono scritti ampi, facondi, talora vertiginosi per l'ampiezza di prospettive che oggi potrebbero apparire anche ingenui⁴. La loro trama complessiva è attraversata da fili rossi comuni, che a propria volta aiutano a selezionare – con inevitabili margini di gusto soggettivo – alcune pagine esemplari. Questo contributo intende appunto passarne alcune in rassegna, tessendole come in un ragionamento sintetico unitario⁵: per dare la parola direttamente a tali lavori, offrendo al contempo un motivato invito, e in qualche misura anche una guida, alla loro rilettura.

Ciò nella convinzione che essi conservino interesse storico, storico-giuridico e anche schiettamente giuridico, nel senso del diritto costituzionale – del diritto pubblico generale, avrebbe detto il nostro autore⁶ –

Naturalmente nemmeno di recente è mancato chi, riproponendo critiche virulente, ha invitato a mandare Orlando definitivamente «in soffitta» (S. CASSESE, *Tre maestri del diritto pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, 11 ss., 79). Almeno in campo storico e costituzionale, l'invito non pare essere stato accolto, per ora.

² Da ultimo, in chiave critica cfr. O. PFERSMANN, *Vittorio Emanuele Orlando e le origini del sincretismo metodologico nella giuspubblicistica*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 259 ss. In replica, cfr. M. MASSA, *Vittorio Emanuele Orlando e la ricerca di una prospettiva storicista sul diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 277 ss.

³ In particolare, si fa riferimento (salvo diversa indicazione, nella versione edita in IDEM, *Scritti giuridici varii (1941-1952)*, Milano, Giuffrè, 1955) a: *La rivoluzione mondiale e il diritto* (tratto dalla lezione con cui, nell'aprile 1947, l'autore riprese l'insegnamento presso l'Università di Roma), Milano, Giuffrè, 1947, e in *Riv. it. sc. giur.*, 1947, 5 ss., poi in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, Giuffrè, 1952, 717 ss., e ancora in *Scritti giuridici varii*, cit., 373 ss. (di seguito, *Rivoluzione mondiale*); *La crisi del diritto internazionale* (discorso all'Università di Roma per l'inaugurazione dell'anno accademico, 4 dicembre 1948), in *Rass. dir. pubbl.*, n. 1/1949, poi in *Scritti giuridici varii*, cit., 437 ss., e di recente (nel testo originale a cura di S. FERRERO) in *Nomos*, n. 1/2014, da cui si cita (di seguito, *Crisi del diritto internazionale*); *Intorno alla crisi mondiale del diritto. La norma e il fatto*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, IV, Padova, Cedam, 1950, 577 ss., poi in *Scritti giuridici varii*, cit., 301 ss. (di seguito, *La norma e il fatto*). Saranno altresì considerati *Giorgio Jellinek e la storia del diritto pubblico generale*, introduzione a G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, a cura di M. Petrozziello, Milano, Giuffrè, 1949, III ss., poi in *Scritti giuridici varii*, cit., 87 ss. (di seguito, *Giorgio Jellinek*); *Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico*, Modena, Università degli Studi, 1948 (Publicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Modena, n. 74, NS n. 9), poi in *Scritti giuridici varii*, cit., 479 ss. (di seguito, *Santi Romano*).

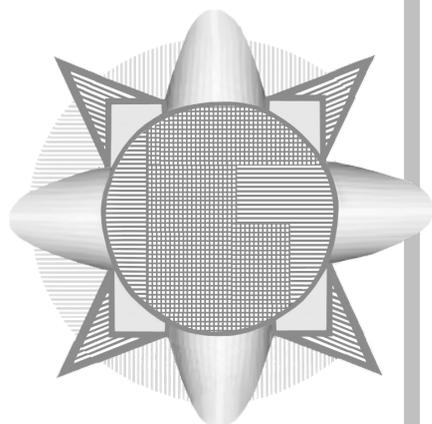
⁴ Come ad esempio quando, nell'esaminare come gli ordinamenti giuridici tendano a crescere e diventare più complessi, si passa dallo «Stato preromuleo e postromuleo» all'attualità del Secondo dopoguerra: *Rivoluzione mondiale*, cit., 415 ss.

⁵ Nel prosieguo, tutti i brani ripresi testualmente dagli scritti di Orlando saranno riportati tra virgolette orizzontali, con una riga bianca prima e dopo. Inoltre, in alcune citazioni saranno evidenziati in corsivo i passaggi-chiave. Dunque, i corsivi nelle citazioni dovranno intendersi non originali, salvo dove sia diversamente specificato.

⁶ Che così, tra l'altro, intitolò una prima raccolta dei suoi scritti: *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940)*, Milano, Giuffrè, 1940. Sul senso di questa espressione vedi oltre.

NEL CORTILE DEL BANANO

Taccuino di piccole recensioni e schede bibliografiche



Recensioni

Interpretazione e mera creazione giuridica tra norme espresse e norme inesprese. Riflessioni a partire da un pamphlet di Enrico Diciotti sulle attività creative dei giudici
di Gaetano Carlizzi

L'arte retorica rifondata. Tra azione comunicativa e conflitto
di Claudio Luzzati

Schede bibliografiche

Interpretazione e mera creazione giuridica tra norme espresse e norme inesprese

Riflessioni a partire da un pamphlet di Enrico Diciotti sulle attività creative dei giudici

di Gaetano Carlizzi*



Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – Ricostruzione. § 2.1. – Il problema della creatività giudiziale nel quadro dell’attività di qualificazione giuridica. § 2.2. – L’assunto secondo cui la maggior parte delle disposizioni esprime, sì, una sola norma, ma può anche esprimerne ulteriori, tra loro alternative. Fondamenti. § 2.3. – (segue) Corollari dell’assunto rilevanti per la soluzione del problema della creatività giudiziale. § 3. – Critica. § 3.1. – Critiche di metodo. § 3.2. – Critiche di merito. § 3.2.1. – Identità del diritto preesistente all’attività giudiziale e concezioni dell’interpretazione. § 3.2.2. – Ambiguità, significato comune e significato giuridico dei testi normativi. § 3.2.3. – Vaghezza delle norme tra semantica ed empiria. § 3.2.4. – Creatività della qualificazione giuridica nell’interpretazione e nell’applicazione.

ENRICO DICIOTTI, *Le attività creative dei giudici*, Modena, Mucchi, 2022, pp. 77.

§ 1. – Premessa

Le attività creative dei giudici (d’ora in poi: ACG), l’ultimo lavoro di Enrico Diciotti, pubblicato nel 2022 da Mucchi, nella preziosa collana *Piccole conferenze*, capitalizza appieno la feconda intuizione che sta alla base della serie. In un numero alquanto contenuto di pagine (il testo principale ne occupa appena sessantadue), esso fornisce una panoramica del segmento finale del procedimento di realizzazione del diritto (la *Rechtsverwirklichung* dei pensatori tedeschi¹) non solo molto ricca, ma anche alquanto originale.

In questo senso, il tema indicato nel titolo del libello finisce per essere quasi un pretesto per ricostruire l’intero edificio dell’attività di *qualificazio-*

* Università Suor Orsola Benincasa di Napoli.

¹ A. KAUFMANN, *Analogie und "Natur der Sache"*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus* (1982, II ed.), trad. it. parz. *Fatto e norma nel processo di realizzazione del diritto*, in G. CARLIZZI, V. OMAGGIO (a cura di), *L’Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, Pisa, ETS, 2016, 53 ss.

ne giuridica, in particolare giudiziale. Gli elementi architettonici di questa complessa opera corrispondono ad alcune grandi categorie della filosofia del diritto *sub specie hermeneuticae* e danno il titolo alla presente recensione: interpretazione (nelle sue varie forme), mera creazione, norme espresse e norme inesprese.

Nel prosieguito mi propongo di illustrare il modo in cui Diciotti li compone (*infra*, § 2.), nonché di formulare alcune modeste critiche (*infra*, § 3.), frutto degli innumerevoli stimoli provenienti dal suo studio. Sotto quest'ultimo profilo, pur consapevole di espormi all'accusa di *excusatio non petita, accusatio manifesta*, mi preme sottolineare che non condivido tutte le sottili argomentazioni del nostro Autore, ma trovo che tutte costituiscano un autentico pungolo *giusfilosofico*. Spronando il lettore a interrogarsi su aspetti dell'interpretazione e dell'applicazione giuridica di solito banalizzati o marginalizzati, esse lo conducono nel sottofondo del giudizio giuridico, gli mostrano dinamiche inattese e gli offrono così un'immagine per molti versi nuova di una realtà tanto affascinante quanto misteriosa² e drammatica³.

§ 2. – Ricostruzione

§ 2.1. – Il problema della creatività giudiziale nel quadro dell'attività di qualificazione giuridica

Il problema dal quale Diciotti prende le mosse, coerentemente col titolo del suo studio, ha ad oggetto la creatività giudiziale. Fedele alla sua impostazione giusfilosofico-analitica, egli pone in evidenza sin dall'avvio la plurivocità dello stesso sintagma 'creatività giudiziale', che ormai sta a significare almeno tre cose distinte, ossia che i giudici, con le loro pronunce, danno vita:

- A) a norme *valevoli per le parti in giudizio*;
- B) alle norme *applicate per la decisione*;
- C) a norme (*applicate per la decisione*) con efficacia *erga omnes*⁴.

A suo avviso, sia la prima sia la terza questione dipendono dalla seconda: da un lato, le norme valevoli per le parti, essendo dedotte da quelle applicate per la decisione, ne ereditano l'impronta (in particolare: creativa o ricognitiva); dall'altro, che si diano norme di creazione giudiziale valevoli *erga omnes*, presuppone ovviamente che si diano norme di creazione giudiziale⁵. Pertanto, egli si concentra proprio sulla seconda questione: i giudici creano le norme che applicano per la decisione?

² S. SATTA, *Il mistero del processo*, Milano, Adelphi, 1994, 39 ss.

³ A. LO GIUDICE, *Il dramma del giudizio*, Milano-Udine, Mimesis, 2023, 163.

⁴ Su quest'ultimo problema, cfr. F. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 19 gennaio 2021.

⁵ A me pare che il fenomeno della creatività venga propriamente in rilievo solo nel caso B) (oltre che A), non anche nel caso C). Inventare una norma per il fatto in giudi-

zioni incluse nella norma del caso specifico sono in tutto o in parte difformi da quelle che comunemente si considerano realizzative del significato normativo generale. Ad esempio, posto che il caso da decidere sia quello sopra descritto, la norma *“chiunque sale a bordo di un’auto altrui parcheggiata, la mette in moto, si allontana di 100 m e ha la strada libera davanti va punito per furto con la reclusione da...”* non può ritenersi frutto di una sussunzione specifica creativa, dato che l’esperienza insegna che chi ha distanziato di 100 metri una persona con un’auto e ha la strada libera davanti non può più essere raggiunto nell’immediato.

Opposto discorso varrebbe se la norma del caso specifico, modellata su un altro caso individuale, assumesse il seguente tenore: *“chiunque sale a bordo di un’auto altrui parcheggiata, la mette in moto, si allontana di 100 m da una vittima atletica e si imbatte improvvisamente in un ingorgo va punito per furto con la reclusione da...”*. In effetti, in base all’esperienza, se qualcuno sale a bordo dell’auto di una persona atletica, la distanza di 100 m e subito dopo incontra un ingorgo, questi può recuperare prontamente il bene appreso da quello. Ne deriva che la citata norma del caso specifico, presupponendo una privazione stabile della disponibilità della cosa che non trova riscontro nella realtà, risulterebbe fondata su una sussunzione specifica arbitraria, come tale tipicamente *creativa*.

Abstract

The essay starts from a recent, packed pamphlet by Enrico Diciotti on the judicial creativity. It is divided into two main parts, the first reconstructive, the second critical. In the first part (§ 2.), the main thesis of the work is analyzed: the legal interpretation has sometimes a cognitive character, sometimes a creative one. It is based on the assumption that the bulk of provisions expresses, yes, a single rule, but can also express further, alternative ones. In the second part (§ 3.), this conception is subjected to criticism of method and substance. The latter can be summarized as follows: a positive-textualist conception of the pre-existing law does not necessarily lead to identifying it with the literal content of the legal provisions; the ambiguity of the latter is not exceptional, but is widespread in the legal system; the vagueness of the rules is not so much a semantic phenomenon, but above all an empirical one; interpretation must be kept clearly distinct from application, also to understand that the creativity of the one is realized in quite different ways from that of the other.

L'arte retorica rifondata

Tra azione comunicativa e conflitto

di Claudio Luzzati*



Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – La centralità dell'azione comunicativa e l'interpretazione letterale. § 3. – Testi e conflitti.

MICHELE PRANDI, *Retorica. Una disciplina da rifondare*, Bologna, il Mulino, 2023, pp. 384.

§ 1. – *Premessa*

Dico subito che siamo di fronte ad uno di quei casi in cui è impossibile esimersi dai complimenti; che sono meritatissimi, perché il lavoro di Michele Prandi qui presentato è esauriente, sistematico e innovativo; e ciascuna di queste tre parole – 'esauriente', 'sistematico', 'innovativo' – l'ho soppesata con la massima cura: nessuna ai miei occhi è superflua o esagerata. Questo, infatti, è di quei libri che segnano una svolta. Non solo riordina le annose riflessioni elaborate dall'autore nei suoi scritti precedenti, ma apre anche nel contempo strade inedite e brillanti, confermando l'osservazione di Bice Mortara Garavelli, secondo la quale «[f]ra grammatica e retorica gli steccati, se pure qualcuno li ha innalzati, non sono mai stati invalicabili»¹.

* Università degli Studi di Milano.

La presentazione del volume è avvenuta a Pavia il 7 marzo 2024 presso il Collegio Borromeo alla presenza dell'autore con Elisa Romano e Silvana Borutti.

¹ B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche sui testi giuridici italiani*, Torino, Einaudi, 2001, 125. In nota si rileva: «Nella vita più che bimillennaria delle due discipline si è trattato semmai di stabilire quale delle due potesse inglobare l'altra». Cfr. EADEM, *Manuale di retorica*, Milano, Bompiani, 1989.

Il volume si offre al pubblico nelle vesti, in fondo schive, di un manuale che, lungi dal voler descrivere la retorica quale una disciplina che abbia già ricevuto un crisma istituzionale, è un *tentativo* di dare una sistemazione alla materia. Ci si muove sul piano costitutivo e fondativo. Abbiamo un manuale *per una* retorica e non un manuale *di* retorica. Si badi, però, che per quanto possa ancora mancare il riconoscimento delle tesi esposte come *corpus* condiviso e unanimemente accreditato di conoscenze, o di dottrine, nella ricerca in esame non fanno certo difetto né il respiro sistematico né l'originalità. Tutto considerato, qui si delinea «una visione della grammatica, e in particolare della sintassi e del significato delle espressioni complesse, che include una teoria delle figure quale sua parte costitutiva» (15). In tale quadro, due sono i fattori impegnati nella messa in forma di un significato complesso: 1) le relazioni *formali* tra i costituenti della struttura sintattica della frase e 2) le relazioni *concettuali* interne al suo significato complesso. Nelle espressioni coerenti le due reti di relazioni si sovrappongono perfettamente, come quando diciamo "Maria sorride". Quando, viceversa, si tratta di espressioni conflittuali, le relazioni grammaticali istituite dalla sintassi formale trasgrediscono in modo vistoso le relazioni concettuali. In tale ultimo caso il conflitto può risolversi, per esempio, dando alle parole un senso metaforico, come accade allorché si afferma che "la luna", un soggetto notoriamente non umano e inanimato, "sorride" (William Blake).

L'analisi dispiegata nel manuale, peraltro, non si focalizza unicamente sui *conflitti*, visti come porta d'accesso privilegiata alla comprensione dei testi e alla valorizzazione delle figure dell'arte retorica, ma bada in primo luogo all'*azione comunicativa* e alla sua *interpretazione*.

Ed è su quest'ultimo argomento che intendo soffermarmi maggiormente.

Ma prima di entrare nel vivo, devo avvertire che alla retorica si può guardare sotto diversi profili: letterario, giuridico, filosofico e, credo, persino sotto il profilo della psicologia delle masse, dove l'argomento vincente è quello in consonanza con i valori identitari dell'uditorio.

Chi vi sta parlando è un filosofo del diritto e un giurista. Non per questo mi sento estraneo alla retorica linguistica di Michele Prandi. Anzi, sono convinto che quella ricerca sia in grado di gettare una luce significativa anche sui problemi e sulle tecniche del diritto, come ricordava Norberto Bobbio, prefatore del *Trattato dell'argomentazione*². Lo vedremo fra poco.

² N. BOBBIO, *Prefazione* a C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, Einaudi, 1966, XVIII: «La teoria dell'argomentazione ha infine un interesse specialissimo, si dica pure preminente, per il filosofo del diritto e per il giurista: la controversia giudiziaria, del resto, è sempre stata la principale fonte di osservazioni per la retorica di tutti i tempi. Lo studio dell'argomentazione costituisce un invito a risolvere la teoria classica della interpretazione giuridica in un'analisi degli argomenti adoperati dal giurista o dal giudice per giungere ad una decisione: e nello stesso tempo a vedere nella cosiddetta logica dei giuristi, alla quale si sono rivolti con rinnovato fervore gli studiosi di logica formale, nient'altro che una serie di procedimenti argomentativi, che non hanno nulla a che vedere con la logica formale. [...]».

Anche Prandi affronta questo tema in un suo recente scritto³², dove, tra l'altro, offre un'articolata analisi della nozione di 'persona giuridica' come ce la presenta Francesco Galgano³³. La conclusione è che questo concetto non è una metafora costitutiva. Galgano reputa la nozione come una metafora convenzionale. Prandi, peraltro, ricava dalle argomentazioni di Galgano che Galgano, sotto sotto, tratta il concetto come una metonimia. E si chiede, anzi, chiede a noi giuristi, se esistono nel diritto metafore costitutive.

Termini sospetti in tal senso sono 'norma', 'fonte', 'ponderazione', 'obbligazione', 'legislatore', 'autorità', 'responsabilità oggettiva', 'sovranità', ecc. Sono per lo più termini teorico-giuridici.

Difficile comunque rispondere. La mia impressione è che non c'è una base empirica che ci permetta di dar risposte definitive. Le risposte dipendono tutte da discutibili ricostruzioni filosofico-giuridiche. Riprendendo la nozione di 'persona', per esempio, molto dipende se ci muoviamo in un orizzonte formalista e consideriamo la persona (fisica o giuridica) come una finzione, o come un mero criterio d'imputazione, o, invece, siamo inclini a riconoscere una qualche "realtà" anche alle persone giuridiche e allo Stato. Insomma, Kelsen sarebbe d'accordo a considerare la persona giuridica una metonimia. I suoi avversari istituzionalisti e organicisti probabilmente no³⁴.

Abstract

This review concerns an innovative work by Michele Prandi in which the author tries to found anew rhetoric. The main assumption of the book we are talking about is that the meaning of an utterance does not coincide with the communicative intention of the speaker. The volume puts forward the hypothesis that meanings and messages must be dissociated, as they belong to essentially autonomous orders of facts. Furthermore, Prandi highlights conceptual conflicts in figurative language and identifies coherence as a basic criterion to bring a satisfactory textual interpretation.

³² M. PRANDI, *Il molteplice nell'uno: una tipologia delle metafore*, in *Criminalia*, 2022, 165-182.

³³ F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Bologna, il Mulino, 2010.

³⁴ Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (1934), trad. it. di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1952, rist. 2000, 89: «Come la persona fisica così anche la così detta persona giuridica è soltanto l'espressione unitaria di un complesso di norme». L'ipotesi che la persona giuridica sia una realtà diversa dagli uomini singoli, un organismo superindividuale, è un'ingenua ipostatizzazione. Inutile dire che la bibliografia in questa materia è sterminata, mi limito a segnalare A. PINTORE, *Il concetto di persona giuridica nell'indirizzo filosofico analitico*, in *Quaderni fiorentini*, n. 11-12/1982-3, 721-776.