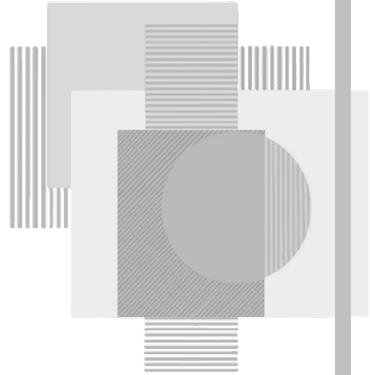


Saggi



Giustizia digitale e teorie dell'interpretazione
di Mauro Barberis

Trent'anni dopo. Riforme e ingegneria costituzionale
di Alessandro Mangia

Interpretazioni corrette, interpretazioni scorrette, interpretazioni creative
di Giorgio Pino

La comunicazione pubblica della Corte costituzionale
di Gino Scaccia

Giustizia digitale e teorie dell'interpretazione

di Mauro Barberis*



Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – Sistemi esperti e formalismo interpretativo. § 3. – Rivoluzione predittiva e teoria mista. § 4. – Sviluppi generativi e scetticismo interpretativo. § 5. – Tre ragioni dell'improbabilità della giustizia digitale.

«Verum est factum»
(G. VICO, *De nostri temporis studiorum ratione*, 1708)

§ 1. – Premessa

Perché occuparsi di giustizia digitale, da umani, da giuristi e da teorici del diritto, rispettivamente? Per tre ragioni, una per ognuno di questi ruoli: una psicologica, una pratica e una teorica. La ragione *psicologica* risiede forse nella misteriosa attrazione che la possibilità di essere sostituiti da macchine esercita su noi umani. Questa sorta di *cupio dissolvi* aleggia su tutta la letteratura angloamericana sulla Singolarità: espressione proveniente dalle scienze esatte ma indicante la possibilità che le macchine sostituiscano la specie umana. Niente di fantascientifico, però: si parla solo di ibridazione fra umani e macchine, processo iniziato da tempo¹.

La ragione *pratica*, che da sola basterebbe a spiegare i tanti esperimenti di informatizzazione in corso, riguarda la giustizia digitale *ausiliaria*²: il ricorso ormai inevitabile a banche dati, automazione di atti processuali e simili. La ragione pratica principale della giusti-

* Università degli Studi di Trieste.

¹ Così sin da titolo e sottotitolo R. KURZWEIL, *La singolarità è più vicina. Quando l'umanità si unisce all'AI*, Milano, Apogeo, 2024.

² Per la distinzione fra giustizia ausiliaria e sostitutiva – applicazione alla giustizia della comune distinzione fra IA rispettivamente ristretta e generale (AGI) – cfr. M. BARBERIS, *Homo Sapiens vs. Machinae Sapientes? Nove opinioni urticanti*, in V. MASTROIACOVO (a cura di), *Giocare con altri dadi. Giustizia e predittività dell'algoritmo*, Torino, Giappichelli, 2024.

zia ausiliaria è l'enorme arretrato accumulato quasi ovunque dall'amministrazione della giustizia, dovuto meno a disorganizzazione che a ragioni funzionali/evolutive. Il fatto è che in società sempre più complesse la domanda di regolazione cresce al punto da non poter più essere soddisfatta dalla sola legislazione, e da richiedere l'intervento di giurisdizione e amministrazione, meglio se informatizzate³.

Ma la ragione principale per occuparsi di giustizia digitale – stavolta e d'ora in poi *sostitutiva*, cioè al limite capace di sostituire integralmente la giustizia umana –, è *teorica*. L'ipotesi contro-intuitiva che il giudice umano possa essere sostituito da macchine, infatti, costringe a ripensare la nostra umana-troppo-umana giustizia. La giustizia digitale sostitutiva di cui ci occuperemo d'ora in poi, così, finisce per fungere da *modello zero* della giustizia umana. Un modello zero, nel senso di Karl Popper, è una raffigurazione tanto semplificata della realtà da permettere di cogliere le differenze fra il modello e l'originale⁴.

Ad esempio, si pensi a *Homo oeconomicus*, modello zero che riduce l'azione umana al perseguimento dell'interesse personale (*self-interest*). Questa operazione euristica permette sì di cogliere aspetti essenziali, ma solleva subito infiniti controesempi: azioni disinteressate, interessi collettivi, effetti non intenzionali di azioni individuali... Lo stesso potrebbe dirsi delle tre teorie dell'interpretazione pionieristicamente distinte da Herbert Hart in formalismo, teoria mista e scetticismo⁵. Anch'esse, qui, verranno considerate altrettanti modelli-zero dell'interpretazione/applicazione giudiziale e confrontate con il contro-esempio della giustizia digitale.

Giovambattista Vico (cfr. epigrafe) ha sostenuto che conosciamo davvero un fenomeno solo quando siamo in grado di ri-produrlo. La giustizia digitale fa esattamente questo: cerca di ri-produrre la giustizia umana. Naturalmente, di qui a dire che gli informatici conoscano il diritto meglio dei giuristi e dei teorici del diritto, ne corre. In realtà, anche l'informatizzazione (ausiliaria) e la digitalizzazione (sostitutiva) della giustizia sono processi evolutivi, per tentativi ed errori, nei quali gli informatici, come vedremo, hanno spesso imboccato strade sbagliate: come mostra la periodizzazione del secondo processo qui fornita.

I tentativi di informatizzare e digitalizzare la giustizia compiuti negli ultimi trent'anni – da tanto dura il processo – hanno sinora conosciuto tre stagioni, qui denominate dei "sistemi esperti", della "rivoluzione predittiva", e degli "sviluppi generativi" di quest'ul-

³ Così N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Milano, Feltrinelli, 1990, 118.

⁴ K.R. POPPER, *Miseria dello storicismo*, Milano, Feltrinelli, 1957, 125 ss.

⁵ Il riferimento è ovviamente a H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1965.

Abstract

The essay is organized as follows. The three central sections, developing an insight of Josep Aguiló Regla, distinguish three seasons of the (substitutive) justice's digitalization: expert systems, predictive revolution, and generative developments of the previous. To each of these seasons a theory of interpretation is compared: to expert systems the interpretive formalism, to predictive revolution the Hartian mixed theory, to generative developments the interpretive skepticism. Drawing on the materials thus accumulated, the conclusion argues that (substitutive) digital justice may be technically feasible, but does remain statistically unlikely for three reasons: anthropomorphic fallacy, predictive Singularity, and an evolutionary concept of law too.

Trent'anni dopo

Riforme e ingegneria costituzionale

di Alessandro Mangia*



Sommario: § 1. – Che cos'è la forma di governo. § 2. – Il Triangolo che cambia. § 3. – La nuova legittimazione duale del Governo. § 4. – Partiti e Quirinale. § 5. – Una riforma limitata. § 6. – L'eliminazione dei senatori a vita. § 7. – L'eliminazione dello scioglimento disgiunto. § 8. – Il modello Westminster di vent'anni fa. La legge elettorale e i principi "supremi". § 9. – La procedimentalizzazione del rapporto di fiducia. § 10. – Responsabilità giuridica e responsabilità politica. § 11. – La libertà del parlamentare e l'ingegnere costituzionale. § 12. – Sapienza politica, educazione alla politica e ingegneria costituzionale.

re e l'ingegnere costituzionale. § 12. – Sapienza politica, educazione alla politica e ingegneria costituzionale.

§ 1. – Che cos'è la forma di governo

Se si deve svolgere una riflessione in margine al disegno di legge costituzionale n. 935/2023, presentato al Senato in data 15 novembre 2024 (c.d. riforma Meloni-Casellati) è bene partire subito da una premessa. E questa premessa è offerta dalla antica osservazione di M. Duverger per cui la forma di governo non è una parte della Costituzione: la ormai celebre 'Costituzione dei poteri', isolabile da una 'Costituzione dei diritti', da una 'Costituzione Economica', o da altro.

Né la forma di governo è una disciplina che può essere esaminata "tecnicamente", come a qualcuno piace dire da trent'anni, nella logica dell'"ingegnere" costituzionale, nel tentativo di isolare il proprio discorso dal sovraccarico politico che inevitabilmente accompagna ogni discorso sulle riforme.

La forma di governo è sempre *un risultato di fatto* in rapporto ad *una situazione attuale e concreta*: è, cioè, il risultato dell'interazione fra: a) le norme costituzionali che distribuiscono la funzione di indirizzo politico tra gli organi dello Stato (e di questo si occupa la riforma in questione); b) la legislazione elettorale, ossia il modo in cui i voti vengono convertiti in seggi (di cui la riforma si occupa in parte, e a gran-

* Università Cattolica di Milano.

Il presente lavoro è destinato agli *Scritti in onore di Stelio Mangiameli*.

dissime linee); c) la composizione del sistema politico, ossia la sua articolazione in partiti. Che è analizzabile in termini di numero, struttura, divaricazione ideologica, radicamento territoriale. E di cui il diritto non può occuparsi, ma che deve tenere presente, come ben sapeva un Maestro del diritto costituzionale come L. Elia che, sulla base di questa osservazione, aveva costruito, nel 1970, una sua teoria della forma di governo, tutta incentrata sul ruolo dei partiti¹ e delle “forze politiche”.

E, a questa tripartizione classica, andrebbe aggiunta la ricognizione di quella che, in mancanza di meglio, si suole definire “prassi” di azione degli organi costituzionali: perché, invariati quei tre elementi di cui si è appena detto, è la “prassi” a generare, della forma di governo, quelle trasformazioni (*Verfassungswandlungen*)² che i giuristi in passato hanno cercato di ricondurre alle categorie della “consuetudine” o della “convenzione” costituzionale, fino a parlare, in certe fasi, di diritto costituzionale “informale” o “non scritto” (*ungeschriebenes Verfassungsrecht*) a proposito delle “regolarità” (non delle “regole”) di funzionamento delle istituzioni³.

Se ci si limita ad esaminare uno solo di questi quattro elementi, ogni osservazione non può che essere parziale e di limitata utilità.

§ 2. – *Il Triangolo che cambia*

Qualche tempo fa R. Bin ha provato a spiegare questa peculiarità del discorso attorno alla forma di governo dicendo che la forma di governo italiana è un triangolo i cui vertici sono Governo, Parlamento e Presidenza della Repubblica. E questo triangolo non è fisso, ma si trasforma e cambia nel tempo, restando però sempre un triangolo: quel che si è chiamato, per amor di geometria, “isomorfismo” della forma di governo⁴.

Si tratta di una buona metafora. E lo è per diverse ragioni: innanzi tutto perché spiega con un’immagine semplice qualcosa di complesso: e cioè il fatto che le forme di governo “divengono” nel tempo, e quindi

¹ L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970, ora in IDEM, *Costituzione, Partiti, Istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2009, 161.

² A. MANGIA, *Mutamento costituzionale e dogmatica giuridica*, in *Lo Stato*, n. 18/2022, 61 ss., sulla scorta di G. JELLINEK, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung*, Berlin, Verlag von O. Haring, 1906, dove, fra l’altro, si parla di «mutamento costituzionale per mancato esercizio di funzione (*nicht Ausübung*) da parte di un organo dello Stato». Una traduzione parziale della riflessione di Jellinek si trova ora in M. CARDUCCI (a cura di), *Mutamento costituzionale*, Lecce, Pensa, 2004.

³ Una sintesi recente del dibattito annoso in punto di diritto costituzionale “non scritto” si trova ora in H.A. WOLFF, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, Tübingen, Mohr, 2019.

⁴ R. BIN, *Il Presidente Napolitano e la topologia della forma di governo*, in *Quad. cost.*, n. 1/2019.

Abstract

The essay is dedicated to an analysis of the latest proposal for an amendment of the form of government, moving, rather than from the thirty-years debate on the 'stability' of governments and on 'governability', from the progressive enlargement of the role of the Presidency of the Republic, which culminated in the unprecedented institution of the re-eligibility of the President in 2013. It qualifies this event as a constitutional change implemented by praxis, outside any legislative amendment of the Constitution. Stigmatizes the behaviouristic approach to reforms of the last thirty years, borrowed from political science (constitutional engineering), starting from the premise that constitutional engineering cannot in any case replace the role of the party system in the real functioning of a form of government.

Interpretazioni corrette, interpretazioni scorrette, interpretazioni creative

di Giorgio Pino*



Sommario: § 1. – Introduzione: il punto cieco delle teorie dell'interpretazione. § 2. – Sul concetto di 'interpretazione giuridica'. § 2.1. – Una definizione di 'interpretazione giuridica'. § 2.2. – Esistono risposte corrette ai problemi interpretativi? § 2.3. – L'oggettivismo moderato e la possibilità di interpretazioni corrette. § 2.3.1. – Accordi (interpretativi) non completamente teorizzati. § 2.3.2. – Interpretazioni consolidate. § 2.3.3. – Casi paradigmatici e convergenze interpretative parziali. § 2.4. – Alcune precisazioni. § 3. – Per una tassonomia degli errori interpretativi. § 3.1. – Errori interpretativi in senso stretto. § 3.2. – Errori di applicazione.

§ 4. – Errore, disaccordo, creatività. § 4.1. – La cognizione dell'errore (ovvero: dall'errore al disaccordo interpretativo). § 4.2. – Le conseguenze dell'errore (ovvero: dall'interpretazione errata all'interpretazione creativa).

§ 1. – Introduzione: il punto cieco delle teorie dell'interpretazione

La riflessione teorica sull'interpretazione giuridica ha assunto un posto centrale nel dibattito filosofico-giuridico degli ultimi cinquant'anni, divenendone uno dei luoghi più trattati, discussi e controversi¹. Quasi tutti gli aspetti dell'interpretazione giuridica sono stati passati al vaglio di attente analisi teoriche: i modi in cui le dimensioni semantica e pragmatica del linguaggio influiscono sull'attività interpretativa, i rapporti tra l'interpretazione giuridica e l'interpretazione svolta in altri campi, i tipi di argomenti utilizzabili nell'interpretazione, il sottofondo politico e ideologico dell'interpretazione giuridica...

Un tema specifico, però, sembra essere rimasto per lo più estraneo all'attenzione dei teorici dell'interpretazione, ed è il tema dell'errore

* Università degli Studi Roma Tre.

Una versione precedente di questo testo è stata presentata all'incontro su *Los errores en la creación y la aplicación del derecho* (1er Encuentro de Filosofía del Derecho UdG-UPF-Roma3), Universitat de Girona, 26 gennaio 2024.

¹ Al punto che «una parte considerevole della discussione più recente nella filosofia del diritto ha riguardato temi che altro non sono che teoria della interpretazione, sia pure sotto nomi diversi» (M. JORI, *I giudici creano diritto?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2009, 4).

interpretativo. Sulle ragioni di ciò, si possono solo fare speculazioni più o meno plausibili. Una possibile ragione, ad esempio, potrebbe essere ricercata nel successo che hanno riscosso, nella cultura giuridica italiana, teorie dell'interpretazione variamente improntate allo scetticismo interpretativo (specialmente quelle di tipo "moderato"²), sia di marca analitica sia di marca ermeneutica³. Questo successo può essere a sua volta associato ad un generale rifiuto del "formalismo" che ha a lungo caratterizzato la cultura giuridica italiana, e al definitivo smascheramento della mentalità (a seconda dei casi ingenua o auto-interessata) che vedeva nel giudice un mero applicatore della legge, e nel giurista un asettico esegeta della legge o del sistema, e comunque uno "scienziato" del diritto⁴. E una ragione ancora più generale potrebbe forse essere data dal fatto che, nella cultura filosofica contemporanea, e specialmente nell'ambito dei discorsi normativi, nozioni come quelle di 'oggettività' o 'verità' – che rappresentano l'inevitabile sfondo che rende possibile parlare di errore – sono spesso considerate troppo impegnative e fonte di equivoci e crampi mentali⁵.

Quale che ne sia la causa, questa mancanza di attenzione è piuttosto sorprendente: una teoria dell'interpretazione che non includa la categoria dell'errore interpretativo (una teoria dell'interpretazione che non dia conto della possibilità di interpretazioni sbagliate), rischia di consegnare l'attività interpretativa al reame delle attività puramente arbitrarie, e di rendere insensata (o spiegabile solo ricorrendo a qualche forma di *error theory*, o di gigantesco autoinganno) gran parte delle attività che si svolgono nel diritto: comparse redatte o arringhe espresse da avvocati, provvedimenti giudiziari, lezioni universitarie impar-

² Le cui tesi centrali saranno meglio messe a fuoco *infra*, § 2.2.

³ Espressioni che riecheggiano lo scetticismo interpretativo moderato si possono occasionalmente incontrare anche nelle sentenze della Corte di Cassazione: «L'attività di interpretazione, infatti, da un lato, comporta pur sempre una serie di scelte o di opzioni tra i diversi significati desumibili dal testo della disposizione o ritenuti possibili alla stregua dei principi costituzionali» (Cassazione Sezioni Unite civili, 2 agosto 1994, n. 7194). E un magistrato come Ernesto Lupo, a lungo giudice e Primo Presidente della Cassazione, ha recentemente affermato di trovare le tesi dello scetticismo moderato «maggiormente rispondenti» alla sua esperienza giudiziaria: *Il giudizio interpretativo tra norma scritta e diritto effettivo*, Intervento pronunciato in occasione del convegno *I Cento anni della Corte di cassazione "Unica"*, Roma 28 novembre 2023, reperibile in *Giustizia Insieme*, § 2.

⁴ A fronte di una mentalità come quella velocemente descritta nel testo, ha avuto l'effetto di una salutare boccata d'aria l'ampia opera di demistificazione portata avanti nella seconda metà del secolo scorso da un Giovanni Tarello: v., ad esempio, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista interprete*, in *Pol. dir.*, III, n. 3-4/1972, 459-499.

⁵ A titolo esemplificativo, si vedano U. SCARPELLI, *L'etica senza verità*, Bologna, il Mulino, 1982; A. PINTORE, *Il diritto senza verità*, Torino, Giappichelli, 1996; P. CHIASSONI, *Interpretation Without Truth*, Cham, Springer, 2019. Tra i pochi ad impiegare apertamente la nozione di 'verità', riferita all'interpretazione giuridica, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Roma-Bari, Laterza, 1989, capp. 3-5. Un'ampia ricostruzione della questione può essere letta in E. DICOTTI, *Le teorie dell'interpretazione giuridica, il problema della verità dei giudizi interpretativi e il concetto di interpretazione*, in *Studi Senesi*, 2023, 1-39.

Non solo. La questione della correttezza dell'interpretazione deve tenere conto del particolare carattere del diritto come "linguaggio amministrato"⁵⁵: il linguaggio giuridico non è retto solo dalle regole del linguaggio ordinario, ma anche da regole e convenzioni specificamente giuridiche; e inoltre nel diritto vi sono soggetti che prendono decisioni autoritative, le quali incidono in qualche misura anche sui significati degli enunciati giuridici.

La conseguenza, per quanto riguarda il nostro discorso, è che anche una interpretazione che, al suo apparire, potrebbe risultare sbagliata (o quantomeno lasca, spericolata, ecc.) sulla base delle regole linguistiche ed eventualmente anche sulla base del percorso argomentativo adottato, può non solo diventare giuridicamente definitiva per il caso concreto, ma può perfino modificare il linguaggio giuridico, se è poi seguita da altri operatori giuridici, ad esempio perché proviene da un organo dell'applicazione considerato particolarmente autorevole. Una interpretazione inizialmente "sbagliata" può diventare, così, una interpretazione "possibile" se adottata da altri organi dell'applicazione; e può perfino diventare l'*unica* interpretazione giusta, se seguita da tutti o da molti organi dell'applicazione (*overruling*, *revirements* interpretativi).

A certe condizioni (ad esempio, se adottata da organi decisionali di vertice, o considerati come particolarmente autorevoli e influenti), una interpretazione errata può dunque incorporarsi nel diritto positivo, e diventare parte del diritto vigente. A certe condizioni, l'errore interpretativo di oggi può diventare una risposta giuridicamente ammissibile, o perfino l'unica risposta corretta, di domani.

Abstract

A theory of interpretation that fails to account for the possibility of misinterpretation runs the risk of consigning interpretive activity to the realm of purely arbitrary activities, and of making much of the activity that takes place in law nonsensical (or explicable only by recourse to some form of error theory, or gigantic self-deception). Before embracing outcomes of this sort – which, of course, cannot be entirely excluded from the range of possibilities – it is worth trying to explore the idea that, instead, talk of misinterpretation makes perfect sense: i.e., the idea that the category of interpretive error is not conceptually ill-formed or empirically unverifiable.

⁵⁵ *Supra*, nt. 28 e testo corrispondente.

La comunicazione pubblica della Corte costituzionale

di Gino Scaccia*



Sommario: § 1. – Prologo. § 2. – Istanze di legittimazione della Corte costituzionale e comunicazione della funzione di garanzia giuridica della Costituzione. § 3. – La comunicazione come strumento di legittimazione politica. § 3.1. – Comunicazione a fini di integrazione informativa. § 3.2. – Comunicazione come strumento di percezione della coscienza sociale a fini di interpretazione dei testi costituzionali. § 3.3. – Comunicazione a fini pedagogici e cultura della Costituzione.

§ 1. – *Prologo*

Nelle contemporanee società dell'informazione¹, in cui il cartesianesimo “*Cogito*” è stato soppiantato dal “*Communico ergo sum*” – e con la crescita esponenziale della sfera virtuale ulteriormente articolato nella massima “*quod non est in Internet non est in mundo*” – la comunicazione è vera e propria condizione di esistenza per tutti gli attori pubblici. Ai precetti comportamentali della *web society* non si sottrae neppure la Corte costituzionale, che per lunghi anni è stata presente nella sfera pubblica quasi esclusivamente attraverso l'occasionale eco suscitata dalle proprie pronunce nei notiziari televisivi e nella rituale e paludata conferenza stampa annuale di illustrazione dell'attività giurisdizionale dispiegata. Non desta alcuna sorpresa, perciò, che i modi e le forme della comunicazione dei giudici costituzionali si siano progressivamente ampliati ed evoluti, almeno a partire dagli anni 2000, quando la Consulta ha fatto la sua comparsa sul *web*.

Questo nuovo indirizzo comunicativo della Corte ha animato un intenso e ricco dibattito sulle forme allo scopo impiegate: da quelle funzionali a dare notizia dell'attività giurisdizionale (comunicati stampa,

* Università Telematica *Universitas Mercatorum*.

Il contributo è destinato agli *Scritti in onore di Stelio Mangiameli*.

¹ G. SIRILLI, nella voce *Società dell'informazione*, in *Enciclopedia della Scienza e della tecnica*, Roma, Treccani, 2008, definisce la società dell'informazione come «un contesto in cui le nuove tecnologie informatiche e di telecomunicazione assumono un ruolo fondamentale nello sviluppo delle attività umane».

approfondimenti sulle pronunce di maggiore impatto «che ci hanno cambiato la vita»²); a quelle più latamente riferibili alla promozione del ruolo rivestito dal giudice delle leggi nel sistema dei poteri e alla diffusione della cultura costituzionale (*podcast*, viaggi nelle carceri e nelle scuole). In queste pagine l'accento sarà posto non tanto sugli strumenti comunicativi, su cui tutto o quasi è stato già scritto, ma sulle ragioni di politica costituzionale che motivano la recente esposizione mediatica della Corte.

Al riguardo, studiosi come Roberto Romboli e Angioletta Sperti e giudici costituzionali, a partire dal Presidente Paolo Grossi, che fra i primi colse l'esigenza di rinnovare lo stile comunicativo della Consulta proiettandola verso il "pubblico", hanno sostenuto che la Corte sia mossa dall'esigenza di instaurare una relazione di vicendevole scambio informativo con la società civile, per poter tenere conto più efficacemente delle evoluzioni della coscienza sociale e del costume e in tal modo acquisire elementi utili all'interpretazione delle norme costituzionali³. In questo orizzonte di analisi, Angioletta Sperti afferma, ad

² Il riferimento è all'apposita sezione *podcast* «Sentenze che ci hanno cambiato la vita» apparsa sul sito istituzionale della Corte costituzionale sin dal 2022.

³ Tale esigenza di costante interazione informativa con la società civile è efficacemente ricondotta alla "doppia anima" della Corte costituzionale da R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa, in IDEM (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino, Giappichelli, 2017, 3 ss. Per A. SPERTI, *Alcune riflessioni sull'apertura della Corte alla società civile nella recente modifica delle norme integrative*, in *Consulta online*, 23 marzo 2020, 2-3, «questa esigenza nasce, in primo luogo, dalla consapevolezza che il linguaggio giuridico non consenta all'opinione pubblica un'adeguata comprensione delle pronunce e che, di conseguenza, essa non sia messa in grado di percepire "il complesso delle attività della Corte costituzionale", né di cogliere il reale "messaggio" trasmesso dalla Corte e il suo ruolo nella vita dei cittadini». Il tema è penetrato nelle conferenze stampa dei Presidenti della Corte costituzionale; già nel 2010 l'allora Presidente Ugo De Siervo rilevò: «è vero, infatti, che la Corte parla essenzialmente tramite il testo delle proprie decisioni, ma anzitutto occorre riconoscere che il linguaggio giuridico con cui di necessità esse sono scritte non rende sempre agevole la loro esatta comprensione. Ma poi forse anche per il grande numero delle nostre decisioni, che si somma alla loro lettura non sempre agevole, troppo spesso la rappresentazione della nostra attività si riduce a poche, se non pochissime, vicende processuali ritenute evidentemente di grande interesse generale, mentre vengono quasi del tutto ignorate tante decisioni che pur sono molto importanti sul piano dei diritti individuali o collettivi o dei rapporti fra le nostre istituzioni democratiche» (U. DE SIERVO, *Incontro con la stampa in occasione della presentazione della Relazione sulla giurisprudenza costituzionale nel 2010*, 10 febbraio 2011, part. 1.). Sul tema è tornato con vigore il Presidente Grossi, il quale, nella relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2017, ha chiarito che «Il processo costituzionale, nella varietà dei suoi oggetti e delle sue articolazioni, rappresenta, del resto, per definizione, lo strumento attraverso cui la Corte esercita le sue funzioni di garanzia o, anche, in termini più astratti, il "linguaggio" attraverso cui essa si esprime. Come in tutti i linguaggi verbali, la comunicazione, affidata a specifici e visibili segni "significanti", organizzati secondo precise grammatiche, avviene poi attraverso i "significati", vale a dire l'attribuzione di significati: i quali finiscono per riferirsi non tanto ai singoli elementi degli enunciati, ma al loro insieme; e, ancora di più, a quanto essi espressamente "non dicono". [...] L'ambizione è di riuscire a selezionare e a "leggere" proficuamente i dati quantitativi disponibili, allo scopo di ricavare "messaggi" che consentano di percepire e, per quanto possibile, di comprendere il senso di ciò che si svolge nelle dinamiche "pubbliche", sia sul piano personale o interpersonale nella vita dei singoli, sia su quel-

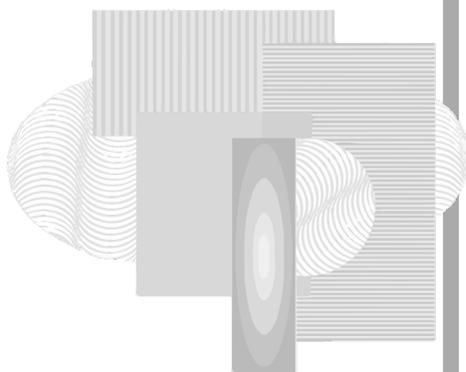
nicativi, la distanza e l'alterità rispetto alla Politica che legittimano il ruolo istituzionale del supremo *Custode* della Costituzione. Se infatti – ammoniva Alexander Bickel – nei cittadini viene meno la percezione che il giudice delle leggi è radicalmente eterogeneo rispetto agli organi politici per moduli di ragionamento, valutazioni discrezionali, linguaggio, oneri argomentativi, orizzonte di azione, torna ad essere controverso il fondamento del potere conferitogli di invalidare la volontà democraticamente espressa nelle leggi⁶⁵.

Abstract

The essay argues the thesis that the gradual intensification of the media-communicative exposure of the Constitutional Court is in direct connection with the drying up of traditional ideologies of support-and thus sources of legitimacy-of constitutionality review and indeed represents one of the attempts to remedy it. To this end, the author reviews the communicative tools that respond to purposes of informational integration and those that are directed to intercept the expectations emerging in society or to act as interpretative elements of constitutional texts, highlighting their merits and limitations; and tries, in conclusion, to define the theoretical framework within which to inscribe the communicative function of the Court that responds to pedagogical purposes and the dissemination of the culture of the Constitution.

⁶⁵ A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, cit., 26 ss.

Materiali



René Capitant: dal parlamentarismo liberale alla democrazia presidenziale
di Agostino Carrino

La riforma del parlamentarismo
di René Capitant

Charles Eisenmann lecteur de Montesquieu
di Eric Millard

L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs
di Charles Eisenmann

Colloquio sull'Ermeneutica I. L'ermeneutica filosofica.
Intervista al Prof. Gaetano Chiurazzi (Torino, dicembre 2024)
di Federico Pedrini

René Capitant: dal parlamentarismo liberale alla democrazia presidenziale

di Agostino Carrino*



Sommario: § 1. – La crisi del sistema parlamentare. § 2. – Parlamentarismo e governo di Assemblea. § 3. – Importanza del sistema elettorale. § 4. – Gli anni Trenta e la III Repubblica. § 5. – Parlamentarismo e V Repubblica tra costituzionalismo e legittimità. § 6. – Un confronto. § 7. – Spunti critici: contro il premierato.

«Or, je crois qu'au XX siècle convient l'État fort de la démocratie, plutôt que l'État faible et divisé auquel aspiraient les libéraux».

RENÉ CAPITANT (1958)

§ 1. – *La crisi del sistema parlamentare*

La lettura del saggio di René Capitant¹ sulla riforma del parlamentarismo nella III Repubblica francese (1875-1940) presuppone un giudizio di crisi del sistema parlamentare, crisi che il giovane costituzionalista non tematizza ma, per più aspetti, dà per scontata. Il fatto di non partire da questa crisi, bensì addirittura dalla dichiarata accettazione del sistema parlamentare per riformarlo non deve però inganare. Capitant, in tutto il suo percorso di teorico e di pratico del diritto costituzionale, ha sempre dimostrato un sostanziale pragmatismo,

* Filosofo e giurista.

¹ René Capitant era il figlio di un grande civilista francese, Henri Capitant. Fu allievo di Carré de Malberg, influenzato da Alain e Bergson. Nato il 19 agosto 1901 a La Tronche, nell'Isère, divenne professore di Diritto pubblico nella Facoltà di Giurisprudenza di Strasburgo, per poi svolgere ricerche sulle trasformazioni del diritto tedesco sotto il Terzo Reich. Nel 1936 è nel gabinetto di Léon Blum, alla Presidenza del Consiglio. Nel 1941 è ad Algeri ed entra a far parte della resistenza organizzata dal generale de Gaulle; dal 1944 al 1945 è Ministro dell'educazione nazionale. Dal 1957 al 1960 è a Tokyo, direttore della Maison franco-japonaise. Dal 1962 è deputato. Dal 1968 al 1969 è Guardasigilli con de Gaulle, per dimettersi alla notizia del fallimento del referendum del 1969. Muore il 23 maggio 1970.

ovvero una riflessione attenta alla realtà storica che partiva dal sistema esistente per tentare di risolverne le criticità.

In ciò si notano analogie e differenze rispetto a un giurista tedesco nei cui confronti Capitant, specie dopo il 1940², mostrerà una particolare attenzione, ovvero Carl Schmitt³, autore, esattamente dieci anni prima del saggio sulla crisi, del famoso scritto su *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo*⁴. Non che Schmitt, accusato da Karl Löwith addirittura di "occasionalismo", non cogliesse anch'egli le urgenze del presente, ma, a differenza di Capitant, le sue analisi presupponevano una concezione specifica sia del diritto sia della politica, in particolare dal punto di vista di un rifiuto filosofico del parlamentarismo borghese e del liberalismo ottocentesco.

Capitant, al contrario, dichiara apertamente di accettare non solo il parlamentarismo (sia pure in una netta distinzione rispetto al governo di assemblea), per quanto un parlamentarismo che non sempre coincide con quello descritto da Schmitt, ma anche e con forza i principi caratteristici del liberalismo, a partire dall'individualismo, che egli non rinnegherà mai, pur cercando di contemperarlo con le esigenze della comunità politica nell'ambito di una forte propensione all'unità dello Stato. Questa posizione rende Capitant interessante anche in considerazione del fatto che negli anni Cinquanta egli partecipò alla discussione sulla costituzione della V Repubblica francese, la costituzione gollista del 1958, di cui difese poi le modiche in senso marcatamente presidenzialista del 1962 fino alla morte, avvenuta nel 1970. Si tratta dunque di un caso di autocritica concettuale nel passaggio

² La data è emblematica. Dopo la sconfitta con la Germania, il 10 luglio 1940 l'Assemblea Nazionale, teoricamente composta in maggioranza da deputati di sinistra eletti quattro anni prima, vota la legge costituzionale che autorizza la nuova costituzione del Maresciallo Pétain. Scrive CAPITANT, *Démocratie et participation politique dans les institutions françaises de 1875 à nos jours*, Paris, Bordas, 1972, 75: «Così una elezione di sinistra, quattro anni prima, aveva portato a dei governi di destra, a un rovesciamento delle politiche tanto interna quanto estera e alla rovina delle istituzioni. Questa fu la conclusione finale del regime rappresentativo: una delega del potere costituente».

³ In realtà già negli anni Trenta, studiando il diritto del regime nazionalsocialista, Capitant applica una metodologia non lontana da quella di Schmitt, ovvero uno sguardo sinottico tra realtà giuridica, realtà politica e ideologia politica. Come ha scritto GÉRARD CONAC, *L'apport de René Capitant au droit constitutionnel et à la science politique*, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Apports de René Capitant à la science juridique: Théorie générale du droit, droit administratif, droit constitutionnel et science politique, droit privé*, Paris, LexisNexis, 1992, 55, gli scritti di Capitant sul nazionalsocialismo mostrano chiaramente una concezione del diritto costituzionale che «non è soltanto un dato da prendere in conto tra altri (per esempio: il rapporto tra forze politiche e sociali, il comportamento degli attori), è la stessa realtà politica. Sono le sue regole che, associandosi, rafforzandosi, neutralizzandosi, stabiliscono una gerarchia dei poteri. Ma non sono regole morte. La pratica è inseparabile dai testi». Gli scritti di Capitant sulla Germania del Terzo Reich sono in R. CAPITANT, *Face au nazisme. Écrits 1933-1938*, Strasbourg, Presses, Universitaires de Strasbourg, 2004.

⁴ C. SCHMITT, *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo* (1924), trad. it. a cura di G. Stella, Torino, Giappichelli, 2002.

oggi. Per molti aspetti, potrei dire che il premierato è ancora erede della monarchia limitata, ovvero di un antagonismo di classe che oggi non ha più alcun senso e, soprattutto, conserva tratti fondamentalmente liberali e non democratici.

L'elezione diretta del Presidente del Consiglio e della sua maggioranza, in maniera del tutto irrispettosa del Capo dello Stato, della rappresentanza legislativa intesa quale organo non dipendente di controllo e di proposta (secondo l'impostazione appunto di Capitant), è pericolosa per due ragioni: da un lato, perché è una proposta oggi debole (poteva avere un senso forse cinquant'anni fa), nel senso che il Presidente del Consiglio, nella riforma italiana, si avvarrebbe comunque di una seconda figura istituzionale (il Capo dello Stato) cui deman- dare la responsabilità politica in caso di insuccessi o farsi "coprire" nel caso di tentazioni autoritarie, nella fattispecie una seconda figura eletta dal Parlamento, ovvero dalla maggioranza coeva a quella del Presidente del Consiglio. Dall'altro, si tratterebbe di un'istituzione senza contrappesi formali soprattutto di controllo (il Capo del Governo avrebbe la sua maggioranza parlamentare e in prospettiva il suo Capo dello Stato, la sua Corte costituzionale). L'idea poi che questo Presidente del Consiglio possa essere sostituito da un altro, purché della stessa maggioranza, è emblematica solo della "italianità" della proposta.

Si tratterebbe di un Capo del Governo che non osa essere rappresentante della Nazione; insomma, un gioco fondamentalmente impolitico, arretrato e in definitiva anche inconsapevole delle nuove sfide mondiali.

Abstract

The author comments on René Capitant's 1934 essay on the crisis of parliamentarism in the Third French Republic, highlighting the evolution of the French constitutionalist from the original liberal parliamentarianism to the presidentialism of the Fifth Republic.

La riforma del parlamentarismo

di René Capitant



René Capitant (1901-1970) è stato tra i principali costituzionalisti francesi del secolo passato. Uomo politico e deputato dal 1945 al 1968, fu anche ministro, all'Educazione nazionale dal 1944 al 1945 nel primo governo de Gaulle, ministro della giustizia dal 1968 al 1969. Fu professore di Diritto costituzionale prima a Strasburgo e poi a Parigi. Critico di Pompidou durante gli anni del gollismo, può essere ritenuto il teorico del gollismo di sinistra, pur secondo linee dottrinali originali, specialmente per la sua attenzione alla produzione scientifica di Carl Schmitt, in particolare dal 1940 in poi. La riforma del parlamentarismo risale al 1934 (La Redazione).

La Francia, dal 1917, non ha avuto che tre governi, separati da lunghi interregni. Ci son voluti gli ammutinamenti dello *Chemin des Dames*, triste e tragica conseguenza delle debolezze o dei tradimenti governativi, perché nascesse un capo nella persona di Clemenceau. C'è voluto il tracollo monetario del 1926 perché Poincaré si vedesse affidata la missione e i mezzi per effettuare il risanamento finanziario. Ci son voluti infine i sanguinosi fatti del 6 febbraio [1934: assalto delle estreme destre all'Assemblea Nazionale, con 16 morti e 700 feriti a causa della reazione armata della polizia. *N.d.T.*] perché la Francia trovasse, nel mezzo di una grave crisi economica e diplomatica, una maggioranza e un governo sotto la guida di Gaston Doumergue. Tre volte la Francia è stata governata, tre volte ha raddrizzato il suo destino, tre volte il successo ha superato ogni attesa. Tuttavia, anche per tre volte il regime e la patria avevano corso un pericolo mortale. L'abitudine del regime, infatti, abitudine che queste tre eclatanti eccezioni non ci devono nascondere, sono state l'instabilità, l'incoerenza e la paralisi governative. André Tardieu ha avuto ragione a scrivere che la Francia è un «corpo senza testa». Tutti i pubblicisti, tutti gli osservatori del regime, che siano di destra o di sinistra, hanno dovuto constatare la spaventosa mortalità dei nostri governi. La Francia ha vissuto in stato di permanente crisi di governo.

Governi di capi o governi di comparse, governi trionfanti o governi rassegnati, sempre effimeri, sempre impotenti, la nazione ha visto i suoi governi sfilare sotto i suoi occhi stupiti, delusi, irritati. La respon-

sabilità ministeriale è diventata la peggiore falsificazione di sé stessa. La Camera è diventata un baraccone da fiera, dove i deputati fanno a pezzi delle figurine ministeriali. I colpi, del resto, fanno più rumore che male e le canne non si spezzano; i personaggi dondolano e quando vengono toccati basta raccogliarli: sono pronti ad affrontare nuovamente i giocatori. Di vittima non c'è che il paese. La Francia è un paese senza governo. Bisogna dargliene uno.

La sorte ci è stata propizia permettendo a un ministero di unione nazionale di costituirsi all'indomani della tragica giornata. Esso ha designato, ancora una volta, l'unico uomo che poteva ottenere dai partiti il gesto necessario di tregua e di unione. Il ministero Doumergue, infatti, era la sola soluzione possibile il 7 febbraio 1934, il solo rimedio immediato e il rimedio era urgente. Coloro i quali rifiutano di riconoscere la sua necessità o sono ciechi o sono dei nemici del regime parlamentare. Per noi, che restiamo difensori accaniti delle libere istituzioni, ma che misuriamo al tempo stesso la profondità della crisi in cui affondava il regime, per l'immensa maggioranza del paese, giustamente stanco e pronto a sollevarsi per imporre il necessario aggiustamento, ma fedele, malgrado le sue delusioni, alla nostra tradizione costituzionale, il ministero di unione nazionale è la tregua benefica che permetterà di preparare, nella calma e nella riflessione, la riforma dalla quale attendiamo la salvezza del regime. Non che si possa negare al governo Doumergue il diritto di agire. Esso ha innanzi a sé un compito politico assai pesante da adempiere. Sul piano esteriore, come sul piano interno, spetta ad esso prendere decisioni che impegneranno per molto tempo il destino della Francia e dell'Europa. Che esso pesi dunque le sue responsabilità e che agisca. Il successo ha già coronato i suoi primi atti, che gli altri che verranno e che sono i più gravi gli meritino ugualmente la nostra riconoscenza! Tuttavia, per alta che sia la sua missione e quale che sia la durata che si può e si deve augurare al suo governo, Doumergue è stato il primo ad affermare il carattere provvisorio del suo intervento. Un giorno, un giorno vicino, una volta che il suo compito sarà stato assolto, esso se ne andrà, carico di riconoscenza, ma lasciandoci alle nostre responsabilità. È la legge del regime. È la legge della vita. Quel giorno la riforma della costituzione dovrà essere stata fatta. Il parlamentarismo è stato salvato tre volte, non aspettiamoci che lo sia una quarta, se non da se stesso.

Bisogna che esso si presenti con aspetti nuovi, che porti alla Francia un sistema di governo stabile.

* * *

Si parla di riformare la Costituzione. L'espressione non è falsa perché sarà necessario, in effetti, andare a Versailles per riforma-

Abstract

This essay is a collection of theoretical and organizational proposals of constitutional reforms aimed at saving the parliamentarism of the French Third Republic by strengthening the powers of the national government.

Charles Eisenmann lecteur de Montesquieu

di Eric Millard*



Sommario: § 1. – À l'origine des relectures de Montesquieu. § 2. – Eisenmann et la théorie de l'État. § 3. – Premier exposé d'une relecture de Montesquieu.

§ 1. – À l'origine des relectures de Montesquieu

Les analyses de Louis Althusser dans son *Montesquieu, la politique et l'histoire*¹, publié en 1959, ont sinon permis du moins fortement participé du renouvellement de la lecture de Montesquieu dans les champs de la philosophie et de la théorie politique, de l'histoire des idées, du droit ou de la théorie constitutionnelle. En introduisant à la critique de *l'Esprit des lois* dans le chapitre V consacré au *Mythe de la séparation des pouvoirs*, Althusser écrit : « Le texte est célèbre. Qui ne connaît la théorie qui veut qu'en tout bon gouvernement on distingue rigoureusement le *législatif* de l'*exécutif* et du *judiciaire* ? Qu'on assure l'indépendance de chaque pouvoir pour recevoir de cette *séparation* les bienfaits de la *modération*, de la *sécurité* et de la *liberté* ? »². Et après avoir exposé la vision classique de Montesquieu et ce qui en est tenu pour sa consécration (la Constitution américaine, les constitutions françaises de 1791, 1795 et 1848), il achève en annonçant son propos : « Ces deux thèmes : l'essence du pouvoir, l'équilibre des pouvoirs, ne sont-ils pas encore des thèmes actuels, toujours repris et toujours débattus, dans les mots mêmes fixés par Montesquieu ? Je voudrais conduire à penser

* Université Paris Nanterre.

¹ Louis Althusser, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, Paris, Presses Universitaires de France, 1959. Réimprimé Paris, Presses Universitaires de France, Collection Quadrige, 1992. Il existe une traduction italienne : Louis Althusser, *Montesquieu, la politica e la storia*, Roma, Manifestolibri, 1995.

² Louis Althusser, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, Paris, Presses Universitaires de France, Collection Quadrige, 1992, p. 98 (les italiques sont d'Althusser).

qu'il s'agit là pour la plus grande part d'une illusion historique, et en donner les raisons. Dans cet esprit, je veux d'abord dire tout ce que je dois aux articles du juriste *Charles Eisenmann*. J'en voudrais reprendre ici l'essentiel avant d'en prolonger les conclusions »³.

La thèse proprement althussérienne est connue. Si Montesquieu est révolutionnaire par la méthode et par sa conception de la loi, ce sont ses préférences politiques et son appartenance à la noblesse qui commandent sa conception constitutionnelle contre le pouvoir absolu du roi et contre le despotisme du peuple. « La *modération* [...] n'est pas le simple respect de la légalité, elle est l'équilibre des pouvoirs, c'est-à-dire le *partage des pouvoirs entre les puissances*, et la limitation ou modération des prétentions d'une puissance par le pouvoir des autres. La fameuse *séparation des pouvoirs* n'est donc que le partage pondéré du pouvoir entre des puissances déterminées : le roi, la noblesse, le « peuple ». [...]. Cet éclaircissement pose lui-même une question : *au profit de qui le partage se fait-il ?* »⁴ Althusser avance que la « combinaison des puissances » (et non la séparation des pouvoirs) permet de concevoir la réponse à partir de deux combinaisons exclues : que le législatif usurpe les pouvoirs de l'exécutif ce qui conduirait au despotisme populaire, alors que la modération serait garantie si le roi détient outre l'exécutif (en partie) le pouvoir législatif ; que l'exécutif détienne le judiciaire ; et « *cette clause particulière qui prive le roi du pouvoir de juger importe avant tout à la protection des nobles* contre l'arbitraire politique et juridique du prince »⁵. C'est donc la construction d'un rapport de forces favorable à la noblesse (à la « liberté » de la noblesse) que recherche Montesquieu, qui n'est ainsi ni républicain, ni favorable au Tiers-état comme on le dit souvent, et dès lors « on ne saurait mieux garantir les conditions de la pérennité d'une classe décadente à qui l'histoire arrachait et disputait ses anciennes prérogatives »⁶.

Cette thèse althussérienne part effectivement des critiques d'Eisenmann (des « audaces »⁷ dans les mots d'Althusser) qui la permettent et desquelles elle devient inséparable : la thèse de l'inexistence d'une théorie de la séparation des pouvoirs chez Montesquieu et celle d'une reconstruction de la pensée de Montesquieu à partir de la liaison et de la combinaison de ces pouvoirs ; la thèse de l'existence de deux

³ Louis Althusser, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, Paris, Presses Universitaires de France, Collection Quadrige, 1992, p. 99 (les italiques sont d'Althusser).

⁴ Louis Althusser, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, Paris, Presses Universitaires de France, Collection Quadrige, 1992, pp. 103-104 (les italiques sont d'Althusser).

⁵ Louis Althusser, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, Paris, Presses Universitaires de France, Collection Quadrige, 1992, p. 105 (les italiques sont d'Althusser).

⁶ Louis Althusser, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, Paris, Presses Universitaires de France, Collection Quadrige, 1992, p. 106.

⁷ Louis Althusser, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, Paris, Presses Universitaires de France, Collection Quadrige, 1992, pp. 100-104.

séparation des pouvoirs la fin politique d'une régime modéré) sinon un moyen juridique pour une fin politique bien différente : la collaboration politique contrainte des organes.

Abstract

Through his publications on Montesquieu, French jurist Charles Eisenmann has permitted to challenge conventional readings of Montesquieu's constitutional ideas. His first text, published in 1933, rejects the dominant readings in legal and constitutional doctrine in France and Germany since the 19th century, which understood strict separation (legal independence) as the source of political moderation. On the contrary, Eisenmann argues that the separation of powers must be seen in another sense: that of the non-confusion of powers (confusion resulting from the attribution of a power in its entirety in the hands of a single body). In conceiving his political ideal in this way, Montesquieu's aim was both to favor his social class and to force political bodies to work together. The legal independence of the organs should not obscure the fact that it is only a legal means to this political end.

*L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs**

di Charles Eisenmann



Charles Eisenmann (1903-1980) è stato un giurista francese, professore di Diritto amministrativo, nonché curatore e traduttore di Kelsen in Francia. Ha inoltre offerto un'importante analisi della teoria costituzionale di Montesquieu, criticando la lettura classica della separazione dei poteri. Tra i suoi scritti più importanti si ricordano: Cours de droit administratif (2 voll., Paris, LGDJ, 1982); La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche (Paris LGDJ, 1928); Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques (Paris, Éditions de l'Université Panthéon-Assas [Paris II], 2002) (La Redazione).

I

1. – Séparation des pouvoirs et *Esprit des lois* sont, pour la quasi-unanimité, sinon même l'unanimité des constitutionnalistes, deux termes indissolublement liés, qui s'évoquent irrésistiblement l'un l'autre : la séparation des pouvoirs, c'est la doctrine constitutionnelle de *l'Esprit des lois* ; *l'Esprit des lois*, c'est la première théorie de la séparation des pouvoirs.

Confier les trois fonctions étatiques à des autorités ou groupes d'autorités absolument distinctes et indépendantes ; instituer en d'autres termes, trois autorités ou groupes d'autorités parfaitement séparées à tous égards, – fonctionnellement, du fait que chacune d'elles exercerait en pleine indépendance, d'une façon à la fois intégrale et exclusive, une fonction étatique ; personnellement, en ce qu'elles ne pourraient se révoquer les unes les autres ; matériellement enfin, parce qu'il leur serait interdit d'avoir aucun contact, aucune relation ou communication ; en un mot, séparer totalement le Parlement, le Gouvernement et

* In *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Duchemin, 1933, pp. 165-192 (repris dans Charles Eisenmann, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éditions de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), 2002, pp. 565-582 ; publication de laquelle est reprise la présente édition).

Références. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, 2 volumes (1920-1922) [NDE : les citations renvoient en chiffres romains au volume, et en chiffres arabes aux pages] ; Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2^e éd., 1905 ; les renvois à *l'Esprit des lois* se réfèrent à l'édition des Classiques Garnier, le troisième chiffre indiquant la page et l'exposant l'alinéa.

les Tribunaux ; tel aurait été, d'après une doctrine que l'on peut dire classique¹, le dessein de Montesquieu, dont le système se ramènerait ainsi en dernière analyse à une seule idée, à un unique principe: l'idée ou principe de séparation².

2. – Pour répandue qu'elle soit aujourd'hui, cette façon de comprendre et de présenter les idées constitutionnelles de *l'Esprit des lois* est erronée.

Que l'on se reporte à l'esquisse de Constitution du chapitre VI du livre XI, on n'y trouvera ni séparation fonctionnelle ni séparation matérielle des autorités étatiques.

Il est tout d'abord inexact que l'exercice incontrôlé, souverain, de l'intégralité de chacune des fonctions étatiques y soit attribué à une autorité ou à un groupe d'autorités absolument distinct :

Le pouvoir législatif – le pouvoir d'édicter les règles législatives³ – est confié, non au seul Parlement, mais conjointement au Parlement

¹ Cette interprétation comporte cependant d'assez nombreuses variantes : nous en mentionnerons certaines en note ; mais nous nous référons en principe à celle qui nous paraît l'emporter par la rigueur et la conséquence, – l'exposé de M. Carré de Malberg, qui en a, en effet, dégagé et défendu les prémisses nécessaires. On pourra se reporter également, dans la littérature récente, à la *Verfassungslehre* de M. Carl Schmitt, où l'on en trouvera une sorte de schéma.

V. par exemple Carré de Malberg, II. 110 et 131 pour la séparation fonctionnelle ; II. 8 pour la séparation personnelle, et II. 5, 35, 36 et 43 pour la séparation matérielle.

² Cette dernière vue suppose, on le remarquera, que l'on prenne le mot « pouvoirs » dans l'expression « séparation des pouvoirs », au sens d'organes. Si, en effet, on l'entendait comme synonyme de fonctions, les trois séparations ne seraient pas sur le même plan : on ne pourrait considérer la séparation personnelle et la séparation matérielle que comme des compléments de la séparation fonctionnelle, qui serait le principe premier de la doctrine. Beaucoup d'entre les partisans de l'interprétation classique paraissent cependant incliner vers le second parti ; cf. par exemple Carré de Malberg, II, 20 : « Le trait essentiel de la doctrine (de Montesquieu), etc. », 28. 29 et 142 : la séparation des fonctions serait « le but même de la séparation des pouvoirs ».

³ Ceci nous paraît la définition correcte du pouvoir législatif, et par conséquent le critérium de la qualité d'organe législatif ou de membre de cet organe : le pouvoir législatif, c'est le pouvoir d'édicter les règles législatives ; et, par conséquent, détenir le pouvoir législatif, c'est avoir compétence pour édicter ces règles. Aucune difficulté pour déterminer le détenteur du pouvoir législatif, si cette compétence appartient à un seul individu ou à un seul corps. Si, par contre, l'édiction des règles législatives suppose leur adoption par plusieurs individus ou par plusieurs corps, l'organe législatif sera formé par leur réunion. Participent donc au pouvoir législatif, sont donc membres de l'organe législatif, les individus ou les corps dont la Constitution exige le consentement pour l'édiction, c'est-à-dire l'entrée en vigueur, des règles législatives, mais aussi eux seuls. Seul le consentement à la règle législative constitue un élément de l'acte législatif, une attribution législative. Toute autre intervention dans la procédure qui tend et aboutit à l'édiction des règles législatives, acte juridique ou acte matériel, n'a pas ces caractères, ne confère pas à l'organe qui en est l'auteur une participation au pouvoir législatif et donc la qualité de membre de l'organe législatif, – par exemple l'initiative des lois, lorsqu'elle n'est pas exclusive (le droit d'amendement étant bien entendu une initiative concurrente), ou encore le droit de participer à la discussion des projets de loi. Cette distinction entre la participation à la fonction législative, à la procédure de la législation, et la participation au pouvoir législatif apparaît en certains passages sous la plume de M. Carré de Malberg (II. 32) : « ... La puissance législative appartient concurremment au Corps législatif et au Gouvernement, ou du moins celui-ci concourt à l'œuvre de la législation ». Cf. cependant II, 31 : l'initiative des lois est un acte de puissance

Colloquio sull'Ermeneutica

I. L'ermeneutica filosofica

Intervista al Prof. Gaetano Chiurazzi (Torino, dicembre 2024)

di Federico Pedrini*



Sommario: § 1. – Premessa: attualità dell'ermeneutica? **Parte I – Ermeneutica filosofica.** § 2. – *Quale* ermeneutica? § 3. – Ermeneutica filosofica, postmodernità e pensiero debole. § 4. – Condizione postmoderna, mito ed ermeneutica. § 5. – Pensiero debole, nichilismo e fondazione ermeneutica della verità. § 6. – Storicizzazione dell'ermeneutica e totalitarismo interpretativo. § 7. – Ermeneutica e realtà tra *Natur-* e *Geisteswissenschaften*. § 8. – (*segue*) Scienza e retorica. § 9. – Ermeneutica e verità. § 9.1. – Il rifiuto della verità come corrispondenza. § 9.2. – La verità come esperienza. § 10. – Il modello “dialogico”. § 11. – Ermeneutica e linguaggio. § 12. – Interpretazione e metodo nell'ermeneutica.

Introduzione. La “realtà” allo specchio dell'ermeneutica, tra “fatti” e “interpretazioni”

«Che la realtà sia la (nostra) storia non ne fa per questo una favola»
(G. VATTIMO)

Ancor oggi, scorrendo la letteratura giuridica continentale in tema d'interpretazione, non sembra del tutto tramontato l'astro della grande tradizione ermeneutica, i cui lumi anzi parrebbero aver conservato molto del loro antico fascino. A fronte dei frequenti richiami a tale importante corrente di pensiero da parte sia dei teorici del diritto che dei giuristi positivi, tuttavia, non sempre i suoi assunti fondativi parrebbero essere stati compiutamente compresi nel loro più intimo contenuto filosofico. Prova ne sia il diffuso atteggiamento di relativismo soggettivistico – talora soltanto rassegnato, tal'altra addirittura compiaciuto – col quale, in ambito giuridico, si è spesso reagito alla ripresa ermeneutica del vecchio adagio per cui “non ci sono fatti, solo interpretazioni”.

* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

Eppure, al di là delle assonanze, la lapidaria affermazione nietzschiana parrebbe ben lungi dall'offrire generali giustificazioni teoriche ad un disinvolto decostruzionismo interpretativo secondo cui – esistendo ormai soltanto narrazioni, tutte necessariamente storiche – l'intera realtà, compresa quella del diritto, sarebbe giocoforza da riconoscere quale mera affabulazione. Per certi versi, certo, è vero che il celebre aforisma del pensatore di Röcken esprime in tutta la sua potenza la radicalità del pensiero ermeneutico, fino a poterne divenire una sorta di manifesto. Proprio per questo, tuttavia, esso meriterebbe di non vedersi svilito a motivo da organetto, genericamente celebrativo d'un caricaturale velo di Maya che renderebbe illusorio ogni contesto, e ogni rappresentazione un semplice sogno.

È d'altronde lo stesso Gianni Vattimo, nel prosieguo della citazione in esergo, a ricordarci con l'autorevolezza che gli è propria che «se il mondo vero è diventato favola, come scrive Nietzsche, con ciò stesso è anche la favola (lo schema mentale che dovrebbe ridurre tutto a sé) che è stata negata. Di qui può partire, sembra, un recupero ermeneutico della "realtà"» (G. VATTIMO, *La tentazione del realismo*, in IDEM, *Della realtà* [2012], ora in *Scritti filosofici e politici*, Milano, La Nave di Teseo, 2021, 1620).

Ma – è allora il caso di chiedersi – quale realtà? In che senso esisterebbe e su che piano si collocherebbe la "realtà" ermeneutica, in quanto distinta da quella di senso comune? A cosa alludono quelle virgolette che, circondando il concetto, ne segnalano la perdurante problematicità? Problematicità che forse, a sua volta, varrebbe la pena di ascrivere anche ai "fatti" e alle "interpretazioni" di cui si va discorrendo...

Il primo, cruciale aspetto da comprendere è che lo sguardo dell'ermeneutica non cade mai su "nudi" fatti, cioè a dire su oggetti (la pietra, l'albero, la stella *etc.*) o su eventi (il fulmine, la pioggia, il tramonto *etc.*) considerati nella loro semplice *materialità*. In coerenza con la sua origine come tecnica di decifrazione di luoghi e passaggi oscuri, infatti, essa rivolge piuttosto la propria attenzione a entità culturali (il testo, la statua, il dipinto *etc.*) e fenomenologie sociali (il gioco, la guerra, il saluto *etc.*) dotate di *senso*. E ciò segnatamente perché, nel consorzio umano di riferimento, tali entità e fenomenologie sono ritenute – e sono, proprio *in quanto* sono (collettivamente) ritenute – portatrici di un proprio significato, che eccede quello dei dati e dei processi fisici attraverso i quali pure esse necessariamente si manifestano nel mondo.

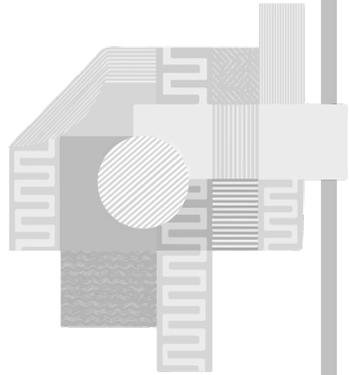
Anche senza scomodare concetti difficili come quello di 'differenza ontologica', del resto, è intuitivo per chiunque che se, da un lato, il messaggio affidato a una lettera non si potrebbe comprendere come tale senza il supporto materiale con cui ci è dato percepirlo per il tramite dei nostri sensi, dall'altro lato sarebbe alquanto ingenuo farlo *coincidere* concettualmente con la carta e con l'inchiostro. Non serve essere

diremmo testuali, altri intersoggettivi, nel senso che la corretta interpretazione deve sempre superare anche il vaglio della comunità di cui si fa parte: il dialogo non è solo con l'oggetto di cui ci si occupa, ma, giustamente, anche con gli altri che, insieme a noi, collaborano a questa impresa. Il punto è che la normatività, nel caso dell'interpretazione, non è mai un dato assoluto (un'idea platonica), ma è sempre il risultato di questa interazione molto complessa tra dato e comunità di ricercatori. Questo tipo di normatività è proprio quel che Gadamer chiama 'classico', parola con cui, ovviamente, non intende un certo stile artistico (quello della Grecia antica) ma il risultato di una sedimentazione storica che si accresce e diventa elemento sostanziale (cioè base relativamente permanente) di interpretazioni future, la "pietra di paragone" con cui esse possono e devono essere confrontate. Si tratta di un modo di concepire la 'sostanza' e la 'norma' nei termini espressi da Kant nella *Critica del Giudizio*: come qualcosa che si costituisce a partire dai singoli e si convalida e legittima in base alla continuità dell'esperienza che essi fanno. Credo che in questi termini vada interpretata la funzione della giurisprudenza nel diritto: come quella "raccolta" di sentenze che derivano dall'applicazione concreta della legge e che a loro volta fanno da base normativa per sentenze ulteriori. Il che, ovviamente, non significa che non possa dar luogo a sentenze difformi, le quali possono, o essere disconosciute, ritenute a loro volta illegittime, o riconosciute come l'inizio di una nuova normatività.

Abstract

The interview addresses and explores some fundamental elements of philosophical hermeneutics, focusing in particular on the aspects most frequently misunderstood in the legal literature on interpretation: reality, truth, rhetoric, language, dialogue, method.

Interventi, Note e Discussioni



I diritti di uso pubblico nell'attuale panorama normativo
di Paolo Colombo

*Uno sguardo alla prima giurisprudenza costituzionale in materia ambientale
dopo la riforma*
di Pietro Ferretti

*La giurisprudenza costituzionale sulle intercettazioni dei parlamentari
(a proposito di due casi recenti)*
di Giampietro Ferri

Paolo Comanducci metateorico del diritto. La cartina di tornasole dei principi
di Claudio Luzzati

Un dialogo con Luzzati
di Paolo Comanducci

I diritti di uso pubblico nell'attuale panorama normativo

di Paolo Colombo*



Sommario: § 1. – I diritti di uso pubblico nella giurisprudenza di legittimità. L'art. 825 c.c. come base giuridica dell'istituto. § 2. – I diritti di uso pubblico nelle norme speciali. § 3. – I diritti di uso pubblico e le servitù prediali pubbliche. § 4. – I diritti di uso pubblico e gli usi civici. § 5. – I diritti di uso pubblico e le limitazioni pubblicistiche al diritto di proprietà. § 6. – I diritti di uso pubblico e gli oneri reali.

§ 1. – I diritti di uso pubblico nella giurisprudenza di legittimità. L'art. 825 c.c. come base giuridica dell'istituto

Una recente decisione del TAR Brescia¹ fornisce lo spunto per riflettere sulla natura di un istituto, i diritti di uso pubblico, storicamente assai investigato dalla dottrina, ma di norma con studi di dimensioni e di respiro limitati, spesso riferiti ad aspetti di dettaglio e facenti parte di trattazioni di carattere manualistico².

* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

¹ Si tratta della sentenza 17/05/2024, n. 429, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

² La bibliografia sull'argomento è in effetti, sul piano quantitativo, assai nutrita, anche se talvolta riferita ad aspetti di dettaglio.

Quanto alla dottrina italiana precedente all'entrata in vigore dell'attuale codice civile, si vedano, fra i contributi di maggior portata o interesse, anche se spesso di taglio decisamente civilistico, M. D'AMELIO, *Servitù pubblica, parte I: Servitù amministrative*, in *Dig. it.*, Torino, UTET, 1895-1902; P.S. MANCINI, *Del diritto di uso pubblico del Comune e del popolo di Roma sulla Villa Borghese*, in *Il Filangieri*, n. 1/1886, 1; A. DE VALLES, *Demanialità e diritti reali*, in *Riv. di dir. pubbl.*, 1913, II, 3 ss.; R. ALESSI, *Demanio, servitù demaniali, limitazioni della proprietà*, in *Il dir. dei beni pubbl.*, 1935, 569; F. FRANCHINI, *Strade pubbliche, private e vicinali*, in *Nuovo dig. it.*, Torino, UTET, 1939; F. INVREA, *Servitù pubbliche*, in *Nuovo dig. it.*, Torino, UTET, 1939.

Quanto alla dottrina successiva al 1942, e tralasciando la manualistica, si vedano tra gli altri, pure di frequente su aspetti di dettaglio; L. REBALDI, D. Odone, *Servitù di uso pubblico*, Milano, Giuffrè, 1958; L. ORUSA, *Le strade pubbliche, I. Proprietà e classificazioni*, Torino, Giappichelli, 1964, 143 ss.; IDEM, *Riflessioni in materia di diritti di uso pubblico*, in *Giur. it.*, n. 1/1965, 90 ss.; IDEM, *Precisazioni in materia di diritti di uso pubblico*, in *Giur. it.*, n. 1/1966, 166 ss.; G. TAMBURRINO, *Le servitù*, Torino, UTET, 1968, 380 ss.; C. FERRARI, *Servitù prediali pubbli-*

La sentenza fa seguito ad una precedente decisione del Tribunale di Bergamo, confermata dalla Corte d'appello di Brescia e dalla Corte di cassazione, che aveva accertato l'esistenza di un «diritto di servitù di passaggio» a favore del Comune di Bergamo su di una strada privata. E che, decidendo sull'impugnativa di una delibera del Consiglio comunale della stessa città, che aveva disposto lo spostamento di tale «diritto di servitù» su di un'area differente, fornisce una ricostruzione dell'istituto in argomento in termini del tutto coerenti con la lettura da tempo fornita sia dalla giurisprudenza civile di legittimità, sia dal Consiglio di Stato³, spingendosi poi a descriverne i profili di sostanziale diversità rispetto alle servitù prediali pubbliche e ai «domini collettivi».

In sintesi, e nei limiti di quanto rileva nell'economia del presente lavoro, il TAR riconosce in primo luogo ai diritti in argomento natura reale, ma ne esclude la natura prediale, dal momento che gli stessi non vengono costituiti a vantaggio di un fondo dominante, ma a vantaggio della collettività. Più nel dettaglio, e richiamando il citato, costante orientamento della S.C., li qualifica come diritti «[...] dal contenuto non predeterminato, ma funzionale al soddisfacimento di un'esigenza di carattere generale, diretta a realizzare un fine di pubblico interesse [...]» e consistente «[...] in un peso posto a carico di un bene immobile in favore, non già di un altro bene immobile, bensì di soggetti, i quali si identificano in una collettività indistinta di persone, che ne beneficiano "uti cives"».

Inoltre, ne identifica la base giuridica nell'art. 825 c.c.⁴, a norma del quale i diritti in argomento «consistono in un peso a carico di un bene immobile per consentire un'attività a beneficio di una collettività di persone [...] volta a soddisfare un'esigenza di carattere generale e diretta a realizzare un fine di pubblico interesse». Laddove il peso gravante sul bene privato non ha natura predeterminata, potendo esso

che, in *Noviss. dig. it.*, Torino, UTET, 1970; IDEM, *Uso pubblico (Diritto di)*, *ivi*, 1975; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, Cedam, 1983, 169 ss.; G. IMPALLOMENE, *In tema di strade vicinali*, in AA.Vv., *Studi in memoria di V. Bachelet*, III, Milano, Giuffrè, 1987, 271 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Beni culturali, diritti collettivi e proprietà pubblica*, in AA.Vv., *Scritti in onore di M. S. Giannini*, I, Milano, Giuffrè, 1988, 137 ss.

Negli anni più recenti, l'interesse della dottrina è molto scemato, di fatto riguardando singoli aspetti di dettaglio e risolvendosi nel commento ad alcune decisioni della Cassazione e di giudici amministrativi. È il caso, ad esempio, di M. LUCCA, *Demanio stradale ed uso pubblico: i poteri della PA*, in www.mauriziolucca.com, 2023.

Da ultimo, sull'istituto nei suoi diversi profili di ordine storico, strutturale e funzionale, nonché per gli ulteriori richiami bibliografici ivi contenuti, ci si consenta poi di richiamare P. COLOMBO, *I diritti di uso pubblico. Struttura e funzione*, Milano, Giuffrè, 1991, nonché V. CERULLI IRELLI, *Uso pubblico*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1992.

³ Si vedano per tutte, fra le più recenti, Cass. civ., sez. II, ord. n. 19/10/2021, n. 28869, in *Giust. civ. mass.*, 2021; Cons. Stato, sez. II, 12/05/2020, n. 2999, in *Riv. Giur. Edil.*, n. 4/2020, 1024; Cons. Stato, 22/06/2022, n. 5126, in *De jure*.

⁴ Che per altro disciplina come è noto, oltre ai diritti di uso pubblico, anche le servitù prediali pubbliche. Sul che si rinvia, per maggiori dettagli, al prosieguo.

Abstract

The paper analyzes the structure of public use rights in the jurisprudence of legitimacy, with reference to article 825 of the Civil Code as the legal basis of the institution and to special rules. Then analyzes the rapport between public use rights and public easements, civic uses, publicistic limitations to property rights, and real charges.

Uno sguardo alla prima giurisprudenza costituzionale in materia ambientale dopo la riforma

di Pietro Ferretti*



Sommario: § 1. – Introduzione. § 2. – Una sommaria ricostruzione della giurisprudenza in materia ambientale. § 3. – L’ambiente davanti alla Corte dopo la revisione costituzionale. § 3.1. – (*segue*) La competenza Stato-Regioni. § 3.2. – (*segue*) Il rapporto ambiente-paesaggio e gli altri termini della revisione. § 3.3. – (*segue*) Ambiente, proprietà privata e iniziativa economica. La “svolta” della sentenza n. 105 del 2024? § 4. – Conclusioni.

§ 1. – *Introduzione*

Sono trascorsi poco meno di tre anni da quando la legge costituzionale n. 1 del 2022 ha inserito, tramite la modifica degli articoli 9 e 41¹ della Costituzione, la tutela dell’ambiente tra i principi fondamentali della Repubblica e tra i limiti all’iniziativa economica privata e pubblica. Questo lasso di tempo può essere considerato abbastanza significativo per iniziare ad osservare quali effetti la stessa ha prodotto sull’ordinamento giuridico, in particolar modo sulla giurisprudenza costituzionale.

La domanda dalla quale si genera questa analisi è strettamente connessa alla valutazione che si può dare alla revisione costituzionale: se da un lato, infatti, è innegabile la sua natura di revisione “bilan-

* Università degli Studi di Parma.

¹ Il testo degli articoli revisionati è il seguente: Articolo 9: «La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica.

Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione. Tutela l’ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell’interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali»; Articolo 41: «L’iniziativa economica privata è libera.

Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all’ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali».

cio”, nella misura in cui recepisce il portato giurisprudenziale consolidato in circa quarant’anni, dall’altra parte in diversi si sono interrogati sulla portata innovativa della stessa². In questo senso, l’analisi di questo primo insieme di pronunce può aiutarci a comprendere come, quantomeno inizialmente, il giudice delle leggi ha interpretato il significato della riforma costituzionale.

Più nel dettaglio, ci si concentrerà sull’analisi di tre aspetti: *in primis* l’osservazione sarà rivolta all’evoluzione della tutela dell’ambiente nell’ambito della divisione delle competenze legislative tra Stato e Regioni; in secondo luogo, ci si interrogherà sulla concreta delineazione dei rapporti che intercorrono tra l’ambiente ed il paesaggio e le rispettive tutele, indagando gli elementi di continuità e discontinuità con le precedenti pronunce; in terzo ed ultimo luogo, si proverà a definire il ruolo che la tutela dell’ambiente sta assumendo nella giurisprudenza costituzionale nei confronti di altre posizioni giuridiche soggettive e altri principi costituzionali, in particolare la libertà di iniziativa economica sancita dall’articolo 41. Vi è da precisare che la determinazione di questi tre aspetti su cui l’indagine si concentrerà è strettamente connessa all’osservazione di quelli che sono stati i temi principali su cui si è concentrata la giurisprudenza della Corte in questi due anni.

Allo stesso tempo pare evidente che un’analisi di questo tipo non possa prescindere da una, seppur breve, ricostruzione di quella che è stata l’evoluzione dell’attività della Corte in materia ambientale a partire dagli anni Ottanta, decennio in cui si rilevano e presto si intensificano le pronunce del giudice delle leggi coerentemente con lo sviluppo sovranazionale e nazionale del diritto dell’ambiente, concentrandosi non solo sui concetti più consolidati, ma anche su quelli che hanno visto una loro affermazione più altalenante, per poter infine confrontare tale evoluzione con la novella del 2022 e con le più recenti decisioni.

² Per alcuni spunti precedenti e successivi alla riforma v. A. MORRONE, *La Costituzione del lavoro e dell’ambiente: per un nuovo contratto sociale*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 4/2022; M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2022; R. BIFULCO, *Ambiente e cambiamento climatico nella Costituzione italiana*, in *Rivista AIC*, n. 3/2023; S. GRASSI, *La cultura dell’ambiente nell’evoluzione costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2023; F. FRACCHIA, *L’ambiente nell’art. 9 della Costituzione: un approccio in “negativo”*, in *Il diritto dell’economia*, n. 1/2022; F. DE LEONARDIS, *Lo Stato Ecologico*, Torino, Giappichelli, 2023. In senso critico v. T.E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it*, giugno 2021; G. DI PLINIO, *L’insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell’ambiente*, in *Federalismi.it*, luglio 2021.

incerta l'applicazione che nel concreto il giudice costituzionale vuole dare della nuova disciplina nell'affrontare tali controversie.

Da ultimo, sono da segnalare alcune pronunce⁸⁸ nelle quali la Corte sottolinea la necessità che le esigenze di tutela ambientale siano perseguite anche nell'interesse delle generazioni future⁸⁹. Non vi è, invero, in nessuna di esse alcun ragionamento approfondito sulla dimensione intertemporale della protezione ambientale⁹⁰, trattandosi piuttosto di semplici riferimenti che, però, denotano un'attenzione che la Corte sta rivolgendo anche a questo aspetto della revisione e che potenzialmente potrebbero portare in futuro ad una più approfondita riflessione sul punto.

Abstract

This paper reviews the Italian Constitutional Court's environmental jurisprudence following the 2022 constitutional reform, which formally integrated environmental protection into Italy's foundational constitutional principles. Post-reform case law is analyzed across three main areas: the allocation of legislative powers between the State and Regions regarding environmental governance, the relationship between environmental and landscape protections, and the impact of environmental protections on private property and economic freedom, particularly through the recent ruling in Case No. 105/2024. The Court's stance generally remains consistent with past interpretations, affirming State competence in enforcing unified environmental standards. However, recent decisions indicate a potential paradigm shift towards stronger environmental protections in Italian constitutional law.

⁸⁸ Corte cost., sentt. n. 216 del 2022; n. 236 del 2022; n. 11 del 2023; n. 105 del 2024.

⁸⁹ Sulla dimensione costituzionale degli interessi delle generazioni future si segnalano le riflessioni raccolte in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, Jovene, 2008 e più recentemente P. PANTALONE (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, in *Il diritto dell'economia*, n. spec. 2021; D. PORENA, «Anche nell'interesse delle generazioni future». *Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 15/2022.

⁹⁰ A differenza del caso tedesco del 2021: Bundesverfassungsgericht, Order of the First Senate of 24 March 2021 - 1 BvR 2656/18. Disponibile su: www.bverfg.de/e/rs20210324_1bvr265618en.html.

La giurisprudenza costituzionale sulle intercettazioni dei parlamentari (a proposito di due casi recenti)

di Giampietro Ferri*



Sommario: § 1. – L’art. 68, comma 3, Cost. e la legge attuativa. § 2. – La giurisprudenza costituzionale sulle intercettazioni indirette dei parlamentari: la distinzione tra intercettazioni mirate e casuali. § 3. – La sentenza della Corte costituzionale n. 157 del 2023. § 4. – La sentenza della Corte costituzionale n. 227 del 2023. § 5. – Conclusioni.

§ 1. – L’art. 68, comma 3, Cost. e la legge attuativa

L’art. 68, comma 3, Cost. richiede – com’è noto – l’autorizzazione della Camera di appartenenza «per sottoporre i membri del Parlamento ad intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni».

In base all’art. 4 della legge n. 140 del 2003 – attuativa dell’art. 68 Cost., come riformulato dalla legge costituzionale n. 3 del 1993 –, quando occorre eseguire nei confronti di un parlamentare «intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni, sequestri di corrispondenza, o acquisire tabulati di comunicazioni», l’autorità giudiziaria competente «richiede direttamente l’autorizzazione della Camera» di appartenenza.

In base all’art. 6, commi 1 e 2, della stessa legge, qualora ritenga necessario utilizzare le conversazioni o le comunicazioni «intercettate in qualsiasi forma nel corso di procedimenti riguardanti terzi» (ovvero i tabulati di comunicazioni acquisiti nel corso dei medesimi procedi-

* Università degli Studi di Verona.

Non avendo potuto partecipare agli Scritti in Sua memoria, dedico volentieri questo lavoro a Gladio Gemma, ricordandolo con amicizia e stima per le Sue qualità umane e di studioso.

menti) cui «hanno preso parte membri del Parlamento» – ipotesi non contemplata dall'art. 68 Cost. –, il giudice per le indagini preliminari «decide con ordinanza e richiede, entro i dieci giorni successivi, l'autorizzazione della Camera alla quale il parlamentare appartiene o apparteneva al momento in cui le conversazioni o le comunicazioni sono state intercettate».

La legge n. 140 del 2003 prevede, quindi, due diverse autorizzazioni: *a)* quella *preventiva* per le intercettazioni *dirette*, ossia disposte nei confronti del parlamentare; *b)* quella *successiva* per le intercettazioni *indirette*, ossia disposte nei confronti di terzi, ma coinvolgenti il parlamentare. Mentre la prima condiziona l'esecuzione dell'atto, la seconda condiziona l'utilizzazione processuale dei suoi risultati¹.

È evidente, però, che il carattere preventivo dell'autorizzazione vanifica la possibilità di raccogliere elementi penalmente rilevanti mediante le intercettazioni dirette, che sono perciò sostanzialmente inapplicabili².

¹ Per usare le parole di F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, Giuffrè, 2012, 862, la prima riguarda «atti da compiere» ed è una «licenza d'ascolto», mentre la seconda riguarda atti già «compiuti» ed è una licenza «d'uso dei materiali raccolti».

² Cfr., tra gli altri, M. DOGLIANI, *Immunità e prerogative parlamentari*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali*, 17, *Il Parlamento*, in collaborazione con L. Minervini, Torino, Einaudi, 2001, 1056 (il quale parla di norme che «rendono sostanzialmente impossibili gli atti di polizia giudiziaria che necessitano proprio di quella sorpresa che il nuovo regime delle autorizzazioni impedisce»); V. GREVI, *Prove*, in G. CONSO, V. GREVI (a cura di), *Compendio di procedura penale*, III ed., Padova, Cedam, 2006, 366 (secondo cui l'art. 68, comma 3, Cost. contiene una previsione «autovanificatrice»).

Tuttavia, essendo palesemente illogico richiedere l'autorizzazione preventiva per potere intercettare direttamente i parlamentari, è lecito domandarsi se il legislatore ordinario che ha dato attuazione alla legge costituzionale n. 3 del 1993 non avrebbe potuto optare per una diversa soluzione, prevedendo un'autorizzazione successiva, anziché preventiva, per utilizzare nel processo le conversazioni e/o le comunicazioni apprese mediante le intercettazioni dirette: soluzione non in sintonia con il testo dell'art. 68, comma 3, Cost. (il quale richiama un'autorizzazione «analoga» a quella, indubitabilmente preventiva, prevista dal comma 2 dello stesso articolo per le perquisizioni personali o domiciliari, l'arresto e le misure restrittive della libertà personale), ma ispirata da un criterio logico, ed anzi volta proprio a dare ragionevolezza ad una disposizione che, interpretata alla lettera, esprime una norma insensata (cfr., tra gli autori intervenuti subito dopo il cambiamento dell'art. 68 Cost., R. ORLANDI, *La riforma dell'art. 68 e la normativa di attuazione al traghetto dall'una all'altra legislatura*, in *Leg. pen.*, 1994, 551 e, di recente, C. GABRIELLI, *Quando il parlamentare diviene bersaglio delle captazioni e del sequestro di corrispondenza rivolti all'interlocutore: oltre i confini dell'art. 68 comma 3 Cost.*, in *Giur. cost.*, 2023, 2638).

A meno di non interpretare l'art. 68, comma 3, Cost. come un sostanziale divieto di sottoporre i membri del Parlamento ad intercettazioni per tutelare la funzione parlamentare, «volendosi impedire» – come ha affermato la Corte costituzionale nella sentenza n. 390 del 2007, punto 5.2 del *Considerato in diritto* – «che l'ascolto di colloqui riservati da parte dell'autorità giudiziaria possa essere indebitamente finalizzato ad incidere sullo svolgimento del mandato elettivo, divenendo fonte di condizionamenti e pressioni sulla libera esplicazione dell'attività». Condizionamenti che, invero, sarebbero difficili da escludere ogniqualvolta il parlamentare fosse sottoposto direttamente ad intercettazioni, a prescindere dalla condotta dell'autorità giudiziaria. Ciò, sebbene la stessa Corte, dichiarando che l'autorizzazione preventiva «postula un controllo sulla legittimità dell'atto da autorizzare», onde «assicurare il corretto esercizio del potere giurisdizionale», il quale potrebbe essere impiegato «con scopi persecutori» o «comunque per interessi estranei alle effettive esigenze della giurisdizione», colleghi la garanzia dell'art. 68, comma 3, Cost. al modo di agire in

Paolo Comanducci metateorico del diritto

La cartina di tornasole dei principi

di Claudio Luzzati*



Sommario: § 1. – Accordi e disaccordi, istruzioni per l'uso di questo intervento. § 2. – La separazione forte e debole tra regole e principi. § 3. – La solidità delle posizioni di Comanducci è meno ovvia di quel che pare. § 4. – Ricominciando da capo per arrivare a una conclusione.

§ 1. – *Accordi e disaccordi*¹, istruzioni per l'uso di questo intervento

È per me un piacere e un grande onore dialogare sulle pagine di questa Rivista con un amico e uno studioso del calibro di Paolo Comanducci.

Il mio intento non è polemico o demolitivo, bensì collaborativo, anche quando avanzo alcune critiche. Trovo infatti molto stimolante l'idea di Comanducci che le stesse norme possano essere usate ora come principi e ora come regole o come altri standard di giudizio, ove la distinzione tra regole e principi non fosse esaustiva. Ovviamente siamo davanti ad una tesi in controtendenza, che travalica il dibattito dei giuristi, e per ottime ragioni.

Di più, vorrei una volta tanto cercare di superare i contrasti, talvolta sopravvalutati, che dividono le nostre scuole, quella milanese e quella genovese. Sottolineerei invece la nostra affinità di fondo in nome della comune metodologia analitica.

La mia strategia sarà semplificatrice: concentrerò l'attenzione su un unico saggio – o assaggio – di Comanducci, neppure recente, in cui

* Università degli Studi di Milano.

¹ Prendo a prestito l'espressione – oltre che dal titolo italiano del film di Woody Allen che però nell'originale si chiamava *Sweet and Lowdown* – anche dal volume di P. LUQUE SÁNCHEZ, G.B. RATTI (a cura di), *Acordes y desacuerdos. Como y por qué los juristas discrepan*, Madrid, Pons, 2012.

si compie un raffinato “carotaggio” dello stratificato terreno teorico-giuridico che si presenta in materia di principi e d’indeterminatezza; da tale saggio, eccellente, ma che approvo solo a metà, vedremo perché, mi sforzerò di far emergere alcune notazioni più generali in tema di teoria e d’epistemologia giuridica.

Credo che milanesi e genovesi, sempre che parlare di due “scuole” abbia ancora senso, siano d’accordo sul fatto che la riflessione teorica avviene su un terreno meta-giurisprudenziale, tesi questa tutt’altro che scontata altrove. D’altra parte, il teorico del diritto non si limita a rilevare quali siano le tecniche interpretative e i quadri concettuali effettivamente impiegati dalla giurisprudenza – cosa, di solito, più asserita che fatta – ma cerca anche di restituire un’immagine coerente, funzionale ed esplicativa delle pratiche effettive, spesso confuse, rabberciate e *ad hoc*. Un esempio: senza i teorici Kelsen e Merkl, parlare di gerarchie normative suonerebbe ancor oggi strano e problematico.

§ 2. – *La separazione forte e debole tra regole e principi*

Il saggio di Comanducci su cui mi voglio soffermare è *Principi giuridici e indeterminazione del diritto*²; esso risulta assai accattivante per chi condivide un’impostazione filosofica relativistica. L’autore è esplicito sulle sue posizioni di fondo fin dall’inizio, quando dichiara i due presupposti – o pregiudizi? – metodologici della sua indagine:

a) la distinzione fra un approccio teorico, che dia conto del diritto com’è, e un approccio di politica del diritto, che si occupi del diritto quale dovrebbe essere;

b) la scelta, nell’ambito di un approccio teorico, di un punto di vista esterno moderato, e non di un punto di vista interno. Infatti, «non si vede perché», nota polemicamente Comanducci, la descrizione del diritto «debba essere necessariamente influenzata da giudizi di valore, morali o politici, oppure da un sentimento di adesione rispetto al diritto di cui si sta dando conto»³.

Lo scritto entra rapidamente nel merito asserendo «che, almeno oggi, vi sia un *accordo abbastanza ampio*, dietro le differenti definizioni e al di là della varietà dei termini usati, nel considerare i prin-

² P. COMANDUCCI, *Principi giuridici e indeterminazione del diritto*, in IDEM, *Assaggi di metaetica due*, Torino, Giappichelli, 1998, 81-95. Si badi che il saggio era stato già presentato in castigliano alla sessione plenaria del 18th IVR World Congress, La Plata-Buenos Aires, 10-15 agosto 1997, con il titolo *Principios jurídicos e indeterminación del derecho* e pubblicato in *Doxa*, n. 21/1998, 89-104. Il mio interesse per questo lavoro si ricollega alle tesi sostenute in C. LUZZATI, *Il superamento pragmatico dell’opposizione tra regole e principi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 46, n. 1/2016, 135-153.

³ P. COMANDUCCI, *Principi giuridici*, cit., 81-82.

dichiarativa (penso all'*open texture*); l'interpretazione nei diversi settori del diritto ha distinti criteri di successo, a loro volta descrivibili, i quali ultimi possono disattendere i risultati interpretativi *prima facie* chiari, quando si tratta di raggiungere una finalità valutata positivamente (o di scongiurare un risultato nefasto).

Il teorico, trasformandosi in sociologo (per quel che importano queste etichette accademiche), può descrivere le prassi, le attitudini, le credenze, le ideologie, l'educazione e la cultura dei giuristi e il valore normalmente assegnato a questo o a quel testo. Ma da tali fatti, per quanto conoscibili e fonte di previsioni attendibili essi siano, non si può derivare il dover essere giuridico, proprio in nome di quella che chiamerò scherzosamente "la comune fede divisionistica" che affratella i teorici milanesi a quelli genovesi. Il diritto è radicalmente indeterminato, nel senso che non è né aperto né chiuso, un po' come il gatto di Schrödinger non è né vivo né morto. Le pratiche passate e i precedenti non vincolano necessariamente gli interpreti. È vincolato solo chi sceglie di essere vincolato. Ma questo non possiamo saperlo in anticipo.

Abstract

This paper strives to show, despite some criticisms, both the interest and relevance of Paolo Comanducci's ideas concerning the distinction between legal rules and principles. Strangely enough, we find out that the same legal standards can perform different functions.

Un dialogo con Luzzati

di Paolo Comanducci*



Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – Una parentesi sui principi: problemi definitivi e classificatori. § 3. – Principi *vs.* regole. § 4. – La controproposta di Luzzati: accordi e disaccordi.

§ 1. – Premessa

In primo luogo, desidero ringraziare pubblicamente Claudio Luzzati per aver fatto oggetto di un suo acuto e intelligente commento alcune tesi da me esposte anni orsono¹. Interpreto infatti il suo gesto come una manifestazione di amicizia prima ancora che di interesse nei confronti dei miei scritti.

Luzzati – e sono del tutto d'accordo con lui – individua un vasto terreno comune alle nostre posizioni, e, più in generale, alle due scuole alle quali rispettivamente apparteniamo, quella milanese fondata da Uberto Scarpelli e quella genovese fondata da Giovanni Tarello. Gli elementi condivisi, in ambito teorico-giuridico, sono in effetti molteplici: a partire dal metodo dell'analisi concettuale e dall'utilizzo permanente della grande divisione tra *is* e *ought*, della distinzione tra linguaggio e meta-linguaggio, per finire con l'approccio non cognitivista in meta-etica e con l'attenzione prevalente dedicata alle componenti strutturali del fenomeno giuridico e ai ragionamenti che si svolgono in tale ambito. Va peraltro osservato che, nel primo quarto del Ventunesimo secolo, queste posizioni sono largamente minoritarie all'interno della filosofia del diritto italiana e internazionale, ormai dedita in prevalenza a discutere problemi di etica pratica, superando i tradizionali

* Università degli Studi di Genova.

¹ Cfr. C. LUZZATI, *Paolo Comanducci metateorico del diritto. La cartina di tornasole dei principi*, in questa *Rivista*, 269-280.

confini tra teoria del diritto, filosofia politica e filosofia morale, e ignorando o abbandonando del tutto il metodo e gli strumenti tipici della filosofia analitica del diritto. La mia sconsolata e pessimistica convinzione è che si tratti però di una minoranza che sarebbe utile e necessario che venisse protetta dall'estinzione, viste la endemica confusione concettuale, l'incertezza metodologica e l'irrilevanza pratica che caratterizzano oggi la teoria del diritto maggioritaria, per colpa soprattutto di alcuni influenti autori anglosassoni – Dworkin *in primis* – e dei loro numerosi seguaci.

Luzzati organizza il suo contributo in tre parti: nella prima sintetizza le mie posizioni in materia di principi, nella seconda sottopone a critica alcune mie affermazioni, e infine, nella conclusione, avanza una controproposta parzialmente alternativa. Seguirò, nella mia risposta, la stessa suddivisione.

§ 2. – *Una parentesi sui principi: problemi definitivi e classificatori*

Rispetto alla prima parte, mi permetto due sole notazioni. La prima: sono totalmente d'accordo con Luzzati sulla necessità di distinguere tra ontologia e tipologia di norme. Distinzione che però riformulerei così: una ontologia offre risposte relative a che cosa una norma è, o, da altro punto di vista, relative al denotato della parola 'norma'; una tipologia opera un ordinamento concettuale in classi delle norme, o, da altro punto di vista, realizza una riconfigurazione del connotato della parola 'norma'. Come ribadirò tra poco, mentre gli asserti di carattere ontologico sono passibili di essere considerati veri o falsi, gli asserti di carattere tipologico non lo sono: ad essi convergono giudizi in termini di utilità esplicativa, coerenza e correttezza, ma non verofunzionali.

La seconda notazione è parzialmente critica dell'equiparazione, che Luzzati sembra attribuirmi, tra norme ed enunciati in funzione prescrittiva. Io, come d'altronde tutti gli esponenti della scuola genovese, uso invece abitualmente 'norma' per indicare il significato attribuito a una disposizione o formulazione normativa, e solo in talune occasioni come enunciato a cui è già stato attribuito un significato determinato. E ciò è consentaneo all'idea che il risultato della attribuzione di significato a una disposizione, ossia la norma, per essere comunicata ad altri che non sia lo stesso interprete, non possa che essere formulata in un enunciato. Un enunciato (già) interpretato, appunto.

sale della discussione teorica, che spero possa, con Claudio, continuare ancora a lungo e fruttuosamente.

Abstract

The author responds to some criticisms presented by Luzzati against his characterization of legal principles. In particular, he reiterates the reasons in favour of a reconstruction of the distinction between rules and principles based on a realistic approach to the legal phenomenon.

Forza e debolezza della dottrina giuridica

di Aljs Vignudelli*



L'idea di offrire uno spazio di autentico dialogo su questioni fondative relative al diritto e alla sua scienza rientra tra gli obiettivi della Rivista fin dal suo primo numero. Impresa che si arricchisce qui di un ulteriore e notevole capitolo con la pubblicazione di un "botta e risposta" tra Massimo Luciani (Emerito di Diritto costituzionale presso la Sapienza – Università di Roma e Accademico dei Lincei) e Francesco Arzillo (Presidente di Sezione del TAR Lazio), anche a testimonianza di una rinnovata e proficua dialettica tra dottrina e magistratura (La Redazione).

In qualità di odierno "padrone di casa" mi sento anzitutto in dovere di ringraziare calorosamente Massimo Luciani e Francesco Arzillo. Da un lato – a titolo per così dire più "personale" – per l'onore che ci fanno nell'aver consentito a pubblicare sulle pagine di questa *Rivista* alcune loro importanti riflessioni. Dall'altro lato – a titolo di più generale cultore della scienza giuridica – per aver dedicato tempo e fatica a quella che potrebbe a prima vista sembrare una discussione *meramente* filosofica e teorica.

Ci si potrebbe infatti domandare – da giuristi – a che serve, oggi, discorrere ancora di fondazione del diritto, di giustificazione della sua legittimità, di contrapposizione tra giuspositivismo e giusnaturalismo e dei rapporti tra diritto e forza, se non a livello di curiosità culturale. La tentazione, insomma, potrebbe essere quella di relegare questo genere di discorsi all'etereo spazio mentale delle "introduzioni" o delle "avvertenze metodologiche" sul *quid ius*, che valgono talora come polverose premesse alle analisi giuridiche vere e proprie sul *quid iuris*: a passaggi, insomma, che non pochi tra i giuristi contemporanei parrebbero automaticamente portati a rimuovere, quasi per riflesso pavloviano, dal proprio orizzonte visivo e di pensiero. Nemmeno a dirlo: *a torto*, visto che l'assenza di consapevolezza sui presupposti comporta inevitabilmente conseguenze "a cascata" sul metodo e sui risultati del

* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

Il diritto della forza

di Massimo Luciani*



Sommario: § 1. – Diritto della forza e forza del diritto. § 2. – La riflessione dei giuristi. § 3. – I tre livelli del rapporto tra forza e diritto. § 4. – Il cuore di tenebra del diritto.

§ 1. – Diritto della forza e forza del diritto

Le comunità politiche reclamano miti o leggende di fondazione. Miti o leggende che ne legittimino la duplice pretesa includente ed escludente: includente singole individualità umane altrimenti libere e indipendenti; escludente tutto ciò che alla comunità politica è esterno ed esterno deve rimanere. Il romuleo tracciamento del *pomerium* ha il significato dell'inclusione che esclude e il gesto di Remo, che l'oltrepassa *ludibrio fratris*¹, ha il significato della provocatoria negazione, dell'atto distruttivo dell'idea stessa della comunità politica già fondata col gesto performativo del solco. E merita il castigo capitale².

Miti delle origini e miti di fondazione non sono concettualmente sovrapponibili. L'identificare origini mitiche attiene alla cosmologia e

* Sapienza – Università di Roma, Giudice costituzionale.

Il testo riproduce la *lectio brevis* tenuta a Roma il 19 aprile 2024 presso l'Accademia Nazionale dei Lincei.

¹ T. LIVIO, *Ab Urbe condita*, I, 7. È noto che questa origine mitologico-legendaria di Roma è da Livio ascritta a una opinione diffusasi *vulgo*. Storicamente, la stessa nozione di '*pomerium*', invece, è di dubbia origine. «Strictly speaking we do not even know what the Pomerium was and when it became an accepted notion»: A. MOMIGLIANO, *An Interim Report on the Origins of Rome*, in *The Journal of Roman Studies*, Vol. 53 (1963), 100.

² La figura di Remo, perturbatore di un ordine politico già istituito, non sembra assimilabile a quella della vittima sacrificale che in molte tradizioni culturali viene uccisa per riportare l'ordine «al culmine del disordine», nel senso di R. GIRARD, *Disorder and Order in Mythology*, in AA.VV., *Disorder and Order: Proceedings of the Stanford International Symposium*, Saratoga, Anma, 1984, trad. it. di E. Crestani, *Ordine e disordine in un mito Dogrib*, in IDEM, *Miti d'origine. Persecuzioni e ordine culturale*, Milano, Feltrinelli, 2005, 7.

quasi sempre attinge la trascendenza; l'identificare fondazioni mitiche attiene alla politica e quasi sempre guarda all'immanenza. Gli uni e gli altri, nondimeno, costituiscono strumenti di autorappresentazione, di costruzione identitaria, di coesione sociale. Sono espedienti generativi di soluzioni di continuità nel fluire del tempo e nel dipanarsi dello spazio, entro le quali ciascuna comunità politica trova la propria collocazione differenziandosi da tutte le altre. Ed entrambi sono in intima relazione con la storia. I miti delle origini se ne pretendono generativi, identificando i fatti da cui tutto ebbe inizio; i miti di fondazione se ne pretendono esplicativi, rintracciando e reinterprestando i fatti da cui ebbe inizio la distinta vicenda di una specifica aggregazione umana. In entrambi si manifesta quella differenziazione senza la quale la storia, generale e particolare, non può darsi: il *cháos* indistinto antecedente le origini non consente alcuna storia e l'indifferenziazione fra gli esseri umani non consente alcuna comunità politica: l'idea di una "costituzione della terra", prospettata da ultimo da Luigi Ferrajoli³, si risolve in una vera *contradictio in adiecto*, in quanto ascrivendo l'attributo 'della terra' al soggetto 'costituzione' presuppone o che possano darsi costituzioni senza comunità politica di riferimento o che si dia una comunità politica planetaria, il che è insostenibile – rispettivamente – logicamente e fattualmente.

Abbiamo, di tutto questo, tracce linguistiche significative nei due idiomi costitutivi del pensiero politico occidentale: il lemma '*démos*', che ha radice in '*datéomai*', divido, esprime la differenziazione che sta alla base del reggimento della *pólis*; il lemma '*populus*' (che forse potrebbe avere radice in '*populare*', devastare)⁴ identifica inizialmente 'l'esercito romano primitivo'⁵ tanto quanto '*laós*' identifica la comunità guerriera che si costituisce al seguito di un capo⁶, in entrambi i casi alludendosi a gruppi sociali differenziatisi facendo uso della forza estrema del *bellum*. Non casualmente, si può notare, nella prospettiva dell'universalismo simili lemmi s'usano in modo circospetto: nel 1970 il cardinale Ratzinger ebbe a precisare con accorta prudenza che il cosiddetto 'popolo di Dio' non è né *démos* né *laós* né *pléthos*, ma semplice *ekklēsia*, assemblea⁷.

³ Cfr., ad esempio, L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della terra*, in *Teoria politica*, n. 10/2020, 39 ss; IDEM, *Pacifismo e costituzionalismo globale*, in *Questione giustizia*, n. 1/2022, spec. 110 ss.; IDEM, *Perché una Costituzione della Terra?*, Torino, Giappichelli, 2021; IDEM, *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, Milano, Feltrinelli, 2022.

⁴ P. DE FRANCISCI, *Arcana imperii*, Roma, Bulzoni, 1970 (rist. anast. della I ed.), III, t. I, 96.

⁵ *Ibidem*.

⁶ E. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, II, *Pouvoir, droit, religion*, Paris, Minuit, 1969, trad. it. di M. Liborio, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, II, *Potere, diritto, religione*, Torino, Einaudi, 2001, 350 ss.

⁷ J. RATZINGER, *Democratizzazione della Chiesa?*, in J. RATZINGER, H. MAIER, *Demokratie in der Kirche. Möglichkeiten und Grenzen*, II ed., Limburg-Kevelaer, 2005, trad. it. di C. Danna,

Diritto e forza (brevi note a margine di una lezione ai Lincei)

di Francesco Arzillo*



Sommario: § 1. – Una classica, tuttora inesausta controversia. § 2. – Una nuova prospettazione della fondazione positivista del diritto. § 3. – Rilievi critici. § 4. – Conclusioni a partire dalla tesi di Böckenförde.

§ 1. – *Una classica, tuttora inesausta controversia*

Il presente scritto prende le mosse dalla *lectio brevis* recentemente tenuta da Massimo Luciani, costituzionalista e accademico dei Lincei, sul tema *Il diritto della forza*.

La densa lezione, finemente intessuta di molteplici rimandi storici, filologici e dottrinali, stimola ulteriori riflessioni su un tema mai esaurito, che da sempre rappresenta una sfida altissima per chi voglia “pensare” il diritto e non solo limitarsi a descriverlo (secondo un uso diffuso soprattutto nella didattica).

Gli spunti che seguono sono ripartiti in brevi paragrafi senza alcuna pretesa di sistematicità; la relativa comprensione presuppone ovviamente – per le parti non citate *in extenso* – la lettura del testo che ne costituisce il termine di confronto dialettico.

§ 2. – *Una nuova prospettazione della fondazione positivista del diritto*

L’A. con questa *lectio* prosegue nello sforzo¹ di fornire una versione sintetica degli esiti delle proprie ricerche volte ad un’esauriente fondazione positivista del diritto. Il tentativo è interessante perché –

* Presidente di Sezione presso il TAR del Lazio.

¹ Che ha già trovato un primo ragguardevole esito di sintesi nel volume M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2023.

è bene notarlo – l’A. rifugge tanto dal giusnaturalismo nelle sue varie versioni antiche e moderne (fino ad alcune figure del c.d. neocostituzionalismo), quanto dal normativismo puro, il quale non riesce ad andare oltre l’autoreferenzialità di un fondamento che tale non è perché è puramente formale (e quindi è destinato a contaminarsi con l’effettività, con i connessi problemi)².

In dichiarato contrasto con la nota tesi di Böckenförde, l’A. non solo si pone il problema della fondazione (diremmo giustificazione) dell’ordinamento, ma ritiene che lo stesso sia stato risolto proprio dallo Stato costituzionale moderno e contemporaneo, il quale avrebbe quantomeno accostato all’originario (storicamente ma anche concettualmente) «cuore di tenebra del diritto» un «cuore di luce»³: si tratterebbe non tanto di una metamorfosi e neppure di un trapianto o di una sostituzione, quanto di una sorta di intervento cardiocirurgico conservativo (ma basato su tecniche a loro modo rivoluzionarie), che consentirebbe di curare – come oggi accade in medicina – patologie un tempo mortali.

Quale che sia questo nesso tra tenebra e luce *nell’evoluzione* storica degli ordinamenti positivi, resta tuttavia il fatto che l’opzione originaria per la tenebra, intesa quale opzione ermeneutica nella lettura del fenomeno giuridico, ha un peso decisivo. Il rischio consiste nel porre la forza come una sorta di “*a priori*” (magari surrettiziamente presentato come “*a posteriori*” sulla scorta di un preteso “realismo politico”) di tutto il discorso storico e teoretico.

È possibile semplificare dicendo che questa scelta costituisce il frutto di un pessimismo di marca hobbesiana⁴ che a sua volta riflette *gli sviluppi* di una linea teoretica filosofico-politica (secondo la direttrice Platone-Agostino) contrapposta a quella aristotelica, con la quale l’A. polemizza neppure troppo velatamente. Ma come nella grande tradizione filosofica (a partire dal neoplatonismo, passando per i medievali) Platone convive sovente con Aristotele, così ben potrebbe essere anche

² Il riferimento principale è ovviamente a Kelsen e alla sua *Grundnorm*. Ma verosimilmente l’A. reputa parimenti insoddisfacente un approccio meramente linguistico al fenomeno giuridico, che sfocia non di rado in positivismi metodologici del tutto insoddisfacenti sotto il profilo fondazionale.

³ Sul punto vedi la conclusione della presente nota.

⁴ Hobbes è del resto per Massimo Luciani un filosofo (per certi aspetti “il” filosofo) di riferimento. Non è questa la sede per discutere gli aspetti problematici del suo pensiero, a partire dal radicale (ma non criticamente fondato) pessimismo antropologico, quale emerge ad esempio dai primi capitoli del *De Cive*. Su tale atteggiamento dello spirito influì verosimilmente la madre del filosofo; nella sua autobiografia in versi egli ne ricorda lo spavento provato in occasione dell’avvicinarsi della flotta spagnola: «Atque metum tantum concepit tunc mea mater, ut pareret Geminos, Meque Metumque simul» (T. HOBBS, *Vita di Thomas Hobbes di Malmesbury. Le due autobiografie latine*, trad. e cura di Luca Tenneriello, Milano-Udine, Mimesis, 2020, 104). Il *metus* è in fondo il gemello (più o meno riconosciuto) di non poche forme contemporanee di pensiero filosofico-politico.

Sul rapporto fra diritto e forza

In dialogo con Francesco Arzillo

di Massimo Luciani*



Sommario: § 1. – Le mie tesi e le osservazioni di Francesco Arzillo. § 2. – Una risposta alle osservazioni sulle premesse. § 3. – Una risposta alle osservazioni sul metodo. § 4. – Una risposta alle osservazioni sul contenuto.

§ 1. – *Le mie tesi e le osservazioni di Francesco Arzillo*

Il Presidente Francesco Arzillo ha avuto la cortesia di svolgere alcune considerazioni (talora consonanti, più spesso dissonanti) sulla mia recente *Lectio brevis* dal titolo *Il diritto della forza*, tenuta all'Accademia Nazionale dei Lincei il 19 aprile 2024. L'interesse dei suoi argomenti mi induce a una replica.

In quella *lectio* (lo preciso per chi non l'abbia letta o non abbia voglia di leggerla) ponevo il problema del rapporto fra diritto e forza, mettendo in discussione la conclusione cui giunge una parte significativa della filosofia politica dei giorni nostri in sostanziale recezione delle elaborazioni di Carl Schmitt e talora di una lettura assai discutibile del pensiero politico-giuridico romano¹.

Provo a esporre in sintesi estrema il mio itinerario argomentativo.

1) I miti e le leggende di fondazione (come quelli delle origini) consentono di cogliere genesi e percorso di formazione delle tradizioni di pensiero politico.

2) Illuminante è la leggenda della fondazione di Roma, nella quale si disvela il bisogno di differenziazione avvertito da qualunque comu-

* Sapienza – Università di Roma, Giudice costituzionale.

¹ È nota la serrata critica che ad alcune forzature di Giorgio Agamben ha opposto in vari scritti, con rigore di romanista, Luigi Garofalo: v., ad esempio, da ultimo, L. GAROFALO, *Iustitium. Fisionomia ed eziologia*, ora in IDEM, *Iustitium e altri saggi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, 7 ss.

nità politica, del resto già chiarito nella tradizione greca dall'affermarsi del lemma 'δημος' (che ha radice in 'δατέομαι', divido).

3) Sia nella tradizione romana (leggenda dell'uccisione di Remo) che in quella greca (mito esiodeo della tormentata nascita degli dèi e del loro rapporto col mondo umano) il processo di differenziazione e quello di transito dal *χάος* originario all'ordine (olimpico prima, umano poi), avvengono attraverso l'uso della violenza.

4) Quello così conquistato è un ordine propriamente giuridico, ma il fatto che lo sia costringe a interrogarsi sul fondamento della pretesa del diritto di regolare una violenza dalla quale è generato.

5) Questo interrogativo è rimosso – per ragioni ovviamente di volta in volta diverse – dalle principali correnti del pensiero giuridico: dalle dottrine che ravvisano nel diritto la naturale proiezione della tendenza umana alla socializzazione; dal normativismo; dalle dottrine che considerano il diritto (positivo, in particolare) inferiore alla morale; dall'istituzionalismo; dal decisionismo (sebbene in questo caso la questione sia più complessa).

6) All'interrogativo si può rispondere solo se preliminarmente si indagano i rapporti tra forza/violenza e potere/diritto. L'indagine deve muoversi su tre livelli: a) del ruolo della forza/violenza per la realizzazione della volontà normativa; b) del ruolo della forza/violenza per la tenuta e prima ancora per la nascita e la fondazione di un singolo ordinamento giuridico; c) del ruolo della forza/violenza per la fondazione del giuridico.

7) Il terzo di questi piani è ovviamente quello fondamentale e un'analisi scevra di pregiudizi mostra che la forza/violenza, per quanto lo preceda, non può risultare autonomamente fondativa del diritto, perché nel momento stesso in cui si manifesta come potere essa diviene altro da sé, sta tutta *dentro* il diritto.

8) Secondo l'originaria (e ancor oggi convincente) posizione del costituzionalismo la dimensione del giuridico è performativamente istituita da un atto qualificabile come giuridico nel momento del suo stesso compiersi: la società è infatti costituita (e ottiene il proprio legittimo potere di comando) solo grazie al trasferimento della forza (di *tutta* la forza) dagli individui alla società stessa attraverso un negozio giuridico.

9) La semplice violenza fisica non è mai in sé idonea a fondare un ordine giuridico-politico e sono indispensabili più raffinati strumenti di assoggettamento, come chiarito dalla cosiddetta concezione relazionale del potere.

10) In questa prospettiva i soggetti di un rapporto di potere sono soggetti *del* rapporto e in tal senso sono titolari di una posizione di dominio e di una di soggezione. Ma sono anche soggetti *al* rapporto e

Donato Donati: uno statualista contrastato

di Antonio Cassatella*



Sommario: § 1. – Individuo e simulacro. § 2. – Decostruire il simulacro: la sfuggente individualità di Donati. § 3. – La necessità di storicizzarne le opere. § 4. – Fra purismo e realismo critico. § 5. – Fra libertà e autorità. § 6. – Fra Stato e società. § 7. – A mo' di conclusione: fra Achab e Bartleby.

§ 1. – *Individuo e simulacro*

Annoverato fra i maggiori giuristi del primo Novecento, Donato Donati resta una personalità dalle sorti contrastate: molto rispettato in vita, almeno fino all'allontanamento dall'Università per effetto delle leggi razziali; celebrato nell'immediatezza della morte, sopraggiunta a pochi mesi dal rientro in Italia dopo l'espatrio in Svizzera; pressoché dimenticato nei successivi decenni, con l'eccezione di alcuni sferzanti giudizi attorno al suo metodo¹.

Mentre Autori a lui coevi come Santi Romano, Oreste Ranelletti e Federico Cammeo erano oggetto di periodici studi, Donati veniva trascurato dalla storiografia ed usciva dal canone della scuola italiana di diritto pubblico. Ultimo segno di autentico interesse per la sua vicenda intellettuale fu la parziale ripubblicazione dei suoi scritti, alla metà degli anni Sessanta, per iniziativa degli allievi². Da quel momento, anche per effetto della progressiva scomparsa degli appartenenti alla sua scuola, calò un progressivo oblio sulla sua figura.

* Università degli Studi di Trento.

¹ Per i dettagli biografici e critici sull'opera di D., ove non diversamente chiarito, si rinvia ad A. CASSATELLA, *Profilo biografico e scientifico di Donato Donati*, in D. DONATI, *Stato e territorio*, Macerata, Quodlibet, 2023, 35 ss.

² Cfr. D. DONATI, *Scritti di diritto pubblico*, II vol., Padova, Cedam, 1966. I contributi citati nel corso del saggio sono tutti tratti, ove non diversamente indicato, da quella raccolta. Si è scelto di richiamarli, anche ai fini della numerazione delle pagine, nella versione originale desumibile dalla stessa raccolta, che contiene ristampe anastatiche dei singoli lavori di D.

Quanto restava dello Studioso era il ritratto del maggiore rappresentante del purismo giuridico, ossia di un pensiero che si dipanava attraverso concetti ricavabili esclusivamente dalle fonti legali: in sostanza, un tardo epigono di Georg F. Puchta³.

Già Francesco Carnelutti aveva definito Donati «preciso come un orologio. Fatto apposta per svolgere con estremo rigore l'indirizzo concettuale del sapere. Intransigente, forse»⁴. Per Sabino Cassese proprio questa intransigenza tradiva una «scarsa sensibilità per i dati politico-sociali e storici, prevalenza dell'astrazione logica, accettazione degli schemi pandettistici, preferenza per l'armonia delle figure geometriche, rigida separazione fra fatto e diritto»⁵. Alcuni anni dopo un lapidario Paolo Grossi, nel solco di Cassese, ritraeva Donati come il «teorizzatore accanito di un ordinamento giuridico rinserrato e chiuso nel suo sistema legale»⁶.

Non si deve pensare che questi giudizi siano propri della sola dottrina italiana. La prima monografia di Donati, dedicata ai trattati internazionali, era stata criticata decenni prima da Arthur K. Kuhn sul *Political Science Quarterly*, perché avrebbe dato troppo spazio alla teoria e poco alla prassi. Si imputava a Donati, come ad altri giuristi italiani, un'eccessiva aderenza al metodo germanizzante, caratterizzato da un concettualismo slegato dalla realtà⁷.

Donati era insomma il simbolo di un modo di concepire il diritto alieno dalle tendenze realistiche proprie dell'esperienza novecentesca, i cui prodromi in Italia si erano avvertiti già nei primi decenni del secolo, con la crisi dello Stato liberale e dei modelli culturali che trovavano in esso giustificazione⁸.

³ Il riferimento al purismo, sulla falsariga del movimento letterario, si deve per primo ad A. AMORTH, *Commemorazione di Donato Donati*, in *Annuario dell'Università di Modena*, 1969, 50 ss. Per quanto l'uso delle similitudini e delle analogie nella ricostruzione delle linee evolutive del pensiero giuridico sia di dubbia utilità e ingeneri non pochi equivoci, basti qui osservare come il purismo di D., al pari di quello letterario, avrebbe implicato una sorta di chiusura ed impermeabilità del discorso giuridico – come pure del suo lessico e dei suoi concetti – rispetto ai discorsi metagiuridici (fossero essi storici, economici, poi anche sociologici).

⁴ Cfr. F. CARNELUTTI, *Donato Donati*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, 197.

⁵ Cfr. S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 1971, 41.

⁶ Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, 106.

⁷ Cfr. A.K. KUHN, *Review*, in *Political Science Quarterly*, vol. 23, n. 2/1908, 343 ss.

⁸ Le matrici di queste critiche si colgono in A. DE TOCQUEVILLE, *Relazione sull'opera di Macarel intitolata "Corso di diritto amministrativo"*, in IDEM, *La rivoluzione democratica in Francia. Scritti politici*, Torino, UTET, 1969, 234 ss., specie 245, dove l'A. lamentava che nella Francia di inizio Ottocento gli «scrittori di politica» e quelli «di amministrazione [di diritto amministrativo]» avessero sempre lavorato separatamente. Si tratta di un rilievo estensibile a tutte le tendenze epistemologiche volte a parcellizzare gli oggetti della conoscenza in rapporto alle varie discipline di riferimento, a rischio di non cogliere più quella visione d'insieme che – sola – può garantire una reale comprensione dei fenomeni osservati.

atto di protesta, che io, come italiano e come fascista, non intendo compiere»¹³⁷.

Accettare la volontà dello Stato, salvo sottoporsi a umilianti procedure di discriminazione o arianizzazione, non era l'unica scelta possibile. Molti ebrei si sottrassero immediatamente a essa con l'esilio, come Enrico Tullio Liebman o Tullio Ascarelli; vi fu chi, come l'editore Angelo Fortunato Formiggini, protestò in maniera radicale, gettandosi dalla torre della Ghirlandina, a poche decine di metri dalla casa di Donati. Questi rimase al proprio posto, che sperava essere la cattedra universitaria di Padova e che fu, invece, la sua dimora-prigione nel centro di Modena.

Il silenzio degli ultimi anni lo rende affine ad un altro personaggio di Melville, lo scrivano rinunciatario dell'*I would prefer not to*. Cosa avrebbe realmente preferito non ci è dato sapere.

Abstract

The essay reconstructs the biographical and scientific profile of Donato Donati (1880-1946), a scholar of public and constitutional law active in the Universities of Camerino, Macerata and Padua between the end of the 1910s and 1938, when he was a victim of the racial laws. Biography and scientific method merge in the reconstruction of a singular identity, partially separated from the others belonging to the Vittorio Emanuele Orlando school and yet capable of forming new generations of scholars in Padua. The essay develops the critical discourse around the figure and works of Donati, highlighting his contradictions on both a purely methodological and ideological-political level. What emerges is a figure in transit from liberal society to the authoritarian society that led to fascism.

¹³⁷ Riporta questa lettera e la relativa fonte G. SIMONE, *Fascismo in cattedra*, cit., 95. Ci si potrebbe chiedere, come C. SCHMITT, *Sul Leviatano*, cit., 82, se l'atteggiamento di D. non esprimesse l'impossibilità di concepire un diritto di resistenza nei confronti dello Stato, ritenuto, da un punto di vista giuridico e pratico, «un controsenso e un'assurdità».

Santi Romano e il prospettivismo giuridico

di Mariano Croce*



Sommario: § 1. – Breve premessa di metodo. § 2. – Lo sfondo socio-politico. § 3. – Prima dell’istituzione. § 4. – *L’ordinamento giuridico* come programma metodologico. § 5. – Il prospettivismo radicale dell’ultimo Romano. § 6. – Un diritto depoliticizzato affidato ai giuristi.

§ 1. – Breve premessa di metodo

Sempre troppo ingrato, e infine inattuabile, è il compito di introdurre un classico, specie se a più di cento anni e con una ridda di lavori alle spalle che, in quei cento anni e più, hanno saputo trattare ogni singolo aspetto della sua opera con impareggiabile perizia¹. Eppure, un classico è tale perché sfugge alla presa di chiunque pretenda di esaurirne le risorse e assorbirne le energie, e come nuovo si offre a ogni nuova generazione per letture e declinazioni nuove. Né Santi Romano, nella sua qualità di Maestro del Novecento, ha salde e inequivoche appartenenze, perché molti ambiti del sapere giuridico ne hanno rivendicato il nome e l’insegnamento: diritto pubblico, amministrativo, costituzionale. Non sorprende dunque che la letteratura critica sia nutrita in ognuno di questi ambiti. L’interpretazione che in questo scritto si offrirà è forse quella meno adatta e meno legittima: quella di un filosofo che nel pensiero di Romano rinviene una delle teorie normative più penetranti e originali del Novecento, in grado di cogliere i nodi più pregnanti della pratica che va sotto il nome di ‘diritto’. Detto

* Sapienza – Università di Roma.

¹ Sarà bene sin da subito rimarcare che non sarà possibile menzionare l’intera cospicua messe di lavori prodotti su Romano in più di un secolo. Rimando dunque all’accuratissimo lavoro di commento e selezione dei lavori cardine operata in A. OLIVARI, *Santi Romano ontologo del diritto*, Milano, LED, 2016 e T. CASADEI, S. PIETROPAOLI, *‘Ricucire’ prassi e teoria del diritto: spunti di riflessione a partire da Santi Romano*, in *Jura Gentium*, 2018, 7 ss. Volumi collettanei molto recenti, che hanno contribuito a ravvivare il dibattito sull’eredità romaniana, e nei quali si possono trovare molti riferimenti alla letteratura critica recente e meno recente, sono R. CAVALLO PERIN *et al.* (a cura di), *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, e M. MAZZAMUTO (a cura di), *Santi Romano. L’ordinamento giuridico (1917-2017)*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

altrimenti, in queste pagine si discuterà in particolar modo della filosofia del diritto di Santi Romano².

Il filo che si seguirà è quello della concezione romaniana del diritto, che, come vedremo, trova cattivo e persino sviante compendio nel concetto di 'istituzione'. Se per certo la teoria istituzionalista è da annoverarsi tra le genie di Romano, nei suoi lavori essa prende una fisionomia troppo peculiare perché possa identificarsi con un generico "pensiero dell'istituzione". L'esito più pregiato della sua teoria, piuttosto, è una raffinata concezione del sapere giuridico, e dell'opera del giurista, come architrave dell'ordine sociale, in linea con una concezione liberale e pauci-politica del diritto. Come si dirà qui di seguito, il sapere giuridico e il lavoro del giurista circoscrivono quello spazio dinamico che è l'ordinamento, entro cui si possono contemperare le diverse istituzioni che compongono il sociale.

Per offrire una rapida sintesi del percorso a seguire, il prossimo paragrafo farà veloce menzione del contesto socio-politico che faceva da sfondo alla riflessione di Romano, specie quella iniziale. Rispetto al turbinio di problemi giuridici e politici con cui egli si confrontava, il terzo paragrafo tratteggerà quella che, ad avviso di chi scrive, costituisce la coerente e duratura soluzione romaniana, vale a dire, la costruzione di un metodo squisitamente giuridico, che potesse ricavare per il giurista un punto di vista particolare dal quale operare sulla società e, assieme ad esso, alcune tecniche peculiari, essenzialmente diverse da quelle adottate nelle discipline politiche e sociologiche. Questa torsione metodologica, come illustrerà il quarto paragrafo, risulta decisiva per una piena comprensione del concetto romaniano di istituzione. Il quinto paragrafo chiuderà il cerchio, là dove indica come sia i problemi sia le soluzioni su cui s'incentrano gli scritti dell'ultimo Romano fossero gli stessi degli scritti di inizio Novecento, quantunque in un'ottica di più ampia maturità teorica. Il paragrafo conclusivo avanzerà veloci considerazioni sulla studiata "depoliticizzazione" del diritto cui approda il metodo giuridico, almeno per come teorizzato dal grande giurista siciliano³.

² Va pur notato che, secondo alcuni interpreti, in specie i primi, il lavoro di Romano sembrava piuttosto una sconfessione del senso e dell'utilità della filosofia del diritto. Ad esempio, commentava nel 1922 Angelo Ermanno Cammarata: «Lo sforzo, sotto tanti aspetti mirabile, compiuto recentemente da uno dei più illustri giuspubblicisti contemporanei, di elaborare sotto l'angolo visuale proprio del giurista – con esclusione di qualsiasi altro criterio – il concetto del diritto, suona in definitiva come un segno di sfiducia nella Filosofia del diritto» (A.E. CAMMARATA, *Su le tendenze antifilosofiche della Giurisprudenza moderna in Italia*, in IDEM, *Scritti sul formalismo giuridico*, Roma, Roma Tre Press, 2023, 11 ss., 12). Da una prospettiva odierna, tuttavia, risulta più che doveroso rivedere i tradizionali steccati disciplinari e, anzi, favorire un'ordinata ma felice ibridità dei metodi d'indagine. È soprattutto in tal senso, a mio avviso, che si può legittimamente parlare di una filosofia del diritto romaniana.

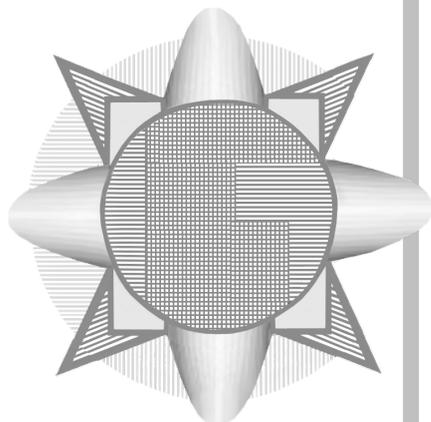
³ Almeno sotto forma di nota, varrà la pena, in apertura, offrire pochi cenni biografici. Romano nasce a Palermo il 31 gennaio 1875. Si laurea nel 1896 sotto la supervisione

Abstract

A towering figure of the first half of the twentieth century, Santi Romano is still at the centre of contemporary jurisprudential debates in a wide range of legal fields. This testifies to the inexhaustible potential of his conceptual tapestry. This article explores it from a particular angle, one that first and foremost brings out Romano's legal philosophy. It does so by identifying his persistent interest in the nature and function of legal techniques and legal knowledge, insofar as they have transformative effects on reality. This is the key to unravelling his legal perspectivism, which underlies both his notion of institution and his controversial theory of pluralism. Although this conception of law is too optimistic about the depoliticising activity of law, it nevertheless captures features of the legal phenomenon that contemporary jurisprudence still struggles to fathom.

NEL CORTILE DEL BANANO

Taccuino di piccole recensioni e schede bibliografiche



Recensioni

Biopolitica e no
di Fulvio Cortese

Le voci di Weimar. A proposito di un recente volume di Antonio Baldassarre
di Massimo Luciani

*La "teologia dei diritti" al banco di prova della realtà. Diritto e morale
nel tempo post-moderno*
di Luca Vespignani

Schede bibliografiche

Biopolitica e no

di Fulvio Cortese*



Sommario: § 1. – Tempo di bilanci. § 2. – Alla ricerca di una traiettoria biopolitica *affermativa*. § 3. – Che cos'è (davvero) la biopolitica? § 4. – Un'analisi sintomatica. § 5. Mutamento d'orizzonti e ruolo del giurista. § 6. Dalle lezioni dello spirito alle lezioni della storia.

GIUSEPPE TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, pp. 464.

«Io a volte non so, quando quest'uomo è solo – chiuso al buio in una stanza, steso su un letto, uomo al mondo lui solo – io quasi non so s'io non sono, invece del suo scrittore, lui stesso».
(E. VITTORINI, *Uomini e no*, Milano, Bompiani, 1945, 101)

§ 1. – Tempo di bilanci

Il volume di Giuseppe Tropea – *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico* – presenta numerosi profili di interesse. Il primo dei quali consiste senz'altro nel fatto che ci si trova dinanzi a un libro-bilancio; a un testo nel quale l'Autore ha raccolto e arricchito una più ampia traiettoria di indagini settoriali, da un lato facendo tesoro di scavi e osservazioni effettuati in momenti diversi, dall'altro proponendoli in una prospettiva potenzialmente unificante e innovativa.

Si tratta di un'operazione cui ogni accademico dovrebbe periodicamente mettere mano, specie nella cornice dell'attuale stato degli studi di matrice universitaria, in cui i luoghi, e i tempi, della sedimentazione e del-

* Università degli Studi di Trento.

Il presente scritto trae spunto dalle osservazioni formulate nel contesto del seminario *Biopolitica e diritto amministrativo: un binomio impossibile?*, tenutosi a Reggio Calabria, presso l'Università Mediterranea, Dipartimento DIGES, il 1° marzo 2024.

la raccolta dei frutti più maturi delle proprie esperienze di approfondimento sono sempre più rari. Seguendo questa via, Tropea evidenzia che, ogni tanto, è quanto mai opportuno arrestarsi e fare un “tagliando”, per rammentarci che la visione d’insieme è necessaria alla comprensione di ogni singola parte e che, tuttavia, quella visione non può che nutrirsi di ciò che in ogni parte si è acquisito.

Una simile direzione non deve stupire. La pandemia da SARS-CoV-2, nella sua drammaticità, ha fornito l’occasione propizia per le speculazioni più profonde, conducendo numerosi interpreti, in svariate discipline, a effettuare analisi naturalmente più ampie di quelle usuali e a formulare interrogativi che, in effetti, ben potevano emergere già solo dalla considerazione dello *stress* cui le istituzioni e le collettività sono state costrette¹.

Il fatto è che Tropea ha intravisto nella fenomenologia giuridica di questa specifica, tragica contingenza la punta di un iceberg, l’esplicito manifestarsi di tendenze trasformative dalla portata più estesa e dall’incidenza trasversale. Di qui lo stimolo ad “arrestarsi” e a porsi, conseguentemente e coerentemente, alcune questioni di massima, anche nel dialogo con altri saperi – innanzitutto con la filosofia – e allo scopo, però, di riattivare il ruolo della scienza giuridica e della sua pratica. L’esercizio, in sostanza, è lodevole perché è quello di una buona interdisciplinarietà: espressione, quest’ultima, fin troppo abusata, eppure da prendere sul serio, al di là di ogni facile retorica, come occasione di ritrovamento o riconferma, anche in chiave evolutiva, di un proprio e distintivo statuto.

§ 2. – Alla ricerca di una traiettoria biopolitica affermativa

Il campo in cui Tropea si muove, d’altra parte, è assai congeniale a quest’ultima impostazione metodologica. Perché se c’è un filone di studi che *maxime* ha cercato di enfatizzare i grandi cambiamenti cui l’esperienza giuridica sarebbe oramai soggetta sin dall’inizio del nuovo Millennio è quello dedicato alla c.d. *biopolitica*.

È eccessivamente arduo ripercorrere, anche solo per cenni, significati e contenuti di questa proposta ricostruttiva². In fondo, a tale riguardo, ci aiuta direttamente l’Autore del libro che qui si discute, quando, nel saggio che funge da prologo ai capitoli in cui si articola il testo³, segna con estrema chiarezza che cosa egli intenda per biopolitica e quale sia l’importanza dell’evocazione di questa nozione ai fini del ragionamento generale che viene compiuto nelle pagine immediatamente successive.

Infatti, ciò che Tropea vuole segnalare sin dal principio al lettore è, semplicemente, *l’ambiente* in cui ci si deve collocare per comprendere i

¹ Si pensi, ad esempio, per quanto attiene alle riflessioni più propriamente giuridiche, e al solo panorama italiano, al volume, in qualche modo paradigmatico, di A. CANTARO, *Postpandemia. Pensieri (meta)giuridici*, Torino, Giappichelli, 2021.

² V. comunque *infra*, § 3.

³ G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, 13 ss.

È una condizione, questa, di stazionamento sul crinale, per così dire, che lo studio di Tropea incarna in prima persona, con tutte le domande e le connesse, radicali alternative che sono sempre sottese ad un momento di *scelta*, specie quanto si tratta di opzioni che mettono in gioco non solo la percezione tecnica di uno specifico problema da risolvere (di una singola *avventura*, metaforicamente parlando), ma la concezione più ampia sul ruolo che si deve assumere per risolverlo *correttamente* (dell'intera *esistenza*, sempre restando alla medesima metafora). Ed è per questo motivo che si è deciso di premettere a queste meditazioni, annunciandolo sin dal titolo, un passo di un famoso romanzo italiano del Novecento: perché anche qui si misura una situazione drammatica, l'attrazione verso l'assolutizzazione nobile di una presa di posizione, che tuttavia si percepisce intimamente come il frutto di uno smarrimento profondo, il proprio come quello della generazione alla quale si appartiene.

Ma un antidoto a questo smarrimento esiste, e non si ritrova in una (ulteriore, vecchia o inedita) *lezione dello spirito*. Si ritrova, piuttosto, nelle *lezioni della storia*. Visto che – come hanno egregiamente svolto alcune recenti ricerche⁴¹ – basta effettuare attenti carotaggi negli snodi delle crisi istituzionali novecentesche per rilevare, in primo luogo, che la scienza giuridica, nella sua costitutiva e formativa autonomia, ha saputo riproporsi in tutta la sua forza anche a partire dalle pagine oscure dell'*ambiente* in cui ha operato, alimentando in modo innovativo *ecosistemi* diversi e contribuendo all'acquisizione critica dei risultati che possono nascere dai più gravi errori collettivi; in secondo luogo, che ogni *transizione* comporta fenomeni complicati e di lungo periodo, e che, in fondo, come nell'esperienza che ha condotto al costituzionalismo del secondo dopoguerra, anche oggi si continua a discutere del rapporto di *integrazione* tra istituzioni pubbliche e società, in un laboratorio, pertanto, che non può che essere ricco e permanente. È lì che si deve cercare la bussola tanto agognata.

Abstract

The contribution takes inspiration from a recent study to reflect on the possibility of using the paradigm of biopolitics, coined by Michel Foucault, for the purposes of better understanding the most recent transformative dynamics of administrative and public law in general. After having recalled the origins of that paradigm, the Author highlights how, in reality, recent developments once again define the role of the jurist and the way in which he behaves in the context of his dutiful action of reaffirming the central role of legal order.

delle grandi trasformazioni storiche, istituzionali ed epistemologiche che hanno contrassegnato il secondo dopoguerra).

⁴¹ Cfr. J. ESTEVE PARDO, *Antiparlamentarismo e democrazia. Il pensiero antiparlamentare e la formazione del diritto pubblico in Europa*, Bologna, il Mulino, 2021, e E. DE CRISTOFARO, M.S. TESTUZZA (a cura di), *Tempi difficili. Crisi e trasformazioni otto-novecentesche tra storia e diritto*, Reggio Calabria, Bonanno, 2023.

Le voci di Weimar

A proposito di un recente volume di Antonio Baldassarre

di Massimo Luciani*



Sommario: § 1. – Il dubbio. § 2. – Gli interpreti della Costituzione. § 3. – Baldassarre e il lascito di Weimar.

ANTONIO BALDASSARRE, *Weimar. Un costituzionalismo in mezzo al guado*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2024, pp. 371.

§ 1. – *Il dubbio*

Inter beatos? Inter damnatos? Qual è l'*adscriptio* che la Costituzione di Weimar e l'intera esperienza istituzionale ch'essa ha generato meritano? È fra questi due estremi che pericolosamente oscilla il dibattito costituzionalistico e filosofico-politico degli ultimi cent'anni, unito solo dal convincimento che ci si trovi di fronte a un paradigma, a una svolta epocale, a una cesura nel percorso della storia europea e mondiale. La divisione delle linee di pensiero è netta. Forte, tuttavia, è la sensazione ch'essa si radichi essenzialmente nella diversa scelta della prospettiva rilevante.

I *laudatores* tendono a leggere la Costituzione di Weimar dall'angolo visuale dei diritti e degli ideali etico-politici trasfusi nei principi costituzionali. Ed è muovendo da questo punto di vista che raggiungono conclusioni ovviamente positive, annoverandola fra le *costituzioni antcipatrici* (come a me piace chiamarle) dell'inizio del Novecento, assieme a quella portoghese del 1911 e a quella messicana del 1917 (sulla carta ancor più avanzata della tedesca, per la verità, poiché disegnava la trama di un vero e proprio Stato sociale e contemplava addirittura la tutela dei consumatori).

Gli *obtrectatores* tendono a leggere la vicenda costituzionale apertasi nel 1919 nella chiave del disegno istituzionale e della storia politica. Ed è muovendo da questo punto di vista che finiscono per accollare alla Carta

* Sapienza – Università di Roma, Giudice costituzionale.

weimariana la responsabilità dell'avvento del totalitarismo, che il disegno costituzionale dei poteri non avrebbe ostacolato a sufficienza e avrebbe anzi favorito con la previsione di istituti assai pericolosi, come – anzitutto – il potere di emergenza confidato dall'art. 48 RV (anche tramite l'uso della forza armata) al Presidente del *Reich* («Der Reichspräsident kann, wenn im Deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten»).

La parzialità delle due prospettive è evidente, poiché l'una si appunta esclusivamente sulla *costituzione dei diritti* e l'altra esclusivamente sulla *costituzione dei poteri*, senza considerare l'inscindibile nesso che le unisce. Una parzialità, questa, inevitabilmente foriera di errori di valutazione, come accade tutte le volte in cui si smarrisce il senso dell'unitarietà delle costituzioni (inutile ritornare su talune insufficienze della discussione italiana sulle riforme costituzionali, che talora è stata viziata proprio da un difetto di consapevolezza delle connessioni fra la "prima" e la "seconda" parte della Costituzione).

Un giudizio più equilibrato, a oltre cent'anni dall'entrata in vigore della Costituzione di Weimar e a oltre novanta dalla *Machtergreifung* che ne determinò la morte, è dunque necessario. Ed è quello che propone – appunto – Antonio Baldassarre con il bel volume che ha appena dato alle stampe, nel quale mette in luce la difficoltà intrinseca dello scrivere una costituzione in una «situazione esplosiva, al limite della praticabilità democratica»¹.

È falso che a Weimar i diritti fossero tutti «programmatici»², ma è vero che difettava la previsione del sindacato di costituzionalità delle leggi e che questa carenza era particolarmente grave in un ordinamento nel quale la magistratura si era culturalmente formata in ambiente autoritario³. Una condizione che, mi sembra peraltro necessario aggiungere, si è ripresentata anche nella nostra esperienza repubblicana e che spiega l'insoddisfacente funzionamento dell'art. VII, comma 2, delle disposizioni finali e transitorie della Costituzione («Fino a quando non entri in funzione la Corte costituzionale, la decisione delle controversie indicate nell'articolo 134 ha luogo nelle forme e nei limiti delle norme preesistenti all'entrata in vigore della Costituzione»).

Parimenti, è falso che l'intero disegno istituzionale della Costituzione fosse incoerente⁴, ma è vero che la sua parte plebiscitaria faceva aggio su quella rappresentativa, fatalmente sbilanciandola⁵.

¹ A. BALDASSARRE, *Weimar. Un costituzionalismo in mezzo al guado*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2024, 15.

² *Ivi*, 17.

³ *Ivi*, 18.

⁴ *Ivi*, 19.

⁵ *Ivi*, 20.

Abstract

The last book written by Antonio Baldassarre critically examines the most well-known – and antithetical – readings of the Weimar constitutional experience, proposing a properly prudent assessment.

This operation is guided by the voices of the most authoritative public law scholars of the time, whose thought is deeply explored, also grasping its philosophical premises.

The red thread of reflection is the controversy against legal positivism, which Baldassarre has indeed been leading for a long time.

La “teologia dei diritti” al banco di prova della realtà

Diritto e morale nel tempo post-moderno

di Luca Vespignani*



Sommario: § 1. – Il concetto di ‘Politico’ come chiave di lettura della realtà. § 2. – Le contraddizioni della modernità nello specchio della Costituzione di Weimar. § 3. – L’Unione europea: l’insostenibile leggerezza di un ordinamento senza sovranità. § 4. – Da Cartesio alla retorica dei diritti. § 5. – Oltre la fine dell’età dei diritti.

AGOSTINO CARRINO, *Le ragioni di Creonte*, Milano, La nave di Teseo, 2024, pp. 242.

§ 1. – *Il concetto di ‘Politico’ come chiave di lettura della realtà*

Già nel titolo del suo ultimo saggio Carrino esprime in forma sintetica il proprio punto di vista ponendo l’accento sulle ragioni di Creonte, in controtendenza con la propensione molto diffusa a privilegiare invece quelle di Antigone. La vicenda oggetto della tragedia di Sofocle è nota. Antigone vuole dare sepoltura al fratello Polinice ma Creonte, re di Tebe, lo vieta in quanto è morto da nemico assediando la città. Antigone viene perciò reclusa in una grotta, dove si toglie la vita provocando il suicidio anche del figlio, suo promesso sposo, e della moglie di Creonte. A differenza di una lettura molto diffusa, che vede in Antigone la portatrice di una legge superiore alla quale Creonte oppone in modo ottuso le regole della *polis*, sorde alle esigenze della morale, nel libro si riconduce lo scontro tra i due protagonisti alla dicotomia «tra la politica della fede e la politica dello scetticismo: Antigone è simbolo della politica della fede, mentre Creonte, in certa misura, [lo è] dello scetticismo [...]». Antigone annuncia inconsapevolmente l’età del monoteismo, con i suoi assolutismi, ma anche con la sua violenza. Antigone non è un simbolo di libertà, ma esattamente il contrario; la libertà è sempre libertà sotto le leggi, mentre Antigone “non sa nulla di *techné politiké*, è straniera alle sue aporie”¹.

* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

¹ *Le ragioni di Creonte* (d’ora in avanti RC), 183.

Su questo motivo conduttore, *Le ragioni di Creonte* raccoglie il testo di tre interventi tenuti dall'autore in altrettante occasioni pubbliche, ai quali si aggiungono tre contributi inediti e – come viene dichiarato nella premessa – continua un discorso iniziato da un altro saggio di Agostino Carrino, *La costituzione come decisione* del 2019², aggiungendo un ulteriore capitolo alla riflessione ad ampio raggio condotta dallo stesso ormai da diverso tempo sulla crisi del costituzionalismo contemporaneo.

Il punto di partenza del ragionamento è il concetto di 'Politico', al quale si riconosce una natura intrinsecamente conflittuale osservando come esso sia «nella sua essenza logica nient'altro che un criterio utile per discriminare ciò che è politico da ciò che non lo è: il criterio dell'amico/nemico»³. Si riprende quindi una categoria fondamentale del pensiero di Carl Schmitt, segnalandone l'abbandono in favore di una prevalenza incondizionata del mercato su qualunque altra sfera di interessi, per cui «è l'economico che si sostituisce al Politico in quanto espressione dell'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni [...] non più il Politico e l'economico insieme con eticità, diritto, morale e religione, ma primato dell'economico su tutto il resto»⁴. Più in particolare, «il primato dell'economico rappresenta una radicale rottura nella storia del mondo, è quella che appunto Polanyi chiama la “grande trasformazione”, che è contestualmente la riduzione del Politico a qualcosa di (economicamente e moralmente) negativo. [...] nella modernità capitalistica il Politico viene ormai considerato deprecabile in sé, proprio perché è il luogo del conflitto»⁵.

In tale quadro si colloca lo sviluppo relativo al tema del rapporto tra regola ed eccezione, al quale è dedicato il secondo capitolo, a sua volta di chiara matrice schmittiana. L'idea di Carrino è che «la regola e l'eccezione non possono essere disgiunte e tanto meno contrapposte tra loro. Un ordinamento giuridico fondato sul diritto e non sulla mera legge contiene sempre, necessariamente regole relative alla garanzia di se stesso. Non penso solo, per esempio, alle disposizioni sullo stato d'assedio [...] ma specificamente alle regole sulle competenze sovrane o sulla sovranità, sul *sovrano*, su una persona concreta [...]. Si tratta in ultima analisi di quella figura alla quale l'ordinamento giuridico demanda il potere di “decidere sullo stato d'eccezione”»⁶. A differenza di quanto accade con le teorie formalistiche, nella quali si parla piuttosto di “deroghe” operanti essenzialmente sul piano della validità, in quanto «il mondo della deroga è il mondo del *Sollen* normativo, non il mondo dei fatti che sospendono la validità stessa del diritto»⁷.

² A. CARRINO, *La Costituzione come decisione. Contro i giusmoralisti*, Milano, Mimesis, 2019.

³ RC, 24.

⁴ RC, 21.

⁵ RC, 22.

⁶ RC, 37-38.

⁷ RC, 33. Della Costituzione di Weimar Carrino si è occupato ampiamente in *Weimar. Critica di una Costituzione*, Milano, Mimesis, 2020.

Abstract

The contribution reviews Agostino Carrino's book *The Reasons of Creon* by reconstructing the author's reflection on the separation between morality and politics, which it is argued cannot be separated from the traditional category of sovereignty and the connection with a concrete historical-territorial reality. All the way to a radical critique of the doctrine of human rights, especially from the standpoint of an undue expansion at the expense of the legislative and executive powers of the jurisdictional authorities charged with ensuring their respect at the national but especially international level.