

Separare i partiti dallo Stato, riportare i partiti nella società

di Luigi Ferrajoli*



Sommario: § 1. – Una questione costituzionale di fondo: la crisi dei partiti e il crollo della rappresentanza politica. § 2. – Gli effetti della crisi: la personalizzazione e la statalizzazione dei partiti. Il capovolgimento della gerarchia democratica dei poteri. § 3. – I fattori della crisi: il primato dei poteri economici sui poteri politici e la smobilitazione sociale dei partiti. § 4. – Un falso dilemma: autonomia o eteronomia nella disciplina dei partiti. § 5. – Una legge di attuazione dell'art. 49 della Costituzione quale condizione necessaria anche se non sufficiente di una rifondazione democratica dei partiti. § 6. – Per la separazione dei poteri dei partiti dai pubblici poteri: per l'incompatibilità tra cariche di partito e cariche istituzionali.

§ 1. – Una questione costituzionale di fondo: la crisi dei partiti e il crollo della rappresentanza politica

Stiamo assistendo a una crisi profonda – in Italia, ma non solo in Italia – della democrazia rappresentativa, provocata dal crollo del rapporto di rappresentanza, tradizionalmente mediato dai partiti, tra sistema politico e società.

È questa, oggi, la vera, gravissima questione costituzionale, pregiudiziale a tutte le altre ma stranamente trascurata sia dalla dottrina costituzionalistica e dalla teoria politica, che hanno sempre dedicato scarsa attenzione ai partiti politici, sia dal dibattito pubblico sulla democrazia e sulla sua crisi odierna. I partiti, che dovrebbero essere i tramiti del rapporto di rappresentanza, sono oggi l'istituzione più screditata, e il loro discredito si è trasferito sulle stesse istituzioni rap-

* Università degli Studi Roma Tre.

presentative, a cominciare dal Parlamento¹. Uno dei loro tratti distintivi è l'assenza di regole di democrazia interna, che li ha trasformati nel migliore dei casi in macchine elettorali al servizio dei loro capi e, nel peggiore, in gruppi di interessi privati esposti a inquinamenti mafiosi o comunque malavitosi. L'indagine di Fabrizio Barca sul Partito Democratico romano, insieme all'inchiesta penale della Procura di Roma su mafia-capitale, ne sono la prova drammatica. La distanza crescente tra istituzioni politiche e società, tra i partiti e l'elettorato, è del resto misurata dalla crescita dell'astensionismo; che è sempre meno un astensionismo qualunquista e anti-politico e sempre più un astensionismo politico, di protesta e denuncia della non rappresentatività dei partiti esistenti. Alle ultime elezioni – in Emilia e a Venezia – hanno votato meno della metà degli elettori. Soprattutto, poi, è cambiata la qualità del voto, sia a destra che a sinistra. Il voto è dato non più per convinzione bensì, nella maggior parte dei casi, per esclusione: è un voto al partito giudicato meno dannoso e penoso, di solito per disprezzo o paura delle altre formazioni. E con l'abbassamento della quantità e della qualità dei voti si è abbassata anche la qualità della democrazia.

D'altro canto la crisi verticale dei partiti – la loro distanza dalla società, la loro trasformazione in oligarchie autoreferenziali ruotanti intorno a un capo, la loro occupazione della sfera pubblica fino alla loro identificazione con le pubbliche istituzioni, in breve la loro perdita di rappresentatività e prima ancora di credibilità – sta provocando la crisi non soltanto della dimensione formale della democrazia rappresentativa, ma anche dello stato sociale e, con esso, della dimensione sostanziale della democrazia costituzionale consistente nei vincoli imposti allo Stato a garanzia dei diritti sociali e del lavoro costituzionalmente stabiliti. Si pensi solo, in Italia, all'abolizione dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori sulla reintegrazione del lavoratore ingiustamente licenziato; ai tagli alla spesa pubblica che stanno riducendo l'efficienza e abolendo la gratuità, e quindi il carattere universale ed uguale, di quello che in passato è stato uno dei servizi sanitari nazionali più avanzati del mondo; ai provvedimenti sulla scuola che consegnano ai presidi enormi e inutili poteri in tema di amministrazione dei docenti; ai tagli alla ricerca e all'università, responsabili del genera-

¹ I risultati della XVI indagine su "Gli italiani e lo Stato", svolta da *Demos* per il 2014 sotto la direzione di Ilvo Diamanti, sono terribilmente allarmanti. La fiducia nei partiti politici è scesa al 3%, cioè a una misura statisticamente irrilevante, di fatto equivalente allo zero. Rispetto al 2010 la credibilità e la fiducia nei partiti, nel Parlamento, nello Stato e nell'Unione Europea sono dimezzate, scendendo per il Parlamento al 7%, per lo Stato al 15% e per l'Unione Europea al 27% (www.repubblica.it/politica/2014/12, *Partiti, istituzioni, Europa: la fiducia va a picco*). La situazione non è molto migliore in Francia, dove la fiducia nei partiti, come scrive Marc Lazar su *La Repubblica* del 7 novembre 2015, è del 9%, e dove il 40% degli intervistati si è dichiarato disposto ad archiviare le forme della democrazia e il 67% si è detto favorevole a governi tecnici.

Abstract

The current crisis of representative democracy, in Italy and in many other European countries, is caused by the growing gap between the political system and society, due in turn to the processes of personalization and nationalization that have invested political parties. In order to overcome this crisis, the remedy proposed in this paper is a bill implementing Article 49 of the Italian Constitution that restores the parties to their role as organs of society, as the sites of democratic formation of the popular will, as the holders of functions of political steering and of selection of the candidates for election, but excluding them from direct functions of management of public affairs. Such a re-foundation requires the introduction of a strict incompatibility between party positions and public office, in order to guarantee the otherness between social forces and institutions, between representatives and represented, and between controllers and controlled.

Diritto e tecnica

(in dialogo con Emanuele Severino e Luigi Mengoni)

di Natalino Irti*



Sommario: § 1. – Il diritto come rapporto tra volontà. § 2. – L’incontro tra diritto e tecnica. Due profili. § 3. – Un tratto comune: l’artificialità. § 4. – Il diritto immerso nella lotta fra le potenze. § 5. – Le forme di potenza della volontà. § 6. – Senso dei due dialoghi. § 7. – Il dialogo con Emanuele Severino. § 8. – Le due posizioni. § 9. – Il dialogo con Luigi Mengoni. § 10. – La pretesa della “verità”. § 11. – Le due posizioni. § 12. – Ancora sulle due posizioni. § 13. – Gli incontri della vita.

§ 1. – *Il diritto come rapporto tra volontà*

Che ha da vedere il diritto – parole di comando dettate da uomini ad altri uomini – con la tecnica, con l’immenso arsenale di ricerche e invenzioni, macchine e strumenti, impianti e ordigni, che da ogni lato avvolgono e dominano il mondo?

Questo è il nostro primo interrogativo, che dà ragione e senso al duplice dialogo.

Le parole del diritto esprimono comandi, *volontà che si dirigono ad altre volontà ed esigono obbedienza*. Così, il creditore comanda al debitore; il proprietario comanda a tutti di tenersi lontani dalla cosa (appunto, *erga omnes*); le leggi ci comandano innumeri prestazioni di fare o non fare.

Una volontà sovrasta altre volontà. *Perché l’una vale più dell’altra?* Non già per un intrinseco pregio, per una sua propria qualità ad altre negata, ma per la capacità coercitiva, per la possibilità di piegare i destinatari riluttanti. Il suo *valore* è in questa capacità di *farsi valere*, in questo potere di attuazione. Risuona la voce di Baruch Spinoza: «*tantum juris habet, quantum potentia valet*» (ha tanto di diritto, quanto vale in potenza).

* Sapienza - Università di Roma. Lo scritto riproduce il testo di una relazione svolta a Bologna (il 4 dicembre 2015) ed a Napoli (il 14 aprile 2016).

Obbedienza è *soggiacere alla potenza altrui*, accogliere nella nostra volontà un *contenuto deciso da altri*; ed 'altri' è anche lo Stato parlamentare-rappresentativo, dove le leggi sono deliberate con voto di maggioranza. Il comando ci sta di fronte; e ciascuno di noi – per le ragioni più varie: paura, convenienza, fede nell'autore, vincolo di tradizione, passività ripetitiva – *sceglie se obbedire o disobbedire*.

In un abbagliante aforisma, il 472 di *Umano, troppo umano*, Friedrich Nietzsche stringe la condizione del moderno diritto: «Nessuno sentirà verso la legge altro obbligo che quello di inchinarsi per il momento al potere che avrà introdotto la legge: per poi subito rivolgersi a minarla con un nuovo potere, con una maggioranza di nuova formazione».

Profetica diagnosi del lontano 1878!

§ 2. – *L'incontro tra diritto e tecnica. Due profili*

Già in questa rappresentazione, in questi tratti d'insieme, *il diritto incontra la tecnica*. Almeno sotto due profili.

La volontà, che comanda, sceglie e persegue uno *scopo*. *Volontà di scopo*. La "tecnica" legislativa è l'arte di commisurare la norma allo scopo, di non chiedere all'altrui volontà nulla in meno o in più di quanto sia necessario per raggiungere il risultato. L'energia normativa non va dissipata, ma razionalmente impiegata. Il rapporto tra mezzi e scopo appartiene al giudizio tecnico. La tecnica valuta l'idoneità dei mezzi, non la "giustizia" o la "bontà" degli scopi prescelti. Nel *tecno-diritto* – nel *diritto, che è sovrano nella scelta dei fini, e razionale misuratore nell'uso dei mezzi* –, qui proprio si esalta l'*indifferenza contenutistica*, a cui corrisponde il rigido e algido funzionamento delle procedure produttive di norme. "Salvagente della forma", poiché la forma è ciò che resta e dura nel tempo, mentre le norme, quale che ne sia il contenuto, sono agitate dalle furie, cadono nel vortice della volontà, escono dal nulla e rientrano nel nulla¹.

E tecnico è altresì l'apparato coercitivo, che accompagna e garantisce l'osservanza delle norme. Anche l'esercizio della forza, cioè l'impiego di strumenti capaci di piegare le volontà o di aggredire beni economici, appartiene al giudizio tecnico di adeguatezza. Così si suscita il «salutare timore della forza» (è espressione di Jacob Burckhardt).

¹ N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, Laterza, 2007.

§ 13. – *Gli incontri della vita*

Nella nostra vita, nella vita di ciascuno di noi, c'è il decisivo capitolo degli "incontri". Incontri con luoghi, con libri, con figure della più varia e densa umanità. A tutti diamo qualcosa di noi; da tutti riceviamo qualcosa. Questo è il reciproco dono, che ci fa diversi, e ci spinge a meditare, e a meglio definire stati d'animo e concetti, sentimenti e scelte di vita. Paul Valéry, in una nota autobiografica, non esita a dichiarare: «D'altronde devo infinitamente ai miei amici e alle mie relazioni. Ho sempre imparato conversando. Dieci parole valgono dieci volumi»¹¹. Nel capitolo dei miei incontri, di quelle occasioni senza le quali saremmo più poveri e smarriti, si stagliano i due dialoghi, con Severino e con Mengoni, che segnano il mio cammino, quale che ne sia il corso, quale che ne sia l'ultima meta.

Abstract

Through a critical reflection on the Author's two previous "dialogues" with the philosopher Emanuele Severino and with the jurist Luigi Mengoni, the essay analyses the deepest sense of the relationship between law and "technique", and also the question of the autonomy of law as a specific form of will. The first basic thesis is that there is no single indefinite technique with the sole (and its authentically own) aim of increasing the possibility of achieving goals, but rather, a number of techniques (including that of the law), with different purposes, sometimes converging, sometimes not. The second thesis expounded is that, faced with the multitude of aims that present themselves to the law and through the law, to man, there are no meta-historical and meta-positive values that are able to orientate the choice of the latter, who is therefore forced to base his decisions exclusively on his own will.

¹¹ P. VALÉRY, *Autobiografia*, trad. it. di A. Bresolin, Roma, Lit, 2015, 71.

Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale?

Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i "controlimiti"

di Antonio Ruggeri*



Sommario: § 1. – Gli introvabili controlimiti e limiti alla sovranità, in prospettiva assiologicamente orientata, nelle esperienze di diritto interno come pure in quelle al piano delle relazioni interordinamentali. § 2. – L'“inesistenza” di norme internazionali incompatibili con i principi fondamentali, secondo Corte cost. n. 238 del 2014: una soluzione valevole altresì per i casi di superamento dei controlimiti da parte delle norme dell'Unione? § 3. – L'integrazione della prospettiva eurounitaria e di quella costituzionale, la incessante ridefinizione della identità costituzionale

per effetto delle operazioni di bilanciamento tra il principio di apertura nei riguardi del diritto internazionale e sovranazionale e i principi fondamentali restanti, il carattere condizionato dei controlimiti alla luce del canone della massimizzazione della tutela. § 4. – *Controlimiti in senso formale e controlimiti in senso sostanziale*, esposti gli uni alla luce del sole, fatti valere gli altri per vie sotterranee, a mezzo di manipolazioni sostanziali dei testi di legge o di pronunzie dei giudici (specie europei) per via d'interpretazione. § 5. – Al tirar delle somme: primato *e* (ed è), non già *versus*, identità.

§ 1. – *Gli introvabili controlimiti e limiti alla sovranità, in prospettiva assiologicamente orientata, nelle esperienze di diritto interno come pure in quelle al piano delle relazioni interordinamentali*

L'idea di “controlimite”, nelle sue prime elaborazioni teoriche al piano dei rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale, si presenta – come si sa – strettamente ed inscindibilmente legata a quella di sovranità, allo stesso tempo rimandando, per opposizione, a quella di “limite” (e, naturalmente viceversa). Con la seconda, la sovranità si contrae, con la prima si espande: due movenze, dunque, speculari o – se si vuole – due profili inautonomi di un solo, composito fenomeno. In

* Università degli studi di Messina. La relazione al Convegno su *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Ferrara 7-8 aprile 2016, alla cui data lo scritto è aggiornato.

un caso e nell'altro, punto costante di riferimento sono i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale¹ che – come si sa –, secondo una tesi largamente diffusa ed accreditata, posseggono l'idoneità a resistere alla revisione costituzionale e, in genere, ad ogni innovazione che non sia forzosa, eversiva dell'ordine costituito: principi, dunque, che fanno ed esprimono l'identità costituzionale *assiologicamente intesa*², al cui servizio pertanto la sovranità si dispone, in essa rinvenendo la sua ragione d'essere, la giustificazione e il fine³.

Il rispetto dei principi⁴ si spiega e proietta, dunque, ad ogni piano, sia esterno che interno⁵. La sua osservazione nelle esperienze di diritto

¹ ...e – tiene a chiarire la giurisprudenza costituzionale (part., sent. n. 183 del 1973 e succ.) – «i diritti inalienabili della persona umana» che, tuttavia – come si è fatto più volte notare – entrando a comporre uno dei principi suddetti, possono farsi pianamente riportare all'unico limite costituito da questi ultimi. Volendo, potrebbe dirsi che lo stesso riferimento ai principi sia pleonastico, ovverosia che si tratti della mera esplicitazione di ciò che è ovvio, non ammettendosi – per una dottrina assai risalente ed ancora oggi accreditata – nessuna possibile incisione da parte di qualsivoglia atto espressivo di potere costituito di norme che sono, in tesi, l'espressione più immediata e qualificante del potere costituente. Con la conseguenza che ammettere che il primato del diritto sovranazionale possa spingersi fino al punto di travolgere gli stessi principi equivarrebbe a riconoscere che si sia in presenza di un potere costituente europeo *in progress*. Una conseguenza che, tuttavia, non terrebbe conto del fatto che, trasposta l'idea di potere costituente dall'ambito dello Stato nazionale in cui è storicamente maturata nella dimensione europea, essa assume forma e contenuti originali, sì da potersi ammettere che per effetto dell'esercizio del potere stesso possa venire alla luce (se già non è venuto...) un ordine costituzionale dotato di connotati suoi propri, in seno al quale sia raccolta, preservata e viepiù promossa la tradizione liberale che ha la sua cifra più immediatamente caratterizzante ed espressiva appunto nella salvaguardia dei diritti fondamentali (alcune notazioni anticipatrici nel senso ora indicato possono, volendo, vedersi nel mio *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l'Europa unita*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014, 1 ss.).

Ora, senza evocare qui scenari e loro raffigurazioni teoriche, che rimandano all'idea di una Costituzione europea già affermatasi o in via di affermazione, si vedrà a momenti che sono da rivedere le stesse premesse su cui poggiano le indicazioni appena date, specificamente per la parte in cui si riferiscono al rapporto, complesso e fluido nelle sue concrete movenze, che s'intrattiene e svolge tra il primato del diritto dell'Unione e i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale.

² Non indugio qui sulla vessata questione concernente la distinzione tra valori e principi fondamentali dell'ordinamento (a riguardo della quale, di recente, L. MEZZETTI, *Teoria costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2015, 1 ss.); sta di fatto, nondimeno, che al piano positivo i valori stessi, per comune riconoscimento, hanno la loro più immediata e genuina proiezione e fedele rappresentazione appunto per il tramite dei principi, che li disvelano e servono *magis ut valeant*, alle condizioni oggettive di contesto.

³ Finemente argomentata la tesi secondo cui la stessa sovranità, nello Stato costituzionale, richiede una profonda rigenerazione semantica, a mezzo della sua "desoggettivazione" e ambientazione al piano assiologico-sostanziale, appuntandosi sui valori fondamentali dell'ordinamento (G. SILVESTRI, *Lo Stato senza Principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, Giappichelli, 2005 e, ora, *Sovranità vs. diritti fondamentali*, in *Quest. giust.*, 1/2015, 57 ss., sul cui pensiero, di recente, L. VENTURA, *Sovranità. Da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale*, Torino, Giappichelli, 2014, 55 ss.; E. CASTORINA, C. NICOLSI, "Sovranità dei valori" e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull'evoluzione della giurisprudenza statunitense, in www.forumcostituzionale.it, 19 novembre 2015, nonché in *Scritti in onore di G. Silvestri*; pure *ivi*, G. GEMMA, *Riflessioni sul pensiero di Silvestri in tema di sovranità*).

⁴ Utilizzo d'ora innanzi, per brevità, il solo sostantivo, senza corredo dell'aggettivo che li qualifica, considerandolo implicitamente riferito al primo.

⁵ A quest'ultimo, di contro, è stata, ancora da ultimo, prospettata (da R. GUASTINI, *I limiti intrinseci alla revisione costituzionale nella giurisprudenza colombiana*, in www.giurcost.org,

tenuti o, addirittura, assenti, trovando tuttavia gli stessi ugualmente il modo di affermarsi, sia pure per vie sotterranee percorse dai giudici, specie comuni, che si rendano artefici di più o meno corpose manipolazioni dei testi di legge o di pronunzie di altri giudici (e, alle volte, come si è veduto, persino delle... *proprie*), cui pure si dichiara di prestare scrupoloso ossequio.

I controlimiti, insomma, ci sono e sono vivi e vegeti, rimanendone nondimeno legata l'affermazione agli esiti di bilanciamenti secondo valore; rintracciarli e darne un'adeguata rappresentazione rimane, ad ogni buon conto, un'impresa improba. È in questo loro continuo oscillare che si consuma il destino di un rapporto tra primato del diritto sovranazionale e salvaguardia della identità costituzionale che attende di essere costantemente ridefinito e rimesso a punto secondo i casi.

Abstract

The paper first of all investigates the reasons behind the Italian Constitutional Court unwillingness to denounce the violation of fundamental rights by the European Union (*counter-limits doctrine*). Secondly the paper goes on by asking if the approach which has characterized the judgment 238/2014 toward the customary international law could be duplicated also in relation to EU law. Thirdly, the paper outlines the composite nature of the notion of constitutional identity, as resulting from the all the fundamental principles involved, including the one of constitutional openness to the supranational and international laws. The meta-principle which is taken as *Grundnorm* in order to assess the right balancing between sometimes contrasting rights is the one of the highest degree of protection for the rights at stake. The concluding remarks will be devoted to highlight a distinction between counter-limits in substantial terms and in formal terms, whereas the former are basically represented by specific manipulative judicial approaches to previous judgments and relevant legislation.

L'intricata storia e la ridotta efficienza del giudizio elettorale amministrativo

di Franco Gaetano Scoca*



Sommario: § 1. - L'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione sulle controversie sulle operazioni elettorali. § 2. - La enucleazione della disciplina dello speciale processo. Il problema della impugnabilità immediata dei provvedimenti di ammissione o esclusione dalla competizione elettorale § 3. - Specificazione (attenuata) dei motivi e onere (attenuato) della prova. § 4. - Valutazione negativa della regola della inammissibilità di nuovi motivi di ricorso. § 5. - Mezzi per far verificare la correttezza di tale inammissibilità, a fronte del codice, della Costituzione e del diritto europeo. § 6. - Il contenzioso elettorale amministrativo come giudizio su diritti soggettivi.

§ 1. - L'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione sulle controversie sulle operazioni elettorali

L'attribuzione al giudice amministrativo di una porzione del contenzioso elettorale, quella relativa alle operazioni elettorali, è il precipitato storico di leggi e istituti incostituzionali, seguiti da contrasti giurisprudenziali e da orientamenti tanto consolidati quanto, in parte, discutibili.

Per non andare troppo indietro nel tempo, si possono prendere le mosse dalla sentenza della Corte costituzionale 27 maggio 1968, n. 49, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 2 della legge 23 dicembre 1966, n. 1147, istitutivo delle Sezioni per il contenzioso elettorale dei (allora non ancora istituiti¹) Tribunali amministrativi regionali².

* Sapienza - Università di Roma.

¹ «È singolare - si legge nella sentenza - che siano stati creati prima di quei Tribunali di cui devono costituire altrettante sezioni; ma ciò non è motivo di illegittimità».

² Ai sensi degli artt. 82 e 83 del t.u. 16 maggio 1960, n. 570, tutte le controversie elettorali (sia quelle di eleggibilità, sia quelle relative alle operazioni elettorali) erano di competenza, in primo grado, dei consigli comunali (che la Corte costituzionale considerava,

La eliminazione, per la loro inadeguata composizione, di tali organi del contenzioso elettorale determinò un delicato problema, per la soluzione del quale si impegnarono a fondo le Sezioni Unite della Cassazione, allo scopo di reperire l'organo giurisdizionale, cui le controversie sulle operazioni elettorali dovevano essere attribuite.

Con una serie di sentenze immediatamente successive alla sparizione delle suddette Sezioni, la Cassazione stabilì che la giurisdizione a conoscere delle controversie riguardanti le operazioni elettorali amministrative spettava, in unico grado, al Consiglio di Stato³, o, in Sicilia, al

per questa funzione, organi giurisdizionali), e, in secondo grado, delle Giunte provinciali amministrative. In terzo grado le controversie venivano decise dal Consiglio di Stato.

Con sent. 27 dicembre 1965, n. 93, la Corte costituzionale dichiarò costituzionalmente illegittimi gli articoli appena ricordati per contrasto con il secondo comma dell'art. 108 Cost. Dichiarò inoltre incostituzionali le disposizioni di legge sul contenzioso elettorale provinciale (art. 2 della l. 18 maggio 1951, n. 328). Venuti meno gli organi giurisdizionali di primo grado, restarono la Giunta provinciale amministrativa e il Consiglio di Stato, rispettivamente come giudici di primo e secondo grado.

Intervenne il legislatore con la legge n. 1147 del 1966, distinguendo le questioni di eleggibilità e decadenza, che furono attribuite al giudice ordinario, e le questioni sulle operazioni elettorali, che furono attribuite alle Sezioni del contenzioso elettorale e, in secondo grado, restarono attribuite al Consiglio di Stato.

Con sent. 22 marzo 1967, n. 30, la Corte costituzionale dichiarò la illegittimità costituzionale delle disposizioni che disciplinavano la composizione delle Giunte provinciali amministrative in sede giurisdizionale (art. 1 del d. lgs. 12 aprile 1945, n. 203, nonché l'art. 83/11 del t.u. n. 570 del 1960, introdotto dall'art. 2 della legge n. 1147 del 1966). Restò soltanto il Consiglio di Stato.

Con la sent. n. 49 del 1968, la Corte costituzionale, oltre a dichiarare la incostituzionalità dell'art. 2 della legge n. 1147 del 1966, dichiarò anche la illegittimità costituzionale delle «disposizioni sulla procedura davanti alla Giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale».

³ Cass., S.U., 20 aprile 1968, n. 1182 (in *Giust. Civ.*, 1969, I, 141); IDEM, 30 settembre 1968, n. 3043 (*ivi*, 1969, I, 210); Id., 16 dicembre 1968, n.3387 (*ivi*, 1969, I, 617); IDEM, 14 aprile 1969, n. 1179 (in *Foro it.*, 1969, I, 827). Nella motivazione di quest'ultima sentenza si legge: «occorre, invero, in tutti i casi in cui viene a mancare un organo giurisdizionale, specialmente competente in ordine a determinate controversie in una determinata materia, ricorrere, onde evitare che tali controversie rimangano senza alcuna giurisdizione, il che sarebbe contrastante con i cardini fondamentali di un ordinato vivere civile, ai principi generali che reggono l'ordinamento giuridico. Tali principi, come è noto, partono dalla distinzione della tutela degli interessi legittimi da quella dei diritti subiettivi: come la tutela di questi ultimi è affidata alla giurisdizione ordinaria, così la tutela dei primi è affidata alla giurisdizione amministrativa, di cui organo generale e normale, quando non vi siano legittime creazioni di giurisdizioni speciali limitate a determinate materie, è il Consiglio di Stato. Di guisa che, quando viene a mancare un organo speciale cui era devoluta la giurisdizione amministrativa speciale in relazione a determinata materia, risorge la giurisdizione dell'organo generale cui è devoluta la tutela degli interessi legittimi. E, nel caso del contenzioso elettorale, è stato sempre riconosciuto, e in origine e con la riforma del 1966, che le controversie in tema di operazioni elettorali e di conteggio di voto sono di natura amministrativa, in quanto il singolo non ha, nei riguardi di tali operazioni, che sono tutelate dalla legge a salvaguardia soprattutto dell'interesse generale ad un ordinato svolgimento delle operazioni elettorali e delle elezioni, che un interesse legittimo. Onde la necessaria illazione che, venuto meno l'organo speciale cui per legge era affidata la giurisdizione su tali controversie, questa potestà giurisdizionale non può che essere attratta dalla potestà del giudice generale degli interessi legittimi, cioè dal Consiglio di Stato. A siffatte conclusioni di carattere generale si conformano anche conclusioni di carattere particolare, fondate sulla considerazione che nel caso di specie, il Consiglio di Stato era già stato concepito come giudice di secondo grado rispetto alle sezioni speciali dei tribunali amministrativi, giudici di primo grado. La competenza del Consiglio di Stato, anche in primo grado, discende pure dalla forza espansiva ed attributiva delle specifiche attribuzioni d'appello di detto consesso che, fuori dei rigorosi limiti dell'effetto devolutivo della impugnazione, ha cognizione piena di diritto e di merito sull'intera materia sottoposta ai giudici di primo grado».

operazioni elettorali; tali controversie possono rimanere attribuite al giudice amministrativo, che ha maturato una lunga esperienza in materia (che, salvo le chiusure evidenziate, sarebbe assurdo buttare alle ortiche), ove le si costruisca come materia di giurisdizione esclusiva; dato anche che la Corte costituzionale, innovando rispetto al suo atteggiamento passato⁷⁸, ammette che materie di giurisdizione esclusiva possano essere anche quelle in cui sussistono soltanto situazioni giuridiche di diritto soggettivo⁷⁹.

Abstract

The contribution aims to clarify how jurisdiction regarding electoral operations has been acknowledged to the administrative court and how special regulations regarding a relative trial are currently being developed. It raises doubts about whether a number of the special rules, particularly those on the inadmissibility of submitting new motivations through the establishment of additional motives, conform to the principle of full and effective protection, the principle of a fair trial and constitutional and European provisions. Finally, the arguments regarding the nature of private subjective rights, which are the subject of an administrative electoral dispute, are illustrated.

⁷⁸ Si veda Corte cost. 2004, n. 204, secondo cui «il legislatore ordinario ben può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice "della" pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, secondo comma, Cost.) e, dall'altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo» punto 3.2 della motivazione in diritto). Mi permetto di rinviare, sul punto, alla mia nota *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva*, in *Giur. cost.*, 2004, 2209 ss.

⁷⁹ A partire da Corte cost., n. 259 del 2009, e in modo chiaro con la sent. 5 febbraio 2010, n. 35, la Corte ha modificato il suo atteggiamento. Si legge nella motivazione in diritto di quest'ultima sentenza: «questa Corte ha più volte affermato che il primo comma dell'art. 103 della Costituzione, pur non avendo conferito al legislatore ordinario una assoluta e incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, gli ha riconosciuto il potere di indicare "particolari materie" nelle quali la tutela nei confronti della pubblica amministrazione investe anche diritti soggettivi (sentenze n. 204 del 2004; n. 191 del 2006; n. 140 del 2007). Nella definizione dei confini della giurisdizione esclusiva è, pertanto, necessario, in primo luogo, che la controversia involga situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse. È bene, però, aggiungere che, se è pur vero, in linea con le ragioni storiche all'origine della configurazione di tale giurisdizione, che è normalmente necessaria la sussistenza di un intreccio di posizioni giuridiche nell'ambito del quale risulti difficile individuare i connotati identificativi delle singole situazioni soggettive, non può escludersi che la cognizione del giudice amministrativo possa avere ad oggetto, ricorrendo gli altri requisiti indicati di seguito, anche soltanto diritti soggettivi» (sentenza n. 259 del 2009) (punto 2.2). A commento di quest'ultima sentenza, v. la mia nota *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, in *Giur. cost.*, 2010, 439 ss.

The Rule of Law Deflated: Weber and Kelsen

by Stephen P. Turner*



Sommario: § 1. – Deflationary Arguments. § 2. – Kelsen and Weber: Core Concepts. § 3. – The “Nothing More” Question. § 4. – Extending the Deflationary Argument. § 5. – Discretion and the Rule of Law. § 6. – The Oppressive Regime. § 7. – Conclusion.

Lecture held on September 22, 2015 at Padova University for the Seminar “Hans Kelsen nella filosofia del primo Novecento” directed by M. Serio and A. Scalone

Max Weber and Hans Kelsen may seem unexpected sources for a discussion of the normative concept of the rule of law. Neither addresses the issue directly, despite being contemporaries of people like Albert Venn Dicey who made it a central concern¹. Despite the fact that Weber avoided the term “*Rechtsstaat*” and referred instead to rational-legal *Herrschaft*, and that Kelsen said that the term *Rechtsstaat* was ideological, both Weber and Kelsen haunt this literature. The distinctive language they used in discussing the law reappears with regularity in the literature, usually without mentioning them by name². So do their distinctive concerns³. Both, moreover, were engaged in projects that bear directly on the concept of the *Rechtsstaat*, the German language variant of the concept of the rule of law⁴. So why did they decline to embrace

* Stephen Turner is Distinguished University Professor of Philosophy at the University of South Florida, the co-author of *Max Weber: the Lawyer as Social Thinker*, the editor of *The Cambridge Companion to Weber*, as well as twenty other books in the history and philosophy of social science, political theory, and methodology; including *Explaining the Normative*, Oxford, Polity Press, 2010.

¹ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 3rd ed., London-New York, Macmillan, [1885] 1959.

² P. CRAIG, for example, discusses *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law*, in *Public Law*, Autumn, 1997, 467-487; the distinction is central to Weber’s sociology of law.

³ In *Rule of Law versus Rechtsstaat*, in P. HÄBERLE, J.P. MÜLLER (eds.), *Menschenrechte und Bürgerrechte in einer vielgestaltigen Welt*, Basel-Genf-München, Helbig&Lichtenhahn, 2000, 49-71, M. ROSENFELD considers the problem of the irrationality of the common law, one of Weber’s themes. Cfr. E. MELISSARIS, *Is Common Law Irrational?: The Weberian ‘England Problem’ Revisited*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 55, n. 4, 2004, 378-395.

⁴ The relations and differences between the two concepts has been widely discussed, but a traditional view was that the *Rechtsstaat* represented the German conception of the Eng-

what has become a standard topic in discussions not only of the nature of legal order but of social and political orders as well?

The Kelsen-Weber response, as I will reconstruct it here, is this: to divide legal orders into “rule of law” and non-rule of law legal orders is not to make a legal distinction; it is a matter of imposing a non-legal distinction, a distinction that is, from the point of view of purely legal considerations, arbitrary. The distinction as formulated by “rule of law” theorists is typically rooted in ideological considerations masquerading as legal distinctions. Defenders of the rule of law conception claim otherwise: they think they are making legal distinctions between legal orders, distinctions that can be based on philosophical considerations rather than ideological preferences for particular types of political orders. Dworkin, for example, argues that what are treated as ideological and non-legal concepts are in fact required by adjudication, and that a proper understanding of the nature of adjudication and of legal interpretation will show that these concepts and considerations play an ineliminable role⁵. For these thinkers, as for Kelsen, for the concept of the rule of law to be reduced to a mere political preference is a failure. They thus agree on the terms of the dispute: the concept has to be derived from legal considerations solely. They disagree on what is entailed by legal considerations. This, however, is not the only approach to the topic. A long tradition has been concerned to argue that there is a need (presumably a moral or political need) to distinguish legal orders from oppressive orders, and that there are characteristics of legal systems that allow one to make these distinctions. The large number of lists of criteria for evaluating the degree to which a country is a rule of law regime reflect this basic idea: the criteria are themselves based on features of the legal systems of the countries, but it is not clear that the preference for these features is or can be grounded in legal considerations alone. To the extent that they reflect political or moral preferences for particular kinds of legal systems, the distinction is no longer a legal one.

lish legal system, especially as depicted by R. VON GNEIST, *History of the English Constitution*, New York, G.P. Putnam & Sons, [1882] 1886; IDEM, *The English Parliament in its Transformations through a Thousand Years*, Boston, Little Brown, 1886; see also L. BLAAU, *The Rechtsstaat. Idea Compared with the Rule of Law as a Paradigm for Protecting Rights*, in *New Contrast*, 107, 1990, 76-96; P. COSTA, D. ZOLO (eds.), *The Rule of Law: History, Theory, and Criticism*, Dordrecht, Springer, 2007; P. CRAIG, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law*, cit., 467-487; G. DIETZE, *Liberalism Proper and Proper Liberalism*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1985; G. DIETZE, *Two Concepts of the Rule of Law*, Indianapolis, Liberty Fund, 1973; R.A. FALLON, ‘The Rule of Law’ as a Concept in Constitutional Discourse, in *Columbia Law Review*, 97, n. 1, 1997, 1-56; G. GOZZI, *Rechtsstaat and Individual Rights in German Constitutional History*, in P. COSTA, D. ZOLO (eds.), *The Rule of Law: History, Theory, and Criticism*, cit., 237-259; M. ROSENFELD, *Rule of Law versus Rechtsstaat*, in *Menschenrechte und Bürgerrechte in einer vielgestaltigen Welt*, 21, n. 24, 2000, 49-71.

⁵ R. DWORKIN, *Law’s Empire*, Harvard, Harvard University Press, 1988.

The rule of law, because of its historical associations, is a concept that promises a great deal. But if we ask what the rule of law actually consists of, within a sociological reality, we get a less alluring answer. There is nothing in the subordination of officials to an abstract order that guarantees the achievement of values of freedom or protection from state power. States which operate under the strict observance of an abstract order are machines that can be turned to many purposes. The preservation of the values that we ordinarily group under the notion of the rule of law must come from someplace other than the notion of law itself. Kelsen was relentless in separating the legally meaningless ideological provisions of treaties and constitutions from those which had actual legal force³². He regarded the flowery but empty promises of such constitutions as a kind of fraud. The rule of law is a concept with similar properties. It is usually treated as an unalloyed good, seen through the haze of associations with English freedom, the rise of democratic constitutionalism, liberal rights, and the achievement of a decent society in which everyone is accorded the equal respect of the law. But the legal meaning of the rule of law is simply that the law is obeyed and effective. Weber and Kelsen allow us to cut through the haze to see that the law is a coercive order, that the rule of law is consistent with a wide range of values, and intrinsically connected to few of the political ideas and values with which it is normally associated. The associations are decorative and historical. With Kelsen and Weber, we have something startling: an impeccably liberal *Ideologiekritik* of a liberal shibboleth.

Abstract

Weber and Kelsen avoided the traditional doctrine of the *Rechtsstaat* and did not participate in the contemporary discussion of the Rule of Law, but they each painstakingly constructed alternative descriptions of the kind of legal order that these terms have been used to describe. The alternatives were deflationary. Kelsen attempted to show that there was no legal distinction between rule of law regimes and other legal regimes; Weber that there was no empirical distinction to be found in a plausible ideal-typification of the modern legal order. Their motives were similar: they sought a demystified and de-ideologized language. Weber's category of rational-legal authority was defined by the belief in an impersonal legal order to which officials submit; this was

³² This is especially visible in his discussion of the treaties creating the League of Nations: H. KELSEN, *Legal Technique in International Law: A Textual Critique of the League Covenant*, Geneva, Geneva Research Centre, 1939.

also Kelsen's concept of the *Grundnorm*. Parallel to Weber, Kelsen used a strategy of de-ideologization to critique elements of the idea of "the rule of law," such as the separation of powers. Their redescription are intentionally subversive. They show that there is nothing more to the "rule of law," either in the realm of fact or the realm of legally meaningful norms, than conformity to the law itself. It is shown that thinkers like Hayek and Dworkin do not escape these deflationary arguments, and the reasons they do not are revealing about the general problems faced by "rule of law" conceptions: "discretion" is ineliminable; "oppression" is a matter for political decision. Neither can be the source of a relevant legal distinction.

Corte costituzionale: politique ou politicienne?

Osservazioni sulla posizione della Corte delle leggi nel sistema costituzionale

di Luca Vespignani*



Sommario: § 1. - Le origini della problematica e i suoi contorni attuali. § 2. - Il quadro normativo direttamente riferibile al giudizio di costituzionalità. § 3. - La forma di governo come limite indiretto all'azione della Corte. § 4. - Il problema della legittimazione. § 5.- Alcune considerazioni conclusive.

§ 1. - *Le origini della problematica e i suoi contorni attuali*

La questione dei rapporti tra Corte costituzionale e politica è molto risalente e fu già oggetto della polemica tra Kelsen e Schmitt sul controllo di costituzionalità che ebbe luogo negli anni Trenta del secolo scorso. Il primo, com'è noto, sosteneva la soluzione di affidare la garanzia della Costituzione ad un tribunale costituzionale abilitato, tra l'altro, ad annullare le leggi ordinarie con essa in contrasto, in coerenza con la sua concezione gradualistica dell'ordinamento¹. Il secondo -

* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

¹ «Ogni grado dell'ordinamento giuridico costituisce quindi, al tempo stesso, produzione del diritto rispetto al grado inferiore e riproduzione del diritto rispetto a quello superiore. L'idea della regolarità si attaglia ad ogni grado nella misura in cui esso è applicazione o riproduzione del diritto. La regolarità è infatti il rapporto di corrispondenza tra un grado inferiore ed un grado superiore dell'ordinamento giuridico. È possibile postulare la regolarità e le garanzie idonee ad assicurarla non soltanto nei rapporti tra gli atti di esecuzione materiale e le norme individuali - decisione amministrativa e sentenza - o anche tra questi ultimi atti di natura esecutiva (*Vollziehungsakte*) e le norme generali di legge o di regolamento, ma altresì nei rapporti tra il regolamento e la legge e tra la legge e la costituzione. Le garanzie della legittimità dei regolamenti e della costituzionalità delle leggi sono quindi tanto concepibili quanto le garanzie della regolarità degli atti giuridici individuali. Garanzie della costituzione significa pertanto garanzie della regolarità delle regole immediatamente subordinate alla costituzione, cioè, essenzialmente, garanzie della costituzionalità delle leggi» (H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, in IDEM, *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffè, 1981, 148).

che viceversa consegnava la tutela dell'unità costituzionale del popolo tedesco ad un "custode" dichiaratamente politico identificato col Presidente del *Reich* - dal canto suo contestava, tra l'altro, l'inevitabile politicizzazione di tale istanza, specialmente per l'indeterminatezza tipica di numerose disposizioni della Legge fondamentale di Weimar².

Più nello specifico, Schmitt si chiedeva: «in quale misura è in genere possibile costituire il custode della costituzione all'interno della sfera della giurisdizione? Può in linea di principio ed in generale la funzione di custode della costituzione essere tutelata in forma giurisdizionale? Ed è una simile attività, anche quando il suo esercizio è circondato con l'apparenza della giurisdizionalità, in effetti ancora giurisdizione e la giurisdizionalità è qualcosa d'altro che l'ingannevole travestimento di funzioni di ben altra natura ed in ogni caso altamente politiche?»³. Kelsen replicava, però, che «si può dubitare dell'opportunità di affidare ad un tribunale indipendente la determinazione del contenuto di una legge *costituzionale* dubbia e controversa sotto questo profilo e si può, per varie ragioni, preferire che di ciò si occupi il governo o il parlamento. Ma è impossibile ritenere che la funzione di un tribunale costituzionale non sia giurisdizione quando la norma che esso è chiamato ad applicare abbia un contenuto dubbio e la sua sentenza si risolva quindi nella determinazione di questo contenuto: è infatti impossibile ritenere che l'incertezza del contenuto normativo sia, in una legge costituzionale, qualcosa di diverso che in una legge ordinaria»⁴. Salvo precisare che «se si vuole contenere il potere dei tribunali e quindi il carattere *politico* della loro funzione [...] dev'essere il più possibile limitato l'ambito della *discrezionalità* che le leggi attribuiscono per la loro applicazione. Le norme costituzionali che un tribunale è chiamato ad applicare e, in particolare, quelle che stabiliscono il contenuto delle leggi future - come le disposizioni sui diritti fondamentali e simili - non devono essere formulate in termini troppo generici, non devono contenere parole d'ordine vaghe come "libertà", "uguaglianza", "giustizia"»⁵.

² «nella seconda sezione della costituzione sono posti l'uno accanto all'altro i più disparati principi, disposizioni singolari di diritto sostanziale, programmi e direttive e compromessi dilatori di formule, e se si chiamano "norme" tutto questo complesso di principi disparati, allora la parola norma diventa del tutto priva di valore ed inutile. Qui nei casi più difficili e praticamente più importanti l'oscurità o la contraddizione si trovano addirittura entro le stesse disposizioni legislative costituzionali, che sono in sé oscure e piene di contraddizioni, poiché si basano su un disarmonico accostamento di principi contraddittori. Qui cessa chiaramente anche la possibilità di immaginare una costruzione a gradi delle norme, e quando una disposizione legislativa costituzionale stabilisce qualcosa di diverso da un'altra [...], allora la collisione non si scioglie con l'aiuto della tabella di una "gerarchia" delle norme» (C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1981, 72).

³ IDEM, *op. cit.*, 46-47.

⁴ H. KELSEN, *Chi dev'essere il custode della costituzione?*, in IDEM, *La giustizia costituzionale*, cit., 246.

⁵ IDEM, *op. ult. cit.*, 254.

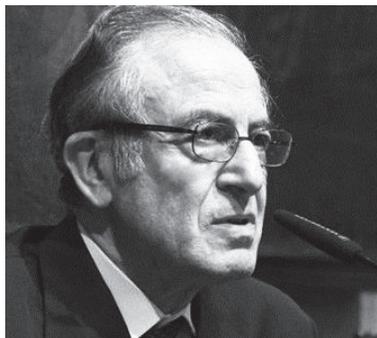
Abstract

The essay deals with the issue of the Constitutional Court's position in the framework of the Italian institutions. It contains, first, a review of the current regulations in this regard and, secondly, takes into account the parliamentary form of government provided for in the Italian Constitution, with emphasis on aspects related to the legitimacy to exercise public functions. In conclusion, it highlights that the attribution of a political role to the Constitutional Court is related to the new constitutionalism theory.

Colloquio su Economia e (Scienza del) Diritto

Intervista al Prof. Alberto Quadrio Curzio (Roma, 25 maggio 2016)

di Federico Pedrini*



Alberto Quadrio Curzio, emerito di Economia Politica all'Università Cattolica di Milano, già rappresentante degli Economisti italiani al CNR e Presidente della Società Italiana degli Economisti, dal 2015 è Presidente dell'Accademia Nazionale dei Lincei, della quale dal 2009 presiede anche la Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche. Medaglia d'oro del Presidente della Repubblica per i Benemeriti della Scienza e della Cultura e Cavaliere di Gran Croce dell'Ordine di San Gregorio Magno, è stato insignito di in-

numerevoli premi scientifici e si annovera tra i più apprezzati economisti europei. Da sempre sostenitore delle imprescindibili valenze socio-istituzionali della scienza economica e della sua irrinunciabile collaborazione con le scienze giuridiche, è autore di circa 400 pubblicazioni, di cui molte in lingua inglese, e le sue attività di ricerca spaziano dalla teoria economica all'economia istituzionale ed applicata, dalla storia del pensiero economico all'economia dello sviluppo (la Direzione).

Introduzione. Economia e (scienza del) diritto: prolegomena per una "interdisciplinarietà sostenibile" nelle scienze sociali

An investment in knowledge always pays the best interest
(BENJAMIN FRANKLIN)

«Un investimento in conoscenza paga sempre il massimo interesse», ebbe un tempo a dire Benjamin Franklin, *founding Father* degli Stati Uniti e autentico prototipo dell'intellettuale poliedrico moderno (fu politico e scienziato, giornalista e diplomatico, rivoluzionario e costituente, scrittore ed editore), e da allora il fascino per un "sapere trasversale", pure a fronte d'un imponente processo di specializzazione scientifica e disciplinare, non parrebbe esser mai del tutto tramontato.

Siffatto *charme exotique*, dal canto suo, parrebbe aver trovato uno dei suoi più fertili territori d'elezione proprio in seno alla scienza del

* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

diritto, dov'è assurdo a tradizione il ciclico rifiorire di appelli alle più ampie "aperture" verso la società, la cultura, financo la stessa "vita", e con esse anche a tutte le materie e le arti che possano offrirne al giurista una più ampia e completa comprensione.

Né alla chiamata poteva certamente mancare l'economia, che col diritto vanta connessioni non soltanto antiche, ma autenticamente strutturali. Non per caso, dunque, segnatamente l'imprescindibile *partnership* tra il sapere economico e quello giuridico viene a costituire l'esplicito "filo conduttore" del Colloquio con Alberto Quadrio Curzio che qui si propone.

Non sono soltanto le innumerevoli pubblicazioni, gli importanti studi teorici e le puntuali proposte operative, infatti, ma la sua intera storia accademica, istituzionale e personale ad attestare in modo inequivocabile (e insieme ad illustrare nella più efficace delle forme) la perenne tensione verso un'idea di reciproca e necessaria "integrazione" di tutte le scienze sociali. Una necessità che, tra l'altro, non sarebbe esclusivamente di carattere *conoscitivo* e *scientifico*, ma corrisponderebbe insieme ad un cogente imperativo *etico*, rivelandosi non soltanto genericamente *prolettica*, ma specificamente *indispensabile* alla realizzazione del "bene comune" in un moderno sistema democratico.

'Multidisciplinarietà', tuttavia, nel discorso che si viene articolando in nessun modo diviene sinonimo di 'confusione'. Nel pensiero del Presidente della più antica Accademia scientifica del mondo, infatti, l'anelito ad una forte "interdisciplinarietà" non corre mai il rischio di trasformarsi in un invito all'indistinta e ottimistica "mescolanza" di oggetti, metodi e orizzonti di ricerca. Tutto all'opposto, il rilievo secondo cui «la collaborazione tra le scienze giuridiche e quelle economiche sia stata e continui ad essere assolutamente essenziale», sta e cade (non con una *diminuita*, bensì) con un'*accresciuta* dose di puntualità e di rigore nell'autonoma padronanza di *ciascuna* delle discipline che si vorrebbero "mettere a sistema".

Problema non esattamente marginale, se è vero che la prima *condicio sine qua non* del "protocollo minimo" per un proficuo interscambio tra diritto ed economia sarebbe quella di disporre d'una lingua effettivamente comune, laddove oggi tale prerequisite tenderebbe ad essere grandemente limitato dalla sempre più accentuata «polarizzazione modellistica e matematica dell'economia».

A dispetto dei ricorsivi entusiasmi (talora, degli autentici innamoramenti) di molti giuristi rispetto all'economia, bisognerebbe pertanto preliminarmente riconoscere che, sebbene «come *idea regolativa* il dialogo tra scienza giuridica ed economica rimane un'esigenza inderogabile», quale «*realtà presente*» essa sarebbe, per dirla con le parole dello stesso Quadrio Curzio, «ahimè - molto indebolita».

Ne rappresenterebbero oggi l'esempio (l'effetto?) forse più eloquente le non poche ricostruzioni *ad usum Delphini* di architetture eco-

Q.C.: Il giurista può averlo eccome questo *appeal!*

Se fosse possibile elaborare dei principi generali – che, lo dico con un certo grado di consapevole utopia, dovrebbero fare capo alle Nazioni Unite – da calare poi nei diversi contesti nazionali per opera della scienza giuridica e che senza ovviamente distruggere i meccanismi di funzionamento del mercato tuttavia li orientino, allora (e solo allora) c'è speranza.

Ripeto che qui non si tratta di bloccare la crescita, e neppure stiamo parlando di una “decrescita felice”, ma di ri-orientare la crescita, dando così la possibilità alle popolazioni che vivono in povertà assoluta (dove rientrano anche l'ignoranza e l'analfabetismo) di uscirne. Ed è per questi obiettivi che giuristi ed economisti dovrebbero lavorare a strettissimo contatto, per un'utilità non solo reciproca ma generale.

Concludo sul punto facendo un ultimo esempio, su un tema che mi sta particolarmente a cuore. Il fatto che in certi paesi l'obbligo legale di frequentare una scuola non venga rispettato è cosa gravissima. Questa non è una scelta di libertà. Tutto all'opposto, si tratta di offrire alle persone la consapevolezza di essere delle persone e anche il *desiderio* di esserlo, il che è poi il presupposto perché possano poi sentirsi anche “cittadini del mondo”. Ciò è possibile – com'è ovvio – esclusivamente tramite l'utilizzo di adeguati strumenti pedagogici. In determinati casi, tuttavia, tali strumenti non riescono *da soli* a spiegare i loro effetti e in queste ipotesi il loro utilizzo deve a sua volta essere *imposto* tramite i mezzi che solo la scienza giuridica può apprestare.

Abstract

The Dialogue critically analyses the relationship between economics and law and between economic and legal sciences. The basic thesis, expounded by Alberto Quadrio Curzio, is that dialogue between the two disciplines is still possible and in progress, but at the same time is made more difficult by the way economic models are represented. A profound and non-ideological exchange between economics and law, however, remains essential for a full understanding and effective management of today's world. The radical difference between the real economy and the financial world, in fact, poses original (and so far unresolved) problems of control on jurisprudence, resolvable only at a “supranational” level. The great challenges regarding the environmental issue and the combatting of inequality should, ultimately, be tackled at a “global” level through the combined efforts of economic and juridical sciences and policies.

Crisi della legge e potere del giudice

Considerazioni su un saggio di Otto Bachof

di Giuliana Stella*



Queste pagine vogliono essere una introduzione al testo di Bachof qui di seguito presentato in traduzione italiana.

Il saggio di Otto Bachof (1914-2006) che abbiamo deciso di presentare in traduzione italiana è quasi antico, risale, infatti, al 1959. In quello stesso anno l'autore si era visto conferire il rettorato dell'università di Tübingen¹ e fu proprio questo testo a rappresentare il suo discorso ufficiale, segno, evidentemente, che il tema occupava un posto centrale nel panorama dottrinario e politico di quel tempo in Germania. È altresì evidente che la questione non ha perso di attualità. In questa prospettiva, si può tenere conto di tre parametri: l'oggi in Italia, innanzitutto, riguardo ai rapporti esistenti tra costituzione e potere del giudice, poi il confronto con una fase trascorsa – difficile e, tuttavia, estremamente vitale –, quella degli anni successivi al conflitto, e, infine, la ricerca di un possibile paragone dei due “stili” di interpretazione costituzionale, quello tedesco e quello proprio al nostro ordinamento e alla nostra storia. Le pagine di Bachof, se inserite in un quadro consimile, possono costituire una sfida a meglio posizionarci sul tema del ruolo del “custode della costituzione”.

Bachof aveva le carte in regola per prendere posizione sulla questione relativa ai rapporti della costituzione con il potere del giudi-

* Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ Notizie sulla vita e le opere di Bachof sono reperibili in DIETER H. SCHEUING, *Otto Bachof (1914-2006)*, in P. HÄBERLE, M. KILIAN, H. WOLFF (hrsg. v.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts. Deutschland – Österreich – Schweiz*, Berlin/Boston, de Gruyter, 2015, 846-865.

ce: giudice egli stesso già da dodici anni quando scrive queste pagine, membro, a partire dal 1958, dello *Staatsgerichtshof* del Baden-Württemberg, dove rimarrà fino al 1985, studioso di diritto pubblico, per il cui insegnamento ricoprì la cattedra all'Università di Tübingen, il suo punto di vista è quello di un giurista perfettamente a conoscenza dei meccanismi anche più reconditi e complessi della macchina dello Stato – cui, va detto incidentalmente, egli contribuì come esperto amministrativista svolgendo molteplici ruoli – e, insieme, di un teorico addentro alle questioni dottrinarie più sofisticate. Ci attestano queste diversificate prospettive le pagine che seguono, fluide, quasi colloquiali, come si conveniva all'evenienza per cui furono ideate, ma assolutamente nitide nella presentazione del quesito fondamentale: «il *Grundgesetz*», si chiede Bachof, «ha fatto bene allorché ha messo un così grande potere nelle mani dei giudici? *Perché* ha imboccato proprio questa strada?»². È evidente che la questione aveva già assunto rilevanza, a distanza di dieci anni soltanto dall'entrata in vigore della costituzione tedesca, una “legge fondamentale” avvertita allora, peraltro, come “provvisoria”, perché, com'era scritto nel preambolo, e Bachof lo enfatizza, essa era finalizzata «a dare un nuovo ordinamento alla vita statale per un periodo di transizione». La Germania attendeva, infatti, la sua riunificazione: con una nuova carta costituzionale, s'immagina Bachof, e, tuttavia, quando la riunificazione, come sappiamo, alla fine avverrà, sarà sotto la medesima costituzione.

Il ragionamento di Bachof prende le mosse dall'assunto che la concezione montesquiviana del giudice inteso come «puro apparato *sussuntivo*»³ sia da ritenersi del tutto superata e, questo, già a partire dalla fine dell'Ottocento, solo che si pensi ai precursori e agli esponenti della *Interessenjurisprudenz* e della *Freirechtsbewegung* Oskar Bülow⁴, Gustav Rümelin⁵, Hans Friedrich Reichel⁶, Philipp Heck⁷, Hermann

² O. BACHOF, *Grundgesetz und Richtermacht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1959, 22-23 (trad. it. *Grundgesetz e potere del giudice*, a cura di G. Stella, *infra*).

³ O. BACHOF, *op. cit.*, 8 (trad. it. *infra*, 181; corsivo mio). È Bachof stesso a esprimersi così, e l'ingenuità di questa visione delle cose – che, peraltro, è chiaro, Bachof non condivide – risuona ancora in questo passaggio: «una volta era quasi una professione giuridica di fede che il giudice fosse limitato all'applicazione della legge, la quale si compiva in *procedimenti mentali strettamente logici*, e che egli dovesse astenersi da ogni propria decisione di volere» (*ibidem*, 7; trad. it. *infra*, 180-181; corsivo mio).

⁴ O. BÜLOW (1837-1907): *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1885, Berlin, BWV, 2003. Prezioso sull'argomento R. OGORÉK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a. M., Vittorio Klostermann, 1986.

⁵ G. RÜMELIN D. J. (1848-1907): *Werturteile und Willensentscheidungen im Civilrecht*, Freiburg i. B., Lehmann, 1891.

⁶ H.F. REICHEL (1878-1939): *Gesetz und Richterspruch: zur Orientierung über Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre der Gegenwart*, Zürich, Füssli, 1915.

⁷ PH. HECK (1858-1943): *Das Problem der Rechtsgewinnung* (1912, 1933²), *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* (1914), *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (1932), Bad Homburg vor der Höhe, Gehlen, 1968.

Grundgesetz e potere del giudice*

di Otto Bachof



Sommario: Prefazione. I. – Il *Grundgesetz* di Bonn. II. – Il giudice crea il diritto. III. – Dallo Stato della legge allo Stato del giudice. IV. – Bilanciamento tra i poteri. V. – L'ordine di valori. VI. – Il diritto prima della legge. VII. – Controllo giurisdizionale e democrazia. VIII. – Il diritto come misura del potere.

Prefazione

Il discorso qui pubblicato, in relazione all'evento che lo ha determinato, più che ai colleghi giuristi si rivolge ai cittadini del nostro Stato interessati agli avvenimenti politici e consapevoli della loro corresponsabilità in questi avvenimenti. Esso tenta di dare una visione d'insieme della posizione del giudice nella struttura costituzionale del *Grundgesetz* di Bonn e, in particolare, di chiarire i suoi compiti quale organo di controllo del legislativo e dell'esecutivo, nonché di mostrare la problematica, ma anche la necessità, presente nella nostra attuale situazione, di una funzione giurisdizionale siffatta.

Un contributo di tal genere non può pretendere alla completezza, né ambire a un'approfondita discussione delle opinioni contrarie. L'autore avrebbe certo desiderato ampliare la versione a stampa, in modo da poter colmare diverse lacune da lui stesso percepite. Ciò non si poté realizzare in quel dato momento, per non rinviare troppo la pubblicazione. Il discorso viene perciò pubblicato nella sua versione originaria, integrato soltanto di quei punti del manoscritto che nella conferenza furono omessi a causa del tempo limitato. L'apparato delle note è stato ridotto al minimo indispensabile.

* Discorso ufficiale di conferimento del rettorato dell'Università di Tübingen (2 Maggio 1959, inizio del semestre estivo).

I. – *Il Grundgesetz di Bonn*

A breve ricorre il decennale del giorno in cui il Consiglio parlamentare ha deliberato il *Grundgesetz* della Repubblica Federale Tedesca, dando così a una parte della Germania una costituzione che – prodotta in tempi duri e in condizioni esterne e interne difficilissime – fin dal principio fu pensata come provvisoria; come un rifugio di emergenza, per così dire, «finalizzato» – come viene detto nel preambolo – «a dare un nuovo ordinamento alla vita statale per un periodo di transizione»; un ordinamento, la cui validità dovrebbe essere limitata, secondo le sue proprie parole, fino al giorno «in cui entri in vigore una costituzione, che sia stata deliberata dal popolo tedesco – *tutto* il popolo tedesco! – in una libera decisione»¹. In occasione di questa giornata dovremo attenderci varie considerazioni riguardanti le questioni se e fino a che punto questa costituzione abbia dato buoni risultati, dove abbia soddisfatto aspettative e speranze e dove le abbia deluse. E non è difficile pronosticare che alla valutazione nell'insieme favorevole di quest'opera costituzionale, che è stata in alto grado all'altezza del suo compito di integrazione statale, sarà associata una profonda delusione: delusione legata al fatto che la versione provvisoria di questa costituzione, unitamente alla divisione della Germania e – il che è peggio – alla mancanza di libertà di una parte del popolo tedesco perdurano ora già da un intero decennio, senza che di questa situazione sia prevedibile una fine; delusione certo anche riguardo al fatto che una larga parte della nostra popolazione della Germania ovest nel suo intimo sembra rassegnarsi troppo facilmente alla realtà dei fatti. Nondimeno, è doveroso che qui e oggi non vengano anticipate delle considerazioni, per le quali, in ogni caso, può essere più competente il politico che il giurista. Oggi deve impegnarci soltanto *una* tendenza specificamente caratteristica del *Grundgesetz*, la quale distingue in maniera sorprendente questa costituzione, non solo da quelle che l'hanno preceduta, ma anche da costituzioni contemporanee di altri Stati: la posizione e il compito del ceto dei giudici entro la nostra struttura costituzionale.

II. – *Il giudice crea il diritto*

Grundgesetz e potere del giudice: già l'espressione “*potere del giudice*” per lungo tempo è suonata scandalosa al giurista tedesco e non ultimo al giudice tedesco, e a qualcuno può suonare scandalosa ancora oggi. Tuttavia, una volta era quasi una professione giuridica di fede

¹ Art. 146 *Grundgesetz*.

ne giudiziaria del potere statale al diritto; e essa ha mostrato anche che una siffatta commisurazione è possibile senza con ciò pregiudicare essenzialmente le legittime funzioni di legislazione, governo e amministrazione.

Sicuramente la regolazione attuale non è ancora la soluzione *ottimale*; lavorare al suo miglioramento deve essere l'aspirazione di tutti coloro per i quali lo Stato di diritto significa qualcosa. È parimenti lecito poter dire che la giurisdizione costituzionale – come d'altronde il nostro ordinamento costituzionale preso nel suo insieme – non sia stata ancora esposta finora ad alcun onere decisivo e, perciò, non abbia ancora superato la sua ultima prova dimostrativa. Come che sia gli oneri finora sopportati non sono stati nemmeno essi finora insignificanti. Ciò vale in particolare per la Corte costituzionale federale e qui di nuovo in misura particolare per i primi anni della sua esistenza. La Corte è stata esposta diverse volte ad attacchi violentissimi, spesso addirittura eccessivi, non solo da parte di gruppi di interessi, le cui aspettative essa aveva deluso con la sua giurisdizione, ma anche nel foro del parlamento, da parte di autorevoli membri del governo così come di altri politici. La sua autorità e la sua rinomanza in séguito non sono diminuite, ma persino aumentate. Ciò può incoraggiarci a proseguire sulla via intrapresa e ad approvare la decisione del *Grundgesetz* in favore del potere dei giudici – nella piena coscienza del rischio, che alla fin fine è insito in ogni autentica decisione.

(Traduzione dal tedesco di Giuliana Stella)

Abstract

This essay, dating from ten years after the *Grundgesetz's* birth, addresses the issue of "judicial power" and whether or not a definite balance of powers within a system which identifies the judge of the laws as its own foundation does exist. Otto Bachof takes on the role of the judge as a law's creator and that of law as a witness of the community-values.

Considerazioni sulla discrezionalità tecnica nel giudizio di anomalia delle offerte, a margine della sentenza n. 1331 del 2016 del Consiglio di Stato

di Elena Cappellini*



Sommario: § 1. – Enunciazione della problematica e impostazione dell’indagine. § 2. – L’occasione di approfondimento: la sentenza del Consiglio di Stato n. 1331 del 5 aprile 2016. § 3. – Un po’ di “discrezionalità” e un po’ di “tecnica”. § 4. – Modelli di sindacato a confronto nell’evoluzione giurisprudenziale. § 5. – Una questione aperta.

§ 1. – Enunciazione della problematica e impostazione dell’indagine

I profili giuridici sottesi alla vicenda che ci si appresta ad annotare affondano le proprie radici nell’istituto, di creazione squisitamente pretoria¹, della c.d. *discrezionalità tecnica* della Pubblica Amministrazione, il cui contenuto va peraltro soggetto ad ampie fluttuazioni. Se infatti, per un verso, il concetto pare suscettivo di diversa collocazione, ad opera di una sempre vivace dottrina, a seconda del *grado di pene-*

* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

¹ Come opportunamente segnalato da P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001, 234, il sintagma ‘discrezionalità tecnica’ ha fatto il proprio ingresso nei tribunali sotto la spinta dell’Avvocatura di Stato. La bibliografia sull’argomento è sterminata: si vedano, fra i tanti, G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle Corti*, in *Riv. tr. dir. pubb.*, 2, 2015, 705 ss.; G. DE ROSA, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 513 ss.; M. BRUNETTI, *Discrezionalità tecnica e sindacato del G.A. tra tradizione e innovazione*, in *Riv. telematica dir. sc.*, 3/2012, 4 ss.; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell’atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. amm.*, 4/2008, 791 ss.; A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato: la discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007; F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2004, 983 ss.; A. CARIOLA, *Discrezionalità tecnica ed imparzialità*, in *Dir. amm.*, 3/1997, 469 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995; G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1990; P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, 95 ss.

trattività che si assume come proprio del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi che di essa (discrezionalità tecnica) sono espressione, per altro verso, l'incertezza del quadro sistematico di riferimento sembra a propria volta riflettersi nelle continue oscillazioni del Consiglio di Stato e nella variegata prassi delle Corti di merito. Rilevi, questi, i quali, uniti all'ulteriore impressione che gli arresti della giurisprudenza amministrativa siano, talvolta, eccessivamente sbilanciati sulle peculiarità del caso concreto, agevolano la percezione, quando ci si accinge a scrutare "in latitudine" il fenomeno, di addentrarsi (o arenarsi?) in un periglioso territorio di sabbie mobili.

Rispetto, poi, alla *verifica dell'anomalia delle offerte*, condotta (come nel caso di specie) dalle stazioni appaltanti nelle gare pubbliche, detta sensazione d'instabilità - molto più che in materia di concorsi pubblici e di abilitazione, progressione di carriera degli ufficiali delle forze armate, valutazioni medico-legali, nonché vincoli ambientali e culturali - si acuisce². Ed è appunto verso tale profilo che la presente indagine volgerà, pur senz'alcuna pretesa di completezza, dopo aver delineato i principali snodi concettuali rinvenibili nella sentenza commentata ed aver offerto brevi avvertenze lessicali e puntualizzazioni concettuali, in difetto delle quali parrebbe di voler trarre conseguenze mancando di premesse.

§ 2. - *L'occasione di approfondimento: la sentenza del Consiglio di Stato n. 1331 del 5 aprile 2016*

L'articolata vicenda fattuale, scaturigine della pronuncia in commento, può essere sinteticamente tratteggiata, nelle sue linee essenziali, nei termini che seguono.

All'esito di una procedura aperta di gara, regolata dal criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il seggio escludeva l'offerta di una A.T.I., ritenendo non compiutamente giustificate le anomalie riscontrate nella stessa, pur risultata quella migliore. Tuttavia, il T.A.R. Sardegna, con la sentenza n. 735 del 2014 (oltre a respingere il ricorso incidentale spiegato, per la mancata esclusione dell'A.T.I. dalla gara, dall'operatore economico al quale, al contrario, l'affidamento era stato provvisoriamente aggiudicato), accoglieva il ricorso principale dell'esclusa, sul presupposto della «mancata valutazione

² Evidenziano il continuo avvicendamento, nelle pronunce giurisprudenziali relative a questo settore, di diversi modelli di sindacato, nonché la sensibile divergenza fra gli stessi, *ex multis*: A. GIUSTI, *op. cit.*, 302 ss.; G. SIGISMONDI, *op. cit.*, 721 ss.; G. D'ANGELO, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la l. 21 luglio 2000 n. 25*, in *Dir. amm.*, 3/2005, 674 ss.

§ 5. – *Una questione aperta*

Il continuo restringersi e dilatarsi in estensione del controllo giurisdizionale di legittimità sulla discrezionalità tecnica della Pubblica Amministrazione dimostra, una volta di più, l'ambiguità sostanziale insita nel sintagma di riferimento, solo nominalmente identificativo di un insieme, in realtà, poliedrico e plurale, consegnato a declinazioni sempre più eterogenee e, per questo, costantemente al centro di oscillazioni giurisprudenziali. Fra l'altro, è curioso notare come le decisioni riconducibili ai divergenti orientamenti non manchino, sovente, di presentare come "consolidati" e "pacifici" i criteri di giudizio rispettivamente adottati nel modulare la profondità del sindacato svolto.

La sensazione che accompagna lo studio della tematica, pertanto, è quella di trovarsi al cospetto di una «questione aperta, rispetto alla quale il metro di giudizio per la definizione delle controversie è stabilito in larga misura dalla giurisprudenza stessa, che contribuisce a creare il modello di riferimento delle proprie decisioni e in cui la sensibilità per le esigenze legate alla materia oggetto del giudizio o per la continuità negli indirizzi interpretativi prevale sulla coerenza di sistema»²⁶.

Abstract

The comment, starting from the reconstruction of the essential points in which the grounds of State Council's decision n. 1331 of 2016 is articulated, on the subject of verification of the anomaly of the offers in public tenders, identifies the extremes of the doctrinal discussion on the classification of "technical discretion" concept of the Public Administration, re-examining briefly the main jurisprudential trends in the related problem of limits of administrative judge's control on the application of the technical rule by the competent authority.

²⁶ G. SIGISMONDI, *op. cit.*, 737.

La leale collaborazione tra Poteri alla luce della recente giurisprudenza costituzionale in materia di conflitti

di Ilaria Draghetti*



Sommario: § 1. – Modelli cooperativi *versus* giudizio sui conflitti. § 2. – L’insindacabilità parlamentare come zona di interferenza all’interno dell’architettura costituzionale. § 3. – Il pluralismo come *genus* dei momenti di sovrapposizione funzionale. § 4. – Fondamento giuridico e contenuti del principio di leale collaborazione. § 5. – Alcune considerazioni conclusive.

§ 1. – *Modelli cooperativi versus giudizio sui conflitti*

Nella relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2015¹ il Presidente della Consulta Paolo Grossi sottolinea come, nell’anno concluso, nell’ambito dei ricorsi per conflitto di attribuzione tra poteri si contino soltanto quattro pronunce².

Non è una novità che i conflitti di attribuzione – soprattutto tra Poteri dello Stato – rivestano una piccola percentuale dell’attività della Corte, e il dato numerico esiguo è “giustificato” dalla *ratio* sottesa a questo tipo di giudizio e al suo inquadramento nell’ordinamento costituzionale. L’art. 134, comma II, Cost. recita che la Corte Costituzionale giudica «sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato» e si è affermato che la *ratio* di tale previsione consisterebbe nell’impedire «che il gioco politico deformi la complessa architettura costituzionale basata

* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

¹ Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2015, tenutasi a Roma, presso il Palazzo della Consulta, lunedì 11 aprile 2016 e consultabile sul sito www.cortecostituzionale.it.

² Corte cost. sentt. 4 e 144 del 2015 e ordd. 168 e 211 del 2015.

sulla divisione dei poteri [...]»³. Più in particolare, il conflitto d'attribuzione è visto come una sorta di "dispositivo" che permette al Giudice delle Leggi di ristabilire l'ordine delle competenze, nel caso in cui un organo costituzionale lamenti una lesione delle proprie prerogative. Ma uno strumento da utilizzare solo come *extrema ratio*, sul presupposto che - riprendendo le parole del Presidente Grossi - «le istituzioni sappiano autonomamente governare le vicende dei loro reciproci rapporti e non ingaggino improbabili "prove di forza"»⁴.

D'altro canto, il favore verso l'utilizzo di strumenti collaborativi e il ricorso al conflitto d'attribuzione solo di fronte a fratture insanabili emerse fin dai primi anni.

La previsione di cui al secondo comma dell'art. 134 Cost. fu accolta dalla dottrina dell'epoca con un certo scetticismo, in quanto si riteneva che i poteri dello Stato avrebbero preferito risolvere politicamente le eventuali divergenze, piuttosto che sottoporre il conflitto al giudizio della Corte, riconoscendole così in qualche modo una sorta di superiorità istituzionale⁵. E, al di là dello scetticismo mostrato dalla dottrina, è la stessa Corte a comprendere l'importanza di ricorrere a modelli cooperativi, prima ancora che al giudizio dinnanzi ad essa, mostrando fin da subito la tendenza a privilegiare regole che imponessero ai titolari di funzioni costituzionali atteggiamenti cooperativi, piuttosto che la predisposizione di schemi univoci sui reciproci comportamenti⁶. Tutto ciò a partire dall'idea che l'esigenza di comporre «l'unità dell'organizzazione dello Stato e della Repubblica con la molteplicità degli organi e dei soggetti investiti di una porzione autonoma del relativo potere, non può prescindere da un'attitudine collaborativa consapevole ed intenzionale dei rispettivi titolari»⁷, coerentemente con la legittima aspettativa ad un esercizio delle relative attribuzioni adeguato al grado di esse.

Viene dato spazio, allora, prima di tutto al dialogo, alle buone pratiche, agli strumenti cooperativi e a tutti quegli elementi espressione del principio di leale collaborazione, che sempre più spesso la Corte

³ R. BIN, "Ultima fortezza" e "regole d'ingaggio" nei conflitti interorganici, nota a Corte costituzionale, sent. 116/2003, consultabile su www.forumcostituzionale.it.

⁴ Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2015, cit., 8.

⁵ Vedi G. GUZZETTA, F.S. MARINI, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2006, 558.

⁶ Si noti come la materia dei conflitti è caratterizzata dall'essere in continua evoluzione; ciò avviene anche perché essa si pone a stretto contatto con la politica, dovendo il relativo giudizio offrire soluzione giuridica a contenziosi che spesso sono relativi a problemi di allocazione del potere. Tutto ciò ha reso tale strumento decisivo sensibile e adattabile alle esigenze del momento. Per ulteriori approfondimenti vedi A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Conflitti costituzionali* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, Giuffrè, 998 ss.

⁷ F. BERTOLINO, *L'invasione di competenza nei conflitti costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2004, 157.

§ 5. – *Alcune considerazioni conclusive*

Si è visto come il pluralismo politico e istituzionale abbia moltiplicato le possibilità di conflitto all'interno del nostro ordinamento, portando molti soggetti a valicare il confine delle proprie competenze ed aumentando così la possibilità di contatto e di scontro tra i diversi protagonisti del circuito politico.

E gli strumenti di cooperazione ai quali si è dato vita con l'intento di ricercare vie di dialogo e di evitare crisi e scontri istituzionali non sempre hanno funzionato al meglio e quindi non di rado si è finito per coinvolgere la Corte costituzionale, chiamandola ad intervenire sempre più in funzione di "chiusura" del sistema.

In particolare, si è visto che la collaborazione spontanea tra i poteri si rivela insufficiente quando oggetto del contendere è il problema dell'insindacabilità parlamentare *ex art. 68 Cost.*, come attesta la giurisprudenza sui conflitti nell'anno passato, in cui tutte le pronunce hanno riguardato proprio tale profilo.

Dato, questo, che, se da un lato lascia intravedere una "frattura" sempre pronta a riaprirsi nel tessuto costituzionale, dall'altro dimostra la capacità degli organi costituzionali di ricomporre gli eventuali sconfinamenti attraverso il richiamo e l'applicazione spontanea del principio di leale collaborazione, sempre più protagonista nella regolazione delle dinamiche interorganiche.

Abstract

The work, starting from the Constitutional Court's Judgments of the past year, concerning the conflict between powers, is a reflection on the principle of loyal cooperation. Principle emerged through the activity of the Constitutional Court and that always more plays an important role in the relations between the constitutional subjects, especially after the crisis of the principle of separation of powers and the multiplication of centres of power. Despite this, the instruments of cooperation doesn't always are sufficient to prevent crises and institutional clashes, and remain some "gray areas" - as for example the problem of parliamentary immunity *ex art. 68 Const.* - where is necessary to involve the Constitutional Court called to act in function of "closing" of the system.

La Catalogna e il diritto di decidere

di Víctor Ferreres Comella*



Sommario: § 1. – Introduzione: alcune precisazioni concettuali. § 2. – Il diritto in senso forte: il diritto a decidere la secessione. § 2.1. – Secessione e principio democratico. § 2.2. – Secessione e principio delle nazionalità. § 2.3. – Secessione e giusta causa. § 3. – Il diritto in senso debole: il diritto ad essere sentito (in relazione alla secessione). § 3.1. – La difficile costruzione del diritto di decidere. § 3.2. – Una nota di diritto comparato. § 4. – Il diritto di decidere e la sentenza della corte costituzionale, adunanza plenaria, 25 marzo 2014, n. 42. § 5. – Il pragmatismo politico di fronte al diritto di decidere. § 6 – Nota bibliografica.

§ 1. – *Introduzione: alcune precisazioni concettuali*

Negli ultimi anni, nel discorso politico predominante in Catalogna, si è instaurata l'idea che i cittadini sono titolari di un "diritto di decidere". Questa espressione ha indubbiamente una connotazione positiva. Chi può essere contrario a che i cittadini esercitino "il diritto di decidere"? Tuttavia, i promotori di questa idea non chiariscono a cosa si riferiscono esattamente quando invocano questo diritto.

Sicuramente il contesto in cui tale espressione è utilizzata consente di eliminare facilmente alcuni potenziali contenuti di questo diritto. Così, si sottintende che qui non si sta parlando del diritto degli individui a prendere decisioni fondamentali in ordine agli aspetti basilari della loro vita privata. Vale a dire, non si sta alludendo al diritto all'autonomia personale. (Teniamo in considerazione che, nel mondo anglosassone, il "*right to choose*" è stato invocato, normalmente, nell'ambito delle discussioni in ordine all'aborto ed alla libertà di riprodursi). Il "diritto di decidere" al quale si fa riferimento nel nostro caso consiste nel diritto dei cittadini di prendere decisioni sul piano collettivo, in ordine a temi che interessano la comunità politica.

* Università Pompeu Fabra. Una versione in lingua spagnola di questo articolo è stata pubblicata, con il titolo *Cataluña y el derecho a decidir*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 2016, n. 37.

Anche il contesto consente di escludere che in questa sede si stia facendo riferimento al diritto dei cittadini a partecipare alla vita politica mediante le elezioni ordinarie. È ovvio che i catalani esercitano da decenni questo diritto di partecipazione mediante l'elettorato. Se il diritto di decidere consistesse in questo, i catalani si troverebbero nella stessa situazione del borghese gentiluomo di Molière, il quale per più di quarant'anni parlò in prosa senza saperlo. Allo stesso modo, i catalani, per anni, avrebbero esercitato il diritto di decidere senza saperlo.

Il diritto di decidere che viene frequentemente invocato, in effetti, si riferisce ad una modalità di partecipazione della cittadinanza che si muove su un piano speciale, al di là della politica ordinaria. Ma questo diritto si proietta su qualche questione che abbia un'importanza straordinaria o che riguardi l'ordine costituzionale? I cittadini catalani, ad esempio, votarono a gran maggioranza a favore della Costituzione spagnola nel referendum del 6 dicembre 1978. In quel momento esercitarono il "diritto di decidere" la cui esistenza viene ora postulata? Dal contesto in cui l'espressione viene utilizzata, si deduce una risposta negativa: il diritto di decidere non include qualsiasi argomento di natura costituzionale o dotato di particolare importanza politica, ma è limitato ad una questione specifica, anzi di natura esistenziale, ossia se un determinato territorio, con la popolazione nello stesso stabilita, debba o meno separarsi dallo Stato originale al quale appartiene.

In ultima analisi, quindi, il diritto di decidere è il diritto dei cittadini di decidere in ordine alla secessione. Solitamente si ritiene che questo diritto si eserciti per il tramite di un referendum, in cui si domanda ai cittadini se vogliono o meno che la loro comunità (in questo caso la Catalogna) si separi dallo Stato al quale attualmente appartiene.

Fino a qui, le precisazioni concettuali che si possono esporre facilmente a proposito del diritto di decidere che è balzato in primo piano nell'agenda politica catalana degli ultimi anni.

Sgombrato così il terreno, il primo interrogativo con il quale ci confrontiamo è se il diritto di decidere debba essere inteso in senso forte, ossia come il diritto di prendere la decisione collettiva di rendersi indipendenti dallo Stato madre o, al contrario, in senso debole, cioè, più semplicemente, come il diritto ad essere ascoltati nell'ambito della questione relativa alla secessione. Nella retorica politica predominante esiste molta poca chiarezza intorno a questa questione. Letteralmente, l'espressione porta a pensare che il diritto di "decidere" si invochi nel suo significato forte. Tuttavia, in molte occasioni, pare che si tratti, semplicemente, della circostanza che i cittadini abbiano l'opportunità di esprimere la loro opinione sulla possibile indipendenza della comunità alla quale appartengono.

legalitat de la secessió. Una teoria de l'autodeterminació nacional des de Catalunya, Barcellona, Institut d'Estudis Autònoms, 2015. Sul "diritto di decidere" e sulla sua relazione con il principio di autodeterminazione, si vedano i diversi contributi nel volume monografico *Foco Especial: Autodeterminación*, in *Cuadernos de Alzate*, 2013, n. 46-47, 27-244, ed al volume collettaneo AA.VV., *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho*, Barcellona, Atelier, 2015. La sentenza della Corte costituzionale in ordine alla Dichiarazione di sovranità del parlamento catalano è stata oggetto di diversi commenti, tra i quali merita di essere sottolineato quello di E. FOSSAS ESPADALER, *Interpretar la política: Comentario a la STC 42/2014, de 25 de marzo, sobre la Declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2014, n. 101, 287-289. Anche in ordine a questa sentenza, mi permetto di rinviare al mio commento *The Spanish Constitutional Court Confronts Catalonia's Right to Decide (Comment on the Judgment 42/2014)*, in *European Constitutional Law Review*, 2014, n. 10, 571-590.

(Traduzione dallo spagnolo di Valeria Bortolotti)

Abstract

The political discourse that prevails in Catalonia has endorsed the idea that citizens have a "right to decide". This right can be understood in a strong sense, as the right to decide Catalonia's secession from Spain, or in a weak sense, as the right of citizens to be heard with regard to this issue. There are no convincing reasons, however, to support the existence of such a right.

La politica ecclesiastica tra discrezionalità dell'Esecutivo, principio di bilateralità e laicità/neutralità dello Stato: brevi note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 52 del 10 marzo 2016

di Vincenzo Pacillo*



Sommario: § 1. – La giurisprudenza costituzionale in materia ecclesiastica tra “post-confessionismo” e “transizione”. § 2. – La questione del diritto di avviare le trattative per la stipulazione di un’intesa nell’alveo del progetto generale di politica ecclesiastica tracciato nella Carta fondamentale. § 3. – Avvio delle trattative e principio supremo di laicità dello Stato. § 4. – Conclusioni.

§ 1. – La giurisprudenza costituzionale in materia ecclesiastica tra “post-confessionismo” e “transizione”

La sostanziale e perdurante inerzia del Parlamento in materia ecclesiastica, espressione di una politica incapace di affrontare in maniera coraggiosa non soltanto la piena attuazione del quadro costituzionale in materia di pluralismo confessionale e culturale ma anche la realizzazione del principio di eguaglianza di fronte alla legge senza distinzione di religione, è stata in tempi e con modalità diverse sottolineata con una certa enfasi da parte della dottrina dell’ultimo decennio¹. È ben noto che tale inerzia non viene enfatizzata solo di fronte

* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

¹ Cfr. E. VITALI, *L’evoluzione del diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, ora in IDEM, *Scritti di Diritto ecclesiastico e canonico*, Milano, Giuffrè, 2012, spec. 268 ss.; G. CASUSCELLI, voce *Uguaglianza e fattore religioso*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XV, Torino, UTET, 1999, 428 ss., spec. 448 s. e *Le proposte d’intesa e l’ordinamento giuridico italiano. Emigrare per Allah/emigrare con Allah*, in S. FERRARI, *Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunità islamiche*, Bologna, il Mulino, 2000, spec. 104, dove si auspica un ritorno della politica ecclesiastica nelle aule parlamentari ed un *self-restraint* dei poteri esercitati

all'incapacità del legislativo di emanare una legge generale sulla libertà religiosa (la quale – come si è già scritto² – rappresenterebbe l'unica strada praticabile per garantire agli appartenenti alle minoranze confessionali il pieno godimento delle facoltà promananti dall'art. 19 Cost. (la cui concreta attuazione è oggi demandata ad uno strumento normativo obsoleto e contrario ai principi della Carta fondamentale quale la legge 1159 del 1929)³, o sulla trascuratezza di fronte a questioni assai delicate come il riassetto della legislazione in materia matrimoniale⁴ o l'attuazione del principio supremo di laicità dello Stato su tematiche attinenti alle “scelte ultime” dell'individuo⁵. Tale inerzia si è infatti disvelata anche di fronte alla volontà di non “prendere sul serio” il principio di bilateralità sancito dal terzo comma dell'articolo 8 della Costituzione, il quale si è posto – sin dall'origine del dibattito in Assemblea Costituente – come uno strumento necessario per riequilibrare il sistema concordatario in modo da realizzare effettivamente l'uguaglianza nella libertà di tutte le confessioni. Certo, il potere politico può far valere, da parte sua, l'aver dato vita ad alcune “stagioni delle intese”, di durata e complessità variabili: ma queste “stagioni” sono state caratterizzate da una significativa debolezza strutturale, che non solo ha condotto a far ripiegare su se stesso il momento della contrattazione (diventato per lo più un atto di mimesi in cui le parti hanno “giocato a riprodurre” i contenuti delle prime intese stipulate negli anni '80 del XX secolo, senza alcun riguardo alla necessità di adattarne i contenuti alle concrete peculiarità della confessione interessata) ma ha addirittura comportato una enfattizzazione del procedimento di approvazione in commissione in sede legislativa delle intese firmate, con relativo svuotamento del ruolo dell'Assemblea⁶. Del resto, la debolezza strutturale della politica ecclesiastica italiana è stata par-

dal governo per supplire all'inerzia del legislatore; B. RANDAZZO, *Diversi ed eguali: le confessioni religiose davanti alla legge*, Milano, Giuffrè, 2008, spec. 420 ss.; G. B. VARNIER, *Il diritto di libertà religiosa: le stagioni della storia e la voluntas legislatoris*, in V. TOZZI, G. MACRÌ, M. PARISI (a cura di), *Proposta di riflessione per l'emanazione di una legge generale sulle libertà religiose*, Torino, Giappichelli, 2010, 4 ss.; M. D'AMICO, *I diritti contesi*, Milano, Franco Angeli, 2008, 154 ss.

² Sia consentito il rinvio a V. PACILLO, *Il rapporto fra la legge generale sulle libertà religiose e le discipline contrattate con le confessioni religiose*, in V. TOZZI, G. MACRÌ, M. PARISI (a cura di), *Proposta di riflessione per l'emanazione di una legge generale sulle libertà religiose*, cit., 93 ss.

³ Cfr. S. FERRARI, *State and Church in Italy*, in G. ROBBERS (ed.), *State and Church in the European Union*, II ed., Baden-Baden, Nomos, 2005, 212 ss.

⁴ Cfr. S. DOMIANELLO, *I matrimoni davanti a ministri di culto*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, vol. I, tomo I, Milano, Giuffrè, 2002, 404 s.

⁵ Cfr. F. FERRI, *La laicità nel biodiritto: le questioni bioetiche nel nuovo incedere interculturale della giuridicità*, Milano, Giuffrè, 2012.

⁶ Secondo G. CASUSCELLI, *Post-confessionismo e transizione*, Milano, Giuffrè, 1984, 188, nt. 12, che al fine di emanare una legge di approvazione «di intese si debba necessariamente far ricorso al procedimento ordinario di formazione della legge [...] ex art. 72, ultimo comma, cost., che appunto impone il ricorso obbligatorio a tale procedura in due ipotesi sotto ogni aspetto assimilabili: per i disegni di legge in materia costituzionale e per i disegni di legge di autorizzazione a ratificare trattati internazionali».

del fatto religioso) che spettano alle confessioni i cui rapporti con lo Stato siano regolati per legge sulla base di intese³⁵.

Possiamo affermare che si sta profilando una via per la gestione delle diversità religiose diametralmente opposta a quelle prospettate da Seyla Benhabib e Rajeev Bhargava: siamo infatti di fronte ad una decisione che subordina ad una libera scelta fondata su una ponderazione di interessi non solo quella relazionalità dialogica capace di comporre razionalmente le differenze³⁶, ma anche quella “distanza di principio” capace di assicurare l’intervento dello Stato nella *governance* del fatto religioso ogniqualvolta (e solo allorché) sia necessario garantire i diritti fondamentali in condizioni di uguaglianza³⁷. Prospettazioni che paiono le più sensate perché così lo Stato (democratico, laico, costituzionale, di diritto) possa star di fronte – senza cadere in tentazioni giurisdizionaliste o (neo)confessioniste – alla molteplice e plurale dimensione dei pluralismi³⁸ che animano la società contemporanea.

Solo attraverso il rafforzamento della relazionalità biunivoca tra neutralità ed imparzialità da una parte e dialogo istituzionale dall’altra sembra possibile superare l’impasse di una politica ecclesiastica che si dibatte – per dirla con Eliot³⁹ – tra l’infinita fatica dell’attuazione costituzionale e – cosa anche peggiore – l’ozio infinito della desistenza.

Abstract

With the Judgement No. 52/2016, the Italian Constitutional Court decided that there is no right to start the procedure to reach an agreement (intesa) with the State, as provided by article 8 of the Italian Constitution: according to the Constitutional Court the refusal to open the negotiations between the State and a religious (or atheistic) group involves a political Government responsibility in front of the Parliament, but it cannot be under scrutiny by the State Courts.

The article aims at demonstrating that this judicial interpretation is not fully compatible with the ecclesiastical policy project as expressed in the Italian Constitution.

³⁵ Cfr. F. MARGIOTTA BROGLIO, *Una chiesa per gli atei*, in A. MELLONI (a cura di), *Rapporto sull’alfabetismo religioso in Italia*, Bologna, il Mulino, 2014, spec. 206 ss.

³⁶ S. BENHABIB, *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2002, 105 ss., secondo la quale la democrazia partecipativa presuppone necessariamente un dialogo (anche istituzionale) tra le diverse culture.

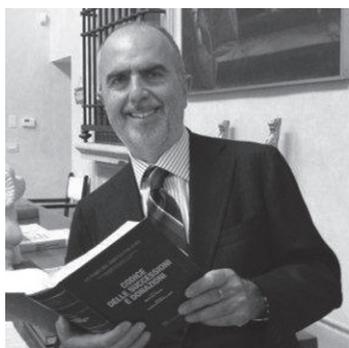
³⁷ R. BARGHAVA, *The Promise of India’s Secular Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 87 ss.

³⁸ Ben sintetizzata da A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, Giappichelli, 2011, spec. 1152 ss. (ma v. anche la critica nei confronti della supposta omogeneità dello Stato borghese da 1062 ss.).

³⁹ T.S. ELIOT, *Cori da “La Rocca”*, III ed., Milano, Biblioteca Univ. Rizzoli, 2010, 39.

L'unione civile: una speciale formazione sociale d'istituzione legislativa?

di Michele Sesta*



Sommario: § 1. – Dal matrimonio alla pluralità dei legami di coppia. § 2. – Unione civile e tutela dei diritti inviolabili della persona omosessuale. § 3. – Unione civile e matrimonio a confronto. § 4. – Conclusioni.

§ 1. – Dal matrimonio alla pluralità dei legami di coppia

La recente legge 20 maggio 2016, n. 76, recante “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”¹, è destinata a produrre un profondo mutamento nella struttura giuridica delle relazioni familiari, già notevolmente innovata a seguito della riforma della filiazione del 2012/2013. Essa, in maniera complementare rispetto alle disposizioni che hanno introdotto lo stato unico di figlio², interviene sul rapporto di coppia, dando forma, accan-

* Università degli Studi di Bologna.

¹ In argomento, R. CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*; G. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*; F. MECENATE, *Unioni civili e convivenze. Successioni, forma e pubblicità, diritto internazionale privato*; A. FIGONE, *Lo scioglimento delle unioni civili e la risoluzione dei contratti di convivenza*; tutti in AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, Giappichelli, 2016; B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Milano, WKI – Cedam, 2016; L. DELL'OSTA, G. SPADARO, *Unioni civili e convivenze*, Milano, Giuffrè, 2016.

² Sull'unicità dello stato di filiazione cfr. M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Recte sapere, Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, III, Torino, Giappichelli, 2014, 1647 ss. (ed in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1 ss.); IDEM, voce *Filiazione (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Annali, VIII, Milano, Giuffrè, 2015, 445 ss.; IDEM (a cura di), *Codice della famiglia*, III ed., Milano, Giuffrè, 2015, *passim*; M. DOGLIOTTI, *La nuova filiazione fuori del matrimonio: molte luci e qualche ombra*, in *Fam. e dir.*, 2014, 480 ss.; P. RESCIGNO, *La filiazione “riformata”: l'unicità dello “status”*, in *Giur. it.*, 2014, 1261 ss.; M. BIANCA, *L'unicità dello stato di figlio*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. BIANCA, Padova, Cedam, 2015, 3 ss.; EADEM (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, Giuffrè, 2014, *passim*; C. CAMARDI, *Diritti fondamentali e “status” della persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 7 ss.; G. CHIAPPETTA (a cura di), *Lo stato unico di figlio*, Napoli,

to a quello fondato sul matrimonio, a due nuovi tipi legali: l'unione civile (art. 1, commi 1-35, l. n. 76/2016), indirizzata a coppie di persone maggiorenni dello stesso sesso, e le convivenze di persone maggiorenni di sesso diverso o dello stesso sesso, unite stabilmente da legami affettivi e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile (art.1, comma 36, l. n. 76/2016).

Un primo rilievo è che mediante la nuova legge il legislatore ha ampliato le opzioni istituzionali disponibili³, specie per le coppie dello stesso sesso, che non ne avevano alcuna; ma anche, a ben vedere, per quelle eterosessuali, che ora possono modellare la loro relazione secondo differenti livelli di assunzione di reciproche responsabilità.

Rispetto al recente passato, la disciplina dei rapporti familiari si è capovolta. Prima della riforma della filiazione vi era una pluralità di *status filiationis* ed un unico modello legale regolante la relazione di coppia, cioè il matrimonio; ora, il rapporto di filiazione si conforma ad un unico stato di figlio, mentre quello di coppia è divenuto plurale, potendo assumere le forme del matrimonio, dell'unione civile, delle – a loro volta multiformi – convivenze.

È corrente l'opinione che il nuovo diritto, cioè la richiamata legge, abbia inteso dare spazio, più spazio, ai sentimenti nella disciplina degli istituti familiari, e, così facendo, abbia voluto riconoscere dignità a tutte le relazioni affettive⁴. A ben vedere, il tema della rilevanza dei sentimenti nei vincoli familiari e specie coniugali è carico di ambiguità⁵. Per secoli i sentimenti, che oggi consideriamo costituire la base "naturale" delle relazioni coniugali e genitoriali, sono stati sostanzialmente ignorati dal diritto di famiglia; solo la riforma del 1975 e, qualche anno prima, la legge introduttiva del divorzio e quella sull'adozione speciale avevano attribuito valenza giuridica a profili propriamente affettivi, mentre, in precedenza, la famiglia era regolata come istituzione portatrice di interessi propri e superiori a quelli dei singoli mem-

ESI, 2014, *passim*; G. FERRANDO, *Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, in *Fam. e dir.*, 2015, 952 ss. Sui rapporti genitori-figli nella crisi familiare cfr. M. SESTA, A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2016, *passim*.

³ Cfr. G. ZANETTI, *La coppia di fatto tra diritto e morale*, in IDEM (a cura di), *Elementi di etica pratica. Argomenti normativi e spazi del diritto*, Roma, Carocci, 2003, 147; M. SESTA, *Le convivenze tra libertà, solidarietà e public policy*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, t. II, Milano, Giuffrè, 2006, 483 ss.

⁴ È significativo che uno dei primi convegni tenutisi dopo l'approvazione della legge (Treviso, 20-21 maggio 2016) sia stato titolato "La legge dei sentimenti. Famiglia e nuovo diritto", e che un successivo incontro (Bologna, 9 giugno 2016), a cura dell'AMI Emilia Romagna e della Scuola Superiore di Studi Giuridici dell'Università di Bologna, abbia fatto riferimento al superamento del "confine dell'amore".

⁵ Si vedano le provocatorie tesi di P. BRUCKNER, *Il matrimonio d'amore ha fallito?*, Parma, Guanda, 2011, *passim*, secondo il quale le culture occidentali «hanno confuso la passione con le istituzioni».

§ 4. – Conclusioni

In sintesi, alla luce di quanto precede, le differenziazioni tra matrimonio e unioni civili sono numerose e assai rilevanti; il che, ad avviso di chi scrive, appare giustificato dall'ontologica distinzione tra le due fattispecie, dipendente proprio dall'identità di sesso che contraddistingue le parti dell'unione e che esclude la loro fecondità³⁰. Diversità ontologica che, coerentemente, ha portato il legislatore all'istituzione di una nuova formazione sociale, ricompresa nell'art. 2 Cost. e distinta da quella propriamente familiare "riconosciuta" nell'art. 29 Cost.

È prevedibile che la scelta legislativa di istituire l'unione civile quale speciale formazione sociale – proprio in quanto enfatizza le differenze tra coppia matrimoniale e coppia civilmente unita – verrà prima o poi messa in dubbio nella sua legittimità costituzionale, prospettandosi una discriminazione sotto il profilo dell'orientamento sessuale³¹. La questione, dunque, è tutt'altro che definitivamente risolta.

Abstract

Law no. 76/2016 introduced the regulation of the civil union between persons of the same gender and the regulation of the cohabitation of persons of a different or same gender. The Law therefore completes a process of veritable reform of family law, the outcome of which is a plurality of relationship models for couples – marriage, civil union and cohabitation – which corresponds, with regards to filiation, to a unique child status. The essay analyses – in the light of articles 2, 3 and 29 of the Constitution – the main characteristics of the civil union, highlighting its peculiarities compared to marriage.

³⁰ Sul nesso tra matrimonio e procreazione cfr. A. RENDA, *Il matrimonio civile*, cit., 211.

³¹ Correttamente esclusa da L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, IV, *Famiglia e matrimonio*, a cura di T. Auletta, I, Torino, Giappichelli, 2010, 22.

Il rispetto del principio di leale collaborazione tra affermazioni di principio e concrete modalità di attuazione

di Federica Versari*



Sommario: § 1. – Considerazioni preliminari. § 2. – La “concorrenza di competenze” legislative. § 3. – La soluzione fornita nel caso in esame. § 4. – L’attenzione alle concrete modalità di attuazione del principio di leale collaborazione. § 5. – Considerazioni conclusive.

§ 1. – *Considerazioni preliminari*

Con la recente sentenza n. 83 del 2016, depositata il 13 aprile, la Corte costituzionale è stata nuovamente chiamata a verificare il rispetto, da parte di una disposizione di legge statale, del principio di leale collaborazione, la cui lesione veniva invocata dalla Regione ricorrente.

Il fenomeno certo non costituisce una novità, in quanto, già nei primi anni successivi all’entrata in vigore della riforma del Titolo V, la Consulta ha assunto un ruolo di primissimo rilievo nell’individuare gli indirizzi da percorrere per la corretta interpretazione del nuovo assetto ordinamentale. In particolare, essa, come ha affermato l’allora Presidente Gustavo Zagrebelsky, «è stata chiamata (a svolgere) una funzione di supplenza non richiesta e non gradita»¹, dovendo provvedere a dare concretezza alle disposizioni costituzionali di per sé spesso assai generiche e ad enucleare i criteri per un efficace funzionamento del sistema a fronte dell’insorgere di un gran numero di controversie tra Stato e Regioni², e, sulla scorta di significativi precedenti rintracciabi-

* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

¹ Così si legge nell’annuale conferenza stampa del Presidente della Corte costituzionale del 2003, su www.cortecostituzionale.it.

² Si consideri che quasi il 50% delle sentenze rese nel 2003 ha riguardato il contenzioso tra enti territoriali. Da un lato, infatti, le autonomie rivendicavano la titolarità di compe-

li nelle esperienze federali, ha progressivamente adempiuto, oltre all'usuale compito di giudice di legittimità, a quello di *arbitro* dei conflitti intersoggettivi. Ed il suo ruolo è divenuto ancora più significativo negli anni successivi al 2010, quando si è assistito ad una innegabile crescita del giudizio in via di azione³, che è giunto a sopravanzare le altre tipologie di processo costituzionale, ivi compreso il ricorso in via incidentale che aveva tradizionalmente rappresentato la fetta più cospicua del contenzioso di legittimità, determinando un cambiamento consistente nella composizione quantitativa della produzione giurisprudenziale della Corte, divenuta «la *sede naturale* della riconduzione a sistema del pluralismo istituzionale», in un quadro ancora altamente conflittuale⁴.

In tale contesto, la sentenza in esame assume rilievo per la sua *ambivalenza*: da un lato, infatti, essa pare porsi in linea di continuità con i precedenti in tema di leale collaborazione, intesa quale strumento di flessibilità del riparto delle competenze idoneo a contemperare le esigenze di tutela dell'unità con quelle di valorizzazione delle autonomie; dall'altro, tuttavia, emerge l'impressione che la Consulta abbia fornito una peculiare interpretazione del principio cooperativo al fine di garantire la legittimità dell'intervento statale pur a fronte di un assai debole coinvolgimento regionale.

Ma procediamo con ordine.

§ 2. – La “concorrenza di competenze” legislative

La Regione Veneto ha impugnato diverse disposizioni del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133⁵, convertito dalla legge 11 novembre 2014, n. 164. Riservata a separate pronunce la decisione di altre impugnazioni, in questa sede vengono affrontate le questioni di legittimità

tenze che la disciplina statale avrebbe, a loro avviso, violato; dall'altro, il legislatore centrale «ha effettivamente dato, talvolta, l'impressione di “forzare” consapevolmente le proprie competenze, nell'auspicio che la Corte costituzionale, investita dei ricorsi, potesse individuare una soluzione atta a salvaguardare comunque le esigenze statali»: così S. MUSOLINO, *I rapporti Stato-Regioni nel nuovo titolo V alla luce dell'interpretazione della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2007, 103.

³ Dopo il calo registratosi nel 2007, le pronunce rese in giudizi in via principale cominciano a crescere, raggiungendo il picco nel 2010 con 141 decisioni e poi nel 2012 con 150 e attestandosi su cifre analoghe (149) anche nel 2013. Ancora più rappresentativa di questa tendenza risulta l'incidenza percentuale delle decisioni rese nel giudizio in via diretta: essa, che per il periodo 1983-2002 è stata ancorata ad una media del 7,29%, è divenuta pari al 37,63% nel 2010 e al 47,47% nel 2012, a fronte del 44,6% delle pronunce rese in giudizi in via incidentale, mantenendosi al 45,7% anche nel 2013. Deve rilevarsi, invero, come nel 2014 si sia riscontrata “un'inversione di rotta”, con una diminuzione del numero di ricorsi in via d'azione (91 pronunce a fronte di 171 rese in incidenti di costituzionalità).

⁴ Così N. VICECONTE, *La giurisprudenza del 2011: un anno di (quasi) ordinaria amministrazione*, 29 maggio 2012, consultabile su www.issirfa.cnr.it.

⁵ Recante «Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e la ripresa delle attività produttive».

stico³⁵, specie sotto la spinta della grave crisi economica che ha colpito il nostro Paese e delle sollecitazioni provenienti dalle istituzioni dell'Unione europea. Pare evidente, infatti, che la Corte si è preoccupata prioritariamente di tutelare l'interesse al soddisfacimento delle ragioni dell'unità, le quali finiscono sempre per prevalere su quelle delle autonomie, non adeguatamente compensate, attraverso una lettura riduttiva degli strumenti improntati alla leale collaborazione, per le alterazioni subite dal sistema costituzionale di riparto delle rispettive competenze.

Le principali deviazioni rispetto al modello originario, in altri termini, sembrano finalizzate a legittimare interventi dello Stato che altrimenti gli sarebbero preclusi e ad estendere l'ambito applicativo e i presupposti giustificativi del ricorso tanto al criterio di prevalenza in ambito di interferenze legislative, quanto all'avocazione in sussidiarietà per l'attrazione delle funzioni amministrative. Il che tuttavia stride fortemente con le linee di fondo della riforma del Titolo V, improntata, secondo quanto sostenuto dalla dottrina oramai maggioritaria, ad un regionalismo di tipo cooperativo e finalizzato, seppure tra mille incertezze, alla valorizzazione di un sistema di relazioni tra enti territoriali di tipo policentrico e al riconoscimento di una posizione di primo piano alle autonomie locali.

Abstract

The essay is inspired by the recent sentence of the Italian Constitutional Court n. 83 of 2016 in order to investigate the meaning given to the principle of "fair cooperation" in the current state of relations between State and Regions. In a context marked by high conflict, in which the Constitutional Court has assumed the role of *arbitrator*, the judgment in question is relevant for its *ambivalence*: on one side, in fact, it enhances cooperation as a flexibility instrument in the allocation of responsibilities, suitable to balance the reasons of national unity and those of autonomies; on the other side, however, the impression is that – as more frequently in the last years – the Court interprets this principle in order to ensure the legitimacy of State's intervention even in the face of a very weak involvement of the Regions.

³⁵ Di «svolta neo-centralistica che caratterizza la recente giurisprudenza sulle materie» parla, tra i tanti, G. DI COSIMO, *C'erano una volta le materie residuali*, consultabile in www.forumcostituzionale.it, 5.