

La comunicazione politica in transizione e la persistente centralità della par condicio radiotelevisiva

di Roberto Borrello*



Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – La problematica della avvenuta o meno obsolescenza della vigente normativa italiana sulla comunicazione politica radiotelevisiva: il contesto generale. § 3. – Analisi dell’impatto dei fattori di cambiamento esogeni ed endogeni rispetto al mezzo radiotelevisivo. § 3.1. – La perdurante rilevanza della televisione nella comunicazione politica. § 3.2. – La perdurante mancanza di pluralismo nel sistema radiotelevisivo italiano. § 4. – Mezzo radiotelevisivo e Rete rispetto alle dinamiche della comunicazione politica, tra processi gestiti dai soggetti politici e processi sui soggetti politici. Il ruolo ancora cruciale della televisione nell’ambito dei secondi.

§ 1. – *Premessa*

La comunicazione politica radiotelevisiva, tra le varie forme di comunicazione politica, è quella che è stata, ad oggi, oggetto di maggiore attenzione sul piano della regolamentazione in Italia.

Ciò è avvenuto sulla base di suggestioni presenti sin dalla sentenza della Corte costituzionale n. 59 del 1960 (che, in via generale, giustificava il monopolio pubblico del mezzo radiotelevisivo, alla stregua degli artt. 21, 41 e 43 Cost.), che solo, tuttavia, tra il 1993 ed il 2000 hanno dato luogo all’adozione di vere e proprie leggi di sistema.

Il presente contributo vuole rappresentare un momento di riflessione su tale tematica, nell’ambito di un itinerario di pensiero iniziato ormai da lungo tempo da chi scrive¹, che appare necessario alla luce

* Università degli Studi di Siena.

Il presente saggio costituisce una rielaborazione ed un aggiornamento della relazione presentata al Convegno internazionale di studi “70 anni di Costituzione” (Università degli Studi di Salerno - Cava dei Tirreni, 30 novembre - 1 dicembre 2018) i cui Atti sono in corso di pubblicazione.

¹ Ci si permette di fare riferimento, da ultimo, a R. BORRELLO, A. FROSINI, *La disciplina delle trasmissioni radiotelevisive di rilievo politico in Italia, I, Premesse generali e di diritto comparato. La disciplina dei periodi ordinari*, Rimini, Maggioli, 2019, con indicazione anche delle opere anteriori sull’argomento e con al Cap. II una ricostruzione dell’evoluzione storica della normativa a cui si accennava nel testo.

della estrema complessità che il mondo della comunicazione è venuto ad assumere nel momento presente.

§ 2. – *La problematica della avvenuta o meno obsolescenza della vigente normativa italiana sulla comunicazione politica radiotelevisiva: il contesto generale*

La disciplina vigente in Italia è nata in connessione ad un certo assetto sostanziale del sistema dei media, caratterizzato, da un lato, da alcuni profili problematici propri di tutte le democrazie mature ed emergenti mondiali e, dall'altro, da ulteriori profili problematici propri dello specifico contesto nazionale (il ben noto conflitto di interessi). La sinergia tra tali fattori, con particolare riguardo al secondo ordine di criticità, ha prodotto una normativa alquanto farragিনosa e con connotazioni emergenziali, connesse al tentativo di bilanciare, adeguatamente e prima di ogni cosa, l'anomala lesione, in atto, del principio del pluralismo informativo².

Tale motivazione dell'intervento legislativo ha sempre mantenuto alto il tono del dibattito non solo politico, ma anche scientifico-dottrinario. Quest'ultimo, a partire dai primi anni del primo decennio del XXI secolo, si è incentrato soprattutto sulla avvenuta, o meno, obsolescenza della normativa, proprio alla luce di tale suo forte legame con il contesto³.

² Vedi per tutti A. PACE, *Libertà di informare e diritto ad essere informati. Due prospettive a confronto nell'interpretazione e nelle prime applicazioni dell'art. 7, co. 1, t.u. della radiotelevisione*, in *Diritto pubblico*, 2007, 459 ss. (anche in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, t. 2, Milano, Giuffrè, 2008, 1995). Il dato della emergenzialità, e quindi di un carattere *rebus sic stantibus* della normativa, è stato evidenziato, altresì, da un lato dalla sentenza n. 155 del 2002 della Corte, su cui si tornerà più avanti, che ha cercato, tuttavia, di ricomporre, in un quadro più fisiologico il rapporto tra la normativa e i principi costituzionali coinvolti (al contrario di quanto fatto nei confronti dei c.d. decreti Berlusconi dei primi anni Ottanta e della legge Maccanico del 1997, giustificati solo nel loro carattere di temporaneità: sentt. nn. 826 del 1988 e 420 del 1994). Dall'altro lato, l'AGCom ed i giudici comuni hanno dato una lettura ancora più forte della capacità regolativa della normativa, in sostanziale contrasto con la sent. n. 155 del 2002 (v. A. PACE, *op. ult. cit.*, *passim*), accentuandone quindi il carattere contingente (v. ad es. la sent. n. 5038/06 del TAR del Lazio che affermava che «in questo ambito [n.d.r.: e cioè nell'ambito dell'informazione politica] ed in un dato contesto storico della vita del Paese, il limite modale alla trasmissione può ritenersi compatibile con la prospettiva della necessaria democraticità del processo continuo di informazione e formazione dell'opinione pubblica, e con lo speciale statuto del diritto all'informazione in campo politico, che sembra emergere nella giurisprudenza costituzionale»).

³ Esemplare in tal senso è il dibattito organizzato da F. LANCHESTER e R. ZACCARIA nel 2011 e riportato nel n. 26 di *Federalismi.it*, nel quale emergevano, accanto alle consuete critiche sui difetti congeniti della normativa (individuati, dalle diverse angolazioni, in una eccessiva incisività o, al contrario in una sostanziale debolezza), le prime riflessioni sull'incidenza dei *new media* nell'ambito della comunicazione politica. L'occasione era stata quella dei referendum svoltisi in quell'anno che avevano visto una consistente mobilitazione dell'elettorato, dovuta, nell'analisi di alcuni commentatori, alla azione suggestiva svolta dalla Rete (v. ad es. gli interventi di E. CHELL, A. CHIAPPETTI e F. DONATI, a fronte di una scarsa copertura radiotelevisiva dell'evento).

teristiche della Rete stessa. È ormai nella tradizione del servizio pubblico, venuto meno il suo carattere monopolista, proprio degli albori della televisione, quello della funzione di correzione-integrazione, in senso di riequilibrio, della mera differenziazione delle voci, la cui inidoneità ad assicurare un effettivo pluralismo informativo è emersa, per come visto, anche nel magico mondo della Rete. Tale ruolo, che è già iniziato a partire dalla acquisita qualificazione di servizio pubblico radiofonico, televisivo e multimediale, potrà evolversi a mano a mano che saranno affinate le tecniche di adattamento al peculiare linguaggio della Rete stessa⁴⁸.

Abstract

Radio and television political communication, among the various forms of political communication, is the one that has been, to date, the object of the greatest attention in terms of regulation in Italy.

This paper aims to represent a moment of reflection on this issue, which appears necessary in light of the extreme complexity that the world of communication has come to assume in the present hystorical moment. It is then analyzed the complex background of the discipline that the Italian legislator, on the basis of an unequivocal framework of constitutional principles, as interpreted by a uniform jurisprudence of the Constitutional Court, has developed over time. On this basis, the continuing relevance of this medium in the processes of political communication and the need for the permanence of a rigorous discipline are assessed, like the exogenous (Internet) and endogenous (digital technology) factors that have gradually affected the characteristics of the radio and television medium. such as the current one. The conclusion of the research is in the affirmative, but on the basis of the detection of a growing importance of online political communication, the adequate discipline of which must already be the subject of careful reflection.

⁴⁸ Su un possibile servizio pubblico in Rete “di educazione e di intrattenimento”, fuori dalle ipotesi di *streaming* o della disponibilità *online* delle trasmissioni televisive ed inteso alla «creazione di prodotti appositamente destinati alla fruizione in Rete, che sono essenziali per tutti, ma soprattutto per le giovani generazioni, che della Rete vivono» vedi ancora M. MANETTI, *Costituzione*, cit., 390. Vedi anche G.E. VIGEVANI, *I media di servizio pubblico*, cit., 23 ss., su possibili ruoli del servizio pubblico, calibrati a bilanciamento di logiche distorsive della Rete, quali la creazione di «spazi di discussione in cui sia possibile un confronto tra posizioni diverse, senza che all'utente sia dato di “preselezionare” i contenuti sulla base delle proprie preferenze politiche, ideologiche, culturali o d'altro genere» o la predisposizione di una piattaforma trasmissiva in cui l'offerta di contenuti sia realmente gratuita, in quanto sottratta a sistemi di profilazione. Vedi anche la Relazione AGCom 2020, 188, ove si afferma che l'Autorità riconosce al servizio pubblico radiofonico, televisivo e multimediale un ruolo di primo piano quale strumento per il superamento dei fallimenti di mercato e come garanzia della salvaguardia di un'informazione corretta e plurale contro ogni forma di disinformazione.

Appunti per una storia della giurisdizione costituzionale in Italia. Parte seconda

di Augusto Cerri*



Sommario: § 8. – La crescente fiducia che circonda il lavoro della Corte, i contrasti e la saldatura interna al corpo giudiziario e fra Magistrature Superiori e Corte costituzionale. La “dottrina del diritto vivente”. § 9. – Dottrina della graduazione dei valori costituzionali – accentuazioni processualistiche del giudizio incidentale § 10. – L’indirizzo politico costituzionale e l’indirizzo politico governativo – esortazioni e moniti – le sentenze che comportano spese – “sentenze datate”, “additive di meccanismo”, “additive di principio”. § 11. – Il bilanciamento in concreto e la proporzionalità – aspetti problematici. § 12. – Uno scenario nuovo: rapporti fra Corte e potere politico, frizioni presto superate con il sistema giurisdizionale, la giustizia costituzionale sovra nazionale. § 12.1. – I contrasti con il potere politico ed il problema dell’“ultima parola”. § 12.2. – Rapporti fra Corte e complessivo sistema giurisdizionale interno. § 12.3. – Corte e giustizia costituzionale sovranazionale. § 13. – Cenni conclusivi sul ruolo della Corte.

§ 8. – La crescente fiducia che circonda il lavoro della Corte, i contrasti e la saldatura interna al corpo giudiziario e fra Magistrature Superiori e Corte costituzionale. La “dottrina del diritto vivente”

Non è facile dire perché il legislatore abbia tardato così a lungo nel riformare settori essenziali del vivere civile e perché ancora indugi; le ragioni non sono forse tutte politiche ma, in parte, risiedono anche nella difficoltà di maturare una cultura nuova in settori delicatissimi. Certo è che, a partire da un certo punto, ha cominciato a guardare con crescente attenzione all’opera della Corte: ne sono documento i non pochi interventi con i quali “consolida” le sue decisioni, superando le resistenze delle Magistrature superiori¹¹³. In un clima disteso si inserisce anche la vicenda della sentenza n. 64 del 1970, sui termini massimi di carcerazione preventiva, il cui contenuto venne comunicato al Governo prima della pubblicazione perché provvedesse a dettare in via urgente le necessarie disposizioni (d.l. n. 192 del 1970, convertito in l. n. 406 del 1970).

* Sapienza - Università di Roma.

¹¹³ Ricordo, ad es., la l. 5 dicembre 1969, n. 932, e la l. 15 dicembre 1972, n. 773 sull’avviso di procedimento, rese necessarie dalla garanzia della difesa in fase preistruttoria, il d.l. 23 gennaio 1971, n. 2 convertito in legge 18 marzo 1971, n. 62 sulla presenza del difensore nell’interrogatorio preliminare (sentenza n. 190 del 1970).

Questa crescente fiducia nasce da un mutamento dei rapporti politici, da una maturata coscienza generale, dal prudente uso che la Corte aveva fatto dei suoi poteri? Non saprei: ma, forse, da tutte queste cose insieme. Sembra che la “legittimazione *a priori*”, derivata dai valori e dal *valore* della Costituzione¹¹⁴, già in questa prima fase cominci a fondersi una legittimazione *a posteriori*¹¹⁵, che deriva dal modo di esercizio della funzione, proprio del resto di organo, in certo senso “inerme”¹¹⁶, che esercita il magistero della ragionevolezza e della ragione, della “prudenza” in quel significato per cui è virtù, alla radice del nome che designa la nostra disciplina.

La crescente attenzione anche del mondo politico nei confronti della giurisprudenza della Corte si manifestava, tra l’altro, nella riforma dei regolamenti parlamentari del 1971 (art. 108 Regolamento Camera, art. 139 regolamenti Senato che prevedono, rispettivamente, una trasmissione delle decisioni della Corte alle Commissioni di merito competenti ed alla Commissione affari costituzionali o delle decisioni di accoglimento e di altre che il Presidente ritenga opportuno alla Commissione affari costituzionali)¹¹⁷.

Ma, nel frattempo, anche i rapporti fra Corte ed altre Magistrature si andavano saldando. Gli anni Sessanta sono percorsi da duri contrasti fra diverse tendenze interne alla Magistratura, che si concludono sovente con la riconfermata egemonia di una misura di garantismo moderato in cui una parte del corpo giudiziario non si riconosce¹¹⁸. Emblematica è anche la giurisprudenza di merito sul risarcimento del diritto alla salute, che prelude alle sentenze della Corte costituzionale¹¹⁹.

Verso la fine degli anni Sessanta esplode la “contestazione giudiziaria”. I giudici di merito contestano le interpretazioni delle magistrature superiori come frutto di opzioni ideologiche e ad esse contrappongono interpretazioni, rigorose sul piano letterale (*salvis legis verbis*), e, tuttavia, diversamente orientate. Il concorso delle aggravanti speciali nel furto (da cui derivava una “pena smisurata” da anni tre a dieci) fu un primo terreno di scontro (come possono concorrere aggravanti come la “destrezza” o la “violenza sulle cose” con quella della “esposizione alla pubblica fede”, ad es.?); e, in genere, i reati contro il patrimo-

¹¹⁴ Ricordo R. NANIA, *Il valore di costituzione*, cit.

¹¹⁵ Ricordo C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, Tipografia Veneziana, 1984, 118 ss.

¹¹⁶ Ricordo il celebre luogo di Hamilton, sulla giurisdizione *purposeless* e *swordless* (*The Federalist Papers*, n. 78 ss.).

¹¹⁷ F. FRANCESCHI, G. ZAGREBELSKY, *Corte costituzionale. Il co-legislatore e il Parlamento*, in *Quaderni cost.*, 1981, 162.

¹¹⁸ Fu emblematico il “caso Tolin”, in tema di reati di opinione, su cui cfr. M. RAMAT (a cura di), *Storia di un magistrato - Materiali per una storia di Md*, Roma, Manifestolibri, 1986, 22.

¹¹⁹ Cfr. indicazioni diffuse in S. BARTOLE, *Interpretazioni*, cit., 182 ss. Mi riferisco a Corte cost., sentenze n. 87 del 1979, n. 184 del 1986. Il problema dei “titoli di risarcimento” è stato poi, forse conclusivamente, affrontato da Cass., SS.UU., 11 novembre 2008, n. 26973.

Abstract

The role of the Constitutional Court is intermediate, as it has been said (Crisafulli, Cheli), between that of the Judiciary and of the Parliament: the beginnings of Court's activity are marked by the distrust, in its regard, of both of them. A prudent but incisive jurisprudence allows the Court to establish good relations with the political world, which increasingly, since the early 1970s, has followed up on its jurisprudential indications. Moreover, the Constitution is a set of rules but also a "social reform program". The enhancement of this program leads to increasingly insistent and demanding exhortations and warnings against the legislator, as well as decisions involving expenses. Within the newfound harmony, a new area of conflict thus opens up, which the Court will overcome with a prudent use of its powers, but also with additional decisions of principle or mechanism, which establish a more balanced relationship between the two powers. The last line of friction has been given by interpretations which appeared too "daring" against which political power opposes constitutional revisions (in topics such as due process, and positive actions).

By the end of the 1960s, the relations with other Courts undergo a change. The "judicial protest", linked to the "1968 student protest movement", pushes the Higher Courts to favorably evaluate the "question of constitutionality", while the doctrine of "living law" restores a climate of mutual trust. Shortly thereafter, constitutional values also begin to pervade the jurisprudence of the other Italian Higher Courts. This climate continues overcoming temporary misunderstandings.

A new problematic area now opens up for what concerns the relations with Supranational Courts.

The Court, driven by the need for justice, passes from a linear and almost civilistic style of argumentation to an argumentative style that enhances the different level of constitutional principles (almost a definitional balancing) and now to a style that enhances an ad hoc balance, albeit minimal and "of second degree". That poses problems of not slight thickness.

Una teoria dei principi

di Pierluigi Chiassoni*



Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – Regole, principi, postulati. § 3. – Alcuni difetti interni. § 3.1. – Definizioni non adeguatamente formulate. § 3.2. – Concetti non adeguatamente disegnati. § 3.3. – Teoria della demarcazione qualitativa (“forte”) o teoria mista? § 3.4. – Sulla pretesa autonomia categoriale dei postulati. § 4. – Il vizio originario.

«et certe cuiusque rei potissima pars principium»
D. 1.2.1

§ 1. – Premessa

I principi hanno costituito una presenza costante nella riflessione contemporanea dei giuristi e dei filosofi del diritto nelle loro ricerche di metodologia giuridica¹.

Non così nella teoria (generale) del diritto. Questa li ha anzi considerati, per lungo tempo, un tipo di “norma” (o “regola”) tra le altre, non meritevole di particolare attenzione in sede d’indagini sugli aspetti formali (non contenutistici) e strutturali del diritto in generale. Hans Kelsen, ad esempio, si è occupato espressamente di principi soltanto nel capitolo ventottesimo della postuma *Teoria generale delle norme*, laddove critica la “teoria della trasformazione” difesa da Josef Esser in *Principio e norma nello sviluppo giurisprudenziale del diritto privato*, tacciandola di giusnaturalismo mascherato². La teoria delle norme giuridiche che Alf Ross propone in *Diritto e giustizia* non concede ai principi alcuno spazio³, e lo stesso accade ne *Il concetto di diritto* di Herbert

* Università degli Studi di Genova.

¹ Cfr., ad es., G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto* (1921), Milano, Giuffrè, 1958; V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto* (1941), Prima parte, in *Lo Stato*, n. 12/2019, 139-154; Seconda parte, in *Lo Stato*, n. 13/2019, 183-200; N. BOBBIO, *Principi generali del diritto* (1966), in IDEM, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994, 257-279.

² H. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen* (1979), trad. it. di M. Torre, *Teoria generale delle norme*, Torino, Einaudi, 1985.

³ A. ROSS, *On Law and Justice* (1958), trad. it. di G. Gavazzi, *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1965; nessun accenno ai principi si legge inoltre in IDEM, *Directives and Norms*

Hart, il testo (ri)fondativo della *jurisprudence* anglo-americana⁴. Nessun cenno ai principi si ritrova, infine, nel corso *Teoria della norma giuridica* che Norberto Bobbio detta nell'anno accademico 1958-59⁵.

Dalla seconda metà degli anni Sessanta, tuttavia, interviene un mutamento profondo. La noncuranza della teoria del diritto per i principi si trasforma progressivamente in un'attenzione diffusa e assidua. Ciò per effetto del concorso di una pluralità di moventi culturali, tra cui figurano, anzitutto, l'allargamento (se non il ri-orientamento) tematico della teoria del diritto (da teoria dell'ordinamento giuridico a teoria del ragionamento giuridico), la costituzionalizzazione della cultura giuridica, che non risparmia la cittadella della teoria positivista tradizionale⁶, l'affermarsi di uno statuto disciplinare della teoria giuridica che le assegna, oltre al consueto compito "espositivo" (descrittivo ed esplicativo), un compito di alta politica del diritto, consistente nell'elaborare nozioni e tesi idonee a promuovere il buon andamento degli stati costituzionali di diritto, e, con esso, la realizzazione dei valori umanistici (di dignità, eguaglianza, autonomia, libertà, inviolabilità, solidarietà) recepiti e garantiti dai loro principi fondamentali⁷.

In questo scritto mi propongo di presentare e commentare la teoria dei principi (e delle norme giuridiche in generale) di Humberto Ávila⁸. Tre aspetti la rendono meritevole di riflessione.

(1968), trad. it. di M. Jori, *Direttive e norme*, Milano, Comunità, 1978.

⁴ H.L.A. HART, *The Concept of Law* (1961), trad. it. di M. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1965.

⁵ N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, Giappichelli, 1958.

⁶ Una cultura giuridica ("interna", avrebbe precisato Tarello: cfr. G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, il Mulino, 1988, 205-217) è il complesso delle credenze e degli atteggiamenti intorno al diritto in generale e a uno o più ordinamenti positivi particolari intrattenuti in un determinato arco di tempo dagli operatori giuridici (filosofi e teorici del diritto, giuristi, giudici, avvocati, funzionari). Una cultura giuridica è costituzionalizzata quando risulti impregnata dall'idea di dover fare i conti – in tutte le aree del diritto positivo, secondo le rispettive competenze dei suoi esponenti – con la presenza di una costituzione che vale da documento giuridico fondamentale, tanto nei rapporti interni all'ordinamento, quanto in relazione ad altri ordinamenti. La costituzionalizzazione della cultura giuridica è fattore della costituzionalizzazione degli ordinamenti giuridici (su cui cfr. R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011, 195-223).

⁷ Cfr., ad es., U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1965; IDEM, *La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato*, in IDEM (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, Comunità, 1983, 281-340; IDEM, *Il positivismo giuridico rivisitato*, in *Riv. Fil.*, LXXX, 3, 1989, 461-475; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritto, giustizia*, Torino, Einaudi, 1990; S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, 3 voll.; G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2010; B. CELANO, *I diritti nello stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2013; M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2017; G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, il Mulino, 2017; B. CELANO, *Lezioni di filosofia del diritto. Costituzionalismo, stato di diritto, codificazione, positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2018.

⁸ Cfr. H. ÁVILA, *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos* (2003), XII edição ampliada, São Paulo, Malheiros Editores, 2011 (del libro è apparsa una

norme che *non* sono norme finali (si pensi al principio della responsabilità aquiliana o al principio dell'onere della prova), *né* possiedono un elevato grado d'indeterminatezza (si pensi al principio "*Nullum crimen sine lege*", o ancora, nuovamente, a quello dell'onere della prova), possedendo però un elevato valore etico-normativo istituzionale.

5. In forza di ciò, la teoria dei principi di Ávila può essere accettabile quale proposta di carattere dogmatico, dottrinale, "giuristico". Ciò dipenderà dalla sua funzionalità rispetto a esiti pratici che si reputino meritevoli. Come, ad esempio, il promuovere un maggior rispetto per la costituzione laddove (si sia stabilito che essa) contiene *regole*, censurando l'operato di quei giuristi e giudici che, in maniera "disinvolta", trattino le *regole* costituzionali come se fossero *principi*.

6. Appare non accettabile, per contro, quale proposta di una teoria generale, analitica e avalutativa, dei principi. Una prospettiva genuinamente teorica richiede infatti, spezzato l'incantesimo dworkiniano, di adottare una meta-teoria delle norme giuridiche rigorosamente informata alla distinzione tra *considerazione ontologica*, *considerazione assiologica* e *considerazione metodologica*, e dunque avvertita circa i limiti delle "ontologie", e consapevolmente e criticamente pluralista.

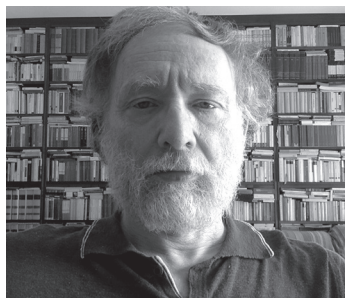
Abstract

The paper pursues two different but related goals. First, it purports to provide a careful account and an analytical critique of the theory of legal principles (and legal norms in general) set forth by Humberto Ávila, one of the leading representatives of contemporary Brazilian jurisprudence. Second, it purports to argue for the need that theories of legal norms be carried out by carefully distinguishing, at the meta-theoretical level, between an ontological, an axiological and a methodological consideration, as a swift journey through the history of contemporary Western legal culture suggests.

Il nodo di Kelsen

Ancora liberali nonostante tutto

di Claudio Luzzati*



Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – Un’osservazione distratta. § 3. – Un libro tardivo. § 4. – La relatività di tutti i valori e il valore della liberal-democrazia. § 5. – Da una neutralità all’altra. § 6. – La dottrina pura e la democrazia dopo Norimberga.

§ 1. – Premessa

Anche se il convegno a Milano Bicocca su «Essenza e valore della democrazia in Kelsen» in programma per il 2-3 aprile 2020, per cui era stato pensato questo mio studio, non ha potuto tenersi nella data prevista per i noti motivi sanitari, mi sento in dovere di ringraziare ugualmente gli organizzatori, e in particolare Patrizia Borsellino, per avermi dato l’occasione di riflettere di nuovo sull’attualità di queste tematiche in tempi di “populismo” scatenato.

Avverto che prenderò le mosse da due episodi delicati in cui Kelsen si trova in difficoltà: l’ammissione di un proprio *lapsus*, che pare smentire la pur sempre ribadita neutralità della dottrina pura, e il ritiro del libro sulle religioni secolari quando era già pronto per la stampa.

Seguendo le tracce di queste due vicende, ci si accorgerà che le rispettive “piste”, a saperle decifrare, convergono.

Molto dipende dalla nostra capacità di *rivedere* la pretesa centrale, ma alla fin fine sterile, di *Wertfreiheit* della teoria generale e della scienza giuridica positivista che Kelsen avanza, e, d’altra parte, di rivisitare nel modo “giusto” il relativismo dell’autore.

Più specificamente, cercherò di stilare un bilancio delle tesi di Kelsen teorico della politica, sottolineandone i numerosi aspetti ancor oggi vitali, per niente caduchi, che, a mio sommosso avviso, sono innanzi tutto quelli laici e liberali.

Di conseguenza, più che intraprendere uno scavo filologico strettamente inteso, tenterò di *ripensare* l’insegnamento kelseniano, recupe-

* Università degli Studi di Milano.

randone l'attualità. Insomma, non farò alcunché di diverso da quel che sono soliti fare i filosofi analitici quando "ottimizzano" le teorie anche al di là delle intenzioni espresse di chi le ha elaborate.

Non si tratta, si badi, di un tradimento, in quanto, anziché piegare le concezioni di Kelsen ai miei desiderata, segnalerò con cura i punti dove, rispettosamente, mi allontanano da lui.

§ 2. – Un'osservazione distratta

Nel suo saggio *Formalismo giuridico e dottrina pura* (1929) Kelsen si duole di una propria «affrettata osservazione» nella prefazione all'edizione del 1911 degli *Hauptprobleme* con cui sembra avallare la tesi secondo la quale la dottrina pura sarebbe riconducibile ad una visione liberale. Vincendo il proprio imbarazzo, Kelsen invita «chi volesse condannare *in toto* la dottrina pura del diritto come liberalismo formalistico» a non disattendere la testimonianza in senso contrario di tutto il suo lavoro scientifico¹.

L'autodifesa di Kelsen è appassionata. Dopo aver preliminarmente chiarito che è «un errore definire la dottrina pura del diritto come una propaggine della teoria liberale-individualistica dello Stato di diritto, come democraticismo politico e pacifismo», espone pignolescamente le sue credenziali: «Nessuno, più di me ha discredito il giusnaturalismo democratico che si ritrova in tanti ragionamenti della tradizionale dottrina del diritto pubblico, nessuno ha contrapposto più energicamente di quanto ho fatto io all'atteggiamento soggettivistico del liberalismo presunto scientifico la necessità di una dottrina oggettivistica del diritto e dello Stato. Nessuno, più di me, ha dissolto il concetto di Stato di diritto del liberalismo politico come assolutizzazione di un punto di vista unilaterale. Con la massima energia ho detto che la concezione, determinata pacifisticamente, del rapporto tra diritto internazionale e diritto interno – quello che io ho chiamato primato del diritto internazionale – ha una pari dignità, dal punto di vista del-

¹ H. Kelsen, *Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre*, in *Juristische Wochenschrift*, Jg. 58, 1929, 1723-1726, trad. it. di D. Mattalia, *Formalismo giuridico e dottrina pura del diritto*, ora in *IDEM*, R. Treves, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, a cura di S.L. Paulson, Napoli, ESI, 1992, 39-50, in part. 44-45, in relazione a H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1911 e 1923), trad. it. e cura di A. Carrino, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, Napoli, ESI, 1997, 5-15, in part. 12, dove l'A. addita all'ipertrofia della dominante dottrina pubblicistica, paragonata alla concezione politica del socialismo di Stato, per sottolineare come la dottrina pura giunga invece a una rilevante semplificazione concettuale. «Poiché in ciò i miei risultati si toccano con parecchi risultati della più antica teoria liberale dello Stato», aggiunge Kelsen con un evidente scivolone, «non potrei in alcun modo oppormi se si dovesse vedere nel mio lavoro un sintomo di quel neoliberalismo che nei tempi più recenti sembra prepararsi dappertutto». Cfr. G. Gavazzi, *Introduzione a H. Kelsen, La democrazia*, V ed., Bologna, il Mulino, 1984, 7-31, spec. 8, nt. 1. La situazione è più complessa, perché Kelsen si rimprovera nello stesso testo una caduta analoga a proposito del formalismo.

Per concludere la mia analisi, devo rispondere a un'ultima obiezione.

Si potrebbe infatti dire che, sostituendo, o accompagnando, la neutralità scientifico-metodologica di Kelsen con la neutralità intesa come reciproca tolleranza, non ho fatto altro che innestare nel pensiero del nostro autore quel che desideravo trovarci. Se questa critica fosse corretta, avrei trovato in Kelsen quello che ci avevo messo io, sia pure, va detto, ricorrendo ad un'operazione esplicita.

Questa critica ha almeno un vantaggio: essa riconosce che, tutto considerato, la teoria pura non è una dottrina liberale *in disguise*, sotto mentite spoglie (v. *supra* § 2.).

D'altronde, se la costruzione kelseniana non si prestasse strutturalmente e funzionalmente all'innesto di cui qui si discute – demistificando i miti, anche quelli democratici, distinguendo fra le leggi quelle costituzionali dalle altre⁷⁹, sullo sfondo d'un positivismo consapevole e realistico – l'innesto non attecchirebbe.

Come si diceva, Kelsen ci fornisce gli strumenti giuridici e filosofici per mettere in atto una democrazia laica e liberale. Sta a noi decidere se usarli. E usandoli, dovremo ammettere la forza critica e l'estrema attualità del pensiero kelseniano, nonostante alcune incoerenze, persino dove, ad uno sguardo disattento, sembra legato principalmente alle problematiche austriache – ma l'Impero asburgico preconizzava il pluralismo – o a quelle della Repubblica di Weimar. Del resto, la storia ci prende sempre di sorpresa: anche quando si ripete, lo fa a modo suo.

Abstract

This essay is a reinterpretation of Kelsen's theories on procedural democracy, showing both their connection with the pure doctrine of law and their relevance even to today's world. More especially, an attempt has been made to draw up a balance of the theses of Kelsen as a political theorist, underlining the numerous aspects that are still vital, which are above all the secular and liberal ones.

However, in order for Kelsen's thinking to meet the new challenges of liberal democracy, we have to modify some points of this author's approach, which does not mean betraying him. The paper focuses on three questions. 1) Kelsen bases liberal democracy on relativism and ethical non-cognitivism, but his conception of relativism is too broad and welcoming to be endorsed. On top of that it is more reasonable to ground analytical metaethics on a liberal choice than vice-versa. 2) The primacy of parliament needs to be harmonized with

⁷⁹ Alla fine della prima guerra mondiale, su questo punto la visione teorica era confusa, cfr. M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2001.

the constitutional control of laws by a court. To this end it is crucial to use the tool of hierarchical superiority of the constitution over ordinary laws. 3) Last but not least, the idea of the neutrality of scientists, who cannot express value judgments, must be integrated with the neutrality of liberals committed to not discriminating between different comprehensive conceptions of life. On the other hand, no one believes anymore that jurisprudence, and even more so, the theory of democracy, can be neutral.

Emergenza e adattamento sistemico

Sui limiti di resilienza degli ordinamenti democratici. Parte seconda

di Francesco Rimoli*



Sommario: § 4. – Adattamento sistemico. § 5. – Resilienza democratica? § 6. – La biopolitica dell'emergenza e il rischio necessario. § 7. – Per un discorso che non può finire...

«A nulla ho fatto l'abitudine, a nulla, e meno che mai alla morte»
ELIAS CANETTI, *Il libro contro la morte*

§ 4. – Adattamento sistemico

Detto altrimenti: ritenere che le costituzioni formali possano fronteggiare, per sé, un vero fenomeno emergenziale è probabilmente convinzione illusoria; anche laddove esse vogliano disciplinare l'azione finalizzata a contrastarlo, le disposizioni a ciò preordinate sono per lo più destinate a essere travolte dalla mera fattualità¹. Il problema sta piuttosto nella dimensione funzionale dell'autosospensione, e nel rischio – inevitabile – che questa si traduca, per la sua profondità ma anzitutto per il suo protrarsi temporale, in un mutamento stabile dell'assetto politico del sistema.

Indubbiamente, la condizione emergenziale suscita alcuni dei fattori tipici delle fasi prodromiche all'avvento dei regimi autoritari. L'esigenza di decisioni rapide, la concentrazione dei poteri e l'elusione dei controlli parlamentari, la deroga costante alle procedure ordinarie, e soprattutto la presenza, reale o artefatta, di un nemico da combattere (un aggressore esterno o interno di qualunque tipo, da uno Stato straniero a un gruppo eversivo, da una crisi economica a un'epidemia)²,

* Università degli Studi Roma Tre.

¹ Sul punto si veda anche B. ACKERMAN, *The Emergency Constitution*, in *Yale Law Journal*, 2004, 1029 ss.

² La pandemia del 2020 fornisce in tal senso un ottimo esempio di nemico, invisibile, insidioso, persistente e sfuggente: la metafora bellica utilizzata in molti Paesi colpiti, evi-

rendono assai più facile, a chi voglia e sappia farlo, sfruttare le circostanze appellandosi allo stato di necessità in funzione di legittimazione del regime di eccezione, per consolidare una posizione in cui, complice la tendenza psicologica collettiva all'affidamento nei momenti critici³, finisce col prevalere quel principio di *auctoritas*, anomico e metagiuridico, che, differenziato da quello di *potestas*, normativo e giuridico, diventa infine «una figura dell'immanenza del diritto alla vita», traducendosi poi nelle figure proprie del potere carismatico weberiano e nell'esiziale manifestazione della dottrina personalistica della *Führung*⁴. In tale prospettiva estrema (e nondimeno drammaticamente incisa nella comune esperienza storica), la dimensione biopolitica si estrinseca in una duplice direzione: il corpo del *Führer* (del Duce, del *Conducator*) si identifica con quello del suo *Volk* e viceversa, in modo tale che la biunivocità di tale corrispondenza generi infine una sorta di unione mistica in cui ogni volontà e ogni libertà individuale finisce con l'essere assorbita nella volontà sovrana del Capo carismatico⁵.

Per tal via, la prospettiva biopolitica si tramuta facilmente in tanatopolitica. Così per Michel Foucault il periodo nazista costituisce una «sporgenza irriducibile» della storia che lo precede, giacché fonde due dimensioni fino ad allora in apparenza divergenti, quali sovranità e biopolitica, che invece a un certo punto si legano in una forma di indistinzione tale per cui l'uno è insieme il rovescio e il complemento dell'altro. Nel regime nazista si assiste «allo scatenamento del potere omicida e del potere sovrano attraverso tutto il corpo sociale»⁶; in esso

dentemente inappropriata nei suoi contorni reali, è servita tuttavia a produrre (almeno temporaneamente) un ricompattamento «patriottico» interno che ha consentito, secondo dinamiche ben note, l'accettazione di misure di drastica limitazione delle libertà individuali da parte delle popolazioni interessate. Sull'uso del nemico in funzione strategica nei regimi non democratici, tra molti, D. FISICHELLA, *Totalitarismo. Un regime del nostro tempo*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1984, 39 ss.

³ Su cui si veda il sempre importante studio di W. REICH, *Psicologia di massa del fascismo* (1934, III ed. 1969), Torino, Einaudi, 2002, spec. 37 ss.

⁴ Così G. AGAMBEN, *op. cit.*, 107-108; sul concetto di *auctoritas* nell'esperienza romana si veda tuttavia B. LINCOLN, *L'autorità. Costruzione e corrosione* (1994), trad. it. di S. Romani, Torino, Einaudi, 2000, spec. 44 ss.; per una nota riflessione sull'autorità nei modelli totalitari del Novecento, H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo* (1966, III ed.), trad. it. di A. Guadagnin, Milano, Edizioni di Comunità, 1996, spec. 545 ss.; sul potere carismatico M. WEBER, *Economia e società, I. Teoria delle categorie sociologiche* (post., 1922), trad. it. di T. Bagioti, F. Casabianca, P. Rossi, Milano, Edizioni di Comunità, 1995, 238 ss.

⁵ Sull'intima connessione tra *Führertum* (Guida), *Führerprinzip* (principio del comando), *Führung* (direzione) e *Führerstaat* (Stato fondato dalla Guida), C. SCHMITT, *Stato, movimento, popolo. Le tre membra dell'unità politica* (1933), in IDEM, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, Venezia, Neri Pozza, 2005, 255 ss. (ma spec. 293 ss.); sulle radici di tale concezione F. NEUMANN, *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo* (1942), trad. it. di E. Bazziacini, Milano, Mondadori, 1999, 95 ss.

⁶ M. FOUCAULT, «Bisogna difendere la società», cit., 224-225: ma esso «non avrà come unico obiettivo solo la distruzione delle altre razze. La distruzione delle altre razze non è che uno degli aspetti del progetto. L'altro sarà quello di esporre la propria razza al pericolo assoluto e universale della morte», perché «solo quest'esposizione universale di tutta la popolazione alla morte potrà effettivamente costituirla come razza superiore e rigenerar-

sistemico-funzionale, ancorché non priva di una sua limitante rigidità analitica e fondata su un'inevitabile tendenza all'avalutatività etica, consente però di cogliere, all'interno delle vicende in atto, linee di tendenza di ampio respiro, e di individuare dunque – forse – qualche possibile strumento di contrasto alle possibili (o probabili) conseguenze che la necessaria accettazione del rischio di involuzione autoritaria dei modelli democratici produce nei momenti critici. L'elasticità adattiva del diritto, ampiamente inteso nell'accezione luhmanniana, è in sé per definizione tale da consentire comunque continuità al sottosistema giuridico; quella dell'ordinamento-struttura, o meglio del suo (eventuale e fragile) carattere democratico, è invece limitata, e ciò fa sì che quest'ultimo possa subire irrimediabili discontinuità allorché si creino determinate condizioni ambientali. E tuttavia, come detto, tale rischio è ineliminabile: riprendendo infine la metafora immunitaria, il farmaco, necessario a salvare la vita del paziente, se assunto in dosi eccessive può ucciderlo. Ma è questa una delle leggi inesorabili dell'esistenza e del divenire della società quale sistema vivente.

Abstract

In the face of the CoViD-19 pandemic, democracies had to take exceptional measures to limit constitutional freedoms. This essay examines the elasticity limit of democratic regimes and their ability to return to their original structure after the deformations made necessary by the emergency phase.

La metamorfosi della giustizia costituzionale in Italia

di Antonio Ruggeri*



Sommario: § 1. – Roberto Romboli e gli studi della giustizia costituzionale in Italia. § 2. – Le alterazioni dell'equilibrio tra le due "anime", la politica e la giurisdizionale, che danno la natura della Corte costituzionale quali indici particolarmente attendibili della sua metamorfosi in atto, segnata da una vistosa e crescente emersione dell'una "anima" a discapito dell'altra, e i negativi riflessi che ciò comporta per l'intero assetto delle istituzioni della Repubblica e, in ultima istanza, per l'idea stessa di Costituzione e di Stato costituzionale. § 3. – I segni mag-

giormente vistosi ed espressivi della tendenza in atto, al piano dei rapporti che la Corte intrattiene con il legislatore come pure a quello dei rapporti con i giudici comuni (esemplificazioni con riguardo a taluni casi che hanno animato un fitto dibattito tra gli studiosi, in specie al caso *Cappato*). § 4. – Gli elementi "diffusi" del nostro sistema di giustizia costituzionale, la spinta vigorosa venuta dalla più recente giurisprudenza verso il "riaccentramento" del sindacato sulle leggi, le esperienze che ne danno una particolarmente eloquente ed attendibile testimonianza (con specifico riguardo al modo con cui è fatto valere il canone della interpretazione conforme). § 5. – (*segue*) la confusione tra le competenze della Corte, quale si concreta per effetto dell'utilizzo dello strumento del conflitto tra poteri anche per giudicare della validità delle leggi, e talune vicende processuali emblematicamente espressive dei ripetuti e gravi scostamenti operati dalla Corte dai canoni (anche costituzionali!) che presiedono all'esercizio della giurisdizione costituzionale. § 6. – Al tirar delle somme: gli innegabili meriti che la Corte si è conquistata sul campo quale garante ultimo della legalità costituzionale e le parimenti innegabili responsabilità che possono esserle imputate per le non poche né poco rilevanti deviazioni dalla sua giurisprudenza operate dal solco costituzionale, responsabilità che tuttavia, almeno in parte, si debbono a gravi e ad oggi non rimediate carenze degli organi della direzione politica (e, segnatamente, del legislatore).

* Università degli Studi di Messina.

Il testo riproduce la relazione al VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional. Homenaje al Prof. Roberto Romboli, organizzato dal Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIIJUS), 8-10 ottobre 2020.

Avverto che la succinta illustrazione di vicende ed esperienze processuali familiari alla comunità scientifica italiana si deve alla destinazione dello scritto e che i riferimenti di letteratura, a motivo dello spazio ristretto qui disponibile, sono contenuti all'essenziale.

§ 1. – Roberto Romboli e gli studi della giustizia costituzionale in Italia

Non è facile fare il punto sulla condizione degli studi di giustizia costituzionale in Italia e, ancora meno, lo è stabilire (o, per dire con maggiore cautela, *tentare* di stabilire) quale sia il posto in essi detenuto dalle riflessioni che Roberto Romboli, ormai da quarantacinque anni, consegna alla comunità degli studiosi e degli operatori (tra i quali, appunto, la stessa Corte costituzionale). Non lo è, in special modo, per me, essenzialmente per due ragioni: per un verso, sia pure in una minima, marginale parte, mi troverei costretto a fare un cenno anche ai miei contributi; e la cosa – com'è chiaro – non soltanto mi crea non poco disagio ma soprattutto rischia di portare a ricostruzioni deformanti e forzose, in palese disprezzo dell'aureo insegnamento impartitoci dalla sapienza giuridica romana secondo cui *nemo iudex in causa propria*; per un altro verso, poi, quest'ammonimento che oggi rivolgo a me stesso potrebbe – mio malgrado – proiettare la sua ombra anche sulla figura dell'illustre studioso che oggi onoriamo, ovviamente senza sua colpa ed anzi, forse, per suo merito. E ciò, per il fatto che il legame di affetto profondo che, senza alcuna retorica e con animo sincero, qualifico come fraterno e che ormai ci lega da oltre quarant'anni, un legame mai incrinato da alcuna ombra ed anzi col tempo sempre più cresciuto, solleva in me (e, forse, anche in altri...) il dubbio che potrei non valutarne la statura di studioso con il giusto distacco che sempre deve stare a base di ogni indagine scientifica.

D'altro canto, parlare di quanto Roberto Romboli (d'ora innanzi: R.) ha fatto e seguita infaticabilmente a fare per i nostri studi, portandoli ad altissimi livelli ed accreditandoli anche in ambito internazionale, è un'impresa titanica che da sola richiederebbe una trattazione a sé che, con ogni probabilità, sarebbe obbligata a portarsi ben oltre lo spazio oggi concessoci. Confesso, ad ogni buon conto, che, in un primo momento, avevo pensato di dedicare questo mio scritto proprio ed esclusivamente a quest'aspetto. Ne sono stato sconsigliato, oltre che per la ragione appena detta, per il timore che la raffigurazione che ne avrei dato avrebbe potuto – come dicevo – dar adito al rilievo della parzialità dei giudizi, velati dall'amicizia, a tutti nota, che v'è tra R. e me, ed ho perciò dirottato la mia attenzione su un tema in minor misura coinvolto dalla relazione interpersonale in parola.

Quel che è certo, assolutamente inconfutabile, è che R. ha dato un impulso decisivo, forse come nessun altro, agli studi di giustizia costituzionale; e basterebbe a testimoniare già solo il riferimento a tre dati universalmente conosciuti ed apprezzati.

Il primo di essi è costituito dall'avvio dato, per iniziativa appunto di R., ad alcuni incontri, inizialmente riservati a pochi, selezionati e

titi) e persino scopertamente contrari al dettato costituzionale: con un moto circolare che da se medesimo si alimenta e rinnova in modo perverso e senza sosta.

Si pensi, ad es., ai casi in cui il legislatore riproduca norme di legge caducate dalla Corte, in violazione del disposto di cui all'art. 137 Cost. che – come si è dietro rammentato – fa divieto categorico d'“impugnazione” delle decisioni della Corte. Un fatto, questo, che, per un fisiologico svolgimento delle relazioni istituzionali, è da considerare illecito ma che – come si viene dicendo – può rinvenire giustificazione laddove si ponga in opposizione di pronunzie abnormi del giudice costituzionale, nel tentativo di contenerne, se non pure interamente vanificarne, gli effetti.

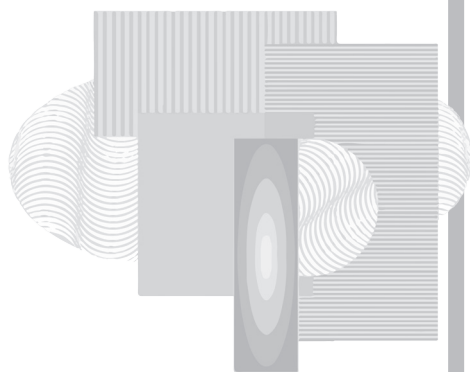
Ovviamente, si pone qui la micidiale questione teorico-pratica relativa a chi abbia titolo per far luogo alle qualificazioni di merito richieste dai singoli casi. A conti fatti, come sempre, in ultima istanza è il canone della effettività a stabilire l'esito ultimo di siffatte vicende. Non si dimentichi, infatti, che anche le leggi “riproduttive” di altre leggi dapprima annullate non si sottraggono, in via di principio, alla loro caducazione, oltre che per le medesime ragioni che stanno a base dei precedenti annullamenti, altresì (e specificamente) per violazione del giudicato costituzionale.

Insomma, un punto di chiusura del sistema, specie nelle sue esperienze maggiormente spinose e gravide di implicazioni istituzionali, al tirar delle somme, non v'è, la dinamica istituzionale potendosi rimettere in moto in ogni tempo, senza che a nessuno spetti di dire la parola “fine”, come invece si ha in una storia raccontata da un film.

Abstract

The paper highlights the alterations in the nature and activities of the Constitutional Court resulting from the loss of the balance between the political and jurisdictional “soul” that characterize the peculiar way of being and operating of the body and, in particular, the increasingly conspicuous emergence of the former to the detriment of the latter. Therefore, referring to some of the most salient experiences, we note how this trend is affirmed on the two sides of the relationship with common judges and with the legislator, where it is justified and nourished by the serious crisis that has been afflicting political representation for a long time.

Materiali



Sul "giuspositivismo giudiziario": un colloquio ritrovato con Klaus Adomeit
di Federico Pedrini

Il giuspositivismo nel pensiero di Hans Kelsen e di Gustav Radbruch
di Klaus Adomeit

*Sistema presidenziale o riforma della Costituzione? Carl Schmitt nel
crepuscolo di Weimar*
di Antonino Scalone

La situazione politica in Germania
di Carl Schmitt

Sul “giuspositivismo giudiziario”: un colloquio ritrovato con Klaus Adomeit

di Federico Pedrini*



Sommario: § 1. – Una parentesi personale. § 2. – *Graecia capta ferum victorem cepit*. § 3. – Il problema del “metodo giuridico”. § 4. – I principi costituzionali e la “materializzazione” del diritto. § 5. – Per una rinnovata funzione critica della dottrina.

grata mora venies, maxima lena mora est
(OVIDIO, *Ars amatoria*, III, 752)

§ 1. – Una parentesi personale

Sono trascorsi quasi vent'anni da che conobbi Klaus Adomeit durante un semestre di studio presso quella che poi sarebbe per me diventata una seconda *Alma Mater*, in una piccola aula della Facoltà di Giurisprudenza della *Freie Universität* di Berlino. Adomeit, allora poco meno che settantenne, era già collocato a riposo, ma teneva regolarmente dei corsi, in Germania nel semestre invernale e in Spagna in quello estivo. Io frequentavo il suo *Blockseminar* di Diritto civile sulla libertà contrattuale ed ero l'unico studente straniero all'interno di uno sparuto drappello di partecipanti, sicché fui rapidamente designato a esporre alla classe una relazione sullo stato dell'arte nel mio Paese. Presi il compito piuttosto sul serio – ricontattando anche Francesco Galgano, che era stato mio professore a Bologna, e le cui tesi provai in qualche modo a riassumere – e dedicai buona parte delle vacanze di Natale del 2002 a preparare un testo scritto, che poi imparai quasi a memoria per non fare troppo magra figura. La strategia evidentemente funzionò, non tanto per il risultato dell'esame (un voto pieno evidentemente dovuto più alla generosità del docente che alla bontà della *performan-*

* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

ce) ma perché da allora con Adomeit si instaurò un rapporto personale di cordialità, stima e simpatia reciproche, stabilmente protrattosi poi nel corso degli anni. Fu lui, infatti, a segnalarmi per primo a quello che poi divenne il mio Maestro in terra tedesca, Philip Kunig, e a introdurmi anche ad altri colleghi della Facoltà come giovane studioso quando iniziai il mio percorso di ricerca (dapprima col dottorato, poi con assegni e altre borse di studio italiane e tedesche, per alcune delle quali fu lui stesso a stendere lettere di referenza) che tante volte nel corso degli anni successivi mi vide tornare a Berlino. Le visite nello studio di Adomeit (prima al pianterreno, successivamente quasi in soffitta) nell'edificio in legno del Dipartimento erano divenute una consuetudine tanto gradita quanto irrinunciabile ogni qual volta ricapitassi a Dahlem, così come le colazioni in un piccolo *bistrot* francese lì vicino chiamato *Aux Delices Normands*, dove si parlava – spesso anche con altri ospiti di altre università tedesche o straniere – di diritto ma non solo. Classicista raffinato (nella sua eterogenea produzione figura non soltanto un volume dedicato al *Latino per studenti di giurisprudenza*¹, ma anche uno studio sull'*Amore in Ovidio*, riletto alla luce delle elegie di Goethe²) e attento studioso della storia dei concetti (sua una *Introduzione alla filosofia politica* incentrata sulla riflessione degli antichi sull'idea di Stato³), era ostinatamente contrario alle mode e alle posizioni artatamente *main stream*, che spesso si attestano nella letteratura giuridica quasi per forza d'inerzia. Ricordo distintamente che quando gli accennai a una mia possibile monografia in tema di tutela costituzionale del consumatore (tradussi così in tedesco, un po' sbrigativamente, perché discorrere di una 'disciplina costituzionale del consumo' mi veniva difficile) trattenne a stento un'espressione di disgusto per la sgradevole connotazione «materialistica» e «degradante» – parole sue – implicita nel verbo 'consumare'. Eravamo a cena a casa sua, non lontana dalla Facoltà dove per tanti anni aveva insegnato, in una serata molto fredda e nevoosa (credo del gennaio 2013) che mi valse anche la presentazione della moglie, una donna molto bella che in gioventù – mi raccontava – era stata ballerina e che (come pure lo stesso Adomeit, del resto) aveva ancora ricordi estremamente vividi della tragedia nazionalsocialista.

Fu l'ultima volta che vidi Adomeit di persona: antichi problemi cardiaci si erano fatti più pesanti e anche le sue presenze in Facoltà da allora si diradarono, così come più sporadici divennero i nostri contatti epistolari; sempre quella sera mi rinnovò il suo desiderio di vedere

¹ K. ADOMEIT, *Latein für Jurastudenten. Ein Einstieg in das Juristenlatein*, V ed., Berlin, BWV, 2009.

² IDEM, *Ovid über die Liebe. Sein Lehrgedicht „Ars amatoria“, erläutert mit Hinweisen auf Goethes Römische Elegien*, Heidelberg, C.F. Müller, 1999.

³ IDEM, *Antike Denker über den Staat. Eine Einführung in die politische Philosophie*, Heidelberg et al., UTB R. v. Decker, 1982.

per il professionista quanto per lo studioso accademico, ambedue non dovrebbero mai dimenticare che una decisione giudiziale, anche non (più) impugnabile e proveniente dalle massime magistrature, dal punto di vista intellettuale nella sua parte motivazionale non esprime che semplici *opinioni*.

Se al dispositivo, insomma, si potrà anche tributare la stessa deferenza (e la medesima obbedienza) che una volta si era disposti a riconoscere alla legge²⁹, nessun «fondamento mistico» autoritativo³⁰ sarebbe invece da accordare alla *ratio decidendi* espressa nelle sentenze. Tutto all'opposto, esse andrebbero sottoposte a una critica tanto più rigorosa quanto meno aggredibili esse sono sul piano pratico degli effetti: dovendoli patire per forza (di legge), proprio con riferimento alle decisioni definitive dei tribunali «la sola difesa» – per dirla col compianto Franco Cordero – «consiste nel farle sacrilegamente a pezzi per vedere cosa contengono»³¹.

Segnatamente in questo sta la funzione critica della dottrina, la quale – forte di una libertà come quella della ricerca e dell'insegnamento, spesso negletta nelle analisi dei costituzionalisti eppure cruciale nel loro mestiere – non si riduce a una polemica ideologica, ma piuttosto vigila costantemente sulla correttezza logico-giuridica dei percorsi argomentativi di qualsiasi attore del vasto universo del diritto³².

Abstract

The paper introduces Klaus Adomeit's essay on "judicial positivism", highlighting its main aspects in terms of legal method, constitutional interpretation, theory of principles and the critical function of legal doctrine.

²⁹ V. in proposito, criticamente, P. GROSSI, *Giustizia come legge o legge come giustizia?* (1998), in IDEM, *Mitologie giuridiche della modernità*, III ed. accresciuta, Milano, Giuffrè, 2007, 33.

³⁰ Per una riflessione sul noto passo di Montaigne cfr. J. DERRIDA, *Force de loi. Le "fondement mystique de l'autorité"* (1994), trad. it. di A. di Natale, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003.

³¹ F. CORDERO, *Trattato di decomposizione*, Bari, De Donato, 1970, 8.

³² Sul punto cfr. in particolare A. VIGNUDELLI, *"Quant'è bella correttezza, che si fugge tuttavia..."* (2016 e 2017), ora in IDEM, *Il vaso di Pandora*, II, cit., 901 ss.

Il giuspositivismo nel pensiero di Hans Kelsen e di Gustav Radbruch

di Klaus Adomeit*



Klaus Adomeit (1935-2019), allievo di Hans Carl Nipperdey, era professore emerito di Diritto del lavoro e di Teoria del diritto presso la Freie Universität Berlin, della quale era stato Preside e dove aveva insegnato anche Diritto civile e Informatica giuridica. Già Presidente dell'Associazione dei giuristi tedesco-spagnoli, dopo il suo pensionamento nel 2000 aveva continuato l'attività di docenza con una cattedra ad hoc presso l'Università di Granada. Fu autore assai prolifico in molti ambiti della scienza, della teoria e della didattica giuridica, spesso con posizioni ampiamente fuori dal coro (La Direzione).

Sommario: § 1. – A cosa si riferisce il giuspositivismo? § 2. – L'avversario dei giuspositivisti. § 3. – La primigenia avversione dei giuspositivisti contro il diritto naturale. § 4. – Positivismo politico? § 5. – Il giuspositivismo dopo cattive esperienze politiche. § 6. – La paura del giuspositivismo rispetto al metodo giuridico. § 7. – Il fallimento del progetto positivista. § 8. – Giudiziario come legislativo. § 9. – Il positivismo dei principi (*Leitsatzpositivismus*).

§ 1. – A cosa si riferisce il giuspositivismo?

Se prendiamo le mosse dal latino *ponere-posui-positum*, allora il 'diritto positivo' si rinviene principalmente negli ordinamenti giuridici moderni dell'Europa continentale, e tanto potrebbe generare l'aspettativa che ad essi e a nulla più che ad essi ci si dovrebbe interessare. Nel diritto privato romano, viceversa, che viveva della tradizione ed era sottoposto alla tradizione di costanti cambiamenti¹, un atteggiamento giuspositivistico avrebbe avuto tanto poco senso così come nel *common law* inglese². E infatti così inizia il Libro I, Titolo II, delle *Institutiones* di Giustiniano: «Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit».

¹ PAUL KOSCHACKER, *Europa und das römische Recht*, part. p. 180: «Juristenrecht und Gesetzesrecht».

² GRAF VON BERNSTORFF, *Einführung in das englische Recht*, II ed., 2000, part. p. 8: «Entwicklung vom Common Law und Equity»; H.L. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, p. 181: «Law and Morals».

Come esempio viene citata l'unione fra uomo e donna, il matrimonio, col preteso fine della procreazione e dell'educazione dei figli. In effetti, neppure un deciso positivista potrà immaginare che un legislatore voglia a tutti i costi negare riconoscimento al matrimonio come istituto giuridico (per il "matrimonio omosessuale", invece, si sono ripresentati gli antichi schieramenti!³).

Agli ordinamenti giuridici basati sul diritto positivo di matrice legislativa, tuttavia, non rimane estranea la conoscenza del fatto che anche presso di loro – col passare del tempo, attraverso le decisioni delle Corti, attraverso i commentari e i manuali della dottrina –, il diritto sia sottoposto a un processo di continui cambiamenti, ovvero che sia solo molto condizionatamente "posto"⁴. Di conseguenza un convinto positivista vorrà limitare o impedire del tutto tali possibilità di evoluzione eccessivamente libera del diritto (al riguardo v. § 3.).

§ 2. – *L'avversario dei giuspositivisti*

Questo avversario, combattuto in innumerevoli controversie, è la dottrina del diritto naturale, chiamato in Spagna *Jusnaturalismo*⁵: una tradizione filosofica che va dall'Aristotele dell'*Etica Nicomachea*, attraverso il Cicerone del *De legibus*, fino alla *Summa Theologiae* di Tommaso d'Aquino, e che nei tempi moderni si presenta in molte ramificazioni. Bernd Rüthers, nella sua *Rechtstheorie*⁶, a buona ragione ritiene particolarmente efficace la formulazione che Friedrich Schiller nel *Guglielmo Tell* affida ai congiurati Stauffacher:

«Nein, eine Grenze hat Tyrannenmacht!
Wenn der Gedrückte nirgends Recht kann finden,
wenn unerträglich wird die Last-
Greift er hinauf getrosten Mutes in den Himmel
Und holt herunter seine ew'gen Rechte,
die droben hängen unveräusserlich...»⁷.

³ Perfino fra il governo provinciale di Madrid e il governo centrale spagnolo su «el acogimiento – una tutela temporal – de menores por parejas de gays y lesbianas», in *El País*, 19 luglio 2002, p. 31; cfr anche il testo di CATALUNYA LLEI n. 10 del 15 luglio 1998 «d'unions estables de parella».

⁴ JOSEF ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956; FRANZ WIEACKER, *Gesetz und Richterkunst*, 1958; LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, 1975, p. 574: «La Actividad judicial como Fuente de Derecho - la Sentencia, la Jurisprudencia»; GEORGES RIPERT, *Les Forces créatrices du Droit*, 1955, pp. 1 ss.: «Stabilité, Evolution et Progrès du Droit».

⁵ JAVIER HERVADA, *Introducción crítica al Derecho Natural*, Pamplona, 1981; GREGORIO ROBLES, *Teoría del Derecho*, Bd I, 1998, pp. 277 ss.

⁶ *Naturrecht als Rechtsquelle?*, in *Rechtstheorie*, 1999, rn. 262 ss.

⁷ «No, anche la forza del tiranno ha un limite.

Quando l'oppresso non trova giustizia quaggiù,

deciso nel dispositivo delle singole e concrete controversie. Scientificamente considerati, i principi, le *directrices* e le *rationes decidendi*, incluse quelli delle Corti costituzionali o di ultima istanza, non sono niente di più che *manifestazioni di opinioni*, da mettere in risalto e da prendere particolarmente sul serio. Ciò che noi leggiamo nelle sentenze dei tribunali sulla «dignità della persona», sulla «libertà della personalità» e sulla «uguaglianza dei cittadini» non dovrebbe limitare il nostro pensiero. Principi di così alta dignità si collocano in una tradizione di ben più antica origine dell'odierna giurisprudenza e il lavoro della filosofia del diritto per il miglioramento e l'evoluzione di tali principi si deve mantenere indipendente⁴⁴.

Anche Cicerone nel *De legibus* (I 17) pone la questione:

«non ergo a pretoris edicto, ut plerique nunc neque a duodecim tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam iuris disciplinam putes?»,

e a questa domanda verrà naturalmente data risposta positiva.

Animati dall'entusiasmo borghese per le democrazie di recente istituzione del loro tempo, Kelsen e Radbruch avevano sostenuto nel migliore dei modi il diritto "posto", ma allo stesso tempo avevano rivendicato un'inaudita libertà per il loro pensiero, difendendola e preservandola per tutta la vita contro ogni resistenza.

[traduzione dal tedesco di Federico Pedrini]

Abstract

The contribution arrives at the paradoxal result that both juspositivism and jusnaturalism have entered the Twenty-First Century as victors

⁴⁴ Un buon esempio di lavoro costruttivo in questo ambito porta VITTORIO HÖSLE, *Moral und Politik – Grundlagen einer politischen Ethik für das 21. Jahrhundert*, 1997, al riguardo v. ADOMEIT, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1998, p. 435.

Sistema presidenziale o riforma della Costituzione? Carl Schmitt nel crepuscolo di Weimar

di Antonino Scalone*



Sommario: § 1. – Carl Schmitt a Berlino. § 2. – La situazione politica in Germania. § 3. – Stato forte ed economia sana. § 4. – Carl Schmitt difensore della Costituzione?

§ 1. – *Carl Schmitt a Berlino*

«Questo discorso è stato pronunciato dal costituzionalista berlinese Carl Schmitt al congresso del *Langnam-Verein*. Consideriamo i suoi argomenti così straordinariamente importanti che i nostri lettori non possano esserne privati». Con queste parole la direzione della rivista *Der Kunstwart: Rundschau über alle Gebiete des Schönen; Monatshefte für Kunst, Literatur und Leben*, nel numero apparso nel gennaio 1931, presenta ai suoi lettori un breve scritto schmittiano, *Zur politischen Situation in Deutschland*¹. Per quale motivo una rivista non specialistica pubblica con tale rilievo un saggio di argomento giuridico? Quali sono le tesi che vi sono contenute e perché dovrebbero risultare così interessanti per i suoi lettori? Per provare a rispondere a queste domande occorrerà compiere un piccolo passo indietro onde collocare lo scritto all'interno sia del dibattito politico-giuridico dell'epoca che della riflessione schmittiana coeva.

* Università degli Studi di Padova.

¹ Come ricordato da G. MASCHKE in C. SCHMITT, *Staat, Grossraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Berlino, Duncker & Humblot, 1995, 86, il saggio fu pubblicato nelle *Mitteilungen des Vereins zur Wahrung der gemeinsamen wirtschaftlichen Interessen in Rhein und Westfalen (Langnam-Verein)*, J. 1930, Nr. 4, NF, 19. Heft, 458-464; fu ripubblicato col titolo *Eine Warnung vor falschen politischen Fragestellungen in Der Ring*, 1930, 844-845 e, in una nuova versione modificata e allargata, dalla rivista *Der Kunstwart*, n. 4/1931, 253-256 col titolo *Zur politischen Situation in Deutschland*.

Nel 1928 Schmitt giunge a Berlino, alla Handelshochschule, ove succede a Hugo Preuss, provenendo dall'Università di Bonn e chiamato nella nuova sede dal suo direttore, Moritz Julius Bonn. All'epoca egli è un giurista già abbastanza noto, ma desideroso di accrescere la propria fama e, soprattutto, di avvicinarsi ai luoghi della decisione politica onde soddisfare la propria ambizione non solo in campo accademico². Ciò accade già a partire dall'anno successivo, soprattutto tramite Johannes Popitz e Kurt von Schleicher. Il primo, cui Schmitt fu legato da una profonda amicizia³, era segretario di Stato al ministero delle finanze del *Reich*⁴; il secondo era un generale molto vicino al presidente del *Reich* Hindenburg, favorevole, come è stato scritto, ad «instaurare uno Stato forte e stabile in cui fossero garantiti gli interessi della *Reichswehr*»⁵. Ambedue guardavano con grande apprensione alla situazione di crescente disordine interno e di ingovernabilità della Repubblica e apparivano interessati alle proposte schmittiane rivolte a rafforzare il potere del presidente del *Reich* e a neutralizzare quello che era avvertito come lo strapotere dei partiti. Le posizioni di Schmitt, in particolare, ben si attagliavano al progetto di Schleicher – che troverà realizzazione nel governo Brüning – di governare basandosi non sulla fiducia del *Reichstag*, ma sull'appoggio del presidente del *Reich* e sull'uso esteso dell'art. 48 della Costituzione.

Schmitt collaborò attivamente a tale progetto⁶, sostenendolo sia con scritti di taglio accademico, sia con interventi su riviste non specialistiche, sia con conferenze che a loro volta saranno pubblicate in varie sedi.

Il saggio probabilmente più famoso di questo periodo e scientificamente più impegnativo è *Der Hüter der Verfassung*, apparso per la prima volta nel 1929 nell'*Archiv des öffentlichen Rechts* e poi, in volume autonomo, nel 1931. Nei *Verfassungsrechtliche Aufsätze* Schmitt connet-

² Sull'ambizione schmittiana, a cavallo fra accademia e politica, cfr. J.W. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich* (1983), trad. it. di M. Ghelardi, Bologna, il Mulino, 1989, 71 ss., 139 ss.; R. MEHRING, *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall. Eine Biographie*, Monaco, Ch. Beck, 2009, 281 ss.; P. NOACK, *Carl Schmitt. Eine Biographie*, Francoforte-Berlino, Ullstein, 1996, 97 ss.

³ A lui sono dedicati i *Verfassungsrechtliche Aufsätze. Aus den Jahren 1924-1954*, Berlino, Duncker & Humblot, 1958.

⁴ Da Popitz, definito da P. NOACK, *op. cit.*, 104, «uno dei più brillanti *clerics* conservatori» provenienti dal *Beamten* prussiano, Schmitt mutua, utilizzandolo di frequente, il termine 'policrazia' per intendere lo Stato pluralistico dei partiti. Su di lui cfr. L.A. BENTIN, *Johannes Popitz und Carl Schmitt. Zur wirtschaftlichen Theorie des totalen Staates in Deutschland*, Monaco, Ch. Beck, 1972; con riferimento ai suoi rapporti con Schmitt, cfr. P. NOACK, *op. cit.*, 102-107; R. MEHRING, *op. cit.*, 281, *passim*; C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, il Mulino, 1996, 652, 671-672, 706-707.

⁵ J.W. BENDERSKY, *op. cit.*, 148. Su Schleicher e sul suo ruolo negli ultimi anni della Repubblica di Weimar, cfr. *ivi*, 146 ss.; P. NOACK, *op. cit.*, 150-152; T. VOGELSANG, *L'esercito tedesco e il partito nazionalsocialista* (1962), trad. it. di G. Accatino Ruschena, Milano, il Saggiatore, 1966, *passim*.

⁶ Cfr. J.W. BENDERSKY, *op. cit.*, 153.

Abstract

In the last years of the Weimar Republic, Schmitt carried out an intense research and public activity in favor of a conservative reading of the Constitution. He proposed to remove the influence of parties and interest groups on the government and to strengthen its power through the use of Article 48 of the Constitution. The introductory note reconstructs this reflection, with particular reference to the essay *Zur politischen Situation in Deutschland* which is here translated, placing Schmitt's reflection within the complex constitutional debate of the time.

La situazione politica in Germania*

di Carl Schmitt



Questo discorso è stato pronunciato dal costituzionalista berlinese Carl Schmitt al congresso del Langnam-Verein. Consideriamo i suoi argomenti così straordinariamente importanti che i nostri lettori non possono esserne privati (La Direzione).

È un fenomeno facilmente dimostrabile in termini statistici quello della crescita e dell'espansione straordinaria dello Stato, enormemente dilatatosi a spese della libera economia. Come risposta a questa circostanza molti chiedono una riforma, un ridimensionamento dello Stato, un ritorno alle sue naturali e corrette dimensioni rispetto all'economia. Ma per questo occorrerebbero coraggio ed energia e una serie di qualità delle quali ci si chiede dove siano e da dove dovrebbero venire. Dov'è lo Stato forte, la cui forza si manifesta innanzitutto nella capacità di ricondurre se stesso alla propria misura naturale? Questo è un problema politico, un problema di volontà politica e non economica, e se non si vogliono formulare programmi e richieste vane che naturalmente troverebbero con facilità un'approvazione generale si deve porre anche questa domanda: dove sono oggi le forze di politica interna in grado di realizzare e condurre a termine tali richieste?

Anche la richiesta, oggi senza dubbio attuale, di una riforma costituzionale o di una riforma del *Reich*, disconosce a mio avviso le grandi difficoltà e i grandi ostacoli della situazione odierna. È del tutto evidente che un'organizzazione del *Reich* cui si aggiungono diciassette organizzazioni dei *Länder* per complessivi diciotto vertici decisionali e una lussureggiante amministrazione autonoma richiede davvero una razionalizzazione. Sono ben lungi dal negare la necessità e la produttività di tali progetti di riforma. Ma ritengo che in questo modo non si sia ancora colto il cuore del problema. Noi dobbiamo domandarci:

* Pubblicato in *Der Kunstwart: Rundschau über alle Gebiete der Schönen; Monatshefte für Kunst, Literatur und Leben*, Heft 4, Januarheft 1931, 253-256.

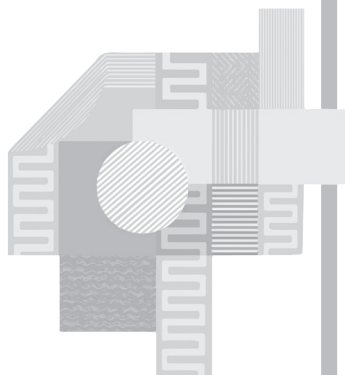
oggi, in Germania, quali sono le forze politiche effettive che ritengono che lo *status quo* presente necessiti di essere riformato?

La situazione della politica interna subisce infatti tutto l'enorme peso, tutta la pressione dello *status quo*. Nella vita politica succede che chi è in possesso del potere politico e dell'influenza politica goda *eo ipso* di un predominio e di una superiorità di tipo particolare. A ciò si aggiunga che in Germania la vigente Costituzione del *Reich* rende molto difficili, se non impossibili, modifiche tramite la normale procedura legislativa. Non vi è quasi nessuna legge importante e interessante della quale oggi non si possa sostenere, col parere di noti giuristi, che modifichi la Costituzione e che quindi possa attuarsi solo con una maggioranza dei due terzi del *Reichstag* e del *Reichsrat*. Che cosa questo significhi, dati gli odierni rapporti fra i partiti, è oltremodo chiaro. A disposizione dell'odierno *status quo* politico vi è una barriera difensiva di tipo legale difficilmente superabile. La pressione dell'odierna situazione politica è, politicamente parlando, così gravosa e forte che risulta difficile contrastarla con ragionevolezza e razionalità.

Per questo, se posso esprimere apertamente la mia opinione, non si tratta tanto del problema del federalismo e dei singoli Stati federali, della soppressione di uno dei 17 Stati, del problema di una soluzione complessiva capace di differenziare e delle sue specificità; allo stesso modo, in questo momento, superare le difficoltà della prassi dell'amministrazione autonoma con riforme legislative non costituisce il problema più urgente. Molti riformatori partono dalla convinzione largamente diffusa che, dinanzi ad una situazione insopportabile, per riportare le cose in ordine si possa ricorrere solo ad una legge. Ma oggi le cose non sono più così semplici. Ci si dovrebbe correttamente chiedere: dove sono le forze politiche che garantiscono la situazione presente e che sono interessate a conservarla? Queste forze politiche non si trovano innanzitutto nei singoli Stati federali, vale a dire nei *Länder*. E il problema non è innanzitutto di tipo federale, né è quello dell'amministrazione autonoma delle città e dei comuni che, come pure è stato notato, porrebbero difficoltà quasi insuperabili alla realizzazione di qualsiasi riforma. Nella difficile situazione odierna questi sono in larga misura, se così posso esprimermi, semplici problemi di contorno, o comunque di secondo piano. Perché le energie politiche che si trovano dietro i singoli Stati e le singole città, dietro la Baviera, il Baden, la Prussia e i piccoli centri urbani, dietro le amministrazioni cittadine, spesso così indipendenti, non sono forze federalistiche e nemmeno quelle dell'amministrazione autonoma locale. Esse vivono piuttosto di altre energie, che restano sullo sfondo.

Se posso indicarle brevemente: si tratta dei gruppi organizzati i quali, per molti aspetti, tengono saldamente nelle loro mani la gran

Interventi, Note e Discussioni



Beni pubblici, pubblico interesse e tutela dei creditori
di Paolo Colombo

La legislazione elettorale trentina, indice della speciale autonomia provinciale
di Matteo Cosulich

*Considerazioni e prospettive storico-giuridiche sul recente accordo
Santa Sede - Italia in materia di riconoscimento dei titoli ecclesiastici*
di Alberto Melloni, Salvatore Milazzo

*La Spagna e la pandemia. Riflessioni interlocutorie sulla costituzionalità della
dichiarazione dell'estado de alarma*
di Valeria Piergigli

*La residenza protratta e il fantasma della comunità (a proposito della
sentenza 44/2020 della Corte Costituzionale)*
di Antonino Scalone

I dispaggi tanucciani del 1774 tra assolutismo e illuminismo
di Franco Gaetano Scoca

L'efficacia dell'azione commissariale in emergenza
di Elisa Valeriani

Beni pubblici, pubblico interesse e tutela dei creditori

di Paolo Colombo*



Sommario: § 1. – Responsabilità patrimoniale della pubblica amministrazione, circolazione e pignorabilità dei beni pubblici. § 2. – Responsabilità patrimoniale e beni del patrimonio indisponibile. I beni destinati a un pubblico servizio. § 3. – Pignorabilità dei beni destinati a un pubblico servizio e vincolo di destinazione. § 4. – Due recenti decisioni in materia di pignorabilità di beni destinati a un pubblico servizio locale. § 5. – Vincolo di destinazione e pignorabilità dei beni. Il rilievo decisivo delle norme speciali istitutrici del pubblico servizio.

§ 1. – Responsabilità patrimoniale della pubblica amministrazione, circolazione e pignorabilità dei beni pubblici

Due recenti decisioni di giudici di merito, per altro adottate in sede cautelare, hanno riproposto, con riferimento a fattispecie del tutto particolari e con soluzioni contrastanti, il tema della pignorabilità dei beni del patrimonio indisponibile e dei limiti della facoltà del creditore di agire in sede esecutiva su di essi¹.

Come è noto, il nostro ordinamento giuridico sancisce in termini generali, all'art. 2740, comma 1, c.c., il principio della responsabilità patrimoniale, disponendo che «il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri». Tale principio trova specifica attuazione nel successivo art. 2910, a norma del quale «Il creditore, per conseguire quanto gli è dovuto, può fare espropriare i beni del debitore»².

* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

¹ Si tratta dell'ordinanza 29 agosto 2019 del Giudice dell'esecuzione del Tribunale di Mantova, emessa nel procedimento R.G. n. 110/2018 e dell'ordinanza n. 22 del 24 ottobre 2019, emessa nel procedimento R.G. n. 2979/2019, con la quale detta ordinanza è stata annullata dal medesimo Tribunale in composizione collegiale, in sede di reclamo. Sul contenuto di tali provvedimenti e sulla fattispecie sulla quale i medesimi si sono pronunciati ci soffermeremo diffusamente in prosieguo.

² Secondo la concezione tradizionale, la responsabilità patrimoniale costituisce quindi un mezzo di tutela del diritto di credito, utilizzabile, quando non sia esperibile l'esecuzione in forma specifica, ove il debitore non abbia eseguito la propria obbligazione risarcitoria. Essa conferisce quindi contenuto specifico alla generica garanzia che il creditore van-

La previsione di carattere generale del citato art. 2740, comma 1 trova per altro un primo temperamento nel comma 2 del medesimo articolo, che consente di disciplinare con legge «le limitazioni della responsabilità». Il principio della responsabilità patrimoniale in esso sancito incontra poi ulteriori limitazioni riferite a specifiche categorie di beni. Il codice di procedura civile sottrae infatti alla garanzia del creditore, dichiarandole assolutamente impignorabili, le cose mobili elencate all'art. 514 e quelle che sono oggetto di analoga dichiarazione «da speciali disposizioni di legge». Analogamente, qualifica come impignorabili i crediti indicati al successivo art. 545, mentre agli artt. 515 e 516 individua le cose mobili relativamente impignorabili e quelle pignorabili in particolari circostanze di tempo, con ciò conferendo specifico contenuto alla generale previsione del citato art. 2910 c.c., a norma del quale «le regole stabilite dal codice di procedura civile» disciplinano, oltre che i presupposti e l'oggetto del procedimento di espropriazione, i suoi limiti³.

Le norme codicistiche in materia di responsabilità patrimoniale non affrontano, come si è visto, il tema della sua estensione alla pubblica amministrazione. Tale estensione trova oggi ovvio fonamen-

ta sul patrimonio del debitore, assoggettando i beni, presenti e futuri, che compongono detto patrimonio all'azione esecutiva del creditore stesso.

L'evidente rapporto che intercorre tra le due norme codicistiche richiamate nel testo ha favorito lo sviluppo di due diverse concezioni. La prima, già esposta compiutamente da R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (diretto da), *Commentario del codice civile - Libro VI. Tutela dei diritti*, sub art. 2740, Bologna-Roma, Zanichelli, 1955, 7 ss., nega l'esistenza di un diritto sostanziale del creditore sui beni del debitore, qualificando la garanzia generica del primo come un insieme di poteri strumentali rispetto al diritto di credito. La seconda attribuisce invece al creditore la titolarità di una situazione giuridica sostanziale, autonoma rispetto al credito, qualificabile come diritto potestativo. In tale senso si veda per tutti L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, artt. 2740-2744, Milano, Giuffrè, 2010, 20 ss.

In generale, sul tema della responsabilità patrimoniale e sulle diverse concezioni sviluppatesi al riguardo, si veda F. MACARIO, *Responsabilità e garanzia patrimoniale: nozioni introduttive*, in N. LIPARI, P. RESCIGNO (diretto da), A. ZOPPINI (coordinato da), *Diritto civile - L'attuazione dei diritti*, IV, 2, Milano, Giuffrè, 2009, 169 ss.

³ Proprio il richiamo alla necessità di fondare su specifiche previsioni normative eventuali limitazioni al principio di responsabilità ha consentito di qualificare tale principio come appartenente all'*ordine pubblico*, sul presupposto che la sua funzione sia quella di offrire uno strumento atto a garantire in concreto il soddisfacimento della pretesa creditoria la giuridicità del vincolo obbligatorio e così di soddisfare la fondamentale esigenza di *tutela del credito* e dei rapporti economici. E quindi di escludere che tale principio potesse essere legittimamente oggetto di deroghe convenzionali. In generale, si veda sul punto V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XIX, 1, Torino, Giappichelli, 1997, 485 ss. e 508 ss.; ID., *Sulle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore. Spunti sistematici intorno all'art. 2740, 2° co. c.c.*, in *Giur. comm.*, 1982, 250. Tale concezione è stata in epoca recente messa in discussione, mediante l'individuazione di spazi via via più ampi di intervento dell'autonomia privata. Si veda al riguardo, di recente, G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Padova-Milano, Cedam, 2017, *passim*, secondo il quale sarebbero contrarie al principio di tipicità di cui all'art. 2740, comma 2 le sole limitazioni negoziali della responsabilità patrimoniale imposte ai creditori per determinazione unilaterale del debitore, ma non quelle oggetto di consenso negoziale fra le parti.

diritto positivo, di volta in volta suscettibili di sancirne la compatibilità o l'incompatibilità in concreto.

Ove la norma istitutrice qualifichi come incompatibile con la destinazione del bene la sua sottrazione all'appartenenza di uno specifico soggetto pubblico, il bene stesso diviene insuscettibile di essere oggetto di esecuzione forzata. Non diversamente da quanto accade per i beni soggetti a riserva, esso è infatti attribuito a tale soggetto in forza di una competenza inderogabile. Altrettanto dicasi qualora la relativa circolazione presupponga il rispetto di uno specifico modulo procedimentale, dal momento che il fondamento di tale adempimento non può che trovarsi in una norma di carattere di diritto pubblico, altrettanto inderogabile⁴³.

In tutte le ipotesi testé esaminate, il bene risulta incommerciabile. E tale incontestabile natura opera sia in termini preventivi, impedendo che il medesimo possa risultare legittimamente pignorabile, sia a pignoramento effettuato, impedendo che l'esecuzione forzata così avviatasi prosegua e si concluda con una vendita che, appunto perché contraria ad una norma imperativa, risulterebbe nulla *ex art. 1418 c.c.*⁴⁴. In ambedue le ipotesi, appunto in virtù della necessaria prevalenza di tali norme speciali, esso si sottrae quindi al rispetto delle previsioni codicistiche in materia di trascrizione.

Abstract

The paper analyzes the rapport between protection of creditors, responsibility of the public administration and foreclosure of public goods of unavailable assets, intended for public service. And also through an examination of the different doctrinal and jurisprudential guidelines, comes to define a criteria for identifying the conditions, under which this category of goods is not foreclosable.

⁴³ Le considerazioni svolte dalla S.C. nella già esaminata sentenza n. 3700/2018 appaiono quindi coerenti con la ricostruzione qui proposta, nella misura in cui fondano sul disposto di una norma speciale (l'art. 35 della l. n. 865/1971) l'attitudine alla circolazione delle aree comprese nei P.E.E.P., tenendo fermi i vincoli e la destinazione di carattere urbanistico ad esse attribuiti. Meno condivisibili appaiono invece le medesime considerazioni nella parte in cui prescindono dall'esigenza di rispettare i criteri di scelta fra più interessati all'acquisto, disciplinati dal comma 11 del medesimo art. 35, così derogando a tale disciplina inderogabile, sia dal punto di vista sostanziale, sia sotto il profilo procedimentale. In ogni caso, per le ragioni esposte nel testo, e in termini analoghi, tali considerazioni non possono considerarsi applicabili indistintamente a tutti i beni del patrimonio indisponibile destinati a un pubblico servizio, attese le caratteristiche del tutto peculiari, sotto il profilo della circolazione, delle aree in argomento.

Per un'ampia disamina della nozione e della disciplina dei piani di zona per l'edilizia residenziale pubblica si veda N. ASSINI, P. MANTINI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè, 1997, 423 ss.

⁴⁴ È quindi su tale presupposto che può dirsi del tutto condivisibile l'orientamento di cui a Cass. civ., sez. III, n. 13585/2011 e n. 22534/2014, in precedenza esaminato.

La legislazione elettorale trentina, indice della speciale autonomia provinciale

di Matteo Cosulich*



Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – Profili comuni alle autonomie speciali. § 3. – Profili peculiari dell'autonomia trentina. § 4. – L'elezione del Presidente della Provincia e del Consiglio provinciale in Trentino. § 5. – Considerazioni conclusive.

§ 1. – Premessa

Trattare della legislazione elettorale provinciale trentina equivale a proporre un'escursione su un terreno piuttosto impervio, geograficamente eccentrico e forse talvolta percepito come tale anche disciplinarmente, vale a dire rispetto al diritto in genere e al diritto costituzionale in specie.

A ben vedere però le tre difficoltà poc'anzi menzionate sono soltanto apparenti. Quanto alla presunta eccentricità disciplinare, può riprendersi l'insegnamento romaniano secondo il quale il giurista nelle sue analisi può competentemente spingersi «sino alle ultime regioni, dove è dato respirare l'atmosfera giuridica»¹. Ora, in materia elettorale di atmosfera giuridica se ne respira eccome: da un lato, la disciplina elettorale di un'assemblea legislativa (qual è il Consiglio provinciale trentino) in qualche modo «contient toutes les autres lois» delle quali è «loi matrice»²; dall'altro, come meglio si vedrà nel prosieguo, la legislazione elettorale è chiamata ad attuare disposizioni di grado costituzionale (contenute, nel caso di specie, nella Costituzione repubblicana e nello Statuto regionale speciale) e dunque a esprimere principi costituzionali che da essa si dovrebbero poter indurre. Quanto alla perifericità geografica, sebbene la Regione Trentino-Alto Adige/*Südtirol* si trovi

* Università degli studi di Trento.

¹ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, Sansoni, 1946, 98.

² Si tratta di un'osservazione oramai antica, risalente almeno alla Francia della Restaurazione (così TIMON [pseud. di L.-M. DE LAHAYE], *Libre des orateurs*, Paris, Pagnerre, XIV ed., 1844, 314).

innegabilmente ai confini dell'ordinamento repubblicano, essa, anche in ragione di tale collocazione, risulta invece centrale nell'individuazione degli elementi qualificanti la specialità regionale, pure in materia elettorale. Quanto infine alle asperità del terreno sul quale ci stiamo avventurando, occorre rammentare che, se la legislazione elettorale a prima vista può apparire un garbuglio quasi inestricabile di *technicalities*, non mancano gli strumenti per sgrovigliarlo piuttosto agevolmente, anche al fine di trarne – come ci si propone in questa sede – indicazioni sui caratteri propri dell'autonomia speciale in materia elettorale regionale, sia in generale (§ 2.) sia con specifico riferimento alla disciplina elettorale provinciale trentina (§ 3.). Nel quadro delle previsioni statutarie così individuate, le modalità di elezione del Presidente della Provincia autonoma di Trento e del Consiglio provinciale trentino potranno essere analizzate (§ 4.), in modo da trarne alcune conclusioni sulle costanti e sulle variabili dell'autonomia trentina rispetto alle altre autonomie differenziate e, più in generale, rispetto alle Regioni complessivamente intese (§ 5.).

§ 2. – *Profili comuni alle autonomie speciali*

La competenza a disciplinare con legge regionale l'elezione del Consiglio regionale costituisce, fin dalla loro istituzione, un tratto caratteristico delle Regioni a Statuto speciale, tale da distinguerle dalle Regioni ad autonomia ordinaria sino alla revisione dell'art. 122 Cost., operata dalla legge costituzionale 22 novembre 1999, n. 1. È noto infatti come il testo originario dell'art. 122, comma 1 Cost. attribuiva alla legge statale la disciplina del «sistema d'elezione [...] dei consiglieri» delle Regioni ordinarie. Pur con formulazioni non sempre identiche, il testo originario di ciascun Statuto speciale – ad eccezione di quello valdostano³ – prevedeva invece che i corrispondenti consiglieri regionali fossero eletti «secondo le norme stabilite con legge regionale»⁴. Sebbene l'ambito rimesso alle scelte del legislatore elettorale regionale speciale fosse, come ora vedremo, assai meno esteso di quanto potesse forse apparire in base alla lettera delle disposizioni statutarie qui sopra

³ Ai sensi del testo originario dello Statuto valdostano (art. 16, comma 1), i consiglieri regionali erano eletti «secondo le norme stabilite con legge dello Stato, sentita la Regione». La novella apportata all'art. 16 St. Vd'A dalla legge costituzionale 12 aprile 1989, n. 3 ha ricondotto invece alla Regione la disciplina di tale elezione, «secondo le norme stabilite dalla legge regionale, adottata a maggioranza dei due terzi dei consiglieri assegnati».

⁴ Così art. 16 St. Sard. e art. 19, comma 1 St. T-AA. L'art. 13, comma 1 St. FVG similmente prevedeva l'elezione «secondo le norme stabilite dalla legge regionale», mentre l'art. 3, comma 1 St. Sic. disponeva analogamente – pur utilizzando la peculiare terminologia statutaria siciliana per indicare gli organi regionali – che i «deputati» fossero eletti «secondo la legge emanata dall'Assemblea regionale».

cizio delle proprie potestà che non pare costituire la cifra caratteristica del regionalismo italiano; piuttosto detta modalità sembra da ricondursi a una risalente e consolidata tradizione di autogoverno⁸¹, ancor oggi percepibile in Trentino⁸².

Abstract

The provincial electoral legislation in Trentino can be examined by framing it in the provisions of the special Statute of the Trentino-Alto Adige/South Tyrol Region. Some provisions are common to special autonomies, such as, for example, the primary nature of legislative competence and the attribution of passive electorate only to the residents in the Region. These provisions differentiate the special autonomies from the ordinary Regions. Other provisions are specific instead only to the autonomous Provinces of the Trentino-Alto Adige/South Tyrol Region, such as, for example, the provincial character of the legislative competence and the guaranteed representation of a linguistic minority (the Ladin one). These provisions differentiate the autonomous Provinces of Trentino-Alto Adige/South Tyrol Region from all the other Italian Regions.

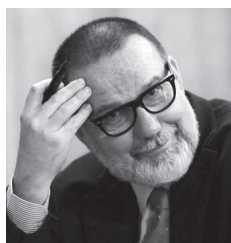
The analysis of the Trentino electoral legislation highlights some characteristics of the special autonomy of the Trento Province: on the one hand, the possibility of applying institutional solutions similar to those of the ordinary Regions, i.e. the direct popular election of the President and the provision of a majority bonus to the lists connected to him, once the representation of the Ladin minority is guaranteed; on the other hand, its belonging to the Trentino-Alto Adige/South Tyrol Region, together with the autonomous Province of Bolzano, which in any case conditions the application of these institutional solutions, with particular reference to the possibility to derogate from the *simul stabunt simul cadent* clause.

⁸¹ Si vedano le osservazioni di U. POTOTSCHNIG, *Trentino-Alto Adige*, in *N.mo Dig. it.*, XIX, Torino, UTET, 1973, 684.

⁸² Così nelle Province autonome di Trento e di Bolzano sembra che i caratteri tipici dell'autogoverno «possano essere generalmente rinvenuti» (G. DI GASPARÉ, *Autogoverno*, in *Enc. giur.*, I, Roma, Treccani, 1988, 8).

Considerazioni e prospettive storico-giuridiche sul recente accordo Santa Sede - Italia in materia di riconoscimento dei titoli ecclesiastici

di Alberto Melloni e Salvatore Milazzo*



Sommario: § 1. – L'ombra del passato nel riconoscimento dei titoli accademici ecclesiastici nell'ordinamento italiano. § 2. – Nuovi modelli di riconoscimento dei titoli dopo la Convenzione di Lisbona e il Processo di Bologna. § 3. – L'accordo Santa Sede - Ita-

lia del 13 febbraio 2019. § 4. – Due opzioni attuative dell'accordo: tra adozione minimale e sterilizzazione del protocollo. § 5. – L'altra possibilità: sinergie lungimiranti attorno alla LM64.

Il contenuto dell'art. 10, comma 2 degli Accordi di Villa Madama del 1984 fra Italia e Santa Sede e dei suoi precedenti è stato oggetto non solo di qualche speranza fallace¹, ma anche di importanti studi di carattere storico-giuridico².

Tale disposizione normativa prevede che siano riconosciuti «i titoli accademici in teologia e nelle altre discipline ecclesiastiche, determinate d'accordo tra le Parti, conferiti dalle Facoltà approvate dalla Santa Sede», nonché «i diplomi conseguiti nelle Scuole vaticane di paleografia, diplomatica e archivistica e di biblioteconomia».

La disciplina appena richiamata non riveste carattere di assoluta novità. Invero, l'art. 10, comma 2 dell'Accordo di Villa Madama ribadisce quanto statuito all'art. 40 del Concordato lateranense del 1929, ampliandone la portata, nella misura in cui si prevede l'estensione della possibilità di riconoscimento a tutti i titoli accademici conferiti dalle Facoltà

* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia (Alberto Melloni), Ministero dell'Istruzione (Salvatore Milazzo).

Authorship: AM § 1.; SM §§ 2.-3.-4.; AM e SM § 5.

¹ Quaderni di diritto e politica ecclesiastica aprì una discussione, fra i contributi segnalò quello di R. BOTTA, *L'insegnamento delle scienze religiose ed il riconoscimento dei titoli accademici ecclesiastici in Italia*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1/2001, 103-125. In precedenza l'ingenua tesi di D. FAVI, *Verso la restaurazione della teologia dello Stato*, in M. GIGANTE, D. FAVI, S. LARICCIA, *Questione cattolica e scuola clericale*, Roma, Officina Edizioni, 1974, 73-175.

² Anche prima della firma degli accordi Casaroli-Craxi, V.G. PILOT, *Riconoscimento civile dei titoli ecclesiastici di studio. A proposito dell'art. 10, 2 delle "proposte preliminari di intesa", per la revisione del Concordato lateranense*, in *Iustitia*, 1979, 200.

approvate dalla Santa Sede, oltre ad altre discipline ecclesiastiche, differenti dalla teologia, da individuarsi con successive intese tra le Alte Parti.

Lo schema così descritto individua una disciplina pattizia articolata su due livelli: un accordo principale, che fissa il principio della riconoscibilità dei titoli accademici ecclesiastici ed una successiva intesa, che si occupa di disciplinare concretamente le categorie di titoli riconoscibili e le modalità di riconoscimento³.

Dall'analisi di tale cornice normativa, nonché delle disposizioni pattizie concernenti anche altre confessioni religiose, si rileva che gli studi riguardanti le scienze teologiche sono rimessi ad istituzioni religiose, ma non sono ignorati dall'ordinamento italiano, che, sebbene non offra uno specifico *curriculum* di studio in merito, attribuisce ai titoli rilasciati dalle istituzioni di istruzione e della formazione superiore confessionali valore di pari rango ai titoli analoghi rilasciati dalle istituzioni di istruzione e della formazione superiore italiani. Le considerazioni che precedono, infatti, richiedono di essere comprese alla luce di tutto ciò che fa da premessa ed è seguito alla soppressione delle facoltà teologiche nell'università italiana⁴. Non esistono, ad oggi, in Italia, facoltà di teologia diverse da quelle confessionali, essendo state abolite quelle statali con la legge 26 gennaio 1873, n. 1251. Una condizione siffatta ha determinato la circostanza per cui una laurea in teologia conseguita presso un ateneo confessionale non possa considerarsi equipollente ad una laurea in teologia conseguita in una Università statale – ipotesi non verificabile in Italia, tuttavia plausibile nello spazio europeo dell'alta formazione –, ma, al più, possa avere valore legale, tale da consentire, ad esempio, la partecipazione ai pubblici concorsi. Nel decennio del concordato Casaroli-Craxi, la questione degli insegnamenti e dei titoli ecclesiastici da riconoscere riguardava in misura prevalente il chierico che, lasciato il ministero, aveva ragioni o bisogni che lo portavano a cercare di far valere fuori dalle istituzioni cattoliche un titolo di studio necessario a professioni secolari, senza una effettiva reciprocità. Infatti davanti a coloro che – nella lenta attenuazione delle regole degli anni Trenta che impedivano l'accesso agli studi teologici ai non chierici⁵ –, dovevano procurarsi una qualificazio-

³ Per una sinossi delle versioni si veda *Un accordo di libertà. La revisione del Concordato con la Santa Sede, la riforma della legislazione sugli enti ecclesiastici e i nuovi rapporti con le altre confessioni religiose*, a cura della Presidenza del Consiglio dei ministri, Roma, Presidenza del Consiglio dei ministri, Direzione generale delle informazioni dell'editoria e della proprietà letteraria artistica e scientifica, 1986.

⁴ Anche sul famoso volume di F. SCADUTO, *L'abolizione delle facoltà di teologia in Italia* (1873), Torino, Loescher, 1886, cfr. B. FERRARI, *La soppressione delle facoltà di teologia nelle Università di Stato in Italia*, Brescia, Morcelliana, 1968 e F. LAZZARI, *Le Facoltà teologiche universitarie tra il Sillabo e l'abolizione*, in A.C. JEMOLO et al., *Un secolo da Porta Pia*, Napoli, Guida, 1970, 249-287.

⁵ Sulla disciplina rattiana cfr. K. UNTERBURGER, *Vom Lehramt der Theologen zum Lehramt der Päpste? Pius XI., die Apostolische Konstitution «Deus scientiarum Dominus» und die Reform*

di professorato “carducciano” che in ragione del loro incardinamento considera una minaccia i professori di teologia che tutto il mondo chiama colleghi; iii) l’espunzione di qualche frammento di cultura ecclesiastica che s’illude in quanto all’immortalità dei privilegi.

Ma in presenza di una prudenza attiva questa “terza via” potrebbe riconoscere, a ridosso dei centocinquanta anni della legge Correnti³⁰, che un sapere storico capace di includere tutte le discipline che attraversano o sono attraversate dall’esperienza del religioso ha un valore infungibile nella società pluralista, giacché quel valore non si genera per autocertificate neutralità, ma solo grazie al rigore, alla profondità e all’onestà intellettuale.

Abstract

The study is concerned with analyzing from both a historical and a legal point of view the recognition of ecclesiastical academic titles in light of the agreements between the Holy See and Italy. More precisely, it deals with the process that, from art. 10, paragraph 2 of the “Villa Madama Agreements”, has led, thanks to the Lisbon Convention and the so-called “Bologna Process”, to the agreement of February 13, 2019

³⁰ Cfr. F. LAZZARI, *op. cit.*, 258-268.

La Spagna e la pandemia. Riflessioni interlocutorie sulla costituzionalità della dichiarazione dell'estado de alarma

di Valeria Piergigli*



Sommario: § 1. – Introduzione. L'ordinamento spagnolo e la "Costituzione dell'emergenza" alla prova del Covid-19. § 2. – La natura giuridica degli atti che dichiarano e prorogano l'estado de alarma. § 3. – Il *Real Decreto* 463 del 2020 e la limitazione (o sospensione?) dei diritti fondamentali al vaglio degli organi di garanzia: ambiguità e omissioni nella prima pronuncia del Tribunale costituzionale. § 4. – (*segue*) La valutazione del *Defensor del pueblo* e il primato del diritto alla salute. § 5. – Conclusioni provvisorie, aspettando i prossimi interventi del giudice costituzionale.

§ 1. – Introduzione. L'ordinamento spagnolo e la "Costituzione dell'emergenza" alla prova del Covid-19

L'ordinamento spagnolo rientra nel novero dei sistemi che hanno scelto di predisporre una disciplina nel complesso accurata e rigorosa degli stati di emergenza, riservando loro esplicito rilievo già nella legge fondamentale. Così facendo, il costituente del 1978 ha raccolto l'eredità della tradizione costituzionale che si era andata consolidando nel corso del XIX secolo fino all'avvento della II Repubblica¹, non senza gli adeguamenti resi necessari, dopo la caduta del regime franchista, dall'affermazione dei principi dello Stato democratico di diritto.

L'art. 116 della vigente Costituzione, rinviando sul punto a una legge organica, stabilisce una graduazione degli stati di crisi – distinti in "stato di allarme", "stato di eccezione" e "stato di assedio" – che trova corrispondenza nell'iter da seguire per la rispettiva proclamazione, nella differente disciplina quanto a durata, contenuti ed effetti giuridici, nel ruolo assegnato all'esecutivo e al Congresso dei deputati, mentre il Senato non è coinvolto in nessuna di queste procedure. In sintesi, se la partecipazione della Camera bassa è successiva alla dichiarazione dell'estado de alarma che compete al Consiglio dei mini-

* Università degli Studi di Siena.

¹ Si fa riferimento alle previsioni contenute nella Costituzione di Cadice del 1812 e nelle Costituzioni del 1869, del 1876 e del 1931.

stri, fermo restando l'obbligo per il Governo di informare immediatamente il Congresso che potrà deliberarne la proroga, l'intervento di quest'ultimo è invece preventivo allorché si tratti di autorizzare l'*estado de excepción* e, ancora, gli equilibri tra i due organi mutano nell'*estado de sitio* che vede protagonista il Congresso, il quale vota a maggioranza assoluta la dichiarazione proposta dal Governo. Qualunque sia lo stato di emergenza proclamato, è espressamente fatto divieto di sciogliere il Congresso, così come di interrompere il regolare funzionamento delle *Cortes generales*, oltre che del Governo e dei suoi funzionari per i quali resta saldo il principio della responsabilità sancito dalla Costituzione e dalle leggi. Nel caso in cui, ricorrendo una delle situazioni di emergenza, il Congresso non sia in grado di riunirsi, perché sciolto ovvero per cessazione del mandato, le relative funzioni sono assunte dalla sua commissione permanente. A tacere del ruolo del Re come Capo dello Stato e "*símbolo de su unidad y permanencia*" (art. 56, comma 1, Cost.), la prosecuzione delle normali attività vale anche per il Tribunale costituzionale, per i giudici cui spetta la tutela dei diritti e degli interessi che si ritengano lesi dagli atti governativi e ministeriali assunti in pendenza dello stato di crisi, per il Difensore del popolo che, proprio nelle situazioni di emergenza, è maggiormente chiamato a vigilare sul rispetto delle libertà dei cittadini.

Inoltre, limitatamente alle ipotesi dello stato di eccezione e dello stato d'assedio, l'art. 55 Cost. prevede la possibilità di sospendere i diritti esplicitamente enunciati. Per completare il quadro costituzionale, infine, merita ricordare l'espresso divieto di modificare la Costituzione in presenza di una delle situazioni indicate dall'art. 116 (art. 169), nonché il rinvio alla legge per regolare l'esercizio della giurisdizione qualora ricorra lo stato d'assedio (art. 117, comma 5).

In attuazione delle disposizioni costituzionali, è stato elaborato un vero e proprio arsenale normativo, che ha il suo *focus* nella *Ley Orgánica 4/1981 de los estados de alarma, excepción y sitio* e alla quale va affiancata, soprattutto nella prospettiva della tutela della salute e della incolumità dei cittadini, la legislazione ordinaria in materia di sanità pubblica e crisi sanitarie², oltre che in tema di protezione civile e sicurezza³. La citata legge organica ha regolato presupposti, contenuti, competenze, limitazioni e meccanismi di controllo per ciascuna delle situazioni indicate dall'art. 116 Cost., non prima di avere puntualizzato alcuni concetti chiave per l'assunzione delle misure emergenziali, che sono

² Si tratta della *Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad*, della *Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública* e della *Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública*.

³ Cfr. *Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil*, *Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional*, *Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional*, *Ley Orgánica 4/2005, de 30 de marzo, del Protección de la Seguridad Ciudadana*.

do l'autorizzazione alle proroghe, ha sempre riconosciuto nei Decreti reali progressivamente adottati, insieme all'efficacia dei provvedimenti presi, la sussistenza dei tre requisiti in cui si snoda lo scrutinio di proporzionalità, spetta ora al Tribunale costituzionale verificare che quelle condizioni siano state realmente soddisfatte. È probabile che, come già accaduto per l'adozione dell'ATC 40/2020, la decisione non sia assunta all'unanimità del collegio; in questa ipotesi, eventuali voti di minoranza potranno offrire interessanti stimoli, sia al dibattito politico che alla dottrina costituzionalistica, per continuare a riflettere sulle modalità di gestione dell'emergenza e contribuire a far luce su un istituto – lo stato di allarme – che, ripetutamente utilizzato nell'anno della pandemia, ha intensamente scosso gli assetti della forma di stato e della forma di governo.

Abstract

The article deals with some constitutional issues that arose during the management of the Coronavirus pandemic in Spain. Special attention is focused on the Constitutional Tribunal as well as the *Defensor del Pueblo*. In fact, during the last months, due to their role as guarantee institutions, both received several complaints about the probable inconsistency with the Constitution of the *Real decreto* 463/2020, declaring the *estado de alarma* on 14 March 2020. While an important decision of the Constitutional Tribunal is still expected, a valuation of those issues seems to be even more interesting in the present moment, when a new *estado de alarma* has been declared by the government in order to manage the new wave of the pandemic.

ne all'emergenza da Covid-19. Da ultimo, cfr. COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW, *Interim Report on the Measures Taken in the EU Member States as a Result of the Covid-19 Crisis and Their Impact on Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights*, Strasbourg, 8 October 2020.

La residenza protratta e il fantasma della comunità (a proposito della sentenza 44/2020 della Corte Costituzionale)

di Antonino Scalone*



Sommario: § 1. – Introduzione. § 2. – Il diritto all’abitazione e il criterio della residenza (protratta). § 3. – Aspetti della decisione della Corte costituzionale. § 4. – Residenza protratta, radicamento territoriale e comunità.

§ 1. – *Introduzione*

La sentenza 28 gennaio 2020, n. 44 della Corte Costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 22, comma 1, lettera b) della legge della Regione Lombardia 8 luglio 2016, n. 16 (Disciplina regionale dei servizi abitativi), là dove prevedeva che la domanda di alloggio popolare potesse essere presentata soltanto da chi fosse residente in regione o vi svolgesse attività lavorativa da almeno cinque anni. In questo modo la Corte è nuovamente intervenuta a dichiarare incostituzionali norme regionali tese a introdurre elementi discriminatori rispetto all’accesso a determinati benefici. Si potrebbe pertanto ribadire, a proposito di questa sentenza, quanto già affermato in dottrina a commento di sentenze analoghe della Corte, quali ad esempio le sentenze 106, 107 e 166 del 2018, ovvero che per disposizioni di questo tipo «nel nostro ordinamento non c’è posto» e che per questo motivo le pronunce della Corte risultano «davvero rassicuranti», anche in considerazione del forte legame che esse istituiscono fra i diritti garantiti dalla nostra Costituzione e «la normativa antidiscriminatoria della UE»¹.

Al di là del legittimo compiacimento, ci si può tuttavia interrogare su alcuni passaggi di quest’ultima sentenza e più in generale sull’orientamento della Corte in tale materia onde verificare la presenza di

* Università degli Studi di Padova.

¹ Cfr. D. TEGA, *Le politiche xenofobe continuano a essere incostituzionali*, in *Diritti regionali*, n. 2/2018, rispettivamente 1 e 18.

alcuni aspetti problematici ed analizzarli più dappresso. È in questa direzione che ci proponiamo di procedere nelle righe seguenti.

§ 2. – *Il diritto all’abitazione e il criterio della residenza (protratta)*

Sulla base del ricorso presentato da un cittadino tunisino, dalla Confederazione Generale Italiana del Lavoro (Cgil) e da due associazioni per la difesa dei diritti degli immigrati, il 22 gennaio del 2019 il Tribunale ordinario di Milano² ha sollevato questione di legittimità costituzionale della disposizione normativa della Regione Lombardia di cui si è detto, argomentando che l’introduzione del criterio della residenza protratta contrasterebbe con il carattere sociale proprio del diritto all’abitazione e sarebbe priva di qualsivoglia plausibile collegamento con la funzione sociale dell’edilizia pubblica. Tale criterio, inoltre, violerebbe il principio di ragionevolezza in quanto risulterebbe mancante un nesso logico fra il requisito della residenza protratta e il disagio economico. Invero non vi è nessun motivo per ritenere che chi risiede in regione da più di cinque anni possa per ciò stesso trovarsi in una condizione di disagio superiore rispetto a chi vi risiede da meno tempo. Non vi sarebbe ragionevole correlazione nemmeno fra residenza protratta e le condizioni previste dall’art. 23, comma 3, l.r. Lombardia n. 16/2016, vale a dire «povertà assoluta» e «grave deprivazione materiale» (punto 1.1 del *Ritenuto in fatto*).

Le due associazioni per la difesa dei diritti degli immigrati, costitutesi nel giudizio di legittimità costituzionale, hanno innanzitutto sostenuto «la necessità di riesaminare l’ordinanza n. 32 del 2008» della Corte Costituzionale che aveva giudicato legittima una norma analoga della Regione Lombardia³. Hanno poi criticato il carattere irragionevole della norma: essa infatti non considera che la possibilità di ottenere un’abitazione stabile e dignitosa è un presupposto necessario per conseguire un efficace e duraturo inserimento nel tessuto sociale. Tale possibilità, dunque, andrebbe posta all’inizio, piuttosto che alla

² Ordinanza del 22 gennaio 2019, iscritta al n. 71/2019 R.O.

³ Per una dettagliata analisi di tale ordinanza e per una critica puntuale dei suoi limiti cfr. F. CORVAJA, *Libera circolazione dei cittadini e requisito di residenza regionale per l’accesso all’edilizia residenziale pubblica*, in *Le Regioni*, n. 3/2008, 611-634. Secondo quest’Autore, «in assenza di ragioni giustificative percepibili, si deve pensare che lo scopo della norma che privilegia i residenti di lungo periodo a danno dei nuovi arrivati si esaurisca nella norma stessa, e sia quello di sancire una preferenza nei confronti dei primi» (ivi, 529). La norma fatta salva dalla Corte risulta inoltre irragionevole rispetto alle finalità perseguite dalla legge, ovvero garantire l’alloggio ai soggetti economicamente più deboli: «Queste finalità, per la connessione che esse hanno con il diritto sociale all’abitazione, non sono liberamente disponibili da parte del legislatore regionale» (ivi, 629-630). Egualmente critici nei confronti dell’ordinanza F. DINELLI, *Le «cittadinanze regionali». Un problema “nuovo” dal sapore “antico”*, in *Astrid-online*, 2011, 16 ss. e C. CORSI, *La trilogia della Corte costituzionale: ancora sui requisiti di lungo-residenza per l’accesso alle prestazioni sociali*, in *Le Regioni*, n. 5-6/2018, 1173.

Abstract

The article starts from sentence 44/2020 of the Constitutional Court and develops a series of considerations regarding the concept of prolonged residence as a requirement for access to certain social benefits. Analyzing the constitutional jurisprudence on the subject, the article points out and criticizes the presence of some evaluative presuppositions related to the notions of belonging and community.

si pretende (vanamente) di contrapporre appartenenze e identità più o meno fittizie, col rischio di moltiplicare le occasioni di esclusione e emarginazione. Com'è stato osservato, «la sempre più frequente valorizzazione del criterio di residenza e, soprattutto, della *residenza prolungata e continuativa sul territorio regionale*, in funzione della legittimazione degli individui al godimento di prestazioni sociali e di provvidenze di vario genere erogate dalle regioni, tradisce la volontà di queste ultime di fare dei loro residenti non già, semplicemente, degli "abituali dimoranti" (secondo la definizione che della residenza fornisce l'art. 43 cod. civ.), ma piuttosto dei veri e propri *cittadini*, caratterizzati da sentimenti identitari e da legami, anche spirituali, di appartenenza alla regione analoghi a quelli che, fin dalla nascita dello Stato moderno, hanno contraddistinto la cittadinanza nazionale», F. DINELLI, *Le «cittadinanze regionali»: un problema "nuovo" dal sapore "antico"*, cit., 2-3.

I dispacci tanucciani del 1774 tra assolutismo e illuminismo

di Franco Gaetano Scoca*



Sommario: § 1. – Il Dispaccio del 23 settembre 1774. § 2. – Il dovere di motivazione. § 3. – Complessità del quadro normativo. § 4. – L’“arbitrio” dei giudici. § 5. – Separazione dei poteri e monopolio regio della legislazione. Il tentativo carolino di codificazione. § 6. – Gli obiettivi del Dispaccio. § 7. – Il distacco tra gli illuministi e la Corte borbonica. § 8. – Il commento di Gaetano Filangieri. § 9. – Il richiamo al principio della separazione dei poteri e il problema dell’interpretazione della legge. § 10. – Contro l’autorità dei Dottori. § 11. – La “rappresentanza” del Sacro Regio Consiglio. § 12. – Il secondo Dispaccio di Tanucci. § 13. – Le osservazioni di Filangieri alle obiezioni dei magistrati e la proposta di istituire il Censore delle leggi. § 14. – Il fallimento della riforma tanucciana. § 15. – La sorte del dovere di motivazione.

§ 1. – Il Dispaccio del 23 settembre 1774

Nel settembre 1774 Ferdinando IV emanò un Dispaccio, fortemente voluto e personalmente redatto dal suo primo ministro Bernardo Tanucci, che portò all’avanguardia la disciplina del processo del Regno di Napoli¹ e anticipò alcuni principi che ritroviamo tuttora sparsi nel nostro ordinamento, tra la Costituzione, le disposizioni sulla legge in generale e il codice di procedura civile.

Con il Dispaccio del 23 settembre si stabiliva che «in qualunque decisione che riguardi o la causa principale, o gli incidenti, fatta da qualunque Tribunale di Napoli o Collegio, o Giunta, o altro Giudice della stessa Capitale, che abbia la facoltà di decidere, si spieghi la ragion di decidere, o siano i motivi, sui quali la decisione è appoggiata».

Si aggiungeva che le decisioni dovevano fondarsi «non già sulla nuda autorità dei Dottori, che hanno purtroppo colle loro opinioni, o alterato o reso incerto ed arbitrario il diritto, ma sulle leggi espresse del Regno o Comuni; e quando non vi sia legge espressa pel caso, di cui si tratta, e si abbia da ricorrere alla interpretazione, o estensione

* Sapienza – Università di Roma. Il testo riproduce la *lectio* esposta in occasione della consegna del Premio Giambattista Vico (Vatolla, 12 settembre 2020).

¹ Si segnala fin d’ora che la riforma riguardò tutti, ma soli, gli organi giudicanti della città di Napoli.

della legge, vuole il Re, che questo si faccia in maniera, che le due premesse dell'argomento siano sempre fondate sulle leggi espresse e letterali; e quando il caso sia del tutto nuovo o talmente dubbio, che non possa decidersi né con la legge, né coll'argomento della legge, allora vuole il Re, che si riferisca alla M.S. per attendere il sovrano oracolo». Si aggiungeva che le «decisioni così ragionate» dovevano essere stampate presso la Stamperia Reale (a prezzi ridotti).

Con il Dispaccio, pertanto, si stabiliva: che le sentenze dovevano essere motivate; che dovevano fondarsi sulle leggi dello Stato o sul diritto comune; che dovevano essere pubblicate a mezzo stampa per passare in cosa giudicata. Si inibiva ai giudici di fondare la sentenza sulle opinioni dei Dottori e di andare oltre l'interpretazione letterale e, forse, logica («coll'argomento della legge»).

§ 2. – Il dovere di motivazione

La prima disposizione riguardava il dovere di motivazione. Oggi-giorno appare del tutto scontato che «tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati»²; ma allora, nella seconda metà del XVIII secolo, si trattò di una riforma profondamente innovativa; e tanto ardua da sollevare le serie rimozioni dei giudici.

La tradizione, infatti, che risaliva al tempo della riscoperta del *Corpus juris* giustiniano³ e alle glosse di Irnerio e dei suoi discepoli, e che fu mantenuta costante dai postglossatori dei secoli XIII e XIV, dai commentatori dei secoli XV e XVI e dai successivi trattatisti, era nel senso che, non solo la motivazione non era necessaria, ma si sconsigliava di inserirla nella sentenza, perché, se fosse stata erronea, avrebbe potuto rendere nulla la sentenza stessa⁴.

² Lo stabilisce solennemente il comma 6 dell'art. 111 Cost.

³ G.B. DE LUCA, *Il Dottor Volgare, ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale, e municipale, nelle cose più ricevute in pratica; moralizzato in lingua italiana per istruzione, e comodità maggiore di questa Provincia*, Roma, 1673, Proemio, cap. II, riporta la storia (o leggenda) del ritrovamento ad Amalfi, ad opera dei Pisani, del *Corpus* giustiniano e del suo affidamento ad Irnerio, «che alcuni dicono Tedesco, commorante in Italia, in carica di consigliere della Contessa Matilda» (ivi, 41). «Furono queste leggi cominciate a pubblicare, e essendosi viste molto eleganti, e ben' ordinate, ne segui, che i popoli con il consenso, e approvazione de' loro Principi, cominciando a conoscere l'asinina qualità delle leggi, con le quali vivevano, disprezzate queste, cominciarono ad abbracciare le sudette antiche, così casualmente restituite al Mondo, le quali a poco a poco, secondo la qualità dei paesi, divennero comuni, così in Italia, come in altre parti dell'Europa» (ivi, 42). Sulla vicenda della scomparsa e ricomparsa delle leggi giustiniane è interessante rileggere D.A. D'ASTI, *Dell'uso e autorità della ragion civile nelle provincie dell'Imperio occidentale dal dì che furono inondate da barbari fino a Lotario II*, Napoli, 1720. Vi si trova anche prova della complessità e confusione del quadro normativo nelle varie epoche, nei vari luoghi e secondo le varie etnie degli abitanti nella parte meridionale della penisola italiana.

⁴ Enrico da Susa, detto l'Ostiense (XIII secolo) avvertiva: «non est tutum assignare causam in sententia, quia si malam exprimat pronuncians, quamvis habeat bonam, quam exprimere posset, non valet sententia». Per cui, «si cautus sit iudex, nullam causam expri-

Una particolarità è da sottolineare nella disciplina tanucciana della motivazione; particolarità che non si trova nelle disposizioni successive: la pubblicazione a stampa delle sentenze, a pena del non passaggio in giudicato.

Si tratta di una prescrizione che aggiunge alla funzione, per così dire, endoprocessuale della motivazione⁷², un suo rilievo extraprocessuale, perfino di sapore democratico. Consente un controllo esterno, diffuso, sull'operato del giudice.

Costituì anche uno stimolo alla raccolta sistematica o cronologica delle sentenze. Il Regno delle Due Sicilie fu il primo Stato italiano in cui furono pubblicate raccolte di giurisprudenza. Inoltre, le sentenze della Corte Suprema di Giustizia, sulla base di un decreto del 25 agosto 1817, furono stampate ad iniziativa dello Stato, al fine di «propagare il più possibile» la loro conoscenza⁷³.

Mi sembra di poter osservare conclusivamente che la vicenda dei Dispacci sulla motivazione delle sentenze illustri assai bene la metamorfosi che la politica borbonica subì in quel periodo: da un atteggiamento aperto alla modernizzazione delle strutture e delle funzioni pubbliche, che fu alla base del Dispaccio tanucciano del settembre 1774, si trascorse ad un atteggiamento di chiusura e di sospetto nei confronti delle idee avanzate, nel quale trovò giustificazione il Dispaccio del novembre 1791 del marchese Simonetti.

Abstract

Tanucci's dispatches, by establishing the duty to state reasons, tended to limit the arbitrariness of judges and, at the same time, to reduce confusion in normative sources. They responded both to the absolutist objective of legislative monopoly and to the Enlightenment aspiration for legal certainty. Their enactment and abrogation mark the involution of the policy of the Bourbons and the break between the Enlightenment and the monarchy.

⁷² La funzione endoprocessuale della motivazione serve a rendere chiaro e conoscibile il ragionamento fatto dal giudice per giungere alla decisione; la motivazione chiarisce, e spesso integra, il dispositivo. Pertanto previene «contrastanti tra le parti sul contenuto della decisione» e consente «al giudice dell'impugnazione una migliore conoscenza degli elementi della lite» (M. TARUFFO, *op. cit.*, 274).

⁷³ F. MASTROBERTI, *Il "culto" della sentenza tra Ottocento e Novecento dalle raccolte alla nota a sentenza*, in *www.historiaetius.eu*, n. 14/2018, 5.

Covid-19 e interventi giuridici per arginarne il contagio

Un groviglio di problemi dei quali tentare un inventario

di Tecla Mazzaresse*



Sommario: § 1. – Un groviglio di problemi e la riluttanza a decidere fra le alternative del dilemma che li condiziona. § 2. – La normativa d'emergenza sul contagio da Covid-19 alla prova delle diverse dimensioni dell'interpretazione giuridica. § 3. – Due ordini di criticità. § 3.1. – Il diritto anti Covid-19 e le criticità da cui è (stato) condizionato. § 3.2. – Il diritto anti Covid-19 e le criticità da esso condizionate. § 4. – Non siamo più gli stessi? § 5. – La pandemia da Covid-19 e il dilemma sulla radicata matrice neoliber(al)ista del diritto (inter)nazionale.

§ 1. – Un groviglio di problemi e la riluttanza a decidere fra le alternative del dilemma che li condiziona

Difficile eludere, nonostante la persistente e quasi ostinata tendenza a rimuoverle, le nuove sfide che il diritto nazionale e internazionale si trova ad affrontare, nell'immediato, in relazione al tentativo di arginare la diffusione del contagio da Covid-19, e, nel medio e lungo periodo, in relazione al profilarsi di una realtà in cui il succedersi di epidemie e/o pandemie individuerà una costante sistemica e non certo il casuale riproporsi di un'emergenza, fortuita e occasionale.

Già, non solo nell'immediato ma anche in una prospettiva futura, a breve termine.

Non serve a molto, infatti, sottacere o ignorare che quella del Covid-19, per quanto in forma più drammaticamente radicale, nel volgere di pochi anni, è già la terza epidemia dopo quella della SARS del 2002-2004 (anch'essa causata da un coronavirus: il SARS-CoV) e quella del virus ebola (EVD) del 2018-2019 (infezione manifestatasi per la prima volta nel 1976 nell'attuale Repubblica Democratica del Congo)¹. Una rapida successione, quindi, in relazione alla quale – a differen-

* Università degli Studi di Brescia.

¹ In realtà, come mi segnala l'infettivologo Francesco Castelli, nei primi 20 anni del nuovo millennio, oltre a SARS ed Ebola si sono verificate anche altre minacce pandemiche: influenza aviaria, MERS, Zika.

za che in molti contesti politici, economici, e finanziari – da tempo è grande l'attenzione da parte della ricerca medico-scientifica² e reiterato è l'allarme segnalato da documentazioni e monitoraggi effettuati, nell'ambito di differenti scienze naturali, sul progressivo degrado dell'ecosistema globale³.

Ora, fra le diverse sfide poste al diritto (inter)nazionale tanto dall'attuale pandemia quanto dal rischio che in un prossimo futuro quest'emergenza si trasformi in una costante sistemica, quella più drammaticamente urgente è proprio la sfida con cui il modello politico-economico è più refrattario a confrontarsi; è la sfida, cioè, relativa alla sua pervicacemente radicata matrice neoliber(al)ista e al rifiuto anche solo di prendere in considerazione la possibilità di una sua alternativa.

Prima però di indicare con maggiore precisione i termini del dilemma di cui questa sfida è espressione (§ 5.), l'attenzione, in queste pagine, sarà rivolta non solo, in generale, allo specifico rilievo della normativa (d'emergenza) sul contenimento della pandemia in relazione ai diversi momenti dell'interpretazione giuridica (§ 2.) e, più in particolare, alla distinzione di due ordini di criticità con cui tale normativa (d'emergenza) si è confrontata e continua a confrontarsi (§ 3.), ma anche ad alcune notazioni sul preteso e ormai già radicato cambiamento, determinato dall'attuale pandemia, in coloro che ne stanno vivendo l'esperienza (§ 4.).

² Esemplari, al riguardo, i termini in cui, durante un'intervista televisiva, il premio Nobel 2020 per la Medicina, Michael Houghton, spiega che il programma di ricerca al quale sta lavorando ha come obiettivo quello «di trovare dei modi non semplicemente per [occurrersi] del Covid ma anche di ceppi futuri [...] che potrebbero emergere; [di] identificare [cioè] un vaccino che sia protettivo nei confronti di parecchie specie» (trascrizione della traduzione simultanea), in www.youtube.com/watch?v=h8z_BdBiNOg. E ancora, solo per citare un lavoro di ben due anni precedenti il diffondersi del Covid-19, dal titolo icasticamente significativo, cfr. M. HAMELE, K. NEUMAYER, J. SWENEY, W.B. POSS, *Always ready, always prepared-preparing for the next pandemic*, in *Translational pediatrics*, n. 4/2018, 344-355. Da ultimo, ma non per importanza, ringraziando per l'indicazione l'infettivologo Francesco Castelli, si segnala il sito del giornale *open access*, *Emerging Infectious Diseases journal* – CDC, <https://wwwnc.cdc.gov/eid/>, sul quale, del tema, si discute da anni.

³ Scrive, ad esempio, F. CASTELLI, *Sars-CoV-2 pandemic in the western world: lessons learned*, in *Journal of the Royal College of Physicians of Edinburgh*, n. 2/2020, 110: «The astonishing recent increase and alteration in human and animal demographics, the unprecedented subtraction of wild territories from nature by humankind, the growing volume and rapidity of human mobility, possibly coupled with climate changes, constitute a conducive environment for emerging infectious diseases». Sempre più numerose, infatti, le ricerche di ispirazione ecologica che, pur nella specificità di scienze naturali differenti, documentano del degrado ormai quasi irreversibile dell'ecosistema globale. A titolo meramente esemplificativo, cfr. CL. HENRY, L. TUBIANA, *Earth at Risk: Natural Capital and the Quest for Sustainability* (2017), trad. it. di J. Foggi, *La terra a rischio. Il capitale naturale e la ricerca della sostenibilità*, Bologna, il Mulino, 2019.

nazionale si trova oggi ad affrontare è non tanto, e non solo, quella di barcamenarsi fra i due diversi ordini di criticità con i quali, nell'emergenza, il diritto non può non confrontarsi (§ 3.), quanto piuttosto quella di interrogarsi su una radicale alternativa sul paradigma giuridico: (i) da riproporre e rimettere in ordine, dopo il profluvio di interventi che hanno (temporaneamente) modificato la fisionomia di gran parte dei suoi settori, ripetendo e riaffermando forme e modi dello stesso modello politico-economico in cui si configurava prima della diffusione della pandemia, o, invece, (ii) del quale tentare una radicale innovazione secondo un modello politico-economico in grado di regimentare l'attuale pandemia e, al tempo stesso, di avviare i cambiamenti necessari se non a precludere quantomeno ad arginare e ad essere in grado di affrontare il rischio, paventato da più settori della ricerca scientifica, dell'affermarsi di una dimensione sistemica di pandemie prossime venture.

Abstract

The main point of this paper is to focus on the main challenge facing (inter)national law in the immediate future: namely, whether to restore its previous paradigm along with its still pervasive commitment to a neoliber(al)ist political-economic system or, the other way round, to remodel and redefine it from anew. Previously, a critical overview of two different sort of inconveniences, the one affecting and the other being affected by emergency legal measures, will be drawn.

Contenimento della pandemia e violenza domestica

Aspetti da non sottovalutare

di Paola Parolari*



Sommario: § 1. – Quando in casa non si è al sicuro. § 2. – Sulla nozione di violenza domestica. § 3. – *Lockdown* e violenza domestica: possibili criticità. § 4. – Le misure adottate in Italia. § 5. – Guardando al futuro: un tentativo di bilancio e qualche indicazione.

§ 1. – Quando in casa non si è al sicuro

“#iorestoacasa”: è questo l'*hashtag* che ha accompagnato le settimane del *lockdown* in Italia¹. A fronte del rapido diffondersi della pandemia di Covid-19, le misure di distanziamento sociale volte al contenimento del contagio hanno infatti assunto (qui come in molti altri paesi) la forma dell'isolamento domiciliare: la casa è stata cioè individuata come il luogo più sicuro nel quale restare per proteggere se stessi e gli altri dalla malattia².

Le limitazioni imposte alla circolazione delle persone sono state da alcuni criticate come eccessive e indebitamente lesive della libertà individuale, da altri accolte come misure necessarie a preservare la salute di tutti. A prescindere dalle profonde divergenze di valutazione, comunque, l'ordine di restare a casa sembra dare per scontate due condizioni che invece non lo sono: 1) che tutti abbiano una casa e 2) che questa casa sia effettivamente un luogo sicuro. In particolare, la seconda condizione non è soddisfatta, ad esempio, in relazione alle vittime di violenza domestica, per le quali la casa è un luogo di abusi, sopraffazione e sofferenza. A questo proposito, è stata espressa da più parti la preoccupazione che le misure adottate per contenere la pande-

* Università degli Studi di Brescia.

¹ Con il termine '*lockdown*' intendo qui riferirmi al periodo che va dal 9 marzo 2020 (data a partire dalla quale è stato introdotto su tutto il territorio nazionale il divieto di uscire di casa se non per motivi di necessità e salute o per comprovate esigenze lavorative) al 18 maggio 2020 (data a partire dalla quale non è più stata necessaria l'autocertificazione per gli spostamenti intra-regionali).

² Sulla casa come luogo sicuro v. anche B. PEZZINI, *Esterno e interno nella pandemia: persistenza e risignificazione degli spazi pubblici e domestici dal punto di vista di genere in tempi di lockdown*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2020, 13-15.

mia potessero aggravare la situazione delle vittime, sia riducendo le opportunità di chiedere e ottenere aiuto sia creando le condizioni per il moltiplicarsi degli episodi di violenza.

Nelle pagine che seguono si intende riflettere su queste possibili criticità (§ 3) e provare a fare il punto sulle contromisure che, nel contesto italiano, sono state adottate per prevenirle/risolverle (§ 4). Si potrà forse contribuire, così, a far emergere alcuni aspetti ai quali prestare attenzione nei mesi a venire, dal momento che la pandemia non sembra poter essere sconfitta in tempi brevi (§ 5). Preliminarmente è però opportuno offrire una definizione della nozione di violenza domestica (§ 2).

§ 2. – Sulla nozione di violenza domestica

Secondo la definizione della *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica* (nota come *Convenzione di Istanbul*), «l'espressione 'violenza domestica' designa tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima»³. Questa definizione, volutamente ampia e generica, consente di tener conto della pluralità di forme che la violenza domestica può assumere a seconda i) di chi la compie e/o la subisce e ii) delle condotte in cui si concretizza.

In particolare, sotto il primo profilo è importante tenere presente che la violenza domestica può essere agita e subita non solo all'interno delle relazioni di coppia ma, più in generale, della famiglia: ad esempio, nei rapporti tra genitori e figli, atti violenti possono essere compiuti sia dai genitori contro i figli (minori⁴) sia, al contrario, dai figli (adolescenti o adulti) contro i genitori, specialmente se anziani. Particolarmente esposte al rischio di subire violenza domestica sono, inoltre, le persone con disabilità. In questa prospettiva, è utile tenere concettualmente distinta la violenza domestica dalla violenza di genere e, in particolare, dalla violenza maschile contro le donne: non tanto per negare che la violenza domestica colpisca sproporzionatamente le donne rispetto agli uomini⁵, quanto piuttosto per non dimenticare che esistono altri

³ Art. 3, lettera b. La traduzione italiana del testo ufficiale inglese è pubblicata nella G.U., 2 luglio 2013, n. 153. La *Convenzione di Istanbul* è stata ratificata dall'Italia e la definizione di violenza domestica in essa contenuta è ripresa quasi testualmente dall'art. 3 del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93, convertito con legge 15 ottobre 2013, n. 119.

⁴ Si considerano forme di violenza domestica nei confronti dei minori anche le situazioni in cui i figli assistono alla violenza compiuta da un genitore sull'altro.

⁵ Non è un caso, infatti, che gli stati membri del Consiglio d'Europa abbiano voluto associare la lotta alla violenza contro le donne alla lotta alla violenza domestica, occupandosene congiuntamente nella *Convenzione di Istanbul*.

Abstract

The article deals with the impact of the Covid-19 pandemic on domestic violence in the Italian context. After defining the notion of domestic violence, it tries to identify some of the possible problems related to the pandemic containment measures and some of the main countermeasures adopted by the Italian Government to protect the victims during the first lockdown, from March to May 2020. While recognizing that some attention has been paid to domestic violence, particularly against women, the author calls for a more comprehensive and intersectional approach, which takes into account the specific needs of the most vulnerable victims, such as children, the elderly and persons with disabilities.

Emergenza sanitaria, (in)sicurezza e interventi governativi in materia di immigrazione in Italia

di Alessandra Sciarba*



Sommario: § 1. – Introduzione. § 2. – Diritti individuali *vs.* scopi indeterminati. § 3. – Interventi irragionevoli, demagogici, pericolosi. § 4. – Il decreto interministeriale 7 aprile 2020, n. 150. § 5. – Porti (in)sicuri. § 6. – Conclusioni.

§ 1. – *Introduzione*

Nell'anno della prima pandemia dell'era della globalizzazione, in un mondo attraversato da processi molto più complessi di quelli, ad esempio, riscontrabili al tempo della febbre spagnola del 1918, i giuristi sono alle prese con questioni estremamente rilevanti, cui vengono date risposte molto eterogenee: «legittimità o meno delle limitazioni delle libertà costituzionali, idoneità degli strumenti normativi adottati, conflitti di competenza tra stato, regioni ed enti locali, distinzione tra stato di emergenza e stato di eccezione»¹ sono solo alcune di queste.

In un simile contesto, i recenti provvedimenti legislativi adottati e le prassi introdotte in Italia nell'ambito del controllo delle migrazioni hanno messo in luce molte delle problematiche sopra citate, a partire da quelle connesse al rapporto tra stato di emergenza e diritti costituzionalmente sanciti, anche in materia di corrispettivi obblighi dello Stato derivanti dal diritto internazionale.

Dopo avere brevemente messo in luce il pericolo insito nel contrapporre e pretendere di bilanciare diritti individuali e scopi politici indeterminati, proverò quindi, da questa prospettiva, ad evidenziare la mancanza di ragionevolezza e coerenza propria dei suddetti interventi, prestando particolare attenzione al Decreto interministeriale 7 aprile 2020, n. 150 – con il quale viene dichiarato che i porti italiani, in tempo di pandemia, non possono essere considerati porti sicuri di

* Università degli Studi di Palermo.

¹ A. SCHIAVELLO, *“La grida canta chiaro” ... o forse no. Qualche osservazione a partire da un esercizio di interpretazione giuridica*, in *Lo Stato*, n. 14/2020, 367.

sbarco per le persone soccorse in mare da navi battente bandiera straniera – qui analizzato come caso emblematico di questo approccio.

L'analisi della nozione giuridica di 'porto sicuro' (*place of safety*) farà emergere la problematicità delle previsioni contenute in questo decreto, valutandone anche le paradossali conseguenze a fronte della concreta situazione che le politiche migratorie hanno creato nel Mediterraneo centrale.

§ 2. – *Diritti individuali vs. scopi indeterminati*

Anche i principi costituzionali, inclusi quelli che sanciscono diritti fondamentali, possono essere posti in discussione, assumendo che in particolari circostanze un diritto possa venire circoscritto e limitato per essere bilanciato con un altro diritto in quel momento a rischio. Ciò deve però avvenire con l'obiettivo di promuovere «la composizione e l'articolazione dei valori espressi dai principi costituzionali in un quadro coerente, ragionevolmente dettagliato, che non confligga con le nostre intuizioni morali, e che sia atto a fornire direttive determinate di condotta, tali da garantire l'ottimizzazione di ciascuno dei valori in questione in relazione agli altri»².

Questa forma di complesso rispetto di valori e garanzie è però di rado applicata nel caso di interventi legislativi che, come direbbe Ronald Dworkin, si basano principalmente su «argomenti di policy» che «giustificano una decisione politica mostrando che essa promuove o tutela alcuni scopi collettivi della comunità nel suo complesso», invece che su «argomenti di principio» che «giustificano una decisione politica mostrando che questa rispetta o assicura certi diritti soggettivi o collettivi»³. È vero che a volte il confine tra un fine politico inteso e narrato come uno scopo collettivo e un diritto soggettivo può sembrare labile: proprio quando sono in questione scopi quali la salute pubblica o la pubblica sicurezza genericamente intesi e più o meno strumentalmente posti in contrapposizione a diritti di individui o di categorie di individui, si può facilmente essere portati a pensare che in gioco siano due principi/diritti di pari importanza, e non invece due elementi che mantengono una natura diversa e quindi una parte significativa di incommensurabilità. Da una simile confusione può nascere l'accettazione acritica, ad esempio, di un irrazionale bilanciamento tra «i diritti individuali di ognuno di noi e l'astrazione statistica della sicurezza»⁴,

² B. CELANO, "Defeasibility" e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili, in *Diritto & questioni pubbliche*, n. 2/2002, 36.

³ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), Bologna, il Mulino, 2010, 131.

⁴ M. BARBERIS, *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, Bologna, il Mulino, 2017, 108.

che ne conseguono»¹⁶ quando si è di fronte a concetti dal significato indeterminato se non addirittura ambiguo, che necessitano uno sforzo interpretativo, come appunto quello di “sicurezza”, il loro abuso, specie in fasi particolari come quelle segnate da uno stato di emergenza che strutturalmente giustifica interventi ritenuti non legittimi in altri contesti, può comportare dei pericoli non indifferenti.

Anche gli altri interventi in materia di migrazioni di cui si è accennato in apertura di questo contributo rispecchiano lo stesso approccio, e sarà importante monitorare cosa resterà di questi superato il periodo di emergenza sanitaria. Varrà la pena, in questo senso, seguire l’epilogo tanto delle navi quarantena, quanto dell’utilizzo dei respingimenti differiti, quanto delle dichiarazioni di insicurezza dei porti italiani, consapevoli che, come avvertiva Naomi Klein già anni fa, i poteri istituzionali sanno ben sfruttare le reazioni di “shock”¹⁷ determinate da episodi e fenomeni sconvolgenti (un disastro ambientale, un attentato terroristico, o nel nostro caso una pandemia) per introdurre permanenti modifiche nell’ordinamento giuridico a discapito di alcuni diritti, libertà, e garanzie la cui soppressione difficilmente verrebbe assimilata in condizioni di normalità.

Abstract

The recent legislative measures and practices introduced in Italy in the field of migration have highlighted many of the juridical problems that the current sanitary crisis is posing, especially with regard to the relationship between state of emergency and constitutional rights, also with regard to the State’s obligations under international law. After briefly highlighting the danger inherent in opposing individual rights and undetermined political purposes, this contribution underlines the lack of reasonableness and consistency of these interventions. Particular attention is paid to the Decree April 7, 2020, n. 150 which states that Italian ports, in time of pandemic, cannot be considered safe ports of disembarkation for people rescued at sea by ships flying foreign flags. The analysis of the legal notion of place of safety will reveal the problematic nature of the predictions contained in this decree, by also evaluating its paradoxical consequences in the face of the concrete situation that migration policies have created in the central Mediterranean.

¹⁶ A. SCHIAVELLO, *“La grida canata chiaro”*..., cit., 384.

¹⁷ N. KLEIN, *Shock economy, L’ascesa del capitalismo dei disastri*, Milano, Rizzoli, 2007.

Pandemia e carcere

Lezioni per il futuro

di Emilio Santoro*



A metà marzo del 2020, a fronte della crescita dei contagi da Covid-19, ci si è cominciati a porre il problema della catastrofe che la diffusione del virus in carcere avrebbe comportato. Le carceri sono, infatti, ambienti notoriamente sovraffollati in cui distanziamento sociale e isolamento appaiono molto difficili. Basta ricordare che l'Italia è stata condannata dalla *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo* perché costringe, non occasionalmente, ma strutturalmente, i detenuti a vivere in condizioni inumane e degradanti a causa del sovraffollamento. Le carceri sono, inoltre, contrariamente a quanto si può pensare, ambienti non isolati, in cui entrano dall'esterno ogni giorno decine di persone: i nuovi arrestati, gli agenti di polizia penitenziaria e il personale civile dell'amministrazione penitenziaria, nonché i medici che per la loro professione, si è visto, sono molto esposti al contagio. Durante una pandemia è fondamentale, quindi, che ogni istituto carcerario abbia delle celle libere per mettere in isolamento i nuovi detenuti che vi fanno ingresso e quelli che eventualmente risultino positivi al Covid-19 o che sono stati a contatto con persone positive. In carcere quarantena e isolamento fiduciario non sono naturalmente una scelta volontaria, devono essere resi possibili dalla direzione.

Per far fronte a questa situazione il governo, nel decreto-legge 18/2020, detto *Cura Italia*, emanato a marzo 2020, ha previsto, agli articoli 123 e 124, due misure straordinarie che in origine dovevano cessare a fine giugno e sono state poi prorogate fino al 31 luglio. Queste misure hanno provocato più polemiche che diminuzione del sovraff-

* Università degli Studi di Firenze.

follamento carcerario. Questa reazione è stata, in parte, probabilmente dovuta alla percezione che in carcere la pandemia non abbia provocato particolari danni, mentre le scarcerazioni effettuate per proteggere i detenuti vulnerabili, anziani e affetti da gravi patologie, hanno suscitato molte critiche.

La percezione che il carcere abbia resistito bene alla pandemia è però erranea. Gli ultimi dati resi noti dal Garante nazionale delle persone private della libertà, risalenti al 7 luglio 2020, indicano che nelle carceri si sono registrati 287 casi di infezione con un picco massimo nella stessa giornata di 161 persone positive. Il numero è contenuto ma da non sottovalutare, infatti, in rapporto alla popolazione detenuta nel suo insieme è superiore, sebbene di poco, al tasso di contagio nel resto del paese. Focolai si sono riscontrati a Saluzzo, Torino, Lodi (detenuti positivi poi trasferiti a Milano), Voghera, Piacenza, Bologna e Verona. Alcuni decorsi della malattia sono stati molto lunghi, tanto da raggiungere anche i tre mesi. Per il Covid-19, ad oggi, hanno perso la vita in tutto 4 detenuti, 2 agenti di polizia e due medici penitenziari. È dunque fondamentale che il numero dei detenuti resti basso, tale da consentire di avere gli spazi in ogni istituto penitenziario per gestire la pandemia, altrimenti si rischia di trasformare le carceri in luoghi fortemente a rischio, come stanno tornando ad esserlo le R.s.a. (Residenze sanitarie assistenziali).

Le misure introdotte a marzo riguardavano il prolungamento delle licenze dei semiliberi (cioè dei detenuti che tornano a dormire in carcere, svolgendo durante il giorno attività all'esterno), e la semplificazione della procedura per la concessione della detenzione domiciliare, a fronte, però, della previsione, per chi usufruiva di questa procedura semplificata, dell'uso del braccialetto elettronico. Secondo i dati forniti dal Ministero della giustizia¹, a fine febbraio 2020 risultavano presenti 61.230 detenuti; in reazione alla pandemia si mette in moto una rapida riduzione del loro numero che porta, secondo i dati rilevati dal Ministero ogni fine mese, a un minimo di 53.387 presenti a fine maggio². Il calo dei detenuti è notevole. Basti pensare che quando, l'8 gennaio 2013, la Corte EDU emette l'ormai famosa sentenza Torreggiani con cui condanna l'Italia per il sovraffollamento carcerario, negli istituti penitenziari italiani c'erano quasi 66.000 detenuti (secondo i dati del Ministero erano 65.701, a fine dicembre 2012 e 65.905, a fine gennaio dell'anno successivo). Da allora, governo e parlamento italiani hanno adottato

¹ https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14.page?selectedNode=0_2

² Nella sua relazione del 5 giugno, il Garante nazionale delle persone private della libertà parla di 52.520 detenuti ma non è chiaro se il dato escluda i semiliberi, considerati dal Ministero detenuti, oppure se sia stato rilevato un giorno diverso dal 31 maggio; il Bollettino 34 del 29 maggio riportava infatti 52.622 presenze (http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/it/dettaglio_contenuto.page?contentId=CNG8964&modelId=10021).

Questa prospettiva è imposta da fatti come quello recentemente verificatosi nel carcere di Livorno. A fine ottobre 2020, vi è morto un detenuto ottantaduenne cardiopatico, a causa del Covid-19. Seguendo le normali regole di prevenzione, forse lo si sarebbe dovuto mandare in detenzione domiciliare, considerando che, per età e patologie, era un soggetto particolarmente a rischio di infezione. Ma molto grave, in particolare, è stata la misura presa per tutelare la salute degli altri detenuti che erano stati con lui a contatto: per tutti loro è stato disposto il tampone, ma nelle more dei risultati, che non sono ancora arrivati mentre scrivo (primo novembre 2020), sono stati tutti chiusi insieme in una unica sezione. La conseguenza è che, in questo periodo, i detenuti già infettati da quello deceduto hanno con ogni probabilità contagiato altri loro compagni.

La soluzione dell'isolamento collettivo, assurda da un punto di vista della tutela dal contagio, è dovuta al fatto che, se in questi casi non si ricorre alla detenzione domiciliare o in luogo di cura, negli istituti di pena non c'è lo spazio, non ci sono le celle, per consentire l'isolamento singolo delle persone venute a contatto con un positivo, come viene prescritto agli individui liberi.

Abstract

The essay maintains that, due to their overcrowding, Italian prisons in the pandemic period are very risky places for prisoners. At the moment, there are very few spaces for the quarantine of prisoners who have been in contact with other positive detainees. Only allowing the use of home detention or in health care facilities it will be possible to assure the safety of prisoners, but an old case law prevents this solution discriminating detainees and depriving them of their right to health. The extraordinary measure adopted by the Italian government had a very poor effect on the number of prisoners. In the spring what caused a decisive decreasing of the number of people in jails was the attention of public prosecutors in the use of pre-trial detention and in the incarceration for short times of authors of petty offences. In spite of the decreasing of incarceration, we did not have an increase of crimes, and this experience shows that we can, normally, drastically reduce the use of incarceration. Moreover, with the new spread of COVID-19, we must come back to a little number of incarcerations to guarantee a minimum of safety to prisoners.

Atti e strumenti di regolazione dell'emergenza e giusto processo

di Lorian Zanuttigh*



Sommario: § 1. – Premesse: il quadro generale. § 2. – Il giusto processo civile. § 3. – Il processo come gioco. § 4. – Il rilievo dell'incertezza e deficit di chiarezza della disciplina emergenziale. § 5. – L'incidenza dell'incertezza sulle regole processuali. § 6. – Le linee guida della cosiddetta seconda fase. § 7. – Ragionevole durata.

§ 1. – *Premesse: il quadro generale*

L'emergenza sanitaria ha modificato in modo repentino e impreveduto la nostra quotidianità, ma anche stravolto il piano dei valori che parevano stabilmente acquisiti modificando il vivere sociale.

Tra gli ambiti incisi, l'attività giurisdizionale. Per evitare e ridurre il rischio di contagio da contatto sociale si è disposta con decretazione d'urgenza, in una prima fase, la sospensione immediata e straordinaria di tutti i termini processuali e il differimento a dopo il 15 aprile di tutte le udienze, poi prorogando la data di riapertura del servizio giustizia all'11 maggio; in una seconda fase, prolungata al 31 luglio ed estesa, in forma attenuata, al 31 dicembre 2020, l'attività giurisdizionale è stata regolata in larga misura da atti di normazione secondaria (linee guida, protocolli, decreti).

Senza ripercorre la serie di provvedimenti adottati per fronteggiare l'emergenza e contenerne gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria, basti richiamare quanto delle misure adottate è necessario per definire il metodo con il quale si è operato un bilanciamento tra diritti fondamentali, nessuno dei quali vale senza limiti, come in una recente intervista ha lucidamente sottolineato Jürgen Habermas¹.

* Foro di Pavia.

¹ J. HABERMAS, K. GÜNTER, *Diritti fondamentali: "Nessun diritto fondamentale vale senza limiti"*, in *Giustizia Insieme*, www.giustiziainsieme.it. L'intervista con Habermas e Klaus Günter è stata pubblicata da *Die Zeit*, il 9 maggio 2020.

Nella seconda fase, a partire dal 12 maggio, tra le altre misure straordinarie si è affidato ai capi degli uffici giudiziari il compito di adottare provvedimenti di natura organizzativa e alcune misure specifiche per la trattazione e fissazione degli “affari giudiziari”, al fine di evitare assembramenti e contatti non strettamente necessari all’interno degli uffici, oltre che all’accesso e uscita dagli edifici.

Si tratta di quattro tipi di misure, scanditi da un ordine alfabetico (dalla lettera E alla lettera H dell’art. 83, comma 7, della legge 24 aprile 2020, n. 27, di conversione con effetti retroattivi del decreto 17 marzo 2020 n. 18 cd. *Cura Italia*), che riguardano soprattutto i rinvii e lo svolgimento delle udienze civili (rimesso integralmente agli indirizzi, protocolli e linee guida dettati dai capi degli uffici e applicati con un margine ulteriore di discrezionalità dei singoli magistrati e dunque variabili nelle diverse sedi giudiziarie). L’udienza civile può svolgersi: come “udienza pubblica a porte chiuse” (soluzione rimessa non al giudice d’udienza ma al capo dell’ufficio giudiziario); “udienza da remoto”, con la presenza fisica dal giudice in ufficio se non è richiesto l’intervento di soggetti diversi dai difensori delle parti. L’udienza da remoto può essere (ed è stata pressoché totalmente) rinviata a data successiva al 31 luglio ed oltre, salvo che per i procedimenti urgenti (tali per legge o per valutazione del giudice, quindi *ope judicis*). La norma prevede inoltre che l’udienza si svolga mediante scambio e deposito telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice, solo quando non sia prevista nel modello normativo la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti. L’udienza in questo caso viene convertita in una ipotesi di “trattazione scritta”. Oralità e contatto fra giudice e parti sono rinunciati.

Si parva componere magnis licet, si è delineato in qualche modo uno scenario che potrebbe esprimersi con l’espressione «scelte tragiche»², quelle cioè per le quali può dirsi che «è proprio il modo in cui una società risolve le sue scelte tragiche che definisce quella stessa società». L’espressione, fortemente incisiva, è calzante per aspetti dell’emergenza attinente la salute individuale e collettiva in relazione ai quali è stato effettivamente necessario, per il personale medico, effettuare anche “scelte tragiche” nell’accezione più propria della formula³.

² Il riferimento è al titolo del volume curato da M. Mazzoni e V. Varano, P. BOBBIT, G. CALABRESI, *Le scelte tragiche*, Milano, Giuffrè, 2006.

³ S. ROSSI, *Il diritto in equilibrio. Il mestiere del giudice e i casi tragici di tutti i giorni*, in *Diritto e Società*, n. 1/2013, 127, con riguardo ai quali il giudice potrà doversi interrogare se il paradigma normativo sia adeguato o entri in gioco per lui una rielaborazione delle dimensioni giuridiche guidata dal peso relativo dei diritti fondamentali e dalla loro valenza interpretativa nel processo decisionale.

tolari), ha trovato voce però con iniziative individuali non legittime, posto che solo un intervento legislativo può modificare (art. 111 Cost.) il diritto processuale positivo.

Oltre al dato negativo dell'arbitrarietà della modificazione delle "regole del gioco" ad opera del giudice, si registra forse un positivo venir ad emersione, con tutta l'evidenza necessaria, di una serie di temi, concretamente attuali in vista dell'adeguamento dello strumento processuale; tra questi lo spazio reale da assicurarsi all'oralità, le modalità con le quali garantire il contraddittorio e il diritto di difesa e prova in un modello che l'emergenza ha costretto a soluzioni interamente affidate al processo telematico, accelerando la transizione in atto.

Se, come detto, l'evento che ha travolto il sistema non ha né l'unicità né la singolarità che vorremmo riconoscergli, le criticità che ha rilevato sono elementi di un *cahier de doléance*, ma potrebbero divenire linee guida di una riflessione matura e progettuale, che prepari razionalmente il futuro.

Abstract

The health emergency produced an unexpected and unforeseen change in the framework of the civil trial, altering the powers and the roles of judges and lawyers respectively and significantly broadening the discretion of the judge in the application of time and ways of exercise of the judicial function, by means of acts of administrative and regulatory nature. Against the background of a wider reflection on the impact of the health emergency on freedom and individual rights, the Author questions the consistency between the rules governing the emergency and the constitutional guarantee of procedural rights, as it appears jeopardized.

Covid 19 e interventi giuridici per arginare il contagio

Quale ruolo ha giocato la teoria dei diritti fondamentali?

di Mario Dogliani*



Sommario: § 1. – La teoria dei diritti fondamentali è stata piegata fino a farne il principale ostacolo culturale alla adozione di misure di contrasto al virus. § 2. – Anche i diritti fondamentali devono essere bilanciati. I due volti del diritto alla vita in caso di pandemia. § 3. – Diritti fondamentali e azione collettiva. § 4. – Ritorno al passato: diritti fondamentali e sindacato dei diritti. § 5. – Un riepilogo. Diritti soggettivi, diritto oggettivo e azione collettiva. § 6. – La non autosuf-

ficienza del discorso sui diritti: i diritti possono essere reciprocamente contraddittori e anche contrari a seconda della visione del mondo di chi li sostiene. § 7. – Dalle politiche statali ai diritti che si autoaffermano. § 8. – I diritti della persona come il vertice dell'azione collettiva. § 9. – Conclusione.

§ 1. – La teoria dei diritti fondamentali è stata piegata fino a farne il principale ostacolo culturale alla adozione di misure di contrasto al virus

La pandemia ha prodotto una grande quantità di atti legislativi e di atti amministrativi, normativi e provvedimenti, che certo andrebbero classificati criticamente, e discussi nel merito politico. In questo scritto non mi cimenterò con questo arduo compito, ma mi limiterò a cercare di rispondere a questa domanda (in parte di diritto interno, in parte di teoria generale): si può dire che gli interventi giuridici volti ad arginare il contagio che è dilagato e sta dilagando nel nostro paese siano ispirati alla teoria dei diritti fondamentali? Dobbiamo constatare che la teoria dei diritti fondamentali ha agito, di per sé, come elemento di consapevolezza penetrato nel senso comune (e nel diritto comune), per proteggere il diritto fondamentale di tutti alla salute, soprattutto di chi non ha niente se non la propria dignità di essere umano sofferente?

Purtroppo no. Anzi dobbiamo constatare che la teoria dei diritti fondamentali è stata piegata a un estremo individualismo, fino a farne il principale ostacolo culturale alla adozione di misure di contrasto al virus. Il principio che il diritto alla vita è il primo dei diritti fondamen-

* Università degli studi di Torino.

tali (il più antico ad essere consapevolmente proclamato, e quello che più a lungo è stato consapevolmente calpestato) non si è certo linearmente imposto come premessa di ogni discussione.

Anzi: affermazioni del tipo: “obbligarmi a coprirmi il volto con una mascherina è un’intollerabile violazione della mia libertà” si sono sentite di frequente. Altrettanto frequenti sono i rifiuti che riguardano limitazioni alla libertà di movimento, soprattutto in quanto ostacolano la vita di relazione. Particolare spicco hanno avuto, a questo proposito, i supposti – e proclamati senza vergogna come di pari dignità rispetto al diritto alla vita – diritti all’aperitivo, allo struscio, agli spettacoli, alla spiaggia, allo sci, allo shopping, alla discoteca ... Il c.t. della nazionale Roberto Mancini ha sostenuto che il calcio «è un diritto come lo studio», replicando alle dichiarazioni del ministro della Salute che lamentava l’inopportuna insistenza dei dirigenti del calcio nel chiedere stadi aperti. E pare che il *dictum* manciniano si concludesse con le parole: «bisogna pensare prima di parlare»¹. Qualcuno, e i giuristi *in primis*, ha invocato la Costituzione, come se ci fosse il diritto di esporre “l’altro” al rischio di contagio; e sé stessi al rischio di diventare, a loro volta, oltre che contagiati, contagiatori. Diritto, ovviamente, che non esiste. Eppure le pretese di chi vorrebbe esercitare la sua libertà a danno di tutti sono state diffusissime, e amplificate con compiacimento dai mass-media. Questa insofferenza ai limiti che non possono non accompagnare la libertà, e ogni diritto per quanto fondamentale, è indecente. Come se la libertà sessuale comportasse il diritto alla pedofilia o allo stupro (come avrebbe voluto il Divin marchese) o come se la libertà di movimento comportasse la libertà di sfrecciare a velocità folle per le strade cittadine. Ed è quindi sconcertante (diciamo così) il quadro entro cui i costituzionalisti hanno posto il problema della lotta al contagio, essenzialmente in termini di (preoccupazione per la) compressione delle “libertà costituzionali” di movimento, di riunione, di impresa ... Purtroppo un pessimo esempio è stato dato dalla denuncia dei vescovi italiani che hanno considerato lesive della libertà di culto (poi ritrattando) le prescrizioni limitative degli assembramenti nelle chiese. Giovanni Ferretti (filosofo, teologo, sacerdote, ex rettore dell’Università di Macerata), ha scritto, a proposito della denuncia dei vescovi italiani: «Libertà di culto non è libertà di infettare la gente». E lo stesso vale ovviamente per la libertà di spostarsi, di riunirsi, di andare a teatro, a un concerto, di fare sport o di assistervi da tifoso ... Ma, ci vuole tanto a capirlo da parte dei poteri formatori del senso comune, e di numerose forze politiche? Tutte queste libertà, che implicano contatti tra le persone, in tempi di pandemia cambiano integralmente oggetto,

¹ Cfr. *Il Corriere della sera*, 6 novembre 2020, www.corriere.it/sport.

agli atteggiamenti dell'opinione pubblica e di gran parte della classe politica, dobbiamo constatare che il richiamo ai diritti fondamentali – sganciato dall'azione collettiva e piegato al più indifferente egoismo – è stato uno strumento che ha generato scetticismo nei confronti delle politiche anti-epidemiche nel quadro di un generale ribellismo¹¹.

Abstract

During the ongoing Covid-19 pandemic the theory of fundamental rights does not improve the common sense to better protect the right of all to health. On the contrary this theory is affected by an individualism so extreme to the point of becoming the main cultural obstacle to take measures for counteracting the virus effectively. Actually, any step in this way is taken as a compression of freedom. The issue of balancing the right of not being infected on one side and the right of not starving because of economical arrest on the other is totally neglected. This disregard of the fundamental right to health is due to the loss of awareness about the link existing between fundamental rights and collective action. In the '80s this awareness was so strong that a *human rights union* was even envisaged.

¹¹ Durante la correzione delle bozze ho letto l'articolo di V. Visco, *La strana idea di privacy che ci lascia in balia della pandemia* (su *Domani*, 25 ottobre 2020). Ne riporto alcuni brani, strettamente connessi al tema trattato: «La questione della tutela della privacy è stata [...] al centro del dibattito, come se di fronte al pericolo di restare vittime del virus fosse poi così importante per i cittadini non far conoscere alle autorità sanitarie (e non al Ministero dell'Interno) i loro spostamenti e le loro frequentazioni. Si è prodotta così l'applicazione *Immuni* scaricabile su base volontaria e con una tecnologia limitatamente efficace, mentre sarebbe stato, e sarebbe, necessario un tracciamento obbligatorio di tutti i cittadini a rischio, pur senza arrivare al riconoscimento facciale e ad altri interventi inutilmente invasivi adottati altrove. Abbiamo così compromesso fin dall'inizio la possibilità di un contrasto efficace e tempestivo alla pandemia. [...] Boris Johnson si è spinto a dire che i metodi seguiti in Italia e Germania non sarebbero stati tollerati nel suo paese, troppo affezionato alla libertà. E questo è stato in realtà uno dei punti fondamentali della posizione delle destre politiche in tutto il mondo durante la pandemia. [...] Il rischio che l'individualismo prevalente, la sfiducia preconcetta nelle istituzioni pubbliche, la retorica antistatalista, determinino danni sociali (ed economici) molto seri, è [...] del tutto evidente. La tutela della privacy è un elemento fondamentale di ogni sistema politico basato sulle regole liberaldemocratiche, ma anche in questi sistemi occorre chiarire quali sono i limiti che l'interesse collettivo può porre a quelli individuali (o presunti tali). [...] Le Autorità garanti della privacy tendono a concentrarsi soprattutto sulla tutela dei cittadini nei confronti dello stato e delle autorità pubbliche in generale. Non c'è dubbio che in tale attività il nostro Garante si è sistematicamente distinto negli ultimi anni. Uno dei primi [suoi] interventi fu di oscurare il sito del Consiglio di Stato perché pubblicava le proprie sentenze, ed essere costretto a una rapida marcia indietro perché la pubblicazione era in realtà prevista dalla legge. Più recentemente il Garante ha deciso di interferire e bloccare i lavori dell'Istat; è intervenuto a ostacolare le attività di ricerca scientifica da parte delle Università e della Banca d'Italia; ha bloccato una procedura dell'Inps sulle assenze dal lavoro per assenteismo; e soprattutto si è impegnato interferendo, limitando, ritardando o impedendo sistematicamente l'attività di contrasto all'evasione fiscale dell'Agenzia delle entrate» (*cor-sivo mio*). Si tratta di interventi sicuramente ispirati dalle migliori intenzioni, ma in contrasto con importanti esigenze collettive e spesso con il buonsenso. Appare evidente, in conclusione, che ruolo, funzioni e comportamenti concreti del Garante dovrebbero essere oggetto di un'analisi critica e autocritica anche alla luce della vicenda della pandemia».

Paolo Biscaretti di Ruffia: il percorso di un costituzionalista e comparatista

di Miryam Iacometti*



Paolo Biscaretti di Ruffia, professore di diritto costituzionale e di diritto costituzionale comparato presso diverse Università italiane e, dal 1962 sino al 1982, presso l'Università degli Studi di Milano, è stato uno dei più importanti costituzionalisti della generazione di studiosi che hanno vissuto la trasformazione dallo Stato italiano da autoritario a democratico e repubblicano. Allievo di quel Santi Romano, noto per avere sostenuto l'insufficienza della no-

zione del diritto come norma e la necessità di considerarlo come istituzione, Paolo Biscaretti di Ruffia ne ha ripreso la lezione scientifica nelle sue numerosissime opere (tra le quali vanno ricordati i due manuali: *Diritto costituzionale* e *Introduzione al diritto costituzionale comparato*), coniugando l'attenzione al dato giuridico con gli aspetti sociali, politici, ideologici degli ordinamenti da lui analizzati. I suoi studi dedicati agli Stati dell'Europa dell'Est, a Russia, Cina, Jugoslavia, oltre a quelli su Belgio, Giappone, Sudafrica, dimostrano il suo spiccato interesse non solo per l'ordinamento italiano, ma per sistemi giuridici che, talora molto diversi da quelli liberal-democratici e allora ancor poco analizzati dai comparatisti, erano degni di essere studiati per meglio potervi convivere: un insegnamento di questo Maestro che poi l'esperienza avrebbe confermato.

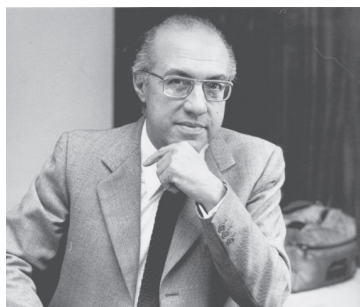
Paolo Biscaretti di Ruffia, laureatosi in Giurisprudenza nel 1933 all'Università di Roma, fu assistente alla cattedra di Diritto pubblico comparato presso la Facoltà di Scienze politiche della stessa Università di cui era titolare il Prof. Luigi Rossi e, dal 1935, assistente sempre a Roma, alla Facoltà di Giurisprudenza, alla cattedra del Prof. Santi Romano. Divenne libero docente nel 1938, vinse il concorso a cattedra nel 1939 e iniziò la sua carriera accademica nel ruolo di Professore di Diritto costituzionale presso l'Università di Pisa, per passare, poi, in quelle di Firenze e di Catania, assumendo nel 1949 l'insegnamento di Diritto costituzionale nell'Università di Pavia e, dal 1962, a Milano, prima alla Università Bocconi e dallo stesso anno sino al 1982, alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi dove insegnò anche Dirit-

* Università degli Studi di Milano.

Era mio padre

Vittorio Frosini giureconsulto e umanista

di Tommaso Edoardo Frosini*



Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – La formazione scientifica: Pisa, Catania, Oxford. § 3. – La filosofia del diritto. § 4. – L'informatica giuridica. § 5. – La teoria dell'interpretazione. § 6. – L'eclettismo come valore.

§ 1. – Premessa

Sostiene Luis Sepúlveda: «Perché se li nominiamo e raccontiamo le loro storie, i nostri morti non muoiono». Una frase molto bella e molto vera, alla quale ho ripensato quando ho accettato, vincendo un'iniziale ritrosia, di scrivere un ricordo della figura di mio padre. Una difficile sfida emozionale, che ho già affrontato¹, nei confronti della quale sono a invocare l'indulgenza del lettore, qualora dovesse ritenere questo mio ricordo fin troppo velato dall'affetto filiale. Certo, un intellettuale rivive ogni qualvolta qualcuno prende in mano un suo libro, lo sfoglia, lo legge, lo cita. Nel caso del giurista, poi, ci sono, oltre ai libri, anche gli articoli nelle riviste scientifiche, che rappresentano la dottrina (autorevole e in certi casi autorevolissima) la quale può assurgere a diritto vivente quando i giudici la utilizzano (seppure senza poterla citare) per affermare un certo indirizzo giurisprudenziale. Ancora: questa rubrica, che ospita questo mio intervento, dedicata ai *Maestri del Novecento*, ha come scopo principale di rievocare uomini e cose del recente passato ma soprattutto di mettere le nuove generazioni di giuristi "sulle spalle dei giganti", al fine di fargli scrutare meglio gli orizzonti della scienza giuridica. Anche per questo, nel raccontare il profilo

* Università degli Studi "Suor Orsola Benincasa".

¹ Su invito degli amici e colleghi Antonio Punzi e Francesco Riccobono ho svolto una relazione al Convegno *Vittorio Frosini: una coscienza giuridica aperta al futuro*, che si è tenuto presso l'Università Luiss-Guido Carli di Roma il 27 ottobre 2017. La mia relazione su *Vittorio Frosini al CNR e al CSM. Piccolo lessico familiare* pubblicata in *Federalismi*, n. 15/2018 e in *Riv. int. fil. dir.*, n. 1-2/2019, 15 ss. (numero monografico che raccoglie gli Atti del convegno prima ricordato). V. altresì la mia *Prefazione* al vol. di A. MERLINO, *L'idealismo giuridico di Vittorio Frosini*, Foligno, il Formichiere, 2019, V-VIII.

L'altro impero

Max Weber e il lavoro intellettuale come professione

di Agostino Carrino*



Sommario: § 1. – Max Weber e lo “stato di eccezione”. § 2. – *Politische Bildung*. § 3. – Per un’etica della responsabilità. § 4. – Capitalismo come religione.

MASSIMO CACCIARI, *Il lavoro dello spirito. Saggio su Max Weber*, Milano, Adelphi, 2020, pp. 118.

§ 1. – Max Weber e lo “stato di eccezione”

In epoca di pandemia sono passati sotto silenzio alcuni anniversari che altrimenti sarebbero stati ricordati in convegni e libri collettanei: per esempio il centenario della costituzione austriaca (ottobre 1920), ma anche la morte del massimo sociologo contemporaneo: Max Weber. Nel caso di Weber la cosa è doppiamente strana, perché egli morì proprio per le conseguenze della famigerata pandemia di “spagnola”, l’omologo del coronavirus, anche se allora i morti furono milioni.

Morì, Max Weber, il 14 giugno 2020, nella sua Heidelberg, una specie di Weimar moderna, crogiolo di giuristi, teologi, filosofi e sociologi, confortato contemporaneamente da sua moglie, Marianne, femminista *antelitteram* e sua futura biografa, e dalla sua bella amante, Else von Richthofen, una lontana parente del “barone rosso”, l’asso della Luftwaffe. Fu una morte precoce (aveva cinquantasei anni) che sottrasse alla scienza una delle menti più brillanti dell’epoca; non a caso già a fine 1918 Hugo Preuß, il redattore della costituzione repubblicana di Weimar, lo aveva voluto con sé a Berlino. Weber contribuì alla scrittura della legge fondamentale tra l’altro con il famoso/famigerato articolo 48, che attribuiva poteri di emergenza al Presidente, una norma falsamente ritenuta la causa della fine della repubblica e dell’avvento di Hitler¹.

* Giurista e filosofo.

¹ Cfr. A. CARRINO, *Weimar. Critica di una costituzione*, Milano, Mimesis, 2020.

Tuttavia, completamente dimenticata questa ricorrenza non è stata: Massimo Cacciari ha dedicato a Weber un saggio che merita di essere commentato. Il titolo è la riformulazione dal tedesco del titolo italiano di un libro che raccoglie i testi di due famose conferenze tenute da Weber all'Università di Monaco nel 1919 e pubblicate per i tipi di Einaudi nel 1948 come *Il lavoro intellettuale come professione*², dove 'intellettuale' in tedesco è 'geistige', spirituale. Il lavoro dello spirito è la *geistige Arbeit*: intellettuale e 'spirituale', aggettivi poco consoni alla realtà di oggi, che di intellettuale e di 'spirituale' sembra avere poco o nulla. E forse ha poco a che fare anche con il lavoro, con lo sforzo, con la costruzione faticosa.

Weber è un classico del pensiero, come riconosceva Norberto Bobbio in un suo famoso scritto di quaranta anni fa su *Mondoperaio*³. Classico del realismo politico, in una linea che parte da Machiavelli e arriva a un suo allievo indiretto, quel sulfureo Carl Schmitt⁴ che proprio Bobbio andava a visitare nel 1937 a Berlino, in una via non molto lontana, allora, dalla cancelleria di Hitler (anni fa pubblicai, con l'assenso del filosofo torinese e con scandalo di molti ipocriti, il carteggio del liberaldemocratico Bobbio con il "nazista" Schmitt: se ne occupò Antonio Gnoli su *Repubblica* con un paio di articoli e un'intervista⁵). E forse non è un caso che il punto di partenza del libro di Cacciari sia lo 'stato di eccezione', riferito però non al luogo dell'esercizio politico della sovranità secondo Schmitt (la decisione), ma all'essenza della modernità, la quale, come già aveva intuito Marx, non si acquieta in uno "stato", perché proprio nello "stato" – inteso come *Lage*, come situazione – c'è la tendenza a superarlo(si) per quella forza della potenza-principe della modernità, quella propensione tecnica che è insita nella scienza, la quale vuole essere realizzata: «Ciò che eternamente si ripete sarà l'eccezione stessa, ciò che eternamente dura è il continuo cambiamento» (12).

La rivoluzione borghese, che fonda il mondo moderno e le sue categorie, è allora auto-contraddittoria, perché fondandosi su se stessa apre al proprio auto-superamento nella impossibile nostalgia per valori non praticabili; per esempio in Thomas Mann: nostalgia di un sogno di libertà che si è subito trasformato, nella prassi politica del Novecento, in ribel-

² M. WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*, Nota introduttiva di Delio Cantimori. Traduzione di Antonio Giolitti, Torino, Einaudi, 1973 (la prima edizione è del 1948).

³ M. BOBBIO, *Max Weber e i classici*, in *Mondoperaio*, 7/8, luglio-agosto 1980, 79 ss.: «Max Weber classico significa dunque in primo luogo che la sua opera ci appare sempre più necessaria per capire l'età che si svolge nella tensione non risolta tra razionalismo formale e irrazionalismo dei valori, e a ogni modo è impossibile prescindere» (ivi, 80).

⁴ D. CANTIMORI, *Nota introduttiva*, in M. WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*, cit., VII, richiamando la visione presidenzialista di Weber, parla, guardandosi bene dal citarlo, di «un giurista che era stato dei suoi estimatori». Che Schmitt fosse uno degli estimatori di Weber è cosa oggi nota; non sempre però si ricorda che il suo famoso saggio sulla teologia politica fu composto per i due volumi pubblicati tre anni dopo la morte in memoria del sociologo: cfr. C. SCHMITT, *Soziologie des Souveränitätsbegriffes und politische Theologie*, in M. PALLY (Hrsg.), *Hauptprobleme der Soziologie. Erinnerungsgabe für Max Weber*, München und Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1923, Bd. II, 3 ss.

⁵ Cfr. N. BOBBIO e C. SCHMITT, *Briefwechsel*, in *Diritto e cultura. Archivio di filosofia e sociologia*, 1995/1, 49-74.; A. GNOLI, *Quel breve incontro*, in *la Repubblica*, 8 dicembre 1995; A. GNOLI, *Bobbio racconta Schmitt: 'quel che ricordo di lui'*, in *la Repubblica*, 19 dicembre 1995.

Interpretazione senza verità?

Lo scetticismo interpretativo in un libro di Pierluigi Chiassoni

di Enrico Diciotti*



Sommario: § 1. – Una teoria scettica dell’interpretazione. § 2. – La teoria di Chiassoni tra scetticismo estremo e scetticismo moderato. § 3. – L’interpretazione come scelta tra i significati possibili di una disposizione. § 4. – L’interpretazione come attività “creativa”.

PIERLUIGI CHIASSONI, *Interpretation without Truth*, Berlin - New York, Springer, 2019, pp. 279.

§ 1. – *Una teoria scettica dell’interpretazione*

Ci sono questioni, nella teoria del diritto, che non tramontano mai. Se anch’esse, nel succedersi delle mode o temperie culturali, subiscono una breve eclissi, continuano tuttavia a intravedersi sullo sfondo di molti disaccordi che persistono, e presto tornano ad alimentare indagini e pubblicazioni. Una di queste è se l’interpretazione dei testi normativi consista in un’attività conoscitiva oppure in un’attività valutativa, contraddistinta dalle scelte o decisioni di chi la esegue. Ovvero se gli enunciati interpretativi, con i quali vengono esplicitati i risultati dell’interpretazione, possano essere considerati come veri o falsi, a seconda che riportino o non riportino l’*effettivo contenuto* dei testi interpretati, oppure debbano ritenersi né veri né falsi, per il fatto che nessun testo normativo è provvisto di un *effettivo contenuto*.

Le possibili risposte a queste domande contraddistinguono tre teorie o, meglio, tre famiglie di teorie dell’interpretazione giuridica¹. Una prima risposta, fornita dalle teorie cognitivistiche, è che l’interpretazione dei testi normativi consiste in un’attività conoscitiva e gli enunciati interpretativi sono dunque veri o falsi. Un’altra risposta, proveniente da teorie improntate da un cognitivismo più moderato, è che l’interpretazione dei

¹ Per questa distinzione vedi, tra gli altri, P. CHIASSONI, *Codici interpretativi. Progetto di voce per un Vademecum giuridico*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003*, Torino, Giappichelli, 2003, 111-116; M. JORI, A. PINTORE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2014, 205-208; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, 408-418.

testi normativi consiste in alcune circostanze in un'attività conoscitiva e in altre circostanze in un'attività valutativa, per cui alcuni enunciati interpretativi sono da considerare come veri o falsi e altri come né veri né falsi. L'ultima risposta è quella dello scetticismo interpretativo: se si trascurano possibili indagini "scientifiche" dei giuristi, aventi lo scopo di individuare i diversi significati che è possibile attribuire a una stessa disposizione, l'interpretazione dei testi normativi non è mai un'attività meramente conoscitiva e nessun enunciato interpretativo può dunque essere considerato come vero o falso.

La teoria più diffusa è stata per lungo tempo quella del cognitivismo interpretativo, specialmente nella variante intenzionalista e imperativista²: essendo la legge espressione della volontà del legislatore, l'interpretazione della legge consiste nell'individuazione di questa volontà ed è dunque un'attività conoscitiva. Ma questa teoria ha infine perduto (verrebbe da dire definitivamente, se non si avesse esperienza che nulla è mai definitivo nella storia delle idee) la sua posizione egemonica e, sebbene non manchino tentativi di riproporla, spesso in vesti molto diverse da quelle tradizionali dell'imperativismo³, non pare attualmente in grado di attrarre grandi consensi. Oggi, la contesa intorno alla questione se l'interpretazione sia un'attività conoscitiva o valutativa riguarda principalmente le teorie moderatamente cognitive e quelle scettiche.

Questo è, sommariamente, il quadro in cui si colloca il libro di Pierluigi Chiassoni, *Interpretation without Truth*, che già nel titolo dichiara la propria militanza nello schieramento dello scetticismo interpretativo. L'autore si propone di difendere questo schieramento dagli attacchi degli avversari, ossia dei sostenitori del cognitivismo moderato⁴, nonché di contrattaccare, mostrando che «scepticism (and its embedding outlook, realism) repre-

² Come scriveva J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, London, J. Murray, 1879, 1023-1024, «The discovery of the law which the lawgiver intended to establish, is the object of genuine interpretation: or (changing the phrase), its object is the discovery of the intention with which he constructed the statute, or the sense which he attached to the words wherein the statute is expressed». Un panorama di teorie cognitive, da Pufendorf a Windscheid, è offerto da P. CHIASSONI, *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I. Da Bentham a Kelsen*, Torino, Giappichelli, 2009, 231-301.

³ Il tentativo più noto è quello di R. DWORKIN, *Matters of Principle*, trad. it. di E. D'Orazio, *Questioni di principio*, Milano, Il Saggiatore, 1990, 147-178. Ma vedi anche D. BRINK, *Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review*, in *Philosophy and Public Affairs*, 17/1988, 105-148; M. MOORE, *A Natural Law Theory of Interpretation*, in *Southern California Law Review*, 58/1985, 277-398.

⁴ Il cognitivismo moderato, nelle sue forme attuali, viene in genere fatto risalire H.L.A. HART, *The Concept of Law* (1961), trad. it. di M.A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1965, 146-159, ed è stato sostenuto, tra gli altri, da G.R. CARRÍO, *Sobre la interpretación en el derecho* (1990), trad. it. di R. Guastini, *Sull'interpretazione giuridica*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Vol. II, Torino, Giappichelli, 1989, 127-151; C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, Milano, Giuffrè, 1999, 147-155; A. MAR-MOR, *Interpretation and Legal Theory*, 2 ed., Oxford-Portland, Hart, 2005, 95-103; J.J. MORESO, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, capp. 2, 5; F. SCHAUER, *Playing by the Rules* (1991), trad. it. di C. Rustici, *Le regole del gioco*, Bologna, il Mulino, 2000, 317-333.

La costituzione dello stato

di Antonio Riviezzo*



Sommario: § 1. – Un libro di dottrina dello stato. § 2. – I riduzionismi insoddisfacenti. § 3. – La legge naturale di ragione. § 4. – Il meccanismo hobbesiano dell'autorizzazione. § 5. – (*segue*) Implicazioni. § 6. – Sovrano e sovranità. § 7. – (*segue*) La rappresentanza politica. § 8. – Sovranità e governo. § 9. – Sovranità e costituzione. § 10. – La sovranità tra teoria e dogmatica. § 11. – Una dottrina non decisionistica dello stato e la sua forma logica. § 12. – Il paradosso della conoscenza e la filosofia della storia.

OMAR CHESSA, *Dentro il Leviatano. Stato, Sovranità e Rappresentanza*, in *Il Principe e la Repubblica*, n. 3, Milano, Mimesis, 2019, pp. 353.

§ 1. – Un libro di dottrina dello stato

Al cospetto di saggi tanto meditati, il recensore potrebbe essere tentato di limitare il proprio apporto alla mera illustrazione (più o meno ben ragionata) dei contenuti dello scritto che intende commentare.

Tuttavia credo che nello specifico un simile approccio – pur apprezzabile – non renderebbe del tutto giustizia al senso complessivo dell'operazione che Omar Chessa tenta col suo ultimo lavoro: attualizzare un'intera disciplina, la dottrina dello stato, attraverso una rilettura del *Leviathan* di Thomas Hobbes.

L'intento, sembrerebbe riuscito, è quello di mostrarne l'estrema utilità in un contesto di frammentazione disciplinare che denota altresì la persistente – e misconosciuta – vitalità del suo oggetto proprio, lo 'stato' per l'appunto.

È lo stesso Autore a chiarirlo sin dalle pagine introduttive del libro, laddove afferma che «la parcellizzazione degli ambiti di ricerca non appor- ta sempre un reale avanzamento delle conoscenze, soprattutto quando la specializzazione dei saperi crea isole separate e comunicanti»¹; così come è lo stesso Chessa, poco più avanti, ad anticipare una delle conclusioni più significative (a mio avviso la più interessante in assoluto) del suo

* Università degli Studi di Siena.

¹ O. CHESSA, *Dentro il Leviatano. Stato, Sovranità e Rappresentanza*, Milano, Mimesis, 2019, 19. Da qui in avanti citerò per brevità l'opera con l'acronimo "DI", seguito solamente dal numero della pagina da cui trarrò le citazioni testuali.

studio: «non siamo entrati e non stiamo entrando in un'era post-statale. La nostra generazione non ha la fortuna (o la sfortuna, dipende dai punti di vista) di assistere, dopo diversi secoli, a un evento epocale come la 'fine dello Stato' e il trapasso a una nuova forma politica (o post-politica)»².

In altre parole, secondo il pensiero dell'Autore, solo quella negletta disciplina che chiamiamo 'dottrina dello stato' possiede ancor oggi l'unico statuto epistemologico adeguato per esplorare compiutamente il complesso fenomeno giuridico (e non solo) chiamato 'stato', la cui continua evoluzione viene oggi comunemente allitterata come *declino* solo in virtù di una distorsione cognitiva determinata, per l'appunto, da una pletora di comprensioni parziali slegate tra loro³.

Per realizzare un simile, ambizioso, compito, Chessa sceglie, sin dal titolo, di appoggiarsi sulle spalle di un titano come Thomas Hobbes, e segnatamente sulla sua opera più famosa, il *Leviathan*, che egli mostra di intendere chiaramente come il paradigma della peculiare epistemologia della dottrina dello stato: il *Leviathan* rappresenta infatti «indubbiamente uno dei principali contributi moderni, forse il maggiore, alla filosofia politica. Ma non si può altresì negare la sua importanza per la filosofia del diritto (e quindi per la teoria generale del diritto) [...]. Per non parlare del diritto pubblico [...]. Anche gli scienziati della politica non esiterebbero a scorgervi una delle opere fondative della loro disciplina, così come è certa la sua importanza anche per la sociologia politica. E infine, è senza dubbio la prima grande, sistematica opera moderna di dottrina dello Stato, scienza che aspira a porsi come punto di incontro di un po' tutti gli approcci disciplinari elencati sopra»⁴.

In breve: l'Autore ambisce a presentare una teoria generale dello stato, della sovranità e della rappresentanza traendo ispirazione dal pensiero che Hobbes ha riversato nella sua opera più nota⁵.

Ma perché proprio Thomas Hobbes e non, ad esempio, Jean Bodin, che pure si era occupato, anche prima di Hobbes, delle medesime questioni nei suoi *Sei Libri dello Stato*?

Vediamone la ragione attraverso le stesse parole del testo: pur concedendo la sovranità nei medesimi termini in cui l'aveva ricostruita Bodin qualche decennio prima, infatti, nel *Leviathan* «compare qualcosa che era assente in Bodin. C'è l'idea che il sovrano, oltre a essere assoluto, perpetuo e indivisibile, sia anche una "representative person"; e che proprio questo suo carattere 'rappresentativo' spieghi l'unità politica statale»⁶.

² *DI*, 23.

³ *DI*, 13: lo stato infatti «è in numerosi discorsi, ciascuno dei quali ne coglie profili particolari, diffondendone o sparpagliandone l'essenza, l'essere, in una congerie frastornante di dati esperienziali plurimi. Dobbiamo chiederci, allora, che cosa sia ciò che unifica il molteplice delle manifestazioni statali diverse, da quale tratto comune e invariante dipenda la possibilità di assegnare natura statale a numerosi atti e fatti, fenomeni ed enti, nei quali riteniamo di scorgere un'espressione di statualità». Enfasi testuali.

⁴ *DI*, 23. Enfasi aggiunta.

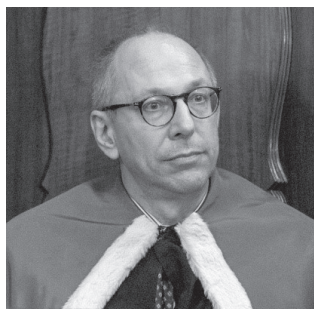
⁵ Cfr. *DI*, 21, ove tale obiettivo è denunciato apertamente.

⁶ *DI*, 20-21.

L'Oro del Reno

La Costituzione di Weimar come banco di prova della democrazia liberale

di Luca Vespignani*



Sommario: § 1. – L'importanza di Weimar. § 2. – Il clima culturale. § 3. Hans Kelsen e Carl Schmitt: il paradigma di una contrapposizione. § 4. – Una costituzione "postuma" e compromissoria. § 5. – La lezione di Weimar.

AGOSTINO CARRINO, *Weimar. Critica di una Costituzione*, Milano, Mimesis, 2020, pp. 484.

§ 1. – L'importanza di Weimar

La stagione di Weimar rappresenta uno snodo cruciale del costituzionalismo contemporaneo, di cui viene considerata un "laboratorio" imprescindibile anche per la sua contiguità coi totalitarismi della prima metà del Novecento. Ma fin dalle prime pagine del suo saggio¹ Carrino chiarisce di ritenere «limitativo continuare a riflettere secondo un "post festum", guardando a Weimar solo come l'anticipazione della seconda repubblica democratica o come il prodromo della tragedia (l'avvento del nazismo)»² e si pone invece l'obiettivo di «capire come e perché la costituzione di Weimar fu un segno di contraddizione che rinviava ad una più profonda difficoltà propria del tempo storico nel quale si colloca, un tempo storico "borghese" già profondamente in crisi, una crisi che toccava la soggettività moderna alle prese con una perdita di fiducia e di coscienza, fiducia in sé stessa e coscienza della funzione "progressiva" che essa si era autoattribuita nella fase rivoluzionaria del proprio avvento»³. In altre parole, l'attenzione dell'Autore è rivolta non tanto, sul piano dell'ingegneria costituzionale, allo studio delle soluzioni adottate per quanto concerne i diversi

* Università degli Studi Modena e Reggio Emilia.

¹ In questa e nelle note successive indicherò per semplicità l'opera oggetto di questo contributo solo con *Weimar*.

² *Weimar*, 13.

³ *Weimar*, 14.

profili disciplinati dalla Carta costituzionale, quanto alla ricerca dei fattori che di quell'esperienza avrebbero fin da subito ipotecato il futuro.

La tesi di fondo del libro è che «l'affermarsi dell'individualismo, prima borghese, poi generico, è la causa fondamentale della crisi della civiltà europea, crisi di cui Weimar è un episodio, una tappa, ma una tappa emblematica della posta in gioco»⁴. Tutto ciò sulla base della convinzione che «l'individuo ha senso solo nella comunità, così come la comunità va salvaguardata se, *inter alia*, protegge lo sviluppo dell'individualità»⁵. Viceversa, la Costituzione weimariana sarebbe stata viziata da un approccio astratto evidenziato in primo luogo dalla mancanza di un collegamento con lo Stato visto quale proiezione di una dimensione politica insuscettibile di essere risolta nella mera legalità ed imprescindibile per una corretta comprensione della realtà sociale, per cui essa risulterebbe «da un lato slegata dai bisogni concreti del momento, che avrebbero voluto un testo meno prolisso e più attento alla concreta necessità di una costituzione adeguata alla difesa della repubblica contro il bolscevismo, dall'altro ideologica e velleitaria, una forma che non era veramente tale perché priva di un suo proprio contenuto»⁶.

Pertanto, ampio spazio viene dedicato alla ricostruzione del contesto nel quale quella vicenda si sviluppò, atteso che «per comprendere Weimar sarebbe più opportuno studiare la sua vita culturale che le sue forme istituzionali, perché è nella società civile, nelle piazze, nei cabaret, nei caffè che si gioca il confronto e specificamente là dove la distinzione tra *Gemeinschaft* e *Gesellschaft* cessa di essere una distinzione idealtipica e si fa reale»⁷.

§ 2. – Il clima culturale

Su tale sfondo, Carrino traccia un quadro molto accurato della dottrina tedesca del primo Novecento, facendo leva sulla convinzione che «non è possibile [...] capire Weimar senza conoscere i pregressi di un dibattito che si era già di fatto sviluppato lungo linee che sono le stesse che agiteranno lo spirito della costituzione: individualismo e comunitarismo, tecnica e cultura, società e comunità e così via, fino alla decisiva antitesi tra *Kultur* e *Zivilisation*, che Thomas Mann, dopo averla rielaborata nelle sue *Betrachtungen*, sembrerà ritenere superata con la democrazia della costituzione, in un famoso discorso del 1922»⁸. E la chiave di lettura sottesa ad una simile operazione risiede nell'idea che sussista un nesso stretto tra concezioni del diritto e concezioni del mondo, per cui il senso delle une si coglie pienamente soltanto tenendo conto delle altre.

⁴ *Weimar*, 36.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Weimar*, 50.

⁷ *Weimar*, 360.

⁸ *Weimar*, 108.