

Libertà fondamentali, eguali e diseguali

di Enrico Diciotti*



Sommario: § 1. – Due domande sulle libertà fondamentali. § 2. – Libertà fondamentali come permessi. § 3. – Libertà fondamentali e principi di libertà. § 4. – I limiti delle libertà fondamentali. § 5. – Limiti relativi alle persone e limiti relativi alle attività. § 6. – La “frammentazione” delle libertà fondamentali. § 7. – Le differenze tra le libertà fondamentali possedute da individui diversi. § 8. – La titolarità delle libertà fondamentali intese come permessi. § 9. – Libertà fondamentali come permessi e poteri di autonomia privata. § 10. – Libertà fondamentali come ragionevoli possibilità di “fare qualcosa”.

§ 1. – *Due domande sulle libertà fondamentali*

Queste pagine ruotano intorno a due domande. La prima è: che cosa sono le libertà fondamentali? La seconda è: le libertà fondamentali sono egualmente possedute da tutti coloro ai quali vengono espressamente attribuite dalle norme costituzionali?

Queste domande non sono tra loro indipendenti. Rispondere alla prima domanda significa dare una definizione, tra le molte possibili, delle libertà fondamentali, cioè proporre una particolare concezione di queste libertà. E definizioni diverse delle libertà fondamentali implicano risposte diverse alla domanda se queste libertà siano egualmente possedute da tutti coloro cui vengono espressamente attribuite dalle norme costituzionali.

Non mi propongo qui di individuare una definizione “corretta” delle libertà fondamentali, ossia di argomentare a sostegno di una particolare concezione di queste libertà¹. Mi limiterò a prendere in considerazione tre possibili definizioni e a chiarire quali risposte alla seconda domanda da esse discendano.

* Università degli Studi di Siena.

¹ Siamo nel campo delle *ridefinizioni*, riguardo alle quali valgono le considerazioni di U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, II ed., Milano, Giuffrè, 1985, 65 ss.

Due di queste definizioni identificano le libertà fondamentali con situazioni giuridiche soggettive²: la prima che esaminerò, con una situazione soggettiva complessa, la cui componente principale è costituita da un permesso bilaterale; la seconda, con la medesima situazione soggettiva complessa e con un'altra, la cui componente principale è costituita da un potere. Per la terza definizione le libertà fondamentali consistono invece in ragionevoli possibilità, garantite da un ordinamento giuridico, di "fare qualcosa". Alla prima definizione e alle sue implicazioni dedicherò la maggior parte delle pagine seguenti, sia perché appare come la più semplice e, almeno a prima vista, la più attraente, sia perché, nell'esaminarla, metterò a fuoco molti degli elementi utili per chiarire anche le altre definizioni e le loro implicazioni.

§ 2. - Libertà fondamentali come permessi

La parola 'libertà' ha un significato indeterminato: molti diversi concetti di libertà possono essere distinti³; molte diverse concezioni della libertà possono essere sostenute⁴. Però, quando si tratta delle libertà attribuite agli individui da un ordinamento giuridico, sono due i concetti di libertà che vengono principalmente in evidenza: si può dire che qualcuno è libero di fare qualcosa o nel senso che le nor-

² La quasi totalità, se non la totalità dei costituzionalisti italiani definisce i diritti, e con essi le libertà fondamentali, come situazioni giuridiche soggettive (anche se poi occorrerebbe intendersi sul significato di 'situazione giuridica soggettiva'). Limitandosi ad alcuni recenti manuali, v. ad esempio P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, XVI ed., Milano, Wolters Kluwer, 2018, 489; R. BIFULCO, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2020, 363 ss.; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, XX ed., Torino, Giappichelli, 2020, 522; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XV ed., Milano, Giuffrè, 2020, 563 ss.; L. PALADIN, L.A. MAZZAROLLI, D. GIROTTI, *Diritto costituzionale*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2018, 569 ss.; G. DE VERGOTTINI, T.E. FROSINI, *Diritto pubblico*, II ed., Padova, Cedam, 2021, 123 ss.; A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2018, 400 ss.

³ Sui diversi modi di intendere la libertà, v. F.E. OPPENHEIM, *Dimensions of Freedom* (1962), trad. it. di A. Pasquinelli e R. Rossini, *Dimensioni della libertà*, Milano, Feltrinelli, 1964, 121 ss.; T. GRAY, *Freedom*, London, Macmillan, 1990; G.G. BRENKERT, *Political Freedom*, London, Routledge, 1991, 1 ss.; M. BARBERIS, *Libertà*, Bologna, il Mulino, 1999.

⁴ Un'affermazione abbastanza ricorrente è che uno è il concetto di libertà, ma molte le possibili concezioni della libertà. Questa affermazione dipende da una certa idea della libertà e da un particolare uso dei vocaboli 'concetto' e 'concezione': l'idea di J.C. MCCALLUM, JR., *Negative and Positive Freedom* (1967), trad. it. di M. Negri, *Libertà negativa e positiva*, in I. CARTER, M. RICCIARDI (a cura di), *L'idea di libertà*, Milano, Feltrinelli, 1996, 19 ss., secondo cui parlare di libertà significa istituire una relazione fra tre elementi, e cioè un soggetto, uno o più ostacoli posti a qualche sua azione o complesso di azioni, una certa azione o complesso di azioni; l'uso di 'concetto' e 'concezione' - per il quale v. J. RAWLS, *A Theory of Justice* (1971), trad. it. di S. Maffettone, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 1982, 22 ss., e R. DWORKIN, *Law's Empire* (1986), trad. it. di L. Caracciolo di San Vito, *L'impero del diritto*, Milano, il Saggiatore, 1989, 71 ss. - nel senso in cui 'concezione' designa un significato in cui una parola può essere intesa, mentre 'concetto' designa gli elementi comuni a tutti i possibili significati di quella parola. Nel testo, invece, intendo i diversi concetti di libertà come i diversi significati della parola 'libertà' e le diverse concezioni della libertà come le diverse posizioni, sostenute da filosofi o da altri soggetti, riguardo al significato in cui la parola 'libertà' dovrebbe essere usata.

iti, non è possibile accertare empiricamente quali siano le possibilità di “fare qualcosa” di cui godono tutti gli individui ai quali la Costituzione attribuisce determinate libertà fondamentali, per cui idee diverse sono a questo riguardo possibili. Infine, la questione di quali siano le ragionevoli possibilità di “fare qualcosa” di cui gli individui devono godere conformemente ai valori costituzionali è una questione priva di una risposta certa, sia per il fatto che è possibile identificare complessi diversi di valori costituzionali sia per il fatto che è possibile risolvere diversamente i conflitti tra questi valori.

Il giudizio che le libertà fondamentali sono egualmente possedute da tutti coloro ai quali vengono espressamente attribuite dalle norme costituzionali, se il suo senso è che ognuno possiede una ragionevole o equa possibilità di “fare qualcosa”, è evidentemente un giudizio valutativo al quale può sempre essere contrapposto un giudizio contrario. È possibile immaginare anche altre definizioni delle libertà fondamentali, oltre alle tre che ho preso in considerazione, ma l’analisi fin qui svolta sembra mostrare che solo un concetto valutativo di libertà fondamentale consente di affermare che le libertà fondamentali sono egualmente possedute da tutti coloro ai quali vengono attribuite dalle norme costituzionali⁴⁶.

Abstract

Different definitions of fundamental freedoms imply different answers to the question if fundamental freedoms really belong to all those who are entitled to them by the constitutional text. Here, I take into account three possible definitions. According to the first one, a fundamental freedom is a complex legal position, whose core consists in a bilateral permission. According to the second one, someone has a fundamental freedom if he has either a complex legal position whose core consists in a bilateral permission or a complex legal position whose core consists in a power. According to the third definition, a fundamental freedom equals to a reasonable or fair possibility “to do something”. The first and the second definitions imply a negative answer to the above question, whereas the third definition allows to give an affirmative answer to it. But, whenever this definition makes possible an affirmative answer, it makes possible a negative answer as well.

⁴⁶ Più in generale si può concludere che solo l’adozione di un concetto valutativo di libertà e di libertà fondamentale consente di ritenere realizzabile l’ideale delle eguali libertà, come pure quello più limitato delle eguali libertà fondamentali, che a partire da I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), trad. it. di G. Vidari, *La metafisica dei costumi*, Roma-Bari, Laterza, 1970, 35, connota una buona parte delle dottrine politiche liberali: v. ad esempio R. BELLAMY, *Liberalism*, in R. EATWELL, A. WRIGHT (a cura di), *Contemporary Political Ideologies*, II ed., London-New York, Continuum, 1999, 24; N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, cit., 22 ss., 36; J. GRAY, *Liberalism*, II ed., Minneapolis, University of Minnesota Press, 1986, 61; A. GUTMANN, *Liberal Equality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980, 5; J. RAWLS, *op. cit.*, 66 ss., 255.

130 anni dalla nascita e 40 anni dalla morte di Arturo Carlo Jemolo. Parte seconda

di Sergio Lariccia*



Sommario: § 6. – Inizio di una nuova storia: il contributo di Jemolo alla vita democratica in Italia. Jemolo “educatore costituzionale” del popolo. Contributo per la costituente e per il Paese. *Che cos’è una Costituzione.* § 7. – Il modello del concordato per la disciplina dei rapporti fra stato italiano e Chiesa cattolica. § 8. – La voce della coscienza: la coscienza laica. Laicità e separazione tra stato e Chiese. § 9. – Partecipazione di Jemolo alla commissione per la revisione del concordato lateranense. § 10. – Gli anni Settanta del Novecento. § 11. – Conclusione.

§ 6. – *Inizio di una nuova storia: il contributo di Jemolo alla vita democratica in Italia. Jemolo “educatore costituzionale” del popolo. Contributo per la costituente e per il Paese. Che cos’è una Costituzione*

La parte della cultura giuridica italiana non irrimediabilmente compromessa con il fascismo contribuì alla progettazione costituzionale dell’Italia democratica con grande impegno e importanti risultati, rivelando notevoli capacità di collaborazione con l’attività della Costituente e dei partiti politici, con varie iniziative differenziate ed efficaci, la pubblicazione di libri e riviste, la promozione di convegni e dibattiti⁹⁶.

Mario Galizia, in un intervento tenuto presso il circolo di cultura politica *Fratelli Rosselli* di Firenze, e successivamente pubblicato su *Il Ponte*, aveva sostenuto che dovesse riconoscersi la più ampia libertà d’azione alla Costituente, senza la previsione di alcun limite:

«il diritto e la storia ci portano ad affermare che l’assemblea costituente, che si erge libera da ogni vincolo sul crollo del precedente ordinamento come espressione della sovrana volontà del popolo deve necessariamente assumere in sé tutti i poteri. Sarà bene però che, immediatamente

* Sapienza – Università di Roma.

⁹⁶ A. BURATTI, M. FIORAVANTI, *Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana (1943-48)*, Roma, Carocci, 2011.

dopo la sua riunione, per rientrare nella legalità e per evitare la troppo prolungata concentrazione di tutti i poteri di una numerosa assemblea (il che potrebbe presentare il pericolo di una dittatura d'assemblea, preludio sicuro di una dittatura personale), l'assemblea costituente emani una carta provvisoria, che regoli provvisoriamente il funzionamento degli organi costituzionali, sicché questi possano cominciare subito a funzionare a fianco dell'assemblea. Si attuerà in tal modo [...], la distinzione tra potere costituente e poteri costituiti e l'assemblea potrà con maggiore tranquillità dedicarsi al suo gravoso compito, liberata dal peso della normale amministrazione»⁹⁷.

Piero Calamandrei, nel fascicolo successivo della rivista, condivise le posizioni di Galizia, sostenendo che fosse la Costituente a dover nominare un esecutivo *pro tempore* a cui assegnare compiti legislativi⁹⁸.

Uno straordinario lavoro di mobilitazione culturale fu svolto in quegli anni dal ministero per la Costituente, la cui istituzione rappresentò uno dei punti qualificanti del programma del Governo Parri, costituito all'indomani della Liberazione⁹⁹. Come scrisse Pietro Nenni, presentando il principale organo di propaganda del ministero (il *Bollettino di informazione e documentazione del Ministero per la Costituente*),

«Il Ministero per la Costituente può [...] fare una cosa: far sì che i suggerimenti, le indicazioni di rotta, le proposte di via, vengano conosciuti dal maggior numero possibile di cittadini»¹⁰⁰.

Anche per Jemolo il 1945 è l'inizio di una nuova storia ed è ben giustificata l'opinione che Jemolo abbia contribuito in maniera sostanziale all'"apprendistato politico ed elettorale" degli italiani nel biennio 1945-1946¹⁰¹. In un'Italia nella quale la "fame" di passione civile conviveva con il distacco e l'apatia, un Paese che rivelava con evidenza i sintomi di una tenace diffidenza nei confronti della politica¹⁰², Jemolo riassunse con queste parole lo "spirito" del 1945-1946:

⁹⁷ M. GALIZIA, *Chi governerà durante la Costituente?*, in *Il Ponte*, n. 6/1945, 847 ss.

⁹⁸ P. CALAMANDREI, *Governo e Costituente*, in *Il Ponte*, n. 7/1945, 661 ss.

⁹⁹ C. GIANNUZZI, *L'istituzione e l'attività del Ministero per la Costituente*, in FONDAZIONE PIETRO NENNI (a cura di), *Il Ministero per la Costituente. L'elaborazione dei principi della Carta costituzionale*, Scandicci, La Nuova Italia, 1995, 3 ss. P. NENNI, *Intervista sul socialismo*, a cura di G. Tamburrano, Roma-Bari, Laterza, 1977, 60 ss.

¹⁰⁰ IDEM, *Questo Bollettino di informazione e documentazione del Ministero per la Costituente*, n. 1/1945, 3 ss.

¹⁰¹ E. DI NOLFO, *Le paure e le speranze degli italiani (1943-1953)*, Milano, Mondadori, 1986; A. CLERICI, *Arturo Carlo Jemolo e il ministero per la Costituente e l'educazione costituzionale del popolo*, in A. BURATTI, M. FIORAVANTI (a cura di), *Costituenti ombra*, cit., 268-80, spec. 274.

¹⁰² G. CAPOGRASSI, *Dubbi sulla Costituzione*, in *Meridiano*, n. 9/1945; F. CALASSO, *Discorso sul metodo. La Costituente*, in *Il Mondo*, 5 ottobre 1946, 191-193; C. MORTATI, *Ombre sulla Costituente*, in *Lo Stato Moderno*, n. 3/1946.

§ 11. – *Conclusion*

Arturo Carlo Jemolo è stato per me un *compagno di strada*. Negli anni del mio insegnamento nelle scuole medie e nelle cinque università di Modena, Cagliari, Urbino, Perugia e Roma “La Sapienza” ho spesso detto ai miei studenti: *attenzione ragazzi, il dubbio è la condizione naturale dell’uomo che non voglia rinunciare alla ragione.*

Come, a proposito di Jemolo, ebbe occasione di affermare Giovanni Spadolini nel 1981, il suo spirito critico gli vietava di fare scelte categoriche: coerentemente con questa impostazione, Jemolo si teneva lontano dalle dottrine politiche che dispensavano certezze e inducevano all’uniformità di giudizio.

In coerenza con quello che riteneva un obbligo morale, il suo invito costante era quello di coltivare il dubbio, la ricerca, il dialogo: dove c’è posto per la ragione non si può mai considerare chiusa l’indagine, chiuso il dialogo con i dissenzienti¹⁸¹.

A distanza di quarant’anni dalla morte di Jemolo, pur tenendo conto delle tante novità che in questo lungo periodo hanno caratterizzato la vita politica e l’evoluzione della società italiana, molti sono ancora i motivi che inducono a continuare ad ascoltare la sua voce e a riferirsi al suo pensiero per una valutazione dei problemi civili, politici, giuridici e religiosi dell’ora presente, in un’Italia forse ancora più tormentata rispetto a quella del secolo scorso.

Abstract

The scientific work of Arturo Carlo Jemolo in the years of liberal, fascist and democratic Italy (1945-1981). A project for a secular and democratic Italy: dreams, hopes, illusions and disappointments. Freedom, dubious, moral conscience.

¹⁸¹ G. SPADOLINI, *La forza della ragione*, cit., 3.

Sulla “struttura” della rivoluzione economica comunicativa

Sovranità orizzontale contro sovranità verticale

di Fabio Merusi*



Sommario: § 1. – Sulle caratteristiche della rivoluzione economica in atto. § 2. – La trasferibilità dei capitali e la sovranità monetaria. Monete fiduciarie; cripto valute e titoli elettronicamente manipolati. § 3. – La sovranità orizzontale e l’imposizione di comportamenti ai pubblici poteri. Il caso della incidenza della prevenzione della corruzione sulla spesa pubblica. § 4. – (*segue*) Un caso dell’economia reale: deindustrializzazione ed economia “verde”. Retorica e “de-crescita”. § 5. – Le mutazioni della sovranità. Sovranità orizzontale; sovranità diretta; sovranità indiretta; sovranità orizzontale contro sovranità verticale. § 6. – I nemici della rivoluzione comunicativa: rinascita del “sovranismo locale” ed emigrazione di massa. § 7. – Rivoluzione comunicativa e pandemia.

§ 1. – *Sulle caratteristiche della rivoluzione economica in atto*

Siamo nel mezzo di una rivoluzione economica?

Che cosa sia una rivoluzione economica, e come le rivoluzioni economiche si siano succedute nel tempo e nello spazio è stato magistralmente e diffusamente ricostruito da un compianto allievo, Sergio Ortino, in un libro magistrale pubblicato una decina di anni fa¹.

Le rivoluzioni economiche sono sempre state determinate da – o comunque strettamente collegate con – innovazioni tecnologiche².

* Università degli Studi di Pisa.

¹ V. S. ORTINO, *La struttura delle rivoluzioni economiche*, Bari, Cacucci, 2010.

² Secondo S. ORTINO, *op. cit.*, 22 «L’espressione ‘struttura’ [...] significa che ogni rivoluzione economica si compone, fin dal suo primo manifestarsi, di un insieme di elementi costitutivi e funzionali che nel loro insieme saranno in grado di reggere le comunità interessate per tutta la durata della nuova era economica». Secondo l’assunto di tale ricerca, «[...] le rivoluzioni economiche non si esauriscono in un’opera di demolizione dei sistemi di approvvigionamento dei beni dell’era precedente che lascia alle spalle soltanto un ammasso di macerie; esse contengono anche nella loro essenza il nucleo di quei principi su cui si baseranno le comunità della nuova era economica. Il termine struttura [...] rinvia a quelli che in senso tecnico-normativo sono stati chiamati da alcuni giuristi i principi o i momenti nomogenetici, costituenti il sostrato sostanziale di ogni comunità umana. Secondo questa concezione ogni ordinamento sociale non rappresenta che un aspetto particolare dell’asset-

Ortino aveva già risposto di sì – che ce n'è già una nuova – quando ancora la rivoluzione economica in atto era agli inizi e se ne intuivano solo parzialmente le possibili conseguenze giuridico-istituzionali. Dopo la pubblicazione del suo libro l'ultima rivoluzione ha assunto una notevole accelerazione, ha ulteriormente precisato quali siano le sue caratteristiche tanto da permetterci di poter fare delle “profezie” sui suoi effetti futuri; su quel che accadrà, o potrebbe accadere, domani, o che è già accaduto ieri, senza che chi scrive se ne sia ancora accorto.

La rivoluzione tecnologica che ha scatenato la rivoluzione economica è l'introduzione invasiva e generalizzata delle tecniche informatiche che ha determinato una comunicazione e una connessione generalizzata di ogni tipo fra qualunque soggetto, azzerando, o quanto meno restringendo, il tempo e lo spazio in ogni genere di rapporto e, in particolare, nei rapporti economici³.

Nei rapporti economici la connessione informatica, come l'*e-commerce*, ha eliminato il differenziale fra mercati lontani. Nessun mercante può più speculare sul differenziale di prezzo fra un mercato e l'altro perché chiunque può acquistare su qualunque piazza, anche la più remota, e vedersi recapitare la merce a casa in tempi quasi reali da imprese distributive sorte *ad hoc* dopo aver percepito che esisteva la possibilità di fare affari con un servizio di tipo nuovo. Alle Poste tradizionali è rimasto il c.d. servizio universale, ai nuovi “trasportatori” il servizio commerciale. La connessione nel mondo della comunicazione rende ogni rapporto commerciale possibile. Anche la vendita *on line* del proprio usato direttamente ad un altro acquirente. Così come la creazione di mercati nuovi, di qualsiasi tipo, ricorrendo all'*ars combinatoria* delle connessioni.

Come tutte le rivoluzioni economiche la rivoluzione comunicativa ha sia effetti macroeconomici, sia effetti microeconomici. E il diritto dell'economia può individuare novità normative ed istituzionali sia a livello macro sia a livello micro economico. Quelle a livello micro sono quelle più immediatamente percepibili e, in larga misura, già studiate. I numerosi studi ormai “alluvionali” sui profili giuridici della c.d. globalizzazione condotti, non solo da cultori del diritto dell'economia in senso proprio, sono in larga misura studi sugli effetti microeconomici della rivoluzione economica della comunicazione⁴.

to complessivo determinatosi a seguito dell'interazione delle componenti geologica, biologica, tecnologica».

³ Sugli effetti più strettamente economici v., in particolare, C. FREEMAN, *As Time Goes By. From the Industrial Revolutions to the Information Revolution*, Oxford, Oxford University Press, 2001, anche per le argomentazioni teoriche di notevole suggestione.

⁴ Per quanto interessa ai fini del presente lavoro cfr. in particolare S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

“nodi di produzione” nei settori più diversi a seguito dell’inarrestato sviluppo della rivoluzione comunicativa anche in tempo di pandemia.

Se, e in quanto, la “controrivoluzione”, sempre in agguato, non indurrà a tornare all’antico. Un fenomeno verificatosi anche in passato quando altre pandemie si sono abbattute su altre rivoluzioni economiche²⁸.

Sempre pensando al futuro, sembra però ragionevole ritenere, in termini generali, che lo strumentario, sempre più sofisticato, della rivoluzione comunicativa, comprimendo sempre più il tempo e lo spazio, contribuirà efficacemente a porre rimedio ai danni arrecati dalla pandemia all’economia reale. Dovrebbe cioè contribuire alla “rinascita” dopo la pandemia.

Abstract

The essay examines the legal and economic effects of the informatic revolution. This new revolution restricts and sometimes even destroys temporal and spatial gap. It creates horizontal sovereignty alongside, and sometimes against, the vertical sovereignty of public authorities. Three examples.

²⁸ È il caso delle epidemie di peste verificatesi nel ‘300 e nel ‘600 che incisero notevolmente sullo sviluppo economico mercantile della Repubblica di Siena, nel primo caso, e della Repubblica di Venezia, nel secondo.

Il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici dell'AGCM dopo il decreto legislativo sul private enforcement. Questioni interpretative e implicazioni teoriche

di Giampaolo Parodi*



Sommario: § 1. – L'articolo 7 del decreto legislativo n. 3 del 2017: uno sguardo ai lavori preparatori. § 2. – La giurisprudenza amministrativa al momento dell'entrata in vigore del decreto legislativo. A) Stipulazioni preliminari. § 3. – (*segue*) B) Affermazioni di principio e precisazioni in corso d'opera. § 4. – (*segue*) C) Tre profili di ambiguità nella terminologia corrente. § 5. – (*segue*) D) Il criterio di giudizio della congruenza narrativa. § 6. – La coeva giurisprudenza delle Sezioni Unite civili: l'"importante conferma" contenuta nell'articolo 7 del decreto legislativo e la sua interpretazione.

§ 7. – La giurisprudenza del Consiglio di Stato posteriore alla trasposizione della direttiva. L'"evidente imprecisione linguistica" e l'apertura verso il sindacato di "maggiore attendibilità". § 8. – (*segue*) Una prima correzione di rotta. § 9. – Alcune considerazioni interlocutorie.

Tale istituto [la discrezionalità tecnica] è eminentemente contingente e storico, e [...] quindi potrebbe sparire, e [...] anzi si può prevedere che prima o poi sparirà

ERRICO PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, p. 62

Vi è una diffusa tendenza a vedere discrezionalità tecnica in ogni attività dell'amministrazione che presenti difficoltà superabili solo ricorrendo a cognizioni specialistiche

FRANCO LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, p. 270, nota 61

* Università degli Studi di Pavia.

§ 1. – *L'articolo 7 del decreto legislativo n. 3 del 2017: uno sguardo ai lavori preparatori*

Il decreto legislativo n. 3 del 2017, con il quale il Governo ha provveduto al recepimento della direttiva 2014/104/UE relativa alle azioni per il risarcimento del danno derivante da violazioni del diritto della concorrenza¹, sembra, a prima lettura, riproporre una serie di questioni, attinenti ai limiti del sindacato di legittimità del giudice amministrativo, che il pensiero prospettico dell'autore citato in epigrafe immaginava destinate, in tempi più o meno rapidi, a ricevere una sistemazione definitiva, se non ad essere superate e consegnate alla storia del diritto amministrativo².

Mentre, contro tale previsione, la discussione sulla discrezionalità tecnica – dopo la profonda rivisitazione dottrinale degli ultimi due decenni del secolo scorso³ – si protrae un po' stancamente, dottrina e giurisprudenza s'interrogano sulle peculiarità del sindacato sui provvedimenti sanzionatori dell'AGCM dovute (non tanto alla posizione di tendenziale indipendenza dell'Autorità, organo decentrato del *public antitrust enforcement* integrato nella rete europea della concorrenza⁴, quanto, piuttosto) alla particolare natura di tali provvedimenti, adottati per l'irrogazione di sanzioni a carattere sostanzialmente penale secondo i criteri Engel⁵, specie con riguardo al parametro relativo alla severità della sanzione⁶, recepiti nella giurisprudenza del Consiglio di Stato unitamente alle successive precisazioni della Corte EDU⁷.

¹ D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

² E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, Società Editrice Libreria, 1911, 62 ss.

³ Per una ricostruzione del dibattito dottrinale si rinvia a G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1990, 35 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995.

⁴ Articoli 2, par. 1, n. 1), e 4 della direttiva 2019/1/UE che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno.

⁵ Corte EDU, 8 giugno 1976, n. 5100/71, Engel and others v. the Netherlands, §§ 81 e 82. I menzionati criteri sono costantemente richiamati dalla successiva giurisprudenza della Corte EDU in materia sanzionatoria, come in particolare in Corte EDU, Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia, n. 43509/08, 27 settembre 2011, § 38.

⁶ In argomento F. CAFAGGI, *Tutela amministrativa, tutela giurisdizionale e principio di effettività*, in P. IAMICELI (a cura di), *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, 61 ss.

⁷ In C.S., Sez. VI, sent. n. 6330 del 2018, si afferma, in particolare, che «come ribadito da ultimo nella sentenza Grande Stevens (§ 94), “questi criteri sono peraltro alternativi e non cumulativi [...]. Ciò non impedisce di adottare un approccio cumulativo se l'analisi separata di ogni criterio non permette di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una “accusa in materia penale” (Jussila c. Finlandia [GC], n. 73053/01, §§ 30 e 31, CEDU 2006-XIII, e Zaicevs c. Lettonia, n. 65022/01, § 31, CEDU 2007-IX)».

breve termine la piena realizzazione della profezia di Errico Presutti, il quale, nell'opera monografica del 1911 sui limiti del sindacato di legittimità citata in epigrafe, a proposito della discrezionalità tecnica osservava: «Tale istituto è eminentemente contingente e storico, e [...] quindi potrebbe sparire, e [...] anzi si può prevedere che prima o poi sparirà»¹²⁴.

Abstract

The article focuses on the judicial review defined as “of greater reliability” by the Italian administrative judge, as the last stage of the case law evolution of the last twenty years. This kind of judicial review, concerning administrative decisions implying technical-scientific evaluations, has been outlined in the recent case law especially in relation to the appeal against administrative sanctions imposed by the Italian Independent Competition Authority. In particular, the article analyses the method and the limits of judicial review of the technical assessments carried out by the Italian Antitrust Authority pursuant to Article 7 of Legislative Decree No. 3/2017. The jurisprudential practice under review indicates the overcoming, to a certain extent, of the traditional deference of the judicial authority towards administrative independent authorities, despite their specific technical expertise.

¹²⁴ E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, cit., 62.

Il volto storico della Repubblica

Lavoro e cittadinanza; lavoro è cittadinanza

di Chiara Tripodina*



Sommario: § 1. – Il volto storico della Repubblica italiana: il volto del lavoro. PARTE PRIMA: § 2. – Fondata sul lavoro: l'art. 1.1 Cost. § 3. – Partecipazione effettiva di tutti i lavoratori: l'art. 3.2 Cost. e il suo legame genetico con l'art. 1. § 4. – Il lavoro nell'art. 4 Cost. § 4.1. – Il diritto al lavoro. § 4.2. – Il dovere di svolgere un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società. § – 4.3. Gli oziosi e la perdita dei diritti politici: il terzo comma mai approvato. § 5. – Diritti inviolabili e doveri inderogabili: il segreto

dell'art. 2. PARTE SECONDA: § 6. – Lavoro e cittadinanza nella Costituzione italiana: la cittadinanza *iure laboris*. § 7. – Stranieri in Patria: "non-cittadini lavoratori" ... § 8. – ...e "cittadini non-lavoratori". § 9. – Cittadinanza *iure laboris*: un ponte per superare fossati.

§ 1. – *Il volto storico della Repubblica italiana: il volto del lavoro*

«L'Italia è una Repubblica».

Le prime cinque parole della Costituzione italiana non furono scritte dall'Assemblea costituente. Le scrisse direttamente il popolo italiano il 2 giugno 1946: nel giorno stesso in cui, mentre eleggeva gli uomini e le donne che sarebbero entrati in Assemblea costituente, sceglieva tramite *referendum* la forma di Stato repubblicana.

«L'Italia è una Repubblica» rappresentava dunque un vincolo per gli stessi costituenti, sottratto alla loro discrezionalità¹. L'unico vincolo. Per il resto essi avevano tra le mani la neonata Repubblica italiana come creta informe. Essi avevano il compito e la responsabilità di

* Università degli Studi del Piemonte Orientale.

¹ Fu il d.lgt. 16 marzo 1946, n. 98 – la c.d. "Seconda costituzione provvisoria" – a stabilire che la forma istituzionale sarebbe stata scelta dal popolo italiano tramite *referendum*. L'Assemblea costituente, nella seduta del 26 giugno 1946, immediatamente dopo il suo insediamento, si limitò a prendere atto della comunicazione della Corte di cassazione circa l'esito della consultazione popolare, la quale «solennemente consacrava la forma di governo repubblicano, quale era stata prescelta dal popolo italiano, con atto della sua volontà sovrana». Sul valore meramente "ricognitivo" della prima parte dell'art. 1, comma 1, per tutti, C. MORTATI, *Art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano, 1975, 3-4.

plasmarla: i piedi e le gambe che l'avrebbero fatta camminare; il tronco che l'avrebbe sorretta; le braccia e le mani che le avrebbero consentito di operare; gli organi con le loro funzioni e reciproche relazioni. E naturalmente il volto: ciò che avrebbe reso la Repubblica italiana riconoscibile.

Ai costituenti appena insediati Giuseppe Saragat rivolse queste parole: «Voi eletti dal popolo, riuniti in questa Assemblea sovrana, dovete sentire l'immensa dignità della vostra missione. A voi tocca dare un volto alla Repubblica, un'anima alla democrazia, una voce eloquente alla libertà. Dietro a voi sono le sofferenze di milioni di italiani, dinnanzi a voi le speranze di tutta la nazione. *Fate che il volto di questa Repubblica sia un volto umano*»².

I primi quattro articoli della Costituzione italiana sono – io credo – quelli nei quali i costituenti tracciarono «*il volto storico che assume la Repubblica italiana*», per riprendere la felice espressione di Aldo Moro³.

In questo scritto vorrei soffermarmi su quel volto, di cui lavoro, democrazia, centralità della persona, doveri inderogabili e diritti inviolabili, uguaglianza, partecipazione, solidarietà sono i tratti più marcati e caratterizzanti. Lo farò – nella parte prima – tornando agli atti dell'Assemblea costituente, per ritrovarvi gli istanti, le parole, le decisioni che condussero a delinearlo così e non altrimenti. Nella parte seconda, osservando in particolare «*il volto del lavoro*»⁴, per riflettere sulle implicazioni e ricadute della scelta costituente di fondare la Repubblica sul lavoro in ordine all'idea costituzionale di cittadinanza.

PARTE PRIMA

§ 2. – *Fondata sul lavoro: l'art. 1.1 Cost.*

Il primo rigo.

I costituenti sono alla ricerca di «una formulazione incisiva con cui si apra la Costituzione, come una affermazione di principio da imprimersi nella mente di tutti i cittadini»⁵.

Siamo nella seduta del 28 novembre 1946, nella Prima sottocommissione della Commissione per la Costituzione. La proposta da cui si

² G. Saragat (gruppo socialista italiano di unità proletaria), Assemblea Costituente, seduta del 26 giugno 1946. Saragat fu il Presidente dell'Assemblea costituente dal 25 giugno 1946 al 6 febbraio 1947, seguito da Umberto Terracini (gruppo comunista) dall'8 febbraio 1946 al 31 gennaio 1948.

³ A. Moro (gruppo democratico cristiano), Assemblea costituente, seduta del 13 marzo 1947.

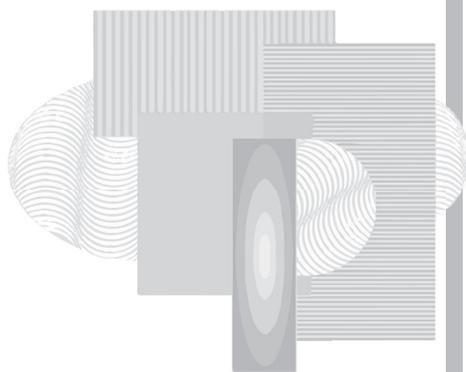
⁴ G. La Pira (gruppo democratico cristiano), Commissione per la Costituzione, seduta plenaria del 22 gennaio 1947.

⁵ A. Fanfani (gruppo democratico cristiano), Commissione per la Costituzione, seduta plenaria del 22 gennaio 1947.

Abstract

In this essay, the author reflects on the meaning of the formula “Republic founded on work” which opens the Italian Constitution, starting from the acts of the Constituent Assembly. She identifies the “historical face” of the Republic in the first four articles of the constitution, and from them she too draws an idea of “constitutional citizenship” – distinct from legal citizenship – *iure laboris*.

Materiali



Introduzione. Il giovane Bobbio e la politica dei tecnici
di Michelangelo Bovero

Politica e tecnica. Democrazia e chiarezza
di Norberto Bobbio

Il carcere in Italia all'inizio del terzo millennio
di Giovanni Maria Flick

Mind the Gap
di Riccardo Guastini

Gaps indeed...
di Mario Jori

Hasso Hofmann, filosofo e giurista europeo (1934-2021)
di Agostino Carrino

Dalla sociologia dello Stato a una sociologia della costituzione?
di Hasso Hofmann

Introduzione

Il giovane Bobbio e la politica dei tecnici

di Michelangelo Bovero*



Sommario: § 1. – Immaturità politica. § 2. – Chi sono gli apolitici. § 3. – Ieri e oggi.

§ 1. – Immaturità politica

La guerra in Italia era finita da pochi giorni; nel mondo, non era ancora finita. La Repubblica italiana sarebbe nata soltanto un anno dopo. I resistenti, vittoriosi nella lotta di liberazione dal nazifascismo, si trovavano di fronte all'arduo compito di trasformarsi in costruttori del nuovo Stato democratico. Il giovane Bobbio, trentacinquenne, aveva ben chiaro quale fosse l'ostacolo principale: «la immaturità politica del popolo italiano». La vedeva soprattutto nei «ceti medi», il mondo dei mestieri e delle professioni che si intrecciano nel tessuto della vita sociale produttiva. Li chiamava «i tecnici»: dediti all'esercizio delle proprie capacità e competenze specializzate «per la famiglia, per i figli e soprattutto per sé», erano (e rimangono) per lo più «apolitici»; oppure inclinavano (e perseverano) a considerare l'attività politica un possibile «strumento dei propri buoni o cattivi affari personali». La «scissione tra politica e tecnica», tra attività pubblica e attività privata, produce(va) due figure dell'Italia perenne, «fascista e prefascista» sottolineava Bobbio, e post-fascista possiamo aggiungere noi: appunto «il tecnico apolitico», e il suo rovescio, «il politico incompetente». Figure vecchie e sempre nuove, ritornate – scriveva Bobbio nel primo dei due articoli che qui riproponiamo, uscito su «GL», quotidiano del Partito d'Azione, il 1° giugno del 1945 – a intralciare la costruzione di una nuova forma di convivenza politica, che avrebbe avuto bisogno sia di

* Università degli Studi di Torino.

una «politicizzazione della tecnica», per liberarla dalla miopia italica del particolarismo e del familismo, sia di una «tecnicizzazione della politica», per superare l'onagrocrazia fascista.

Delle due facce, in questo articolo Bobbio guarda alla prima. I tecnici «oggi sono in rivolta», scrive, contro la politica dei Comitati di Liberazione: vogliono essere liberi di «ricostruire» tenendosi lontani dalla politica. Confondono la politica con quella fascista, e ben si può comprendere: non ne conoscono altra; la identificano con invadenza e interferenza, sopruso e parassitismo. Non riescono a capire che una «tecnica apolitica» è come tale «pronta a servire qualsiasi padrone». E infatti, nel recente tragico passato questa «grande potenza del mondo contemporaneo» si è piegata agli interessi dei «barbari ritornati», si è alleata a «tutte le avventure nazionalistiche». Il mondo dei saperi tecnici, delle competenze produttive, delle professioni civili, rifiutando ogni impegno e coinvolgimento politico si mantiene in uno stato di minorità e si dispone a servire, «a seconda degli eventi, il vecchio o il nuovo padrone».

§ 2. – *Chi sono gli apolitici*

Tre mesi dopo, ancora su «GL», il giovane Bobbio torna a riflettere sulla categoria degli «apolitici». L'occasione gli viene offerta dalle elezioni per il Consiglio dell'ordine degli avvocati. Si erano presentate due liste, i «politici» – anzi, i «cosiddetti “politici”», dice Bobbio – e gli «indipendenti». Netta la vittoria della seconda, identificata come la lista «degli apolitici», sulla prima, considerata come la lista «dei partiti». Difficile per noi oggi non riflettere mestamente sulla lunga durata di certe categorie italiane. Ma chi sono gli apolitici? Bobbio invita a distinguere due specie: coloro che non si occupano di politica, e sono «senza coscienza», e coloro che non hanno idee politiche, e sono «senza cervello». Ma subito fa osservare che i presunti e pretesi «indipendenti» si occupano benissimo di politica, tant'è vero che hanno vinto la loro battaglia, e hanno le loro idee politiche, semplicemente diverse da quelle dei partiti confluiti nei Comitati di liberazione. Insomma, non sono né indipendenti né apolitici: hanno i loro programmi e ovviamente li dichiarano. Però con infingimenti, senza la «chiarezza» che sarebbe richiesta dalla democrazia. Proclamano, e come potrebbero altrimenti nel nuovo clima, di aver «fede nel tramonto definitivo di sistemi autoritari»; e affermano di credere «nel trionfo di ogni libertà *ordinata*». La sottolineatura è di Bobbio, che evoca il nome dei «cittadini dell'ordine». Viene spontaneo a noi oggi evocare, per analogia o per assonanza, quello che è stato chiamato «*ordo-liberalismo*». E a proposito della mancanza di

Bobbio ebbe a dire che la prima Repubblica era finita nell'ignominia. Siamo forse assistendo alla fine della seconda Repubblica - ammesso (non concesso) che abbia senso dir così -, soffocata nella morsa tra tecnocrazia e populismo?

Abstract

At the dawn of post-war political reconstruction, the young Bobbio indicated the main difficulty in the immaturity of the Italian people and more specifically in the split between politics and technique. The two complementary figures outlined by Bobbio, the apolitical technician and the incompetent politician, have continued to recur throughout the history of the Republic in ever new incarnations.

Il carcere in Italia all'inizio del terzo millennio

di Giovanni Maria Flick*



Sommario: § 1. - La realtà del carcere oggi. § 1.1. - I problemi. § 1.2. - Le tappe e i protagonisti del percorso della pena. § 1.3. - La svolta. § 2. - La giustizia riparativa. § 2.1. - Punizione o riparazione? § 2.2. - I precedenti e la situazione attuale. § 3. - L'insegnamento dalla pandemia. § 3.1. - Distanziamento sociale e sovraffollamento. § 3.2. - La Commissione di studio per le riforme del 2016. § 3.3. - La giustizia riparativa e la solidarietà.

§ 1. - *La realtà del carcere oggi*

§ 1.1. - *I problemi*

Il sovraffollamento è certamente il primo fattore determinante per esasperare i problemi del carcere. Ma non basta costruire nuovi penitenziari per contrastarlo; limitarsi ad aumentare la capienza significa favorire maggior ricorso al carcere, a parte i tempi ed i costi di realizzazione.

Il carcere non è riducibile soltanto a un rapporto fra mq. e superficie penitenziaria/popolazione (cfr. il problema degli arredi); deve offrire e consentire riabilitazione sociale (lavoro, studio, relazioni, visite, etc.). Non basta incrementare gli spazi; si devono ripensare l'edilizia carceraria e gli ambienti comuni ed occorrono tempo, denaro, soprattutto volontà politica. La sorveglianza dinamica e le celle aperte, l'incremento e la qualificazione della polizia e degli operatori sono la prima risposta all'alternativa fra più carcere o più indulto.

Occorre altresì realizzare una organizzazione più efficiente (ad es. si è parlato di istituire un viceministro a "tempo pieno" per il DAP) e prima ancora individuare una "politica penitenziaria" nuova i cui capisaldi possono riassumersi nella cultura, nelle norme, nell'amministrazione, nella prassi, nella organizzazione.

* Luiss Guido Carli. Presidente emerito della Corte costituzionale, già Ministro di Grazia e Giustizia.

Il testo riproduce la Relazione per l'incontro sul carcere con il Garante per le persone detenute, tenuta a Napoli - 18 ottobre 2021.

Non bastano le modifiche normative e tantomeno le buone intenzioni. Occorre agire altresì in particolare sulle prassi: altrimenti si rischia la disorganizzazione decisionale ed esecutiva tra Ministro, DAP, provveditorati per individuare ed attuare concretamente obiettivi e loro priorità e per rispondere – nelle diverse sedi – dei risultati e/o degli insuccessi conseguiti.

Fra i primi problemi da affrontare vi è quello di incrementare il numero e la professionalità degli operatori (in particolare psicologi e educatori); vi è il problema della salute in carcere, a fronte dei risultati deludenti nel passaggio della sanità alle regioni; vi è quello della formazione della polizia penitenziaria, a fronte del ripetersi di violenze e delle giuste esigenze di rispetto e di trattamento da essa rivendicate.

In particolare il contesto di violenza nel carcere non è espressione di eccezionalità ma di reiterazione e quasi abitudine. È frutto di un clima da superare per tutti coloro che sono coinvolti nell'universo carcerario: dai politici ai magistrati, agli avvocati, agli operatori, ai *media*, all'opinione pubblica, ai detenuti.

È significativo l'esempio della motivazione di un recente provvedimento di un giudice di sorveglianza per la quale è stato proposto ricorso alla Corte CEDU. In quella motivazione la laurea e il master conseguiti in carcere sono esplicitamente considerati come strumenti per commettere nuovi reati (prima si diceva: *studia, altrimenti finisci in carcere*; ora al contrario: *non studiare altrimenti rimani in carcere*), con una palese violazione dell'art. 27 della Costituzione.

Il sovraffollamento e le condizioni di vita in carcere sono visti come "emergenza permanente" nel disinteresse di una politica attenta solo alla "sicurezza" (non quella effettiva, ma quella apparente, propria di un sistema panpenalistico e carcerocentrico sempre più perseguito).

All'esempio e all'insegnamento di Alessandro Margara (giudice di sorveglianza e direttore del DAP a tutti noto) – riconoscere l'uomo nel detenuto – si è sovrapposto quello della prima reazione ufficiale dopo i disordini nelle carceri durante il *lockdown*: tutto era regolare e si ripristinava la legalità dopo le ultime proteste violente, con i risultati delle violenze nel carcere di Santa Maria Capua Vetere fra le tante che si vanno scoprendo.

Il discorso sul carcere oggi richiede anche lo studio di un progetto di un nuovo assetto organizzativo del sistema con una ricerca di carattere economico – aziendale e manageriale e con il coinvolgimento dei detenuti come "fornitori di un servizio": creare valore per la comunità perseguendo la riabilitazione.

A tal fine è fondamentale la ricerca di equilibrio tra gli obiettivi di sicurezza e quelli di rieducazione (spesso gestiti in condizione di contrasto fra di loro); la sperimentazione e la ricerca di interazioni fra il detenuto e la polizia penitenziaria; il coinvolgimento dei detenuti nel progetto di istituti.

gia veloce proprio come la globalizzazione nella nuova religione del profitto. In un attimo si dematerializza; si sposta e si commercializza tutto, ogni ricchezza e ogni notizia; ma in un attimo anche il coronavirus si propaga. Siamo costretti a cambiare modello di vita e di valori; approfittiamone anche per trasformare il carcere.

È urgente.

Abstract

The reality of the prison today is characterized by a dramatic multiplicity of problems that require numerous interventions: from the elimination of overcrowding to the organization of the prison in terms of efficiency, the will to identify and implement a "prison policy", staff training, health protection, living conditions and coexistence of prisoners.

The history of punishment takes place through a path that from revenge comes to the perspective perspective of "restorative justice" through the progressive involvement of different subjects (from the condemned and the State to society and the victim). A path that requires interventions on the culture of punishment, its organization, the regulatory framework and practice, guarantees. The "constitutionalization" of the criminal system confronts the alternative between punishment and reparation/reconciliation between offender and victim. This alternative is the subject of numerous reflections, studies, experiments and interventions that have long been present on the Italian horizon with the work of commissions and social, ministerial and parliamentary initiatives still in vitro. The reality and the stress test of the pandemic, synthesized in the comparison between social distancing and overcrowding and overcrowding respectively outside and inside the prison, propose a strong and inescapable call for unavoidable call to solidarity - the foundation of coexistence outlined by our Constitution - and to the necessity of a detention sentence that requires drastic interventions to justify its survival without compromising the essential coordinates of the person's identity (time, space, relationships with others).

Mind the Gap

di Riccardo Guastini*



Sommario: § 1. – Il frastico, il neustico, e l’interpretazione. § 2. – Frastico e neustico: problemi concettuali. § 3. – La “semantica” del neustico § 4. – Questioni di interpretazione in astratto.

§ 1. – *Il frastico, il neustico, e l’interpretazione*

In un saggio recente – *Scarpelli e il positivismo giuridico rivisitato*, in *Lo Stato*, n. 16/2021 – Mario Jori tratteggia una teoria anti-scettica, e in questo senso cognitivista, dell’interpretazione, con il seguente argomento.

Tanto gli enunciati descrittivi quanto gli enunciati prescrittivi possono essere analizzati in due componenti: il “frastico” e il “neustico”, rispettivamente. Sia la tesi, sia la terminologia risalgono al lavoro seminale di R.M. Hare, *The Language of Morals*, 1952; e sono state riprese da Uberto Scarpelli nei suoi studi sul linguaggio normativo (tra gli altri, il *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, 1959).

Il frastico è la parte referenziale, ossia dotata di riferimento semantico, degli enunciati: quella che “descrive” (più precisamente: denota, si riferisce a) una fattispecie e/o una condotta.

Il neustico è la funzione pragmatica, secondo i casi descrittiva o prescrittiva, cui gli enunciati rispondono. Descrivere e prescrivere sono infatti atti di linguaggio distinti.

Se confrontiamo tra loro, ad esempio, gli enunciati: (1) “Gli assassini sono puniti” (descrittivo), e (2) “Gli assassini devono essere puniti” (prescrittivo), risulta chiaro che essi – pur avendo evidentemente una diversa funzione – hanno una componente comune. Entrambi si riferiscono ad un medesimo comportamento: la punizione degli assassini (o a un medesimo stato di cose: lo stato di cose in cui gli assassini

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

sono puniti). Questa componente comune è appunto il frastico, la parte degli enunciati che si riferisce ad alcunché nel mondo. Un enunciato prescrittivo privo di frastico (“È obbligatorio”, punto) sarebbe privo di senso, né si potrebbe dire se la norma che esprime, se mai ne esprime una, sia obbedita o violata.

Orbene, secondo Jori – spero di non fraintenderlo – i problemi di interpretazione riguardano (essenzialmente? esclusivamente?) il frastico. Sono dunque problemi comuni al linguaggio descrittivo e al linguaggio prescrittivo.

E sono problemi di estensione (denotazione, riferimento) dei predicati, ossia dei termini generali classificatori, che denotano non entità individuali – come i nomi propri (‘Alessandro Manzoni’) e le descrizioni definite (‘l’autore dei *Promessi sposi*’) – ma classi (‘gli scrittori di romanzi’). Insomma, sono problemi di vaghezza o di *open texture*. Problemi di sussunzione: il concetto di veicolo si estende o no ai monopattini? Il concetto di trattamento sanitario si estende o no all’alimentazione forzata?

Il neustico dal canto suo – sempre se non fraintendo – non solleva problemi interpretativi peculiari, suoi propri e indipendenti, né influisce sull’interpretazione del frastico.

D’altra parte, il riferimento dei predicati è governato da regole semantiche, da convenzioni linguistiche, comunemente accettate e usate dai parlanti una lingua data. Non è chiaro, in verità, se si stia parlando delle convenzioni linguistiche vigenti al momento in cui un testo normativo è stato formulato, o invece a quelle vigenti al momento della sua interpretazione, che non necessariamente coincidono con le prime.

Come che sia, regole siffatte – la cui esistenza è innegabile, giacché senza di esse semplicemente non vi sarebbe comunicazione – consentono, in linea di massima (fatte salve le questioni di vaghezza), di distinguere tra interpretazioni corrette e scorrette: insomma, tra interpretazioni vere e interpretazioni false. Il diritto non è totalmente indeterminato. La discrezionalità interpretativa è circoscritta dal dizionario e dalla sintassi.

§ 2. – *Frastico e neustico: problemi concettuali*

Per cominciare, vorrei fare osservare che la distinzione tra frastico e neustico – senza dubbio una pietra miliare dell’analisi del linguaggio normativo – non è tuttavia esente da problemi, e non va sopravvalutata quando si parla del linguaggio specificamente giuridico.

(i) Il parallelismo tra enunciati descrittivi e prescrittivi è imperfetto. Negli enunciati prescrittivi in senso stretto, ossia nei comandi (e,

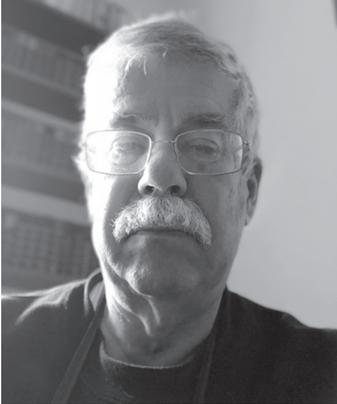
Ma c'è di più. Gran parte del lavoro interpretativo, dottrinale e giurisprudenziale, consiste nel costruire norme inesprese, che si pretendono implicite (sebbene non siano tali in senso logico). Sicché non è sorprendente che vi siano intere parti dell'ordinamento che sono, secondo i casi, "diritto dei giuristi" o "diritto giurisprudenziale". L'esempio forse più appariscente di diritto dei giuristi è il diritto sindacale degli anni Cinquanta e Sessanta del secolo scorso, studiato proprio da Tarello in un libro giustamente famoso soprattutto tra i gius-lavoristi (*Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, 1967). Un buon esempio di diritto giurisprudenziale è la vigente disciplina costituzionale del *referendum* abrogativo, a partire dalla sentenza costituzionale 16/1978. Ma gli esempi sono innumerevoli. Ovviamente, la costruzione di norme inesprese non ha nulla a che vedere con l'interpretazione del frastico.

Abstract

The present paper is a reply to a paper by Mario Jori published in a previous issue of this journal. Both papers presuppose Richard Hare's distinction between the "phrastic" and the "neustic" of normative sentences, i.e., their referential part (phrastic) and their pragmatic function (neustic) respectively. Jori seems to maintain that the problems of legal interpretation basically concern the phrastic of legal sentences, i.e., the cases of application of the norms ("in concreto" interpretation). The author of this paper – after discussing some conceptual issues raised by Hare's distinction – maintains on the contrary, that the main problems of legal interpretation are problems of identifying "in abstracto" the norms themselves, which is logically previous to the identification of their domain of application. Moreover, in his view, interpretation is by and large conditioned by legal dogmatics, which often amounts to formulating "new" unexpressed norms.

Gaps indeed...

di Mario Jori*



Sommario: § 1. – Quello di cui Guastini non parla, ma dovrebbe. § 2. – Quello di cui Guastini parla, ma io non dico. § 3. – Quello che dico a Guastini. § 4. – Quello che ho trovato stimolante nello scritto di Guastini.

§ 1. – *Quello di cui Guastini non parla, ma dovrebbe*

In premessa osservo che all’inizio del suo scritto Riccardo Guastini menzioni lo scetticismo interpretativo, per dire che è oggetto della mia critica, poi non ne parla più. La sua teoria della interpretazione (giuridica) è scettica o no? È strano passare la questione sotto silenzio, poiché lo scetticismo (totale) è una tesi decisiva e onnipervasiva e a me sembra ovvio che tutti gli argomenti di Guastini in questo scritto presuppongano che il linguaggio abbia senso. Anche la indeterminatezza, ovviamente, ha senso sullo sfondo di quello che è determinato, altrimenti avremmo un coacervo di grugniti. Questo vale anche per il linguaggio prescrittivo e la sua variante giuridica. Implica dunque che ci possa essere una interpretazione corretta in base a regole condivise (non direi vera, ma è un altro discorso lungo e complicato).

Nel testo di Guastini sono menzionate le regole linguistiche condivise, ma ho notato che si menziona questo antidoto allo scetticismo in tre righe alla fine del paragrafo 1. Siccome è il paragrafo in cui vengono esposte le *mie* tesi, non mi è chiaro se sia anche una opinione di Guastini oppure no. E poiché nessuno di noi due è un principiante, il

* Università degli Studi di Milano.

Il testo costituisce un commento a uno scritto di Riccardo Guastini, che replica a un mio testo a sua volta destinato all’introduzione di un saggio di Uberto Scarpelli di alcuni anni fa, *Il positivismo giuridico rivisitato*, recentemente ripubblicato su *Lo Stato*, n. 16/2021, 171 ss.

sospetto è che sia fatto apposta. Subito dopo nel paragrafo 2, dove si passa, mi pare, ad esprimere le opinioni dell'autore, si cambia argomento, per fare peraltro analisi semiotiche che presuppongono che il linguaggio anche prescrittivo dopotutto abbia senso. Il *gap* è qui. Nulla si dice sulla natura controintuitiva dello scetticismo interpretativo totale da cui conseguirebbe la illusorietà della intera comunicazione verbale, descrittiva o prescrittiva, orale o scritta. E questo è tutto sullo scetticismo nello scritto di Guastini e, mi pare, altrove. Si può sospettare che i miei argomenti in proposito non gli siano sembrati molto perspicui (beninteso questa è una "implicatura" pragmatica).

Sempre in via preliminare, noto che Guastini non dice niente neppure della tesi di fondo del saggio di Scarpelli che è dopotutto all'origine di queste righe. Scarpelli nel saggio di alcuni decenni fa riconosce l'importanza della giurisprudenza nella creazione di norme generali attraverso la interpretazione e attribuisce (sia pure a denti stretti) a Giovanni Tarello il merito di aver sottolineato e studiato la questione. Peraltro Scarpelli non aveva mai negato la cosa sul piano descrittivo; nel giuspositivismo critico questa della necessaria parziale creatività della interpretazione è tesi indiscussa, da Kelsen per primo. Scarpelli, essendo Scarpelli, sottolinea la distinzione tra l'approccio descrittivo e quello prescrittivo. Egli scriveva per palesare appunto una sua posizione politica nuova sulle fonti e così facendo ribadisce che la scelta è comunque di metodologia prescrittiva e politica. La tesi ulteriore di Scarpelli, sempre politica, è che simili posizioni devono essere pubbliche e dichiarate. Tarello non l'ha mai fatto e non ha mai detto se si deve fare altrimenti, e cosa. A me Tarello sembrava incarnare nel mondo giuridico la figura che nel mondo degli studi sociali veniva descritta icasticamente come quella del turista marziano, ovvero scriveva come se il diritto vigente fosse estinto da secoli. È un atteggiamento che può essere utile a uno storico, se praticato con moderazione, ma il giurista non è né storico né antropologo culturale calato tra i selvaggi. Dovrebbe forse diventarlo e abbandonare il mestiere di applicatore o ausiliario della applicazione del diritto vigente, lasciandolo ai selvaggi che ci credono? La pratica giuridica è da abbandonare come superstizione irrazionale, come i sonagli dello stregone tribale? Tarello non ha mai detto nulla in proposito. Che dicono oggi Guastini e la Scuola genovese ai giuristi?

C'è in effetti un enorme *gap* in questa storia ed è lo iato tra lo scetticismo dichiarato ma non praticato e gli studi dei "genovesi" sul diritto vigente e sui discorsi giuridici, dove lo scetticismo è evaporato lasciando solo una lieve tonalità sardonica nello stile. A me sembra non bisognoso di dimostrazione che le teorie semiotiche dovrebbero essere la premessa degli altri studi. Nel caso non mi fossi spiegato

Abstract

Guastini essay, which I comment here, is full of intelligent and original ideas that are apparent once he stops attributing me opinions which I never held. To add insult to injury Guastini claims to hold the radical idea called interpretative scepticism, that is that rules not being descriptions cannot have a real meaning and therefore therefore there cannot be a correct or wrong interpretation of any rule. This opinion is a bequest from Giovanni Tarello. I observe that many of Tarello and Guastini finest studies are incompatible with this very bizarre heritage of neo-positivism.

Hasso Hofmann, filosofo e giurista europeo (1934-2021)

di Agostino Carrino*



Sommario: § 1. – Un uomo d'altri tempi. § 2. – Immagini della giustizia.

Il diritto è una tecnica sociale per l'ordinamento della società finalizzata ad evitare e a risolvere conflitti sociali e come tale dev'essere compreso e studiato. Il diritto, però, è anche espressione di ciò che una società, nel suo mondo di rappresentazioni, intende come ciò che è necessario e giusto; in tal misura esso esige una interpretazione propria delle scienze dello spirito.

HASSO HOFMANN, *Recht und Kultur*, 2009

§ 1. – Un uomo d'altri tempi

Hasso Hofmann si è spento nella sua Würzburg, nell'amata Franconia, all'età, da poco compiuta, di 86 anni, il 21 gennaio 2021. Con lui è scomparso un intellettuale raffinato, un uomo di cultura vera, un gentiluomo di antico stampo, che solo chi lo ha personalmente conosciuto ha potuto apprezzare in tutte le sfaccettature di una personalità complessa, non priva di una notevole componente ironica, che in fondo, probabilmente, era l'altra faccia di certa malinconia e di un pessimismo esistenziale che gli proveniva, forse, anche da esperienze familiari: a stento aveva potuto conoscere suo padre, arruolatosi, convintamente volontario, nella seconda guerra mondiale e morto in Francia nel 1941, quella stessa Francia da cui proveniva uno dei suoi antenati.

* Giurista e filosofo.

Noto, specialmente in Italia¹, per i suoi lavori su Carl Schmitt (1964) e il concetto di “rappresentanza” (1972)², la produzione scientifica di Hofmann è stata per la verità assai varia: filosofo politico, storico delle idee, costituzionalista attento alle trasformazioni delle leggi fondamentali, ma anche, per esempio – come nel saggio che qui si ristampa³ –, al passaggio dalla dottrina dello Stato di impostazione classica (Jellinek, Kelsen, Schmitt) al primato della costituzione, indagata nella sua complessa genesi sociologica. L’amore per la storia, in effetti, era un ausilio alla comprensione del presente, mai un rifugio romantico: si vedano i suoi lavori sull’ambiente e sull’energia degli anni Ottanta del secolo scorso.

Hasso Hofmann è stato però, prima che un costituzionalista, come del resto molti altri suoi colleghi in terra teutonica, un filosofo del diritto e della politica e forse, meglio, un filosofo politico⁴. Solo chi con lui ha avuto consuetudine di conversazioni (semmai accompagnate da un bicchiere di *Frankenwein*) può testimoniare la ricchezza e la profondità di giudizio, sempre mirato a comprendere, ma anche, altrettanto, a trovare delle risposte, sia pure provvisorie, per il presente. La crisi del costituzionalismo, da lui sempre riconosciuta, lo portava ad approfondirne la genesi proprio, anche, al fine di capire le ragioni della nascita e della decadenza di un’idea cardine della modernità, la cui crisi dipende probabilmente, anche, proprio, dall’averle sottratto la base storicamente concreta.

In queste pagine non ripercorrerò la sua carriera, dallo scritto di abilitazione su Schmitt all’insegnamento nella Facoltà giuridica della Humboldt-Universität zu Berlin, una città assai amata pur nella impossibilità di viverci, lui che aveva bisogno della quiete e della riflessione composta. Per questo rinvio al volume in corso di stampa presso la Duncker & Humboldt di Berlino, che raccoglie gli interventi al recente convegno in suo onore (11-12 novembre 2021), organizzato dal suo allievo, Horst Dreier, presso la Siemens Stiftung di Monaco⁵, diretto

¹ Oltre che componente del Comitato scientifico de *Lo Stato* sin dalla sua nascita per i tipi di Giappichelli, Hasso Hofmann è stato componente di altri Comitati, sia su mia richiesta (per ultimo la Collana *Il principe e la repubblica*, Mimesis) sia su indicazione di altri: vedi *Filosofia politica*, il Mulino.

² H. HOFMANN, *Legittimità contro legalità. La filosofia politica di Carl Schmitt*, trad. it. di R. Miccù, Napoli, ESI, 1999; IDEM, *Rappresentanza – Rappresentazione*, trad. it. a cura di G. Duso, Milano, Giuffrè, 2007.

³ H. HOFMANN, *Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung?*, in *JuristenZeitung*, 22. Jg. (1999), 1065 ss.

⁴ Importanti i saggi raccolti in HASSO HOFMANN, *Recht - Politik - Verfassung. Studien zur Geschichte der politischen Philosophie*, Frasnfurt a.M., Alfred Metzler Verlag, 1986.

⁵ *Demokratische Repräsentation im Verfassungs- und Umweltstaat. Gedächtnissymposium für Hasso Hofmann*: HORST DREIER, *Begrüßung*; CHRISTIAN WALDHOF, *Historische und systematische Zugänge im staatsrechtlichen Werk Hasso Hofmanns*; OLIVER LEPSIUS, *Nachweltschutz und Langzeitverantwortung im Verfassungsrecht*; ULRICH K. PREUSS, *Repräsentation - Hasso Hofmanns Aufklärung über deren demokratische Dimension*; AGOSTINO CARRINO: *Überlegungen zum Beitrag von Adolf Merkl zur Reinen Rechtslehre*; JANA UND THOMAS OSTERKAMP, *Recht anschau-*

libertà e l'ordine nel quadro delle trasformazioni proprie della modernità, ovvero nell'ambito di quella «cooperazione antagonistica» che è il segno del mondo moderno fondato sull'Economico, da un lato, e sull'idea di libertà, dall'altro.

Questo libro risale al 1997 e risente certamente dell'esperienza di un tedesco che da poco è tornato nella unità della patria. Anche da questo punto di vista mi pare una testimonianza preziosa.

La centralità che ho attribuito a questo piccolo scritto non dev'essere fraintesa: Hasso Hofmann non fu solo un uomo di cultura "generale"; questo scritto è però utile per comprendere in uno l'uomo e l'opera, per dir così. Ma nella bibliografia di Hofmann non mancano gli scritti su tematiche di attualità ed anche profetiche di problematiche solo più tardi entrate nel vivo della discussione, dalle questioni relative all'energia atomica a quelle della biotecnologia¹⁴. Del resto, non avrebbe potuto essere diversamente, data la curiosità dell'uomo, strettamente legata ad un aspetto che a mio avviso ne configura quella che potrei chiamare la sua "equazione personale": il tratto ironico, espressione di una concezione stoica della vita, che lo portava a prendere con leggerezza le sue manifestazioni, di cui ben sapeva la transitorietà. Hasso aveva per così dire una concezione musicale del mondo, essendo, tra l'altro, un fine musicista: attento alle armonie, ma sensibile alle dissonanze, aspetto, questo, che appare con evidenza, per esempio, nei vari scritti dedicati ai diritti umani e alla loro genesi¹⁵, al processo di integrazione europea e, in particolare, al rapporto tra diritto e cultura¹⁶.

La sua morte è una perdita grave per la scienza giuridica e per la cultura europea.

Abstract

The Author outlines the main trends of Hasso Hofmann's philosophical thought, between history and law, outlining both his high human qualities and the sharpness of his scientific contributions.

¹⁴ Cfr. H. HOFMANN, *Langzeitrisiko und Verfassung – Eine Rechtsfrage der atomaren Entsorgung*, (1980); *Privatwirtschaft und Staatskontrolle bei der Energieversorgung durch Atomkraft* (1987); *Biotechnik, Gentherapie, Genmanipulation – Wissenschaft im rechtsfreien Raum?* (1986); *Natur und Naturschutz im Spiegel des Verfassungsrechts* (1988); *Technik und Umwelt* (1994); tutti in IDEM, *Verfassungsrechtliche Perspektiven. Aufsätze aus den Jahren 1980-1994*, Tübingen, Mohr, 1995, 326-478.

¹⁵ Cfr. H. HOFMANN, *Zur Herkunft der Menschenrechtserklärung* (1988); *Die Grundrechte 1789-1949-1989* (1989); *Menschenrechtliche Anatomieansprüche – Zum politischen Gehalt der Menschenrechtserklärungen* (1992); *Grundpflichten und Grundrechte* (1987); *Die versprochene Menschenwürde* (1993), tutti in IDEM, *Verfassungsrechtliche Perspektiven*, cit., 3-128.

¹⁶ Importanti i tre saggi raccolti in H. HOFMANN, *Recht und Kultur. Drei Reden*, Berlin, Duncker & Humblot, 2009.

Dalla sociologia dello Stato a una sociologia della costituzione?

di Hasso Hofmann*



Sommario: I. – La perdita di centralità del concetto di Stato. § 1. – Lo Stato secondo Costituzione. § 2. – Il processo europeo di destatalizzazione. § 3. – Dalla dottrina dello Stato alla dottrina della Costituzione. § 4. – Il “disincanto” sociologico dello Stato. **II. – L’ascesa del concetto di Costituzione.** § 1. – Il futuro attraverso la Costituzione. § 2. – Un nuovo concetto fondamentale: il potere costituente della nazione. § 3. – La costituzione politica della libertà. § 4. – «L’ora cosmica dello Stato costituzionale»? **III. – Condizioni di formazione e necessità di una costituzione giuridica.** § 1. – La costituzione come conquista evolutiva. § 2. – I presupposti della creazione della Costituzione. § 3. – Il perdurare dei «bisogni portatori della Costituzione»? **IV. – Una Costituzione per l’Europa?**

I. – La perdita di centralità del concetto di Stato

Il concetto di Stato ha in gran parte perso la sua forza creatrice di sistemi; a vincere è il concetto di Costituzione. Il “patriottismo costituzionale” supera la ragion di Stato e rimpiazza l’amor patrio. In questo saggio si seguirà, in un primo momento, la perdita di centralità del concetto di Stato, e si offrirà, in un secondo momento, ad essa contrapposto, uno schizzo dell’ascesa del concetto di Costituzione, così come è iniziata più di duecento anni fa. La terza parte è dedicata alla questione di come si dovrebbe – secondo la logica dello sviluppo delineato – aggiornare la sociologia politica [*Staatssoziologie*] con una sociologia della Costituzione. In conclusione e in prospettiva, queste riflessioni saranno riferite alla questione di una Costituzione europea.

Il declino della categoria ‘Stato’ è visibile in molti campi. Nel diritto comunitario questo fenomeno è da molto tempo una cosa ovvia,

* Hasso Hofmann (1934-2021) è stato Professore di *Öffentliches Recht, Rechts- und Staatsphilosophie* nella Facoltà giuridica della *Humboldt-Universität zu Berlin*.

Per la presente traduzione italiana, il traduttore ha ritenuto opportuno “esplicitare” tacitamente le indicazioni bibliografiche fornite da Hofmann in modo molto abbreviato, indicando quindi per esteso il titolo degli articoli citati e, per i volumi, il sottotitolo, la casa editrice e la collana. Tutte le altre integrazioni del traduttore sono riportate, nel testo così come nelle note, tra parentesi quadre. Le note aggiunte dal traduttore sono indicate con la sigla (N.d.T.).

ma esso si riflette anche nello stesso diritto pubblico [*Staatsrecht*]. Oltre a queste, anche discipline come la dottrina generale dello Stato e la sociologia politica offrono abbondante materiale illustrativo.

§ 1. – *Lo Stato secondo Costituzione*

Cominciamo con la scienza del diritto pubblico. Nei numerosi libri di testo di diritto pubblico della Repubblica Federale Tedesca si parla poco, se non quasi per nulla, dello Stato. Vi si possono trovare alcune osservazioni introduttive sul concetto e sull'essenza dello Stato¹ oppure sulle premesse storiche del carattere statale tedesco². Questo è tutto. Poi, già nell'ambito dei *Fondamenti dello Stato* si tratta soprattutto della Costituzione e indi delle sue «decisioni politiche fondamentali» o delle «decisioni fondamentali costituenti» dell'art. 20³ della Legge Fondamentale Tedesca⁴. Sotto il titolo di diritto pubblico altri autori tematizzano innanzitutto e semplicemente *La costituzione*⁵. Un'opera molto più ampia sul diritto pubblico indica nel sottotitolo di che si tratta: di un commento sistematico della Legge Fondamentale Tedesca, e precisamente paragrafo per paragrafo⁶. Una concisa, ma teoreticamente impegnativa, esposizione del diritto pubblico della Repubblica Federale, che pone l'accento su ciò che vi è di fonamen-

¹ Cfr. ALFRED KATZ, *Staatsrecht. Grundkurs im öffentlichen Recht*, 14., neubearbeitete Auflage, Heidelberg, Müller Juristischer Verlag, 1999, pp. 12 ss. e pp. 17 ss.; JÖRN IPSEN, *Staatsrecht*, 10., neubearbeitete Auflage, Neuwied-Kriftel-Berlin, Luchterhand Verlag, (Juristische Lernbücher, 24), 1998, Bd. I: *Staatsorganisationsrecht*, pp. 1 ss.

² Cfr. THEODOR MAUNZ/REINHOLD ZIPPELIUS, *Deutsches Staatsrecht. Ein Studienbuch*, begründet von Th. Maunz, völlig neu bearbeitet von R. Zippelius, 30. Auflage, München, Beck Verlag, (Juristische Kurzlehrbücher), 1998, pp. 1 ss.

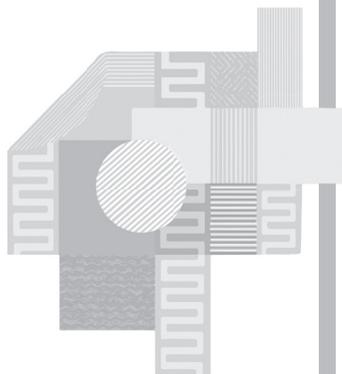
³ Art. 20: «(1) La Repubblica Federale di Germania è uno Stato federale democratico e sociale. (2) Ogni potere dello Stato emana dal popolo. È esercitato dal popolo con elezioni e votazioni e tramite gli appositi organi del potere legislativo, del potere esecutivo e di quello giurisdizionale. (3) Il potere legislativo è vincolato all'ordinamento costituzionale, il potere esecutivo e quello giurisdizionale sono vincolati alla legge e al diritto. (4) Contro chiunque attenti a rovesciare questo ordinamento tutti i tedeschi hanno il diritto di resistenza, se non è disponibile altro rimedio». *La Legge Fondamentale Tedesca*, trad. it. di Adele Anzon e Jörg Luther, introduzione di Peter Häberle, Milano, Giuffrè, (Studi e materiali di diritto costituzionale, 7), 1997, p. 52. (N.d.T.)

⁴ Così si può leggere in TH. MAUNZ/RH. ZIPPELIUS, *Deutsches Staatsrecht*, cit., pp. 18 ss. e in A. KATZ, *Staatsrecht*, cit., pp. 31 ss.; in sostanza anche nello stesso J. IPSEN, *Staatsrecht*, cit., pp. 3 ss. e pp. 9 ss.

⁵ Così EKKEHART STEIN, *Staatsrecht*, 16., neu bearbeitete Auflage, Tübingen, J.C.B Mohr (Paul Siebeck), 1998, pp. 1 ss.; anche CHRISTOPH DEGENHART, *Staatsrecht*. Bd. I: *Staatszielbestimmungen, Staatsorgane, Staatsfunktionen*, 14. neubearbeitete Auflage, Heidelberg, Müller Juristischer Verlag, (Schwerpunkte, 13), 1998, pp. 1 ss.: decisioni fondamentali costituenti - destinazioni finali dello Stato; KARL DOEHRING, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsvergleichung und des Völkerrechts. Ein Lehrbuch*, 3., überarbeitete Auflage, Frankfurt am Main, Metzner Verlag, 1984, pp. 13 ss.: questioni di principio delle precomprensioni di diritto costituzionale; pp. 50 ss.: nascita della Legge Fondamentale Tedesca e questione tedesca.

⁶ PETER BADURA, *Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, 2., neubearbeitete Auflage, München, Beck Verlag, 1996.

Interventi, Note e Discussioni



La parità di genere: il lungo cammino a partire dalla decisione della Corte costituzionale del 1960
di Francesco Bilancia

A proposito di alcuni fraintendimenti su garanzie costituzionali e diritti fondamentali in tempi di emergenza da coronavirus
di Emilio Castorina

L'inganno di Penelope. Note sulla qualità della normazione
di Carmine De Angelis

La rivoluzione digitale e i suoi effetti sull'attività parlamentare
di Nicola Lupo

Figure del costituzionalismo cattolico-democratico nell'opera di Enzo Balboni
di Michele Massa

Note su diritto e tecnica
di Serena Vantin

La parità di genere: il lungo cammino a partire dalla decisione della Corte costituzionale del 1960

di Francesco Bilancia*



Sommario: § 1. - L'attualità della questione tra diritto e politica. § 2. - L'eguaglianza di genere e l'evoluzione della cultura giuridica. § 3. - La originaria resistenza della giurisprudenza costituzionale tra parità di genere ed eguaglianza. § 4. - Dal superamento delle discriminazioni dirette alla rilevanza delle diseguaglianze di fatto.

§ 1. - L'attualità della questione tra diritto e politica

Lo scorso anno sono maturati i trent'anni dalla celebre sentenza della Corte costituzionale che ha fatto cadere una delle più significative barriere discriminatorie nella legislazione ordinaria vigente, il divieto di accesso per le donne ai ruoli della magistratura¹. Ed è su questa vicenda che ci soffermeremo in questo breve scritto, altresì richiamando alcune vicende che, nel fluire di molti anni, hanno caratterizzato il lungo cammino della parità di genere nell'ordinamento costituzionale italiano. È noto ad esempio che, sul più ristretto piano del voto di preferenza nelle elezioni politiche nazionali e regionali, un importante traguardo nella elaborazione della struttura normativa della concezione della c.d. "preferenza di genere" nell'espressione del diritto di voto, avendo altresì superato il vaglio della Corte costituzionale², ha finito con il diventare il modello di azione positiva che,

* Università «G. d'Annunzio» di Chieti-Pescara.

Questo lavoro, in una versione parzialmente diversa, è destinato agli Scritti in onore di un caro studioso, al quale è affettuosamente dedicato e che non nomino per non... rovinargli la sorpresa, che dovrebbe ricevere al più tardi la prossima primavera.

¹ È la celebre sentenza 13 maggio 1960, n. 33.

² Sentenza 14 gennaio 2010, n. 4, sulla quale, tra gli altri, A. DEFFENU, *Il principio di opportunità di genere nelle istituzioni politiche*, Torino, Giappichelli, 2012, spec. 56 ss.; L. CARLASSARE, *La legittimità della "preferenza di genere": una nuova sconfitta della linea del Governo contro la parità*, in *Giur. cost.*, 2010, 81 ss.; M. OLIVETTI, *La c.d. «preferenza di genere» al vaglio del sindacato di costituzionalità. Alcuni rilievi critici*, in *ivi*, 84 ss.; S. LEONE, *La preferenza di genere come strumento per «ottenere, indirettamente ed eventualmente, il risultato di un'azione positiva»*, in *ivi*, 93 ss.; S. CECCHINI, *La Corte costituzionale paladina dell'eguaglianza di genere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, 165 ss.; La vicenda è molto ben ricostruita, altresì, di recente da

seppur minimo, è ancora oggi di fatto considerato la migliore soluzione in ambito di legislazione elettorale. Per quanto insoddisfacente, infatti, la “doppia preferenza” di genere rappresenta tuttora l’espedito più efficace nel perseguire un minimo risultato nella parità di *chances* a fronte di candidature equamente distribuite tra i due generi, senza infrangere la barriera dell’eguaglianza formale. Senza considerare che il terreno delle riforme istituzionali è comunque foriero di reazioni politiche contrapposte e che in altri frangenti ha addirittura generato scontri ideologici e conflitti, come accaduto ad esempio a margine dei lavori della Commissione governativa di esperti per la revisione della Costituzione, nell’anno 2013³. Una vicenda, quest’ultima, non priva di strascichi polemici⁴, con conseguenze ridondanti addirittura nell’ambito delle relazioni personali tra alcuni studiosi e costituzionalisti, quasi a rappresentare sotto forma di metafora una sorta di attraversamento di mondi ritenuti paralleli e tra loro non comunicanti. Ma per quanto di rilievo in queste brevi considerazioni, almeno la realizzazione della disciplina delle c.d. “quote rosa” (in origine nella legislazione elettorale della Regione Campania⁵) riporta a tema una storia che, per quanto imperfetta, segna un passaggio importante nel cammino di parità che in queste note intendiamo ripercorrere⁶.

M. D’AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Milano, Raffaello Cortina, 2020, 86 ss.; L. LORELLO, *La dialettica tra giudice costituzionale e legislatore sulla parità di genere*, in *federalismi.it*, n. 18/2021, 179 ss.

³ Il riferimento va alla Commissione istituita con DPCM del 11 giugno 2013 con il compito di elaborare progetti di riforma della Seconda parte della Costituzione. Una bozza della *Relazione finale* della Commissione è rinvenibile all’indirizzo *web*: <https://www.giurcost.org/cronache/commissioneriforme.pdf>.

⁴ Vi fanno riferimento ad esempio, seppur in forme diverse, P. CARETTI, *L’ennesimo “revival” della Grande Riforma costituzionale in funzione palingenetica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2013; M. VILLONE, *Cinque domande su saggi e riforme*, *ivi*; A.M. POGGI, *Le riforme costituzionali: obiezioni procedurali e sostanziali e (poco edificanti) posizioni “ideologiche”*, in *Rivista AIC*, n. 3/2013. Sulla crisi di orientamento della scienza costituzionalistica mi sembrano esemplari le riflessioni di G. AZZARITI, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Roma-Bari, Laterza, 2020, spec. 19 ss., ma *passim*. Con prospettiva che investe espressamente il ruolo della scienza costituzionalistica e della sua crisi di identità con i recenti processi di riforma costituzionale già peraltro, con forza, in IDEM, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, Laterza, 2013, VII ss., 161 ss., 177 ss.; nonché ancora in *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2016, IX ss., 243 ss.

⁵ La cui storia si dipana in una sequenza di episodi rilevanti, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 422 del 1995, fino alla revisione degli artt. 117, prima, e 51, poi, della Costituzione, risp. mediante le leggi costituzionali nn. 3 del 2001 e 1 del 2003. Una ricostruzione completa della vicenda è rinvenibile nei saggi di G. BRUNELLI, *Donne e politica. Quote rosa? Perché le donne in politica sono ancora così poche?*, Bologna, il Mulino, 2006; P. FARAGUNA, *Recenti sviluppi dell’esperienza costituzionale italiana in materia di c.d. “quote rosa”*, in F. SPITALERI (a cura di), *L’eguaglianza alla prova delle azioni positive*, Torino, Giappichelli, 2013, 41 ss. Sulla richiamata sentenza mi limito ad indicare le coeve osservazioni di U. DE SIERVO, *La mano pesante della Corte sulle «quote» nelle liste elettorali*, in *Giur. cost.*, 1995, 3268 ss.; G. BRUNELLI, *Elettorato attivo e passivo (e applicazione estesa dell’illegittimità consequenziale) in due recenti pronunce costituzionali*, *ivi*, 3272 ss.; e G. CINANNI, *Leggi elettorali e azioni positive in favore delle donne*, *ivi*, 3283 ss.

⁶ Per comprendere la rilevanza attribuita alla partecipazione ed alla rappresentanza politica nella elaborazione di una teoria dell’indirizzo politico si veda chiaramente il volu-

vate della donna, per tacere delle profonde asimmetrie nei costi gravanti sull'universo femminile in conseguenza della crisi sociale ed economica dovute alle interruzioni della normalità ed alle cadute dell'occupazione prodotte dalla crisi pandemica, a far data dai primi mesi del 2020²⁸. La strada è tracciata, ma il percorso della lotta contro ogni forma di discriminazione è purtroppo ancora lungo.

Abstract

The essay deals with the long journey of the discrimination issue in the Italian constitutional culture. Moving from some most important Constitutional Court decisions in the first years of action of this institution, the work analyses the Constitutional Court case-law as well as the most important pieces of legislation in the perspective of social and cultural changes within the Italian political and institutional systems. The work ends with some more considerations on the political and legal breakthrough, from the fight against discrimination to the promotion of equal opportunities in EU and national legislation.

²⁸ Una eccellente ricomposizione tematica di tutte queste questioni è, ad esempio, rinvenibile nel saggio di C. TRIPODINA, *I perduranti ostacoli all'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne*, cit., 8 ss., 14 ss., con analisi che si proietta anche sui contenuti del c.d. PNRR in riferimento alle politiche in favore della parità di genere programmate per il tramite degli interventi previsti da tale strumento.

A proposito di alcuni fraintendimenti su garanzie costituzionali e diritti fondamentali in tempi di emergenza da coronavirus

di Emilio Castorina*



Sommario: § 1. – Un primo fraintendimento: i diritti fondamentali possono essere “sospesi”? § 2. – (segue) Limiti per i diritti fondamentali e non sospensione delle garanzie costituzionali. § 3. – Un nuovo modello d’intervento emergenziale compatibile con la Costituzione: la discrezionalità “misurabile” del Governo. § 4. – Un secondo fraintendimento: i “confini” degli interventi di competenza dello Stato e degli enti

territoriali non richiedono forme di coordinamento? § 5. – Un terzo fraintendimento: non è bi-direzionale il carattere precettivo del dovere di solidarietà sociale? § 6. – La perdita di centralità nel sistema della legge formale e il ruolo supplementivo del dovere di fedeltà alla Repubblica (art. 54 Cost.).

§ 1. – *Un primo fraintendimento: i diritti fondamentali possono essere “sospesi”?*

La crisi pandemica continua a mettere in tensione l’ordinario assetto delle libertà fondamentali, ingenerando la preoccupazione che la mancanza in seno alla Costituzione di una speciale disciplina emergenziale “tipizzata” possa mettere in reale pericolo la legittimità dell’azione dei pubblici poteri e la compatibilità di essi con i principi dello Stato di diritto¹.

* Università degli Studi Catania.

Il presente saggio sviluppa gli argomenti di una lezione tenuta dall’A. alla *Summer School Odisseuro 2021* (1° Settembre 2021, Collegio San Tommaso di Linguaglossa) e si inserisce nel Progetto *La tenuta dello Stato costituzionale ai tempi dell’emergenza da Covid19. Profili giuridico-finanziari*, condotto grazie al “Programma ricerca di ateneo UNICT 2020-22 linea 2”.

¹ In dottrina, V. BALDINI, *Emergenza sanitaria ed emergenza costituzionale: tra teoria della Costituzione e pratica del diritto positivo*, in www.dirittifondamentali.it, n. 2/2021, 466 ss., ad esempio, argomenta che solo nel caso di tipizzazione nel testo costituzionale dell’azione dello Stato di contrasto all’emergenza, quest’ultima possa essere intesa come «condotta giuridica secondo il diritto positivo, persino allorquando essa violi, nei singoli atti, alcune regole costituzionali»; in mancanza di tipizzazione, invece, «l’esercizio del potere statale dev’ essere declinato come pura espressione del Politico, capace di generare un diritto emergenziale basato su una nuova *Grundnorm*, parallela e distinta rispetto a quello dell’ordinamento giuridico statale».

In tale cornice, all'indomani dell'entrata in vigore del decreto-legge n. 6 del 2020 (recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19») si sono levate voci di protesta per denunciare la sospensione di libertà costituzionali consacrate come inviolabili nella Costituzione, in conseguenza degli intervenuti divieti governativi di circolazione (art. 16), di riunione (art. 17), per la chiusura di scuole (art. 33), chiese (art. 19) e tribunali (art. 24 Cost.), nonché per le limitazioni alla proprietà privata con il divieto di raggiungere le seconde case (art. 42), chiusura di cinema, teatri, musei, bar, ristoranti, imprese, attività commerciali e professionali (art. 41). Decine di intellettuali si sono spinti a stigmatizzare come neppure la gravità della crisi sanitaria potesse giustificare la "sospensione di diritti fondamentali", poiché – si legge testualmente nell'appello rivolto al Presidente della Repubblica – «la libertà, sospesa, ristretta, confinata, autocertificata, non è più libertà»².

Il riferimento alla "sospensione" dei diritti fondamentali, invero, appare il frutto di un visibile fraintendimento.

Nella relazione sull'attività della Corte costituzionale del 2019 viene evidenziato che la Costituzione, consapevolmente, «non contempla un diritto speciale per lo stato di emergenza sul modello dell'art. 48 della Costituzione di Weimar o dell'art. 16 della Costituzione francese, dell'art. 116 della Costituzione spagnola o dell'art. 48 della Costituzione ungherese»: in essa, infatti, non si rinvencono «clausole di sospensione dei diritti fondamentali, da attivarsi nei tempi eccezionali, né previsioni che in tempi di crisi consentano alterazioni nell'assetto dei poteri»³. L'ordinamento costituzionale italiano – a differenza di altri – non prevede il c.d. stato di eccezione, cui corrisponda una disciplina di carattere speciale che, in circostanze di conclamato allarme o emergenziali di varia natura, autorizzi deroghe al normale funzionamento degli organi supremi e dei loro rapporti così come razionalizzati nella forma di governo parlamentare adottata⁴.

La legge fondamentale ha inteso dare risposta a "stati" di fatto, puntuali e determinati (ma non per questo temporalmente limitati) e specificamente connotati dall'urgenza sotto il profilo della tempestività

² *Pandemia e diritti umani, appello a Mattarella*, in *La Repubblica* del 2 maggio 2020.

³ Il testo integrale della relazione, del 28 aprile 2020, del Presidente della Corte costituzionale, Marta Cartabia, è pubblicato in www.cortecostituzionale.it.

⁴ Per la distinzione dello stato di eccezione con lo stato di emergenza, G. ZAGREBELSKY, *Non è l'emergenza che mina la democrazia. Il pericolo è l'eccezione*, *La Repubblica* del 29 luglio 2020, secondo cui il secondo comporta poteri finalizzati esclusivamente allo scopo di rientrare nella normalità, mentre il primo comprende poteri indeterminati, liberi nei fini e nei mezzi: in sostanza, i pieni poteri. Nel contestare questa impostazione, G. AGAMBEN, *Stato di eccezione e stato di emergenza*, in www.quolibet.it, 30 luglio 2020, osserva che «dal punto di vista della sospensione delle garanzie costituzionali, che dovrebbe essere l'unico rilevante, fra i due stati non vi è alcuna differenza».

ma che, del pari, “apre” a dimensioni extra-giuridiche sia etiche che sociali⁵⁴, imponendo *ex se*, alla coscienza dei singoli, gli orientamenti di condotta che, nel silenzio del legislatore, conducono a un agire responsabile quali membri della Repubblica, soprattutto quando è da combattere una pandemia così insidiosa.

In definitiva, la scienza, da sola, non ha il “potere” di imporsi: spetta al legislatore il compito di tradurre in diritto positivo le acquisizioni scientifiche, ma l’esperienza pandemica ne ha mostrato una sensibilità, che potrebbe dirsi, più procedurale, siccome volta a ratificare, convertendo i decreti-legge governativi, le scelte del potere esecutivo attinenti alle modalità prescelte per affrontare la crisi emergenziale, che non sostanziale e precettiva in nome della sovranità popolare. Riprendendo, allora, il pensiero del Presidente della Repubblica, il richiamo da questi compiuto alla “unità morale” e al «destino comune» sembra andare oltre il riferimento alla comune cittadinanza, per coinvolgere appieno l’obbligo di fedeltà alla Repubblica «come realtà pratica», che richiede l’agire «come membro e parte della Repubblica pur quando leggi, e giudici ed esecutori non siano in grado di farne valere coercitivamente la volontà»⁵⁵.

Abstract

The limitations which concern, in contemporary constitutional systems, the exercise of fundamental rights have nothing to do with the “suspension” of the same rights. The suspension of fundamental rights was justified by the theory that denied the natural rights of the human person, but it is not compatible with the personalist principle which is the basis of contemporary Constitutions.

Living together requires – see art. 2 and art. 32 of the Italian Constitution – a “solidarity pact” between the individual and the community, which is realized not only on spontaneous self-organization but also through obligations imposed by the State on the basis of the solidarity principle.

However, we are facing the decline in the centrality of primary legislation enacted by legislatures and, above all, the impoverishment of its essential function: in fact, laws no longer play a leading role in the system. On the other

⁵⁴ A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, Giuffrè, 2013, 29.

⁵⁵ Secondo C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 1958, 52 e nt. 120, un autonomo obbligo di fedeltà alla Repubblica (art. 54 Cost.) «entra in considerazione unicamente se l’ordinamento nella sua totalità o il vigore dell’ordinamento divengono incerti; solo se si ammette che esso esplica nelle circostanze straordinarie funzione meramente suppletoria ed integratrice dell’obbligo di obbedienza ai precetti (certi) dell’ordinamento». Sulle diverse opinioni dottrinali circa il contenuto del dovere di fedeltà alla Repubblica, si può rinviare al contributo di G.M. SALERNO, *Art. 54*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, v. I, Torino, Giappichelli, 2006, 1078 ss.

hand, mandatory vaccination requires an Act of the Parliament, based on a debate in which are represented the various positions present in the civil society. The duty of fidelity to the Republic (art. 54 of the Italian Constitution) gives rise to a “closing rule of the legal system” and, likewise, it “opens” to both ethical and social extra-juridical dimensions, imposing on the conscience of individuals guidelines of conduct that, in the silence of the legislator, lead to act responsibly as members of the Republic, especially when the object to be opposed is a so dangerous pandemic.

L'inganno di Penelope. Note sulla qualità della normazione

di Carmine De Angelis*



Sommario: § 1. – Il filo della normazione: tecnica e qualità del linguaggio normativo § 2. – Dualismi normativi: il nodo del Parlamento e il ruolo normativo del Governo. § 3. – I fili nascosti: il linguaggio del legislatore regionale.

§ 1. – Il filo della normazione: tecnica e qualità del linguaggio normativo

Il tema della qualità della normazione ha assunto a partire dagli anni Novanta una notevole incidenza sia sotto il profilo dottrinale che istituzionale¹. La nozione di qualità non può essere intesa, tuttavia, come un mero esercizio applicativo di tecniche e metodologie atte alla riduzione, coordinamento e redazione di testi “non oscuri”. Gli strumenti finiscono così per diventare concetti e i metodi si trasformano in categorie. Se la diagnosi si restringe in un’acorta opera manutentiva si tralasciano fattori più complessi e spesso conflittuali che incidono in profondità sull’assetto ordinamentale e sui principi che lo sorreggono².

Il carattere puramente formale della “better regulation”, concernente cioè la buona scrittura del “prodotto normativo”, è certamente un fattore ineludibile per evitare la verbosità e l’invadenza del diritto ed affermare la semplificazione. Eccesso, dettaglio e ridondanza insomma favoriscono complicazione, discrezionalità, abuso, ma da soli i criteri

* Università di Roma Foro Italico.

¹ Su tutti B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, il Mulino, 2011.

² Cfr. G.U. RESCIGNO, *I presupposti filosofici, morali e politici della buona redazione delle leggi ad una specifica conseguenza (tra le molte) in sede di applicazione*, in R. ZACCARIA (a cura di), *La buona scrittura delle leggi*, Roma, Camera dei Deputati, 2012, 66. Si rimanda anche a L. DI MAJO, *La qualità della legislazione tra regole e garanzie*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 301.

di tecnica redazionale, individuati nel nostro sistema nell’AIR, nella consultazione e nel VIR³, non bastano.

La tecnica legislativa e il “drafting” normativo⁴ rappresentano l’acquisita consapevolezza che i problemi di natura formale inquinano, per così dire, l’ordinamento giuridico esponendolo a genericità, ambiguità, a rinvii infiniti e incertezze in ordine agli effetti.

La qualità del linguaggio normativo è propedeutica alla praticabilità e alla realizzabilità del diritto, ma non è essenziale a fronteggiare quelle patologie riconducibili a distorsione del procedimento legislativo, ad ipertrofia normativa, al pluralismo delle fonti, alla massiccia espansione normativa dell’esecutivo, in sintesi ad una pretesa e assoluta “libertà” della politica legislativa: la “qualità” della normazione, pertanto, attiene all’essenza stessa del potere politico⁵.

La complessità e la stratificazione della legislazione, il richiamo a spezzoni del sistema delle fonti, una decretazione d’urgenza destinata a incidere su una varietà di discipline, spesso sovrapposte, radicalizzano la spinta centrifuga e di “fuga dalle regole”⁶.

In simile contesto le politiche di semplificazione o qualità normativa a mala pena sono in grado di ridurre il fenomeno del disordine regolativo⁷ e ad agganciarsi alla complessità delle domande sociali, derivanti dal crescente numero di interessi pubblici da tutelare⁸.

Qualità non vuol dire solamente semplificazione, né semplicità. La direttiva del P.C.M. del 26 febbraio 2009 aveva esplicitato che la qualità della regolazione è termine «usuale per indicare una normazione sia aderente a canoni formali sia contenutisticamente adeguata, coerente con i parametri costituzionali e sistematici e, infine, realmente idonea a perseguire gli obiettivi politici governativi».

In tal senso la qualità attiene, nel senso, più ampio e intenso, tanto alla semplificazione normativa e amministrativa, alla riduzione dei prodotti, alla chiarezza e semplicità redazionale quanto alla fattibilità, alla adeguatezza delle risposte, alla elaborazione e introduzione di sistemi più aperti e trasparenti (dalla negoziazione regolatoria all’autoregolazione), al livello di coinvolgimento e di partecipazione degli attori sociali alla fase di formazione dell’atto e alla stessa «capacità del

³ Cfr. M. RAVERAIRA, *Qualità della normazione e better regulation nella governance degli interessi*, in *federalismi.it*, n. 26/2006, 7.

⁴ A. BELVEDERE, *Alcuni aspetti del “drafting” legislativo*, in *Jus civile*, n. 1/2019, 73 ss.

⁵ Cfr. A. MORRONE, *Sul riordino della legislazione*, in M. CAVINO, L. CONTE (a cura di), *La tecnica normativa tra legislatori e giudici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 140 ss.

⁶ Cfr. R. ZACCARIA (a cura di), *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Brescia, Grafo, 2011, 11 ss.

⁷ Cfr. M. CECCHETTI, *Politiche di semplificazione e strumenti “taglia-leggi”*, in *federalismi.it*, n.8/2020, 15 ss.

⁸ Sul punto P. CARNEVALE, *Diritto, normazione e ambiguità*, in R. ZACCARIA (a cura di), *La buona scrittura delle leggi*, cit., 35 ss.

Il policentrismo normativo e istituzionale richiedono meccanismi di negoziazione consensuale e di sussidiarietà determinanti sulle stesse forme e contenuti della legge. La tendenza, soprattutto in sede regionale, alla sedimentazione di clausole e missioni valutative negli atti normativi e «la produzione di note informative che rendono conto degli effetti concreti degli interventi normativi realizzati»⁷³ esprimono una diffusa consapevolezza, anche se spesso non avvertita dal Governo centrale, di adottare strumenti utili e necessari al perfezionamento di tecniche di qualità normativa.

Allo stesso tempo, l'assenza di una linea condivisa tra i livelli istituzionali, l'inquinamento quantitativo e qualitativo di una produzione "neocentralistica", sospinto dalla legislazione di crisi, la ridefinizione di ambiti, spazi e concetti di un "disegno federalistico" incompiuto⁷⁴, prolungano l'agonia di una legge "contesa, piegata e parcellizzata"⁷⁵.

Il mito della valutazione delle leggi resta confinato nell'esercizio solitario della legislazione autonoma e spesso sacrificato dalla rivendicazione statale: «le leggi più oscure e imprecise, sebbene siano spesso oggetto di controversie, sono le norme più flessibili e durevoli dell'ordinamento»⁷⁶.

Abstract

Since the 1990s, the issue of the quality of standardization has taken on a notable impact both from a doctrinal and institutional point of view. The notion of quality cannot be understood, however, as a mere application exercise of techniques and methodologies aimed at the reduction, coordination and editing of "non-obscure" texts. This essay outlines critical issues and solutions related to the quality of standardisation both centrally and regionally.

⁷³ Sul punto S. STAIANO, *Mitologie federalistiche ed esperienza del regionalismo*, in *federalismi.it*, n. 20/2012.

⁷⁴ Cfr. G.C. DE MARTIN, *I nodi pendenti per attuare (correttamente) una riforma di sistema incompiuta*, in *Verso il federalismo 'interno'. Le autonomie locali nelle regioni ordinarie e speciali*, Torino, Giappichelli, 2009.

⁷⁵ Sul punto G. LEGNINI, D. PICCIONE, *I poteri pubblici nell'età del disincanto: l'unità perduta tra legislazione, regolazione e giurisdizione*, Roma, Luiss University Press, 2019, 23 ss.

⁷⁶ P.L. GETI, *Prove tecniche di normazione*, cit., 2.

La rivoluzione digitale e i suoi effetti sull'attività parlamentare

di Nicola Lupo*



Sommario: § 1. – I Parlamenti e la rivoluzione digitale. § 2. – L’innalzamento automatico ed esponenziale della trasparenza dei lavori parlamentari. § 3. – Una trasparenza eccessiva? Gli effetti paralizzanti di internet sull’attività legislativa nelle commissioni parlamentari. § 4. – Una trasparenza benefica? La nuova eco del “question time” in Assemblea. § 5. – Conclusioni. Gli effetti del Covid-19 sulla digitalizzazione dei Parlamenti.

§ 1. – I Parlamenti e la rivoluzione digitale

La sfida lanciata ai Parlamenti da internet e dall’avvento dell’era digitale, a cavallo tra XX e XXI secolo, è stata spesso sottovalutata. L’errore più comune è consistito nel relegare tale trasformazione al solo mondo degli strumenti tecnologici a disposizione delle istituzioni rappresentative, dei parlamentari e dei politici in genere, e in particolare ai loro effetti sulle modalità di comunicazione interna ed esterna. Senza considerare che internet e la digitalizzazione hanno comportato un cambio di paradigma, in grado di incidere su tutti i rapporti sociali, ridisegnanoli. Non a caso, si parla ormai di una vera e propria rivoluzione digitale, che ha alterato i principali caratteri della società novecentesca, con effetti assai profondi sulla stessa concezione del mondo¹.

Inevitabilmente, questo mutamento è suscettibile di trasformare in modo radicale i caratteri e il ruolo di tutti gli organi costituzionali² e, soprattutto, dell’istituzione parlamentare, che per definizione è chia-

* LUISS Guido Carli di Roma.

Il testo riprende, per larga parte, i contenuti di una riflessione destinata agli Studi in onore di Enzo Balboni.

¹ Cfr., ad esempio, L. FLORIDI, *The Fourth Revolution. How the Infosphere is reshaping Human Reality*, Oxford, OUP, 2014, 90 ss. (trad. it.: *La quarta rivoluzione. Come l’infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, Raffaello Cortina, 2017), e, in chiave più divulgativa, IDEM, *Il verde e il blu. Idee ingenue per migliorare la politica*, Milano, Raffaello Cortina, 2020, 23 ss., nonché A. BARICCO, *The Game*, Torino, Einaudi, 2018, 209 ss.

² Per un’analisi delle prime reazioni poste in essere dagli organi costituzionali italiani cfr. D. Chinni (a cura di), *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

mata a rappresentare la società, nei suoi diversi orientamenti politici e nei suoi variegati interessi³. Una trasformazione che sarebbe idonea, secondo alcuni, a porre in questione la stessa sopravvivenza dei Parlamenti⁴.

Del resto, la storia dell'istituzione parlamentare ci mostra come questa abbia profondamente risentito, sin dalle sue prime affermazioni, delle condizioni tecnologiche che hanno contraddistinto la società in cui tale istituzione è stata collocata. La stessa idea moderna di Parlamento, come organo rappresentativo riunito tendenzialmente in permanenza nel medesimo luogo, è all'evidenza legata non solo alla forma dello Stato-nazione, in cui i Parlamenti com'è noto si affermano, ma altresì a una tecnologia idonea a consentire a rappresentanti provenienti da tutti i territori ricompresi nello Stato-nazione di recarsi regolarmente nella capitale per partecipare ai lavori parlamentari, salvo fare periodico rientro nel loro territorio di provenienza⁵.

Nel XXI secolo il quadro è profondamente mutato. Come giustamente rilevato dall'allora *Speaker* della *House of Commons*, John Bercow, nella sua premessa al rapporto conclusivo predisposto nel 2015 da una commissione, da lui istituita, denominata "Digital Democracy

³ La letteratura riguardo a questi temi è ovviamente sterminata. Per una ricostruzione sintetica e riferimenti bibliografici di base cfr. R. RUBIO NÚÑEZ, R. VELA NAVARRO-RUBIO, *Parlamento Abierto. Il Parlamento en el siglo XXI*, Barcelona, UOC, 2017, 13 ss.; L. CASINI, *Lo Stato nell'era di Google. Frontiere e sfide globali*, Milano, Mondadori, 2020, 2 ss.; G. VILELLA, *E-Democracy. Dove ci porta la democrazia digitale*, Bologna, Pendragon, 2020, 274 ss.; e C.F. FERRAJOLI, *Rappresentanza e partecipazione politica e le sfide dell'innovazione tecnologica*, testo provvisorio della relazione per il convegno del 18-19 giugno 2021 a Genova, in www.gruppodipisa.it, 3 ss. (secondo cui il Parlamento è «l'istituzione che sembra aver maggiormente patito l'emergere delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione»).

⁴ Ritengono, ad esempio, che non sia chiaro se e come la democrazia rappresentativa sopravvivrà nel XXI secolo S. BLOOM, A. SANCINO, *Disruptive Democracy: The Clash Between Techno-Populism and Techno-Democracy*, London, Sage, 2018, 5. Uno scenario analogo è stato disegnato, com'è noto, anche da Davide Casaleggio, nell'intervista al quotidiano *La Verità* del 23 luglio 2018, nella quale, sulla scia della critica al divieto di mandato imperativo che ha caratterizzato il Movimento 5 Stelle sin dalle sue origini, ha delineato in modo assai limitato il ruolo attuale del Parlamento (consistente, in ipotesi, nell'assicurare che «il volere dei cittadini venga tradotto in atti concreti e coerenti») e ne ha prospettato un possibile superamento «tra qualche lustro». Cfr. anche D. CASALEGGIO, *Casaleggio: i 7 paradossi della democrazia, a sbagliare non è mai chi vota*, in *Il Corriere della Sera*, 17 settembre 2019. Sul dilemma in cui si trovano le forze populiste, affermatesi contro il Parlamento e le élite, nel momento in cui entrano in Parlamento cfr. l'interessante analisi comparata svolta da T. YOSHIDA, *Parliaments in an age of populism*, in C. BENOÎT, O. ROZENBERG (edss.), *Handbook of Parliamentary Studies. Interdisciplinary Approaches to Legislatures*, Cheltenham, Edward Elgar, 2020, 291 ss., 294. Nonché ora, con una specifica discussione delle tesi di Casaleggio, G. MARTINICO, *Filtering Populist Claims to Fight Populism: The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge, CUP, 2022, 129 ss.

⁵ Da ciò, per esempio, la genesi di alcune tradizionali prerogative dei parlamentari, che oggi sembrano antiquate, e spesso sono oggetto di contestazione, ma che erano allora viste come elementi necessari a un proficuo sviluppo del rapporto tra eletto ed elettori. Prerogative che, non a caso, incidevano proprio su quei mezzi di trasporto e di comunicazione che rendevano possibile la stessa funzionalità dei Parlamenti e del mandato rappresentativo: la possibilità di usufruire gratuitamente dei mezzi di trasporto ferroviario e, poi, di trasporto aereo, da un lato; le agevolazioni per l'affrancatura delle lettere e la disponibilità di un efficiente e strategicamente collocato ufficio postale, dall'altro.

Abstract

The digital revolution is likely to radically transform the characteristics and role of all constitutional bodies and, above all, of the parliamentary institution, which by definition is called to represent a society that has profoundly changed. The contribution aims to highlight some practical effects that derive on traditional parliamentary procedures from a specific aspect of the digital revolution, namely the availability on the internet of parliamentary work, which has exponentially increased the transparency of legislative procedures and of the parliamentary questions. In the concluding part, it takes into account the acceleration of digitization processes that has been determined by the Covid-19 pandemic. A powerful acceleration that has highlighted, on the one hand, on the theoretical level, the dilemmas that Parliaments have been called to face, in the search for innovative procedures more in line with the digital society; and, on the other hand, on a practical level, the risks and the potential of digitization.

Figure del costituzionalismo cattolico-democratico nell'opera di Enzo Balboni

di Michele Massa*



Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – Galleria di ritratti. § 3. – Il costituzionalismo cattolico-democratico. § 4. – Bilancio. § 5. – Nota finale.

§ 1. – Premessa

Scorrendo l'opera di Enzo Balboni, si nota come egli, raggiunta la piena maturità scientifica¹, frequenti volentieri il genere letterario del profilo di biografia culturale: soprattutto di costituzionalisti appartenenti all'area culturale cattolico-democratica. Svolgimenti di questo tipo compaiono, anche incidentalmente, in numerosi saggi, ma – senza pretesa di completezza – sono certamente più di una dozzina i testi specificamente concepiti sotto forma di profili², senza considerare i nume-

* Università Cattolica del Sacro Cuore.

Il testo è stato predisposto per il seminario di studi in onore del prof. Enzo Balboni *Non abbiate paura delle autonomie!*, tenutosi a Milano il 30 ottobre 2020, i cui atti sono in corso di raccolta e pubblicazione.

¹ Laureatosi nel 1965, Enzo Balboni pubblica il primo testo monografico nel 1968 (E. BALBONI, *Le origini dell'organizzazione amministrativa del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1965) e inizia l'insegnamento nell'anno accademico 1972-1973. Diventa professore associato nel 1980, e ordinario nel 1990, di Istituzioni di diritto pubblico presso la Facoltà di economia e commercio dell'Università Cattolica del S. Cuore di Milano, dove a lungo ha svolto il relativo insegnamento (di cui in seguito e ancora oggi, nell'attuale Facoltà di economia, chi scrive ha avuto l'onore di diventare titolare).

² IDEM, *Note introduttive allo studio delle formazioni sociali nel pensiero di Mortati*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Costantino Mortati: costituzionalista calabrese*, Napoli, ESI, 1989, 157 ss.; IDEM, *Maturazione culturale, formazione spirituale ed impegno personale negli anni milanesi (1956-1970)*, in M. RIDOLFI (a cura di), *Roberto Ruffilli: un percorso di ricerca*, Milano, Franco Angeli, 1990, 23 ss. (edito anche come *In ricordo di Roberto Ruffilli (1937-1988). Gli anni all'Università Cattolica*, in *Vita e Pensiero*, 1990, 1, 45-57; nonché in IDEM, *Roberto Ruffilli: trent'anni di memoria*, Milano, Agostini semper, 2018, 25 ss.); IDEM, *I democratici cristiani alla Costituente: particolari aspetti politici e sociali del contributo di Tosato* (1990), in M. GALIZIA (a cura di), *Egidio Tosato costituzionalista e costituente*, Milano, Giuffrè, 2010, 169 ss.; IDEM, *Feliciano Benvenuti: un percorso sulla via del diritto scienza umana*, in *Jus*, 2008, 429 ss.; IDEM, *Leopoldo Elia, costi-*

rosi interventi dedicati a Giuseppe Dossetti, culminati nel volume a lungo atteso e finalmente edito nel 2014³, ma proseguiti anche dopo⁴.

Osservata nell'insieme, questa galleria di ritratti restituisce non solo le immagini dei singoli personaggi (§ 2) ma – ciò che più interessa – anche quella di un preciso indirizzo scientifico e culturale (§ 3) e, poiché esso incorporava una spinta all'azione culturale e politica, pure alcuni spunti per un bilancio dei suoi successi e insuccessi (§ 4).

La trattazione di temi di così ampio respiro mediante questo genere letterario sottintende un punto metodologico importante: studiare questo indirizzo, e il suo contributo alla cultura costituzionale della Repubblica, mediante la ricostruzione e la contestualizzazione di alcuni protagonisti e del nesso tra la loro vita e il loro pensiero, è un esempio di approccio storico ed etico-politico ai temi giuridici, volto a evitare le astrattezze dogmatiche e a guardare alla concretezza dei fatti rilevanti del presente e del passato⁵. Collegare idee, momenti e persone è indispensabile, qualora si convenga che lo studio del diritto ha sempre in sé una componente storica; e che essa si caratterizza non tanto per la pura e semplice adozione di una prospettiva diacronica, quanto per la concezione del proprio tema come oggetto immerso nella vita di determinati luoghi e tempi, a cominciare dalla propria, e da quella delle persone incontrate nel proprio cammino⁶. Parafrasando ciò che Giorgio Berti⁷

tuzionalista e cittadino cattolico, in *Quad. cost.*, 2009, 431 ss.; IDEM, *Per un'amministrazione nel segno dell'autonomia e della Costituzione*, in *Jus*, 2011, 335 ss.; Il ricordo di Enzo Balboni e Umberto Pototschnig: il profilo culturale e scientifico, in IDEM (a cura di), *Umberto Pototschnig: un profilo*, Milano, Agostini semper, 2012, 3 ss. e 21 ss.; IDEM, intervento al convegno *Vittorio Bachelet: a trentacinque anni dal suo sacrificio (1980-2015)*, in *Nomos*, 2015, 113 ss.; IDEM, *Per la democraticità dell'amministrazione: un pensiero lungo una vita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 56 ss.; IDEM, *Il pensiero "edificante" di Giorgio Pastori su autonomia e regionalismo. La tensione fra i poli dell'unità e dell'autonomia in un sistema pluralista*, postfazione a M. CARLI, *Diritto regionale. Le autonomie regionali, speciali e ordinarie*, Torino, Giappichelli, 2018, 309 ss.; IDEM, *In memoria di Roberto Ruffilli, che progettò invano le riforme istituzionali*, in E. BALBONI, *Roberto Ruffilli: trent'anni di memoria*, cit., 5 ss.; IDEM, *Ideologia cattolica e architettura costituzionale. Il contributo di Giorgio La Pira*, in *Lo Stato*, 2019, 397 ss.; IDEM, *Il confronto tra il metodo di V.E. Orlando e la sistematica architettonica degli esponenti del cattolicesimo democratico e sociale in Assemblea costituente*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, Milano, Franco Angeli, 2020, 378 ss.

³ G. DOSSETTI, «Non abbiate paura dello Stato!»: funzioni e ordinamento dello Stato moderno: la relazione del 1951: testo e contesto, a cura di E. Balboni, Milano, Vita e Pensiero, 2014. Ivi v. specialmente *Coscienza cristiana e cultura costituzionale*, 289 ss., dove l'Autore raccoglie riflessioni scelte tra i diversi testi svolti negli anni precedenti come contributi orali o interventi a convegni.

⁴ Si veda E. BALBONI, *Lo spostamento della centralità della questione religiosa dall'art. 7 all'art. 8 Cost.: l'evoluzione del pensiero di Giuseppe Dossetti*, in corso di pubblicazione negli scritti in onore di Antonio Ruggeri.

⁵ Per certi aspetti, è un metodo vicino, tra l'altro, a quello della rivista *Quaderni costituzionali*, ambiente scientifico del quale lo stesso Balboni è stato a lungo, e tuttora è, protagonista. In proposito, mi permetto di rinviare al mio *Prospettiva storica e concezioni della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2020, 277.

⁶ Ivi, 276-277.

⁷ La parafrasi e la citazione si riferiscono a G. BERTI, *Amministrazione autonoma e giustizia amministrativa nella legislazione unificatrice del 1865: il contributo del deputato Francesco Borgatti*, in F. BENVENUTI, G. MIGLIO (a cura di), *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*,

Per la verità, osservando questa galleria, si vede bene anche il profilo dell'autore. Perché, «[c]ome sempre accade tra amici effettivamente solidali, ciò che vale per l'uno è ascrivibile anche all'altro»⁶⁴: e ciò è vero soprattutto per le pagine dedicate all'amico Roberto Ruffilli. In fondo, ce lo dice oggi lo stesso Balboni: «questo ho fatto, portare la fiaccola». Esponendoci la propria visione della scuola di cui ha fatto parte e del pensiero giuridico cattolico-democratico, Balboni ci mostra gli assi portanti del suo stesso pensiero: anzitutto, del ruolo che le autonomie – territoriali, sociali e di altro tipo – avrebbero dovuto – e non sempre sono riuscite ad – avere, affinché si realizzasse una democrazia sostanziale.

Parlandoci di altri, il maestro, del quale mi onoro di essere allievo, ci parla di se medesimo. E questa è un'altra ragione di interesse dei suoi scritti qui esaminati, in un seminario di studi a lui dedicato.

Abstract

The scientific work of Enzo Balboni (former professor of constitutional law at the Università Cattolica del Sacro Cuore, Milan) shows a preference for short cultural biographies, mostly of leading constitutional scholars and figures from the catholic-democratic area. Such a gallery represents not just individual portraits, but also a general panorama of a cultural and scientific movement and, as it also included a push to cultural and political action, a starting point to assess its successes and failures. Moreover, giving his own account of the scientific school to which he belonged, Balboni displays the cornerstones of his scientific thought: particularly with regard to autonomies – territorial, social etc. – and the role which they should have played (and were not always able to play) in order to give life to a substantive democracy.

⁶⁴ E. BALBONI, *Leopoldo Elia*, cit., 434, a proposito di ciò che Elia diceva di Vittorio Bachelet.

Note su diritto e tecnica

di Serena Vantin*



Sommario: § 1. – Diritto e tecnica. § 2. – La tecno-regolazione. § 3. – La digitalizzazione del diritto. § 4. – Logica informatica *vs.* logica giuridica. § 5. – La tecno-etica. § 6. – Riflessioni conclusive.

§ 1. – Diritto e tecnica

Com'è stato osservato ormai da molte autorevoli fonti¹, la tecnica è divenuta negli ultimi decenni non soltanto oggetto bensì anche soggetto di normazione, assurgendo da materia regolata a principio regolatore². La nuova realtà digitale implica, infatti, non soltanto una notevole varietà di nuovi e complessi fenomeni, i quali richiedono di essere disciplinati *ex novo* o mediante interpretazione evolutiva, ma anche, come si argomenterà oltre, una più ampia riflessione sulla natura e sulla logica del diritto, della giuridicità e della normatività³.

§ 2. – La tecno-regolazione

Per 'tecno-regolazione'⁴ si intende qui, in prima battuta, la dimensione inerentemente normativa o disciplinare di vincoli algoritmici,

* *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna.

¹ Cfr. in part. N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2000, 51.

² E. MAESTRI, *Lex informatica e soft law. Le architetture normative del cyberspazio*, in P. MORO, C. SARRA (a cura di), *Tecnodiritto. Temi e problemi di informatica giuridica e robotica giuridica*, Milano, Franco Angeli, 2017, 157-177.

³ Nota Francisco Javier Ansuátegui Roig che spetta in particolare alla filosofia del diritto interrogarsi sui «confini del giuridico» ma anche sulle «"terre di confine" della regolazione giuridica»: F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Nuove tecnologie e spazio pubblico*, in S. SALARDI, M. SAPORITI (a cura di), *Le tecnologie "moralì" emergenti e le sfide etico-giuridiche delle nuove soggettività*, Torino, Giappichelli, 2020, 22-41, in part. 22-24.

⁴ Per un'utile introduzione su tecno-diritto e tecno-regolazione, si rinvia ad A. AMATO MANGIAMELLI, *Tecno-diritto e tecno-regolazione. Spunti di riflessione*, in *Riv. fil. dir.*, n. 3/2017, 87-112.

caratteristiche tecniche, architetture del codice digitale (dalle *password* ai sistemi di crittografia, dalla *blockchain* allo *zoning* della rete, e così via⁵), i quali, producendo *lex informatica* mediante *output* ispirati di volta in volta a regole regolative oppure costitutive⁶, sfidano l'ordine monistico di matrice giuspositivista fondato sulla riduzione della normatività alla giuridicità, e dunque sull'individuazione di un «unico ordinamento normativo», quello del «diritto statual-legislativo», quale esclusivo «sistema di regolamentazione del comportamento dell'uomo in società»⁷.

In seconda battuta, “tecno-regolativi” sono anche gli effetti che la tecnica produce nella sfera giuridica, essendo il diritto l'oggetto di un'analisi conoscitiva che l'interprete, con i suoi strumenti, può concorrere a modificare e plasmare. In tal senso, la tecno-regolazione indica un tipo di razionalità di matrice economica⁸, basata sull'appello al calcolo, una sorta di «*calculemus*» di leibniziana memoria⁹, che il diritto accoglie come garante della correttezza (*more geometrico*) delle sue forme e sinonimo di imparzialità, certezza o merito. Come evidenziano le teorie critiche dei dati¹⁰, questa tendenza starebbe generando una vera e propria “algocrazia”, vale a dire il dominio di sofisticati algoritmi che, pur sfuggendo alla possibilità di controllo, appaiono come gli strumenti più affidabili per decidere, orientare i parametri di valutazione, e più ampiamente guidare le scelte umane.

In terza battuta, l'ambizione alla modellizzazione permea persino i nuclei più solidi della giuridicità, dalla redazione delle proposizioni giuridiche al processo (mentale) che conduce alla decisione di un

⁵ Si consideri in particolare il caso degli *smart contracts*, i quali agiscono «prescindendo» dall'intermediazione della legge: «autoeseguendosi ineluttabilmente anche *contro*» di essa, essi pongono il problema della possibile difformità tra regolazione tecnica e regolazione giuridica. Cfr. F. DI GIOVANNI, *Sui contratti delle macchine intelligenti*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, Giuffrè, 2020, 251-272, in part. 260-263.

⁶ Si pensi al caso di un conducente che manifesti segni di stanchezza captati dai sensori di un veicolo intelligente: la risposta può essere l'attivazione di un segnale acustico che inviti alla sosta (sul modello di una regola regolativa) oppure l'accensione di una modalità di guida automatica che inibisca il “fatto brutto” della guida in stato di pericolo (come una sorta di regola costitutiva). In quest'ultimo caso, l'erosione delle capacità di scelta è evidentemente maggiore. Cfr., sul punto, F. DE VANNA, *Autonomous driving e questione della responsabilità: alcuni nodi teorici*, in S. SCAGLIARINI (a cura di), *Smart roads e driverless cars: tra diritto, tecnologie, etica pubblica*, Torino, Giappichelli, 2019, 77-86, in part. 80-81.

⁷ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1996, 236-237.

⁸ Sul rapporto tra capitalismo e tecnica, si veda ancora, *inter alia*, N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, cit., nonché N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016, 15, dove è richiamata l'intuizione di Max Weber, secondo la quale «il capitalismo richiede un diritto che si possa calcolare in modo simile a una macchina».

⁹ Cfr. A. ANDRONICO, TH. CASADEI, *Introduzione*, in *Ars interpretandi*, n. 1/2021, 7-11, in part. 7.

¹⁰ R. PIROSA, *I dilemmi della tecnoregolazione: uno sguardo critico*, in TH. CASADEI, S. PIETROPAOLI (a cura di), *Diritto e tecnologie informatiche. Questioni di informatica giuridica, prospettive istituzionali e sfide sociali*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, 275-286.

integrativi della normazione, dalla *soft law* alla *soft ethics*, in grado di implementare forme di co-regolazione adattabili e modulabili.

Se, da un lato, lo smarrimento dei giuristi ricorda ancora, talvolta, la condizione desolante dell'apprendista stregone che, nella ballata di Wolfgang Goethe, seppe scatenare le forze magiche ma non più controllarle né tantomeno arrestarle; dall'altro lato, una già feconda letteratura è concorde nel ritenere che quello in esame è un problema di cui avremo modo di occuparci ancora a lungo.

Abstract

This paper focuses on the impact of technologies on the legal field. Notwithstanding some relevant differences among IT and legal logics, the processes of techno-regulation and digitalization of law are going to produce deep consequences on the legal culture and its fundamental concepts. To this extent, "techno-ethics" and "soft" forms of regulation should be discussed and evaluated.

Maestri del Novecento



In ricordo di un Amico...
Editoriale

Insieme ad Heidelberg
di Augusto Barbera

*Tesauro Avvocato Generale presso la Corte
di Giustizia delle Comunità europee*
di Antonio Tizzano

Giuseppe Tesauro e la concorrenza
di Marco D'Alberti

*Giuseppe Tesauro, Presidente della
Corte costituzionale*
di Giancarlo Coraggio

Un ricordo di Giuseppe Tesauro professore
di Bruno Nascimbene

Tesauro Internazionalista
di Sergio M. Carbone

*Giuseppe Tesauro e la diffusione della conoscenza
del diritto dell'Unione europea*
di Roberto Mastroianni

Ricordo del prof. Giuseppe Tesauro
di Patrizia de Pasquale

Insieme ad Heidelberg

di Augusto Barbera*



Professore emerito di Diritto Costituzionale all'Università degli Studi di Bologna. Già più volte deputato tra il 1976 e il 1994, nel 1993 è Ministro per i Rapporti con il Parlamento nel Governo Ciampi. Ha ricoperto la carica di Vicepresidente del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa e quella di Presidente del Collegio Garante della Costituzionalità delle Norme della Repubblica di San Marino. Dal 2015 è Giudice costituzionale (La Direzione).

È ben conosciuto l'apporto di Bepi Tesauro alla letteratura internazionalista e altrettanto conosciuto il notevole contributo profuso in tutti i suoi incarichi istituzionali, come Avvocato generale presso la Corte di Giustizia europea, come Presidente dell'Antitrust, come Giudice della Corte costituzionale. Segnalo in proposito l'assai interessante intervista rilasciata da Bepi Tesauro a Federico Pedrini e pubblicata nell'ultimo fascicolo di questa stessa rivista. Aderendo ad una sollecitazione di Aljs Vignudelli, che ringrazio per l'occasione offertami, mi piace ricordare un comune sodalizio che contrassegnò gli inizi delle rispettive carriere e una lunga e solida amicizia.

Siamo agli Anni Sessanta: era ancora il periodo in cui i giuristi, i pubblicisti in particolare, perfezionavano la loro cultura professionale attraverso un soggiorno in una Università tedesca (solo negli anni successivi si sarebbero aggiunti i soggiorni nelle Università anglofone).

Nel corso del 1967 avevo svolto uno *stage*, sotto la direzione di Gerhard Leibholz, presso il *Bundesverfassungsgericht* di Karlsruhe. Terminato quel periodo, con un finanziamento prima del Consiglio Nazionale delle Ricerche e poi del *Deutscher Akademischer Austauschdienst* iniziai delle ricerche sul sistema federale tedesco traferendomi nel *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* di Heidelberg, per un ulteriore periodo fino al febbraio 1969.

Un istituto assai prestigioso, quest'ultimo, tuttora frequentato da costituzionalisti e internazionalisti, situato in una cittadina

* *Alma Mater Studiorum* – Università degli Studi di Bologna, Giudice costituzionale.

Tesauro Avvocato Generale presso la Corte di Giustizia delle Comunità europee

di Antonio Tizzano*



Antonio Tizzano è professore emerito di Diritto dell'Unione Europea presso l'Università "La Sapienza" di Roma, nonché Vice-Presidente emerito della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Laureatosi in giurisprudenza all'Università di Napoli, è stato professore nelle Università di Mogadiscio, Catania, l'Istituto Orientale e l'Università di Napoli, per poi finire con l'Università di Roma. È stato a lungo Consigliere giuridico alla Rappresentanza Permanente dell'Italia presso l'Unione Europea per poi divenire Avvocato Generale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, quindi Giudice della stessa

e infine Vice-Presidente. Ha fondato e dirige la rivista Il Diritto dell'Unione Europea. Ha ricevuto il dottorato honoris causa dell'Università Paris-Assas. Attualmente è Presidente dell'Associazione italiana degli studiosi di diritto dell'Unione Europea (AISDUE) (La Direzione).

Il 6 luglio 2021 il destino ci ha sottratto in modo inatteso e repentino Giuseppe Tesauro, lasciandoci un vuoto incolmabile, perché Bepi (come Egli si faceva chiamare in modo più familiare) non era solo quell'insieme incredibile di cariche che ha ricoperto, ma era soprattutto, ed in modo particolare per chi scrive, un carissimo Amico, direi di più, se l'immagine non fosse abusata, un vero e proprio Fratello. Con Lui ho infatti vissuto una sorta di vita parallela, un insieme di esperienze comuni, un seguirsi l'un l'altro in molti riconoscimenti e incarichi, fin da quando approdammo alla Scuola del nostro Maestro, Rolando Quadri, dal quale entrambi abbiamo appreso a muovere i primi passi nella vita accademica e a inoltrarci nello studio del diritto internazionale, poi del diritto "comunitario", un Maestro straordinario che ha esercitato su di noi un'influenza così decisiva da condizionare il nostro modo di essere e di pensare, anche dopo la Sua scomparsa e ancora nella nostra età matura.

* * *

* Sapienza - Università di Roma.

Giuseppe Tesauo e la concorrenza

di Marco D'Alberti*



Marco D'Alberti è professore emerito di Diritto amministrativo della Facoltà di Giurisprudenza della "Sapienza". Già componente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato dal 1997 al 2004 è attualmente Consigliere superiore della Banca d'Italia (La Direzione).

Il tema della concorrenza e delle sue regole ha accompagnato a lungo la vita di Giuseppe Tesauo. Come eminente studioso del diritto europeo, Egli ha dedicato all'argomento pagine essenziali. Come avvocato del fòro privato, se n'è occupato più volte. In qualità di avvocato generale alla Corte di Giustizia, dal 1988, ha contribuito a forgiare la giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo su molti casi concernenti la libera concorrenza e le altre libertà economiche.

Quando Tesauo fu nominato Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nel 1998, portava dunque con sé un ricchissimo bagaglio teorico e pratico in materia di *antitrust*. L'Autorità italiana aveva otto anni di vita. Era stata guidata dapprima da Francesco Saja, che aveva assicurato la difficile fase dell'avvio, e poi da Giuliano Amato, che l'aveva portata a un altissimo livello istituzionale, anche sul piano internazionale.

Tesauo proseguì con efficacia su questa via. La sua padronanza del diritto dell'Unione europea si rivelò essenziale nella conduzione e nella soluzione dei casi italiani. E la sua profonda conoscenza dell'*antitrust* statunitense fu di grande utilità nel sottolineare analogie e differenze fra la disciplina italiana ed europea, da un lato, e la normativa nordamericana, dall'altro. Nel comprendere, ad esempio, che la *rule of reason* statunitense, secondo cui il potere di mercato delle imprese non è illecito come tale ma solo in quanto sia esercitato in modo irragionevole, è altra cosa rispetto alla ragionevolezza nell'applicare le regole europee e italiane di concorrenza: una ragionevolezza, quest'ultima,

* Sapienza - Università di Roma.

Giuseppe Tesauo, Presidente della Corte costituzionale

di Giancarlo Coraggio*



Giancarlo Coraggio, già magistrato ordinario, sostituto procuratore generale della Corte dei conti, Presidente della Corte di giustizia federale e Presidente del Consiglio di Stato è Cavaliere di gran croce dell'Ordine al merito della Repubblica italiana e Presidente emerito della Corte costituzionale (La Direzione).

Giuseppe Tesauo è nominato Giudice costituzionale dal Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi nel 2005 ed eletto Presidente della Corte costituzionale nel 2014, svolgendo le funzioni presidenziali fino alla scadenza del suo mandato (novembre 2014).

Quale giudice della Corte costituzionale il Presidente Tesauo ha redatto numerose importanti decisioni cui farò solo un cenno, poiché, secondo l'incarico affidatomi, intendo soffermarmi sull'attività svolta come Presidente.

In questa prospettiva, il punto naturale di riferimento è la nota sentenza n. 238 del 2014, della quale egli è stato sia Presidente che estensore.

La Corte era investita delle questioni di legittimità costituzionale, sollevate dal Tribunale di Firenze, di diverse disposizioni che avrebbero imposto di declinare la giurisdizione in relazione a giudizi instaurati contro la Repubblica federale di Germania per ottenere la condanna di quest'ultima al risarcimento dei danni patiti nel corso della seconda guerra mondiale dai cittadini italiani, caduti prigionieri in guerra.

Nella sentenza la Corte ha adottato decisioni differenti per ciascuna delle disposizioni censurate, e cioè:

- 1) la norma prodotta nel nostro ordinamento dal recepimento, ai sensi dell'art. 10, primo comma, Cost., della consuetudine inter-

* Presidente emerito della Corte costituzionale.

Un ricordo di Giuseppe Tesauro professore

di Bruno Nascimbene*



Sommario: § 1. – Tesauro “professore”. § 2. – Protagonista del diritto comunitario. § 3. – La sua formazione. § 4. – Un «osservatore di lungo corso» del diritto comunitario. § 5. – Il suo pensiero. § 5.1. – Giudice “internazionalista” alla Corte costituzionale. § 5.2. – Giudice “comunitarista” alla Corte costituzionale. § 5.3. – Le “conclusioni” come avvocato generale alla Corte di giustizia. § 6. – Il percorso accademico. § 7. – I suoi scritti principali in diritto internazionale. § 8. – I suoi scritti in diritto comunitario. § 9. – Il

fil rouge. § 10. – L’“Intervista”. § 11. – Alcuni tratti essenziali del suo insegnamento. § 12. – L’autonomia o specialità del diritto comunitario. § 13. – Il processo di integrazione e l’ottimismo dello studioso.

§ 1. – Tesauro “professore”

Nei giorni immediatamente successivi alla scomparsa di Giuseppe (Beppi per gli amici, e non solo) Tesauro, avevo scritto poche righe in suo ricordo, rinviando ad altra occasione un ricordo più ampio e meditato. Scrisse su *eurojus*, una rivista telematica dedicata al diritto dell’Unione europea, che grazie al suo impegno e a quello di pochi altri acquistò autonomia scientifica, didattica e disciplinare nel – non facile – contesto universitario italiano.

§ 2. – Protagonista del diritto comunitario

Ripropongo quei rilievi come introduzione al mio personale ricordo di Tesauro “professore”. Scrivevo, appunto, che Tesauro è stato un vero e proprio protagonista del diritto comunitario. ‘Protagonista’, avrebbe commentato, è una “parola importante”, ritenendola “esagerata”. Non diversamente, quando qualcuno si rivolgeva a lui chiamandolo “Maestro”, era solito replicare con ironia “...addirittura”, ritenendo esagerata o non meritata tale qualifica.

* Università degli Studi di Milano.

Tesaurus Internazionalista

di Sergio M. Carbone*



Professore emerito di Diritto dell'Unione Europea, Sergio Carbone esercita la professione di avvocato avendo come clienti gruppi industriali ed è componente di svariati collegi arbitrali. Membro di Commissioni consultive interne ed internazionali relative al diritto del commercio internazionale, è docente nei corsi dell'Académie de droit international. Già Presidente della Camera Arbitrale di Milano e componente del Board of Directors

dell'Unidroit, è Direttore della Rivista di diritto internazionale privato e processuale e di Diritto del commercio internazionale (La Direzione).

I temi di diritto internazionale che ne hanno caratterizzato l'evoluzione alla fine degli anni Sessanta e nel corso degli anni Settanta, e cioè nel periodo in cui Bepi Tesaurus si è occupato prevalentemente degli aspetti internazionalpublicistici del diritto, sono, in particolare, quelli relativi alla lotta all'inquinamento marino ed alla tutela degli investimenti stranieri. Si tratta, quindi, di studi relativi alla disciplina di rapporti rivolti a favorire i Paesi in via di sviluppo economico attuati anche attraverso l'istituto delle concessioni relative allo sfruttamento delle risorse economiche presenti nel loro territorio. Si sviluppano, infatti, proprio in tale epoca, in primo luogo, tendenze rivolte a consolidare e codificare il sempre più ampio esercizio della sovranità degli Stati costieri negli spazi marittimi anche nella specifica prospettiva di non pregiudicarne l'equilibrio ecologico nell'interesse dell'intera comunità internazionale. Ma al tempo stesso emergono precise esigenze di impiego dei sempre più sofisticati strumenti e tecniche convenzionali in un'ottica rivolta ad accelerare ed a rendere effettivi gli sforzi di una sempre più intensa collaborazione tra Paesi industrializzati e Paesi in via di sviluppo nello sfruttamento delle risorse economiche esistenti nell'ambito geografico dell'esercizio della loro sovranità. Con progressiva integrazione dei relativi procedimenti produttivi che vengono estesi dalla mera estrazione delle materie prime alla loro industrializzazione.

Sono appunto tali temi che negli anni Settanta hanno occupato l'attenzione dei lavori della codificazione internazionale del diritto del

* Università degli Studi di Genova.

Giuseppe Tesauo e la diffusione della conoscenza del diritto dell'Unione europea

di Roberto Mastroianni*



Roberto Mastroianni è professore ordinario di diritto dell'Unione europea nell'Università di Napoli "Federico II". Dal settembre 2019 svolge le funzioni di giudice del Tribunale dell'Unione europea. È stato referendario nel Cabinet dell'Avvocato generale Tesauo dal 1997 al 1999 (La Direzione).

I

Non è facile scegliere un profilo della straripante e variegata personalità di Giuseppe Tesauo al quale dedicare il mio ricordo. In venticinque anni ho conosciuto il Tesauo professore (pur non essendo suo allievo diretto), il Tesauo Avvocato generale e Giudice costituzionale, il Tesauo presidente dell'AGCM, ma anche il Tesauo tennista e il Tesauo amante della musica e pianista. Ma il lato del Suo carattere che mi ha colpito dal primo all'ultimo giorno è stata la Sua passione per lo studio e la diffusione del diritto dell'Unione europea (o, come preferiva continuare ancora chiamarlo per il senso di condivisione che la parola trasmette, *diritto comunitario*), passione che ha segnato tutta la Sua vita professionale nella maniera sanguigna e coinvolgente tipica del Suo modo di fare. È quindi su questa passione che vorrei soffermarmi in queste pagine a Lui dedicate.

II

Tesauo credeva fermamente nell'integrazione europea. Ad essa e alle sue varie manifestazioni concrete ha dedicato il Suo impegno sui vari fronti che lo hanno visto protagonista. Sono certo che non avrebbe potuto raggiungere i risultati straordinari che ha raggiunto in tutti i difficili ruoli che ha ricoperto senza una forte e consapevole convin-

* Università degli Studi di Napoli "Federico II" e Giudice del Tribunale dell'Unione europea.

Ricordo del prof. Giuseppe Tesauro

di Patrizia de Pasquale*



Patrizia De Pasquale è Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso la LUM Giuseppe Degennaro di Casamassima-Bari. Segretario generale dell' AISDUE (Associazione Italiana Studiosi di Diritto dell'Unione Europea), è autrice di più di 100 pubblicazioni tra monografie, curatele, contributi in volume, commentari (anche in inglese) e articoli che riguardano tanto gli aspetti istituzionali, quanto quelli materiali di diritto dell'Unione europea. È curatrice del Manuale di Diritto dell'Unione europea, vol. I e vol. II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021 (La Direzione).

I

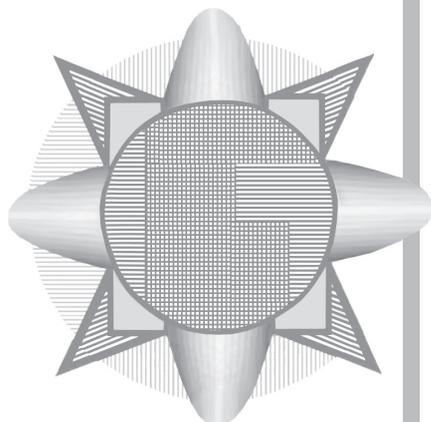
Subito dopo la discussione della tesi di laurea in “Diritto delle Comunità europee”, relatore il prof. Antonio Tizzano, ho preso a frequentare il Dipartimento di Diritto internazionale dell'Ateneo fridericiano e ciò proprio nel momento in cui il prof. Tesauro si allontanava da Napoli in direzione prima di Roma e poi di Lussemburgo. Tuttavia, Egli conservava – e ha sempre conservato negli anni a venire – uno strettissimo rapporto sia con l'Ateneo in cui si era formato, sia con i suoi Amici di sempre, i proff. Antonio Tizzano, Francesco Caruso e Luigi Sico. E proprio grazie a questa amicizia ho avuto il privilegio di frequentare il *cabinet* di Giuseppe Tesauro, avvocato generale, quando mi sono recata presso la biblioteca della Corte di giustizia per le prime ricerche.

La Sua autorevolezza – non cercata, ma riconosciutagli da tutti – già allora lo precedeva ed io ne ero fortemente intimorita. Tant'è che in principio non riuscivo ad andare oltre un freddo e formalissimo saluto. A sciogliere questo iniziale imbarazzo fu l'invito rivolto a me e Simo-
netta Izzo (collega sin dai tempi remoti) ad una cena tutta “partenopea”, organizzata dalla Sig.ra Paola nella sua dimora di Lussemburgo, nel corso della quale ho avuto modo di scoprire l'uomo, la sua ironia, l'autoironia, oltre che la passione per il calcio e per il mare, di cui parlava forse più volentieri che non di diritto. In quell'occasione, ho

* LUM - Libera Università Mediterranea “Giuseppe Degennaro”.

NEL CORTILE DEL BANANO

Taccuino di piccole recensioni e schede bibliografiche



Recensioni

Crisi della politica e nuova Repubblica
di Agostino Carrino

*La Costituzione come legge dei Paesi liberi. La storia de noantri:
il Risorgimento attraverso le lenti del diritto costituzionale*
di Luca Vespignani

*Game over. Prevenire la dipendenza patologica dal gioco d'azzardo
nell'era di Internet*
di Margherita Vestoso

Schede bibliografiche

Crisi della politica e nuova Repubblica

di Agostino Carrino*



Sommario: § 1. – Modernità e crisi. § 2. – *Staatlichkeit* e diritti. § 3. – Stato di diritto e burocrazia. § 4. – Governo e *governance*. § 5. – Globalizzazione e decisione.

ROBERTO ALESSE, *Il declino del potere pubblico in Italia. Come salvare la classe dirigente nell'era della globalizzazione e delle pandemie*, Sovveria Mannelli, Rubbettino, 2021, pp. 196.

§ 1. – *Modernità e crisi*

Mi corre innanzitutto l'obbligo di ringraziare Roberto Alesse per aver voluto che il lettore di questo suo scritto, indignato ma al tempo stesso serenamente razionale (come si conviene ad un giurista e servitore dello Stato di nota e affermata esperienza), trovasse anche le considerazioni di chi, come me, pur condividendo le sue riflessioni critiche sullo stato delle istituzioni pubbliche in Italia, si colloca culturalmente per così dire a margine delle sue posizioni, con un atteggiamento da un lato più positivo verso la concettualità tradizionale in ambito giuridico-politico, dall'altro più scettico sulle ricadute di una concezione politica di tipo liberale, accettabile preferibilmente nel quadro di una statualità in grado di far rispettare *autonomamente* regole e norme.

Detto questo, se la parte più "mordente" di questo bel libro di Roberto Alesse è certamente quella relativa alle riforme della pubblica amministrazione succedutesi negli ultimi trent'anni, riforme che si sono rivelate da un lato un «imbroglio», dall'altro soprattutto funzionali ad una trasformazione della dirigenza pubblica finalizzata a ridurre la distanza tra

* Giurista e filosofo.

in grado di regolare, tutto diventa possibile e, soprattutto, specie quando impera quella invidia sociale che Alesse giustamente ricorda per condannarla come uno dei mali endemici di questo paese, diventa un fiume nemmeno carsico la corruzione, con la fine della democrazia e l'inevitabile avvento di un autoritarismo semmai molle e mellifluo, il peggiore.

Abstract

The Author discusses a recent book by Roberto Alesse to underline, in the epochal crisis of the politics and the rule of law in the age of globalization, the need for a radical assumption of responsibility by a new political class, of which, however, at the moment the profiles are not intertwined.

La Costituzione come legge dei Paesi liberi

La storia de noantri: il Risorgimento attraverso le lenti del diritto costituzionale

di Luca Vespignani*



Sommario: § 1. – La tesi del libro. § 2. – I moti del 1848 e la Prima guerra di indipendenza. § 3. – La Seconda guerra di indipendenza e la dichiarazione del Regno d'Italia. § 4. – Il tema della forma di governo tra disciplina formale e prassi.

FRANCO GAETANO SCOCA, *Risorgimento e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2021, pp. 629

§ 1. – *La tesi del libro*

La tesi dell'autore è dichiarata in apertura del libro e consiste nell'idea che il Risorgimento italiano sia stato sospinto dal costituzionalismo, visto quale strumento di libertà e come base su cui sarebbero cresciute le altre due idee guida rappresentate dall'unità e dall'indipendenza. Più nello specifico, «la costituzione, come atto scritto e solennemente giurato, era sinonimo, nel pensiero del tempo, di garanzia di sicurezza, giustizia, libertà e partecipazione all'esercizio del potere politico: ottenerla significava raggiungere la soddisfazione di queste vitali esigenze»¹. Dopodiché, il mantenimento dello Statuto albertino a fronte della revoca delle costituzioni concesse dagli altri Stati preunitari «convinsero moderati e radicali che occorreva, perché il sistema costituzionale fosse instaurato in tutta la penisola, affidarsi allo Stato sabauda e alla monarchia dei Savoia»², la quale divenne quindi la realtà trainante del Risorgimento italiano fino alla proclamazione del Regno d'Italia, completata con l'acquisizione del Veneto nel 1866 e dello Stato pontificio nel 1870. E per confermare tale ipotesi di lavoro in *Risorgimento e costituzione*, da un lato, si ripercorrono gli eventi che condussero all'unificazione del Paese evidenziandone, con raffinata

* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

¹ *Risorgimento e costituzione*, 7. Nelle note successive indicherò il volume oggetto di questo scritto con l'abbreviazione RC.

² RC, 10.

sensibilità di giurista ed anche attraverso l'esame diretto delle numerose Carte concesse ed approvate in quel periodo, le implicazioni sul piano del diritto; dall'altro lato, si ricostruisce il pensiero dei principali studiosi che li accompagnarono con la loro riflessione costituzionalistica contribuendo a comporre il contesto culturale di una fase storica di estrema importanza per la comprensione di alcuni aspetti della realtà istituzionale contemporanea.

Le radici del discorso si ritrovano nel periodo della Restaurazione, tenuto conto che «l'esperienza costituzionale vissuta anche in Italia, per più o meno lunghi periodi in varie aree territoriali, dal 1786 al 1814, rimase viva nella coscienza delle classi colte e fecondò l'aspirazione a (ri)ottenere un testo scritto che garantisse i diritti civili e politici e, coerentemente, disegnasse in modo meno concentrato e più tollerante il potere sovrano»³. In una prospettiva del genere, Scoca prende in considerazione il pensiero di alcuni studiosi che per primi hanno orientato la loro riflessione sui temi in questione, a cominciare da Giuseppe Compagnoni, titolare della prima cattedra di diritto costituzionale istituita in Italia nell'Università di Ferrara, da Melchiorre Gioia e da Mario Pagano, i cui studi furono alla base della costituzione della Repubblica napoletana del 1799, peraltro rimasta sulla carta data la brevissima durata della relativa esperienza politica.

Si entra però nel vivo coi moti che si verificarono nel 1821 prima a Napoli e Palermo e poi in Piemonte, quando il modello preso a riferimento nelle richieste degli insorti fu la Costituzione spagnola del 1812, in effetti concessa dai rispettivi Sovrani, salvo poi revocarla dopo un brevissimo intervallo di tempo. In particolare, è significativa – per le sue implicazioni sulla successiva concessione dello Statuto albertino – la vicenda che vide Carlo Alberto giurare, in qualità di reggente del Regno di Sardegna, la Carta costituzionale proclamata ad Alessandria ma subito sconfessata dal nuovo Re designato Carlo Felice. E nel 1830-1831, soprattutto nell'Italia centrale e nello Stato pontificio, si ebbe un'ulteriore fase di insurrezioni, in esito alla quale finì per prevalere un approccio più moderato, che in molti casi sposava la soluzione confederale sostenuta, tra gli altri, da Vincenzo Gioberti e Cesare Balbo.

Di tutti questi rivolgimenti si dà ampio conto nel volume, con un approccio che segue il filo storico prestando attenzione sia agli sviluppi della dottrina nel periodo considerato, sia alle ricadute sul piano giuridico delle vicende riportate, per arrivare agli eventi del 1848, ai quali si riconosce «un rilievo assai elevato, non per la loro dimensione o la loro importanza intrinseca, ma per le profonde conseguenze che hanno prodotto sulle convinzioni dei liberali, in particolare (ma non solo) dei moderati, di coloro che avevano creduto nei mezzi legali e pacifici, e non rivoluzionari, per conseguire i loro obiettivi [...]». La concessione prima, e il ritiro, espresso o tacito, in più o meno breve tempo della costituzione, in quasi tutti gli

³ RC, 25.

di Sardegna, non lo era, anche per il diverso livello dei governanti succeduti a Cavour, per il (molto più complesso) regno d'Italia»⁴¹.

Qui forse stanno le premesse per gli sviluppi successivi, sfociati nel Ventennio, durante il quale, peraltro, la Costituzione albertina rimase in vigore, anche se Giolitti, nel suo ultimo discorso parlamentare, pronunciato nel 1928 in occasione del voto sulla legge attributiva al Gran Consiglio del Fascismo del potere di designare tutte le candidature in una lista unica nazionale per le elezioni politiche, ebbe a dichiarare che una scelta del genere segnava «il decisivo distacco del regime fascista dal regime retto dallo Statuto»⁴². Del resto, fu proprio alla Carta del 1848 che, nell'ordine del giorno presentato da Dino Grandi, ci si rivolse per ottenere la destituzione di Benito Mussolini, invitando il Re ad esercitare le proprie prerogative. E forse, per certi versi, l'ombra lunga dell'esperienza statutaria arriva fino ai nostri giorni se si considera che alcune delle disfunzioni riconducibili alle modalità con le quali si portò a compimento il processo unitario caratterizzano tuttora il nostro assetto istituzionale (si pensi, ad esempio, alla corruzione o all'inefficienza della macchina burocratica). Anche in questa prospettiva il libro di Scoca può dunque risultare di grande utilità, offrendo di tali fenomeni una chiave di lettura proiettata sulla *longue durée* e non viziata dalla presbiopia di una visione schiacciata sul presente.

Abstract

The contribution reviews Franco Gaetano Scoca's essay *Risorgimento e costituzione*, whose starting point is that constitutionalism was one of the main drivers of the events that led to Italian unification. In this perspective, following the author's reasoning, the history of the Risorgimento is retraced through the lens of constitutional law up to the declaration of the Kingdom of Italy, focusing on the most controversial issues from the legal point of view, starting with the one concerning the form of government.

⁴¹ RC, 587.

⁴² G. GIOLITTI, *Discorsi parlamentari*, Roma, Tipografia della Camera dei deputati, 1956, 1886.

Game over

Prevenire la dipendenza patologica dal gioco d'azzardo nell'era di Internet

di Margherita Vestoso*



Sommario: § 1. – L'azzardo digitale: un fenomeno preoccupante in continua espansione. § 2. – Un percorso di studi interdisciplinare su forme, rischi e strategie di regolazione del gioco d'azzardo. § 3. – Considerazioni conclusive.

SERENA VANTIN (a cura di), *I pericoli del gioco d'azzardo nell'era digitale. Strategie di prevenzione e azioni di contrasto*, Torino, Giappichelli, 2021, 112 pp.

§ 1. – *L'azzardo digitale: un fenomeno preoccupante in continua espansione*

La tendenza a scommettere sull'esito di un evento futuro, base indissolubile del gioco d'azzardo, rappresenta una pratica sociale che appartiene da sempre alla storia dell'uomo. Già l'antropologo britannico Edward Burnett Tylor aveva evidenziato, nella seconda metà dell'ottocento, la possibilità di interpretare la propensione a giocare d'azzardo come un retaggio di quei rituali con cui le antiche società solevano un tempo interrogare le entità soprannaturali per sondare, appunto, il futuro¹.

Le origini lontane di questa pratica non devono tuttavia trarre in inganno e lasciar pensare che la stessa abbia attraversato i secoli immutata. Le manifestazioni assunte dal gioco d'azzardo sono infatti cambiate spesso nel corso del tempo, per effetto tanto della diversificazione dei modelli culturali che ne sono alla base quanto delle scelte di carattere giuridico, economico, istituzionale che si inseriscono all'interno di questo complesso scenario.

* Università Federico II di Napoli.

¹ L'interpretazione di Tylor, che assegna al gioco la qualifica di fattore culturale, muove dall'idea che la stessa cultura rappresenti un complesso di fenomeni sociali, entro cui rientrano tutte le attività che interessano la vita dell'uomo: dallo sport alla letteratura, dal diritto alla religione fino al gioco. Per un approfondimento sul punto, si v. E.B. TYLOR, *The history of games*, in *Fortnightly*, 1879, 25(149), 735. Per una panoramica più completa sul tema, si v. M. DI NAPOLI, *In ludo veritas*, in *ACME - Annali della Facoltà di Studi Umanistici dell'Università degli Studi di Milano*, 2016, 69(1), 13.

Non è un caso che il tema del gioco d'azzardo abbia finito nel tempo per raccogliere l'interesse di aree di studio differenti, dall'antropologia all'economia, dal diritto alla sociologia fino alle scienze mediche². Peraltro, le dimensioni del dibattito sono andate estendendosi nel corso degli ultimi anni, per effetto dell'interazione con la rete e il mondo delle tecnologie digitali. Il combinarsi di questi fattori ha infatti contribuito all'emersione di forme di gioco sempre più pervasive, praticabili all'interno di spazi virtuali perennemente accessibili, privi di particolari vincoli e capaci così di favorire una più rapida transizione dalla sfera ludica a quella patologica.

§ 2. - *Un percorso di studi interdisciplinare su forme, rischi e strategie di regolazione del gioco d'azzardo*

Le questioni affrontate in premessa trovano un ricco approfondimento nel volume *I pericoli del gioco d'azzardo nell'era digitale. Strategie di prevenzione e azioni di contrasto*, opera curata da Serena Vantin e pubblicata nella collana diretta da Thomas Casadei e Gianfrancesco Zanetti *Diritto e vulnerabilità - Studi e ricerche del CRID*.

Ispirato all'omonimo Progetto realizzato nel 2020 dal Gruppo di Lavoro sul Gioco d'Azzardo Patologico del CRID - Centro di Ricerca Interdipartimentale su Discriminazioni e vulnerabilità dell'Università di Modena e Reggio Emilia, in collaborazione con la Fondazione Universitaria "Marco Biagi" e l'amministrazione comunale della città di Modena, il volume prova ad alimentare un vivace dibattito interdisciplinare sul tema, nel tentativo di offrire un quadro delle diverse dimensioni oggi assunte dal gioco d'azzardo, da quella sociale e culturale a quella politica, da quella economica e giuridica a quella tecnologica.

I contributi proposti sono incentrati soprattutto sull'analisi delle derive patologiche del gioco d'azzardo o, per usare un'espressione che ricorre spesso all'interno dell'opera, sul problema dell'*azzardopatia*. Combinando riflessioni critiche e testimonianze provenienti dal mondo della psicologia e di organizzazioni impegnate in azioni di contrasto, il volume prova a far luce sulle nuove pericolose forme che il fenomeno va assumen-

² La letteratura che nel corso degli anni si è formata sul tema è ampissima. Volendosi limitare ad alcune opere esemplificative, si v. M. PINI, *Febbre d'azzardo. Antropologia di una presunta malattia*, Milano, Franco Angeli, 2012; S. SARTI, M. TRIVENTI, *Il gioco d'azzardo: l'iniquità di una tassa volontaria. La relazione tra posizione socio-economica e propensione al gioco*, in *Stato e mercato*, 2012, 32(3), 503; A.P.P. MONTI, P. PERRI, *La concessione di giochi d'azzardo e del cd "gioco lecito" online*, in *Cyberspazio e diritto*, 2005, 6(4), 18; R. BIANCHETTI, M. CROCE, *Il crescente mercato del gioco d'azzardo in Italia: violenza nascosta o indifferenza collettiva? Questioni sui costi sociali e sui "legittimi" guadagni*, in *Sociologia del diritto*, n. 2/2007, 1; M. D'AGATI, *La sociologia del gioco d'azzardo: bilanci, prospettive e ambizioni di un campo di studi "in progress"*, in *Rassegna italiana di sociologia*, 2005, 46(4), 687; A. IBANEZ, I.P. DE CASTRO, J. FERNANDEZ-PIQUERAS, C. BLANCO, J. SAIZ-RUIZ, *Pathological gambling and DNA polymorphic markers at MAO-A and MAO-B genes*, in *Molecular psychiatry*, 2000, 5(1), 105; J.L. DEREVENSKY, *Teen gambling: Understanding a growing epidemic*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 2012.

cura – dell'azzardopatia. Lo sguardo del legislatore dovrebbe perciò proiettarsi verso soluzioni normative capaci di integrarsi in modo più puntuale con i modelli socio-culturali che partecipano alla diffusione del gioco d'azzardo, eventualmente sfruttando la stessa dimensione digitale che questo va oggi assumendo.

In un mondo che si muove sempre più verso modelli algoritmici di regolazione della realtà¹¹, vale la pena guardare alla tecnologia non più solo come a una fonte di pericoli ma anche come al veicolo di nuove – e in alcuni casi probabilmente più efficaci – politiche di intervento.

Abstract

The paper reviews *I pericoli del gioco d'azzardo nell'era digitale. Strategie di prevenzione e azioni di contrasto*, a book edited by Serena Vantin, gathering reflections and testimonies on gambling and the new pathological dimensions of the phenomenon the Internet and digital technologies can drive. After a glance at the cultural project and the objectives at the basis of the work, we will explore the contents, trying to catch the different readings provided by the Authors on compulsive gambling and the role that law could play to prevent – not just to control – the phenomenon. Finally, we will devote some final remarks to new regulatory strategies to help face such a complex scenario.

¹¹ Per una disamina sui vari effetti della regolazione algoritmica, con particolare riguardo all'ambito giuridico, si veda il fascicolo monografico, a cura di A. ANDRONICO e TH. CASADEI, della rivista *Ars interpretandi*, 26(1), 2021 dedicato a *Algoritmi ed esperienza giuridica*.