

# Processi giusgenerativi ed effettività della Costituzione

di Roberto Bin\*



**Sommario:** § 1. – Processi giusgenerativi. § 2. – La Costituzione è di tutti. § 3. – Il principio si incorpora nel fatto. § 4. – I diritti tra giudice e legislatore. § 5. – La forza generativa dei principi costituzionali.

## § 1. – Processi giusgenerativi

In un saggio che nella dottrina giuridica italiana non ha ottenuto la risonanza che avrebbe meritato, Robert Cover<sup>1</sup> proponeva una chiave di lettura dello sviluppo dell'ordinamento giuridico che mi sembra utile per affrontare il tema dell'effettività della Costituzione. La riassumo consapevolmente di banalizzarlo il ben più sofisticato pensiero di Cover.

La prospettiva è mirata alla produzione sociale di *senso* di diritto e di giustizia. Il diritto – osserva Cover – è un ambiente, un «universo normativo» in cui siamo immersi: «We inhabit a nomos - a normative universe» fatto di regole di comportamento, di sensi del diritto e del torto, di giudizi espressi in termini di lecito e illecito, di valido e invalido, di ammissibile e inaccettabile. Considerato in questa prospettiva, il diritto non è solo un sistema di regole poste in qualche modo e che servono a qualificare i “fatti” della vita, ma un mondo in cui la nostra stessa vita si svolge e assume significato; e in cui le disposizioni che vogliono regolare i “fatti” sociali che sollecitano l'intervento del potere legislativo non hanno un significato proprio separato e indipendente

\* Università degli Studi di Ferrara. Questo scritto è destinato agli *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*.

<sup>1</sup> *The Supreme Court 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative*, in 97 *Harv. L. Rev.*, 4 (1983-1984). Il saggio è tradotto e ottimamente introdotto da M. Goldoni in R.M. COVER, *Nomos e narrazione: una concezione ebraica del diritto*, Torino, Giappichelli, 2008.

dalle attività sociali che si sviluppano nell'“universo normativo”. Detto in altri termini, non sono un “oggetto” separabile con nettezza dal “soggetto” chiamato ad applicarlo o a subirne l'applicazione<sup>2</sup>.

La prima conseguenza che ne discende è che chi fa le leggi non dispone del loro significato, perché il significato dei segni non è deciso in via definitiva da chi li traccia. Questo assioma non rispecchia soltanto la classica divisione dei poteri che è alla base dello Stato di diritto, ma dà anche conto del carattere “sociale” – e un po' anarchico – del *significato* in contrapposizione al carattere “imperiale” – e gerarchicamente strutturato – della *posizione della legge*. La produzione sociale di sensi di diritto e di giustizia è ovviamente disordinata e conflittuale. La gente litiga perché solitamente coltiva percezioni e opinioni “giuridiche” contrapposte: gli eventi accaduti all'incrocio delle strade oppongono visioni della precedenza e della prudenza che i due automobilisti non condividono; così come, in merito ad ogni opera pubblica di rilievo, si scontrano valutazioni inconciliabili di ciò che si deve costruire e ciò che si deve salvaguardare. È compito “imperiale” degli organi dello Stato risolvere questi conflitti, scegliendo quale visione far prevalere sull'altra: il che viene fatto per mezzo di leggi come pure attraverso gli atti di applicazione di esse, per opera dell'amministrazione o del giudice. Ma le leggi, per quanto ben formate, non bastano mai a risolvere ogni possibile conflitto al momento della loro applicazione; in questi spazi di incertezza la produzione sociale di senso si riespande e ritorna a proporre risposte tra loro inconciliabili.

E poi c'è la Costituzione.

## § 2. – *La Costituzione è di tutti*

La Costituzione rigida consente al processo giusgenerativo di non subire passivamente l'intervento “imperiale” delle leggi. Il *dura lex, sed lex* non vale più, le leggi possono essere confrontate con il senso di giustizia che vive nella società e nelle singole comunità, e possono essere contestate in forza del richiamo alla Costituzione e alle tutele che essa accorda. La struttura pluralista della Costituzione agisce proprio in questo senso, perché consente visioni diverse e in genere non sovrapponibili delle tutele che essa accorda. Vale per la Costituzione ciò che vale per ogni legge: il significato della Costituzione non è imposto con la forza, ma si sviluppa nelle varie comunità secondo il particolare *nomos* che esse condividono. Siccome la Costituzione pluralista non

<sup>2</sup> Avevo cercato di sviluppare questo profilo, la non separabilità tra oggetto e soggetto dell'applicazione del diritto, in *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Milano, Franco Angeli, 2013.

lizzazione ha ormai affrancato l'interpretazione del testo<sup>26</sup>: quello che conta è che così si è spostata la fonte di legittimazione e la garanzia di effettività della Costituzione dalla "decisione" storica alla sua capacità di fornire risposte quotidiane al disordinato sviluppo sociale. Non è dai sommi principi e dai fatti storici che la Costituzione trae la sua linfa, ma dai "fatti" che la società di continuo confronta con i suoi principi. In questo senso ha ragione Barbera quando invita ad allargare i confini della «base materiale» della Costituzione, andando oltre le forze politiche che le hanno dato vita o la sostengono<sup>27</sup>. Infatti vengono in rilievo anche altre «forze sociali e culturali» che vanno a costituire la «base legittimante» dell'ordinamento costituzionale. Ma forse l'idea che ciò riguardi solo le forze sociali "dominanti" – sia di maggioranza che di opposizione – e che esse rappresentino la base materiale dell'ordinamento costituzionale, che concorrono a formare sia privilegiando certe interpretazioni del testo piuttosto che altre, sia producendo direttamente «norme materialmente costituzionali», è ancora troppo legata all'immagine del "patto costituente", ripopolata dagli incerti profili delle "forze egemoni", e opera una semplificazione irenica della complessità della produzione sociale del diritto. E pone il non trascurabile problema del modo in cui tali forze, i loro accordi, le loro prassi, producano diritto<sup>28</sup>.

### *Abstract*

The effectiveness of the Constitution today derives from its being perceived as a source of legitimacy for all the contradictory claims of rights that are made every day in jurisdictional and political contexts by a highly fragmented society. The processes generating social meanings (of law and justice) make a centralized control of the significance of constitutional provisions difficult, while the "generative force" of constitutional principles is constantly called upon by civil society to react in the face of continuously new "facts", requiring an opinion in terms of "constitutional law".

<sup>26</sup> In questi termini cfr. G. BARCELONA, *Metamorfosi della sovranità e strategia dei diritti*, Troina (EN), Kore University Press, 2010, 83 ss.

<sup>27</sup> A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e testi costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2010, 326.

<sup>28</sup> A questo problema ho dedicato *I fatti, le norme e la responsabilità dell'interprete*, in *Scritti in onore di Gustavo Zagrebelsky* (in corso di pubblicazione).

# *Disobbedienza costituzionale?*

*Dal primato della costituzione alla teologia dei diritti*

di Agostino Carrino\*



**Sommario:** § 1. – Disobbedienza costituzionale? § 2. – Dal costituzionalismo al “neocostituzionalismo”. § 3. – Il diritto di avere diritti? § 4. – Dallo Stato costituzionale al *Richterstaat*. § 5. – Primato della costituzione o teologia dei diritti? § 6. – Quale normatività? § 7. – Diritti senza doveri. § 8. – Sulla sovranità statale. § 9. – Globalizzazione e Stati nazionali.

*[L]a costituzione, dunque, dev'essere conforme alla natura del popolo, e quasi generata dal popolo stesso con l'aiuto di chi sappia conoscerlo e interpretarne i bisogni. E come la veste, non può essere una per tutti. [...] La costituzione non si disegna in astratto e per sempre secondo la generica natura dell'uomo, ma dev'essere sempre qualcosa di provvisorio, contingente e storicamente determinato in relazione ai difetti, ai costumi, alla storia del popolo.*

GIOVANNI GENTILE

## § 1. – *Disobbedienza costituzionale?*

Si deve obbedire alla costituzione? Una domanda così formulata, in Italia, porrebbe immediatamente chi la solleva dalla parte dei “cattivi”, di chi vuole attentare alla «costituzione più bella del mondo». Senonché, una costituzione, oltre che “bella”, dovrebbe essere valida

---

\* Università degli Studi di Napoli Federico II. Questo saggio è destinato agli *Scritti in onore di Giuseppe de Vergottini*.

e “buona” (per molti, se non per tutti), ma oltre che buona dovrebbe essere efficace ed oltre che efficace dovrebbe anche avere una qualche rispondenza con i bisogni e le aspirazioni degli uomini, non i rappresentanti di una porzione dell’umanità, ma di quegli uomini che quotidianamente vivono in una determinata comunità culturale, spazialmente e storicamente determinata, dal momento che il diritto globale e l’individuo cittadino del mondo sono ancora progetti che riposano solo nelle costruzioni teoretiche di alcuni giuristi, sociologi e politologi, eredi, più o meno alla lontana, di Hans Kelsen<sup>1</sup>.

Si deve obbedire alla costituzione? Se si deve obbedire alla costituzione, quale che sia il posto che si occupa nella scala gerarchica della produzione di norme, ne discende allora che i cittadini statunitensi che risiedono nel Distretto di Columbia, dove ha sede la capitale dell’Unione degli Stati americani, Washington, non sembra abbiano diritto ad una completa rappresentanza politica democratica, che pure è il fondamento e il fine delle costituzioni moderne, specialmente, proprio, di quella statunitense. La costituzione di Filadelfia, infatti, prevede la rappresentanza nel Senato americano degli Stati, non del “*District of Columbia*”, sicché, per quanto paradossale ciò possa apparire, i cittadini che vivono a Washington, la capitale degli Stati Uniti d’America, si trovano ad avere diritti politici di rappresentanza sostanzialmente ridotti rispetto ai loro compatrioti del Colorado, di New York e via dicendo.

Che fare? Obbedire alla costituzione o disobbedirle e consentire con una legge “incostituzionale” anche a questi cittadini americani di votare per il loro Congresso?

L’esempio, benché fattuale, è ovviamente provocatorio, ma se ne potrebbero fare altri, relativi a questioni più generali. Il tema è quello della vincolatività di una costituzione per le generazioni che quella costituzione non l’hanno voluta, ma ne subiscono gli effetti. La costituzione francese del 1791 voleva che nessun francese fosse vincolato dalle decisioni di altri francesi scomparsi da anni. Thomas Jefferson, com’è noto, riteneva che ogni generazione avrebbe dovuto rivedere il patto associativo, che quindi la costituzione dovesse essere ripensata ogni venticinque anni. Senonché, la costituzione americana resta tale e quale da oltre due secoli, eccezion fatta per i suoi emendamenti. È giusto? Ritengo di no. Le costituzioni possono essere interpretate come dei κτήμα ἐς αἰῆ, dei patrimoni intoccabili dell’umanità, che debbono valere per sempre (emblematica la “clausola di eternità” del *Grundgesetz* tedesco, art. 79), oppure come dei prodotti intellettuali

<sup>1</sup> Sul pensiero universalistico di Kelsen cfr. J. VON BERNSTORFF, *Der Glaube an das universale Recht: Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2001.

di interessi molto concreti. In verità, l'abolizione degli Stati sovrani è la via maestra per la creazione del dispotismo dei mercati e la legittimazione del diritto del più forte: «Nell'assenza di un potere coercitivo equivalente su scala internazionale a quello degli Stati nazionali, il rapporto di forza tra Stati sovrani è il solo garante dell'equilibrio costitutivo del "diritto internazionale". Quando questo equilibrio si rompe e le sovranità sono dissolte dall'esercizio della nuda forza, l'uso pubblico e l'uso privato della violenza si confondono e, più in generale, la delimitazione dello spazio privato e dello spazio pubblico si confonde»<sup>69</sup>.

Dal punto di vista giuridico il fenomeno della globalizzazione, con l'affermarsi di una mera ideologia spacciata quale processo reale, trova un parallelo in quelle posizioni di alcuni giuristi, che fanno passare per 'scienza giuridica' la valutazione politica sulla base di una identificazione non del diritto con la politica (tesi discutibile, ma che avrebbe una sua scientificità), ma di un *certo* diritto con una *determinata* politica. Così addirittura, ad esempio, per Luigi Ferrajoli «la scienza giuridica ha il compito non più solo di descrivere, ma anche di valutare l'invalidità sostanziale delle norme pur formalmente esistenti o vigenti e di criticarne l'illegittimità costituzionale onde promuoverne l'annullamento davanti alle corti costituzionali»<sup>70</sup>.

Era questo il governo dei filosofi cui pensava Platone?

(Roma, gennaio 2014)

### *Abstract*

During the last Century the Rule of Law (*Rechtsstaat*) has been object of several assaults from many sides. The necessity of letting the State to intervene in the social and economical relationships compelled the constitutional lawyers, in force of the crisis of the law, the lay down the theoretical basis of a new form of State, the Social or *Welfare State*. Later on, made object of criticism both from the Right and the Left, *Welfare State* sinked in a deep crisis. In order to safeguard some of its principles, Constitution was made the principal tool of consideration for both Adjudication and political activity. Now, in the globalisation age, also because of the crisis of the national sovereignty, the Constitution itself is considered first of all as a tool subordinated to another, higher level of normativity, the human rights. Are human rights as the basis of legitimacy of political action able to defend the old principle of *Rule of Law* and *Welfare State*? Or do they risk only to legitimate a new form of State, the *Richterstaat*?

<sup>69</sup> D. BENSÂÏD, *Éloge de la politique profane*, Paris, Albin Michel, 2008, 43.

<sup>70</sup> L. FERRAJOLI, *Norberto Bobbio, teorico del diritto e della democrazia*, in *Filosofia politica*, 3/2010, 455.

# *La sovversione dell'immaginario costituzionale ovvero: come è cambiata la percezione del "fatto" nel diritto costituzionale*

di Mario Dogliani\*



**Sommario:** § 1. – Il fatto nel diritto costituzionale: significati possibili. § 2. – La discontinuità del fatto (politico-sociale-economico e culturale) e la continuità della validità della Costituzione. § 3. – L'abbandono della ricerca di un nesso genetico (anche filtrato dalle teorie della validità) tra fatto e diritto. § 4. – Un diritto che "riconosce", non più un diritto che conforma. § 5. – Un diritto non più garantito in ultima istanza dalla forza, ma dalla effettività spontanea dei sottosistemi culturali – morale (i "diritti fondamentali" come positivizzazione del diritto naturale), religioso, tradizionale, economico... – ai quali la giurisprudenza selettivamente

(e più o meno occultamente) si appella. § 6. – Conclusioni: l'archiviazione della ricerca di una "base materiale" della Costituzione, e l'archiviazione della ricerca di un superiore livello di civiltà – prefigurato dalla Costituzione – da perseguire mediante l'azione collettiva.

*... Lazaro Conesal [era] fermamente convinto ... [che] i teorici degli oggetti non sono solitamente pericolosi.*

*"Io sono per la sovversione degli immaginari", aveva dichiarato a Marga Segurola che lo aveva intervistato per El Europeo.*

*"E per le altre sovversioni?"*

*"Ah. Ma ce ne sono altre?"*

(MANUEL VÁZQUEZ MONTALBÁN, *Il premio*)

---

\* Università degli Studi di Torino. Questo scritto è il testo della relazione di sintesi che tenni quale coordinatore del Gruppo di discussione su "Il fatto nel diritto costituzionale" al XXIX Convegno annuale della Associazione Italiana dei Costituzionalisti, tenutosi a Catanzaro il 16-18 ottobre 2013 e dedicato al tema "Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale", i cui atti sono in corso di pubblicazione.

## § 1. – *Il fatto nel diritto costituzionale: significati possibili*

Da un punto di vista generalissimo, analizzare la posizione del “fatto” nel diritto costituzionale potrebbe avere una grande pluralità di significati; per lo meno tanti quanti ne potrebbe assumere – in questo contesto – la parola ‘fatto’.

a) Se per ‘fatto’ si intende la struttura sociopolitica, oppure socioeconomica, della società, si potrà ritenere che i testi costituzionali siano «epifenomeni», e che «la realtà della costituzione [debba] rintracciarsi nella sottostante struttura socio-politica, o nella struttura socioeconomica, della comunità statale»<sup>1</sup>.

Il “fatto” socioeconomico (e cioè la società analizzata attraverso le categorie dell’economia politica) o il “fatto” sociopolitico (e cioè la società analizzata attraverso le categorie della sociologia, o scienza, politica) sarebbero cioè la “fonte” – i fenomeni realmente generatori (direbbe Joseph de Maistre) – dei poteri e dei vincoli che conformano la società (e cioè, nelle citate parole di Crisafulli, della «realtà della costituzione»).

b) Se per ‘fatto’ si intende la cultura – o l’immaginario – costituzionale, si entra in un terreno più elastico e proteiforme. Non vengono in considerazione immediatamente delle “cose”, dei dati “oggettivi”, svelati e descritti dalle scienze sociali, e nemmeno delle figure appartenenti all’universo disciplinare delle scienze giuridiche. «La “cultura costituzionale” non è la cultura dei giuristi costituzionalisti, dei giurispubblicisti. [...] È l’insieme delle convinzioni, e delle consapevolezze, che ogni tempo storico possiede, circa i contenuti, il ruolo nella società, e il significato, della propria legge fondamentale, della costituzione. [...] la “cultura costituzionale” attraversa l’intera società, si esprime nelle strategie della classe politica e delle forze economiche e politiche, concorre in modo spesso decisivo a delineare caratteri e prospettive di una certa società storicamente data. I giuristi la riflettono nelle loro costruzioni, la traducono in principi giuridici, utilizzando strumenti anche specialistici, ma operando a questo livello in primo luogo come intellettuali che cercano di dare risposte ai problemi che la società pone»<sup>2</sup>.

Certo rimane rilevante la distinzione tra una concezione, per così dire, “complessa” della cultura costituzionale, in cui essa non appare riconducibile a fattori decisivi, e si presenta come un insieme di credenze di varia natura e origine, e una concezione politica, che la con-

<sup>1</sup> V. CRISAFULLI, *Costituzione*, in *Enciclopedia del Novecento*, Roma, Treccani, 1975, vol. I, 1030.

<sup>2</sup> M. FIORAVANTI, *Il problema dell’ordine politico nella cultura costituzionale del Novecento*, in corso di pubblicazione.



le non si può certo parlare di alta effettività spontanea del diritto (che prescrive i doveri).

«Da ognuno secondo le sue capacità, a ognuno secondo i suoi bisogni»: questa frase, resa celebre da Marx nella *Critica al programma di Gotha*, ma già usata da Louis Blanc, è presa dagli *Atti degli apostoli* (cfr. *Atti*, 4, 35). Si può dire che l'intreccio tra diritti inviolabili e doveri inderogabili stabilito dall'art. 2, disegna una società ispirata a questo stesso antichissimo principio. Tra tutti i principi fondamentali questo è quello che più chiaramente coinvolge in modo simultaneo e indissolubile Stato e società, apparati e corpo sociale. Che più chiaramente nega una visione della società come moltitudine che brandisce diritti.

Tanto più in tempi di crisi economica – e con la prospettiva (che alcuni economisti oggi avanzano) di un “ristagno secolare” dell'attuale modo di produzione e di scambio – risulta chiaro che l'economia non può farsi carico del benessere collettivo. L'economia si è fatta un segmento separato della società. Le sue logiche interne spingono a uno sviluppo sempre più selettivo e autoreferenziale. La divaricazione delle disuguaglianze è una conseguenza di questa “parzializzazione” dell'economia rispetto al tutto. L'apparente pervasività dell'economia è solo apparente, ed è finalizzata e erigere un muro tra se stessa e “il resto”, legittimandolo come ineluttabile. Solo lo Stato – e il diritto statale – può almeno tentare di affrontare questo “fatto”. Un fatto molto semplice: che l'ordine complessivo non può essere che politico. È senza dubbio questa la sfida del futuro.

### *Abstract*

The paper deals with a change in the perception of the “substance” of the constitution and its relationship with jurisprudence. Specifically, the paper focuses on the concept of “constitutional culture”, examining the ways in which it may guarantee the effectiveness and validity of the Constitution. The problem is set out particularly with reference to recent doctrinal positions which view the Constitution as being “out of date”, and claim that it would be “abandoned” by the political sphere and that, for this reason, it should today be used as a mere means of acknowledgement, through jurisprudence, of various social demands for the “recognition” of fundamental rights. This, however, raises the question, solvable only through the political action of the State, of how essential obligations of solidarity (inevitably set out in the constitution as a “counterpart” to the previously-mentioned rights), can be equally guaranteed.

# *Tutela della concorrenza e professione forense*

di Giovanni Pitruzzella\*



**Sommario:** § 1. – Introduzione: professione forense e concorrenza. § 2. – La natura di impresa dell'attività professionale nel diritto *antitrust*. § 3. – I profili oggetto di attenzione da parte dell'AGCM. § 4. – L'azione dell'Autorità. § 4.1. – L'*enforcement antitrust*. § 4.2. – L'attività di segnalazione. § 5. – Il d.d.l. concorrenza e considerazioni conclusive.

## *§ 1. – Introduzione: professione forense e concorrenza*

Il settore della professione forense, insieme a tutti i comparti delle libere professioni, è stato investito negli ultimi anni da un intenso processo di progressiva apertura alla concorrenza, che ha riguardato, come noto, la piena liberalizzazione delle tariffe, una maggiore libertà di determinazione delle strategie promozionali e pubblicitarie, il parziale ricorso alle forme societarie, la riduzione delle aree di attività riservate ai professionisti.

La sottrazione delle professioni alla piena applicazione delle regole della concorrenza è stata tradizionalmente giustificata in ragione delle peculiarità che caratterizzano i servizi professionali, ed in particolare della spiccata asimmetria informativa tra prestatori e destinatari dei servizi, che costituisce caratteristica distintiva delle libere professioni: i servizi prestati dai liberi professionisti sono attività complesse, che richiedono un elevato grado di competenze specialistiche – medi-

---

\* Università degli Studi di Palermo. Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

che, legali, economiche, tecniche – che vengono erogate ad una platea di destinatari ai quali mancano le informazioni, le conoscenze e l'esperienza sufficienti per giudicarne la qualità, sia al momento di scegliere il prestatore, sia ad erogazione del servizio avvenuta.

La regolazione del settore dei servizi professionali ha trovato inoltre fondamento nel fatto che i problemi connessi alle asimmetrie informative trascendono i singoli clienti, investendo la società nel suo complesso: i professionisti, con la propria attività, producono esternalità positive o negative.

Con specifico riferimento alla professione forense, si è in merito rilevato che gli avvocati, solo agendo con perizia, preparazione e professionalità in tutela delle ragioni dei singoli clienti contribuiscono con la propria attività ad assicurare anche il buon andamento della giustizia; in caso contrario, non solo i loro clienti, ma anche i soggetti "terzi" potrebbero risultare danneggiati da una insufficiente qualità delle prestazioni. Il decoro della professione, l'esigenza di assicurare la qualità dei servizi offerti e il valore sociale complessivo delle prestazioni hanno rappresentato, per anni, la premessa e la giustificazione per l'introduzione ed il mantenimento di leggi e di norme deontologiche restrittive della concorrenza, fino a condurre ad una sottrazione quasi totale dei professionisti forensi dall'applicazione delle regole del mercato, soprattutto con riferimento alle principali variabili competitive, quali la determinazione delle tariffe e la definizione delle politiche "promozionali" per la propria attività.

## § 2. – *La natura di impresa dell'attività professionale nel diritto antitrust*

In tale quadro, l'applicazione di regole e principi concorrenziali anche nel settore della professione forense è stato spesso inteso – e censurato – come un intervento teso ad affermare la prevalenza delle regole del mercato sull'etica professionale; e l'*enforcement* della disciplina *antitrust*, con riferimento a norme deontologiche suscettibili di distorcere la concorrenza nei mercati delle prestazioni professionali, viene interpretato come una indebita censura sulle legittime misure dettate a garantire la correttezza delle condotte degli avvocati nei confronti dei colleghi e dei clienti.

In realtà, così non è.

È ormai innegabile che l'attività esercitata dai liberi professionisti – e tra questi dagli avvocati – è attività di impresa, in quanto la consolidata nozione elaborata dalla giurisprudenza comunitaria riconduce a tale categoria qualsiasi ente che esercita una attività economica, a

## *Abstract*

The paper analyses the most recent trends – deriving from the impulse of European antitrust legislation – aimed at defining the forensic profession as a business activity in legal terms, and therefore subject to the rules of competition. Specifically, the forms of “resistance” to the definitive affirmation of the new model on the part of professional associations is highlighted, particularly through the adoption of ethical rules which have led, in the last few years, to the AGCM (Italian Monopolies and Mergers Commission) taking significant action on the matter with both “enforcement” activities regarding competition rules and “advocacy” activities aimed at pointing out to the legislator the unjustified restrictions on competition that still remain and which do not permit full and open competition between professionals.

# Riforme costituzionali e “concezioni” della Costituzione

di Annamaria Poggi\*



**Sommario:** § 1. – Le riforme e la “concezione” della Costituzione. § 2. – Crisi della politica e concezioni della Costituzione. § 3. – Concezioni della Costituzione: a) la Costituzione come tavola di valori da attuare nel bilanciamento giurisprudenziale. § 4. – *Segue.* b) la Costituzione come tavola di valori ancora da attuare ad opera del legislatore (anche costituzionale). § 5. – La Costituzione come “patto politico”. § 6. – La Costituzione come “testo” e la questione delle riforme.

## § 1. – Le riforme e la “concezione” della Costituzione

Sin dalla istituzione nella IX Legislatura della Commissione Bozzi era chiaro che l’ipotesi di riforme istituzionali e costituzionali, oltre a suscitare un vasto dibattito di merito sui temi oggetto delle riforme stesse, avrebbe trascinato inevitabilmente con sé il tema della “concezione” della Costituzione<sup>1</sup>.

\* Università degli Studi di Torino.

<sup>1</sup> Sulla necessità e ampiezza che avrebbero dovuto assumere le riforme costituzionali sviluppatosi contestualmente all’istituzione della Commissione Bozzi v. G. FLORIDIA, *Il dibattito sulle istituzioni (1948-1975)*, in *Dir. e Soc.*, 1978, 263 ss.; E. CUCCODORO, *Lo stato delle istituzioni e le innovazioni nella Costituzione*, in *Studi parl. e di pol. cost.*, 1986, 85 ss.; E. CHELI, *La riforma delle istituzioni e la riforma della politica*, in *Parlamento*, 1986, 15 ss.; F. PIZZETTI, *Riforme istituzionali e costituzionali*, in *Riv. trim. scienza dell’amm.*, 1985, 33 ss.; V. ATRIPALDI, F. FICHERA, *Oltre la Commissione Bozzi*, in *Dem. e dir.*, 1985, 15 ss.; O. MASSARI, *La scienza politica si interroga sui mutamenti del sistema istituzionale*, in *Dem. e dir.*, 1985, 161 ss.; G. PASQUINO, *Democrazia e riformismo: un nuovo intreccio*, in *Dem. e dir.*, 1985, 211 ss.; F. BASSANINI, *Riforme istituzionali: dalle dichiarazioni alle scelte*, in *Dem e dir.*, 1984, 13 ss.; AA.VV., *A proposito di un confronto sulle riforme istituzionali*, in *Quad. cost.*, 1983, 549 ss.; F. FICHERA, *La politica delle istituzioni in fase non costituente*, in *Dem. e dir.*, 1984, 129 ss.; C. FUSARO, *Riforme istituzionali, ruolo del Parlamento e crisi del governo multipartitico italiano*, in *Quaderno/ Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 1993, 39 ss.

Del resto, come noto, i lavori di quella Commissione – la prima insediata allo scopo di proporre al Parlamento una proposta articolata di revisione costituzionale – si conclusero con la presentazione di una Relazione concernente la proposta di revisione di ben 44 articoli della Costituzione, cioè di quasi tutta la Seconda Parte della Costituzione. È altrettanto noto che la stessa Relazione fu approvata da 16 membri dei 41 della Commissione e furono presentate ben sei relazioni di minoranza<sup>2</sup>.

Quell'esperienza si concluse con nulla di fatto<sup>3</sup>, ma indubbiamente costituì il viatico di quello che di lì a pochi anni si sarebbe riproposto, ma in ben altro contesto politico (l'inizio di Tangentopoli).

Quando, dunque – a distanza di quasi dieci anni, durante la IX Legislatura – fu istituita la Commissione parlamentare per le riforme istituzionali e la politica, allo scopo di ri-legittimarsi, spinse verso l'attribuzione a quella Commissione di poteri particolarmente incisivi<sup>4</sup>, la dottrina avvertì con profonda consapevolezza che ciò che veniva in discussione era propriamente la Costituzione, non tanto nelle sue singole norme, ma propriamente nella sua "concezione", o, come direbbe Mario Dogliani, ciò che veniva in discussione era il "posto" della Costituzione nell'ordinamento.

In quegli anni, non a caso e dopo un lungo oblio, ritorna nella dottrina l'espressione Costituzione "materiale", utilizzata in modi e con significati assai diversi, spesso lontani dall'intenzione dello stesso Mortati. Da chi la utilizza in maniera contrappositiva a quella formale e per giustificare la deroga a quest'ultima, a chi, sulla scia di

<sup>2</sup> La Relazione conclusiva era stata presentata alle Presidenze delle Camere il 29 gennaio 1985 e conteneva proposte su: democrazia diretta e partecipazione popolare; giustizia; pubblica amministrazione; sistema delle autonomie; sistema elettorale. Sui lavori della Commissione v. F. TERESI, *Strategia delle riforme. Le riforme istituzionali in Italia tra governabilità, partecipazione e trasparenza. Materiali di studio*, Torino, Giappichelli, 1991; G. SALERNO, *I lavori della Commissione Bozzi*, in *Dem. e dir.*, 1985, 729 ss.; E. CUCCODORO, *Premesse alla riforma istituzionale (1983-1985)*, Firenze, Nocchioli, 1985.

<sup>3</sup> Le ipotesi di revisione della Costituzione formulate nella Relazione non furono discusse in Parlamento. Il 21 febbraio 1986 lo stesso Bozzi presentò alla Camera otto proposte di leggi di revisione il cui contenuto era stato integralmente ripreso dalla Relazione conclusiva.

<sup>4</sup> Le risoluzioni assunte dal Parlamento il 23 luglio 1992 istitutive della Commissione avevano delineato un procedimento assai diverso nel suo impianto da quello che aveva caratterizzato l'esperienza della Commissione Bozzi. La legge costituzionale n. 1 del 1993, infatti, attribuiva in sede referente alla Commissione l'elaborazione di un progetto organico di revisione dei Titoli I, II, III, IV e V, comprensivo dei sistemi elettorali, da presentare alle Camere entro sei mesi. I progetti di revisione furono presentati alle Camere, nello stato in cui si trovavano, l'11 gennaio 1994. Ricostruiscono puntualmente gli avvenimenti che condussero all'istituzione della Commissione C. DELL'ACQUA, *La Costituzione vivente. Dalla Commissione Bozzi alla Bicamerale*, Torino, Giappichelli, 1993 e S. CASSESE, *La riforma costituzionale in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 889 ss.

di sovranità popolare, per superare il carattere angusto del parlamentarismo liberale: i due profili sono inscindibili [...] Non si può volere l'uno dimenticando l'altro»<sup>86</sup>.

### *Abstract*

The paper reflects on the relationship between the theme of reforms (institutional and constitutional) and the “idea” of Constitution, and how this idea has gradually developed in juridical-cultural terms throughout the history of the Italian Republic. From this viewpoint, both the limits of naively positivistic conceptions, linked to a merely textual interpretation, and the risks of value-based visions (particularly neo-constitutionalist ones), tending to eliminate room for political-parliamentary mediation, are highlighted in a critical perspective, suggesting as a possible amalgamation of these two approaches a Constitution that is, at the same time, a limit, guide and buttress both of civil society and of the republican institutions.

---

<sup>86</sup> *Ivi*, 360.

# *La dottrina di Adolf Reinach. Il diritto è φαινόμενον ο εἶδος?*

di Giuliana Stella\*



*Il saggio propone una lettura critica del giurista tedesco Adolf Reinach, annoverato alla corrente “fenomenologico-giuridica” fiorita nella cultura austrotedesca nei primi decenni del Novecento. Contigua alla dottrina kelseniana, la scuola fenomenologica diverge dal kelsenismo per una sua connotazione più spiccatamente filosofica, che introduce ad una visione essenzialistica del fenomeno del diritto. Reinach viene qui presentato, in particolare, mediante il problematico confronto con i suoi interpreti più recenti e attraverso il costante richiamo all’ispiratore della sua dottrina, il filosofo Edmund Husserl (La Direzione).*

*[L]a logicità è un “dover essere”, ma questo dover essere deve alla sua volta esser fondato su un “qualche cosa” che abbia valore in sé e per sé e che soltanto rispetto ad una coscienza, soggetta all’errore, assuma carattere di norma, e aspetto di “dover essere”.*

(W. WINDELBAND, *Die Prinzipien der Logik*)

Ha ancora un senso e una utilità in questa fase di assoluta priorità economica chiedersi quale sia il fondamento culturale e filosofico delle leggi e degli ordinamenti? Lascio la risposta al lettore e alla sua concezione del mondo, nella personale convinzione – tuttavia – che le cose che hanno a che fare con la giustizia e l’ordine siano talmente connaturate alla società da non perdere mai veramente di attualità. *Quid jus?* È tuttora rilevante questa domanda? Anni addietro individuai nella filosofia fenomenologica husserliana del diritto e nella sua concezione ad un tempo realistica e trans-storica del fenomeno giuridico la soddisfazione adeguata del quesito. Continuo a pensare che, nonostante l’ap-

\* Università di Napoli Federico II.



parente lontananza dalle emergenze del “qui e ora” di concetti come ‘essenza’, ‘idea’, ‘trascendentale’ – e sono solo degli esempi –, senza il loro ausilio sia impossibile cogliere nel segno la realtà. La più concreta delle leggi non può prescindere dall’idea giuridica cui si ispira. È, dunque, sulla scia di queste riflessioni che mi prendo la briga di ritornare a parlare di fenomenologia del diritto e, in particolare, della dottrina di uno dei giuristi che a questa scuola devono essere annoverati, ossia Adolf Reinach, finendo inevitabilmente per entrare nel dettaglio delle interpretazioni che negli ultimi anni sono state date di questo autore e della sua idea “fenomenologica” del diritto, interpretazioni che hanno talvolta offuscato quelle finalità che la filosofia del diritto dei primi decenni del Novecento ancora conservava e che, io penso, dovrebbero costituire un punto fermo acquisito per la disciplina nel presente.

Il programma epistemologico postulato dalla filosofia fenomenologica di stampo husserliano, anche quando s’inoltri nel campo della giuridicità, consiste esplicitamente nel perseguimento dell’ultimo fondamento della conoscenza. Tale fondamento va individuato con lo strumento del rigore scientifico, cui si perviene passando attraverso fasi diverse, che riguardano, prima ancora che l’analisi della realtà, quella del soggetto da parte di sé medesimo. È proprio con l’esporsi ad una indagine, al cui termine si riapproprierà della sua purezza originaria, che il soggetto è messo in grado, infatti, di “costituire” la realtà, di “intenzionarla”<sup>1</sup> – detto in termini propriamente fenomenologici

<sup>1</sup> Appartiene persino alla più ovvia evidenza divulgativa il far coincidere il pensiero fenomenologico con i concetti di ‘intenzionalità’ e di ‘riduzione’, anche quando non se ne colga la reale portata speculativa. La “intenzionalità”, nello specifico, origina dalla dottrina di Franz Brentano, maestro di Edmund Husserl a Vienna, e viene svolta in chiave antipsicologistica da Husserl stesso, che la “irrobustirà”, nell’arco della maturazione della sua opera, proiettandola in un scenario sempre più complesso. L’idea originaria prevede che l’*ego*, all’interno del suo *Erlebnis*, della sua “esperienza vissuta”, abbia in vista “oggetti” di ogni genere – esterni o interni, fisici o mentali e, dunque, anche individuali o generali; quando, in particolare, si vuole portare a termine un coglimento della generalità, e dunque, della obiettività, l’obiettivo può venire raggiunto soltanto per il tramite di una intuizione, che, superati dei livelli qualitativamente e quantitativamente differenti, sia in grado di “costituire” l’oggetto intenzionato nella sua essenza più propria, non limitandosi, perciò, ad astrarre dai dati scientifici, bensì per il tramite di una intuizione intellettuale. La gradualità necessaria al raggiungimento della conoscenza obiettiva, quella degli εἶδη, è tale solo in quanto venga utilizzato lo strumento della “riduzione”, nei suoi vari gradi, per il cui tramite soltanto è possibile predisporre alla vera conoscenza, non contaminata da precomprensioni e pregiudizi. Questo significa che l’intuizione, la cui connotazione esplicativa è certamente assai più vicina al neoplatonismo che al kantismo, tuttavia, non può prescindere affatto dal contatto con l’esperienza, che ne forma il primigenio riempimento. Essa, a qualsiasi livello, va letta – tenendo presente il sinonimo tedesco di ‘Intuition’ – come un “vedere dentro”, un “*Einsehen*”; questo ‘*Einsehen*’, che è anche un “vedere unico”, finirà per giungere a cogliere l’essenza della cosa, lo *eidos*. Tutto passa attraverso il fatto che, per avere una conoscenza oggettiva, è necessario giungere alla “intuizione” dell’“oggetto generale” – quello che, variamente, Husserl definisce la *species*, lo *eidos*, l’*a priori*. La stessa operazione intuitiva, d’altro canto, è un *topos* della costruzione fenomenologica, che non denota, come si potrebbe erroneamente pensare, soltanto quel tipo di conoscenza sensibile cui allude l’intuizione kantiana, bensì un’evidenza, certo, di tipo immediato, ma che, alla fine del percorso, diviene marcatamente intellettuale, di impronta platonica. L’intuizione si presenta come una propensione sogget-

### *Abstract*

The paper offers a critical review of the German jurist Adolf Reinach, counted among the supporters of the “phenomenological - legal” movement that developed in Austrian-German culture in the early decades of the 1900s. Having much in common with the Kelsen doctrine, the phenomenological school diverged from the Kelsen school for its more evidently philosophical nature, which introduced an essentialist point of view with regard to law. Reinach is here presented particularly through a difficult comparison with his most recent interpreters and through constant reference to the inspirer of his doctrine, the philosopher Edmund Husserl.

# *Stato di diritto e Stato sociale nella moderna società industriale*

di Ernst-Rudolf Huber\*



*Pubblichiamo in traduzione italiana un saggio significativo della produzione di Ernst-Rudolf Huber (1903-1990), un giurista tedesco che ha svolto un ruolo importante nel dibattito culturale nei primi decenni del secondo dopoguerra, dopo essere stato una voce non di secondo piano della scienza giuridica coinvolta nell'esperimento nazionalsocialista.*

*Si tratta di un intervento sul tema del rapporto tra Stato sociale e Stato di diritto sulla base della Legge fondamentale della Repubblica di Bonn e della sua adesione formale allo Stato sociale di diritto, sulla falsariga della Costituzione di Weimar. In quanto esponente di un conservatorismo riformatore, Huber evidenzia il legame che la prospettiva dello Stato sociale deve man-*

*tenere formalmente con lo Stato di diritto. La costituzionalizzazione dell'esigenza dello Stato sociale, nel senso che essa nasce nella società ma viene poi formalizzata e diventa quindi norma giuridica, impone di trattare la formula del sozialer Rechtsstaat come una cogente prescrizione normativa, che in quanto tale ha tutte le caratteristiche necessarie per essere applicata ed interpretata secondo quanto essa effettivamente dice, escludendo, di conseguenza, tutto ciò che essa non sarebbe in grado di offrire, pur eventualmente sollecitata sulla base di nuove esigenze.*

*Questo saggio – originariamente una conferenza tenuta il 16.2.1961 in occasione del decennale della Accademia di amministrazione ed economia di Oldenburg – rientra dunque in una discussione vivace, ai primi anni Sessanta del Novecento in Germania, che vedeva intervenire autori come Ernst Forsthoff, Abendroth, Ridder, Dratth, Hans-Peter Ipsen, rispetto ai quali Huber, in quanto, appunto, “conservatore riformista”, intende riallacciarsi esplicitamente alla tradizione di Lorenz von Stein.*

*Questa rivista si propone di ritornare esplicitamente su questo Autore, sia con saggi ricostruttivi del suo pensiero sia con altre traduzioni. Lo scritto qui presentato apparve in prima edizione, con il titolo Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft, nel 1962, ristampato poi in E.-R. Huber, Nationalstaat und Verfassungsstaat. Studien zur Geschichte der deutschen Staatsidee, Stuttgart, Kohlhammer, 1965, 249-272 (La Direzione).*

---

\* Università di Göttingen. La traduzione di questo saggio di Ernst-Rudolf Huber rientra nel progetto di ricerca su “Stato, sovranità e costituzione nella crisi del principio di legalità”, promosso dall'Istituto di Studi Politici Pio V di Roma.

**Sommario:** § 1. – Stato costituzionale e Stato sociale di diritto. § 2. – Il concetto dello Stato di diritto. § 3. – Società industriale e Stato sociale. § 4. – Le tutele dello Stato sociale. § 5. – Stato sociale e integrazione sociale. § 6. – Stato sociale e responsabilità sociale. § 7. – Opposizione e conciliazione di Stato di diritto e Stato sociale.

## § 1. – *Stato costituzionale e Stato sociale di diritto*

Lo Stato costituzionale tedesco si è sviluppato, sin dai suoi inizi nel XIX secolo, nella particolare forma dello Stato di diritto. Anche la Legge Fondamentale (*Grundgesetz*) di Bonn, nei suoi articoli 20 e 28, si è riconosciuta nello Stato di diritto e precisamente nello *Stato sociale di diritto*. Tuttavia, il problema relativo a che cosa ciò significhi rientra nelle questioni fondamentali irrisolte della nostra esistenza sociale, politica e statale. In dottrina, su questo problema, si dà una gran quantità di opinioni<sup>1</sup> ma, ciò nonostante, siamo ancora molto lontani dall'aver raggiunto una totale chiarezza in questa questione.

La Legge Fondamentale non parla, come in precedenza ci eravamo abituati a fare, dello Stato di diritto borghese o dello Stato di diritto liberale, ma, appunto, dello Stato sociale di diritto inteso quale una delle sue grandi idee-guida. Essa ha in tal modo legato il concetto di Stato di diritto, familiare alla teoria costituzionale da più di un secolo, con il concetto, assai meno familiare, ma ugualmente importante, di Stato sociale. Essa ha, così, coordinato e combinato due concetti fondamentali, che di primo acchito appaiono estranei, anzi addirittura ostili l'uno all'altro. Lo Stato di diritto rappresenta un sistema statale il cui fine è la libertà del singolo; lo Stato sociale definisce un sistema statale il cui fine è il benessere di tutti e il benessere dell'insieme (*des Ganzen*). Lo Stato di diritto garantisce la libertà individuale, lo Stato sociale il benessere collettivo; la libertà individuale e il benessere collettivo, tuttavia, si trovano tra loro in molteplici e frequenti contrasti, sia concettualmente sia fattualmente. Con la formula "Stato sociale di diritto" la Legge Fondamentale vuole comunque rendere manifesto che il momento dello Stato sociale e quello dello Stato di diritto, nonostante questa innegabile conflittualità, non si escludono necessariamente, bensì che i due momenti vanno uniti nella comunità nella quale vivia-

<sup>1</sup> Fondamentali E. FECHNER, *Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1953; C.F. MENDER, *Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1953; E. FORSTHOFF, O. BACHOF, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, Veröff. D. Vgg. D. Dt. StRL 12, Berlin, De Gruyter, 1954, 8 ss., 37 ss.; E. FORSTHOFF, *Verfassungsprobleme des sozialstaates*, Münster, Aschendorff, 1954; H. JAHRREISS, *Freiheit und Sozialstaat*, Krefeld, Scherpe, 1957; W. REUSS, K. JANTZ, *Sozialstaatsprinzip und soziale Sicherheit*, Stuttgart, Kohlhammer, 1960.

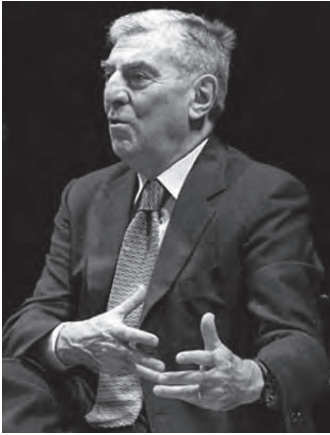
## *Abstract*

*Welfare State (Sozialstaat)* and *Rule of Law* in the continental meaning, according to the German Federal Constitution, form a unit which cannot be conceptually split. The Author shows how the concept, according to its juridification, has acquired a meaning which constitutes something new in the history of the recent German legal science, also *vis-à-vis* the Weimar *Reichsverfassung* of 1920. Being a prescription for the legislator, it has to be interpreted exactly in its specific formal meaning.

# Colloquio su Diritto, Natura e Volontà

Intervista al Prof. Natalino Irti (Roma, 14 maggio 2015)

di Federico Pedrini\*



Natalino Irti, Emerito di Diritto Civile dell'Università di Roma «La Sapienza», è Accademico Nazionale dei Lincei e Presidente dell'Istituto Italiano di Studi Storici. Già allievo di Emilio Betti e da sempre attento interprete dei profili metodologici e teorico-generalisti delle dinamiche giuridiche, dopo aver dedicato studi celeberrimi ai grandi temi del diritto privato ha progressivamente rivolto i suoi interessi di ricerca all'analisi critica dei fondamenti del diritto contemporaneo. In questa chiave s'annoverano le sue note riflessioni sul rapporto fra diritto ed "età della tecnica", che del primo evidenziano l'inevitabile artificialità, esaltandone la componente formale e procedurale a fronte di un "nichilismo" contenutistico (La Direzione).

*Introduzione. Natura vs. volontà: eterno dilemma o miroir aux alouettes?*

*O natura, o natura,  
perché non rendi poi  
quel che prometti allora? perché di tanto  
inganni i figli tuoi?  
(G. LEOPARDI - A Silvia, 36-39)*

L'idea che il diritto possa – e che, nella misura in cui possa, debba – essere sottratto al volere contingente dei soggetti che, in un certo momento storico, semplicemente s'affermino come *più forti* di certi altri è un *topos* ricorrente della letteratura giusnaturalistica d'ogni tempo. Altrettanto ricorsiva – dal canto suo – è pure la reazione che, su fronti opposti della riflessione giuridica, i fautori d'un diritto esclusi-

---

\* *Alma Mater Studiorum* – Università degli Studi di Bologna e Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

vamente positivo hanno da sempre riservato, sia dal punto di vista teorico che da quello ideologico, a tali appelli rivolti alla presunta “essenza” del fenomeno giuridico per sottrarre quest’ultimo alla mutevole volontà dei detentori del potere.

Se la contrapposizione tra le due istanze è di per sé sufficientemente nota a chiunque s’interessi anche solo marginalmente di diritto, tuttavia, meno approfondite e al tempo stesso tutt’altro che scontate parrebbero le *cause* del suo così lungo perdurare. Proprio il riproporsi sostanzialmente intatto dello stallo con cui già diciannove secoli or sono si fronteggiavano lo *ius* come *ars boni et aequi* di Celso e il *quod principi placuit, legis habet vigorem* di Ulpiano, del resto, parrebbe chiamare in scena spiegazioni di spessore “esistenziale”, rinvenibili soltanto a profondità filosofiche di non facile accesso.

Non è un caso, allora, se Natalino Irti, nel Colloquio che qui si propone, esordisce indicando la radice di questo “eterno ritorno” proprio nel perenne senso di mancato appagamento dell’uomo rispetto alla situazione che lo circonda. Da che questi calca la terra in veste mortale – si potrebbe dire con un Autore caro a Irti, Emanuele Severino –, esso vive nell’angoscia generata dall’illusione di poter cambiare il mondo, e tale ansia di mutamento parrebbe fatalmente destinata a protrarsi fino al giorno in cui «taceranno le volontà, e sarà anche conclusa la storia degli abitatori terrestri».

Pure rimanendo all’interno del perimetro ermeneutico in cui da sempre e ancor oggi s’iscrive la storia dell’Occidente, del resto, non tutte le interpretazioni della realtà, ed anche di quel particolare frammento d’esperienza riconducibile all’idea di diritto, parrebbero equivalenti o anche solo sostenibili con eguale rigore. Una volta rigettate le visioni rozzamente fideistiche in cui ogni domanda sul *quid ius* diviene fatalmente questione «indiscutibile e inconfutabile», infatti, un confronto razionale tra le ipotesi in campo non condurrà forse a verità assolute e incontrovertibili, ma può quantomeno consentire d’individuare i sofismi più smaccati e di smascherare paralogismi più manifesti.

La riflessione articolata da Irti diviene così un significativo contributo alla presa di coscienza – da parte dei giuristi, ma non necessariamente solo di essi – circa la fragilità logica e storica di molti “miti” tutt’ora *in auge* presso una narrativa giuridica post-moderna (che vanta però matrici antiche) a dispetto della loro ormai ampiamente documentata fallacia, proprio a partire da quello imperniato sull’uso giuridico del concetto di “natura”.

In tal senso, a venire in questione non sono tanto le cangianti e talora anche apprezzabili rivendicazioni del giusnaturalismo, quanto piuttosto il suo “corredo tipico” di premesse culturali, macchine dialettiche e strategie defatigatorie, che finiscono per proiettare un’ombra

*Abstract*

The paper covers the relationship between jurisprudence and concepts of “will” and “nature” from a critical point of view as part of a reflection on the legal system. From this perspective, on the one hand the survival of natural-law examples and arguments in various contemporary legal juridical theories are described (starting from the neo-constitutionalist one), highlighting the difficulties and contradictions; on the other hand, the need for a “positivist” viewpoint of jurisprudence is discussed (even though not legal positivism in the classic sense) by virtue of its connotation as a structurally “artificial” product, invariably the result of human will.



# *Spunti sul metodo nella riforma costituzionale*

di Alfonso Celotto\*



**Sommario:** § 1. – Potere costituente, potere costituito e revisione. § 2. – Quanto si può revisionare con la procedura dell'art. 138?

## *§ 1. – Potere costituente, potere costituito e revisione*

Sono oltre trent'anni che in Italia si parla seriamente dell'esigenza di una ampia riforma della Costituzione.

Tra la fine degli anni '70 e l'inizio degli anni '80 del secolo scorso l'assetto fissato nella Costituzione repubblicana ha iniziato a mostrare chiari segni di inadeguatezza: la debolezza delle compagini governative, la farraginosità della macchina parlamentare, le disfunzioni nell'assetto delle autonomie locali, l'avanzare del processo di integrazione europea hanno fatto emergere nettamente l'esigenza di riformare il patto costituzionale su nuove basi<sup>1</sup>, anche con tentativi di utilizzare procedure almeno in parte differenti da quanto previsto nella stessa Costituzione<sup>2</sup>.

\* Università degli Studi Roma3.

<sup>1</sup> Cfr., riassuntivamente, A. CERRI, *Revisione costituzionale*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2000.

<sup>2</sup> Il riferimento è ovviamente alla istituzione delle Commissioni bicamerali in deroga. Sul punto v. A.A. CERVATI, *La revisione costituzionale*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1997, 90, secondo cui «la scelta di procedere a una revisione costituzionale secondo regole nuove sottolinea la volontà di un taglio formale con il passato».

### Come modificarla? Quanto modificarla?

Per ragionare di metodo della revisione costituzionale bisogna partire da assai lontano, su un piano logico e storico, per comprendere se e quanto le Costituzioni possano essere modificate.

Come ovvio, la base metodologica è sempre la distinzione tra “potere costituente” e “potere costituito”, cioè tra il potere di instaurare una nuova Costituzione, di solito sottratto a ogni regola preesistente, e il potere di modificare regole preesistenti, che trova fondamento e limite nelle regole già instaurate<sup>3</sup>. Ovviamente la revisione costituzionale rientra nel secondo ambito, per cui, come tale, è limitata dalla Costituzione preesistente, già a livello logico.

In Italia non si è mai ritenuto che la Costituzione fosse immodificabile, nemmeno al tempo dello Statuto Albertino, che pure nel preambolo si autoqualificava come «legge fondamentale, perpetua e irrevocabile della monarchia». Nessuno riteneva che quella irrevocabilità significasse immutabilità, ma piuttosto impossibilità per il Re di ritrattare le concessioni effettuate<sup>4</sup>.

Le parole di Francesco Crispi sintetizzano questa impostazione:

«Io non ammetto la intangibilità dello Statuto. Gli Statuti furono fatti per impedire ai Governi di andare indietro, ma non già per non andare avanti. Innanzi a noi non c'è che il progresso. Statuti intangibili non possono esservi anche per un'altra ragione. Se noi riteniamo immutabile la legge fondamentale dello Stato, noi vogliamo l'immobilità, e rimettiamo alla piazza quei progressi, che è bene sieno fatti dai corpi costituiti».

«Capisco che nello Statuto di Carlo Alberto non si sia parlato di revisione: e fu prudenza. Ma come deve interpretarsi questo silenzio? Deve interpretarsi nel senso che non è necessario, secondo la Costituzione italiana, che si convochi espressamente una Camera costituente;

<sup>3</sup> La distinzione appare un autentico “rompicapo”, in quanto resta comunque vaga la delimitazione del potere costituente, anche perché si combattono letture sostanzialistiche e letture formalistiche del concetto di nuova Costituzione, con importanti implicazioni sui rapporti tra potere costituente e potere di revisione e, conseguentemente, sui limiti di quest'ultimo. Sul punto basta rinviare a P. BARILE, *Potere costituente*, in *Nvss. dig. it.*, XIII, Torino, UTET, 1966 e M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1995, 7 ss.

<sup>4</sup> È emblematico ricordare le parole dello stesso Conte di Cavour, in un articolo apparso nel *Risorgimento* il giorno stesso in cui veniva pubblicato lo Statuto: «La parola irrevocabile, come è impiegata nel preambolo dello Statuto, è solo applicabile letteralmente ai nuovi e grandi principi proclamati da esso, ed al gran fatto di un patto destinato a stringere in modo indissolubile il popolo ed il Re. Ma ciò non vuol dire che le condizioni particolari del patto non siano suscettibili di progressivi miglioramenti, operati di comune accordo tra le parti contraenti: il Re, col concorso della nazione, potrà sempre nell'avvenire introdurre in esse tutti i cambiamenti, che saranno indicati dall'esperienza e dalla ragione dei tempi» (si può leggere nelle Lettere edite ed inedite raccolte ed illustrate da Luigi Chiala, *Nuovi ragguagli e documenti sulla vita di C. Cavour*, vol. V, CCXVII. Cfr. anche F. LAMPERTICO, *Lo Statuto e il Senato*, Roma, Forzani e C., 1886, 72 ss.).

Mi piace citare Gustavo Zagrebelsky che ha ricordato come la garanzia della Costituzione vada rinvenuta «nel bisogno diffuso, in una volontà generale di Costituzione: intendo dire della Costituzione come *pactum societatis*, presupposto per una convivenza civile, pacifica e costruttiva. Qualora quel bisogno e quella volontà andassero perduti, prevalendo nel nostro Paese l'idea diabolica (da repubblica dei diavoli) della costituzione come campo di battaglia e sopraffazione, la politica di parte spirerà incontrastata anche in queste stanze e la giustizia costituzionale si trasformerà in una farsa costituzionale»<sup>7</sup>.

La Costituzione non deve essere un campo di battaglia politico, le riforme costituzionali non devono essere “di destra” o “di sinistra”, ma piuttosto “buone” o “cattive”, in quanto – comunque – riforme di tutti.

L'errore di fondo che si sta commettendo ora, come già nella XIV legislatura, è stato quello di ricomprendere la riforma costituzionale nel programma della maggioranza e, poi, di approvarla senza un dibattito reale con le altre forze politiche e sociali.

La Costituzione va riformata soprattutto con rispetto del “metodo”.

### *Abstract*

The paper makes a number of methodological observations regarding reforms that imply constitutional changes. Starting from a distinction between constituent power and constituted power, and reviewing the procedure for revision in the second area, any revision has to be seen as subject to juridical and logical-systematic limits. The first (juridical limits) are laid down expressly by the Constitution itself. The second, in contrast, are implicit and rule out, on the one hand, use of the procedure as per art. 138, conceived for limited actions and for structural revisions and, on the other hand, impose procedures that are sufficiently accepted by all political and social forces, and not just by a majority.

---

<sup>7</sup> *La Corte in-politica*, intervento al XXIII Premio Chiarelli, 20 ottobre 2004 (disponibile su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)).

# Une monarchie républicaine?

*Brevi note su due recenti monografie*

di Aljs Vignudelli\*



**Sommario:** § 1. – Premessa. La questione presidenziale tra critica e meta-critica. § 2. – La ‘unità nazionale’ tra ambiguità semantica e interpretazione sistematica. § 3. – *Segue*. La recente giurisprudenza costituzionale (sent. n. 1 del 2013) e i suoi *Schwachpunkte*. § 4. – La neutralità presidenziale e la “volontà della Costituzione”. § 5. – Il Presidente della Repubblica dalla teoria alla prassi. § 6. – *Une monarchie républicaine?* Notarelle conclusive su un possibile nuovo trend della contemporaneità giuridica.

GINO SCACCIA, *Il Presidente della Repubblica fra evoluzione e trasformazione*, Collana Piccole conferenze, Mucchi editore, Modena, 2015.

GINO SCACCIA, *Il Re della Repubblica. Cronaca costituzionale della Presidenza di Giorgio Napolitano*, Collana Quaderni de Lo Stato, Mucchi editore, Modena, 2015.

## § 1. – Premessa. La questione presidenziale tra critica e meta-critica

L’interesse scientifico e peculiarmente costituzionale per il ruolo del capo dello Stato, da sempre vivo, s’è ulteriormente intensificato negli ultimi anni<sup>1</sup>. Moltissimi i convegni celebrati<sup>2</sup> e i volumi monogra-

\* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

<sup>1</sup> Cfr. D. GALLIANI, *I giuristi e il ruolo del Capo dello Stato*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 15 luglio 2011.

<sup>2</sup> *Ex plurimis*: il convegno organizzato dalla LUISS Guido Carli su “*Il Presidente della Repubblica nell’evoluzione della forma di governo*” (Roma, 26 novembre 2010), atti pubblicati col medesimo titolo nel volume a cura di A. Baldassarre e G. Scaccia, Roma, Aracne, 2012; convegno organizzato dall’università di Messina su “*Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*” (Messina-Siracusa, 19 e 20 novembre 2010), atti pubblicati nel volume col medesimo titolo a cura di A. Ruggeri, Torino, Giappichelli, 2011.

fici pubblicati in questo torno di tempo, talvolta prendendo ad esame le puntuali attribuzioni del Presidente, talaltra la sua più generale posizione nella forma di governo parlamentare.

In questo ricco filone di riflessione teorica e di analisi storico-politica s'inseriscono due recentissimi saggi monografici di Gino Scaccia. L'uno, dal titolo *Il Presidente della Repubblica fra evoluzione e trasformazione*, svolge il tentativo di ricostruire quello che potremmo chiamare il fulcro della funzione presidenziale imperniando il proprio ragionamento attorno alle nozioni giuridiche di "rappresentanza dell'unità nazionale" e di "neutralità". L'altro, intitolato *Il Re della Repubblica*, fa oggetto d'analisi costituzionale il lungo ed eccezionale mandato di Napolitano e da esso - con un taglio più "induttivo" - prende le mosse per svolgere più generali considerazioni sull'istituzione presidenziale e sulla tensione evolutiva che la percorre.

L'opportunità di recensirli, tuttavia, non risulta legata soltanto ai relativi *contenuti*, di cui pure ovviamente si dirà, ma attiene anche e soprattutto alle questioni di *metodo* retrostanti l'impianto di nozioni e argomenti che viene progressivamente sviluppato nelle due pubblicazioni.

A venire in rilievo è qui anzitutto la specifica vocazione "critica" dei due volumi - evidente in particolar modo nel secondo, ma per molti versi già preannunciata dalle risultanze (e prim'ancora dai percorsi) del primo -, sulla quale ebbi modo di spendere qualche fugace parola introduttiva nel marzo scorso in occasione della presentazione modenese dello studio sul "novennato" di Napolitano.

Non vorrei indulgere a fervidi scervellamenti etimologici circa l'aggettivo 'critico' (e, dunque, sulla maggiore o minore adeguatezza culturale e lessicale della relativa qualifica per certi atti o comportamenti), che in questa sede sarebbero inevitabilmente attratti nell'insoffribile sfera della pedanteria.

Mi limito allora a ribadire *in apicibus* quella che pacificamente credo sia soltanto un'ovvietà, vale a dire il rilievo secondo cui si può essere (considerati) 'critici' nei confronti di qualcosa o di qualcuno secondo "legioni" di paradigmi differenti. Pertanto, così come risulterebbe operazione evidentemente poco feconda gettare in un indistinto calderone il Kant della *Kritik der reinen Vernunft* e lo Jago che si definiva «*critical by nature*», anche l'attitudine critica dei volumi qui in commento parrebbe meglio da precisare per non incorrere nei consueti (ma sempreverdi) equivoci che tanto spesso è dato di riscontrare *in subjecta materia*.

Anzitutto, giacché si discute di una pubblicazione *giuridica* dedicata a un *organo* costituzionale, non rilevano qui i suoi eventuali "*collateral damages*" in termini di buona o cattiva "pubblicità" che possono personalmente prodursi in capo ai singoli *individui* succedutisi nel rico-

---

*Abstract*

The paper offers a number of methodological reflections on two recent essays by Prof. Gino Scaccia regarding the President of the Republic, the first relating to a “codification” of the presidential figure in the constitutional framework, the second specifically dedicated to Giorgio Napolitano’s Presidency. The “critical” approach of both is particularly underlined, examining their cultural assumptions and theoretical implications, often leading the Author to avoid both discussion of majority doctrine and reconstructions of the presidential figure offered by constitutional jurisprudence.

# *Contro i giusmoralisti*

*Appunti a margine di un libro sull'interpretazione costituzionale*

di Agostino Carrino\*



**Sommario:** § 1. Interpretazione e politica. – § 2. Ideologia e sociologia. – § 3. Stato di diritto e Stato dei giudici. – § 4. Legge e potere del giudice. – § 5. Diritto e concezioni del mondo.

---

**ALJS VIGNUDELLI**, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 1291.

*Hermeneutik ist die Kunst aus einem Text herauszukriegen was nicht drinsteht: wozu – wenn man doch den Text hat – brauchte man sie sonst?*

ODO MARQUARD

## § 1. – *Interpretazione e politica*

Aljs Vignudelli ha profuso molta fatica in un lavoro che merita perciò di essere discusso anche a distanza di qualche anno dalla sua pubblicazione. Si tratta certo di un libro non facile, non solo e non tanto per la sua voluminosità, quanto, credo, perché la tesi del libro può sembrare alla maggioranza dei costituzionalisti e teorici del diritto italiani “arretrata” rispetto alle “conquiste” e alla condizione attuale del dibattito o, se si vuole, alle certezze raggiunte, che si fondano in gran parte sul convergere di due metodologie: l’analisi delle sentenze della Corte costituzionale, da un lato, e, dall’altro, quasi eziologicamente, le novità imposte dalla scoperta di un universo dispotico che detta le sue proprie regole a giuristi, politici e filosofi, vale a dire il mondo dei drit-

---

\* Università degli Studi di Napoli Federico II.

ti dell'uomo, che oggi addirittura si sviluppa già oltre gli stessi diritti in una visione universalistica del fenomeno giuridico, che fa dei diritti non un "bene" – quindi circoscritto – da tutelare, ma uno strumento o un'ideologia a fini specifici. Il nuovo e progressivo «diritto flessibile e leggero»<sup>1</sup> cui molti sempre più si richiamano non pare essere lo stesso cui pensa Vignudelli.

Si dà sempre più, infatti, a livello dell'interpretazione giuridica della costituzione vigente (ma anche l'aggettivo è oramai incerto), una metodologia che si autocostruisce su premesse *valoriali* del tutto sottratte ad ogni preventiva verifica razionale. Possiamo definire questa metodologia come un'interpretazione "oggettiva" del diritto, fondata sulla "volontà della legge", volontà del tutto indipendente dalla volontà del legislatore storico, concreto, ma anche dalla razionalità politica ricostruibile a partire dalla volontà originaria. Non si tratta più soltanto del fatto che una legge, una volta entrata in vigore, vive di vita propria entro un ordinamento giuridico complesso e dinamico, venendo condizionata dalla vigenza (*validità* positiva) delle altre norme – sicché la scienza è obbligata a coglierne il senso e il significato articolatamente entro una gerarchia normativa di intrecci tra momenti di volontà produttivi di norme, norme già valide e metodo logico. Si tratta, invece, del fatto che questa stessa significatività complessa entro l'ordinamento giuridico non dipende più dalla volontà del legislatore storico nella sua pur naturale limitatezza, bensì dal "legislatore attuale", che nell'interpretazione presente della norma ne coglie il senso oggettivo indipendente dalla volontà originaria, traendo fuori la "volontà" attuale e presente della norma nel contesto storico in cui l'interprete opera; che si tratti della volontà soggettiva del legislatore attuale è un'illazione del tutto ammissibile.

In tedesco può darsi lessicalmente una distinzione importante, difficile a rendersi in italiano, tra *Auslegung* e *Einlegung*, come fa Bernd Rüthers<sup>2</sup>; l'interpretazione estrae veramente ciò che sta dentro la legge o la norma? O non piuttosto l'*in*-terprete mette dentro la legge ciò che poi ne tira fuori? È stato il filosofo Odo Marquard a segnalare con incisività il modo di procedere di questa "arte": «L'ermeneutica è l'arte di cavare fuori da un testo qualcosa che in esso non c'è. Perché mai, altrimenti, si avrebbe bisogno di lei, una volta che si abbia il testo?»<sup>3</sup>. Non è un caso, infatti, che l'ermeneutica sia stata anche definita «oscurantista»; per dir meglio, la sua elaborazione filosofica si associa ad

<sup>1</sup> S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2006, 58.

<sup>2</sup> B. RÜTHERS, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.

<sup>3</sup> O. MARQUARD, *Abschied vom Prinzipiellen*, Stuttgart, Reclam, 1981, 117-146, trad. it. di G. Carchia, in IDEM, *Apologia del caso*, Bologna, il Mulino, 1991, 63.



potranno tornare solo una volta che il dominio dell'astratto sarà stato sostituito dal dominio di un nuovo concreto, dalla storia, dalla politica, dagli interessi delle nazioni, dalle decisioni di una volontà politica che sia espressione di un conflitto reale e sia capace e abbia voglia di risolverlo. Nessun ceto giuridico è in grado di scalzarne un altro senza avere alle spalle un potente movimento storico, che voglia costruire un destino e non limitarsi ad amministrare una continua emergenza.

### *Abstract*

The Author reviews a book on the problems of interpretation by Aljs Vignudelli, pointing out the ideological premises of many recent trends in legal science. He criticizes in particular the way in which many scholars consider the human rights talk as a tool for bending the constitution to a political view of a new cosmopolitan law without any remnant of the traditional concepts of constitutional law.

# Measure for measure

*Osservazioni sulla motivazione delle leggi a margine della sentenza n. 70 del 2015 della Corte costituzionale*

di Luca Vespignani\*



**Sommario:** § 1. – La decisione della Corte. § 2. – Quadro di sintesi dei riferimenti normativi e giurisprudenziali. § 3. – Cenni sui principali orientamenti della dottrina. § 4. – Dalla motivazione della legge ai motivi della Corte?

*Non giudicate, per non essere giudicati;  
perché col giudizio con cui giudicate sarete giudicati,  
e con la misura con la quale misurate sarete misurati.*  
(Vangelo di Matteo)

## § 1. – *La decisione della Corte*

Con la sentenza n. 70 del 2015 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 24, comma 25, del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201 (Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 22 dicembre 2011, n. 214, attraverso il quale si è sospesa la rivalutazione dei trattamenti pensionistici di importo superiore a tre volte il trattamento minimo INPS per il biennio 2013-2014. Più in particolare, si asserisce che «la perequazione automatica dei trattamenti pensionistici è uno strumento di natura tecnica, volto a garantire nel tempo il rispetto del criterio di adeguatezza di cui all'art. 38, secondo comma, Cost.», il quale «si presta contestualmente a

\* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

innervare il principio di sufficienza della retribuzione di cui all'art. 36 Cost., principio applicato, per costante giurisprudenza di questa Corte, ai trattamenti di quiescenza, intesi quale retribuzione differita», consentendo di «predisporre e perseguire un progetto di eguaglianza sostanziale, conforme al dettato dell'art. 3, secondo comma, Cost.»<sup>1</sup>. E si ritiene che «siano stati valicati i limiti di ragionevolezza e proporzionalità»<sup>2</sup> relativamente all'attuazione di tali istanze in relazione agli obiettivi connessi al risanamento dei conti pubblici menzionati dal legislatore.

La pronuncia è già stata ampiamente commentata<sup>3</sup> e non s'intende qui ripercorrere tutti i complessi interrogativi a cui ha dato luogo, soprattutto in rapporto alle ripercussioni sulle finanze statali dell'obbligo da essa derivante in via retroattiva di corrispondere ai pensionati gli adeguamenti illegittimamente non percepiti, atteso che nella di poco anteriore decisione n. 10 del 2015 il principio dell'equilibrio di bilancio sancito dall'art. 81 Cost., nella nuova formulazione introdotta dalla legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, sembra aver ricevuto un'attenzione molto diversa<sup>4</sup>. Si cercherà, invece, di svolgere qualche considerazione su alcuni passaggi del ragionamento condotto dalla Consulta, dai quali parrebbe di poter ricavare una censura di insufficiente motivazione delle disposizioni impugnate. Segnatamente, in un passaggio finale che forse avrebbe meritato un più completo svolgimento, si rileva che il legislatore si sarebbe limitato a «richiamare genericamente la “contingente situazione finanziaria”, senza che emerga dal disegno complessivo la necessaria prevalenza delle esigenze finanziarie sui diritti oggetto di bilanciamento, nei cui confronti si effettuano interventi così fortemente incisivi», non essendo dato riscontrare, neppure in sede di conversione, «alcuna documentazione tecnica cir-

<sup>1</sup> Punto 8 del Considerato in diritto.

<sup>2</sup> Punto 10 del Considerato in diritto.

<sup>3</sup> Tra i primi commenti della sentenza n. 70 cfr. A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 10/2015; G. M. SALERNO, *La sentenza n. 70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente*, in *federalismi.it*, n. 10/2015; G. PALMIERI SANDULLI, *La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 10/2015; A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015; M. ESPOSITO, *Il decreto legge in-attuativo della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, maggio 2015; E. BALBONI, *Il caso pensioni tra Corte e Governo: da valanga a palombella*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, n. 5/2015; S. LIETO, *Trattare in modo eguale i diseguali? Nota alla sentenza n. 70/2015*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, n. 5/2015; G. NORI, *La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale: qualche osservazione*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, n. 5/2015; G. PEPE, *Necessità di un'adeguata motivazione della legge restrittivamente incidente nella sfera giuridica dei cittadini? Commento a sentenza Corte cost. n. 70/2015*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, n. 5/2015; A. SGROI, *La perequazione automatica delle pensioni e i vincoli di bilancio: il legislatore e la Corte costituzionale*, in *Consulta online*, 2015, fasc. II.

<sup>4</sup> Sulla sentenza n. 10 del 2015 si veda T. F. GIUPPONI, *La Corte e il “suo” processo. Breve riflessioni a margine della sent. n. 10 del 2015 della Corte costituzionale*, in *questa Rivista*, 187 ss.. Sottolineano la discrasia tra le due pronunce A. MORRONE, *op. cit.*, spec. 2 ss. e A. BARBERA, *op. cit.*, 1.

L'impressione è quindi che la Corte, a torto o a ragione, ritenga di disporre d'un assai ampio margine di valutazione discrezionale in ordine alla "sufficienza" delle ragioni poste a fondamento di un determinato intervento normativo che ne accresca la capacità di interferire con la dimensione della politica già insita nella teorica della ragionevolezza, specialmente quando essa traduca lo schema concettuale dell'eccesso di potere. Interferenza che, se non ha mancato di sollevare obiezioni di portata generale sul ruolo del Giudice di costituzionalità e sui suoi rapporti con le Assemblee rappresentative, appare ancor più controversa quando si tratti di affrontare questioni che comportano rilevanti conseguenze sulla tenuta dei conti pubblici. «Non è facilmente superabile, infatti, l'obiezione che non alla Corte ma al legislatore spetta "il bilanciamento" fra la tutela dei diritti e delle aspettative dei cittadini da un lato e le risorse finanziarie disponibili dall'altro. Fino a che punto il richiamo al rispetto di "ragionevolezza e proporzionalità" compete al giudice di legittimità in un campo ove, peraltro in armonia con gli "obblighi comunitari" di cui all'art. 117 Cost., Governo e Parlamento abbiano concordato il limite del deficit e sottoposto agli organi comunitari un programma di rientro? E comunque il bilanciamento fra i diritti e le aspettative dei cittadini e le risorse disponibili spetta ad un Parlamento democraticamente eletto oppure ad un ristretto numero di giudici?»<sup>37</sup>.

### *Abstract*

Starting from an examination of the arguments adduced by the Constitutional Court in judgment no. 70 of 2015 to declare the unconstitutionality of the block of equalisation increments for pensions more than three times the minimum amount by the decree "Save Italy", the paper proceeds to a summary of the most important legal precedents and of the theoretical framework on the motivation of the laws, coming to conclusion with some remarks on the way in which this issue is addressed in the constitutional case law.

diritti oggetto di bilanciamento» (La sentenza n. 70 del 2015 sulle pensioni, in *federalismi.it*, n. 10/2015, 5).

<sup>37</sup> A. BARBERA, *op. cit.*, 2-3.

# *Sistemi elettorali, rappresentanza politica, democrazia*

di Giuseppe Ugo Rescigno\*



**Sommario:** § 1. – Due questioni di principio poste dalla sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale. § 2. – Rappresentanza politica e diritto. § 3. – Rappresentatività e governabilità – rappresentanza e rappresentatività. § 4. – Elezioni per una carica monocratica ed elezioni di una assemblea. § 5. – Le ripartizioni del corpo elettorale. § 6. – Sistemi proporzionali e sistemi maggioritari. § 7. – Rappresentanza politica e fattori di essa. § 8. – La legge n. 52 del 2015. § 9. – Voto alla persona e voto alla lista. § 10. – Legame o slegame tra voto per una carica monocratica ed elezione di una assemblea.

## *§ 1. – Due questioni di principio poste dalla sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*

La sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale ha avuto il merito di riportare all'ordine del giorno due questioni essenziali che caratterizzano in positivo o in negativo qualunque sistema elettorale: A) posto che le assemblee elette dal popolo nascono e si giustificano in quanto rappresentative del popolo (uso il modo consueto e quindi le parole tradizionali per descrivere e caratterizzare la democrazia rappresentativa), e posto che il massimo di rappresentatività si realizza quando qualsiasi frazione significativa del popolo ottiene tanti seggi quanta è la proporzione dei suoi voti sul totale, fino a che punto il sistema elettorale prescelto può alterare la rappresentanza proporzionale mediante meccanismi di tipo maggioritario?; B) quale equilibrio può o deve sussistere tra voto ad una lista e voto alle persone?

La Corte a rigore non ha risposto a queste due domande (né era chiamata a farlo); la Corte, seguendo il *petitum* da essa giudicato

\* Sapienza, Università di Roma.

ammissibile, si è limitata a dire che: a) se il sistema elettorale prevede un premio in seggi alla lista (o coalizione) che ha ottenuto più voti, la legge deve indicare una percentuale minima di voti al di sotto dei quali il premio non va attribuito a nessuna lista o coalizione di liste (e applicando questo criterio ha dichiarato incostituzionale l'intero meccanismo del premio di maggioranza, cioè ha eliminato il premio, con la conseguenza che il sistema vigente per la Camera dei deputati, fino alla recentissima legge n. 52 del 2015, che peraltro diventa efficace soltanto a partire dal 1° luglio 2016, era diventato fortemente proporzionale; per quanto riguarda il Senato, formalmente resta in vigore la legge n. 270 del 2005 come modificata dalla sentenza citata della Corte costituzionale, in attesa della riforma costituzionale in corso di approvazione, che comunque dovrebbe abrogare tale legge); b) dato un sistema elettorale basato su liste di candidati, deve essere data agli elettori la possibilità di selezionare le persone entro la lista votata, almeno quando si tratta di una lista abbastanza lunga; in questo caso la Corte è stata abbastanza vaga e fumosa<sup>1</sup>, e l'unica cosa certa che si deve ricavare dalla sentenza è che la legge elettorale n. 270 del 2005, corretta come la Corte ha stabilito, "prevede" un voto di preferenza, cosicché se si dovesse votare con questa legge l'autorità che ha il compito di organizzare le votazioni (e quindi di stampare le schede elettorali) dovrebbe stampare una scheda che preveda anche la possibilità per l'elettore di indicare una preferenza<sup>2</sup>.

Però le due decisioni specifiche della Corte ora ricordate si giustificano soltanto all'interno di un discorso più ampio che tocca tutti i sistemi elettorali, e cioè quel discorso riassunto nei due punti enunciati all'inizio di questo scritto. Dunque, da un lato una rinnovata attenzione alla rappresentanza politica, e dall'altro l'introduzione (piuttosto che la ripresa) di un tema sempre implicito nei sistemi elettorali ma quasi mai indagato a fondo, e cioè la tendenziale divaricazione e opposizione tra voto alla lista e voto alla persona. Esamino prima l'uno e poi l'altro dei due temi.

---

<sup>1</sup> Non è chiaro perché l'elettore viene coartato se non è possibile esprimere almeno una preferenza in una lista lunga ed invece è ammissibile un voto di lista senza preferenze se la lista è corta; non è chiaro, anzi resta totalmente nel vago, quando una lista è corta e quando è lunga; non è chiaro quanto pesa nel giudizio su liste senza preferenze il fatto che i candidati possano o non possano essere presentati anche in altre circoscrizioni; insomma, a parte la conclusione del dispositivo, che comporta comunque la introduzione del voto per una sola preferenza nel sistema elettorale, è incerto che cosa la Corte esige in generale dalla legge in tema di preferenze.

<sup>2</sup> Poiché la Corte ha sostenuto che la legge n. 270 del 2005, modificata nei due punti giudicati da essa, è pienamente operativa (in tal modo la Corte ha riconfermato che non è possibile espungere dal sistema una legge elettorale creando un vuoto), il solo modo di rendere operativa tale legge per quanto riguarda le preferenze è leggerla come se contenesse una clausola omissa, quella che rende la legge non contraria a Costituzione, e cioè la previsione di una preferenza: in tal modo le autorità amministrative non debbono far altro che eseguire la legge così come integrata dalla Corte costituzionale.

re, e affida al corpo elettorale soltanto il compito di scegliere il vincitore. In secondo luogo l'ingresso trionfale e irresistibile del principio di concorrenza anche nella politica, come nell'economia: la politica è una guerra continua di tutti contro tutti, come nel mercato, per selezionare volta per volta i vincitori; se poi questa vittoria si rivela illusoria, perché le questioni essenziali sono già state decise altrove (mi riferisco ovviamente alle questioni economiche fondamentali, decise dal meccanismo globale della finanza internazionale), è altra questione (d'altra parte la vittoria politica in Italia conta poco rispetto alle tendenze economiche e sociali che si svolgono nel mondo, ma consente ai politici di avere grandi vantaggi per sé e per i propri accoliti).

### *Abstract*

Political representation, in political life, is a fact that can be conditioned, favored or distorted by legislation. From the juridical perspective, political representation is, in a democracy, a procedure through which votes become seats into elected assemblies. Electoral systems, even proportional ones, always create a difference between representation, *i.e.* the percentage of seats acquired, and representativeness, *i.e.* the votes in percent. The author wonders to what extent electoral systems can distort the representativeness of parliaments and concludes that, in the case of majority systems, parliaments do not represent neither the people nor the people's majority, but a stronger minority. The essay tackles another topic, the difference between voting for a person and voting for a list, and the possible links between these two.

# La Corte e il “suo” processo

Brevi riflessioni a margine della sent. n. 10 del 2015 della Corte costituzionale

di Tommaso F. Giupponi\*



**Sommario:** § 1. – Diritti fondamentali ed emergenza economico-finanziaria: una decisione storica? § 2. – Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità, tra regole processuali e bilanciamento. § 3. – La (non risolta) questione dell’incidentalità, e il rapporto tra l’art. 136 Cost. e le previsioni di cui agli artt. 1 della l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1, e 30 della l. 11 marzo 1953, n. 87. § 4. – Il séguito della decisione e la contestata relazione tra dispositivo e motivazione “illegittima”.

## § 1. – Diritti fondamentali ed emergenza economico-finanziaria: una decisione storica?

La recente decisione n. 10 del 2015 della Corte costituzionale, come noto, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della disciplina legislativa della c.d. “Robin Tax”, introdotta nel 2008 e relativa all’introduzione di un prelievo IRES aggiuntivo per le imprese operanti nel settore della commercializzazione di idrocarburi<sup>1</sup>. Il Giudice delle leggi ha stabilito che tale previsione fosse in contrasto con gli artt. 3 e 53 della Costituzione, e quindi “irragionevole” sotto diversi profili, dal momento che i mezzi approntati dal legislatore per perseguire lo scopo (definito «senz’altro legittimo») di tassare i «sovra-profitti» conseguiti dalle imprese petrolifere in una particolare ed eccezionale congiuntura

\* *Alma Mater Studiorum* – Università degli Studi di Bologna.

<sup>1</sup> Cfr. l’art. 81, commi 16, 17 e 18, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, in base al quale era prevista una “addizionale” del 5,5% per le imprese che, nel periodo di imposta precedente, avessero conseguito ricavi superiori a 25 milioni di euro. La disciplina in questione, al fine di non danneggiare i consumatori, stabiliva anche un divieto, per le citate imprese, di traslazione del prelievo aggiuntivo sui prezzi al commercio, affidando all’Autorità per l’energia elettrica e il gas il compito di vigilare sull’andamento dei prezzi e sugli effetti complessivi del tributo.



economica, risultavano complessivamente inidonei, e avevano quindi comportato non una legittima differenziazione del trattamento tributario, ma una discriminazione del tutto arbitraria.

L'imposta, infatti, non solo colpiva l'intero reddito dell'impresa (e non solamente la quota di "sovra-profitto" derivante dalla particolare congiuntura economica), ma risultava del tutto slegata, sul piano temporale, dalla previsione di un limite connesso alla permanenza della situazione di fatto originariamente riscontrata, apparendo dunque «un prelievo strutturale» destinato ad operare ben oltre l'orizzonte temporale della congiuntura medesima. Da ultimo, la previsione legislativa appariva irrazionale per inidoneità a conseguire il suo scopo, dal momento che il prescritto divieto di traslazione dei maggiori oneri sui prezzi al consumo (espressione delle «finalità solidaristiche» perseguite dal legislatore) risultava difficilmente assoggettabile a controlli efficaci, volti a garantire che non fosse sostanzialmente eluso<sup>2</sup>.

Giunta a questo punto, però, la Corte sembra mutare prospettiva, affermando di non potere «non tenere in debita considerazione l'impatto che una tale pronuncia determina su altri principi costituzionali, al fine di valutare l'eventuale necessità di una graduazione degli effetti temporali della sua decisione sui rapporti pendenti». Dunque, la disciplina legislativa è dichiarata illegittima, ma la decisione di incostituzionalità deve essere temperata dalla considerazione dei suoi effetti su altri principi costituzionali. In questo caso, secondo il ragionamento della Corte, a venire in considerazione è l'equilibrio di bilancio di cui all'art. 81 della Costituzione, così come modificato dalla legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1. Infatti «l'impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari connesse alla dichiarazione di illegittimità costituzionale [...] determinerebbe [...] uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venire meno al rispetto dei parametri cui l'Italia si è obbligata in sede di Unione europea e internazionale (artt. 11 e 117, primo comma, Cost.) e, in particolare, delle previsioni annuali e pluriennali indicate nelle leggi di stabilità in cui tale entrata è stata considerata a regime»<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> «In definitiva, il vizio di irragionevolezza è evidenziato dalla configurazione del tributo in esame come maggiorazione di aliquota che si applica all'intero reddito di impresa, anziché ai soli sovra-profitti; dall'assenza di una delimitazione del suo ambito di applicazione in prospettiva temporale o di meccanismi atti a verificare il perdurare della congiuntura economica che ne giustifica l'applicazione; dall'impossibilità di prevedere meccanismi di accertamento idonei a garantire che gli oneri derivanti dall'incremento di imposta non si traducano in aumenti del prezzo al consumo» (così espressamente la Corte).

<sup>3</sup> In questo senso, «le conseguenze complessive della rimozione con effetto retroattivo della normativa impugnata finirebbero per richiedere, in un periodo di perdurante crisi economica e finanziaria che pesa sulle fasce più deboli, una irragionevole redistribuzione della ricchezza a vantaggio di quegli operatori economici che possono avere invece beneficiato di una congiuntura favorevole. Si determinerebbe così un irrimediabile pregiudizio

## *Abstract*

The essay analyzes the most problematic aspects of the Italian Constitutional court's decision n. 10/2015. In its judgment the Court has for the first time stated its power to tailor, from a temporal point of view, the effects of its own judgments of illegitimacy, in order to safeguard other constitutional values which would otherwise be irremediably compromised. The Author points out the decision's main criticisms and evaluates its practical consequences, in particular with reference to the structure of the interlocutory judgment in front of the Constitutional court, as set out in art. 1, law n. 1/1948, art. 136 of the Italian Constitution and art. 30, law n. 87/1953.