

# Sovranità e reciprocità

(potere e libertà)

di Vittorio Angiolini\*



**Sommario:** § 1. – Premessa sullo stato dell'arte. § 2. – Le dottrine giuridiche della sovranità e l'irresponsabilità giuridica dell'"ubbidienza". § 3. – Frammenti di un approccio differente alla luce del "dovere" giuridico di reciprocità tra esseri umani. § 4. – La tradizione dell'"uomo" come "animale politico"; la tensione morale (o etica) in politica ed il determinismo di T. Hobbes. § 5. – Le dottrine della sovranità politica: autonomia della politica, "legittimità" e "legalità". § 6. – Sovranità ed "individualità"

umana: patto o "contratto sociale" ed attenuazione della responsabilità morale (o etica). § 7. – La "crisi" delle dottrine della sovranità politica e talune sue manifestazioni; cenno al c.d. "neo-costituzionalismo". § 8. – L'alternativa di una riconciliazione della politica, e del diritto, con il giudizio morale. § 9. – Epilogo: vincitori e vinti; atteggiamento "impolitico" ed elogio del "farsi eroe".

*«et pochi ci sono che conoschino questo mondo, et che sapino che chi vuol fare a modo d'altri non fa mai nulla, perché non si truova huomo che sia di un medesimo parere».*

(NICCOLÒ MACHIAVELLI,

lettera del 5 gennaio 1513 a Francesco Vettori)

## § 1. – Premessa sullo stato dell'arte

La reciprocità tra esseri umani, sebbene abbia avuto modesta fortuna nelle moderne dottrine giuridiche e costituzionali, ha trovato migliore accoglienza come principio attinente alle relazioni sociali in altre e differenti discipline scientifiche. Sin dall'inizio del secolo scorso, infatti, la reciprocità, come principio di "do ut des" costitutivo delle relazioni sociali, è stata oggetto di attenzione, ed anche di verifiche empiriche, tra l'altro in chiave antropologica, soprattutto negli studi sulle società più elementari, o "arcaiche", oppure in chiave psicologica (o psico-analitica), in particolare negli studi sullo sviluppo della morale in giovane età.

\* Università Statale di Milano.

E ciò che è uscito da queste ed altre ricerche empiriche, sin dall'inizio, avrebbe potuto e dovuto scuotere i giuristi, rispetto alle idee, pur tra di loro difformi, che essi avevano preso in prestito dalle dottrine e dalle filosofie politiche intorno ad una "natura umana" collocata al di sopra della storia, dalla quale sarebbero venuti diritti "innati" o "naturali", da proteggere ad oltranza con la forza od il potere sovrano.

Nel celebre saggio di M. Mauss del 1923-24<sup>1</sup>, che ha dato esca ad una ricca e cospicua letteratura sul "dono", non c'è stata solo la constatazione e l'elogio, talora anche venato di ingenuità, del fatto che società pur «segmentate» avessero potuto «stabilizzare i loro rapporti» con la prassi del «dare, ricevere ed infine rendere», ma c'era anche la consapevolezza che la "natura umana" non è affatto decifrabile.

Quando ci parla del "dono", come quel che è dato in modo apparentemente "libero", ma che viene ricevuto e ricambiato come un "dovere" almeno di indole morale, economica o più vagamente sociale, Mauss né si rifiuta di non vedere che l'essere umano è capace di "antagonismo" e violenza, persino gratuita e feroce, né si rifiuta di vedere che un tale "antagonismo" può insinuarsi anche in quello che è presentato come "dono", in cui il districare il beneficio dal maleficio non è agevole né privo di zone grigie (come nel "*potlatch*").

E proprio per questo ciò che viene testimoniato è, piuttosto che l'univocità, l'insondabile ambiguità della "natura umana"; con la consapevolezza – per dirla con le parole di Mauss – che se, nello «studio concreto», si registra non di rado il passaggio dell'essere umano, «in gruppo e di un colpo, dalla festa alla battaglia», non è neppure scontato che non si possa riuscire a porre la «volontà di pace» contro le «folle», sostituendo «l'alleanza, il dono ed il commercio alla guerra, all'isolamento ed alla stagnazione».

C'era qui il germe di quell'evoluzione che avrebbe condotto durante il Novecento ad enfatizzare l'influenza sull'essere umano dell'azione di altri esseri umani, ormai spinta grazie ad artifici tecnico-scientifici sino ad incidere non superficialmente sulla psiche e sul corpo altrui, sul sorgere della vita e sui confini tra la vita e la morte, ridimensionando il peso che era stato attribuito in precedenza alla "natura" dell'umanità come in sé compiuta ed immodificabile.

È questo un germe il quale, benché quasi di soppiatto, ha eroso la figura che i giuristi ed i costituzionalisti avevano messo al centro del loro lavoro per secoli, ossia la figura che S. Rodotà ha felicemente battezzato come "soggetto astratto", per indicare un individuo partecipe della uguale "natura umana" degli altri solo appunto per astrazione,

<sup>1</sup> Cfr. M. MAUSS, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés primitives*, Extrait de *l'Année Sociologique*, seconde série, 1923-1924, tome I, spec. 90 ss.

mettere al centro della politica il giudizio morale dei governati, “associati” tra loro solo ed essenzialmente secondo un criterio di libertà, per auto-organizzare le differenti aspettative di “equità” e “giustizia” del reciproco contraccambio che ne scaturiscono; scartando, alla stregua di un rifiuto da smaltire, tutto quello che della forza o del potere dei governanti non vale a trasformare tali aspettative in diritti ed a renderne compatibile l’eguale esercizio con la “legge”.

È inesorabile, quale che sia il calcolo politico, scegliere tra il mettere avanti la libertà del proprio giudizio morale, prendendone la responsabilità, o subire la forza o il potere, sino al divenire irresponsabili delle proprie azioni. La scelta tra tali divergenti prospettive, è netta; e la circostanza che dinanzi a tale scelta si sia esitanti, o ci si dimostri sprovveduti, non è, né potrà essere, una scusante.

### *Abstract*

The Essay deals with juridical and political sovereignty. The Author observes that modern scholars struggle to create an affordable theory on the relationship between power and individual or collective rights, especially on the link between “compliance” and “protection”, which was the core of the traditional doctrine on sovereignty. In this context, the Author recommends to reinterpret politics, law and constitutions from the point of view of a mutual exchange of good and evil, of rights and duties, between individuals, according to an ancient theory, which was not properly analysed in modern times.

---

e qualunque mezzo per salvare se stessi (e, finché è loro utile, chi li accrediti come sovrani). Sotto questo profilo, c’è da chiedersi, senza alcuna retorica, se non sia preferibile, al puntellare gli Stati sovrani, l’idea (e la pratica) che, scorgendo nel pensiero e nell’azione politica la prosecuzione del giudizio morale speso dai governati nelle relazioni sociali, in ossequio alla reciprocità, tenti di individuare i modi ed i limiti in cui le forze o i poteri intestati agli Stati possano essere messi esclusivamente al servizio della responsabilità tra i governati, come responsabilità appunto reciproca ed immediata, affinché le aspettative individuali e collettive effettivamente in campo (quanto a “valori” o anche a “interessi”) non abbiano ad elidersi vicendevolmente, bensì abbiano il massimo di tutela compatibile con quella, paritaria, delle aspettative altrui. Il che, non foss’altro, terrebbe viva la speranza che la politica stessa (e non solo il diritto) possa essere o diventare, in quanto illuminata da giudizio morale sull’“equo” e sul “giusto”, la (ri)scoperta, quotidiana, tenace e pacifica, dell’oppressione da cancellare. Mentre, realisticamente, la politica è stata nel novecento ed è ancora, presso gli Stati sovrani del «mantenere il Principato», per lo più la ricerca di un’alleanza tra oppressi ed oppressori destinati a cementare e non modificare la propria posizione; un’alleanza, questa, ovviamente instabile e precaria, perché fondata sulla mera promessa, da parte dei partiti o delle élites degli oppressori, di esercitare su taluni degli oppressi minore oppressione che su altri, in cambio di una fedeltà nel tenere a bada gli esclusi. In occidente, in Europa ed in Italia, il “totalitarismo” di origine novecentesca, ma anche la “democrazia” proclamata solo per società “unite” ed “omogenee” (per “interessi” o “valori”) si sono in larga misura sostenuti grazie alla rassegnazione dei governati. Il “totalitarismo” ma anche la “democrazia” hanno tratto alimento dalla “ubbidienza” (o dalla “servitù volontaria” nell’accezione di Étienne de La Boétie) di un “ceto medio” fedele a chi lo superava, nella “gerarchia” economica e sociale, per sfuggire alla condizione, assai peggiore, del “meteco”. È però tutto da vedere non solo che il “meteco” resti quieto, ma anche che il “ceto medio” non rialzi la testa, dando luogo ad una miscela esplosiva.

# Norme secondarie

di Riccardo Guastini\*



**Sommario:** § 1. – Introduzione. § 2. – Due distinzioni. § 3. – Norme su atti giuridici. § 4. – Norme su disposizioni. § 5. – Norme su norme. § 6. – Dubbi.

## § 1. – Introduzione

Sembra ovvio che il diritto disciplini i rapporti sociali, e dunque la condotta umana (il comportamento dei “consociati”, come si usa dire). E che altro, se no?

Qualunque ordinamento normativo disciplina la condotta mediante norme che qualificano deonticamente (“obbligatorio”, “proibito”, “permesso”, “facoltativo”) l’uno o l’altro comportamento. Ci si attenderebbe, dunque, che un ordinamento giuridico fosse costituito – se non esclusivamente, almeno essenzialmente – da norme di condotta, e precisamente da norme rivolte alla condotta dei cittadini (dei “sudditi”).

Sorprendentemente, non è affatto così. Giacché, notoriamente peraltro, il diritto disciplina altresì la propria creazione ed applicazione<sup>1</sup>.

(a) Intanto, vi sono intere parti dell’ordinamento che disciplinano sì la condotta, ma non già quella dei cittadini – almeno non direttamente – bensì quella degli organi: si tratta cioè di norme che vertono su atti giuridici, *i.e.* atti di produzione normativa e/o atti di applicazione di norme.

\* Università degli Studi di Genova.

<sup>1</sup> È questa una tesi ricorrente in H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, trans. A. Wedberg, Cambridge (Mass.), Harvard U.P., 1945, e *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

Un esempio lampante è costituito dal codice penale vigente, le cui norme sostanziali si rivolgono *prima facie* non ai cittadini, ma agli organi giurisdizionali ed esecutivi (“Chi compie l’atto x, deve essere punito con la sanzione y”). Si può certo sostenere che le norme penali, nel punire l’uno o l’altro comportamento, indirettamente (implicitamente?) lo qualificano proibito, e dunque si rivolgano (anche) ai cittadini: ma solo indirettamente, appunto<sup>2</sup>.

(b) Inoltre, non tutte le norme rivolte agli organi dello stato sono propriamente norme di condotta. Dopo tutto, la maggior parte di esse, *prima facie*, non ha per nulla carattere deontico.

Non paiono deontiche, ad esempio, tutte le norme che conferiscono poteri, o “norme di competenza” come pure si usa dire. Certo, si può sostenere che le norme che conferiscono poteri siano null’altro che norme di condotta indirettamente formulate (nel senso che conferire un potere sarebbe logicamente equivalente a comandare di obbedire alle norme di condotta create nell’esercizio di quel potere<sup>3</sup>): ma, di nuovo, solo indirettamente.

(c) Infine, l’ordinamento è affollato di norme che, almeno all’apparenza, non hanno ad oggetto per nulla la condotta di chicchessia, bensì altre norme e/o gli enunciati normativi – le “disposizioni”<sup>4</sup> – che le esprimono<sup>5</sup>.

Esempio paradigmatico: le norme abrogatrici, le quali ovviamente non comandano a chicchessia di abrogare, ma direttamente abrogano le disposizioni e/o norme cui si riferiscono<sup>6</sup>.

Se dividessimo la classe delle norme giuridiche (di un qualche ordinamento) in due sottoclassi, la classe delle norme che regolano direttamente il comportamento dei cittadini e la classe complementare (cioè la classe che include tutte le norme rimanenti), scopriremmo probabilmente che questa seconda sottoclasse è assai più vasta della prima.

Nel seguito, mi riferirò a questa sottoclasse di norme con il nome generico di “norme secondarie”<sup>7</sup> o “norme di secondo grado”.

<sup>2</sup> Se (ragionevolmente) si definisce “proibita” qualunque condotta cui una norma connetta una sanzione, allora, per definizione, la condotta cui è connessa una sanzione è deonticamente, ancorché implicitamente, qualificata come proibita.

<sup>3</sup> Così pensa A. ROSS, *On Law and Justice*, London, Stevens, 1958; e così sembra pensare Kelsen (cfr. R. GUASTINI, *The Basic Norm Revisited*, in L. DUARTE D’ALMEIDA, J. GARDNER, L. GREEN (eds.), *Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2013).

<sup>4</sup> La terminologia “disposizione” vs. “norma” è ovviamente mutuata da V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964. Cfr. R. GUASTINI, *Disposizione vs. norma*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1989.

<sup>5</sup> È appena il caso di notare che le “norme” in questione, non avendo ad oggetto una condotta, non sono norme in senso stretto (i.e. prescrizioni), ma, come dicono alcuni, “frammenti” di norme.

<sup>6</sup> G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, Milano, Giuffrè, 1974.

<sup>7</sup> Questa espressione è entrata nell’uso, se non vado errato, a seguito (della traduzione italiana) di H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1961 (che peraltro parla

## § 6. – *Dubbi*

La inconcludente conclusione di questa analisi è la seguente.

È pacifico che il diritto disciplini (tra le altre cose) la sua stessa creazione e applicazione: l'esistenza, negli ordinamenti giuridici, di norme che disciplinano gli atti giuridici di produzione e applicazione del diritto pare evidente e, del resto, è incontestata.

È lecito dubitare, invece, della utilità euristica del concetto di metanorma, giacché, a conti fatti, tutte le norme che, *prima facie*, hanno ad oggetto altre norme e/o le disposizioni che le veicolano possono essere ricostruite come norme sull'applicazione<sup>31</sup>.

### *Abstract*

The author distinguishes and analyzes three kinds of "secondary rules": (i) those which regulates legal acts (*i.e.*, law-making and law-applying acts); (ii) those which bear upon legal sentences (e.g., legislative provisions); (iii) those which bear upon other rules, understood as the meaning contents of legal sentences as identified by means of interpretation. Finally, the author suggests that, perhaps, all such three classes of rules should be reduced to rules of the first kind.

---

<sup>31</sup> Così del resto suggerisce A. Ross, *On Law and Justice*, cit., che anzi riconduce a norme sull'applicazione anche le norme di condotta e le norme di competenza.

# *Il principio di sussidiarietà: idea, diritto, realtà\**

di Josef Isensee\*\*



**Sommario:** I. Origine e contenuto del principio di sussidiarietà. – § 1. La formulazione classica. – § 2. Il destinatario primario: lo Stato moderno. – § 3. Struttura, funzione, applicabilità. – II. Contesto filosofico-sociale. – § 1. Universalismo classico. – § 2. Universalismo della modernità. – § 3. Individualismo della modernità. – III. Potenziale applicativo nello Stato costituzionale. – § 1. Diritti fondamentali e Stato sociale di diritto. – § 2. Il federalismo. – IV. *Quis interpretabitur?*

## I. *Origine e contenuto del principio di sussidiarietà*

### § 1. – *La formulazione classica*

Come tutte le idee politiche efficaci, il principio di sussidiarietà è circondato da una tale quantità di interpretazioni e suggerimenti sulla sua applicazione da poter indurre a fraintendimenti di vario genere<sup>1</sup>. In ciò esso rammenta il principio analogo della divisione dei poteri. Chi cerca di fare chiarezza deve tornare al testo classico, in questo caso a *De l'esprit des lois* di Montesquieu. Quello che Montesquieu fu per la divisione dei poteri, qui per il principio di sussidiarietà è Papa Pio XI. La sua definizione nell'Enciclica *Quadragesimo anno* del 1931 nel merito della questione non porta nulla di nuovo: essa si fonda infatti sulla tradizione della filosofia politica; ha però il pregio della formulazione, che si impone universalmente. Su questa definizione si è accesa la discussione:

«siccome è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l'industria propria per affidarlo alla comunità, così

\* Relazione al Convegno organizzato dall'Istituto di Studi Politici Pio V su "Stato, sovranità e costituzione nella crisi del principio di legalità", Roma, Musei Capitolini, 27-28 maggio 2016.

\*\* Professore emerito di Diritto pubblico nell'Università di Bonn. Condirettore dello *Handbuch des Staatsrechts*.

<sup>1</sup> Per rinvii ed argomentazioni cfr. J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, Zweite Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2001.



è ingiusto rimettere a una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare. Ed è questo insieme un grave danno e uno sconvolgimento del retto ordine della società; perché l'oggetto naturale di qualsiasi intervento della società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva le membra del corpo sociale, non già distruggerle e assorbirle»<sup>2</sup>.

Il Papa non si richiama alla rivelazione e alla verità della fede, bensì alla giustizia e, con essa, alla ragione filosofica. Ciò nonostante, per lungo tempo la circostanza che la dottrina della sussidiarietà facesse riferimento al Papa ne ha ostacolato l'accettazione e ha mobilitato molti sentimenti contrari a Roma<sup>3</sup>, così come era successo 350 anni prima con l'introduzione del calendario gregoriano. Allora, con un riflesso difensivo, l'astronomo Keplero, del resto protestante, così derideva la bolla papale: «I protestanti vivono meglio in contraddizione col sole che in accordo col Papa»<sup>4</sup>. Tuttavia, mentre ci vollero secoli prima che l'intero mondo protestante si rifacesse al computo del tempo annunciato da Papa Gregorio XII, furono sufficienti sette decenni affinché il principio di sussidiarietà trovasse un riconoscimento universale nel diritto pattizio dell'Unione europea.

## § 2. – *Il destinatario primario: lo Stato moderno*

La sussidiarietà è un'idea propria della modernità. Al Medioevo essa era estranea. Nell'immagine statica del mondo propria dell'età medioevale non c'era posto per una regola elastica sulla divisione e l'esercizio delle competenze. Il suo intellettualismo costruiva sull'ordine eterno delle cose, nel quale l'autorità fornita di ragione intendeva leggere ciò di cui il quotidiano aveva bisogno. Le istituzioni si legittimavano in base al buon, vecchio diritto.

Nella modernità, al contrario, essendosi fatti problema il fondamento e i limiti della efficacia dello Stato, essendo le strutture politiche flessibili e le competenze in movimento tra loro, l'ordine della vita sociale appare non più come dono della volontà divina o di una tradizione riverita, ma come compito della ragione e come opera della volontà politica. In queste circostanze si sviluppa, all'inizio dell'età moderna, lo Stato appunto moderno inteso come organizzazione di potere secolare, un'organizzazione attivistica, razionale, che pretende onnicomprensione virtuale e sovranità all'interno e all'esterno. La sua

<sup>2</sup> Enciclica *Quadragesimo anno* del 15 maggio 1931, in AAS XXIII (1931), 177 (203), n. 78-80.

<sup>3</sup> Cfr. R. HERZOG, *Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung*, in *Der Staat* 2 (1963), 399 ss.

<sup>4</sup> Citato da A. DEMANDT, *Zeit. Eine Kulturgeschichte*, Berlin, Propyläen, 2015, 249 s.



«processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli europei»<sup>33</sup> le competenze non si sono tradotte in norme rigorose, tali da limitare effettivamente l'azione sopranazionale. Il principio positivizzato di sussidiarietà non ha sviluppato alcuna forza di direzione e di freno. Non è nulla più che una consolazione per le paure suscitate dall'integrazione. Di conseguenza, il principio non ha la forza normativa per sostenere l'ambito sopranazionale ove questo crollasse nelle crisi della moneta e in quella dei profughi, tornando così a ravvivare pienamente la sovranità degli Stati membri.

### *Abstract*

The Author reconstructs the philosophical foundations of the principle of subsidiarity and its present-day cultural and political significance both in the domestic and European constitutional law. Its continuous importance lies in the division of powers in a federal State. He criticizes the project of a European union, where the principle seems to be used more as an ideological screen than a legal criterion.

---

<sup>33</sup> La citazione è tratta dal Preambolo al Trattato sull'Unione Europea.

# Il fantasma della legalità\*

Fatti e misfatti della Corte costituzionale tra legge e Costituzione

di Aljs Vignudelli\*\*



**Sommario:** § 1. - Oggetto della relazione. § 2. - "A titolo di premessa": cenni su metodo, teoria e interpretazione. § 3. - La Corte costituzionale nel sistema della legalità costituzionale. § 4. - *Incur-sus*: Corte costituzionale, legalità costituzionale e "concettualizzazioni" della Costituzione. § 5. - La "rivoluzione clandestina" della giustizia costituzionale. § 5.1. - (Il-)legalità costituzionale e manipolazione della Costituzione. § 5.2. - (segue) Appunti su "ragionevolezza" e "bi-

lanciamento". § 5.3. - (Il-)legalità costituzionale e manipolazione della legge. § 6. - Conclusioni.

## § 1. - Oggetto della relazione

La tematica (propria in particolar modo del diritto pubblico) del principio di legalità e quella (non meno tipica per il costituzionalista) del Giudice delle leggi s'intrecciano - com'è ovvio - sotto *molteplici* punti di vista.

Basterà qui citare, a titolo esemplificativo, il fatto che la Corte costituzionale parrebbe l'organo direttamente deputato a controllare il rispetto, da parte del Parlamento, del c.d. principio di legalità *costituzionale*<sup>1</sup>. In questa chiave dunque, volendo semplificare, la Consulta è chiamata a verificare l'osservanza del vincolo che, in presenza di una Costituzione rigida, sottopone anche il legislatore al *limite* (negativo) d'una "legge superiore" e in una certa misura gli impone di trovare in essa pure il *fondamento* (positivo) della propria azione politica.

\* Relazione (con alcune ulteriori puntualizzazioni e colori) al Convegno organizzato dall'Istituto di Studi Politici Pio V su "Stato, sovranità e costituzione nella crisi del principio di legalità", Roma, Musei Capitolini, 27-28 maggio 2016. In corso di pubblicazione pure in G. ACOCELLA (a cura di), *Materiali per una cultura della legalità*, Torino, Giappichelli, 2017.

\*\* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

<sup>1</sup> Per tale formula cfr. A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, Quinta edizione - ristampa emendata, Torino, Giappichelli, 2010, 245.

La Corte delle leggi, insomma, quando agisca secondo la *fisiologia* del sistema, parrebbe senz'altro idonea a contribuire positivamente ed in modo incisivo alla realizzazione del principio di legalità e, più in generale, d'una piena legalità costituzionale.

In queste mie pagine, tuttavia, io non intendo trattenermi sulla *fisiologia*, bensì sulla *patologia* del sistema. Mi occuperò, infatti, della legalità esclusivamente per quel che riguarda i "motivi di tensione" che alcuni aspetti dell'attività della Corte costituzionale italiana palesano rispetto al suddetto principio, spesso nel silenzio e talora anche con un discreto grado di "copertura" (se non proprio di complicità) di certa scienza costituzionalista.

Più in particolare, cercherò qui d'evidenziare come alcune prassi della nostra giustizia costituzionale entrino in collisione con la legalità e dimostrino come la Corte sia da considerare un soggetto che concretamente *va al di là* dei (e spesso pure *contro* i) suoi compiti istituzionali previsti dal diritto positivo.

Questo specificamente ogniqualvolta essa:

a) non soltanto (legittimamente e necessariamente) *interpreta e applica*, bensì (illegittimamente e niente affatto per reale necessità logica o pratica) *attua, integra e modifica* la Costituzione;

b) non soltanto (legittimamente e necessariamente) *annulla* le leggi/norme incostituzionali, svolgendo un ruolo da "legislatore negativo", bensì (illegittimamente e niente affatto per reale necessità logica o pratica) *modifica* la legge, integrandola anche "in positivo" (è il caso, ben noto, delle sentenze paralegislative), senza peraltro che (b-bis) le relative decisioni trovino fondamento nella Costituzione o nelle sue leggi attuative;

c) *si sottrae* alle norme di legge di cui è diretta destinataria, o - detto altrimenti - *viola* queste norme di legge (a partire dall'art. 28 della l. 87 del 1953);

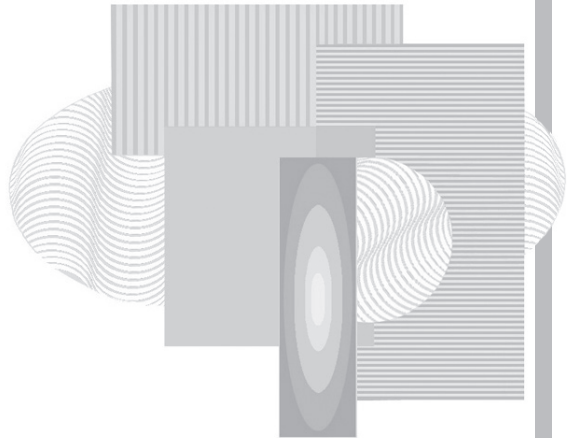
c bis) se del caso *invita altri soggetti alla violazione* di norme di legge (come quando cerca di disporre degli effetti delle proprie sentenze, sia suggerendo integrazioni "in positivo" della legge dichiarata incostituzionale, sia imponendo al giudice *a quo* di considerare entro certi limiti efficace una norma dichiarata incostituzionale).

## *Abstract*

The essay makes a critical examination of the reasons for tension that several aspects of the activity of the Italian Constitutional Court have brought to light with regard to the system of 'constitutional legality'. More in particular, the study underlines how certain practices of Italian constitutional justice contrast with the state of law, and shows how the Court may be considered a subject that actually goes *beyond* (and often even *against*) its institutional mandate as laid out in positive law. In specific terms, this occurs every time the constitutional tribunal fails to stop at *interpreting* and *applying* the Constitution, but *implements, integrates* and *modifies* it; it fails to stop at cancelling unconstitutional laws/norms, but rather modifies such laws, integrating the Constitution in 'positive' terms; it thereby *subtracts itself* from the norms of law of which it is the direct recipient, likewise *inviting other subjects to violate* the norms of law.

# Materiali

---



*I fini della teoria pura del diritto*  
di Hans Kelsen

---

*La formazione dei concetti nel diritto pubblico*  
di Gerhard Leibholz

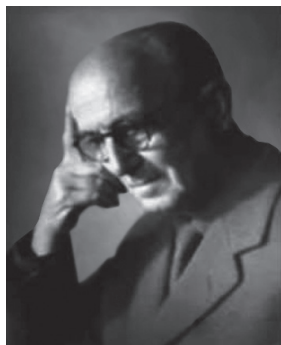
---

*Colloquio su Scienza, Diritto e Comparazione*  
*Intervista al Prof. Rodolfo Sacco (Torino, 24 gennaio 2017)*  
di Federico Pedrini



# *I fini della teoria pura del diritto*

di Hans Kelsen



Questo scritto di Hans Kelsen apparve originariamente nel 1936 in *Pocta k sesdesiatym narodeninam dr. Karla Lastovka*, Bratislava, Knihovna právnickej fakulty university Komenskeho v Bratislava, Svazok 43, pp. 203-212.

Viene qui pubblicato con la gentile autorizzazione dello Hans-Kelsen Institut di Vienna e del suo Direttore, Prof. Dr. Clemens Jabloner.

---

Il diritto in quanto oggetto di conoscenza può essere considerato in vario modo. Un particolare ordinamento giuridico può essere rappresentato in modo sistematico, per esempio come diritto francese o come diritto internazionale; oppure si può rappresentare un determinato gruppo di norme come, per esempio, il diritto penale svedese o il diritto delle obbligazioni tedesco; o, ancora, determinare una disposizione particolare come la regolamentazione degli interessi di mora secondo il Codice civile svizzero (dogmatica giuridica). L'intenzione può essere quella di spiegare le norme nel loro insieme o la singola norma in questione, di rendere il loro significato più chiaro di quanto non appaia direttamente dalla formulazione autentica che il diritto assume in quanto legge, decreto, contratto ecc. La rappresentazione del diritto dipende, di conseguenza, dalla sua interpretazione. Tuttavia, ci si può anche interrogare su come il contenuto di un particolare ordinamento giuridico o di sue singole istituzioni sia storicamente sorto (storia del diritto); questo contenuto può essere messo a confronto con il contenuto di altri ordinamenti giuridici, si possono analizzare coincidenze e divergenze per accertare determinati tipi di diritto (diritto comparato). E, infine, confrontando tutti i fenomeni che si definiscono "diritto" si può analizzare l'essenza del diritto, la sua struttura tipica indipendentemente dal contenuto mutevole che il diritto ha assunto in tempi e luoghi diversi. Questo è il compito di una teoria generale del diritto che non si limita a considerare un ordinamento giuridico particolare o particolari norme. Essa deve definire i concetti fondamentali che permettono di comprendere intellettualmente ogni diritto e fornir-



re in questo modo la base teoretica per tutti gli altri rami della scienza del diritto.

La Teoria pura del diritto non è né la dogmatica, né l'interpretazione di un ordinamento giuridico particolare, né storia del diritto o diritto comparato. Essa è teoria generale del diritto.

La conoscenza del diritto è minacciata da due pericoli insiti nella natura stessa del proprio oggetto. In qualunque modo si voglia definire l'essenza del diritto non si può negare che esso costituisce un ordinamento che regola il comportamento umano. Non rappresenta, però, l'unico ordinamento possibile di tale comportamento. Esiste anche un ordinamento "naturale" del medesimo. Anche il comportamento effettivo degli esseri umani lo consideriamo come determinato, regolato da leggi della natura, ossia, causalmente determinato e pertanto collegato in maniera indissolubile con tutto il resto del divenire determinato nello stesso modo. Il comportamento effettivo dell'essere umano, che dipende sempre e senza eccezione dall'ordine naturale, può, ma non deve necessariamente, corrispondere all'ordinamento giuridico. L'essere umano può comportarsi anche in modo antiggiuridico, mentre non può mai comportarsi in modo contrario alla natura, in contraddizione con le leggi causali. Poiché, però, il comportamento determinato dalla normatività dell'ordinamento giuridico è regolato in ogni momento anche dalle leggi naturali, la conoscenza rivolta al diritto corre il pericolo di cogliere l'ordine naturale invece dell'ordine giuridico-normativo; ossia, rischia di non chiedersi come l'essere umano *dovrebbe* comportarsi giuridicamente, poiché effettivamente non si comporta in tale maniera, ma di domandarsi come si comporta effettivamente e perché, ossia per quali ragioni agisce in un modo e non in un altro. Il pericolo di non distinguere nettamente l'ordinamento giuridico dall'ordinamento naturale è grande in quanto esiste un ordinamento giuridico, del quale gli esseri umani sono consapevoli, come sono consapevoli di avere creato un ordinamento giuridico e norme giuridiche che regolano la condotta umana; esiste, anche, il rischio di ritenere giuridico un comportamento il quale, invece, è determinato dalle leggi causali. Inoltre, un ordinamento giuridico diventa per l'essere umano vincolante, ossia "valido", e viene pertanto considerato "ordinamento", se l'effettivo comportamento degli esseri umani in rapporto ad esso corrisponde, almeno in parte, a tale ordinamento; ovvero se esiste un minimo di concordanza tra l'ordinamento giuridico e quello naturale (causale). Anzi, sovente un ordinamento giuridico si sviluppa proprio a partire dalla circostanza che gli esseri umani si comportano effettivamente per un certo tempo in un dato modo. È l'abitudine che crea negli esseri umani la convinzione che sia giusto comportarsi nella maniera in cui da tempo ci si comporta. Tuttavia, il comportamento effettivo - quel-

essa non soccombe, ciò è dovuto alla convinzione che nell'eterna lotta del potere contro lo spirito quest'ultimo cede solo a sconfitte passeggere, nelle quali anche la scienza diventa prigioniera del temporaneo vincitore. Ma la storia insegna che la vittoria del potere non è mai stata definitiva e che lo spirito, più è violentato, più fortemente resiste, fino a riconquistare ciò che appartiene alla sua natura più intima: la libertà.

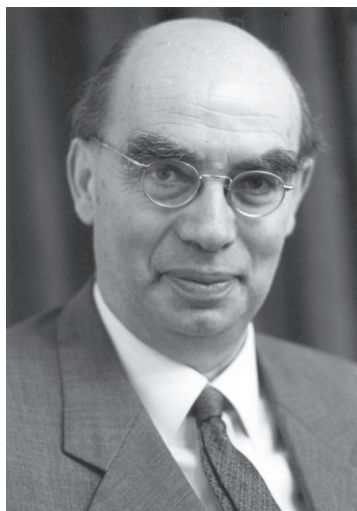
*(Traduzione di Nicoletta Bersier Ladavac)*

### *Abstract*

In this essay, first published in 1936, the Author defends his theory - the *reine Rechtslehre* - as a purely scientific method, aiming at the core of the legal phenomenon as independent from any other non-legal approach to this object.

# *La formazione dei concetti nel diritto pubblico*

di Gerhard Leibholz



Gerhard Leibholz (1901-1982) è noto anche in Italia come il massimo rappresentante della dottrina giuridica dello Stato dei partiti. Giudice costituzionale, dopo l'esilio in Inghilterra durante il regime nazista è stato professore di Dottrina dello Stato nell'Università di Göttingen. Tra le sue opere principali ricordiamo *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, apparso nel 1929 e nel 1966 in seconda edizione rivista.

Il saggio che viene qui stampato risale al 1931 ed è stato ripubblicato nel volume di scritti *Strukturprobleme der modernen Demokratie (Vorträge und Aufsätze)*, Karlsruhe, Müller, 1958; (nuova edizione ampliata Frankfurt a.M., Athenäum, 1974).

---

Il profondo cambiamento che, nella dottrina tedesca del diritto pubblico, è venuto a poco a poco compiendosi in séguito alla guerra, alla sconfitta e alla rivoluzione, si rivela anche nel metodo, completamente mutato, del processo di formazione dei concetti giuridici.

La formazione dei concetti nel diritto pubblico, in Germania, negli ultimi decenni, si è mantenuto in maniera prevalente sulla linea del positivismo, di cui era satura l'atmosfera di quegli anni.

Questo positivismo giuridico nel momento della sua affermazione, intorno al 1880, non era privo, per quanto riguarda i suoi metodi, di una certa giustificazione, in quanto portava ad una purificazione dei concetti giuridicamente rilevanti da elementi estranei (soprattutto da quelli di natura economico-sociale), ad una posizione formale logico-costruttiva. Il lavoro di formazione dei concetti si esaurisce in un processo puramente logico, che opera sul materiale normativo e utilizza soltanto ciò che crede di poter ricavare senza mediazioni da tale materia, affermandolo perciò come positivo.

Tutte le considerazioni storiche, politiche e filosofiche contribuiscono espressamente alla formazione dei concetti giuridici escludendo ogni considerazione finalistica. Di questo formalismo concettuale, coi

suoi limiti di competenza e coordinazione, con le sue astrazioni generalizzanti e le sue sussunzioni, le sue analisi e sintesi logico-formali dei concetti, è caratteristica sopra tutto l'esposizione del diritto pubblico tedesco del 1871 fatta dal Laband, la cui influenza è stata avvertita anche nei paesi latini, fra i quali l'Italia.

L'ideale di questo indirizzo positivista consiste nella matematizzazione del concetto di diritto e nel trasferimento del processo di formazione dei concetti dalla logica alla scienza del diritto. La cosa non è affatto nuova. Sin dai tempi di Leibniz e di Kant sono stati fatti tentativi in questo senso, per quanto certamente non ancora nella forma così radicale che si constata nella attuale dottrina del diritto pubblico tedesco, in modo particolare nel Kelsen, esecutore testamentario del Laband e allievo del neo-kantiano Cohen. Per Kelsen e la sua scuola la scienza del diritto è diventata una specie di "geometria" di tutta l'esperienza giuridica. Grazie a lui è stato compiutamente realizzato il programma della scuola neo-kantiana di Marburgo, che già aveva mandato all'aria il contenuto metafisico giusnaturalistico della filosofia kantiana e aveva cercato di dare alla scienza del diritto come scienza dello spirito l'impronta di una matematica. Kelsen, più radicalmente ancora del Laband, esclude senz'altro dalla formazione dei concetti ogni questione politico-sociologica, sostenendo che questa porterebbe fuori dal dominio della scienza del diritto, la quale deve essere esclusivamente una scienza pura e normativa. Tutte le considerazioni causali sono escluse come qualcosa di estraneo al diritto e ricacciate nella loro sfera, che non è oggetto di considerazione giuridica. In questo senso Kelsen e la scuola viennese, da lui diretta, conducono ormai da due decenni una lotta costante contro ogni inclusione di elementi non strettamente logici nella formazione del concetto del diritto. Questo positivismo razionalistico, di impronta labandiano-kelseniana, in séguito all'eliminazione di ogni punto di vista teleologico e sociologico, conduce al mero formalismo del concetto, vuoto di contenuto, e per conseguenza ad un'enorme limitazione e svalutazione di tutto il mondo giuridico. Tolto ogni contenuto, non rimangono che dei concetti formali, schematici, "unidimensionali"; cioè vuoti e nudi di ogni contenuto proprio spirituale. Di fronte ai veri problemi della formazione dei concetti nell'ambito della dottrina del diritto pubblico, questo pretenzioso formalismo appare del tutto insufficiente. Ciò che la teoria pura del diritto produce non è altro, in verità, che una caricatura logico-costruttiva dell'ordinamento del diritto esistente, è una logica e non una scienza del diritto, i cui concetti ed i cui contenuti non possono essere resi intelligibili con l'aiuto e l'impiego delle categorie logiche e dei concetti generali.

Una scienza del diritto che tentasse di dominare il mondo dei concetti solo con questa teoria pura rinnegherebbe se stessa. Effettivamen-

ma relativo alla formazione dei concetti giuridici ci si può dunque consapevolmente allontanare dal positivismo giuridico e dal suo sopravvalutato metodo logico-formale per avvicinarci al criterio transpositivo e ad un ordinamento giuridico ad esso conforme; ciò che solo può garantire una considerazione scientifica del diritto, aderente alla vita.

[Traduzione di Eugenio de Sio]

### *Abstract*

In this essay, published for the first time 1931, the Author, the greatest expert in the juridical theory of the modern political parties, arguments about the limits of the pure theory of law and, in general, of every only abstract and formalistic legal theory, drawing on the phenomenological method in favor of a different theory of law and State, more concerned about the teleology in the building of legal concepts.

# Colloquio su Scienza, Diritto e Comparazione

Intervista al Prof. Rodolfo Sacco (Torino, 24 gennaio 2017)

di Federico Pedrini\*



Rodolfo Sacco, Emerito di Diritto Civile all'Università di Torino, è Accademico Nazionale dei Lincei e membro o corrispondente di numerose altre Accademie e Associazioni scientifiche, tra cui l'Accademia nazionale delle Scienze di Torino, l'Istituto Lombardo-Accademia di Scienze e Lettere, l'Académie des sciences morales et politiques dell'Institut de France, l'Accademia Europea, la Société de Législation comparée e l'International Academy of Comparative Law.

Già Presidente dell'International Association of Legal Sciences e della Società Italiana per la Ricerca nel Diritto comparato, da lui stesso fondata, è Direttore del Digesto, del Trattato di diritto civile e del Trattato di diritto comparato editi dalla Utet giuridica. Ha dedicato studi fondamentali ai maggiori istituti del diritto civile, all'interpretazione e all'antropologia giuridica ed è riconosciuto tra i massimi esponenti della scienza del diritto comparato a livello mondiale (la Direzione).

*Introduzione. Scienza giuridica e Comparazione,  
ovvero: d'un dialogo tra Orazio e Amleto*

*There are more things in heaven and earth, Horatio,  
Than are dreamt of in your philosophy  
(Hamlet, 1.5.167-8)*

«Ci sono più cose in cielo e in terra, Orazio, di quante ne sogni la tua filosofia», recita Amleto in un celebre dialogo dell'omonima tragedia, a imperituro monito dei limiti conoscitivi tipici d'ogni "gabbia concettuale" razionalmente precostituita. (S'osservi, *en passant*, che nel *First Folio* datato 1623 la più universalistica dicitura era - non a caso - «our philosophy»).

Proprio il verso di Shakespeare, forse più d'ogni altro, è risuonato mentalmente in chi scriveva queste righe d'introduzione alla ricerca di un'immagine che potesse almeno in parte evocare sulla scena la poliedrica figura di studioso incarnata da Rodolfo Sacco.

\* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

Dovendo scegliere una (e una sola) cifra distintiva del Decano di quella scienza giuscomparatistica italiana che egli stesso contribuì a “inventare” negli anni Cinquanta del secolo scorso, infatti, non saprei probabilmente indicarne una migliore dell’intatta ed inesausta curiosità.

Caratteristica che ne ha fatto spaziare gli interessi di ricerca in modo strabiliante: dall’esordio con uno studio storico sugli Statuti di Revello ai lavori dedicati a tematiche più tradizionalmente giuridiche come l’ermeneutica dell’atto normativo, la buona fede, il fatto ingiusto, il possesso – (tematiche) sempre poi coltivate nel tempo con ulteriori approfondimenti sul contratto, sul negozio, sulle obbligazioni e via enumerando –, per poi passare alle trattazioni di taglio più squisitamente comparatistico sui grandi sistemi giuridici e le grandi epoche del diritto, sui *prolegomena* alla comparazione giuridica, sul diritto africano, fino a giungere alle indagini più recenti in tema di antropologia giuridica e, da ultimo, di diritto “muto”.

Curiosità inesauribile, si diceva. Ma curiosità, occorre anche precisare, non limitata soltanto alla sete, all’“avidità” di sapere – di *tutto* il sapere, verrebbe quasi da scrivere, con evidente iperbole –, e viceversa costantemente accompagnata (e integrata) con la tenace e talora provocatoria *messa in discussione* del sapere (vecchio e nuovo), sempre memore del fatto che la conoscenza si configura assai più come un processo costantemente “*in fieri*” che non come un risultato definitivamente acquisito.

Una curiosità, quindi, anzitutto (e forse soprattutto) *critica*, che emerge del resto nitida anche nel Sacco Maestro perennemente “inquieto” del Diritto Civile, già precocissimo “contestatore” dei suoi venerati assiomi sin dalla “scandalosa” tesi di laurea del 1946 sull’interpretazione giuridica. Sicché il rilievo del Principe di Danimarca parrebbe trovare qui il suo completamento ideale nell’*aforisma* di Georg Christoph Lichtenberg (reso poi immortale dal genio di S. FREUD, *Il motto di spirito e la sua relazione con l’inconscio*, trad. it. di S. Giametta, Milano, Rizzoli, 2010, 86), secondo cui non andrebbe dimenticato neppure che «ci sono anche molte cose in filosofia che non stanno né in cielo né in terra».

Sì perché – va subito chiarito – le innovazioni introdotte a livello teorico e metodologico da parte della comparazione giuridica non si configurerebbero come semplici “rifiniture” del tradizionale approccio al diritto, ma come un suo autentico e definitivo superamento.

A imporlo sarebbe la ferrea logica del progresso scientifico, la quale – se applicata con rigore – non ammette indugi, tentennamenti o mezze misure: «è un’ovvietà. Copernico corregge Tolomeo», e non è davvero un caso, dunque, se «la luce che la comparazione proietta sul materiale giuridico *rivoluziona* la teoria generale del diritto».



Dagli anni Cinquanta, ho auspicato che la trasmissione del sapere giuridico (si intenda: i programmi delle scuole di diritto) facesse un posto alla comparazione.

Sono stato mal compreso, sono stato deriso, sono stato messo sotto accusa. Ma dal 1994 le nuove norme sono state il risultato della battaglia vinta (condotta non soltanto da me, ovviamente).

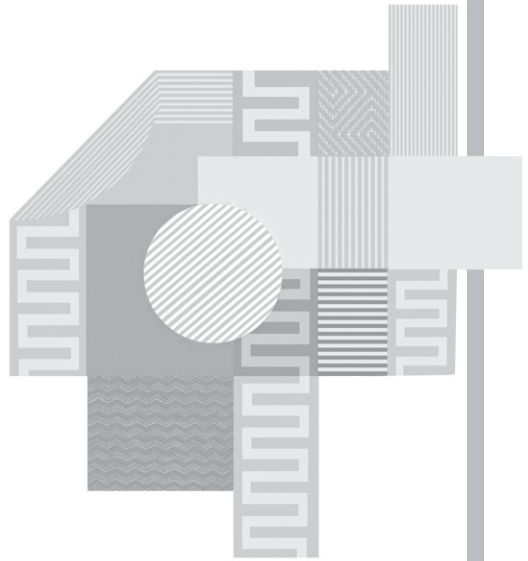
E ora io auspico che in quei programmi, via via che si formino docenti in grado di insegnare le tematiche che sto per dire, figurino corsi di traduttologia giuridica, figurino corsi di antropologia giuridica, figurino corsi di "biologia e diritto".

### *Abstract*

The article constitutes a critical treatment of the theoretical foundations of the comparative approach to law and legal sciences. First of all, it examines the epistemology of the comparatist, rooted in the validation method, along the lines of the historical sciences, relating it to the normative approach typical of legal positivism. It then goes on to examine the concept of 'law' developed on the basis of comparative sciences according to the so-called 'theory of formants', paying special attention to the varying importance which – compared to traditional treatises – on one hand is attributed to written sources in this reconstruction (starting from the Constitution) and those unwritten (starting from common practice and the *opinio iuris* that underpins it) on the other. Lastly, the final part is dedicated to the theme of juridical interpretation and its repercussions with regard to the relationship between the comparative approach to law, 'legal positivism' and *Richterrecht*.

# Interventi, Note e Discussioni

---



*Calamandrei alla Costituente: garanzie e limiti del potere giudiziario*  
di Guido Alpa

---

*Spunti dal caso Taricco, fra Corte di giustizia e Corte costituzionale*  
di Cristiano Cupelli

---

*Sovranità, democrazia e vincoli derivanti dall'appartenenza  
all'Unione europea*  
di Filippo Donati

---

*Il rapporto tra Presidenza e Congresso durante la Presidenza Obama  
(2008-2016)*  
di Giuseppe Franco Ferrari



# *Calamandrei alla Costituente: garanzie e limiti del potere giudiziario\**

di Guido Alpa\*\*



**Sommario:** § 1. – Profilo. § 2. – Proposte. § 3. – Padre costituente. § 4. – Una Costituzione inattuata?

---

## § 1. – *Profilo*

Ricorre quest'anno il sessantesimo anniversario della scomparsa di Piero Calamandrei (1889-1956), uno dei più grandi giuristi del Novecento, che ha contribuito a fondare la Repubblica nata dall'antifascismo e dalla Resistenza. La Casa editrice Marietti, nella sua sezione dedicata al diritto, non poteva cogliere migliore momento per riproporre all'attenzione dei cittadini italiani la figura di Piero Calamandrei come Padre costituente. Le pagine, tratte dal sito della Camera e presentate dalle acute riflessioni di Paolo Grossi e di Enzo Cheli<sup>1</sup>, raccolgono le proposte, i testi e gli interventi con cui il Maestro contribuì a scrivere la Carta, curando in particolare, ma non soltanto, le disposizioni sulla organizzazione della giustizia, sul potere giudiziario, sul Consiglio Superiore della Magistratura e sulla Corte costituzionale.

Piero Calamandrei è stato un autentico protagonista nel mondo del diritto, dell'accademia, delle istituzioni e della cultura. Professore di diritto processuale civile in diversi Atenei, e in quello fiorentino, in cui insegnò per più di un trentennio, coltivò non solo la sua materia

---

\* Prefazione al volume che raccoglie i testi delle relazioni e degli interventi di Piero Calamandrei all'Assemblea costituente pubblicato da Marietti, Genova, 2016.

\*\* Sapienza - Università di Roma.

<sup>1</sup> P. GROSSI, *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 865 ss.; E. CHELI, *Diritto, processo e giustizia nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *AIC*, n. 3/215.

di elezione, ma anche il diritto costituzionale. Di diritto costituzionale si occupò in libri e saggi, e soprattutto dirigendo, insieme con Alessandro Levi, il primo *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*<sup>2</sup>.

Studio acuto e brillante, dotato di un ingegno poliedrico, Piero Calamandrei aveva ereditato una severa educazione da una famiglia di giuristi: il padre Rodolfo era stato professore di diritto commerciale a Siena, avvocato e deputato per il Partito repubblicano dal 1906 al 1908; il nonno Agostino, magistrato. Nel 1925 firmò il Manifesto degli intellettuali antifascisti di Benedetto Croce e fece parte dell'Unione nazionale fondata da Giovanni Amendola. Nonostante le sue opinioni politiche eterodosse, rispetto al conformismo degli intellettuali del ventennio, per la sua straordinaria competenza tecnica fu nominato dal Ministro Guardasigilli Dino Grandi presidente della Commissione ministeriale per la redazione del nuovo codice di procedura civile, promulgato nel 1940. La partecipazione ai lavori della Commissione ministeriale non arrestò comunque la sua azione politica. Nel 1941 aderì infatti al movimento "Giustizia e libertà", e dopo il 1943, ricercato per la sua attività "sovversiva", riuscì a sottrarsi alla cattura, nascondendosi in campagna fino alla liberazione, avvenuta nell'estate del '44.

Da quel momento ha inizio, propriamente, anche la sua vita pubblica. Eletto alla Consulta nazionale nel 1945 e all'Assemblea costituente il 12 luglio 1946, per il Partito d'Azione, fu successivamente eletto alla Camera dei Deputati, dal 1° giugno 1948, per Unità socialista; confluì in seguito nel Partito socialista unitario, poi nel Partito socialista democratico, seguendo con impegno tutte le grandi battaglie ideali che travagliavano il Paese in quel complesso periodo storico. Militò a favore delle libertà politiche e civili, della libertà di stampa, del principio di laicità, e curò le questioni fondamentali attinenti la giustizia.

I cittadini italiani gli sono debitori di molte delle disposizioni che campeggiano nella Costituzione. Membro della Commissione per la Costituzione dal 19 luglio 1946 al 31 gennaio 1948, e nello stesso periodo membro della Seconda sottocommissione per la redazione del testo costituzionale, e del Comitato di redazione, egli contribuì alla redazione delle norme sui diritti civili, si occupò di dare rilevanza giuridica ai diritti sociali, e quanto alla giustizia rivendicò l'indipendenza e l'autonomia della Magistratura.

Il tema era già stato affrontato nel momento travagliato del passaggio dallo Stato liberale alla fase incerta che precedette l'avvento della dittatura. Nel discorso inaugurale dell'anno accademico dell'Università di Siena (*Governo e magistratura*, pubblicato con il titolo *Governo e magi-*

---

<sup>2</sup> P. CALAMANDREI, A. LEVI, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, Barbera, 1950.

## *Abstract*

The legal and political plan, in which the Judiciary places itself, has been outlined in the Constitution by Piero Calamandrei's proposals and contributions; he was a founding father and also one of the most greatest jurists of the twenties Century. In Calamandrei's plan submitted to the Commission for the Constitution in December 1946, he wrote: "A Judiciary that is "an autonomous order" and "provides for itself to its government, and without any interference from the executive power", guarded and protected by an higher Council. A functional independence, an ordinary Judiciary, a tribunal previously established by law. Next to it, a procedure for the review of constitutionality by the Constitutional Court. Moreover, Calamandrei had fought the political compromise, and he had sensed that the new Italy would firmly rooted on a betrayed Constitution, largely unimplemented.

# Spunti dal caso Taricco, fra Corte di giustizia e Corte costituzionale

di Cristiano Cupelli\*



**Sommario:** Premessa. § 1. – La Corte di Giustizia, la prescrizione e gli interessi (finanziari) dell’Unione: l’involontario merito del caso Taricco. § 2. – L’impatto nella giurisprudenza italiana. La questione di legittimità costituzionale. § 3. – I controlimiti e la tenuta del principio di legalità. § 4. – La riserva di legge in materia penale e i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale. § 5. – L’ordinanza n. 24 del 2017: puntualizzazioni in tema di legalità penale. § 6. – (segue) Per la Corte costituzionale non è ancora il tempo delle decisioni. Il rinvio

pregiudiziale alla Corte di Giustizia. § 7. – Conclusioni (inevitabilmente provvisorie). L’alternativa secca e i rapporti tra diritto penale, potere e garanzie: lo spettro di un’anomia penale.

## Premessa

La sentenza della Grande Sezione della Corte di Giustizia 8 settembre 2015, Taricco<sup>1</sup> esemplifica emblematicamente lo stato dei rapporti tra diritto dell’UE e diritto penale, mettendo a nudo le idiosincrasie tra principi costituzionali, fonti sovranazionali e (pronunce delle) Corti in materia penale. L’ormai celebre vicenda si è arricchita, con il deposito dello scorso 26 gennaio dell’ordinanza n. 24 del 2017, di un ulteriore tassello che tuttavia, come si vedrà, non solo non pone fine alla questione, ma anzi alimenta ulteriori perplessità<sup>2</sup>, dal momento

\* Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

<sup>1</sup> In *www.penalecontemporaneo.it*, 14 settembre 2015; sulla sentenza, F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, *ivi*, 14 settembre 2015; IDEM, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, *ivi*, 9 maggio 2016; V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovrersione di sistema”: le ragioni dei controlimiti*, *ivi*, 6 maggio 2016; M. GAMBARDILLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2016, 1462 ss.; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC* n. 2/2016, 15 aprile 2016; C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2016, 419 ss.; A. RUGGERI, *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? Alla ricerca dell’araba fenice costituzionale: i “controlimiti”*, in *Lo Stato*, 6/2016, 47 ss.

<sup>2</sup> Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 gennaio 2017.



che, optando per una soluzione “diplomatica”, la Corte costituzionale ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, chiedendole in sostanza di avallare una proposta di lettura “costituzionalmente conforme” della sentenza Taricco che, se confermata, consentirebbe di superare i dubbi di legittimità costituzionale avanzati dai giudici italiani rimettenti<sup>3</sup>.

### § 1. – *La Corte di Giustizia, la prescrizione e gli interessi (finanziari dell’Unione)*

Come è noto, con la sentenza Taricco la Corte di Giustizia, sollecitata dal GUP presso il Tribunale di Cuneo<sup>4</sup>, ha affermato l’obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la disciplina interna in materia di atti interruttivi della prescrizione, così come emergente dagli artt. 160 e 161 c.p., allorquando ritenga che tale disciplina (fissando un limite massimo al corso della prescrizione pari, di regola, al termine prescizionale ordinario aumentato di un quarto) impedisca allo Stato italiano di adempiere agli obblighi di effettiva tutela degli interessi finanziari dell’Unione, imposti dall’art. 325 del TFUE, nei casi di frodi tributarie di rilevante entità altrimenti non punite in un numero considerevole di casi.

Due le ravvisate ipotesi di incompatibilità degli artt. 160 e 161 c.p. con il diritto UE: la prima, con riferimento all’art. 325, par. 1 TFUE, allorquando il giudice nazionale ritenga che dall’applicazione delle norme in materia di (interruzione della) prescrizione derivi, «in un numero considerevole di casi, l’impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una frode grave» in materia di IVA o di interessi finanziari dell’Unione europea, di talché la normativa interna impedisca l’inflizione di sanzioni effettive e dissuasive per tali condotte (§. 47); la seconda, con riferimento all’art. 325, par. 2 TFUE, nel caso in cui il giudice interno verifichi che la disciplina nazionale contempra per i casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari interni termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode (di natura e gravità comparabili) lesivi di interessi finanziari dell’UE (§. 48).

In particolare, l’obbligo di assimilazione si è ritenuto violato a fronte della comparazione con il delitto di associazione allo scopo di

<sup>3</sup> Si tratta del secondo rinvio pregiudiziale compiuto dalla Corte costituzionale italiana in via incidentale (dopo il precedente dell’ordinanza 18 luglio 2013, n. 207 in materia di personale scolastico) e il primo in cui viene evocato un possibile conflitto con i principi supremi dell’ordine costituzionale.

<sup>4</sup> Con una questione pregiudiziale sollevata con ordinanza del 17 gennaio 2014, reperibile in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 7 febbraio 2014, con nota di F. ROSSI DAL POZZO, *La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di Giustizia?*

di soluzioni improntate a «radicalismo, rivoluzione, eroismo, rinnovo dell'analisi, dei paradigmi, delle soluzioni»<sup>35</sup>, per l'UE un gesto di rottura che possa far rinascere l'idea originaria di Europa politica non può essere rappresentato certo dalla prospettiva *finanziaria* espressa dalla Corte di Giustizia nella sentenza Taricco, in linea di stretta continuità col *trend* economico-tecnicistico che ha marginalizzato il peso politico, quanto piuttosto da una svolta garantista, in chiave di riaffermata supremazia di legalità, democrazia, rappresentanza e responsabilità politica nelle scelte di politica criminale.

### *Abstract*

The contribution refers to the question of constitutionality that was deferred to the Italian Constitutional Court by the Italian Supreme Court, related to the famous «Taricco case», and addresses several important legal issues deriving from the interrelation between European and domestic law, as well as from the relationship between the Italian Constitutional Court, the Court of Justice of the European Union and European Court of Human Rights. Special attention is given to the application of the Italian constitutional theory of «counter-limits» in criminal law and to the possibility to recognize at the principle of legality, in particular in its meaning of non-retroactivity of penalties and statutory reserve principle, the nature of supreme principle of the Italian legal system, which could represent a «counter-limit» with regard to the expansion of European Law in criminal matters.

<sup>35</sup> Y. MENY, *La crisi politica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 622.

# *Sovranità, democrazia e vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione europea*

di Filippo Donati\*



**Sommario:** § 1. – Premessa. § 2. – Il voto sulla *Brexit*. § 3. – Sovranità, democrazia e integrazione europea. § 4. – Il caso Taricco. § 5 – Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e la minaccia del ricorso all'arma dei controlimiti. § 6. – Legalità costituzionale e primazia del diritto dell'Unione. § 7. – Considerazioni conclusive.

## § 1. – *Premessa*

È opinione comune che le categorie tradizionali di sovranità e democrazia, su cui si fonda lo Stato costituzionale di diritto, siano ormai in crisi<sup>1</sup>.

Il tema della sovranità è ancora al centro di un ampio dibattito<sup>2</sup>. Ai limitati fini del presente scritto, faremo riferimento alla sovranità intesa come potere dei componenti di una società di determinare, in maniera autonoma e indipendente, il proprio assetto istituzionale e le proprie scelte politiche<sup>3</sup>.

Lo Stato è il modello istituzionale che permette ai cittadini, attraverso rappresentanti dotati di legittimazione democratica, di esercitare la sovranità. Per questo motivo l'integrazione internazionale e sovranazionale è comunemente considerata uno dei fattori che mag-

\* Università degli Studi di Firenze.

<sup>1</sup> Cfr., da ultimo, A. RUGGERI, *Prime note per uno studio su crisi della sovranità e crisi della rappresentanza politica*, in *ConsultaOnline*, 10 dicembre 2016, ed *ivi* ulteriori riferimenti.

<sup>2</sup> L'ultimo convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, che si è svolto a Trento l'11 e il 12 novembre 2016, è stato significativamente dedicato all'esame delle categorie "sovranità", "rappresentanza" e "territorio".

<sup>3</sup> Sulla sovranità come potere cfr., tra gli altri, M.S. GIANNINI, *Sovranità b) diritto vigente*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, 225 ss. Il concetto di sovranità è stato tuttavia studiato sotto diverse prospettive. Per la tesi che collega la sovranità ai valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale cfr. G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 3 ss.; IDEM, *Lo Stato principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, Giappichelli, 2005. Giunge invece a diverse conclusioni M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss.

giornamente hanno contribuito alla crisi della sovranità. Questa non ha infatti più il proprio centro di riferimento nello Stato, ma finisce per frammentarsi su molteplici livelli. In questa prospettiva si sta diffondendo l'idea che sia soprattutto il processo di integrazione sovranazionale, che ha avuto inizio con la firma dei Trattati di Roma, a minacciare la sovranità dei cittadini e, in ultima analisi, la democrazia.

Recentemente si sono avuti importanti segnali di reazione a questo processo di integrazione, che hanno interessato sia il piano politico sia il piano giudiziario.

Sotto il primo profilo, l'evento più importante è rappresentato dal *referendum* del 23 giugno 2016, che decise l'uscita dell'Inghilterra dall'Unione europea. La cosiddetta *Brexit* rappresenta l'epilogo di un periodo caratterizzato da forti contrapposizioni tra autorità nazionali e istituzioni dell'Unione europea, che ha avuto il suo apice durante la crisi dell'eurozona nell'estate del 2012. Essa è frutto del divario che si è venuto a creare tra i cittadini e le istituzioni dell'Unione europea, di cui si sono approfittati movimenti populistici che dell'euroscetticismo fanno uno dei loro campi di battaglia.

Sotto il secondo piano, è significativa la vicenda originata dalla sentenza resa dalla Grande sezione della Corte di giustizia sul caso Taricco. La Corte costituzionale, nella recentissima ordinanza n. 24 del 2017, ha attivato un rinvio *ex art. 267 TFUE*, nel quale ha chiesto alla Corte di giustizia di modificare la propria decisione, ritenuta lesiva del principio costituzionale di legalità in materia penale, minacciando in caso contrario l'attivazione dell'arma dei "controlimiti". Anche questo intervento è volto sostanzialmente a ripristinare la sovranità nazionale in materia penale, su cui ha inciso la decisione della Corte di giustizia.

Qui di seguito svolgerò una breve riflessione su questi due eventi e sugli effetti che ne possono discendere per il processo di integrazione europea.

## § 2. – Il voto sulla Brexit

L'ex premier inglese David Cameron promise l'indizione del *referendum* sulla permanenza del Regno Unito nell'Unione europea essenzialmente per motivi di politica interna. Cameron era convinto, in tal modo, di riuscire a sconfiggere l'ala euroscettica del partito conservatore, combattere l'avanzata del movimento indipendentista britannico UKIP e, in definitiva, confermare la propria *leadership*.

Nel famoso discorso tenuto nella sede di Londra dell'agenzia di stampa *Bloomberg* il 23 gennaio 2013<sup>4</sup>, Cameron annunciò ufficialmente

<sup>4</sup> Per una approfondita analisi di tutta la vicenda relativa al *referendum* sulla *Brexit*, a partire dal discorso di Bloomberg, cfr. P. CRAIG, *Brexit: a Drama in Six Acts*, in *European Law Review*, 2016, 447 ss.

ria dei controlimiti, dovrebbe configurarsi come evento assolutamente straordinario, da limitarsi ai casi estremi in cui il sistema dell'Unione, nel suo complesso, non si rivelasse più in grado di offrire una tutela adeguata dei principi fondamentali e irrinunciabili dell'assetto costituzionale interno.

La disponibilità manifestata dalla Corte costituzionale italiana ad instaurare un rapporto di dialogo e di cooperazione con la Corte di giustizia, in definitiva, lascia sperare che il risveglio della teoria dei "controlimiti", unito alla volontà di restaurare la sovranità nazionale in materia penale, non determini l'insorgere di un conflitto istituzionale capace di pregiudicare lo sviluppo del processo di integrazione europea.

### *Abstract*

The traditional idea of sovereignty has undergone recent transformation. In an integrated world, sovereignty ends up to be shared through multilevel governance. The European integration process, which started with the entry in force of the Rome Treaties, tends to be considered more and more as a threat to sovereignty of the Member States and, ultimately, to democracy.

In this article we will examine two recent important events which can be considered as a very strong reaction to the national sovereignty crisis arising out from the European integration process.

Firstly, we will focus on the referendum of June 23, 2016, which decided England's exit from the European Union. The so-called Brexit is the result of the widespread idea of an existing gap between citizens and EU institutions, of which populist movements and euroscepticism took advantage. However, due to the increasing interdependence of the States in a globalized world, the idea of a return to the old concept of national sovereignty appears quite illusory.

Secondly, we will examine the Taricco case, originated by a ruling of the Court of Justice according to which limitation periods for criminal offences such as that laid down by Article 160 and 161 of Italian Penal Code, is liable to have an adverse effect on fulfillment of the Member States' obligations under Article 325(1) and (2) TFEU and must be disapplied by national courts. The Constitutional Court, in the recent decision no. 24 of 2017, has set up a reference for preliminary ruling under Article. 267 TFEU. In its reference, the Italian constitutional Court clearly considers Article 325 TFEU, as interpreted by the CG, contrary to the principle of legality of criminal offences and penalties. The Court of Justice is consequently requested to modify its decision, under the threat that the same might be declared not applicable in Italy. However, the decision of the Italian Constitutional court to ask a preliminary ruling pursuant to Art. 267 TFEU, may activate a dialogue between the two Courts capable to mitigate the risk of an institutional conflict.

# *Il rapporto tra Presidenza e Congresso durante la Presidenza Obama (2008-2016)*

di Giuseppe Franco Ferrari\*



**Sommario:** § 1. – L'assetto politico del Congresso durante la Presidenza Obama. § 2. – L'esercizio del potere di veto. § 3. – L'uso dei *signing statements*. § 4. – Disegni di legge promossi dalla Presidenza. § 5. – Nomine e *recess powers*. § 6. – Controllo amministrativo sulle politiche. § 7. – Controllo amministrativo sul personale. § 8. – Sicurezza nazionale. § 9. – Il Presidente come Comandante in capo. § 10. – Trasparenza e libertà di informazione. § 11. – Esecutivo unitario o indipendenza dell'Esecutivo?

## *§ 1. – L'assetto politico del Congresso durante la Presidenza Obama*

L'evoluzione della Presidenza come istituzione di governo dipende, ovviamente, dalla sua relazione con il Congresso, che varia a sua volta in funzione della composizione politica<sup>1</sup>. Nel caso della Presidenza Obama, l'Amministrazione ha goduto di non meno di sette anni di maggioranza democratica al Senato e di soli tre nella Camera dei Rappresentanti.

Nel novembre del 2008, alle elezioni presidenziali, il Senato risultò infatti equamente diviso tra 49 Repubblicani e 49 Democratici, anche se i due membri eletti come indipendenti (Joseph Lieberman del Connecticut e Bernard Sanders del Vermont) confluirono entrambi nel *caucus* Democratico; la Camera ebbe una maggioranza di 233 Democratici, cresciuti a 257 (contro 178) nel 111° Congresso (2009-2011), quando i Democratici al Senato raggiunsero pure la comoda maggioranza di 57 a 41, con due indipendenti (sempre i Senatori Lieberman e Sanders)

\* Università Commerciale Luigi Bocconi - Milano.

<sup>1</sup> Questa osservazione scontata risale alla dottrina classica in materia di Presidenza statunitense, come C. ROSSITER, *The American Presidency*, New York-N.Y., John Hopkins University Press, 1956, cap. 8; R.E. NEUSTADT, *Presidential Power and the Modern Presidents*, New York-N.Y., Free Press, 1990, ad esempio 45, 174 e 194 dell'edizione *paperback* del 1991; M. NELSON, *The Presidency and the Political System*, X ed., New York-N.Y., CQ, 2015; S.M. MILKIS, M. NELSON, *The American Presidency. Origins and Development, 1776-2014*, VII ed., Washington-D.C., Sage Publications, 2015.



ancora uniti ai Democratici nelle votazioni, più un Senatore (Arlen Specter, Pennsylvania) eletto come Repubblicano ma passato ai Democratici nel 2009.

Nel 2011 la Camera è passata ai Repubblicani, con ampie maggioranze che si sono rivelate impossibili da rovesciare (242 contro 193 nel 112° Congresso, 234 contro 201 nel 113°, 247 contro 188 nel 114°). Al Senato, una maggioranza di Democratici ha resistito negli anni durante il 112° Congresso (51 contro 47 con i due Senatori indipendenti in *caucus* con i Democratici) e il 113° (53 contro 45 con gli stessi due membri indipendenti). Il passaggio a una maggioranza Repubblicana (54 contro 44 con due indipendenti) è avvenuto nel novembre del 2014, rendendo l'Amministrazione molto più debole – con il Presidente costretto a difficili negoziati cui non era solito – e più in generale alterando del tutto il quadro politico, con necessarie modifiche al modo in cui la Presidenza deve affrontare quantomeno i problemi più rilevanti.

Pertanto, un'ovvia distinzione va tracciata tra i primi tre e gli ultimi cinque anni della Presidenza. Fino a quando ha potuto contare su una maggioranza congressuale ampia e ideologicamente uniforme, la più grande dai tempi di Lyndon B. Johnson, Obama è stato in grado di promuovere in entrambi i rami del Congresso importanti provvedimenti, come l'*American Investment and Recovery Act* (ARCA)<sup>2</sup> meno di un mese dopo aver assunto l'incarico, nuove normative finanziarie di peso<sup>3</sup> e un'imponente estensione della copertura sanitaria, ben presto ribattezzata col suo nome<sup>4</sup>. I politologi hanno osservato che è stato capace, durante i primi anni in carica, di trasformare in normative la retorica appassionata dell'indirizzo inaugurale al Congresso e dei tre indirizzi sullo stato dell'Unione secondo un indice medio del 47,6%, la più alta capacità persuasiva sul Congresso nel dare seguito alle richieste presidenziali dai tempi dei due mandati di Reagan<sup>5</sup>. Durante lo stesso periodo ha avuto un tasso di successo nei voti per appello nominale al Congresso superiore al 90%, il più alto dai tempi di Franklin Roosevelt<sup>6</sup>. I casi di ostruzionismo da parte dei Repubblicani sono stati troncati dal frequente ricorso alle *cloture motions* per porre fine alla discussione<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Pub. L. 111-5, 123 Stat. 115.

<sup>3</sup> Riforma Dodd-Frank, Pub. L. 111-203, 124 Stat. 1376.

<sup>4</sup> *Patient Protection and Affordable Care Act*, Pub. L. 111-148, 124 Stat. 119, cosiddetta *Obamacare*.

<sup>5</sup> D.R. HOFFMAN, A.D. HOWARD, *Obama in Words and Deeds*, in *Social Science Quarterly*, 2012, 1316 ss.

<sup>6</sup> A. RUDALEVIGE, *A Majority is the Best Repartee: Barack Obama and Congress, 2009-2012*, in *Social Science Quarterly*, 2012, 1277.

<sup>7</sup> Non meno di 136 mozioni ghigliottina in due anni, 91 delle quali effettivamente votate, secondo A. RUDALEVIGE, *A Majority is the Best Repartee*, cit., 1282. Si tenga presente che



rimane un impegno altamente consigliabile ed anzi necessario, sopravvalutare la continuità potrebbe contribuire ad aprire la strada ad esperienze perfino peggiori.

### *Abstract*

The paper describes the transformation of the American Presidency during the two mandates of Barack Hussein Obama (2008-2016). It reviews the main features of the Presidency, such as veto power, signing statements, legislative proposal, nominations, administrative policies and relationships with administrative agencies, foreign policy, the powers as Commander in chief. Some conclusions are finally drawn in a global perspective.