

# Brexit, Trump e governo giallo-verde

Tre esempi di populismo digitale

di Mauro Barberis\*



**Sommario:** § 1. Premessa. – § 2. Brexit: il populismo d'opposizione. – § 3. Trump: il populismo di governo. – § 4. Governo giallo-verde: populismi di governo e d'opposizione. – § 5. Conclusione.

*Un buon politico è un signore che vi dice un certo numero di cose vere prima di iniziare a dirvi un certo numero di cose false, così crederete a tutto ciò che vi racconta*

(A. Finkelstein)

## § 1. – Premessa

Di cosa parliamo, quando parliamo di populismo<sup>1</sup>? Il diluvio di libri che sta uscendo sul tema – o piuttosto sulla vera questione sottostante: la crisi irreversibile della democrazia parlamentare<sup>2</sup> – si basa in realtà su tre fatti noti, benché da verificare. Primo: si parla di un momento populista<sup>3</sup> solo a partire dal 2016, anno della Brexit, della vittoria elettorale di Donald Trump, e del definitivo avvento in Occiden-

\* Università degli Studi di Trieste.

Questo lavoro costituisce il secondo capitolo di un libro intitolato *#Populismo. Come internet sta uccidendo la democrazia*, in uscita da Chiarelettere. Le integrazioni della bibliografia e l'approfondimento di molti profili giuridici si trovano in altri capitoli del libro.

<sup>1</sup> Mi sono scontrato con il problema curando la parte monografica su *Populismi e diritto di Ragion pratica*, n. 52/2019. Molti dei miei colleghi giuristi, anche i più bravi, dichiaravano di ignorare il senso di 'populismo', parola da non usare, secondo loro, in un testo scientifico. Oggi la situazione sta lentamente cambiando: cfr. ad esempio M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale fra lex e ius*, Modena, Mucchi, 2019.

<sup>2</sup> Cito solo quattro uscite recenti: J. BRENNAN, *Contro la democrazia* (2016), trad. it. di R. Bitetti e F. Morganti, Roma, Luiss Press, 2018; S. LEVITSKY, D. ZIBLATT, *Come muoiono le democrazie*, Roma-Bari, Laterza, 2018; Y. MOUNK, *Popolo vs. democrazia* (2018), Milano, Feltrinelli, 2018; F. FUKUYAMA, *Identità. La ricerca della dignità e i nuovi populismi*, Torino, Utet, 2019.

<sup>3</sup> Cfr. Y. MÉNY, *Popolo ma non troppo. Il malinteso democratico*, Bologna, il Mulino, 2019, 7.

te dei populismi digitali<sup>4</sup>. Secondo: ai margini dell'Occidente crescono le democrazie illiberali<sup>5</sup>.

Terzo: la democrazia parlamentare, liberale e costituzionale, non ha mai veramente attecchito fuori dall'Occidente. E forse possiamo persino immaginare perché: la democrazia non è una pianta adatta per tutti i terreni. Al contrario, è una pianta eminentemente cittadina: è nata nelle città greche, a Roma e poi nei comuni italiani. Dunque, non cresce facilmente in campagna, nei deserti, nella jungla. Viene da chiedersi, anzi, se possa mai attecchire nelle stesse megalopoli in cui vive, ormai, oltre la metà del genere umano<sup>6</sup>.

Verificare il secondo e terzo fatto richiederebbe un'indagine globale, con una documentazione immensa e che difficilmente darebbe risultati scientifici, empiricamente falsificabili<sup>7</sup>. Il primo fatto, invece, è più alla nostra portata. Qui di seguito, dunque, Brexit, amministrazione Trump e governo giallo-verde italiano verranno esaminati come esempi paradigmatici di populismo digitale, al fine di chiedersi se non sia proprio questa la più probabile linea di sviluppo delle democrazie occidentali consolidate.

## § 2. – *Brexit: il populismo d'opposizione*

Che Brexit, amministrazione Trump e governo giallo-verde siano esempi paradigmatici di populismo digitale non possiamo presupporlo, ma è proprio quanto occorre dimostrare. Certo, c'è almeno una cosa che accomuna i tre processi: tutti e tre sono casi da manuale di effetti non intenzionali di azioni umane volte ad altri scopi<sup>8</sup>. Tutti sono stati innescati da scelte di attori che miravano a risultati diversi od opposti a quelli ottenuti. Ma questo non deve consolarci, come se si parlasse di incidenti della storia.

<sup>4</sup> Proprio questo, per me, dovrebbe essere il nome scientifico di quanto giornalisticamente si chiama populismo. In generale, sarà questo il senso in cui userò il termine, ove non altrimenti specificato.

<sup>5</sup> Qui basta un rapido elenco: l'Ungheria di Orbán, la Polonia di Kaczyński, la Russia di Putin, la Turchia di Erdoğan, il Venezuela di Maduro, il Brasile di Bolsonaro, l'India di Modi...

<sup>6</sup> Cfr. [www.unric.org/it/agenda-2030/30732-obiettivo-11-rendere-le-citta-e-gli-insediamenti-umani-inclusivi-sicuri-duraturi-e-sostenibili](http://www.unric.org/it/agenda-2030/30732-obiettivo-11-rendere-le-citta-e-gli-insediamenti-umani-inclusivi-sicuri-duraturi-e-sostenibili): «Oggi metà dell'umanità, vale a dire 3,5 miliardi di persone, vive in città. Entro il 2030, quasi il 60% della popolazione mondiale abiterà in aree urbane. Il 95% dell'espansione urbana nei prossimi decenni avverrà nei Paesi in via di sviluppo». Cfr. D. HARVEY, *Città ribelli* (2012), trad. it. di F. De Chiara, Milano, Il Saggiatore, 2013.

<sup>7</sup> Su questo tema inesauribile la bibliografia non fa certo difetto: cfr. almeno B. MOFFIT, *The Global Rise of Populism: Performance, Political Style, and Representation*, Stanford (Cal.), Stanford University Press, 2017, e C. DE LA TORRE, *Routledge Handbook of Global Populism*, Abingdon-on-Thames, Routledge, 2018.

<sup>8</sup> Nell'enorme letteratura, metodologica e sociologica, sugli effetti non intenzionali dell'azione umana (per definizione intenzionale), segnalo solo R. BOUDON, *Effetti "perversi" dell'azione sociale*, Milano, Feltrinelli, 1981: ricordando appena che tali effetti possono essere anche positivi.

## *Abstract*

We talk about populism, in particular in the digital sense that I believe the scholars should privilege, starting from three events: Brexit, Trump administration, Yellow-green government in Italy. This paper shows how in all three cases the internet was decisive. In the Brexit case, a typical example of digital populist opposition, the profiling and micro-targeting techniques were decisive for Leave to win the referendum. In the Trump case, a typical example of populist government, the occupation of the media through the use of Twitter was even more decisive than Russiagate and Cambridge Analytica. Finally, in the case of the Italian Yellow-green government, Facebook's callous use was decisive for the rise of the Salvini's League and the fall of Five Stars Movement. In the face of all this, the Author believes that Western elites have three obligatory paths: at the very least, to use the Internet better than their opponents; as a maximum, to tackle the major socio-economic problems that fuel populist resentment; as an intermediate yet most urgent solution, the Internet must be regulated.

# Grande guerra ed eclissi dello Stato liberale

di Mario Fiorillo\*



**Sommario:** § 1. – Il modello liberale post-unitario: uno Stato sotto tutela regia. § 2. Comando delle forze armate e politica estera nell'esperienza statutaria: *“les ministres passent, le Roi reste”*. § 3. – Fra il Governo di Roma e quello di Udine. Il Capo di Stato maggiore da “signore della guerra” a “rappresentante del Governo all’armata”. § 4. – Dalla “separazione” alla “confusione” dei poteri: un Parlamento dimezzato, per un “popolo bambino”. § 5. – A Costituzione sospesa, un *“deus absconditus”* per la politica di guerra italiana.

## § 1. – Il modello liberale post-unitario: uno Stato sotto tutela regia

Il problema delle garanzie costituzionali nei conflitti armati si pone con la nascita dello Stato di diritto, che – come noto – mette all’ordine del giorno il tema del controllo dell’operato dei poteri pubblici, della tutela dei diritti individuali e, infine, la questione della relazione fra potere civile ed organizzazione militare. In presenza di eventi bellici, il liberalismo non contestava affatto una sospensione anche assai ampia delle regole costituzionali che conformavano lo Stato liberale, purché si trattasse di limitazioni non in contraddizione con i principi di quest’ultimo. Esse erano legittime nella misura in cui risultavano non lesive del principio di legalità, in altri termini in quanto contenute entro i limiti temporali, spaziali e materiali dettati dalle fonti primarie per la disciplina emergenziale interna<sup>1</sup>. Il fondamento dell’esercizio del controllo democratico sullo stato di eccezione risiede nella subalternità dell’organizzazione militare rispetto al potere civile. Il potere

\* Università degli Studi di Teramo.

Il saggio costituisce una rielaborazione della relazione *Fra il Re soldato e un popolo bambino: il regime parlamentare italiano alla prova della Grande guerra*, presentata al Convegno su *Il diritto al fronte. Trasformazioni giuridiche e sociali in Italia nella grande guerra*, tenuto presso l’Università di Teramo nei giorni 8 e 9 novembre 2018.

<sup>1</sup> Il paradigma normativo dello stato di eccezione è generalmente rappresentato dalle leggi francesi sullo stato di assedio del 9 agosto 1849 e del 3 aprile 1878; in Italia invece, singolarmente, la prima normativa organica in materia è approvata in pieno regime fascista, con il r.d. 8 luglio 1938, n. 1415: v. in materia P.G. GRASSO, *I problemi giuridici dello «stato d’assedio» nello Stato italiano*, s.n., Pavia, Tipografia del libro, 1959, 213. Sui limiti allo stato di eccezione G. MARAZZITA, *L’emergenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2003, 237 ss.

politico sceglie i principi regolatori della organizzazione militare, vigila sull'estraneità delle forze armate nella determinazione dell'indirizzo politico, domanda l'intervento dell'esercito per la definizione militare dei rapporti internazionali dello Stato.

Insomma, gli apparati militari devono limitarsi a realizzare la decisione politica nei settori di loro appartenenza; mentre, a loro volta, gli organi costituzionali non devono in alcun modo intromettersi nella definizione degli aspetti tecnici del comando militare: un'*actio finium regundorum* a tutti gli effetti. E ciò nella piena consapevolezza dei rischi connessi all'attribuzione di un ruolo politicamente attivo al potere militare, dunque a tutela dei diritti civili e delle libertà inviolabili, cioè i capisaldi dello Stato di diritto<sup>2</sup>. Tale modello verrà più avanti tradotto, in dottrina, nell'attribuzione al potere esecutivo della potestà di disporre praticamente *ad libitum* dell'esercito nazionale, secondo l'efficace definizione dello stesso, offerta da Leon Duguit, come «force matérielle inconsciente»<sup>3</sup>. Ma in realtà, un paradigma del genere, così sommariamente definito<sup>4</sup>, non dice nulla di per sé, se poi non è calato nella realtà storico costituzionale di riferimento, in connessione, cioè, con la genesi della Carta costituzionale prescelta, le sue peculiarità organizzative, la forma di governo, sino alle *effettive* modalità realizzative del rapporto fra autorità e libertà, poteri politici e diritti civili: in una parola, il concreto realizzarsi storico della stessa forma di Stato di una comunità politica. E d'altra parte si è trattato – al di fuori di soluzioni di continuità politiche manifeste, prodotte da eventi rivoluzionari riusciti – di dinamiche temporali di lunga durata, dove i processi storici, con le loro peculiari tipologie, prevalgono sulla configurazione di modelli istituzionali astratti, a partire dalla stessa ricorrente nozione di forma di governo c.d. dualistica.

In generale, se si guarda ora alle monarchie costituzionali fiorite in Europa nel XIX secolo, sembra fuori discussione, anche dopo l'avvento di forme istituzionali più o meno rappresentative della volontà popolare, la capacità delle case regnanti di mantenere il controllo di settori cruciali della vita pubblica, come la sicurezza interna, la politi-

<sup>2</sup> A tal fine, da una parte, la Costituzione democratica francese del 1791 proclamava che «La guerre ne peut être décidée que par un décret du Corps législatif, rendu sur la proposition formelle et nécessaire du roi et sanctionnée par lui»; dall'altra sancisce la sottomissione degli apparati militari rispetto agli organi civili della direzione politica: «la force publique est essentiellement obéissante; nul corps armé peut délibérer» (art. 12, tit. IV della Costituzione del 1791, che attribuiva al solo corpo legislativo – tit. III, cap. III, sez. I, art. 1 – la potestà di deliberare la guerra).

<sup>3</sup> L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, t. IV (*L'organisation politique de la France*), II ed., Paris, Fontemoing, 1924, 597. Più in generale, sul ruolo esecutivo dei poteri civili per tutto ciò che riguarda la politica estera nelle costituzioni del primo '900, cfr. J. BARTHELÉMY-P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel* (1933), Paris, Economica, 1985, 817 ss.

<sup>4</sup> Più diffusamente, in tema, se si vuole, M. FIORILLO, *Guerra e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2009, 73 ss.

In Italia la Grande guerra segnò la crisi di un modello politico, quello liberale, che di lì a breve avrebbe celebrato definitivamente i suoi funerali, appena qualche anno dopo Vittorio Veneto. Ma i limiti istituzionali di questo paradigma affondavano le radici in tempi lontani, e avevano condizionato, sin dalle origini, lo sviluppo in senso democratico della società italiana.

### *Abstract*

The paper examines the alterations to the Italian political and institutional framework resulting from the Great War. With respect to the liberal political model of the rule of law, the author highlights the distortions to the relationship between military bodies and civilian powers, the recessive role of representative institutions, the repressive civil rights policies, the abnormal expansion of the sovereign's political role.

These results are understood by the author not only as the effect of the intrinsic weakness in the political class of the time, but also as a result of the long-term limits of the national constitutional framework, whose structural backwardness was definitively exposed in the crucial juncture of the First World War.

# *Statuto costituzionale e statuto eurounitario dei diritti fondamentali sociali*

di Silvio Gambino\*



**Sommario:** § 1. – I diritti sociali nel costituzionalismo contemporaneo. § 2. Crisi economica e (problematiche di effettività dei) diritti fondamentali costituzionali. § 3. – I diritti sociali europei, fra giurisprudenza eurounitaria e positivizzazione nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. § 3.1. – I diritti sociali nei “nuovi” trattati. § 3.2. – Diritti sociali e mercato: la protezione del diritto al lavoro fra diritto dell’Unione, Cgue e costituzioni nazionali.

## *§ 1. – I diritti sociali nel costituzionalismo contemporaneo*

Prima di estendere l’analisi ad alcune delle problematiche poste dal rapporto fra (positivizzazione dei) diritti fondamentali nelle costituzioni nazionali e diritti eurounitari, appare opportuno sottolineare come essa possa risultare più completa se collocata all’interno del più ampio quadro costituito dalla evoluzione della forma dello Stato (liberale prima e sociale nell’ultimo settantennio) affermatasi nel costituzionalismo dei Paesi membri dell’Unione europea, non trascurando i rilevanti effetti del processo di integrazione europea. All’interno di un simile quadro, la riflessione potrà limitarsi a porre qualche interrogativo sulla natura, sulle garanzie e sull’effettività della tutela dei diritti, soprattutto con riguardo ai diritti fondamentali sociali e, al loro interno, con riguardo più specifico al rapporto fra libertà economiche tutelate costituzionalmente, da una parte, e libertà economiche accolte nel diritto dell’Unione. Si tratta, a tale finalità, di identificare preliminarmente natura, tipologia e intensità del relativo riconoscimento da parte del legislatore ordinario e di quello costituzionale, nonché forme ed effettività della protezione giurisdizionale<sup>1</sup>, e più in generale catalogo

\* Università della Calabria.

<sup>1</sup> A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (Necessità di un “nuovo modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011; C. SALAZAR, *I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell’U.E.: un “viaggio al termine della notte”?*, in G. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2001, 239 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Diritti e Costituzione nell’U.E.*, Roma-Bari, Later-



e garanzie di tali diritti nell'ambito delle costituzioni degli Stati membri dell'Unione nonché nel diritto dell'Unione<sup>2</sup>.

Anche al fine di ricostruire il dibattito scientifico che ha approfondito l'importante svolta giurisprudenziale in tema di «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri», invocate a supporto del riconoscimento dei diritti fondamentali dell'Unione europea da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea (d'ora in poi Cgue), prima, e della loro positivizzazione nei "nuovi" trattati (Trattati di Lisbona), in seguito, ci prefiggiamo ora di analizzare lo statuto giuridico dei diritti fondamentali sociali nei Paesi membri dell'Unione europea. Si tratta di individuarne natura, tipologia e intensità del relativo riconoscimento da parte del legislatore costituzionale e di quello ordinario, nonché forme ed effettività della tutela giurisdizionale e, più in generale, catalogo e garanzie di tali diritti nell'ambito delle costituzioni degli Stati membri dell'Unione.

Sia pure con formule differenziate e di diversa intensità ed estensione nel riconoscimento e nella protezione delle singole e specifiche situazioni giuridiche, si può affermare che, nel costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra (anche alla luce della importante esperienza costituzionale weimeriana), risulta positivizzato uno stretto rapporto fra concezione della democrazia (pluralista e di tipo "progressivo"), forma di Stato e diritti fondamentali. Diversamente da quanto veniva previsto nell'originario costituzionalismo liberale, tale rapporto si fonda ora sull'ampliamento delle situazioni giuridiche costituzionalmente protette e su una nuova concezione del concetto di libertà. Tale concetto è ora strettamente integrato con quello di uguaglianza, ma non più solo l'uguaglianza che proviene dalla tradizione classica – per la quale risultano intollerabili le discriminazioni fondate sulle differenze di sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali – bensì un concetto di uguaglianza che assume inammissibili le differenze che si fondano sul rapporto economico e sociale, ritenendo intollerabili le differenze fondate sulla capacità di reddito<sup>3</sup>.

za, 2003; S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2015.

<sup>2</sup> J. ILIOPOULOS STRANGAS (dir.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Athènes-Bruxelles-Baden-Baden, Bruylant, 2000; B. VENEZIANI, *Nel nome di Erasmo di Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 2000, 779 ss.; S. SCIARRA, *La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, IWP (Università di Catania), 2003, n. 16; S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, il Mulino, 2003.

<sup>3</sup> A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, vol. XXXII, 1994; AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova, Cedam, 2002; R. GRECO, *Diritti sociali, logiche di mercato e ruolo della Corte costituzionale*, in *Questione Giustizia*, nn. 2-3/1994, 262 ss.; E. CHELLI, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, in AA.VV. *Scritti in onore di L. Mengoni. Le ragioni del diritto*, Milano,



e proprio errore logico dal momento che essa non considera i diritti sociali al pari dei diritti dell'uomo, come è stato già ricordato con riguardo alle sentenze *Omega* e *Schmidberger*.

Oltre a tale limite, occorre sottolineare come nelle sentenze ora richiamate (*Viking*, *Laval*, *Rüffert*, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*) non è tanto il mancato riconoscimento del diritto di sciopero e di negoziazione collettiva a rilevare, quanto lo stesso tipo di equilibrio fra lo stesso diritto di sciopero e il diritto di stabilimento sancito dal diritto dell'Unione. Un simile bilanciamento finisce per degradare l'effettività della garanzia costituzionale riconosciuta al diritto di negoziazione collettiva e al diritto di sciopero. Una degradazione – quest'ultima – che porterebbe a buon diritto ad interrogarsi problematicamente sui rapporti fra costituzioni nazionali e costituzionalismo europeo nella stessa materia dei principi e dei diritti fondamentali. Tali beni giuridici sono rimasti fin qui sottratti ad una *primauté* eurounitaria presuntamente generalizzata sulla base di un'argomentata e convincente giurisprudenza delle corti costituzionali nazionali, ora positivizzata nei suoi contenuti di garanzia dalle stesse previsioni dell'art. 4, par. 2, del Tue.

### *Abstract*

The article deals with the matter of social rights, of their (constitutional or only legislative) positivization and of their related evolution in the framework of european and italian constitutionalism, as well as of process of european integration. This topic is also analysed with regard to issues raised by their effectiveness due to economic crisis and constitutional changes imposed to EU Member States by European Institutions. The balanced budget rule, now constitutionalised in large part of EU Member States, arises as limit to discretion of national lawmakers and therefore as risk of reduction of public utilities which necessarily reflect on basic levels of benefits relating to civil and social entitlements with regard to existence and performance standards. Finally the article concerns the relationships between social rights, market demands and process of european integration. It is necessary understanding if the process does not affect on the full constitutional protection of right of work and to work. In this respect some recent EU Court of Justice opinions raise questions and doubts. For this reason, the matter of judicial guarantees of fundamental rights between national constitutions and new European Treatises deserves scientific attention.

# *Il conferimento degli incarichi direttivi ai magistrati ordinari fra Consiglio superiore della magistratura e Ministro della giustizia*

di Giuseppe Verde\*



**Sommario:** § 1. – Considerazioni introduttive: ragioni e finalità del presente contributo. § 2 – L'autonomia e l'indipendenza dell'ordine – potere giudiziario. § 3. – Ordinamento giudiziario e riserva di legge. § 4. – I rapporti fra Ministro della giustizia e Consiglio superiore della magistratura nella legge n. 195 del 1958. § 5. – La forma dei provvedimenti riguardanti i magistrati ordinari. § 6. – Le modifiche apportate alla legge n. 195 del 1958 e il d.lgs. n. 160 del 2006. § 7. – Il conferimento degli incarichi direttivi ai magistrati ordinari e i poteri del giudice amministrativo. § 8.

– La proposta formulata di concerto nella giurisprudenza amministrativa più recente § 9. – Il ruolo del Csm: alla ricerca di un nuovo equilibrio istituzionale.

## *§ 1. – Considerazioni introduttive: ragioni e finalità del presente contributo*

La legge n. 195 del 1958 ha dato attuazione al Titolo IV della Costituzione prevedendo le modalità per il funzionamento del Consiglio superiore della magistratura, e definendo le competenze del Ministro Guardasigilli rispetto all'amministrazione della giustizia.

L'impianto originario del 1958 ha subito nei tempi più recenti alcune modifiche che hanno riguardato gli articoli 11 e 17 della legge n. 195. Intorno ai due articoli appena richiamati ruota il tema dei rapporti fra Ministro della giustizia e Consiglio superiore, rispetto al quale meritano certamente un richiamo il d.lgs. 106 del 2006 (Nuova disciplina per l'accesso in magistratura, nonché in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati) e la circolare del Csm del 2015 che reca il *Testo unico sulla dirigenza giudiziaria*.

Negli anni la giurisprudenza costituzionale ha avuto modo di verificare in quale misura la legge del 1958 ha rispettato le disposizioni del Titolo IV della Costituzione, rispetto alle quali spicca la previsione dell'indipendenza e dell'autonomia dell'ordine – potere giudiziario di cui all'art. 104 della Costituzione.

\* Università di Palermo.

Su un piano diverso le prassi amministrative hanno testimoniato il costante ridursi della possibilità per il Ministro della giustizia di incidere sull'amministrazione della giustizia per il tramite dei provvedimenti riguardanti i magistrati ordinari, attratti nell'esclusiva competenza consiliare.

Sul versante, però, del sindacato di legittimità dei provvedimenti con i quali il Csm attribuisce ai magistrati ordinari gli incarichi più prestigiosi, la giurisprudenza amministrativa ha rilevato non poche criticità.

Quanto succintamente fin qui esposto, mi ha spinto a svolgere alcune considerazioni sui rapporti fra Ministro della giustizia e Consiglio superiore della magistratura<sup>1</sup>.

Rispetto al prosieguo di questo contributo, ho ritenuto di dover muovere ancora una volta dal contributo monografico di Antonio Augusto Romano del 1985 nel quale il costituzionalista palermitano prendeva posizione in tema di indipendenza e autonomia dell'ordine - potere giudiziario, prospettando una certa lettura delle disposizioni costituzionali e legislative che sistematicamente trovava un suo sbocco nella prospettiva della forma di governo.

Oltre ai richiami alla giurisprudenza costituzionale e agli studi riconducibili al tema qui trattato, ho tratto spunti di riflessione dallo studio della giustizia amministrativa che in più occasioni ha preso posizione circa la legittimità dei provvedimenti consiliari riguardanti i magistrati ordinari.

Nelle considerazioni finali si consegnerà al lettore qualche spunto ricostruttivo. Già in questa sede può essere anticipato che il sistema normativo ha superato le scelte contenute nella legge n. 158 del 1958 e oggi offre un'attuazione del Titolo IV della Costituzione nel quale torna la preoccupazione già avvertita in sede costituente per un governo autonomo del potere giudiziario del tutto avulso dal rapporto con gli altri poteri dello Stato.

## § 2. - *L'autonomia e l'indipendenza dell'ordine - potere giudiziario*

Nel saggio monografico del 1985, A.A. Romano<sup>2</sup>, come si è anticipato, prende posizione sul tema dell'autonomia e indipendenza dell'ordine - potere giudiziario di cui all'art. 104 della Costituzione.

---

<sup>1</sup> Su cui cfr. N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, Zanichelli, 2014, 57 ss.; F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, Torino, Giappichelli, 2018; D. BELVEDERE, *Il rapporto tra Consiglio superiore della magistratura e Ministro della giustizia*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012; G. SOBRINO, *Il Ministro della giustizia ed i poteri dello Stato. Vicende e prospettive di una collocazione problematica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.

<sup>2</sup> *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Palermo, 1985.

Per quel che riguarda le garanzie costituzionali dell'autonomia e indipendenza dell'ordine - potere giudiziario, molto dipenderà da come ciascun giudice si rapporterà ad esse. Il punto più delicato che in questo scritto è rimasto sullo sfondo attiene al rischio che le determinazioni assunte dal Csm siano il risultato quasi esclusivo di dinamiche interne all'organo in cui si ritrovano le varie anime della magistratura ordinaria che al momento del conferimento degli incarichi direttivi dovrebbero assicurare scelte che non dovrebbero essere frutto della mediazione fra le correnti. Il contenzioso amministrativo, seppur limitato dalle pronunzie della Corte di Cassazione in tema di giurisdizione, è segno di un malessere che accompagna l'esercizio delle attribuzioni consiliari capace di condizionare la carriera di ciascun giudice.

### *Abstract*

The essay takes into account the relations between the Superior Council of the Judiciary (Consiglio superiore della magistratura, Csm) and the Ministry of Justice, with a focus on the administrative procedure concerning the grant of executive duties to ordinary Judges.

The constitutional guarantees of the independence of the judiciary and law no. 195 of 1958 are contextualized within the Constitutional Court case law about the interactions between Csm and the Ministry of Justice. The Author approach then recent amendments to law no. 195 of 1958 and the case law of Administrative Tribunals and of the Council of State.

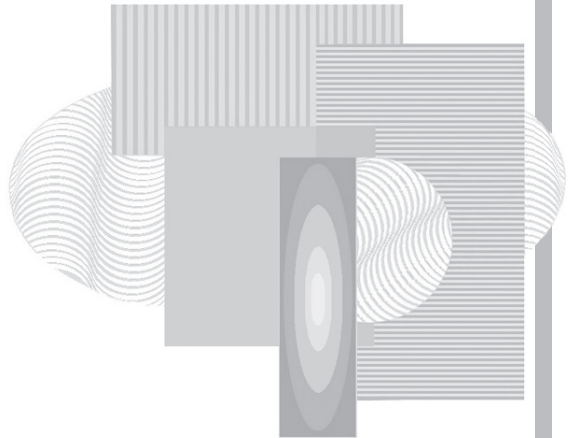
The legal issues are also examined on the background of the high risk of opaque choices resulting from political evaluations.

---

permeabili a logiche politico - corporative (tra i commenti che concorrono a definire il contesto a cui ho fatto riferimento v., C. NORDIO, *Dalla guerra tra le toghe una lezione per la politica*, in *Il Messaggero*, 31 maggio 2019; L. VIOLANTE, *È in gioco la libertà. In ballo c'è la libertà*, in *Il Foglio*, 31 maggio 2019; G. CASELLI, *L'indipendenza dei magistrati è minacciata pure dall'interno*, in *Il Fatto quotidiano*, 31 maggio 2019).

# Materiali

---



*Note propedeutiche alla lettura del saggio di Vezio Crisafulli  
sul concetto dei principi generali del diritto*  
di Sergio Bartole

---

*Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto.*  
*Parte prima*  
di Vezio Crisafulli

---

*Colloquio sulla Sovranità.*  
*Intervista al Prof. Biagio de Giovanni (Napoli, 4 luglio 2019)*  
di Federico Pedrini

# *Note propedeutiche alla lettura del saggio di Vezio Crisafulli sul concetto dei principi generali del diritto*

di Sergio Bartole\*



*Vezio Crisafulli (Genova 1910 - Roma 1986), oltre ad insegnare diritto costituzionale e diritto pubblico nelle Università di Trieste e di Roma, è stato giudice della Corte costituzionale dal 1968 al 1977. Ripubblichiamo qui, con un'introduzione del suo allievo Sergio Bartole, la prima parte del suo saggio sui principi generali del diritto dato alle stampe nel 1941. Si tratta di uno scritto che risulta di estremo interesse anche perché costituisce il punto di partenza degli importanti studi che dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana lo stesso Autore dedicò alla normatività dei principi*

*costituzionali, a cominciare dal fondamentale La Costituzione e le sue disposizioni di principio del 1952. (La Direzione)*

Degna di attenzione e meritoria è la decisione di pubblicare il saggio di Vezio Crisafulli sul concetto dei principi generali del diritto a molti anni di distanza dalla sua originaria pubblicazione, prima nella *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, e poi, con qualche innovazione, nel volume collettaneo di studi dedicato all'argomento e pubblicato a Pisa nel 1941, cui si riferiscono le citazioni qui di seguito riportate. Reperibile solo nelle più risalenti biblioteche specializzate, è un saggio importante nato nel contesto di iniziative ministeriali per la formulazione scritta dei principi e per la valorizzazione dell'allora vigente Carta del lavoro. Vi si ritrovano significativi preannunci degli ulteriori sviluppi del pensiero di un Autore che si colloca fra gli eminenti costituzionalisti italiani del XX secolo, e costituisce, quindi, una chiave imperdibile per la comprensione di passaggi essenziali della storia della nostra dottrina di diritto pubblico. Sulla base di esso Crisafulli ha dato, anche aldilà di ogni profilo dommatico, un contributo spesso risolutivo alla soluzione di problemi di seguito insorti nel secondo dopoguerra dopo l'avvento della Costituzione repubblicana. Il saggio pertanto si colloca in una prospettiva di pratica utilizzabilità operazio-

\* Università degli Studi di Trieste.

nale, che di rado è facilmente percepibile nel caso della dottrina della costituzione materiale di Costantino Mortati, e che non è sempre agevole cogliere neppure nel pur fondamentale contributo sulla validità delle leggi di Carlo Esposito. Così, mentre è innegabile la sua proiezione verso la comprensione di sviluppi futuri, nel contributo di Crisafulli non si ritrovano le tentazioni per così dire futuribili spesso presenti nell'opera di Massimo Severo Giannini.

Prendendo le mosse dal problema della esistenza non solo di principi generali del diritto inespressi, ma anche espressi, il saggio finisce per dare per scontato o, per meglio dire, risolto *in apicibus* quello che sarà un problema che Crisafulli affronterà quando si interpellerà sulla distinzione fra disposizione e norma. L'individuazione dei principi inespressi, di cui tranquillamente si ammette l'esistenza, non può non essere il risultato di un'operazione interpretativa e, quindi, vale per la posizione assunta al riguardo in questo giovanile contributo del nostro Autore ciò che egli insegnerà in una fase matura della sua esperienza scientifica, quando parlerà della norma come il risultato dell'interpretazione. Il compito del giurista è dunque un compito intellettualmente e culturalmente impegnativo, richiede controllo degli strumenti tecnici dell'ermeneutica, ma richiede anche consapevolezza del contesto in cui si situano le esperienze normative di cui è chiamato a dare conto. Ciò è particolarmente vero – secondo la teoria di Santi Romano – per quei principi che si rivelano «attraverso la concreta configurazione e maniera d'essere delle singole istituzioni, cui necessariamente ineriscono, e dello Stato medesimo». Ma, pur aderendo ad essa «almeno sostanzialmente» (186 ss.), Crisafulli ricordava che accanto alla dottrina istituzionale del diritto risultava dominante la teoria normativistica del diritto, all'interno della quale, però, l'individuazione dei principi generali impliciti richiede comunque un'induzione generalizzatrice, immediata ed intuitiva che «ha come dato di partenza, oltre alle norme scritte, la realtà stessa del modo di essere e del funzionamento delle istituzioni, cui si riferisce, ossia le norme che sono immanenti al loro porsi ed all'effettivo realizzarsi ed esplicarsi della loro vita concreta» (204 ss.).

Uno degli obiettivi della prima parte dello scritto è la confutazione dell'opinione che restringe i principi generali ai soli principi inespressi. Il ragionamento, aldilà di riferimenti testuali e argomenti linguistici, è condotto alla luce delle potenzialità integratrici dei principi. Partendo dal riconoscimento dell'appartenenza di questi alla categoria delle norme, si supera una visione meramente statica dell'ordinamento giuridico per attingere ad una concezione dinamica dello stesso. Pur non contestando la possibilità che «da un punto di vista speculativo "l'attività dell'interprete volta a porre rimedio ad una lacuna del diritto lo trasformi da giudice in legislatore, e lo conduca ad adottare una



so interventi di creazione del diritto ad opera dell'interprete, il nostro Autore si affretta a precisare che quando il giurista perviene alla formulazione dei principi dogmatici, «egli *non inventa nulla*, ma si limita a dare adeguata espressione concettuale a *qualcosa* che trova già» (268). Ed è, però, proprio questa circostanza che favorisce la conclusione che la ricercata distinzione «si presenta come assai malagevole a definire, con la conseguenza di rendere lo scambio tra i due ordini di identità, non soltanto praticamente impossibile, ed anzi, frequente, ma, in certo senso, se non addirittura legittimo, almeno, certamente, comprensibile e giustificabile» (267-268). Il che può riaprire i giuochi sul fronte del *law making* quando siano ripensate le conclusioni tradizionali in ordine all'attività di interpreti qualificati quali i giudici. Il che non significa che si possa configurare, partendo dal discorso sulle norme costituzionali di principio, una prossimità di Crisafulli ai dibattiti sull'uso giudiziario alternativo del diritto (Barcellona), dibattiti dai quali egli si è sempre tenuto lontano per quanto gli autori che vi parteciparono abbiano in più di un'occasione richiamato il suo contributo in materia di principi costituzionali o meno.

### *Abstract*

This "introduction" provide the doctrinal tools essential to fully understand the work of Vezio Crisafulli on the subject of the 'general principles of law', also taking into account the subsequent works of the illustrious Author.

# Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto

Parte prima\*

di Vezio Crisafulli



**Sommario:** § 1. – Introduzione: utilità di una ricerca di carattere teorico rivolta a determinare il concetto dei principi generali del diritto. § 2. – Insoddisfacente stato della dottrina e sue cause. Posizione del problema e programma della ricerca. § 3. – A) Identificazione dei p. g.: esame della dottrina italiana (concezione tradizionale dei p. g. come principi inespressi, ricavabili per progressiva astrazione generalizzatrice dalle norme espresse; concezione del ROMANO, dei principi istituzionali; altre concezioni) e cenno della dottrina relativa a ordinamenti diversi dal nostro.

## § 1. – *Introduzione: utilità di una ricerca di carattere teorico rivolta a determinare il concetto dei principi generali del diritto*

Il problema della enunciazione legislativa dei «principi generali dell'ordinamento giuridico fascista» che, in seguito all'accenno autorevolmente fattone dal Ministro Guardasigilli<sup>1</sup>, può dirsi ormai all'ordine del giorno della scienza giuridica italiana, presenta due aspetti distinti, per quanto, naturalmente, interdipendenti: 1) *de jure condendo*, si tratta di vedere *che cosa* siano e *quali* concretamente possano essere i principi generali dell'ordinamento giuridico fascista, dei quali il Guardasigilli ha preannunciato la formulazione; 2) *de jure condito*, poiché già l'espressione «principi generali» richiama necessariamente taluni concetti e tutta una serie di problemi che sono da gran tempo presenti alla scienza giuridica italiana e straniera, che hanno insomma una tradizione dottrinarica, e poiché – com'è risultato di nuovo evidente dagli stessi lavori del Convegno interuniversitario, indetto nel maggio scorso dalla Facoltà giuridica pisana per uno scambio di idee sull'argomento<sup>2</sup> –

\* Pubblicato in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941, 41-63.

<sup>1</sup> DINO GRANDI, Ministro Guardasigilli, *Tradizione e rivoluzione nei Codici mussoliniani* (discorso pronunciato in occasione del Rapporto tenuto dal Duce alle Commissioni per la riforma dei Codici il 31 gennaio 1940-XVIII a palazzo Venezia, p. 7 dell'estratto).

<sup>2</sup> Cfr. il volume edito a cura della R. Università di Pisa (Pisa, 1940) e riprodotto nei verbali dei lavori del Convegno.

manca tutt'ora un accordo, anche soltanto di massima, intorno al concetto allo stato attuale della legislazione e della dottrina.

Anzi, sebbene il punto di vista *de jure condendo* appaia innegabilmente assai seducente, è tuttavia, forse, il secondo il compito più consono al temperamento, ai mezzi e alle attitudini del giurista, il primo essendo piuttosto il compito del legislatore (problema di opportunità, di volontà politica etc.). Comunque, poi, è certo (e qui si manifesta quell'interdipendenza alla quale si è fatto cenno) che da una qualche precisazione di quest'ultimo aspetto (di diritto positivo, ossia strettamente tecnico-giuridico) del problema fondamentale dei principi generale trarrebbe pur sempre vantaggio la retta impostazione e la più opportuna soluzione dell'altro (*de jure condendo*), giacché, si voglia o non si voglia fare dei veri e propri principi generali del diritto, nel senso tecnico dell'espressione, è tuttavia utile, nell'una e nell'altra ipotesi, avere un'idea quanto più possibile chiara di quella che, propriamente, questi ultimi rappresentano.

È perciò che mi propongo, nel presente scritto, di circoscrivere l'indagine a questo secondo aspetto, che ho chiamato, approssimativamente e tanto per intendersi, *de jure condito*, nella speranza di fare così, nei limiti delle mie possibilità, opera non del tutto inutile anche dal primo punto di vista<sup>3</sup>.

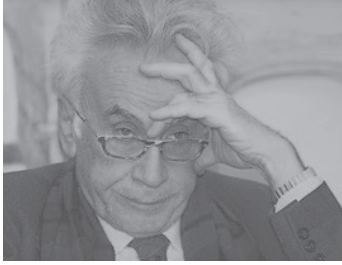
D'altra parte, però, il tema in tal modo profilato sarebbe, com'è facilmente comprensibile, estremamente vasto e, per non piccola parte, già largamente sfruttato dalla dottrina, anche più antica; mi propongo perciò, considerandolo con l'intenzione costantemente rivolta, anche dove a prima vista non appaia, al problema *de jure condendo* di lasciare da parte questioni ormai superate (come, ad es., quella circa la natura di diritto positivo o di diritto naturale, di equità e via dicendo dei prin-

<sup>3</sup> Il presente studio si riallaccia strettamente, seguendolo anche a non molta distanza di tempo, ad un mio breve saggio, *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, pubblicato nel fasc. II dell'annata 1940 di *Jus*, nel corso del quale mi ponevo, invece, prevalentemente dal punto di vista *de jure condendo*. È, perciò, naturale che, nelle pagine seguenti, trovino maggiore sviluppo taluni punti che erano stati, in quello, per motivi di proporzione e per la diversa impostazione dell'argomento, appena accennati quando non anche soltanto presupposti. Quanto poi all'obiezione, cui certamente indagini come la presente andranno incontro, di astrattezza, eccesso di dogmatismo, mancanza di aderenza al problema concreto del momento, e simili, risponderò sin da ora, una volta per tutte, che: 1) ciascuno lavora secondo i propri mezzi e le proprie possibilità; certamente io seguo con interesse e rispetto le numerose proposte, schemi ed abbozzi di enunciazioni di principi generali delle quali si è avuta negli ultimi tempi una, anche troppo abbondante, fioritura, ma preferisco ormai, a parte le rapide impressioni accennate nel precedente scritto, mantenermi sul terreno esclusivamente dogmatico; 2) un'indagine diretta a stabilire il proprio concetto dei principi generali del diritto, non soltanto non è inutile, ma dovrebbe considerarsi pregiudiziale ad ogni altra, poiché, prima di fare o proporre enunciazioni di singoli principi generali, è pur sempre necessario avere bene in mente che cosa questi siano, quale il loro valore nel sistema, etc. (in senso conf. v., recentemente, le perspicue osservazioni del LUCIFREDI, *In tema di principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, in *Stato e diritto*, 1940, 4-5, p. 315).

# Colloquio sulla Sovranità

Intervista al Prof. Biagio de Giovanni (Napoli, 4 luglio 2019)

di Federico Pedrini\*



*Biagio de Giovanni, Accademico dei Lincei, è professore emerito di Storia delle dottrine politiche nell'Università degli studi di Napoli «L'Orientale», di cui è stato anche Rettore. Già titolare della Cattedra «Jean Monnet» di Storia e politica dell'integrazione europea e Presidente della Commissione affari istituzionali del Parlamento europeo, è stato insignito della Legion d'onore della Repubblica francese. Autore di molte monografie*

*e di innumerevoli saggi, si annovera tra i massimi esperti di filosofia politica, filosofia morale e storia delle dottrine politiche e in questa chiave ha dedicato contributi decisivi alla riflessione sulla sovranità (La Direzione).*

## Introduzione. La nottola di Minerva della sovranità

*die Eule der Minerva beginnt erst  
mit der einbrechenden Dämmerung ihren Flug  
(G.W.F. HEGEL, Grundlinien der Philosophie des Rechts)*

In un noto passaggio dei suoi *Lineamenti di filosofia del diritto*, Hegel argomenta come la filosofia, quale “pensiero del mondo” (*Gedanke der Welt*), riesca a cogliere la razionalità del reale tramite l’idealità delle sue classi astratte solo *a posteriori* rispetto ai concreti eventi storici. È proprio per spiegare il senso di questo procedere filosofico che il padre dell’idealismo tedesco evoca una delle sue immagini più celebri, esemplificando tramite la metafora secondo cui «quando la filosofia dipinge a chiaroscuro, allora un aspetto della vita è invecchiato, e dal chiaroscuro, esso non si lascia ringiovanire, ma soltanto riconoscere: la nottola di Minerva inizia il suo volo sul far del crepuscolo».

Segnatamente l’eterno dibattito sulla sovranità, tuttavia, attesta come non sia affatto facile, tantomeno automatico, riconoscere se e quando davvero «la realtà ha compiuto il suo processo di formazione ed è bell’e fatta». Individuare, cioè, il momento in cui la storia avrebbe mostrato come necessari gli esiti di tale processo, consegnandoli

\* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

ad un concetto capace di coglierli nella loro sostanza e di ricostruire così il relativo mondo «in forma di regno intellettuale», rischia allora di palesarsi come operazione “interpretativa” massimamente delicata, dai non indifferenti margini di indeterminatezza.

Non è un caso, dunque se Biagio de Giovanni, nell’intervista che qui si propone, invita anzitutto a prendere coscienza della natura apertamente problematica anche della categoria costituita dalla ‘sovranità’. Come ogni concetto che si rispetti, essa merita infatti di essere discussa in profondità, senza indulgere troppo alla tentazione di definirla, o peggio di trasformarla in un semplice «feticcio cui aderire o a cui opporsi». Bisogna invece tener sempre presente che una simile ricerca rappresenta un’autentica «interrogazione sulla struttura del mondo, che fa parte di una lotta in corso», e segnatamente di quella «lotta tra le filosofie» della quale è fatta la storia d’Europa.

In questa chiave, se si prova a osservare la parabola della sovranità indagando il senso storico delle sue origini, ci si accorge che essa – a differenza della sua controfigura novecentesca, che ancor oggi parrebbe andar per la maggiore – «nasce come antidoto all’arbitrio del sovrano». Persino in Hobbes, il pensatore che più si è soliti ricondurre all’idea di absolutezza del potere, sovranità non è affatto sinonimo di sopraffazione (anche solo potenziale) del forte sul debole. Tutto all’opposto, «L’*auctoritas* sovrana produce la salvezza della Vita, la sua conservazione», suggerendo così anche che «L’autorità non è parola dannata, è l’*auctoritas* che tiene insieme il mondo, scriveva il grande Vico, quella che *ex ratione oritur*».

Va da sé che la sovranità, costituendo la forma più alta di esercizio del potere politico, non si sottrae al destino di ogni prodotto umano, vale a dire al rischio di rivoltarsi contro le intenzioni del suo stesso creatore, diventando così «la violenza che si vuol liberare di ogni Forma». Ciò non toglie, tuttavia, che questo non autorizza a confondere le istanze esemplari con le loro degenerazioni, anche perché – come puntualmente ci ricorda de Giovanni – «Se non abbiamo il senso delle distinzioni, tutto va in confusione».

È vero, insomma, che i totalitarismi conosciuti dal Novecento possono considerarsi anche l’oscuro rovescio della medaglia di una certa (malintesa) idea di sovranità, ma sul punto è bene capirsi. Per un verso, in generale, non parrebbe mai molto condivisibile «imputare a una “categoria” i massacri della storia», che di solito hanno ben altre radici dal punto di vista causale, in questo caso da ricondurre più precisamente all’«irrompere violento della democrazia di massa nel Novecento» e al «violento relazionarsi tra masse e capo nella drammatica scorciatoia della legittimazione carismatica». Per altro verso poi, nello specifico, la retorica giusnaturalistica “di ritorno” tipica di molte posizioni neoco-

**d.G.:** Dopo tante lunghe risposte, posso limitarmi a dire che scienza e politica devono ripartire dalla piena consapevolezza della crisi che attanaglia il mondo di oggi? Che non ci sono rappezzi da fare, ma che bisogna affrontare l'incrinatura della struttura del mondo anzitutto provare a comprenderla? Che bisogna prepararsi, anzitutto, a una grande lotta culturale?

### *Abstract*

The interview critically examines the concept of (political) sovereignty, following its steps in the history of ideas, and relating it to the main problems of the concrete juridical-political experience. The basic idea that emerges from the Colloquium is about the constitutive connection between sovereignty, constituent power and democracy. This connection, often underestimated in contemporary constitutionalism, imposes to re-evaluate politics – and especially, political sovereignty – as a prime instrument of mediation, as well as a possible remedy for the identity crisis that today seems to cross the European world.

# Interventi, Note e Discussioni

*La questione dei risarcimenti alle vittime dei crimini commessi dal Terzo Reich durante la II guerra mondiale: uno sguardo alla Grecia passando dall'Italia (e non solo)*  
di Giorgia Berrino

---

*L'incostituzionalità dell'art. 656 comma 5 c.p.p., un problema di coerenza? Brevi cenni su Corte cost., sent. 2 marzo 2018, n. 41*  
di Matteo Caldironi

---

*La discrezionalità del legislatore nelle prestazioni patrimoniali imposte nel campo pensionistico-previdenziale: il recente taglio delle c.d. "pensioni d'oro" tra principio di ragionevolezza ed eccesso di potere legislativo*  
di Giovanni Cogo

---

*La liberaldemocrazia non esige la democraticità dei sistemi elettorali*  
di Gladio Gemma

---

*Che cosa è la Costituzione per la scuola italiana: contributo al dibattito sul suo insegnamento nel sistema dell'istruzione*  
di Paola Marsocci

---

*Società a partecipazione pubblica e ricomposizione del potere esecutivo*  
di Fabio Merusi

---

*Il posto della democrazia partecipativa*  
di Antonio Riviezzo

---

## **Interpretazione e Giurisdizione**

*Relazioni al Convegno dell'Associazione Nazionale Magistrati Amministrativi "Diritto giurisprudenziale e certezza giuridica" – Roma, 8 febbraio 2019*

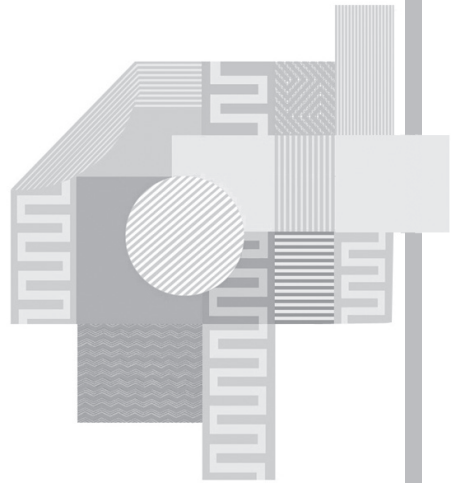
*La giurisprudenza e le fonti del diritto*  
di Guido Alpa

---

*Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*  
di Massimo Luciani

---

*Interpretazione giurisprudenziale e sicurezza giuridica*  
di Filippo Patroni Griffi





# *La questione dei risarcimenti alle vittime dei crimini commessi dal Terzo Reich durante la II guerra mondiale: uno sguardo alla Grecia passando dall'Italia (e non solo)*

di Giorgia Berrino\*



**Sommario:** § 1. – Prologo: Due possibili approcci alla questione dei risarcimenti. § 2. – Il modello politico-diplomatico: una recente nota verbale inviata dalla Grecia alla Germania. § 3. – Il modello giudiziario: il caso *Distomo*. § 3.1. – Dalla magistratura ellenica alla Corte europea dei diritti dell'uomo. § 3.2. – L'approdo della questione di fronte ai giudici tedeschi e italiani. § 4. – Conclusioni.

## *§ 1. – Prologo: Due possibili approcci alla questione dei risarcimenti*

I risarcimenti dovuti dalla Repubblica Federale Tedesca (d'ora innanzi anche RFT) per i crimini di guerra e contro l'umanità commessi dal Terzo Reich durante la II guerra mondiale nei confronti di cittadini di Paesi occupati, o *ex* nemici, rappresenta da sempre una questione spinosa nell'ambito delle relazioni internazionali.

Come noto, la RFT sostiene che i risarcimenti siano stati regolati sulla base dei trattati conclusi nel dopoguerra. Tuttavia, molti degli Stati, tra quelli che più hanno sofferto ingenti danni, ed i loro cittadini sono di diverso avviso, e ritengono, dunque, che la questione non possa dirsi chiusa.

Il presente lavoro si è proposto, anzitutto, di individuare gli approcci che nei Paesi colpiti dal Terzo Reich sono stati adottati nei confronti della RFT al fine di cercare di ottenere i risarcimenti dovuti.

Due – lo anticipiamo – sono i modelli che sono stati identificati: il primo, conferente al piano politico-diplomatico, attuato dagli Stati con l'obiettivo di intavolare dei negoziati con Berlino per la stipula di accordi che definiscano i risarcimenti per un'intera categoria – o più categorie – di soggetti; il secondo, di natura giudiziaria, che si concentra, invece, su singole richieste di risarcimento presentate dalle vittime dei crimini o dai loro eredi.

\* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

I modelli poc'anzi menzionati sono stati analizzati in relazione al caso della Grecia, con particolare riferimento a recenti – talvolta recentissimi – accadimenti. L'articolato *iter* che ha caratterizzato le vicende di tale Paese in relazione ai risarcimenti ha consentito, infatti, di mettere in luce le caratteristiche di entrambi gli approcci.

Sulla base della ricostruzione operata si è posto in essere, infine, un raffronto tra i due modelli, con l'intento di valutare se la prospettiva più appropriata per affrontare la questione dei risarcimenti sia quella giudiziaria, percorsa dall'Italia, o, piuttosto, quella politico-diplomatica, intrapresa, ad oggi, dallo Stato greco.

## § 2. – *Il modello politico-diplomatico: una recente nota verbale inviata dalla Grecia alla Germania*

Il primo approccio alla questione dei risarcimenti è quello politico-diplomatico.

Tale modello prevede il tentativo da parte di un Paese di instaurare un dialogo con la Germania, al fine di dirimere la questione tramite la conclusione di accordi.

Al centro di questo modello si pone l'Esecutivo: è, di norma, attraverso il Ministero degli affari esteri che viene promossa l'azione volta a interagire con la RFT, nella speranza di intavolare dei negoziati.

Il *modus operandi* descritto è stato recentemente tentato – o meglio “ritentato” – dalla Grecia tramite il Governo di Syriza, poco prima che, a seguito delle elezioni anticipate del 7 luglio 2019, venisse sostituito dal Governo di Nea Dimokratia.

Il 4 giugno 2019, infatti, l'Ambasciatore greco a Berlino ha consegnato al Ministro degli esteri tedesco una nota verbale, con cui l'ex Governo Tsipras ha invitato la RFT ad aprire dei negoziati per risolvere la questione connessa alle richieste di riparazione, pari ad oltre 300 miliardi di euro, formulate dallo Stato ellenico in ragione di quanto commesso dal *Reich* durante la I e la II guerra mondiale, sottolineando che si tratta di una questione di grande importanza materiale e morale per il popolo ellenico<sup>1</sup>.

Il testo non è stato reso pubblico, tuttavia l'ex Viceministro agli esteri di Atene ha dichiarato che i punti fondamentali trattati nella nota costituiscono una sintesi della risoluzione approvata dal Parlamento il 17 aprile 2019<sup>2</sup>.

Tale risoluzione ha dato seguito ad un documento presentato dalla Commissione parlamentare sulle responsabilità storiche dello Sta-

<sup>1</sup> V. la dichiarazione del 4 giugno 2019 dell'ex Ministro degli esteri greco, consultabile sul sito del Ministero degli affari esteri: [www.mfa.gr](http://www.mfa.gr).

<sup>2</sup> Cfr. l'intervista all'ex Viceministro del 5 giugno 2019 in [www.mfa.gr](http://www.mfa.gr).

getti volti alla costruzione di infrastrutture o a perseguire finalità educative legate al concetto di memoria<sup>73</sup>?

Tra tutti questi interrogativi, che si auspica troveranno una sede appropriata per essere analizzati e discussi, vi è un punto fermo: la questione dei risarcimenti dovuti dalla Germania per la II guerra mondiale, contrariamente a quanto affermato dal Governo tedesco, non è storia passata. Le iniziative volte a fare sì che la RFT risponda della distruzione causata non sono mancate e, possiamo dire quasi con certezza, continueranno ad essere proposte<sup>74</sup>. Spetta, dunque, allo Stato tedesco ora aprirsi al dialogo e trovare un punto di incontro. Così come è compito dei Paesi colpiti dal *Reich* non desistere nei loro intenti non soltanto per onorare ciò che è stato, ma soprattutto per rendere salde le radici del nostro futuro.

### *Abstract*

The issue of compensation owed by Germany to the victims because of the crimes committed by the Third *Reich* during World War II has always been problematic.

To date, there have been two strategies followed by the occupied States, or former enemies, and their citizens in order to try to obtain the necessary compensation: the political-diplomatic one, which has the aim of stipulating international treaties with the German Government, and the judicial one, aimed at forcing Germany to make the required payments through judges' rulings. The approaches described will be analyzed with respect to the case of Greece. Indeed, since both models have been adopted in this country over the years, it is possible to reflect on the best approach to the issue of compensation.

---

<sup>73</sup> Ciò - si tiene a precisare - non è stato a priori escluso ad esempio dalla Grecia. L'ex Ministro degli esteri si è limitato ad affermare: «Provided we first agree on the compensation owed to us, we can then discuss the ways it can be paid. But that is an issue for discussion much latter on». V. nota 4.

<sup>74</sup> *Ibidem*. L'ex Ministro ha, infatti, affermato: «we always have to keep the matter open: regarding the legal dimension, so we don't appear to have withdrawn our claims, and regarding the obvious political and moral dimension of the issue».

# *L'incostituzionalità dell'art. 656 comma 5 c.p.p., un problema di coerenza?*

*Brevi cenni su Corte cost., sent. 2 marzo 2018, n. 41*

di Matteo Caldironi\*



**Sommario:** § 1. – Cenni introduttivi. § 2. – L'oggetto della pronuncia. § 3. – Gli istituti. § 3.1. – L'affidamento in prova e l'affidamento in prova c.d. allargato. § 3.2. – (*segue*) La sospensione dell'ordine di esecuzione. § 4. – L'oggetto della pronuncia. § 5. – Prime considerazioni critiche. § 6. – (*segue*) Questione di equilibri. § 7. Alcune considerazioni conclusive.

## § 1. – *Cenni introduttivi*

Con la sentenza 2 marzo 2018, n. 41 la Corte è intervenuta con l'ennesima<sup>1</sup> decisione inserita nel (più ampio) percorso di adeguamento del sistema carcerario italiano ai principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, successivo alla ben nota "sentenza Torreggiani"<sup>2</sup>. Numerosi sono stati gli interventi normativi adottati al fine di risolvere (o quantomeno limitare) il problema del sovraffollamento carcerario. Si sono infatti susseguiti diversi decreti "svuotacarceri"<sup>3</sup> che hanno tentato di facilitare un più ampio ricorso ai benefici penitenziari, ed in particolare alle misure alternative alla detenzione inframuraria.

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

<sup>1</sup> Sul tema si richiamano, a titolo meramente esemplificativo, Corte cost., sent. 22 novembre 2013, n. 279; Corte cost., sent. 23 ottobre 2009, n. 266; Corte cost., sent. 7 giugno 2013, n. 135.

<sup>2</sup> Corte EDU, Sez. II, sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani e a. c. Italia, ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10.

<sup>3</sup> La locuzione 'legge (o decreto) svuotacarceri' è oramai entrata nel lessico dei penalisti dal 2010 (più precisamente dalla promulgazione della legge 23 novembre 2010) per identificare diversi (e, lo si sottolinea, *diversi*) interventi normativi accomunati dalla *ratio* di fondo di evitare la detenzione inframuraria per detenuti ritenuti meritevoli di usufruire di misure alternative (così E. DOLCINI, *A proposito di "leggi svuotacarceri"*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 3/2018, 225 ss.).

Proprio in tale contesto s'inserisce la suddetta pronuncia, che si è espressa al fine di ovviare a quello che ha ritenuto essere un *deficit* di coerenza nella struttura normativa creatasi, con particolare riferimento al rapporto tra la sospensione automatica dell'ordine di esecuzione e l'affidamento in prova c.d. allargato<sup>4</sup>.

Non si può certamente parlare di decisione inaspettata: la questione aveva già occupato non solo molteplici Tribunali di merito, ma anche – più volte<sup>5</sup> – la Cassazione. Ciò che suggerisce, anzitutto, di ripercorrere – sia pure necessariamente in sintesi – le vicende che hanno portato alla decisione dei giudici di Palazzo della Consulta.

## § 2. – Breve itinerario ricostruttivo

Con richiesta depositata in data 10 febbraio 2017, S.A. chiedeva la sospensione dell'ordine di carcerazione in relazione alla pena di quattro anni di reclusione inflittagli con sentenza divenuta irrevocabile. Tuttavia «l'ordine di esecuzione di cui si invoca[va] la sospensione afferi[va] a pena detentiva infraquadriennale» (fuori dal novero di cui all'art. 4 *bis* legge n. 354/75), mentre la sospensione dell'ordine di esecuzione prevista dal comma 5 dell'art. 656 c.p.p. era applicabile soltanto ai condannati a pene inferiori ai tre anni, al fine di permetter loro la fruizione dell'affidamento in prova<sup>6</sup>. La richiesta del provvedimento sospensivo si giustificava, secondo la difesa, in forza di una lettura costituzionalmente orientata<sup>7</sup> del comma 5 dell'art. 656 c.p.p., lettura in grado di adeguare detta norma al “nuovo” affidamento in prova c.d. allargato<sup>8</sup>, (teoricamente) possibile per condannati a pene detentive

<sup>4</sup> Soltanto per dare le coordinate di massima: l'affidamento in prova è una misura alternativa alla detenzione che si attua con l'affidamento del condannato ad un servizio sociale fuori dall'istituto, per un periodo corrispondente alla pena da scontare previo un periodo di osservazione. Questa prima definizione può valere anche per individuare i primi contorni della figura dell'affidamento in prova c.d. allargato che, sostanzialmente, ne rappresenta una particolare *species* (per un'analisi più precisa nella quale rilevare affinità e differenze v. par. § 3.1).

<sup>5</sup> Cass. Pen. Sez. I, sent. 4 marzo 2016, n. 37848, Cass. Pen. Sez. I, sent. 31 maggio 2016, n. 51864, Cass. Pen. Sez. I, sent. 10 ottobre 2017, n. 46562 e Cass. Pen. Sez. I, sent. 16 gennaio 2018, n. 1784.

<sup>6</sup> Automatismo che veniva invece ammesso, nel caso di pena inferiore ai quattro anni, *soltanto* in presenza di *specifiche condizioni* al fine di fruire della detenzione domiciliare c.d. “umanitaria”, ed a pena inferiore a sei anni al fine di fruire dell'affidamento in prova speciale c.d. “terapeutico”.

<sup>7</sup> Costituzionalmente orientata rispetto all'art. 3 Cost. che, in virtù del “principio di uguaglianza” ivi sancito, imporrebbe una *interpretazione sistematico-evolutiva* – a discapito di quella *letterale* – dei termini di cui al comma 5 dell'art. 656 c.p.p. adeguandoli a quelli espressi nel (nuovo) comma 3-*bis* dell'art. 47 ord. pen., stante la (presupposta) identità di situazioni dei condannati a pena infratriennale e dei condannati a pena infraquadriennale (in quanto, come si vedrà, entrambi teoricamente “ammissibili” a misure alternative al carcere).

<sup>8</sup> In questo senso cfr. anche Cass. Pen., sent. 37848/2016: «Per il primo profilo, riguardante l'individuazione del limite previsto in astratto per la sospensione della esecuzione ai

È infatti “l’assaggio di pena” che potrebbe concretizzare un profilo di illegittimità rispetto al dato costituzionale svilendo, all’evidenza, il proposito rieducativo della stessa (pena) da una parte, e della misura alternativa dall’altra. «L’“assaggio” di pena contraddice, all’evidenza, il proposito rieducativo della misura alternativa. Il legislatore scommette solo a metà sulle possibilità di recupero degli individui chiamati ad espiare una pena, anche residua, compresa tra i tre ed i quattro anni. Difetta, invece, un atto di piena fiducia verso questi ultimi e verso le potenzialità rieducative dell’affidamento in prova, risolvendosi l’intervento legislativo in una mera fuga indulgenziale dalla pena detentiva, mossa da esigenze deflative, che fa da alibi ad una mancata, seria riforma»<sup>48</sup>. Quale rieducazione per tutti quei condannati costretti a transitare (anche per brevissimi periodi) in carcere per poi vedersi assegnare la misura alternativa? In che modo la breve detenzione seguita dal periodo di affidamento garantiscono la rieducazione del reo? Il reinserimento sociale non è forse maggiormente possibile accedendo direttamente al beneficio, o quel transito ne è una condizione necessaria?

Non si vuole – o, forse, non si sa – rispondere a questi interrogativi, che tuttavia possono prestarsi ad essere letti come semplici suggestioni, che ovviamente meriterebbero ben altro sviluppo di quello consentito nella presente sede. Non è escluso, del resto, che proprio tale punto di partenza alternativo consentirebbe forse di raggiungere un risultato analogo, ma apparentemente più rispettoso della *ratio* degli istituti in esame, dell’equilibrio fra gli stessi e (soprattutto) delle prerogative dei diversi attori istituzionali.

### *Abstract*

The essay reconstructs the essential elements of the sentence March 2, 2018, n. 41 with which the Constitutional Court attempted to remedy what it considered to be a deficit of coherence in the regulatory structure, with particular reference to the relationship between the ‘automatic suspension of execution’ and the assignment in the so-called ‘extended probation’.

<sup>48</sup> S. PAREZZAN, *L’affidamento in prova al servizio sociale*, cit., 88.

# *La discrezionalità del legislatore nelle prestazioni patrimoniali imposte nel campo pensionistico-previdenziale: il recente taglio delle c.d. "pensioni d'oro" tra principio di ragionevolezza ed eccesso di potere legislativo*

di Giovanni Cogo\*



**Sommario:** § 1. – La discrezionalità legislativa nelle prestazioni imposte tra dottrina e giurisprudenza. § 2. – Evoluzione giurisprudenziale della Corte costituzionale. § 3. – I requisiti di legittimità negli interventi di riduzione delle pensioni più elevate. § 4. – Criticità della riduzione dei trattamenti pensionistici disposta nella Legge n. 145/2018. § 5. – Considerazioni conclusive.

## *§ 1. – La discrezionalità legislativa nelle prestazioni imposte tra dottrina e giurisprudenza*

All'inizio degli anni Settanta, allorché si cominciava a delineare l'orizzonte delle possibili riforme tributarie, poi effettivamente introdotte con rilevante incremento dell'incisività del prelievo fiscale, peraltro sempre più inasprito, quasi oltre l'effettiva capacità contributiva, si discuteva della legittimità costituzionale delle prestazioni imposte *ex art. 23 della Costituzione*<sup>1</sup> quasi esclusivamente trattando della natura e dell'ampiezza della riserva di legge e quindi della relativa discrezio-

\* Dottore di ricerca in Pubblica Amministrazione dell'economia e delle Finanze presso l'Università degli Studi di Bari – Avvocato in Roma.

<sup>1</sup> Sulle prestazioni imposte ai sensi dell'art. 23 della Costituzione si veda in generale: V. CAIANIELLO, *Corte costituzionale e finanza pubblica*, in *Giur. it.*, n. 4/1984, 273-292; S. BARTHOLOMI, *Il principio di legalità dei tributi in tema di imposte*, in *Riv. dir. fin.*, n. 1/1956, 248; M. TRIMELONI, *I caratteri delle entrate tributarie*, vol. I, *Premessa*, Padova, Cedam, 1973; G.A. MICHELLI, *Prestazioni imposte, sconto dei medicinali, capacità contributiva e sostituzione tributaria*, in *Riv. dir. fin.*, n. 2/1973, 121 ss.; A. FEDELE, *Commento all'art. 23 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli - Società editrice del Foro italiano, 1978, 21-147; F. ZACCARIA, *Entrate pubbliche*, in *Novissimo dig. it.*, Appendice, Torino, UTET, 1982, 430; A. FEDELE, *Prestazioni imposte*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1991; L. ANTONINI, *Riserva di legge e prestazioni patrimoniali imposte: la problematica parabola dell'antico istituto*, in *Giur. cost.*, 1996, 1680. Più di recente si veda: A. FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Torino, UTET, 2003, 15, 89;



nalità del legislatore<sup>2</sup>, che la dottrina più avanzata ha da subito ritenuto relativa<sup>3</sup> con applicazioni anche attraverso regolamenti attuativi della normazione primaria<sup>4</sup>.

A. FEDELE, *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino, Giappichelli, 2005, 37; F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. I - Parte generale*, IX ed., Torino, UTET, 2006, 3.

<sup>2</sup> Sul tema della discrezionalità del legislatore si veda in generale tra i numerosi contributi: C. MORTATI, *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, 1949, 457-461; M.S. GIANNINI, *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1954, 56; L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 6/1956, 993-1046; V. CRISAFULLI, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in *AA.Vv.*, *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, Giuffrè, 1977, 129-147; F. FELICETTI, *Discrezionalità legislativa e giudizio di costituzionalità*, in *Foro it.*, n. 1/1986, 22; A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 40/1986, 795-818; G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. BARILE, E. CHELLI, S. GRASSI, cit.; A. PIZZORUSSO, *Il controllo dell'uso della discrezionalità legislativa*, in *AA.Vv.*, *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto a Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, Giuffrè, 1989, 2; G. AZZARITI, *Sui limiti del sindacato di costituzionalità sul contenuto delle leggi: l'eccesso di potere legislativo come vizio logico intrinseco della legge*, in *Giur. cost.*, n. 34/1989, pt. 1, 653-665; R. PINARDI, *Discrezionalità legislativa ed efficacia temporale delle dichiarazioni di incostituzionalità: la sentenza n. 125 del 1992 cine decisione di incostituzionalità accertata ma non dichiarata*, in *Giur. cost.*, 1992; P. CARROZZA, *L'inammissibilità per discrezionalità del legislatore. Spunti per un dibattito sui rischi di una "categoria a rischio"*, in *Le Regioni*, n. 22/1994, 1703-1722; G. MINGEMI, *Sull'inesistenza dell'eccesso di potere legislativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 45/1995, 167-186; I. MASSA PINTO, *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria per caso dei diritti nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 43/1998, 1039-1334; N. ZANON, *La Corte, il legislatore ordinario e quello di revisione, ovvero il "diritto all'ultima parola" al cospetto delle decisioni di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, n. 43/1998, 3169-3183; M. SCUDIERO, S. STAIANO (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Napoli, Jovene, 1999; G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Politica del diritto*, n. 30/1999, 387-422; R. BASILE, *Le decisioni di manifesta inammissibilità e infondatezza per rispetto della discrezionalità del legislatore*, in A. RUGGERI (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006; A. SPERTI, *La discrezionalità del legislatore*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006; A. VIGNUDELLI, *Diritto Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2018; A. RUGGERI, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto: i confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2009, 15-75; L. ARCIDIACONO, *Discrezionalità legislativa e giurisprudenza della Corte a confronto in tre recenti decisioni*, in *Teoria del diritto e dello Stato. Rivista europea di cultura e scienza giuridica*, n. 2-3/2009, 215-247; R. ROMBOLI, *Sull'esistenza di scelte riservate alla discrezionalità del legislatore: la sindacabilità delle regole di tecnica legislativa e l'utilizzo delle sentenze additive di principio*, in *Percorsi costituzionali*, n. 2-3/2010, 67-77; E. ROSSI, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, J. LUTHER (a cura di), *La giustizia costituzionale vent'anni dopo la svolta. Atti del Seminario svoltosi a Stresa il 12 novembre 2010*, Torino, Giappichelli, 2011, 333; L. VESPIGNANI, *Ragionevolezza dell'eccesso oppure eccesso di ragionevolezza? Alcune note sull'evoluzione dell'eccesso di potere legislativo nella giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, n. 3/2014, 251-266; G. GRASSO, *Giudicato costituzionale, discrezionalità del legislatore e modulazione retroattiva della perequazione dei trattamenti pensionistici nella sentenza n. 250/2017 della Corte costituzionale. Quale spunto di riflessione critica*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2018.

<sup>3</sup> Nel richiamare gli autori più risalenti tra quelli elencati nella nota n. 1, si vedano anche: E. ALLORIO, *La portata dell'art. 23 della Costituzione e l'incostituzionalità della legge sui tributi turistici*, in *Dir. prat. trib.*, n. 2/1957, 86; S. BARTHOLINI, *op. ult. cit.*; A. BERLIRI, *Appunti sul fondamento e il contenuto dell'art. 23 della Costituzione*, in *Studi per A.D. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1961, 139; S. FOIS, *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, Giuffrè, 1963, 295 ss. Sulla natura relativa della riserva di legge in analisi si vedano anche le sentenze della Corte costituzionale sentt. nn. 64/1965, 148/1979, 180/1996, 269/1997 e 435/2001.

<sup>4</sup> Sul punto tra i vari si veda F. FORTE, *Note sulla nozione di tributo*, in *Riv. dir. fin.*, 1956, 279.

possa essere avvertito come un allontanamento dai principi di diritto fondati sul riconoscimento del primato della persona e volti alla promozione e valorizzazione del bene individuale e comune, con il rischio che alla legittimazione delle regole possa ritenersi sufficiente il riscontro della correttezza formale del procedimento di produzione della leggi, rendendole sostanzialmente sostenute dalla loro autoreferenzialità etica.

In questo modo i diritti fondamentali e, soprattutto la loro tutela, rischierebbero di ridursi a mere dichiarazioni di buone intenzioni, contraddette da leggi considerate in contrasto con i diritti proclamati, disarmoniche nella graduazione dei valori e nella composizione dei conflitti. E potrebbe anche accadere che la dialettica dei rapporti tra le componenti sociali venga ridotta a mero riscontro della regolarità procedimentale, piuttosto che essere ancorata all'ambito dei valori condivisi. Ed è naturale che possa prevalere il formalismo, a scapito dell'equilibrio sostanziale nella regolazione delle situazioni soggettive secondo canoni accettati, o comunque accettabili.

Tali criticità appaiono in linea con il senso della precarietà entro la quale si susseguono incessanti interventi legislativi nell'assetto degli interessi e dei diritti sostanziali, dei rapporti intersoggettivi, nella sfera dell'autonomia dei privati, nonché nella conformazione, anche restrittiva – come nel caso di specie – dei diritti e degli interessi dei singoli.

Tutto ciò potrebbe anche fondare il timore che dalla sensazione dell'indebolimento della legalità sostanziale possa derivare l'attenuazione dell'autorità e della certezza del diritto.

### *Abstract*

The author invites to reflect about lawgiver discretion's within patrimonial performances imposition in the pensions area's, in the aspect of the principle of reasonableness's and of excess of authority. This reflection are related to the recent cutting of golden pensions "taglio delle pensioni d'oro" introduced by the Italian lawgiver with the law (Act) of Italian Parliament n. 145/2018, this taking in consideration the evolution of the Italian Constitutional Court decisions, without forgetting the jurisprudential guidelines of the European Court.

# *La liberaldemocrazia non esige la democraticità dei sistemi elettorali*

di Gladio Gemma\*



**Sommario:** § 1. – Enunciazione della tesi di fondo: la democraticità dei sistemi elettorali non è un requisito necessario. § 2. – La democrazia non è un fine, ma uno strumento per la realizzazione di finalità superiori. § 3. – Il popolo è un soggetto politico inesistente, privo di volontà. § 4. – Incompetenza dei membri del popolo. § 5. – Irrilevanza dei programmi elettorali. § 6. – I voti degli elettori non rappresentano una (presunta) volontà del popolo. § 7. – Giustificazione realistica del significato delle elezioni nella democrazia liberale. § 8. – Considerazioni finali.

## § 1. – *Enunciazione della tesi di fondo: la democraticità dei sistemi elettorali non è un requisito necessario*

Sui molteplici sistemi elettorali, sui loro effetti e sulla preferibilità dell'uno o dell'altro degli stessi, si dibatte da tempo in sede dottrinale, politica o giornalistica e sarebbe superfluo dar conto di questo dibattito, trattandosi di "fatto notorio". In questa sede si tratterà di un tema specifico, più esattamente si assumerà la bipartizione, pacifica in dottrina, tra sistemi elettorali maggioritari o proporzionali e si discuterà di una motivazione che, in forme diverse, viene addotta dai sostenitori dell'uno o dell'altro sistema: si tratta del requisito della democraticità, la cui presenza od assenza può fondare la preferibilità od il rifiuto di un sistema elettorale. Prima di entrare nel merito del tema, sembra opportuna una puntualizzazione.

Che la motivazione costituita dalla democraticità sia usualmente addotta a favore dei sistemi elettorali proporzionali è *communis opinio* ed incontestata. Infatti la fondamentale (o comunque, di gran lunga la più importante) ragione che giustifica tali sistemi è la rappresentanza delle opinioni esistenti nel popolo e la influenza che la presenza di tale spettro di orientamenti politici nel Parlamento e nello Stato può avere sul governo della società. È stato autorevolmente affermato che se si voglia schematizzare la bipartizione di orientamenti nella materia

\* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

de qua, «sarebbe corretto sostenere che gli avvocati della rappresentanza proporzionale sottolineano la democraticità della loro formula nel fornire espressione della società civile e i fautori delle formule maggioritarie mettono l'accento sulla stabilità politica e l'efficacia decisionale dei governi eletti con le formule appunto maggioritarie»<sup>1</sup>. Tale affermazione merita però una rettifica. È vero che l'argomento della democraticità è quello principale, o comunque il più rilevante per sostenere la preferibilità del sistema proporzionale. Nondimeno sussiste una corrente di tutto rispetto che, nel propugnare il sistema elettorale maggioritario, motiva che anche quest'ultimo ha il requisito della democraticità (ed in maggior misura). Secondo gli esponenti di questa corrente, detto in estrema sintesi, il sistema proporzionale è una radiografia delle disparate opinioni politiche esistenti nel Paese, ma non esprime un orientamento popolare sulla composizione del governo e sull'indirizzo politico di quest'ultimo (e della maggioranza parlamentare), i quali risultano - con riferimento alla forma di governo parlamentare (la più diffusa e comunque è quella propria del nostro Paese) - da accordi fra partiti, non conosciuti a momento delle elezioni. Viceversa, il sistema maggioritario riduce sì la rappresentatività delle opinioni politiche dei cittadini, ma ha una valenza democratica sotto un altro profilo. Con tale formula elettorale il popolo ha la possibilità di scegliere direttamente sia la compagine governativa, sia l'indirizzo della maggioranza di governo e quindi si verifica, in questa ottica, l'esistenza di un potere democratico decisionale sull'attività politica dello Stato. Per riprendere, con traduzione, le parole di un illustre politologo francese, il voto del cittadino, con la formula in oggetto, «esprime una scelta concreta e non un'opinione astratta», poiché con detta scelta «la designazione dei governanti da parte dei cittadini è più diretta», talché si è configurata, in questa ipotesi, una «democrazia diretta»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. G. PASQUINO, *I sistemi elettorali*, Bologna, il Mulino, 2006, 33. Parole simili, pur se più concise, si rinvengono in M. VOLPI, *L'organizzazione costituzionale*, in G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli, 2009, 367, il quale afferma che i sostenitori del sistema proporzionale «hanno come proprio punto di riferimento essenziale l'esigenza della rappresentatività», mentre i fautori del sistema maggioritario adducono «l'esigenza della governabilità».

<sup>2</sup> Cfr. M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, vol. I, Paris, Presse Universitaire de France, 1988, 91 (l'esposizione della tesi in oggetto si rinvia già nello scritto dell'A., *Esquisse d'une théorie de la représentation politique*, in *L'évolution du droit public, Etudes offertes à A. Mestre*, Paris, Sirey, 1956, 211 ss.). La configurazione della (maggiore) democraticità del sistema maggioritario in quanto consente al popolo di scegliere la maggioranza di governo nonché il suo programma è prospettata anche da autorevoli costituzionalisti italiani: tra i più significativi, v. C. MORTATI, *Art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli - Società editrice del Foro italiano, 1975, 38 ss.; S. GALEOTTI, *Alla ricerca della governabilità*, Milano, Giuffrè, 1983, 143 ss.; 233 ss., 290 ss. (la citazione di quest'ultimo Autore è doverosa poiché è colui che più insistentemente ha ripreso, e con insistenza, l'orientamento di Duverger e non vale opporre che Galeotti abbia, nei diversi saggi, proposto il mantenimento del sistema elettorale, poiché tale posizione si spiega (e lo ammette l'A.) con una motivazione tattica (rendere accettabile alla classe poli-

sindacati, grandi imprese, ecc, possono non avere natura democratica, senza compromettere la democrazia, così anche i sistemi elettorali, purché accompagnati da regole esterne democratiche, sono democraticamente legittimi anche se non “democratici”<sup>43</sup>.

In secondo luogo, il parametro della “democraticità” è sviante. Per intenderci, se si ritenga necessaria una semplificazione del sistema partitico per favorire la governabilità, sarà opportuno introdurre un sistema elettorale maggioritario, che contribuisca alla formazione di compagini di governo più stabili e durature, senza rilevanza del fatto che possa essere il corpo elettorale a scegliere le maggioranze di governo. Qualora si ritenga necessario evitare, o attenuare, forti conflitti politici fra partiti e settori dell’elettorato – come ad esempio si è verificato nei primi decenni della Repubblica – e favorire una convivenza di forze politiche utile alla democrazia, si può scegliere un sistema elettorale proporzionale, senza che rilevi che quest’ultimo costituisca una miglior radiografia politica del Paese. In altri termini, il fine dei sistemi elettorali dev’essere un efficiente funzionamento dello Stato e della democrazia nei diversi frangenti storici e su tale idoneità delle diverse modalità di distribuzione di seggi parlamentari si deve incentrare l’attenzione di governanti e cittadini e si debbono confrontare le opinioni divergenti degli stessi circa il miglior sistema elettorale da adottare.

### *Abstract*

The Author proves that those who favor an electoral system over another do so mainly because of the democratic nature of the preferred electoral system. Given this premise, the Author challenges the democratic nature of an electoral system as a factor to determine which electoral system is preferable, on the basis of two arguments.

On the one hand, the Author doesn’t criticize liberal democracy itself, but rather the meaning that a populist ideology gives to democracy, and this because of several reasons. First of all, democracy is not an end in itself, but rather an instrument in order to achieve interests and superior values, including liberty. Moreover, the concept of “democratic nature” as a means to give voice to the will of the people is ill-founded, as “the people” is a merely fictional political persona, as it doesn’t have several requirements, such as a will or an opinion, which rather belong to single individuals. Lastly, there is a proved incompetence of the majority of citizens, who are unable to express informed and mature political orientations.

---

<sup>43</sup> Per chiarire, i sistemi elettorali debbono funzionare all’interno di un insieme di regole, proprie della poliarchia, cioè libertà di voto, di elettorato passivo, di espressione, di associazione, ecc. (sul punto si veda la sintesi di R. DAHL, *La democrazia e i suoi critici*, Roma, Editori Riuniti, 1930, 334) a prescindere dalle modalità democratiche di ripartizione dei seggi.

On the other hand, the Author refers to several considerations of authoritative political scientists, who argued that elections and votes are unable to express the orientations of the majority of a political community. Electoral programmes, indeed, grounded on deceptive promises, aren't really relied on by voters in choosing their representatives and government directions. Moreover the limited electoral turnout and the impossibility of complex choices on several issues prevent the development of a true will of the electorate. The Author concludes by attempting to demonstrate that the criticism against the requirement of "democratic nature" doesn't entail the rejection of the election of government members by the citizens as the best means of selection in a democratic regime.



# *Che cosa è la Costituzione per la scuola italiana: contributo al dibattito sul suo insegnamento nel sistema dell'istruzione*

di Paola Marsocci\*



**Sommario:** § 1. – In Premessa, la Costituzione come norma giuridica e “legge” fondamentale. § 2. – La diffusione della cultura costituzionale nelle scuole: una ricostruzione fino alle più recenti proposte di legge per l’insegnamento scolastico della “educazione civica”. § 3. – Unione europea e “educazione alla cittadinanza”: il quadro di riferimento. § 4. – Il testo unificato n. 682 e abb. approvato alla Camera il 2 maggio 2019: continua ad essere una questione di *etica del buon cittadino*, oggi anche «digitale». § 5. – La questione di come

parlare della Carta all’interno dei programmi scolastici. I progetti per la diffusione della teoria e della prassi della democrazia costituzionale al tempo della “didattica per competenze”.

## *§ 1. – In Premessa, la Costituzione come norma giuridica e “legge” fondamentale*

La questione di come “parlare” della Costituzione nelle aule scolastiche ha da sempre suscitato attenzione nella dottrina giuspubblicistica ed è stata oggetto di interventi legislativi, sin dai primi anni di vita delle istituzioni repubblicane.

In premessa, occorre ricordare che l’obiettivo di costruire una “pedagogia costituzionale” è stato presente già prima dell’entrata in vigore della Carta. Il Ministero per la Costituente, infatti, editò diverse pubblicazioni rivolte alla popolazione, contenenti informazioni dettagliate e documentazione utile alla comprensione del ruolo di un Parlamento eletto con quella finalità. Nel corso dei lavori dell’Assemblea costituente stessa (seduta plenaria del 28 aprile 1947), non fu tuttavia accolta la proposta<sup>1</sup> di inserire l’insegnamento civico come disciplina di studio, in quello che poi diventerà l’art. 33 della Carta. Del resto,

\* Sapienza – Università di Roma.

<sup>1</sup> Di Gerardo Bruni, unico esponente del Partito cristiano sociale eletto nell’Assemblea.



nella storia dell'istruzione pubblica italiana, fin dalla formazione dello Stato unitario, fu attribuita importanza all'insegnamento di alcuni elementi di educazione civica, correlati alla conoscenza dello Statuto Albertino; la finalità era educare le giovani generazioni ai doveri (e più tardi anche ai diritti, quando nel 1888 si inserì nei programmi scolastici la materia denominata appunto «diritti e doveri dei cittadini») e al senso della appartenenza nazionale<sup>2</sup>.

Da qualche anno il dibattito su tali vicende è ripreso, anche se la maggior parte delle riflessioni (non solo in ambito giuridico) sono di segno negativo. Quella che, con diverse sfumature, viene spesso descritta come la parabola della materia cenerentola della scuola italiana diviene uno degli spunti per discutere della questione "educazione civica", come sintomo del più generale tema della perdita di autorevolezza del sistema di istruzione nazionale e come esempio della necessità di rivedere la complessa questione della formazione del personale docente<sup>3</sup>.

In questo contributo, la circostanza dell'iter di approvazione della proposta di legge sul tema in oggetto, approvata alla Camera a maggio 2019, offrirà l'occasione, oltre che per dare conto dei contenuti del testo e del dibattito parlamentare in corso, per alcune ulteriori considerazioni.

In un intervento del 2008, sul sito della Associazione italiana dei costituzionalisti, Andrea Pugiotto proponeva di partire dalla domanda obbligata: a cosa serve conoscere la Costituzione<sup>4</sup>? La risposta offerta dall'autore era: «conoscerne la Costituzione è una preconditione essenziale per la vita stessa di un ordinamento che voglia essere e conservarsi democratico». Gli argomenti riportati per suffragarla partivano dal considerare «cultura costituzionale» ciò che rende possibile per i cittadini controllare l'esercizio del potere ed esercitare consapevol-

<sup>2</sup> Dalla lettura delle leggi Casati del 1859, Coppino del 1877, passando per la riforma Baccelli del 1894 – dove la scuola è definita come «palestra di preparazione per tutti al vivere civile» –, emerge l'intreccio tra valori civici e morali insieme all'educazione religiosa ed è possibile ricostruire nel dettaglio gli obiettivi ed i contenuti degli insegnamenti civici dell'epoca. Si rinvia all'attento lavoro di S. ILLARI, *Insegnamento della Costituzione ed educazione civica*, in G. MATUCCI, F. RIGANO (a cura di), *Costituzione e istruzione*, Milano, Franco Angeli, 2016, 432 ss., anche per quanto riguarda il cenno al fenomeno dei cosiddetti "Catechismi costituzionali", dall'epoca della rivoluzione francese a quella risorgimentale italiana in poi; si vedano anche M.C. BASILE, *Catechismi costituzionali e formazione dell'opinione pubblica nel risorgimento siciliano*, in *Foro, Nuova epoca*, vol. 18, n. 2/2015, 215 ss.

<sup>3</sup> B. LOSITO, *La costruzione delle competenze di cittadinanza a scuola: non basta una materia*, in *Cadmo*, n. 1/2009, 99 ss., A. CAVALLI, *Perché l'educazione politica non ha trovato spazio nella scuola italiana*, in *Scuola democratica*, n. 3/2016, 791 ss., B. BALCONI, *Quale didattica per l'educazione alla cittadinanza? I risultati di una cross-case analysis*, in AA.Vv., *Atti del Convegno della Società italiana di ricerca didattica, Alla ricerca di una scuola per tutti e per ciascun. Impianto istituzionale e modelli educativi*, Lecce, Pensa MultiMedia Editore, 2018.

<sup>4</sup> A. PUGIOTTO, *La Costituzione tra i banchi di scuola*, poi pubblicato anche in IDEM (a cura di), *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, Napoli, Jovene, 2013, 1.

quel contesto storico-politico: «lo scopo dell'istruzione è di insegnare l'obbedienza. L'istinto e la disponibilità a conformarsi, a obbedire ai comandi, a fare quel che l'interesse pubblico, così come definito dai superiori, richiede che sia fatto, erano le qualità più richieste dai cittadini di una società pianificata, progettata, rigorosamente e completamente razionalizzata. Non il sapere trasmesso agli alunni, ma l'atmosfera di addestramento, routine e totale prevedibilità sotto la quale si sarebbe realizzata la trasmissione di sapere, era la condizione che più contava [...]. Eppure, a ben vedere, la sostanza del radicalismo illuminato si rivela come una spinta a legiferare, organizzare e regolamentare, piuttosto che diffondere conoscenza».

Non si vede perché proprio oggi si debba tornare indietro, ridimensionando l'ambizione di chiunque di acquisire conoscenza nei diversi ambiti del sapere scientifico che le scuola è in grado di offrire (ineliminabile base per mature un'opinione almeno informata rispetto a tanti argomenti). Questa è la sua funzione nelle democrazie costituzionali, prerogativa da tutelare e promuovere, se non vogliamo che le istituzioni scolastiche si riducano a *resistere* più o meno efficacemente alla competizione con altri centri di produzione e diffusione di "conoscenze", dai media tradizionali ai social network, battaglia che non sarebbe vinta con la sola (anche se indispensabile) diffusione di conoscenza utili al cittadino digitale dei nostri giorni.

### *Abstract*

Today in Italy we are witnessing an increase in the amount of projects for the spreading of knowledge and culture regarding constitutional democracy. Within schools at all levels the academic and the civic communities cooperate with public administrations and institutions to suit the need to know about the history of our Republic and the contents and regulatory value of our Constitution, as this need is perceived by citizens of all ages and cultural levels. Within the school community it is possible to face every day the difficulties and the inconsistencies between the constitutional guarantees and what is actually achievable, in terms of effectiveness and respect of these principles and with regard to the full exercise of the related rights. Considering that, from 2008, the teaching of the subject "Citizenship and Constitution" is mandatory, in the paper it is reported the Historical development of Italian legislation and some experiences of constitutional knowledge and culture promotion in addition to a methodological proposal for the enhancement of future activities.

# *Società a partecipazione pubblica e ricomposizione del potere esecutivo*

di Fabio Merusi\*



**Sommario:** § 1. – Il “grimaldello” della riforma: la nuova capacità speciale delle pubbliche amministrazioni in materia di costituzione di società. § 2. – Una capacità speciale anche con riferimento a surrogati societari? § 3. – L’applicabilità dell’art. 97 Cost., comma 2, anche alle nuove amministrazioni “societarie”. § 4. – Articolo 41 della Costituzione e insolvenza delle società pubbliche. § 5. – Scopo di lucro o pareggio di bilancio *ex* art. 81 e 97 Cost. per le nuove società pubbliche. § 6. – Le società a partecipazione pubblica nella ricomposizione del potere esecutivo.

## *§ 1. – Il “grimaldello” della riforma: la nuova capacità speciale delle pubbliche amministrazioni in materia di costituzione di società*

La recente “riforma” delle società a partecipazione pubblica, che non sembra avere le caratteristiche dell’“imbroglio pubblicitario” che hanno avuto molte delle pretese riforme susseguitesesi nel nostro ordinamento dopo la “grande crisi” economica del 2008<sup>1</sup>, ha inteso porre ordine nel variegato caos delle società a partecipazione pubblica determinato, essenzialmente se non esclusivamente, dall’intento di sfuggire alle regole amministrative pubbliche e alle conseguenze che queste regole comportano<sup>2</sup>.

\* Università degli Studi Guglielmo Marconi.

Il presente lavoro riproduce con aggiornamenti e variazioni un saggio destinato agli *Studi in onore di Guido Alpa*.

<sup>1</sup> Per cui si rinvia a F. MERUSI, *L’imbroglio delle riforme amministrative*, Modena, Mucchi, 2016.

<sup>2</sup> Le intenzioni della riforma e lo stato confusionale esistente in materia di società a partecipazione pubblica, sia giurisprudenziale che dottrinale, sono chiaramente esplicitate nel resoconto “agiografico” di H. BONURA, *Le partecipazioni pubbliche*, in B.G. MATTARELLA, E. D’ALTERIO (a cura di), *La riforma della Pubblica Amministrazione*, Seggiano di Pioltello (MI), Sole 24ore, 2017, 345 ss. Il fenomeno della proliferazione di società a partecipazione pubblica non è stato peraltro soltanto italiano. Cfr. in proposito di recente le ampie indicazioni di S. ANTONIAZZI, *Società miste e servizi pubblici locali. Esperienze nazionali e modello europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, e, della stessa, EADEM, *Società di economia mista: caratteri generali, la diretta influenza del modello delineato dall’Unione Europea e alcune esperienze nazionali*, in AA.VV., *Anuario del Gobierno Local*, Barcelona, Fundación democracia y gobierno local, 2018, 205 ss.

Il “grimaldello” della riforma è stato individuato dal legislatore nell’abbandono della capacità generale di diritto privato riconosciuta alle pubbliche amministrazioni in pro di una capacità speciale in materia di partecipazioni societarie. Il perno del cambiamento è individuabile nell’art. 4 del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica (D.Lgs 19 agosto 2016, n. 175) il quale prevede quanto segue:

«1. Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

2. Nei limiti di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate: a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; b) progettazione e realizzazione di un’opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche [...]; c) realizzazione e gestione di un’opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d’interesse generale attraverso un contratto di partenariato [...] con un imprenditore selezionato [...]; d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all’ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento; e) servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici [...].

3. Al solo fine di ottimizzare e valorizzare l’utilizzo di beni immobili facenti parte del proprio patrimonio, le amministrazioni pubbliche possono, altresì [...] acquisire partecipazioni in società aventi per oggetto sociale esclusivo la valorizzazione del patrimonio delle amministrazioni stesse, tramite il conferimento di beni immobili allo scopo di realizzare un investimento secondo criteri propri di un qualsiasi operatore di mercato».

Il che, tradotto in termini di più comprensibile teoria generale, significa che le pubbliche amministrazioni non hanno, almeno per quanto riguarda il diritto societario, capacità di diritto privato generale, bensì capacità di diritto privato speciale, cioè nei limiti della sua strumentalità rispetto alla funzione attribuita dalla legge ad una pubblica amministrazione. Il fine proprio di una pubblica amministrazione delimita la sua capacità di diritto privato. Con la conseguenza che ogni negozio di diritto privato societario che esula dalla capacità speciale risulta viziato perché *ultra vires*.

Certamente la società di diritto privato combinata con le finalità societarie di cui all'art. 4 del T.U. è attratta nell'organizzazione amministrativa e, conseguentemente, nell'ambito del potere esecutivo. Un potere esecutivo non tutto disciplinato dal diritto pubblico, ma tutto ricomprendibile in una unica finanza pubblica e perciò in un unico potere esecutivo, almeno secondo la logica del diritto "federale" comunitario.

Quel che non ha fatto formalmente la Costituzione repubblicana lo hanno fatto, e lo stanno facendo, leggi generali di organizzazione del potere esecutivo, la legge generale sul procedimento amministrativo prima, le leggi sulla identificazione da parte dell'Istat delle pubbliche amministrazioni tutte appartenenti ad una unica finanza pubblica e ora il T.U. sulle società a partecipazione pubblica. Almeno nelle intenzioni, cioè nelle finalità espresse nel T.U., un ulteriore tassello per la *reductio ad unum* del potere esecutivo in un unico potere amministrativo secondo un processo avviato anche da altri Paesi europei<sup>25</sup> a seguito del progredire del federalismo dell'Unione Europea. Una divisione dei poteri realizzata in questo caso anche con la collaborazione del diritto privato<sup>26</sup>, utilizzando una capacità speciale di diritto privato appositamente prevista per le pubbliche amministrazioni, abbandonando il dogma della capacità generale di diritto privato della pubblica amministrazione.

### Abstract

The paper analyzes the issue of the reform of companies with public participation with regard, in particular, to the special capacity of public administrations in setting up the companies themselves.

The idea is that the reform law is a law that provides for a special exception to the existing general capacity of private law of public administrations. After having addressed the issue, also with regard to the case of corporate sur-

<sup>25</sup> Cfr., ad esempio, per l'ordinamento tedesco le relazioni di B.O. BRYDE, G. HAVERKATE, *Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem*, al 46° congresso dei pubblicisti di lingua tedesca, Berlin-New York, De Gruyter, 1988, e per i vari profili della questione nell'ordinamento italiano v. A. ANDREANI, *Crisi e metamorfosi del potere esecutivo*, Padova, Cedam, 1999, e G. COMPORTELLI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, Giuffrè, 1996, e per le "spinte" comunitarie il già citato libro di F. NUGNES, *L'impatto della "governance"*, cit. Il diritto privato inserito nella divisione dei poteri va aggiunto all'ampia casistica dei rapporti fra diritto pubblico e diritto privato disegnata da G. ALPA nel recente lavoro *Dal diritto pubblico al diritto privato*, Modena, Mucchi, Parte I e II, 2017, e come trentaquattresima ipotesi dopo le trentatre tesi sulle possibili osmosi fra pubblico e privato enumerate nel noto lavoro di W. LEISNER, *"Privatisierung" des Öffentlichen Rechts, Von der "Hoheitsgewalt" zum gleichordnenden Privatrecht*, Berlin, Duncker & Humboldt, 2007.

<sup>26</sup> Sulle nuove forme di divisione dei poteri recentemente determinatesi in vari ordinamenti si rinvia a M. TROPER, *Le nuove separazioni dei poteri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.

rogates, a further profile concerns “if” and “what” is the constitutional significance of this special legal capacity. From this point of view, the analysis focuses on other profiles such as: the applicability to companies with public participation of the principles of impartiality and good administration pursuant to art. 97 of the Constitution; the particular insolvency regime, also in relation to the provisions of art. 41 of the Constitution; and, at the end, the question concerning the profit-making purposes and the balanced budget rule. The point of arrival of the investigation is represented by the reading of the entire reform as an attempt to reorganize the executive power in an organizational way, combining together administrative power and organizational modules of private law.

# *Il posto della democrazia partecipativa*

di Antonio Riviezzo\*



**Sommario:** § 1. – I sintagmi della democrazia. § 2. – Le oscurità del sintagma ‘democrazia partecipativa’. § 3. – ‘Democrazia partecipativa’: un concetto metagiuridico? § 4. – ‘Democrazia partecipativa’: metodo o contenuto? § 5. – ‘Democrazia partecipativa’: teoria o dottrina? § 6. – ‘Democrazia partecipativa’ e ‘democrazia deliberativa’: una distinzione fuorviante. § 7. – La decostruzione del concetto e la sua matrice fattuale. § 8. – ‘Democrazia partecipativa’ e ‘democrazia rappresentativa’: una distinzione inopportuna. § 9. – Le ambiguità della ‘democrazia partecipativa’. § 10. – La ricostruzione del concetto. Una definizione stipulativa.

## § 1. – *I sintagmi della democrazia*

Il sintagma ‘democrazia partecipativa’ si è delineato in tempi assai recenti nell’ambito del discorso attorno al concetto classico di democrazia.

Su quest’ultima (priva di attributi qualificativi), come risaputo, si sono scritte – da lungo tempo e in ogni tempo – biblioteche, avvicinandola da vari versanti: filosofico, politico, teorico, sociologico e, non ultimo, giuridico.

In tale percorso – teso all’arricchimento della nozione e alla sua progressiva specificazione – sono via via apparse aggettivazioni di accompagnamento, sovente declinate in chiave dicotomica (democrazia ‘diretta’, contrapposta a ‘rappresentativa’, e democrazia ‘formale’, giustapposta a ‘sostanziale’, solo per citare le due coppie oppositive più note e che torneranno buone nel prosieguo)<sup>1</sup>.

Nell’approfondimento analitico implicito nell’aggettivazione risiedeva altresì una salutare delimitazione del campo osservato, tesa a focalizzare l’attenzione dello studioso ora sulla struttura, ora sul contenuto, ora sulla funzione della ‘democrazia’.

\* Università degli Studi di Siena.

Il presente scritto costituisce rielaborazione e approfondimento di una Relazione esposta oralmente dall’Autore in occasione del Convegno *Nuove tendenze della democrazia partecipativa in Italia e in Irlanda* tenutosi a Siena il giorno 8 aprile 2019.

<sup>1</sup> Maggiori dettagli, se si vuole, nell’agile ricostruzione di M. COTTA, *Democrazia*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, Treccani, 1989, 1.



In tal modo, l'aggettivo facilitava l'opera di chiarificazione concettuale propria dell'indagine (filosofica, politologica, sociologica e via dicendo) che si intendeva svolgere.

Tale andamento è stato però sconfessato dagli studi della seconda metà del Millenovecento, che hanno preso a costruire sintagmi della democrazia prescindendo da un'aggettivazione basata su dicotomie esaustive: così è stato, in particolare, per 'democrazia deliberativa', 'democrazia costituzionale' e, più recentemente, per 'democrazia partecipativa'<sup>2</sup>.

Infine, in tempi ancora più vicini a noi, non sono mancati tentativi di ricondurre alla semantica democratica persino termini che con la 'democrazia' non presentano alcuna familiarità etimologica: i casi del 'mercato' e della 'sussidiarietà' sono probabilmente i due maggiormente significativi in tal senso<sup>3</sup>.

## § 2. – *Le oscurità del sintagma 'democrazia partecipativa'*

L'ultima tendenza censita può essere lasciata momentaneamente da parte: essa infatti, da un lato, sembra per lo più da ascrivere a fenomeni di ibridazione tra diverse branche del sapere sociale – e segnatamente all'impatto crescente dell'economia e della sociologia sui modelli del pensiero – e, dall'altro, pare risolversi in buona sostanza nella mera proiezione dell'apparato concettuale di tali scienze all'interno di un contesto, discorsivo e istituzionale, orientato *ab origine* all'ideale democratico.

Resta invece insoluto il nodo interpretativo dell'ultimo sintagma messo sul tavolo della discussione: la 'democrazia partecipativa', appunto.

La difficoltà "nuova", in tal caso, pare costituita dall'incapacità dell'aggettivo di limitare e/o indirizzare adeguatamente la portata semantica del sostantivo ('democrazia').

<sup>2</sup> Per un veloce inquadramento teorico di tali nozioni, v. per tutti M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, Laterza, 2006, spec. 42 ss.

<sup>3</sup> Tali relazioni sono esplorate, non di rado in chiave problematica, in numerosi scritti. Mi limito a segnalare, a titolo d'esempio, M. REVELLI, *Democrazia e Mercato*, in M. BOVERO, V. PAZÈ (a cura di), *La democrazia in nove lezioni*, Roma-Bari, Laterza, 2010, 92, e il volume di R. DE MUCCI (a cura di), *Economia di mercato e democrazia: un rapporto controverso*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2014 (particolarmente l'Introduzione dello stesso De Mucci, 7, e il saggio di S. FALLOCCO, *Mercato e democrazia: un inquadramento teorico*, 31) riguardo al mercato; sulla relazione tra democrazia e sussidiarietà, v. invece P. RIDOLA, *Sussidiarietà e democrazia*, in G.C. DE MARTIN (a cura di), *Sussidiarietà e democrazia: esperienze a confronto e prospettive*, Padova, Cedam, 2008, 1, spec. 25 ss. Un paradigma del suddetto allargamento semantico con precipuo riferimento alla democrazia partecipativa è invece in U. ALLEGRETTI, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, contributo telematico del 25 novembre 2011 in *Rivista AIC*, 1-12 (paper), spec. 3 ss. e soprattutto in A. VALASTRO (a cura di), *Le regole della democrazia partecipativa*, Napoli, Jovene, 2010.

*Abstract*

The essay aims to position “participatory democracy” within the traditional legal categories. Excluding that it is a middle way between the classic “direct” and “representative” forms of democracy, the A. underlines the substantial (not procedural) and political (not legal) nature of the concept.

## *Interpretazione e Giurisdizione*

*Relazioni al Convegno dell'Associazione Nazionale Magistrati  
Amministrativi "Diritto giurisprudenziale e certezza giuridica"  
Roma, 8 febbraio 2019*

---

# La giurisprudenza e le fonti del diritto

di Guido Alpa\*



**Sommario:** § 1. – Il diritto vivente. § 2. – L’interpretazione creativa. § 3. – Un sistema a legislazione costante. § 4. – Il superamento del monopolio giusformalista e l’insegnamento della storia. § 5. – La fine del modello “legalista”.

## § 1. – *Il diritto vivente*

Tra gli strumenti di lavoro impiegati nella formazione culturale e professionale del giurista le raccolte di giurisprudenza, le note a sentenza, i codici commentati con le massime, occupano un posto privilegiato. La giurisprudenza è essenziale per la comprensione del diritto, come fatto cognitivo. La disposizione diventa norma se la si completa con l’interpretazione. Nella formazione del giurista e nell’esercizio della sua attività, di ricercatore, di magistrato, di avvocato, i codici commentati completano manuali e trattati e documentano come la giurisprudenza modifica il significato dei termini, dei concetti, delle nozioni elementari, degli istituti di base, crea nuovi diritti e nuovi rimedi.

Contribuisce dunque a configurare il diritto, attraverso l’analisi dei codici e delle leggi speciali, la creazione e l’applicazione dei principi generali, l’applicazione diretta dei diritti fondamentali ai rapporti tra i privati e tra i privati e la pubblica Amministrazione

Oltre ad essere un fatto descrittivo, la giurisprudenza è anche un fatto *normativo*?

La teoria generale del diritto distingue diverse accezioni del termine *giurisprudenza*. Il termine colto indica l’arte di giudicare, la *iuris prudentia* dei giuristi Romani. Il termine analitico indica la scienza del diritto, il complesso dei principi fondamentali del diritto, o addirittura un intero sistema giuridico. Ma nel linguaggio corrente si parla di giu-

---

\* Sapienza – Università di Roma.

risprudenza come del prodotto dell'attività interpretativa delle corti. E quindi il termine è nuovamente connesso con l'interpretazione delle disposizioni.

Se si esamina la questione in prospettiva storica, e si considera l'arco temporale compreso tra gli ultimi due secoli, la risposta appare negativa per tutto l'Ottocento e la prima metà del Novecento. Al di là degli approfondimenti teorici che la dottrina ha svolto per tutto questo tempo, dando luogo a discussioni affascinanti, la riprova di questa considerazione riduttiva della giurisprudenza è data dal fatto che la giurisprudenza era citata esclusivamente nei trattati e nei commentari destinati ai pratici, agli avvocati per preparare le memorie delle loro cause, ai notai per redigere i loro atti, ai giudici per scrivere le sentenze, ma non era citata, riportata, neppure menzionata nei manuali istituzionali destinati agli studenti, o nelle monografie prettamente teoriche.

Oggi però la risposta è (prevalentemente) positiva e pochi dubitano, ora, che la giurisprudenza sia una *fonte del diritto*.

Se è così, non si possono imparare le istituzioni di diritto privato, il diritto civile, il diritto commerciale, tutte materie che trovano il loro referente nella Costituzione, nel codice civile, e in alcune fondamentali leggi speciali, senza un corredo giurisprudenziale. Il *diritto vivente*, come inteso e praticato in un determinato momento storico, si deve aggiungere, come sua fonte integrativa, al diritto scritto.

Ma si tratta di una fonte con caratteristiche peculiari.

## § 2. – *L'interpretazione creativa*

L'interpretazione è mutevole: il giudice adatta la disposizione alla fattispecie, tiene conto dei valori sui quali si fonda l'ordinamento, fa una valutazione comparativa degli interessi, considera le domande delle parti, decide secondo quanto allegato e provato dai loro difensori, enuncia il dispositivo sulla base della motivazione. In questo processo hanno un peso determinante le esigenze economiche e sociali che mutano con il tempo, e con l'ambiente, ma mutano anche le concezioni del diritto, la configurazione degli istituti, o, più semplicemente, i contenuti delle leggi, sicché l'interpretazione non è sempre eguale a se stessa.

L'interpretazione è elastica, perché il tessuto normativo consente questo adattamento attraverso le clausole generali, le formule vaghe delle disposizioni, i principi generali.

L'interpretazione è anche creativa, perché il giudice plasma la disposizione, ne estende l'enunciato, lo rende malleabile e tale da "colmare le lacune" dell'ordinamento e adeguarlo alla bisogna.

*Abstract*

The essay examines the fundamental question of the sources of law, and analyzes the impact caused by the overcoming of the legalistic model due to the growing importance of jurisprudence, interpretation and 'living law'.

# *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*

di Massimo Luciani\*



**Sommario:** § 1. – La nozione di diritto giurisprudenziale. § 2. – Il diritto giurisprudenziale nella... giurisprudenza. § 3. – Sentenze *overruling* e diritto processuale. § 4. – La prospettiva della certezza del diritto.

## § 1. – *La nozione di diritto giurisprudenziale*

L'espressione 'diritto giurisprudenziale' può essere usata, agli estremi, in modo neutro e – diciamo così – innocente, oppure in modo orientato e culturalmente impegnativo.

Nella prima accezione, per 'diritto giurisprudenziale' non s'intende altro che un indirizzo della giurisprudenza più o meno stabile e consolidato. È questo l'uso che più di frequente s'incontra proprio in giurisprudenza, ad esempio quando si parla degli '*orientamenti del diritto giurisprudenziale*'<sup>1</sup> o si usano formule analoghe. In questa prospettiva, l'espressione è praticamente sinonimica di "diritto vivente", almeno per come esso è inteso dalla Corte costituzionale. Questa, come è noto, salve alcune oscillazioni (si è detto, ad esempio, che la giurisprudenza di legittimità sarebbe solo «il principale [epperchiò non l'esclusivo] formante del diritto vivente»)<sup>2</sup>, l'ha fatto coincidere con gli indirizzi della giurisprudenza di legittimità. Si tratta di capire, però, quando un simile diritto vivente si maturi. Di recente, in un caso specifico, lo si è rinvenuto in un'interpretazione che «corrisponde a un orientamento delle

\* Sapienza – Università di Roma.

Relazione, aggiornata, al Convegno "Diritto giurisprudenziale e certezza giuridica", organizzato dall'Associazione Nazionale Magistrati Amministrativi, Roma, 8 febbraio 2019.

Questo saggio è dedicato alla *Raccolta di scritti* in onore di Antonio Ruggeri.

<sup>1</sup> Così, da ultimo, Cass. pen., Sez. III, 24 agosto 2018, n. 38891.

<sup>2</sup> Così la sent. n. 11 del 2015.



sezioni unite della Corte di cassazione, espresso con tre sentenze»<sup>3</sup>, ma non è affatto detto che pel suo farsi occorran tre, cinque o mille pronunce della Suprema Corte. Anzi, come si evince da un altro, ancor più recente arresto, sebbene l'esistenza di un indirizzo più o meno consolidato ne sia condizione sufficiente, non è detto che ne sia anche condizione necessaria, visto che si ha diritto vivente semplicemente «in presenza di un'interpretazione offerta dalla Corte di cassazione, alla quale compete la funzione nomofilattica»<sup>4</sup>. A questo proposito, è interessante notare che lo stesso non vale per la giurisprudenza della Corte EDU, per la quale il diritto vivente si fa coincidere con i suoi indirizzi giurisprudenziali stabili, anzi «definitivi»<sup>5</sup>. Affermazione, questa, invero assai problematica (un indirizzo giurisprudenziale non può mai logicamente predicarsi della "definitività", a fronte del principio del libero convincimento del giudice), ma che parrebbe sottintendere una (a mio parere) condivisibile maggior cautela quando le interpretazioni che si recepiscono provengono da una giurisdizione internazionale (o sovranazionale) che interferisce con il nostro ordinamento. Al di là delle oscillazioni e dei *distinguo*, comunque, resta fermo che sempre di giurisprudenza si tratta, sicché non può certo considerarsi casuale che nella prassi si parli anche di un «diritto giurisprudenziale "vivente"»<sup>6</sup>, sebbene una simile espressione, in questa prospettiva, debba considerarsi addirittura pleonastica.

All'estremo opposto, l'espressione è impiegata, da chi si riconosce nelle dottrine del costituzionalismo multilivello o globale, ovvero del costituzionalismo sociale *à la* Teubner<sup>7</sup>, per significare uno specifico (e positivamente valutato) stadio di sviluppo dell'esperienza giuridica. Uno stadio in cui «la figura del giudice e il diritto giurisprudenziale assumono un ruolo centrale. Sono i giudici e gli arbitri che, venute meno rigide gerarchie e piramidi normative, si trasformano nel principale motore delle produzione/posizione giuridica, e sono chiamati a determinare cosa si trovi al centro e cosa alla periferia dei vari ordinamenti giuridici, i quali si configurano ormai come reti. In questo senso, a seguito dei processi di globalizzazione, quelle che una volta erano rigide distinzioni tra normatività e validità, tra aspettativa e posizione di diritto, sfumano, pur senza venire meno»<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Corte cost., sent. n. 13 del 2018.

<sup>4</sup> Corte cost., sent. n. 52 del 2018.

<sup>5</sup> Corte cost., sent. n. 49 del 2015.

<sup>6</sup> Cass. civ., Sez. I, 13 ottobre 2017, n. 24158.

<sup>7</sup> Sulle incongruenze del "costituzionalismo multilivello", mi permetto di rinviare al mio *Le illusioni del neocostituzionalismo*, in *Due lezioni magistrali*, a cura di B. Bini, Viterbo, Sette Città, 2018.

<sup>8</sup> Così la descrizione di A.J. GOLIA, *Costituzionalismo sociale (teoria del)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento, VII, Torino, UTET, 2017.

risdizioni superiori, almeno nelle loro affermazioni di principio, hanno dimostrato di intenderli ancora nel modo corretto. È da augurarsi che così (rimuovendo alcune contraddittorie affermazioni di contorno) continuino a fare, nonostante la dissoluzione delle nostre tradizionali categorie giuridiche che un diffuso indirizzo dottrinale continua a predicare. Predica, invero incomprensibile e autolesionistica, perché, se le cose stessero davvero com'esso pretende, si cancellerebbe la stessa concepiibilità di una dottrina capace d'essere qualcosa di più della mera registrazione dell'esistente giurisprudenziale o tutt'al più della sua "profezia" («The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law» è, come è ben noto, il perentorio *dictum* holmesiano)<sup>46</sup>. Una profezia che, allora, potrebbe essere proferita più velocemente e più accuratamente da un robot, dal quale studiosi e avvocati, prima ancora del giudice stesso, a ragionar così, finirebbero per essere, fatalmente, sostituiti<sup>47</sup>.

### Abstract

What does the expression "diritto giurisprudenziale" mean? Would it have the same meaning of "judge-made law", a firm criticism against its use in our legal culture should be opposed: in a civil-law system, jurisprudence cannot be conceived as a source of law of the same nature of statute law.

Less pretentiously, this expression doesn't mean anything more than "living law", that's to say the law as it is experienced in practice (or, more exactly, in the particular field of the legal practice that is lived before the Courts).

These pages analyse the different problems posed by the "diritto giurisprudenziale", both from the point of view of the relations between legislative power and jurisdiction, and from the point of view of the rights of the individuals.

<sup>46</sup> O.W. HOLMES, *The Path of the Law*, in *Harvard Law Review*, 10/1897, 457.

<sup>47</sup> Sul punto, anche per ulteriori indicazioni, mi permetto di rinviare al mio *La decisione giudiziaria robotica*, in *Nuovo diritto civile*, 2018, 5 ss. Più di recente, A. GARAPON, J. LASSEGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, PUF, 2018.

# Interpretazione giurisprudenziale e sicurezza giuridica

di Filippo Patroni Griffi\*



**Sommario:** § 1. – Premessa e definizione del tema. § 2. – L'applicazione del diritto da parte del giudice: limiti teorici e pratiche giudiziarie. § 3. – Il valore del precedente e la funzione nomofilattica. § 4. – Il contributo del giudice alla certezza del diritto.

## § 1. – Premessa e definizione del tema

Tullio Ascarelli ha insegnato che il significato della norma si ricava soprattutto osservando la quotidiana opera del giudice, perché il diritto non esiste al di fuori della sua interpretazione<sup>1</sup>.

Quest'opera quotidiana, dunque, diventa una composita realtà giurisprudenziale di interpretazione e applicazione del diritto, che è prodotto da un sistema multilivello e reticolare di fonti "legislative" e che contempla sempre più le "sentenze" tra gli oggetti di interpretazione<sup>2</sup>.

Per l'argomento che qui ci occupa, è utile riflettere brevemente su alcuni aspetti problematici del "diritto giurisprudenziale" prodot-

\* Presidente del Consiglio di Stato.

Relazione al convegno *Giustizia amministrativa per i cittadini* (Prima parte denominata Diritto giurisprudenziale e certezza del diritto) dell'Associazione Nazionale Magistrati TAR, Roma, 8 febbraio 2019.

<sup>1</sup> Così il richiamo in S. PATTI, *L'interpretazione, il ruolo della giurisprudenza*, in P. RESCIGNO, S. PATTI, *La genesi della sentenza*, Bologna, il Mulino, 2017, 159 ss., 161.

<sup>2</sup> S. PATTI, *op. ult. cit.*, 159. Anche sotto tale punto di vista – che evidenzia come anche le sentenze siano oggetto di interpretazione in senso tecnico – appare significativa l'ordinanza 31 luglio 2017 n. 3805, con cui la Quarta Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza plenaria la questione se l'interpretazione del principio di diritto da essa enunciato, ove ne sia in discussione la "portata", compete alla medesima Adunanza plenaria, cui il giudice rimettente, ove abbia perplessità, è tenuto a rimettere la questione, ovvero se tale interpretazione possa essere svolta dalla stessa Sezione cui è assegnato il ricorso, esulando tale fattispecie dall'obbligo di cui all'art. 99, co. 3, c.p.a.. L'Adunanza plenaria si è pronunciata con la sentenza 23 febbraio 2018, n. 2.

to dal giudice amministrativo alla luce del principio della certezza del diritto.

Vengono in rilievo, in particolare, tre aspetti:

- a) i limiti posti all'interpretazione: sotto il profilo specifico delle tecniche e dei modelli di decisione adottati dal giudice;
- b) il valore del precedente, che si collega al tema della nomofilachia;
- c) il terzo, conclusivo, costituito dal contributo del giudice all'effettiva applicazione del principio della certezza del diritto.

## § 2. – *L'applicazione del diritto da parte del giudice: limiti teorici e pratiche giudiziarie*

Sull'interpretazione del diritto da parte del giudice, sui suoi limiti e sulla sua c.d. discrezionalità molto si è scritto.

Le Scuole e gli orientamenti che si contrappongono sono noti: senza arrivare ai fautori del diritto libero, positivisti e storicisti rispettivamente pongono l'accento, gli uni, sulla necessaria derivazione legale della fattispecie, in cui il giudice deve "sussumere" il caso mediante l'uso del metodo sillogistico e una tecnica eminentemente ricognitiva; gli altri (gli storicisti) evidenziano la fattualità del diritto, come espressione del corpo sociale in movimento, criticano il riduzionismo positivista e assegnano al giudice una funzione, se non creativa, di individuazione di nuove situazioni tutelabili, pur sempre nell'ambito dell'ordinamento, ma con un accentuato ricorso a valori e principi, sì da meritarsi l'accusa di «pieno e radicale soggettivismo» e di «intuizionismo dei valori o di consimili misteriose entità»<sup>3</sup>.

Vi è, dunque, una contrapposizione tra chi sostiene che l'interpretazione non possa che essere "testuale", nel senso di interna al testo, e chi sostiene che il giudice, anche oltre la norma, debba riadattare il testo a valori storicamente mutevoli espressi dalla società.

A me sembra, però, che talvolta la contrapposizione, all'atto pratico, sia meno radicale di quanto si affermi. Significativo, per esempio, che illustri sostenitori del metodo sillogistico, riconducano i principi a "norme di grado superiore", ne ribadiscano il contenuto normativo («essere norme tra norme») per concludere che, poiché i testi legislativi presentano spesso un certo grado di indeterminatezza, «da essi è ricavabile una pluralità di norme. Il giudice sceglie, non oltre, ma tra i significati ricavabili dal testo»<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> N. IRTI, *I "cancelli delle parole"*, in N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016, 57 ss., spec. 68 e 83.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

“Stato etico”. Ma anche il metodo sillogistico e una “giurisprudenza dei concetti”, se inseriti in un contesto “illiberale”, forniranno un metodo giusto all’applicazione di scelte ingiuste e il giudice sarà la “bocca della legge” di uno Stato autoritario e antidemocratico.

Forse sta in questo la neutralità del diritto (nel senso marxista del termine, come sovrastruttura) e dei giuristi (nel senso crociano); ma forse in questo sta anche l’idea del diritto come garanzia della legalità sostanziale negli Stati democratici.

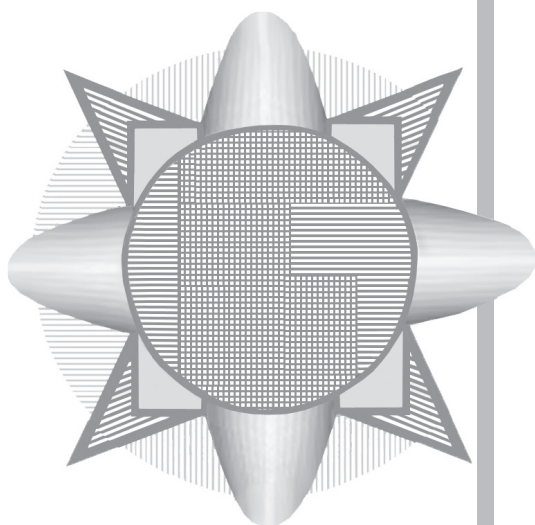
Le Corti dovranno perciò dimostrare di meritare la fiducia davanti ai cittadini, ponendo al centro della loro opera l’esigenza di certezza che è alla base della sicurezza giuridica. In ciò, i giudici sono chiamati ad auto-limitare la propria autonomia di giudizio, se necessario (come già il singolo giudice fa quando dissenta in un collegio) e a considerare la propria attività non come espressione della propria creatività ma come un servizio reso dall’istituzione giudiziaria nel suo complesso.

### *Abstract*

The essay in the first part deals with the interpretation of the law by the judge, and in particular with its limits and its discretion. In the second part focuses on the analysis of the value of the stare decisis and how this can improve legal certainty.

# Maestri del Novecento

---



*Norberto Bobbio, testimone del secolo*  
di Agostino Carrino

---

*Piero Calamandrei*  
di Stefano Merlini

# Norberto Bobbio, testimone del secolo

di Agostino Carrino\*



**Sommario:** I. – Filosofia politica. § 1. – Maestro del Novecento. § 2. – Un pensiero “labirintico”. § 3. – Contro i fanatici. § 4. – La critica al marxismo. § 5. – Sulla democrazia. II. – Filosofia giuridica. § 6. – La filosofia positiva. § 7. – Con Kelsen, oltre Kelsen. § 8. – La società civile. III. – Osservazioni conclusive. § 9. – Il “positivista inquieto”.

«Se si intende per diritto ciò che intendono i giuristi, il diritto positivo, questo non ha niente a che vedere con la morale. Il diritto positivo è semplicemente l’insieme delle norme che vengono imposte su un determinato territorio da un potere sovrano. Che siano morali o immorali, al giurista non importa. Anche le norme “immorali”, se sono imposte dal potere sovrano, sono per il giurista norme giuridiche».

NORBERTO BOBBIO

## I. – *Filosofia politica*

### § 1. – *Maestro del Novecento*

Norberto Bobbio (1909-2004), piemontese come Luigi Einaudi, da lui molto e significativamente lodato<sup>1</sup>, può essere definito un ‘maestro del 900’ in più sensi: perché nella seconda metà del secolo passato fu per davvero maestro, direttamente o con i suoi corsi universitari, per molti giovani studiosi, filosofi del diritto e filosofi della politica, ma anche costituzionalisti e politologi; perché il suo magistero resta legato a quel tempo, il “tempo delle ideologie”; ma anche perché di quel secolo Bobbio fu protagonista e testimone di impareggiabile sensibili-

\* Università degli Studi di Napoli Federico II.

<sup>1</sup> N. BOBBIO, *De senectute e altri scritti autobiografici*, Torino, Einaudi, 1996, 71: «Il contributo del Piemonte all’età liberale non fu soltanto quello di aver dato i natali e i costumi al suo maggior artefice [Giolitti] [...], ma anche di aver dato natali e costumi a chi è stato senza dubbio il maggior teorico del liberalismo italiano». Ma cfr. N. BOBBIO, *Luigi Einaudi* (1974), in IDEM, *Dal fascismo alla democrazia. I regimi, le ideologie, le figure e le culture politiche*, Milano, Baldini & Castoldi, 1997, 237-282.



tà, sapendo intravedere le vene sottili di correnti intellettuali allo stato nascente e cogliendo in anticipo i rischi insiti in pensieri e movimenti eversivi della tradizione intellettuale illuministica, di cui Bobbio fu certamente partecipe, pur non scevro da aporie e ripensamenti.

Ma 'maestro del 900' Bobbio resta anche in un altro significato: nel senso, cioè, di intellettuale legato a quell'epoca, di cui cercò di comprendere le antinomie e le contraddizioni, talvolta lasciandosene prendere per poi proseguire su altri piani ancora, segno di una curiosità intellettuale mai saziata. Negli anni correnti del cosiddetto "populismo" Bobbio si sentirebbe forse smarrito proprio per la fine di quelle ideologie che hanno caratterizzato il Novecento e alle quali egli fu, in adesione o in polemica, strettamente legato, dal liberalismo alla socialdemocrazia al marxismo. Forse, però, di questa condizione di crisi profonda, crisi di civiltà, egli ebbe, negli ultimi anni della sua vita, sentore e premonizione, se è vero che il suo pessimismo non era più solo un pessimismo della ragione, ma si venava oramai di una qualche certezza di catastrofi imminenti. Sarebbe infatti un errore, secondo me, interpretare i suoi scritti giornalistici contro Berlusconi come indirizzati ad una persona; dietro Berlusconi e dietro il "berlusconismo" allora trionfante egli intravedeva un declino morale e civile che per molti aspetti lo lasciava sgomento e, soprattutto, impotente. I suoi scritti polemici sul marxismo degli anni Cinquanta erano in grado di lasciare un segno e provocare reazioni in ambienti culturali non irrilevanti; le sue critiche degli anni Novanta sembravano oramai, invece, la classica "*vox clamans in deserto*"; gli mancavano, per citare un detto di Carl Schmitt, i suoi "nemici", anche se avrebbe preferito chiamarli avversari, se non semplicemente *Gesprächspartner*, alla tedesca, anche quando il dialogo fu acceso<sup>2</sup>. Gli mancavano gli avversari perché, detto in poche e ruvide parole, Bobbio alla fine della sua vita era diventato un sopravvissuto e le sue riflessioni trovavano un'eco sempre più fioca. Gli obblighi della cultura, anzi quei «poteri di natura politica»<sup>3</sup> che egli aveva menzionato in passato quali specifici dell'uomo di cultura, erano diventati privi di legittimazione dinanzi ad un potere economico sempre più insensibile, quando non ostile, alle prospettive politiche fondate su visioni del mondo. Se visse oggi, nell'epoca del populismo dispiegato, del dileggio per il pensiero e per la cultura, si sentirebbe disperatamente solo, come accade a quei pochi intellettuali sopravvissuti in questi anni di perdita di ogni dignità morale.

<sup>2</sup> «Io vedo [...] nei comunisti [...] non degli avversari ma degli interlocutori [...]. D'altronde ritengo che sia proprio del mio carattere non radicalizzare i conflitti, non esasperare i contrasti e cercare invece di vedere anche la parte di ragione che possono avere le persone che hanno idee diverse dalle mie»: N. BOBBIO, *Autobiografia*, a cura di A. Papuzzi, Roma-Bari, Laterza, 1997, 104.

<sup>3</sup> N. BOBBIO, *Politica e cultura* (1955), Torino, Einaudi, 1974, 34.

Se si intende per diritto ciò che intendono i giuristi, il diritto positivo, questo non ha niente a che vedere con la morale. Il diritto positivo è semplicemente l'insieme delle norme che vengono imposte su un determinato territorio da un potere sovrano. Che siano morali o immorali, al giurista non importa. Anche le norme "immorali", se sono imposte dal potere sovrano, sono per il giurista norme giuridiche<sup>89</sup>.

### *Post scriptum*

Ho accolto come un gradito obbligo l'invito a scrivere questo ricordo di Norberto Bobbio (ricordo critico, come forse egli stesso avrebbe voluto, se non altro per l'occasione di replicare che gli avrebbe offerto). Con lui – dal quale molto imparai – intrattenni dagli anni Ottanta alla sua scomparsa un rapporto assai cordiale dal punto di vista umano e molto fecondo dal punto di vista culturale.

La coloritura critica di queste mie pagine non dia al lettore un'impressione sbagliata: sono infatti convinto che di una penna lucida e razionale quale quella di Bobbio proprio in questi tempi di decadenza e di crisi avremmo molto bisogno. Ma forse che non ve ne siano più è proprio il segno dei tempi bui nei quali ci agitiamo sempre più scompostamente.

### *Abstract*

This essay is a reminder of Norberto Bobbio, one of the most significant liberal intellectuals in Italy in the second half of the twentieth century. The author interprets the Turin philosopher as essentially a philosopher of politics more than of the law, whose civil and educational vocation impregnates in fact even the most juridical parts of his thought.

---

<sup>89</sup> N. BOBBIO, *La filosofia e il bisogno di senso*, cit., 36.

# Piero Calamandrei

di Stefano Merlini\*



**Sommario:** § 1. – La famiglia e la memoria familiare. La formazione universitaria e scientifica. Trento, Trieste e la Grande Guerra. § 2. – La guerra e la nuova coscienza politica di Calamandrei. Chioven- da e la sua “scuola sistematica”. La cattedra, l’inse- gnamento universitario, la professione di avvoca- to. Il rifiuto del fascismo e l’attività clandestina. § 3. – La riforma del codice di procedura civile. Dino Grandi, Calamandrei e la commissione ministeriale di riforma del codice. Tecnici e politici nelle riforme legislative del fascismo. Calamandrei collaborato- re del fascismo? § 4. – Grandi, Mussolini, Calaman- drei e l’intransigenza di un “tecnico”. Una riforma mancata ed un codice “destinato a durare”. § 5. – Il

crollo del regime fascista. La ricostruzione di Calamandrei del fascismo come regime. Il “regime monarchico fascista”. Il totalitarismo in Italia e in Europa. La fine del fascismo. Il patto di Salerno, la monarchia e la “costituzione provvisoria”. § 6. – Piero Calamandrei. L’esilio di Colcello e la scoperta della Resistenza. La tesi della “continuità costituzionale” fra la monarchia e la nuova Costituzione provvisoria. Il “colpo di Stato” del 16 marzo 1946 e il *referendum* istituzionale. § 7. – I poteri della Assemblea Costituente. Potere costituente e potere legislativo ordinario. La questione delle riforme economiche e sociali. Calamandrei e “il compromesso costituzionale”. § 8. – La forma di governo della nuova Repubblica. Parlamentarismo e presidenzialismo. Calamandrei e il Partito d’Azione. La democrazia rappresentativa ed i partiti. Il “metodo democratico”. § 9. – Libertà e garanzie nella Costituzione. La libertà religiosa. Stato e chiesa. Il matrimonio. Calamandrei, Togliatti e la Corte costituzionale. Calamandrei e l’ordinamento giudiziario. La indipendenza dei giudici e del pubblico ministero. Il consiglio superiore della magistratura come organo di autogoverno dei magi- strati. § 10. – La Resistenza, fonte della Costituzione. Resistenza e sovranità del popolo. I Governi di CLN e le riforme economico sociali. Dalla Resistenza alla “desistenza”. L’inattuazione della Costituzione negli anni del centrismo. Il dis- gelo costituzionale e l’entrata in funzione della Corte. La sentenza n. 1 del 1956 e la “scuola” di Calamandrei. § 11. – Piero Calamandrei “uomo politico”. Il parti- to d’Azione ed il socialismo. Le elezioni del 18 aprile del 1948 e “Unità sociali- sta”. Il lungo percorso dentro il centrismo. La “legge truffa”; le elezioni del 1953 e Unità popolare. La mancata attuazione della Costituzione. “La Costituzione e le leggi per attuarla”. Gronchi, e l’attuazione della Costituzione. La sentenza n. 1 del 1956 della Corte costituzionale. La morte di Piero Calamandrei.

---

\* Università degli Studi di Firenze; Presidente del Centro di studi politici e costituzionali Piero Calamandrei – Paolo Barile.

§ 1. – *La famiglia e la memoria familiare. La formazione universitaria e scientifica. Trento, Trieste e la Grande Guerra*

Una biografia di Calamandrei non può che iniziare dal contesto storico e familiare nel quale si svolse la formazione del giovane Piero

Calamandrei nacque a Firenze il 21 aprile del 1889. Per quel che riguarda la sua famiglia, risulteranno fondamentali nella sua memoria e nella sua formazione emotiva e culturale quelle origini più lontane sulle quali egli tornerà da adulto nelle bellissime pagine dell'*Inventario della casa di campagna*<sup>1</sup>. Montepulciano, il nonno magistrato, pretore a Montepulciano, e l'esempio della sua sobrietà e del suo impegno nel lavoro ma anche la scoperta della comunità civile ed umana del Paese e della bellezza di una natura totalmente umanizzata che rimarrà per sempre nell'anima di Calamandrei come nostalgia e richiamo di un "altrove" dove sono collocati i valori più veri e profondi dell'anima ai quali è necessario tornare per trovare la più profonda verità della propria esistenza.

Tutta la educazione e la tradizione familiare fu importante per il giovane Calamandrei anche per l'influenza esercitata su di lui dal padre Rodolfo. Un avvocato di cultura laica e mazziniana che aveva aderito, durante l'epoca di Crispi, al partito radicale e si era poi iscritto, all'inizio dell'era giolittiana, al partito repubblicano risultando eletto, nel 1906, alla Camera dei deputati nel collegio fiorentino di S. Croce. Da questo punto di vista, è facile rintracciare gli echi di quella cultura, laica, mazziniana e repubblicana, in tutto il percorso intellettuale e politico compiuto da Calamandrei: dal valore della indissolubilità fra i diritti ed i doveri all'amore della patria vissuto in coerenza con l'amore per "l'Europa dei popoli"; dalla convinzione della superiorità politica ed etica della forma di Stato repubblicana rispetto a quella monarchica al valore assoluto delle libertà politiche e personali.

Queste convinzioni si rafforzarono anche con la serietà degli studi classici che egli compì a Firenze e, poi, con la sua iscrizione alla facoltà di giurisprudenza della Università di Pisa. Durante il suo corso universitario, fondamentale fu il suo incontro con Carlo Lessona, professore di diritto processuale civile con il quale Calamandrei si laureò e che lo guidò nelle prime prove scientifiche. Fra queste, la sua prima mono-

<sup>1</sup> Cfr. *Inventario della casa di campagna*, Firenze, Le Monnier, 1935. Sui profondissimi rapporti fra Calamandrei e la terra di origine della sua famiglia, cfr. anche R. BARZANTI, S. CALAMANDREI (a cura di), *Dolce patria nostra. La Toscana di Piero Calamandrei*. Montepulciano, Ed. Le Balze, 2003 che contiene una serie di bellissimi scritti, anche inediti, di Calamandrei su Montepulciano, la sua famiglia e la Toscana. Testi accompagnati dalle foto scattate da Calamandrei durante le sue gite con gli amici che furono per lui compagni durante quell'«esilio in patria» durante gli anni del ventennio fascista e dai quadri, i disegni, i bozzetti che Calamandrei disegnò e dipinse durante la sua vita. Una passione che accompagnò la sua attività letteraria. Professione parallela a quella del giurista e dell'uomo politico e civile.

1) N. BOBBIO, *Introduzione*, in P. CALAMANDREI, *Storia di dodici anni*, cit.; 2) F. CALAMANDREI, *Piero Calamandrei, mio padre*, in P. CALAMANDREI, *Diario 1939-1945*, cit.; 3) A. Galante Garrone, *Introduzione*, in P. CALAMANDREI, *Diario 1939-1945*, cit.; 4) S. RODOTÀ, *Calamandrei Piero*, in AA.VV., *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1973. 5) P. BARILE (a cura di), *Piero Calamandrei Ventidue saggi su un grande maestro*, Milano, Giuffrè, 1990 ed *ivi*, in modo particolare, P. BARILE, *Piero Calamandrei all'Assemblea Costituente*, 333, ss.; N. BOBBIO, *Il pensiero politico*, 205, ss.; E. RICCI, *Calamandrei e la dottrina processualistica del suo tempo*; M. TARUFFO, *Calamandrei e le riforme del processo civile*; P. CARETTI, *Calamandrei e il problema della Costituente*; S. LARICCIA, *Il contributo di Piero Calamandrei per la laicità dello Stato e la libertà religiosa in Italia*; A. COLOMBO, *Alla testa del "Ponte"*. 6) S. LUZZATTO, *Introduzione*, in P. CALAMANDREI, *Uomini e città della Resistenza*, a cura di S. Luzzato, cit. 7) S. MERLINI (a cura di), *Piero Calamandrei, Rettore dell'Università di Firenze*, Milano, Giuffrè, 2005 ed *ivi*, in modo particolare, G. NICOLETTI, *Piero Calamandrei, letterato e scrittore*, 89 ss.; N. TROCKER, *Processo e giustizia, attualità del pensiero di Piero Calamandrei*, 51 ss.; S. MERLINI, *Piero Calamandrei e la ricostruzione della democrazia in Italia*, 21, ss.; 8) M. ROSSI (a cura di), *Il Ponte di Piero Calamandrei*, Firenze, Il Ponte editore, 2005 ed *ivi*, particolarmente, le *Introduzioni* di E. COLLOTTI, J. MAZKROVÀ, M. ROSSI; 9) Z. CIUFFOLETTI, V. CACIULLI (a cura di), *Piero Calamandrei e la costruzione dell'Italia repubblicana*, Quaderni del Circolo Rosselli, Milano, Mediolanum Editori Associati, 1987, ed *ivi*, in modo particolare, Z. CIUFFOLETTI, *Calamandrei, il federalismo europeo e la pace nel mondo*; 10) S. Merlini (a cura di), *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico, 1947-1948*, Roma-Bari, Laterza, 2007. L'autore di questa biografia si è largamente richiamato a tutti i saggi contenuti in questo recente volume e che riguardano: E. CHELI, *Calamandrei e la ricerca dei valori della nuova democrazia repubblicana*; R. ROMANELLI, *Il giudizio storico di Calamandrei sul fascismo*; E. DI NOLFO, *I limiti della sovranità italiana dal 1943 al 1946*; F. LANCHESTER, *Vincitori e vinti nella ricostruzione della democrazia in Italia, Germania e Giappone*; A. BARBERA, *Piero Calamandrei e l'ordinamento giudiziario*; F. MARGIOTTA BROGLIO, *L'art. 7 della Costituzione, una storia meno "segreta"*; la "Tavola rotonda" con Giorgio Napolitano, Giulio Andreotti, Domenico Fisichella; S. MERLINI, *Calamandrei, la "questione sociale", le norme programmatiche e la proposta della Repubblica presidenziale*; 11) S. MERLINI, (a cura di), *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico*, Roma-Bari, Laterza, 1997; 12) G. ALPA, S. CALAMANDREI, F. MARULLO DI CONDOJANNI (a cura di), *Piero Calamandrei e il nuovo Codice di procedura civile (1940)*, Bologna, il Mulino, 2019.

## Abstract

The essay traces the life of Piero Calamandrei, also passing the troubled fascist period, up to its role within the Constituent Assembly.