

# *Note sul principio di solidarietà come principio precettivo nel diritto interno e nel diritto dell'Unione europea*

di Guido Alpa\*



**Sommario:** § 1. – Dal linguaggio metagiuridico al linguaggio costituzionale. § 2. – Il modello di base: la Costituzione di Weimar. § 3. – La solidarietà corporativa. § 4. – Il preambolo della Costituzione francese del 1946. § 5. – La tesi della continuità del valore della fraternità. § 6. – La rifondazione del patto sociale in Gran Bretagna. § 7. – La Costituzione italiana. § 8. – La dimensione del dovere. § 9. – I diritti sociali. § 10. – La Costituzione portoghese (1976). § 11. – La Costituzione spagnola (1978). § 12. – Le costituzioni dei Paesi ex-socialisti aderenti alla

Unione europea. § 13. – Il Trattato di Lisbona e la Carta dei diritti fondamentali. § 14. – La giurisprudenza della Corte di Giustizia. § 15. – Il pilastro europeo dei diritti sociali.

## *§ 1. – Dal linguaggio metagiuridico al linguaggio costituzionale*

Delle sei parole di base che scandiscono i capi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – nell'ordine, 'dignità', 'libertà', 'uguaglianza', 'solidarietà', 'cittadinanza', 'giustizia' – la 'solidarietà' che connota il Titolo IV è la meno citata nella letteratura giuridica e, nello stesso tempo, la meno codificata e certamente la meno studiata. Per la verità, questo termine, che, come vedremo, può essere declinato in molti modi, come un diritto e come un dovere, come un principio generale, come un concetto, come limite al potere individuale, o addirittura come fondamento del consorzio umano, non è una novità nel vocabolario con cui sono redatte le norme nelle costituzioni contemporanee.

Ma se consideriamo le radici del linguaggio politico, che ci derivano addirittura dal pensiero greco, sono corroborate dal pensiero degli Illuministi, e si sviluppano rigogliosamente nell'Ottocento, troviamo tutti gli antecedenti dei termini oggi a noi familiari, come la 'libertà', la 'giustizia', la 'cittadinanza' e l' 'uguaglianza', e anche la 'dignità', ovviamente nei moltiformi e variegati significati di cui questi concetti si sono

---

\* Sapienza Università di Roma.

via via colorati, ma non troviamo sempre l'espressione 'solidarietà'. Se vogliamo, la solidarietà è espressa, anche se non compiutamente, da altri termini che ci sono più familiari, come 'amicizia', 'fraternità', 'pietà', 'altruismo', 'beneficenza', 'cooperazione', 'socialità', 'ricerca del bene comune'.

Se si considera poi la solidarietà come lo scopo congiunto di diverse azioni dell'Unione europea, si scopre che essa è intesa in un significato ampio, riferito com'è al diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa, al diritto di negoziazione e di azioni collettive, al diritto di accesso ai servizi di collocamento, alla tutela in caso di licenziamento ingiustificato, alle condizioni di lavoro giuste ed eque, al divieto del lavoro minorile e alla protezione dei giovani sul luogo di lavoro, alla vita familiare e vita professionale, alla sicurezza sociale e assistenza sociale, alla protezione della salute, all'accesso ai servizi d'interesse economico generale, alla tutela dell'ambiente, alla protezione dei consumatori.

Ma l'uso non è così ampio come il termine potrebbe essere declinato considerando le sue potenzialità: anzi, alcuni giuristi sono convinti che esso sia stato impiegato nel suo significato più scontato e ridotto<sup>1</sup> e altri che esso offra solo il primo segmento di un percorso assai più lungo che l'Unione europea potrebbe, anzi, dovrebbe percorrere<sup>2</sup>.

Anche se ognuno dei termini che le si possono accostare reca un significato che varia a seconda dei tempi, dei luoghi, dei contesti in cui viene impiegato, ciascuno di essi si è scavato il suo sentiero nella coscienza individuale e nel sentire collettivo, da un lato, perché ha contorni più definitivi e concreti, dall'altro, perché riflette situazioni in cui sono coinvolti diritti. La solidarietà ha un duplice aspetto: opera primieramente nella sfera dei doveri ed è traslata sul piano dei diritti quando si è trasformata in tessuto connettivo dei diritti sociali, categoria che si afferma e viene per ultima, dopo la proclamazione dei diritti civili e dei diritti politici.

L'analisi del dato normativo testuale diventa allora il punto di avvio di una ricerca che non si può limitare ai soli confini semantici, ma si deve spingere a considerare i valori che il termine racchiude, i movimenti di pensiero che ne hanno costituito la forza, le circostanze che ce lo hanno trasmesso.

Per comprendere appieno il significato di questo termine, la sua funzione nel mondo del diritto, le potenzialità che esso offre, occorre risalire alle origini delle idee che stanno alla sua base, per poter poi comprendere come sia stato utilizzato dal legislatore, come sia stato

<sup>1</sup> F.D. BUSNELLI, *Il principio di solidarietà e "l'attesa della povera gente"*, oggi, in *Persona e mercato*, 2012, 101 ss.; e già IDEM, *Solidarietà: aspetti di diritto privato*, in *Iustitia*, 1999, 435 ss.

<sup>2</sup> S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 84 ss., 126 ss.

## *Abstract*

Of the six basic words that punctuate the chapters of the Charter of Fundamental Rights of the European Union – in order, dignity, liberty, equality, solidarity, citizenship, justice – solidarity that connotes Title IV is the least mentioned in the literature. This term, which can be interpreted in many ways, as a right and as a duty, as a general principle, as a concept, as a limit to individual power and the free market, or even as the foundation of human consortium, is nothing new in the vocabulary with which norms are written in contemporary constitutions.

But if we consider the roots of political language, which derive even from Greek thought, are corroborated by the thought of the Enlightenment, and develop luxuriantly in the 19th century, while we find all the antecedents of terms that are familiar to us today, such as freedom, justice, citizenship and equality, and even dignity, obviously in the multiform and varied meanings with which these concepts have gradually been coloured, we do not always find the expression solidarity. If we want, solidarity is expressed, albeit not fully, by other terms that are more familiar to us, such as friendship, fraternity, piety, altruism, charity, cooperation, sociality, the pursuit of the common good. In Italian law, it moves from Articles 2 and 3 of the Constitution to social rights (Art. 35 ff.). Entire sectors of the legal system, labour law and social security, health, the environment are informed by this principle.

Solidarity, founding individual and collective rights, nevertheless, operates primarily in the sphere of duties. It is transferred to the sphere of rights when it becomes the connective tissue of social rights. And yet even here, if we look at the historical evolution of the categories of rights, the category of social rights itself comes last, after the proclamation of civil and political rights.

# Per una teoria sociale del diritto

di Antonio Baldassarre\*



**Sommario:** § 1. – L’attuale crisi del diritto: la distanza delle teorie (normativiste) dalla pratica giurisprudenziale riguardo al concetto di ‘costituzione’. § 2. – Le superate condizioni storico sociali del giusnaturalismo e del positivismo giuridico. § 3. – Il costituzionalismo di fronte ai distinti tipi di “Stato costituzionale” oggi esistente: alla ricerca di un contenuto minimo del concetto di ‘costituzione’. § 4. – Il positivismo giuridico “classico”: la riduzione della costituzione a legge

costituzionale. § 5. – L’irrisolvibile “puzzle” della “Grundnorm” kelseniana e la riduzione della costituzione a legge (costituzionale) come nello “Stato legislativo”. § 6. – Herbert L.A. Hart e la scuola “analitica”: lo studio della norma giuridica “in sé” e la costituzione quale norma come le altre. § 7. – La chiusura della parabola giuspositivista: il positivismo come “teoria interpretativa” e la “lettura morale della costituzione” (Dworkin e gli altri). § 8. – Ripartire da Hermann Heller: la costituzione come prodotto originario di un diritto sociale anteriore a quello “istituzionale”.

§ 1. – *L’attuale crisi del diritto: la distanza delle teorie (normativiste) dalla pratica giurisprudenziale riguardo al concetto di ‘costituzione’*

La celebrazione del centenario della Costituzione di Weimar ha sollecitato una serie di riflessioni, non solo su quella Costituzione e sul suo presunto carattere “paradigmatico”, ma anche sugli illustri giuristi che a quell’esperienza hanno legato importanti tentativi di rinnovamento degli studi giuridici.

Tra i protagonisti di quel periodo ce n’è tuttavia uno che ha fatto la parte del leone, tanto da essere qualificato nuovamente, a consuntivo degli ultimi 100 anni, come il “giurista del secolo”: Hans Kelsen<sup>1</sup>. In altre parole, l’appellativo con il quale nel 1934 Roscoe Pound onorò il merito del giurista austriaco è apparso confermato dalla grande maggioranza degli studiosi che hanno tentato un bilancio degli ultimi cent’anni.

\* Luiss Guido Carli, Roma – Presidente emerito della Corte costituzionale.

<sup>1</sup> Cfr. ad esempio, H. DREIER, *Kelsen im Kontext*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.

Per la verità, pochi dubbi possono essere sollevati sull'esattezza di tale giudizio. Seguendo un criterio oggi alla moda, si può dire, senza timore di essere smentiti, che, se si scorre il fiume di pubblicazioni scritte in tutto il mondo sulla teoria del diritto del Novecento, nessuno si avvicina al numero delle citazioni di cui ha beneficiato Kelsen.

Al di là di tali criteri puramente quantitativi, anche se indubbiamente indicativi della popolarità di cui gode un certo autore, resta poi il fatto che per tutto il secolo passato quella che nel 1920 era apparsa una novità radicale, peraltro sottoposta a critiche feroci dalla grande maggioranza dei giuristi allora più noti (Hermann Heller, Carl Schmitt, Erich Kaufmann, Rudolf Smend, Heinrich Triepel, Gerhard Leibholz), è diventata, specie dopo la seconda guerra mondiale, una "verità incontestata", quasi un luogo comune: l'ordinamento giuridico non è altro che un "insieme di norme" e, quindi, il diritto è norma, solo norma.

Insomma, quando in futuro si farà, se si farà, una storia delle teorie del diritto, il secolo appena passato sarà sicuramente etichettato come "il secolo del normativismo".

Tuttavia, c'è un problema che non può essere ignorato e che non può non interrogare qualsiasi persona che pensi che il diritto rientri tra le attività pratiche. In effetti, tra queste ultime il diritto è la sfera socialmente più importante, per il semplice fatto che non può esistere una società senza diritto, vale a dire una società nella quale vigono norme di relazione mediamente osservate e giustificate per la loro provenienza da qualche fonte ritenuta "legittima".

Nel corso della storia antica sono esistite infatti società senza Stato e, persino, società senza politica. Ma anche quando i raggruppamenti umani erano retti soltanto da legami familiari e consistevano in tribù basate sulla comune discendenza da un capostipite, nelle quali perciò non era oggetto di discussione o di scelta chi dovesse guidare e governare il gruppo, tutti i membri di quest'ultimo avevano tra loro, o con i gruppi con i quali entravano in contatto, relazioni disciplinate da regole giuridiche, cioè da norme comunemente ritenute vincolanti o impegnative.

Se, dunque, il diritto è essenzialmente attività pratica, non si può sfuggire a una questione che oggettivamente mette in dubbio la validità teorica del normativismo, specie di quello di matrice kelseniana. Se, infatti, si passa in esame la giurisprudenza, specie quella costituzionale, dei Paesi occidentali degli ultimi settant'anni - quando, cioè, il normativismo era già dominante negli studi di teoria del diritto -, si può agevolmente scoprire che gli approcci pratici ai problemi giuridici e, soprattutto, le tecniche di risoluzione delle questioni giuridiche seguite dai giudici non sono affatto quelli suggeriti dal normativismo formalista, tantomeno quello d'ispirazione kelseniana.

tico), non senza un certo ottimismo (peraltro giustificato ai suoi tempi), egli radica i diritti fondamentali (individuali e sociali) e le pretese costituzionali per il loro pieno riconoscimento da parte delle istituzioni pubbliche (parlamento, giudici).

Da qui occorre ripartire se si vuole superare l'attuale crisi degli studi giuridici, che condanna i giuristi alla sterilità o alla ricerca di un senso attraverso una politicizzazione *engagée* (partitica) dei loro prodotti. Come scriveva circa un secolo fa Edward Corwin riferendosi al sistema americano, anche in un ordinamento con una costituzione "scritta" solo una piccola parte del diritto costituzionale è dato dai testi normativi.

### *Abstract*

The essay is aiming at showing that normativism – both legal positivism and natural law – has failed to conceive the constitution as the fundamental norm of a positive legal system as well as the constitutional State as instrument designed to curb the political power.

After examining the various theories facing the topic – starting from the XIX<sup>o</sup> century legal positivism up to the interpretive positivism – the essay shows how the formalistic approach is bound to construct the basic norm as meta-positive rule (Kelsen) or as secondary rule (Hart). In the tentative effort to overcome this impasse, contemporary theories have come back to identify the constitutional level with moral principles (Dworkin). In this way the law is going down into the arbitrariness, just as it has happened during the natural law era.

According to the author's opinion, it is possible to come out of this blind alley by rediscovering the Hermann Heller theory about the societal-juridical origin of the constitution as the only way to subordinate the State (political) power to legal positive basic norm (principles).

# L'interpretazione delle disposizioni come conoscenza produttiva di norme

di Omar Chessa\*



**Sommario:** § 1. – Illusorie fermezze. § 2. – In principio era Crisafulli. § 3. – La “norma-ordinamento” e l’art. 12 delle *Preleggi*. § 4. – Interpretazione come creazione. § 5. – Giusrealismo e giuspositivismo analitico. § 6. – Interpretazione come cognizione. § 7. – La realtà (e la conoscenza della realtà) come produzione linguistica. § 8. – Sul circolo ermeneutico come interazione produttiva tra linguaggi diversi. § 9. – Spostando più in là il confine tra cognizione e produzione del diritto. § 10. – Un’ipotesi mediana di soluzione teorica. § 11. – Limite testuale e *Sittlichkeit*. § 12. – La tesi della norma come enunciato deontico e thético. § 13. – Sulla realtà e razionalità di una tassonomia. § 14. – Conclusioni in ordine all’oggetto del sindacato di costituzionalità.

«Che cos’è il “conoscere”? Il riportare qualcosa di estraneo a qualcosa di noto, di familiare [...] ciò a cui ci siamo abituati non viene più da noi considerato un enigma, un problema [...] tutto ciò che accade regolarmente non ci sembra più problematico. Perciò quello di “cercar la regola” è il primo istinto di chi conosce [...] ma dietro questa sicurezza intellettuale sta l’acquietamento della paura: vogliono la regola, perché essa toglie al mondo il suo aspetto pauroso»

(F. NIETZSCHE)

## § 1. – *Illusorie fermezze*

È un’ovvietà dire che i punti fermi sono tali fintantoché non sono spostati. Ciò vale in modo particolare per il sapere scientifico, sempre soggetto alla “spada di Damocle” costituita dalla falsificabilità dei suoi asserti<sup>1</sup>. Non fa eccezione la scienza giuridica (italiana), la quale sem-

\* Università degli Studi di Sassari.

La citazione nietzscheana è tratta da F. NIETZSCHE, *Frammenti postumi 1885-1887*, in G. COLLI, M. MONTINARI (a cura di), *Opere di Friedrich Nietzsche*, vol. VIII, tomo I, Milano, Adelphi, 1975, 177.

<sup>1</sup> Secondo il noto insegnamento di K.R. POPPER, *Conjectures and Refutations* (1969), trad. it. *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, Bologna, il Mulino, 1972, 67.

brava annoverare tra le sue acquisizioni definitive la distinzione tra 'disposizione' e 'norma', proposta dapprincipio da Vezio Crisafulli e poi accolta, seppure con sfumature differenti, da una numerosa schiera di studiosi (probabilmente, la gran parte di coloro che nel dibattito scientifico italiano si sono occupati del tema dell'interpretazione giuridica)<sup>2</sup>: un punto rivelatosi, invece, non proprio fermissimo, dato che in un recente dibattito è stato messo vivacemente in discussione<sup>3</sup>.

Una trattazione esaustiva dei termini del menzionato confronto scientifico richiederebbe uno spazio ben maggiore di quello a disposizione qui. Pertanto, si focalizzerà l'attenzione solo su alcuni profili, in particolare su quello che, a giudizio di chi scrive, rappresenta lo snodo teorico centrale: la distinzione tra cognizione e produzione del diritto nell'interpretazione dei testi normativi.

Ma prima conviene ripartire dal contributo dottrinale di Vezio Crisafulli del 1964, che ha introdotto la distinzione tra 'disposizione' e 'norma' nella dottrina e nella giurisprudenza italiana<sup>4</sup>.

## § 2. - *In principio era Crisafulli*

Per 'disposizione' Crisafulli intende «la previa formulazione della norma in una o più proposizioni scritte, consacrate nel testo di atti inquadrabili tra le cosiddette dichiarazioni di volontà»<sup>5</sup>. Sicché una cosa sarebbe la 'norma', un'altra «la previa formulazione della norma». E difatti Crisafulli sottolinea che «per disposizione non si intende la norma (comunque e da chiunque) formulata, quanto, più propriamente, la formula istituzionalmente rivolta a porre e a rivelare la norma»<sup>6</sup>.

Così posta, sembrerebbe però una precisazione meramente analitica. O tutt'al più, per usare un'immagine, la stessa differenza che corre tra le due facce di una medesima medaglia: infatti, «parlando di disposizione, si mette l'accento "sull'atto", nel suo contenuto prescrittivo; parlando di norma, si mette l'accento, invece, sulla conseguenza dell'atto, il quale è appunto autorizzato a costituire, di volta in

<sup>2</sup> L'elenco sarebbe sterminato. Per una rassegna ragionata e una critica di queste posizioni può leggersi utilmente A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, Giappichelli, 2011, 91-129.

<sup>3</sup> Un dibattito avviato dai contributi di M. LUCIANI, *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica*, in *Questione giustizia*, n. 3/2019, 31 e IDEM, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, Milano, Giuffrè, 2016, 436 ss., ai quali è seguita la replica di F. MODUGNO, A. LONGO, *Disposizione e norma. Realtà e razionalità di una storica tassonomia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021.

<sup>4</sup> Mi riferisco ovviamente alla voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, 195 ss.

<sup>5</sup> V. CRISAFULLI, *op. cit.*, 195.

<sup>6</sup> *Ivi*, 196.

si convince che ci sia contrasto con la Costituzione, allora avremo un nuovo dispositivo di accoglimento, che modificherà a sua volta il testo, apportando l'ulteriore correzione che risulterà necessaria per riallineare la legislazione alla Costituzione. Alla fine, anche quando pare che il giudice costituzionale maneggi soltanto "norme" lavora invero sempre su "disposizioni", che infatti sono modificate nel loro profilo testuale: e ciò anche nei casi in cui i dispositivi di accoglimento siano di tipo parziale o interpretativo, ossia di carattere riduttivo o additivo<sup>48</sup>.

La scoperta teorica della distinzione tra 'disposizioni' e 'norme' ha ingenerato in molti l'equivoco che la vera realtà del diritto fosse costituita dalle seconde e che le prime scadessero a mera parvenza, quasi fossero solo l'occasione per la volontaria produzione giudiziale di enunciati normativi. Ma una riflessione attenta sull'oggetto del giudizio di costituzionalità attesta che, in realtà, le disposizioni scritte, lungi dall'essere spettrali apparizioni destinate a dissolversi dinanzi al concreto palesarsi delle norme nella pratica giudiziale, sono la vera, tangibile manifestazione del dover essere giuridico.

### *Abstract*

The essay addresses the now-classic theme of the distinction between 'provision' and 'norm', with particular regard to the specific profile of the difference between cognition and the production of law. The basic thesis is that judicial interpretation of 'provisions' is a productive cognition of 'norms'.

<sup>48</sup> La mia tesi, già illustrata ne *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2014, 77 ss., è che il dispositivo di accoglimento "colpisca" sempre la disposizione. È ovvio che il verbo 'colpire' è usato in senso metaforico. Ma in che senso possiamo dire che una disposizione legislativa è "colpita" da una sentenza di accoglimento? Il caso più semplice è quello dell'accoglimento "secco" (ad esempio, quando l'atto normativo è viziato sotto il profilo procedimentale): il testo è "colpito" perché viene privato di forza giuridica cogente. Diverso è, invece, il modo in cui i dispositivi di accoglimento parziale o interpretativo "colpiscono" la disposizione legislativa: il testo legislativo interessato non è privato di forza giuridica cogente, cioè della idoneità normogenetica, ma è integrato da un altro testo, che può essere diretto ad aggiungere un'eccezione alla regola legislativa che si trae dal testo originario (nel caso delle sentenze di accoglimento riduttive) oppure diretto a estendere la regola a un'ipotesi che, per il modo in cui la disposizione è fraseggiata, deve ritenersi esclusa dalla volontà legislativa (è il caso delle sentenze additive e sostitutive di accoglimento, le quali si adottano quando il testo legislativo non consente un'estensione analogica per mezzo di interpretazione conforme). Quale che sia il caso, rimane comunque che quando è adottato un dispositivo di accoglimento parziale o interpretativo, l'interprete per il futuro dovrà tenere conto sia del testo legislativo originario sia del nuovo testo aggiunto dalla pronuncia dei giudici costituzionali (testo che, a sua volta, potrà porre nuovi, inediti problemi interpretativi). Infatti, sfogliando un qualsiasi codice di diritto sostanziale o processuale si può notare che spesso il testo degli articoli e commi è integrato da note in calce in cui si riportano i dispositivi di accoglimento che li hanno riguardati. È evidente che il giudice, per ricostruire la regola del caso, dovrà considerare queste note in calce non meno del testo cui accedono. Questi testi formati dai dispositivi di accoglimento hanno la medesima forza di legge del testo degli articoli e commi del codice; e pure di più, essendo protetti dal giudicato costituzionale contro le scelte del legislatore futuro.

# La rappresentanza politica

Recenti trasformazioni di una categoria ineludibile

di Ines Ciolli\*



**Sommario:** § 1. – La rappresentanza dei moderni, la sua crisi e la sua insuperabile necessità. § 2. – Le trasfigurazioni di un pilastro della forma democratica. § 2.1. – L'accresciuto ruolo del Governo e il ridimensionamento del Parlamento. § 3. – L'impatto dei processi economici sulla rappresentanza politica. § 4. – Populismo *versus* democrazia rappresentativa. § 5. – Il ruolo della democrazia digitale nella trasformazione della rappresentanza politica. § 6. – Le riforme costituzionali e istituzionali più recenti: le ricadute sulla rappresentanza politica. § 6.1. – La riduzione del numero dei parlamentari. § 6.2. – La riforma che equipara l'elettorato attivo nelle due Camere del Parlamento. § 6.3. – Una riforma a Costituzione invariata: la raccolta delle firme digitali per le richieste referendarie e per l'iniziativa legislativa popolare. § 7. – Tra emergenza sanitaria, emergenza bellica e PNRR: il Parlamento dimenticato.

forma a Costituzione invariata: la raccolta delle firme digitali per le richieste referendarie e per l'iniziativa legislativa popolare. § 7. – Tra emergenza sanitaria, emergenza bellica e PNRR: il Parlamento dimenticato.

## § 1. – *La rappresentanza dei moderni, la sua crisi e la sua insuperabile necessità*

Insieme alla crisi della democrazia, alla quale è strettamente collegata da un rapporto di causa ed effetto, la crisi della rappresentanza è da sempre uno dei temi centrali della riflessione costituzionale<sup>1</sup>.

\* Sapienza Università di Roma.

<sup>1</sup> Sul nesso inscindibile tra democrazia e rappresentanza, G. FERRARA, *Democrazia e rappresentanza politica*, in *Costituzionalismo.it*, 2005, 1: «[...] lo Stato moderno, nel compiersi, accomuna democrazia e rappresentanza. Le identifica? È da accertare. Quel che si può dedurre è che la democrazia della modernità è la democrazia rappresentativa. [...] È quindi quella della rappresentanza la questione prioritaria da affrontare per trattare il tema della democrazia». Si veda anche M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Atti del Convegno Milano, 16-17 marzo 2000, Milano, Giuffrè, 2001, 112 ss. Ricorda lo strettissimo legame tra rappresentanza politica e democrazia anche S. PRISCO, *Rimovare i canali ostruiti della rappresentanza politica e della democrazia*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, n. 2/2021; evidenzia le risalenti cause della crisi della rappresentanza F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello stato rappresentativo*, Padova, Cedam, 2000, spec. 223 ss.

Sul controverso rapporto tra democrazia e rappresentanza si veda H. HOFMANN, *Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*,

L'attuale condizione di estrema frammentazione politica richiede alle istituzioni rappresentative uno sforzo aggiuntivo, al fine di escogitare nuove forme e adeguati strumenti finalizzati a ricondurre a unità un corpo elettorale eterogeneo e fluido. In altre parole, proprio in un contesto in cui la rappresentanza politica sembra così irrimediabilmente compromessa, essa si rivela strumento ineludibile e centrale per le democrazie contemporanee.

La crisi della rappresentanza, che contraddistingue la nostra epoca, identifica un crinale, un passaggio nell'evoluzione costituzionale, così come la sua emersione e il consolidamento delle istituzioni rappresentative hanno contraddistinto un momento altrettanto centrale, quello della cesura tra il costituzionalismo degli antichi e quello dei moderni: in Grecia e a Roma il *demos* partecipava direttamente alle decisioni politiche; nella *polis* greca la dimensione territoriale circoscritta facilitava la compresenza e anche nella *res publica* romana la partecipazione dei cittadini costituiva spesso la regola per l'assunzione delle decisioni di particolare rilievo<sup>2</sup>.

È con la formazione dello Stato liberale che la rappresentanza politica trova una sua legittimazione, ovvero quando l'allargamento del suffragio universale trasforma le assemblee cittadine – ove la partecipazione fisica dei votanti e quindi l'esercizio della stessa democrazia diretta costituiva la forma decisionale più usuale – in assemblee parlamentari elettive<sup>3</sup>.

trad. it. *Rappresentanza-rappresentazione: parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, Milano, Giuffrè, 2007, 3 ss.

<sup>2</sup> Si soffermano sul «regime partecipativo della volizione unitaria collettiva» nella Roma repubblicana G. LOBRANO, P.P. ONIDA, *Rappresentanza o/e partecipazione. Formazione della volontà «per» o/e «per mezzo di» altri. Nei rapporti individuali e collettivi, di diritto privato e pubblico, romano e positivo*, in *Diritto e storia*, 2016 e G. LOBRANO, *Diritto romano e Costituzionalismo bolivariano. Con un riferimento al Tribunato*, Seminario di studi "tradizione repubblicana romana" juramento en el Monte Sacro, Roma, 17 dicembre 2021, il quale ricorda come sino alla interpretazione ottocentesca, operata soprattutto da Savigny, si riconoscesse l'estraneità della nozione di 'rappresentanza' nel diritto romano, estraneità già nota a Rousseau. Sulla evoluzione del concetto di 'rappresentanza' a Roma, R. ORESTANO, *Rappresentanza (Diritto romano)*, in *Novissimo Dig. it.*, XIV, Torino, UTET, 1967, 796.

Sul passaggio dal costituzionalismo antico a quello moderno, che vede nell'istituto rappresentativo la chiave di volta, si vedano CH. H. MCLWAIN, *Constitutionalism ancient and modern* (1947), trad. it *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, il Mulino, 1990 e B. CONSTANT, *Discours sur 'La liberté des anciens comparée à celle des modernes'*, *Discours prononcé à l'Athénée royal de Paris*, 1819: «En second lieu, appelé par notre heureuse révolution (je l'appelle heureuse, malgré ses excès, parce que je fixe mes regards sur ses résultats) à jouir des bienfaits d'un gouvernement représentatif, il est curieux et utile de rechercher pourquoi ce gouvernement, le seul à l'abri duquel nous puissions aujourd'hui trouver quelque liberté et quelque repos, a été presque entièrement inconnu aux nations libres de l'antiquité. Je sais que l'on a prétendu en démêler des traces chez quelques peuples anciens, dans la république de Lacédémone, par exemple, et chez nos ancêtres les Gaulois; mais c'est à tort».

<sup>3</sup> M. LUCIANI, *Art. 75*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, 2005, 42 ss. La questione della democrazia diretta, che può esercitarsi solo su territori circoscritti, mentre la democrazia rappresentativa si può riferire anche a scale territoriali più ampie è stata al centro della riflessione riportata nel *Federalist* n. 14, *Objections to the Proposed Constitution from extent of territo-*

Va sottolineato con forza, però, che la marginalizzazione del Parlamento non solo incide sulla forma di governo, ma si pone in netto contrasto con il dettato costituzionale.

Verrebbe da parafrasare Sidney Sonnino e invocare un ritorno... alla Costituzione.

### *Abstract*

Along with the crisis of democracy, to which it is closely linked by a cause-and-effect relationship, the crisis of representation has always been one of the central themes of constitutional theory.

Especially in these times characterized by extreme forms of political fragmentation, the function performed by political representation proves to be more fundamental and inescapable than ever, and the representative moment should play with greater vigor the function of making present in political decision-making what is absent, just as it should devise new tools suitable for bringing a heterogeneous and fluid electoral body back to unity.

The causes had been present for some time, from the moment the dissolution of the party system began and at the same time the instruments of participatory democracy lost bite or turned into demagogic tools, instrumentalized by movements and parties eager to measure, especially through the referendum, their residual ability to guide political will, albeit only in a timely and episodic manner.

Thus, attempts have been made to remedy this absence with frequent use of the referendum institution and participatory democracy tools, extra-institutional strategies are activated that find alternative forms of representation in leadership, technical subjects, and forms of populism. The centralization of political decision-making in the government thus also appears in its full extent, although this condition is in some cases even surpassed by further forms of verticalization that give some organs of the executive branch regulatory and decision-making powers.

It should be strongly emphasized, however, that the marginalization of parliament not only affects the form of government but also stands in stark contrast to the constitutional dictate.

# *Creatività dell'interpretazione giuridica?*

di Giorgio Pino\*



**Sommario:** § 1. – Premessa. § 2. – Interpretazioni corrette, interpretazioni sbagliate, e i limiti dell'interpretazione. § 3. – Il problema della creatività dell'interpretazione. § 4. – (*segue*) Per una (dis)soluzione del problema.

## § 1. – *Premessa*

Da alcuni anni a questa parte, è venuto sempre più alla ribalta il tema della creatività dell'interpretazione, al punto che lo si può ormai considerare un *topos* della letteratura sull'interpretazione giuridica. Ovviamente non si tratta di un tema nuovo per i teorici del diritto, nemmeno in un contesto di *civil law* come quello italiano<sup>1</sup>; ma sembra notevole, e rivelatrice del clima culturale, l'attenzione costante che su questo argomento si è diffusa ultimamente tra i giuristi positivi, quantomeno in Italia. È perfino superfluo cercare di fornire qualche riferimento bibliografico al riguardo: basta aprire un fascicolo di una qualunque rivista giuridica negli ultimi dieci anni o giù di lì, e ci si imbatte in interventi – spesso anche in tavole rotonde o in intere sezioni monografiche – sulla creatività interpretativa, specialmente se declinata in sede giudiziaria.

I toni del dibattito, come è ovvio, sono a seconda dei casi quelli di una geremiade o quelli entusiastici di chi può finalmente gridare al mondo una verità liberatoria e troppo a lungo taciuta. E, sia pure con alcune oscillazioni e talvolta con qualche distinguo, la natura creativa dell'interpretazione è, adesso, non solo praticata ma esplicitamente

\* Università degli Studi Roma Tre.

<sup>1</sup> Hanno abbondantemente superato il mezzo secolo di vita due contributi classici come quelli di G. CARRIÓ, *"I giudici creano diritto" (esame di una polemica giuridica)* (1961), in U. SCARPELLI (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Comunità, 1976, 397-406; e E. BULYGIN, *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto* (1967), in IDEM, *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, Giappichelli, 1995, 1-18.

rivendicata dalla stessa giurisprudenza, che si avventura così a strappare il cielo di carta della soggezione del giudice alla legge<sup>2</sup>.

Dicevo che l'ampiezza e l'intensità del dibattito sono rivelatrici del clima culturale: lo spirito del tempo, infatti, è quello della progressiva acquisizione, da parte della giurisprudenza, di un ruolo sempre più da protagonista rispetto agli altri due "signori del diritto"; i quali ultimi peraltro appaiono spesso rassegnati, o perfino contenti, di lasciare alla giurisprudenza il ruolo di custode dell'unità e coerenza del sistema, e di motore dell'innovazione giuridica<sup>3</sup>. Tuttavia, il fatto che sulla questione della creatività interpretativa si sovrappongano piani di discorso diversi, e ovviamente la delicatezza sul piano etico-politico delle questioni in gioco, non sempre giovano alla chiarezza delle posizioni presenti nel dibattito. Per limitarci ad un esempio, nel dibattito sulla creatività interpretativa solitamente ci si imbatte in affermazioni del seguente tenore: l'interprete non trova limiti particolari nel testo della legge, e dunque la giurisprudenza è fonte del diritto. Ma siamo sicuri che affermazioni di questo tipo – prima ancora che condivisibili o meno sul piano della politica del diritto – siano ineccepibili sul piano della grammatica concettuale? Forse nascondono qualche equivoco, confondono piani distinti?

È su quest'ultimo profilo che proveranno ad operare le pagine che seguono: intendo provare a dipanare i diversi profili teorici della questione della creatività interpretativa (e segnatamente giurisprudenziale<sup>4</sup>), al fine di poter acquisire una più precisa consapevolezza di cosa si discute quando si critica, o si loda, o si rivendica, la creatività dell'interprete.

A tal fine, introdurrò innanzitutto alcune notazioni sulla nozione di 'interpretazione giuridica', e segnatamente di 'interpretazione giuridica corretta' (§ 2). Subito dopo, passerò ad analizzare la questione specifica della creatività interpretativa (§§ 3-4).

## § 2. – Interpretazioni corrette, interpretazioni sbagliate, e i limiti dell'interpretazione

L'interpretazione giuridica, come qualunque altro tipo di interpretazione, è una attività dalla natura un po' misteriosa: parte da un oggetto (si interpreta sempre *qualcosa*), ma mira a trasformare quell'og-

<sup>2</sup> Di una «componente limitatamente creativa della interpretazione» parla ad es. Corte di Cassazione, SS.UU. penali n. 18288 del 2010. Ma v. *infra*, nt. 36, per alcuni esempi di affermazioni radicalmente opposte.

<sup>3</sup> M. GRANIERI, R. PARDOLESI, *Ma i tre signori del diritto sono rimasti in due?*, in *Foro it.*, 2012, V, 247-249. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2015 (il cui cap. II è significativamente intitolato *Giurisprudenza creativa e dottrina remissiva*).

<sup>4</sup> Come vedremo, nella questione della creatività interpretativa vi sono alcuni profili, semantici, che riguardano tutti gli interpreti, e altri profili, pragmatici, che riguardano solo la giurisprudenza (almeno qui e ora).

go dei giudici di merito di uniformarsi ai suoi precedenti<sup>46</sup> (e anche la Corte costituzionale afferma che, pur in presenza di un diritto vivente, il giudice ordinario ha sempre la facoltà di adottare una diversa scelta interpretativa). Per altro verso, sembra che, quantomeno nella forma del diritto vivente, il diritto giurisprudenziale sia qualcosa di più di un semplice ausilio interpretativo: in presenza di un diritto vivente, l'interprete che se ne voglia discostare deve fornire appositi – e, si presume, particolarmente cogenti – argomenti giustificativi<sup>47</sup>.

In conclusione, dal punto di vista pragmatico, qui e ora l'interpretazione ha effetti creativi solo quando si cristallizza in un orientamento consolidato; e ciò crea la presunzione che l'interpretazione consolidata sia la (sola) interpretazione giusta.

Ma, oltre al fatto che non è stata mai precisata una soglia esatta a partire dalla quale un orientamento si possa considerare “consolidato”, o “univoco” (ancora una volta, abbiamo a che fare con nozioni fluide, incerte, gradualità), ciò non si traduce automaticamente in un obbligo per gli interpreti di uniformarsi a quella interpretazione.

### *Abstract*

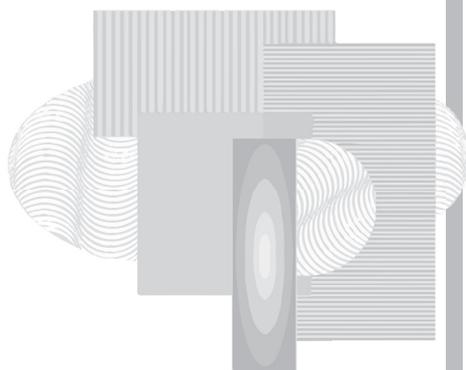
While the Italian legal system notoriously belongs to the family of 'civil law', over the last decade or so the Italian legal culture has been engaged in an intense debate over the issue of the creative import of legal interpretation, especially in the guise of judge-made law. The present essay tries to shed some light over the many different theoretical issues that are at stake in this debate, and to put interpretive creativity in its right place.

<sup>46</sup> Aggiornate ricostruzioni della questione si possono leggere in L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, Giappichelli, 2018; M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 2019, 345-367; S. MAZZAMUTO, *La Suprema Corte e il vincolo del precedente*, in *Europa e diritto privato*, n. 4/2020, 1089 ss.

<sup>47</sup> A questo riguardo, è interessante osservare che A. PECZENIK, *On Law and Reason* (1989), Dordrecht, Kluwer, 1998, 319-321, aggiunge alla categoria delle fonti vincolanti (o «must-sources») e delle fonti permissive (o «may-sources»), una terza categoria, intermedia, che chiama «should-sources», le quali operano in maniera simile a quella sinteticamente descritta nel testo.

# Materiali

---



*Tutela dell'ambiente in Costituzione*  
di Gaetano Azzariti

---

*I precetti reiterati di Uberto Scarpelli*  
di Mario Jori

---

*Le «proposizioni giuridiche» come precetti reiterati*  
di Uberto Scarpelli

---

*Colloquio su Guerra e Costituzione.*  
*Intervista al Prof. Giuseppe de Vergottini (Bologna, 30 giugno 2022)*  
di Federico Pedrini

# Tutela dell'ambiente in Costituzione

di Gaetano Azzariti\*



*Il testo riproduce la relazione presentata dall'Autore al convegno "SapienzaAmbiente. La Sapienza celebra l'inserimento della tutela della biodiversità nella Costituzione italiana", tenutosi l'8 giugno 2022 presso l'Aula Magna dell'Università (La Direzione).*

Si registra da tempo – e nel periodo più recente con particolare intensità – una crescente attenzione al problema ambientale. Una consapevolezza diffusa sia nella società civile (si pensi al successo del movimento *Friday for future*, soprattutto tra le nuove generazioni), sia in ambito istituzionale (si pensi all'impegno assunti in Europa con il *Next-generation EU* e, nel nostro Paese, con il PNRR, che assegna la rilevante cifra di 70 [69,94 *n.d.r.*] miliardi euro per la "missione" n. 2 significativamente intitolata «Rivoluzione verde e transizione ecologica»).

Anche dal punto di vista propriamente giuridico la recente costituzionalizzazione segnala la definitiva assunzione del problema ambientale. La cui tutela è stata, infatti, inserita tra i principi fondamentali che devono essere perseguiti dalla Repubblica italiana, ovvero tanto dai poteri costituiti, Governo e Parlamento, quanto da tutti i soggetti dell'ordinamento, dai singoli cittadini alle piccole o grandi imprese.

A fronte di questa raggiunta percezione della gravità del problema, mi sembra però di poter affermare che non vi sia ancora una diffusa consapevolezza delle cause che ci hanno portato sin qui (comprese le responsabilità nelle scelte economiche e sociali operate in passato) e, soprattutto, degli effetti che comporta una coerente scelta ambientalista, dei cambiamenti che deve indurre, sul piano dei consumi, dei costumi, delle abitudini personali, dello sviluppo economico, sociale e politico. Che non sono di poco momento.

Non si tratta tanto neppure di scegliere semplicemente tra due visioni del mondo. Se è vero, infatti, come viene correttamente rile-

---

\* Sapienza Università di Roma.

vato e poi rimproverato dalle culture più rigorosamente ambientaliste, che il nostro sviluppo capitalistico è stato sostenuto da una unilaterale visione *antropocentrica* che ha finito per sottoporre la natura al soddisfacimento di qualsiasi bisogno umano, permettendo la devastazione dell'ambiente circostante in nome della superiore legge del profitto e della inarrestabile crescita economica. È anche vero che non basta passare puramente e semplicemente ad una visione *ecocentrica*, che si limita ad assegnare un valore intrinseco e assoluto alla natura e alla biosfera.

Almeno noi giuristi abbiamo imparato che è nella definizione dei concreti rapporti tra uomo e natura che si definiscono gli equilibri reciproci. È giusto, ma non basta, affermare che esistono i diritti della "Madre-terra", come peraltro ci ha insegnato non il nostro mondo occidentale e la nostra millenaria cultura europea, bensì il periferico e troppo spesso sottovalutato costituzionalismo andino: sono le costituzioni equadoregna e peruviana, infatti, le uniche che attualmente riconoscono soggettività giuridica ai preminenti diritti di "*pachamama*".

Ma, dicevo, nella nostra esperienza costituzionale, nella nostra storia, il rapporto uomo-natura vale a qualificare l'idea stessa di 'persona', ovvero, per utilizzare la terminologia della nostra Costituzione, vale a conformare la «dignità sociale» di tutti i cittadini e i loro diritti inviolabili che devono essere riconosciuti e garantiti per assicurare, oltre lo sviluppo del singolo, anche una dimensione collettiva, quella dimensione - dice la Costituzione - ove si svolge la personalità di ciascuno. Una dimensione politica, economica e sociale per la quale, oltre ai diritti, si richiede l'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà. Di "solidarietà ambientale", potremmo dire nel nostro caso.

E allora, se vogliamo prendere sul serio non solo la più recente costituzionalizzazione della «tutela dell'ambiente, della biosfera e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni» (queste le parole aggiunte in Costituzione all'articolo 9), ma pure i doveri inderogabili che ne discendono, penso che dovremmo seriamente *ripensare il nostro modello di sviluppo*, economico, politico, sociale, ambientale.

Prima di giungere a dire quel che a mio parere è - o dovrebbe essere - la vera portata rivoluzionaria di questa affermazione credo sia necessario volgere lo sguardo a quel che è stato sin qui fatto, che non è poco, ma evidentemente non è per nulla abbastanza.

Non è poco perché in effetti, nonostante la Costituzione non contenesse alcun esplicito riferimento alla tutela ambientale, non può dirsi sia stata assente ogni consapevolezza del problema, non può neppure dirsi sia mancata una tutela indiretta o mediata. Persino prima dell'avvento della Costituzione.

Oltre all'articolo 9 della Costituzione, ove è stata aggiunta la frase che prima vi ho ricordato e che ha un valore generale, la riforma costituzionale è anche intervenuta sull'articolo 41, stabilendo che la pur libera iniziativa economica non possa più svolgersi in modo da recare danno – oltre che alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana, ora anche – alla salute e all'ambiente.

Basterà aver aggiunto due paroline – salute e ambiente – per cambiare il modello di sviluppo e riconoscere che la crescita non può essere parametrata esclusivamente dalle ragioni dello sviluppo e del profitto, ma fondato su quel super-parametro che i nostri amici andini hanno chiamato il principio del *buen vivir*?

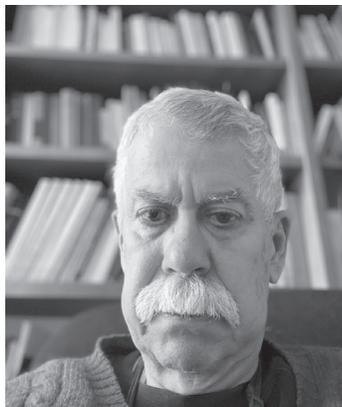
Non lo so, ma questa è la sfida.

### *Abstract*

The paper focuses on the issue of the position covered by the environment within Constitution, highlighting the intrinsic link between this and the current development model. The new key role assumed by the new environmental paradigm on a constitutional, European, and at a global level, in fact, cannot be understood without adopting a materialistic approach that recognizes the tensions which inevitably characterize the relationship between competing rights among themselves and between rights and freedoms

# *I precetti reiterati di Uberto Scarpelli*

di Mario Jori\*



**Sommario:** § 1. – Un comandante e i suoi luogotenenti. § 2. – Asserzioni e precetti. § 3. – Precetti reiterati. § 4. – Giurisprudenza e megagiurisprudenze.

## § 1. – *Un comandante e i suoi luogotenenti*

Questo suo scritto non piaceva molto ad Uberto Scarpelli e probabilmente per questo non è mai stato ripubblicato. Scarpelli, che era molto esigente con se stesso, non mi ha mai spiegato la ragione della sua insoddisfazione; forse avvertiva i limiti della occasione che lo aveva originato (l'autore non lo chiama un saggio ma un *paper*). Leggiamo che questa è una relazione a un incontro avvenuto nella primavera del 1967 tra filosofi del diritto analitici, dove interventi e discussione dovevano aiutare a preparare la relazione che Norberto Bobbio avrebbe tenuto, ed effettivamente tenne, pochi mesi dopo, al Congresso mondiale di Filosofia del diritto<sup>1</sup>.

Lo scritto di Scarpelli pertanto non è autonomo perché non è stato concepito per esserlo. Per questa sua natura particolare mi sento giustificato a commentarlo con una esegesi che altrimenti sarebbe stata troppo disinvolta, segnatamente cercando di interpretarlo anche servendomi di testi che non erano ancora stati scritti o pubblicati, in primo luogo la relazione di Bobbio.

---

\* Università degli Studi di Milano.

<sup>1</sup> L'incontro avvenne a Torino nel marzo del 1967. Il Congresso mondiale si sarebbe tenuto a Milano e Gardone nell'autunno del 1967. La relazione di Bobbio al Congresso è pubblicata in N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in *Rivista di filosofia*, 1967, 235 ss.

Per spiegare il senso di questa operazione, Scarpelli ricorre a una metafora militare: i luogotenenti, tra cui egli stesso, preparano la campagna per il comandante in capo esplorando il futuro campo di battaglia. Va da sé che il comandante è Bobbio. La immagine sembrerà strana applicata ad autori così poco militareschi: la mia impressione è che il gruppo volesse sperimentare nella filosofia analitica del diritto un approccio collettivo al lavoro di ricerca, che è tipico delle scienze naturali, supponendo forse che tra filosofi analitici il linguaggio filosofico fosse divenuto abbastanza rigoroso da permettere un approccio collettivo. Si circoscrive un classico problema scomponendolo in questioni circoscritte e maneggevoli, si fissano le definizioni di partenza, convenendo su qualche ridefinizione chiave ed esplicitando i problemi degli altri concetti e si procede tutti insieme testando varie ipotesi e possibili conclusioni. È evidente peraltro, da questo esempio, che una ricerca del genere non è stata mai intesa come unanimità forzosa; tutti questi autori hanno le loro idee sull'argomento della scienza giuridica come su altri e sono andati per la loro strada ogni volta che lo hanno ritenuto. L'obbiettivo dunque è di intendersi anche nel dissenso.

Se si considera la successiva relazione di Bobbio come il risultato di questa impresa, si può dire che essa ha avuto successo. Sono evidenti gli spunti che Bobbio ha ricevuto dalla discussione torinese e che troviamo fusi in un testo caratterizzato dalla sua abituale chiarezza. È vero che Bobbio disapprova esplicitamente proprio l'espressione 'precetti reiterati', ma vedremo che questo è meno importante di quanto sembri.

Sulla fortuna o mancata fortuna delle tesi di Bobbio nella discussione successiva e dell'intero approccio analitico nella cultura giuridica dirò qualcosa alla fine di queste pagine, dopo averne ricordato i punti principali.

## § 2. – *Asserzioni e precetti*

Scarpelli si sbarazza rapidamente della interpretazione ontologica suggerita dal titolo del futuro Congresso, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, leggendola come una opposizione sul piano del linguaggio. A dire il vero ci sarebbe qualcosa da dire anche sulla questione ontologica, sia pure dal punto di vista di un linguaggio che parla dell'essere del dover essere, ovvero sulle modalità di verifica delle descrizioni riguardanti norme e significati. Le questioni ontologiche vengono tradotte in questioni linguistiche, ma siccome i testi nella discussione di Scarpelli e Bobbio si limitano ad un paio di accenni incidentali, mi limiterò anch'io a dirne qualcosa alla fine di questo commento.

(con grandissima abilità retorica) frasi ad effetto, concetti indefiniti ed esempi ingannevoli, nonché una successione sconcertante di tesi tra di loro incompatibili. Si dirà che se ne sono accorti tutti, ma alla fine è di queste cose che si parla, anche se di solito per criticarle.

Un Kelsen invece è ignorato da Dworkin e da quelli che lo discutono e questo rende ai miei occhi la discussione odierna di teoria del diritto su questi temi un esempio dell'incubo filosofico del pensiero ciclico in cui ogni questione si dimentica e si riscopre interminabilmente.

Chi ritiene che questo mio giudizio un po' sconsolato sia troppo pessimistico può mettere a confronto il cammeo filosofico pieno di fiducia, fatto riemergere dall'oblio con la ristampa dello scritto di Scarpelli, con quel triste scritto postumo che è il *Postscript* di Herbert Hart<sup>14</sup>.

### *Abstract*

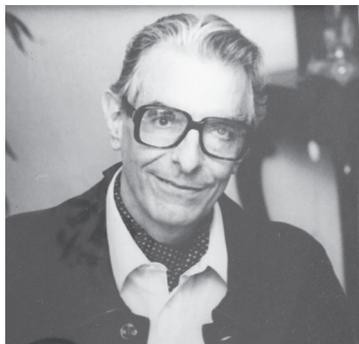
My paper is a comment to a rather curious essay by Uberto Scarpelli, dated 1967, which argues that the jurisprudential descriptions of the law are in fact "precetti reiterati", meaning repetitions of legal rules and not really descriptions at all. The idea is discussed by a panel made up of legal philosopher, among them Giovanni Tarello Uberto Scarpelli and Norberto Bobbio. The discussion was to provide and did provide Norberto Bobbio with useful arguments for his relation to The World Congress of Legal Philosophy in Milan 1967.

---

<sup>14</sup> Il *Postscript* allegato postumo e non finito alla seconda edizione di *The Concept of Law*, Oxford, OUP, 2001. Hart si concede soltanto una piccola cattiveria, dicendo che in questa prima parte tratterà le critiche di Dworkin mentre in una seconda (che non c'è) affronterà le osservazioni significative. Implicando che quelle di Dworkin non lo siano.

## *Le «proposizioni giuridiche» come precetti reiterati*

di Uberto Scarpelli



*Uberto Scarpelli è stato magistrato, professore universitario, pubblicista. Giurista e filosofo è stato cattedratico di Filosofia del diritto e Filosofia morale. Accademico dei Lincei, ha insegnato varie materie di filosofia giuridica, morale e politica nelle Facoltà di Giurisprudenza, Lettere e Filosofia e Scienze politiche. Ha diretto l'Istituto per la scienza della pubblica amministrazione (ISAP). Alla fine degli anni Cinquanta, e tra i primi al mondo, è stato iniziatore in Italia dell'approccio analitico alla filosofia del diritto, insieme a Norberto Bobbio, che Scarpelli considerava il proprio maestro.*

*I suoi studi principali riguardano la filosofia del diritto, la filosofia morale e politica, la storia del pensiero giuridico e la semiotica. Ha prodotto una copiosa pubblicistica che coniuga i temi di attualità del momento con le questioni dei suoi studi (La Direzione).*

### I

Tarello è un avveduto metodologo: e pertanto, nel suo penetrante e stimolante *paper* sulla fondamentale questione metodologica attinente ai discorsi dei giuristi, se i discorsi dei giuristi siano discorsi in termini di «essere» o di «dover essere», «assertivi» o «precettivi»<sup>1</sup>, si preoccupa prima di tutto di caratterizzare metodologicamente il discorso che, per risolvere tale questione, va fatto sui discorsi dei giuristi. Cercando di precisare a che ci si riferisce con «discorsi dei giuristi» egli attende infatti a determinare l'oggetto del nostro discorso; cercando di precisare a che ci si riferisce con «assertivo» e «precettivo» attende a determinarne gli strumenti principali. Si potrebbe naturalmente chiedere a questo punto una caratterizzazione metodologica del discorso sul discorso sui discorsi dei giuristi: la precisazione dei riferimenti di «discorsi dei giuristi», di «assertivo» e di «precettivo» su che base e per quale via si fa? (La metodologia è come salire una scala: si può sempre salire un altro gradino, alzarsi ad un superiore livello di discorso, per considerare di lassù il livello di discorso infe-

<sup>1</sup> Mantengo per motivi d'opportunità la stessa terminologia di Tarello, anche se io preferirei una terminologia leggermente diversa.

riore. «Così quella, che si può chiamare la introspezione della scienza, procede all'infinito»<sup>2</sup>). Riguardo al discorso sul discorso sui discorsi dei giuristi di Tarello e mio e degli altri partecipanti alla discussione io assumo che si tratti di un discorso con cui, attraverso definizioni esplicative di «discorsi dei giuristi», «assertivo», «precettivo» (definizioni esplicative, ossia non mere stipulazioni e nemmeno mere determinazioni di usi, bensì ricostruzioni di significati nell'ambito degli usi), noi ci mettiamo d'accordo su ciò di cui intendiamo parlare e sulle parole-chiave con cui intendiamo parlarne: un discorso dunque che comporta decisioni circa il linguaggio. Direi che Tarello faccia lo stesso assunto, giacché, pur senza dilungarsi in una caratterizzazione del discorso sul discorso sui discorsi dei giuristi, si esprime nel senso di «stabilire» cosa intendere per «discorsi dei giuristi» o addirittura di «stipulare» cosa intendere per «discorso assertivo» e per «discorso precettivo».

Quale referente vogliamo dunque assegnare a «discorsi dei giuristi», così determinando l'oggetto del nostro discorso sui discorsi dei giuristi, come vogliamo intenderci su «assertivo» e «precettivo», cioè sulle espressioni qualificanti mediante le quali ci proponiamo di qualificare i discorsi che ci interessano? Proporrò, in riferimento al *paper* di Tarello, alcune osservazioni sull'uno e sull'altro punto, cominciando, per una ragione che emergerà più avanti, dal secondo. Non c'è bisogno di avvertire che questo discorso sul discorso sui discorsi dei giuristi ci porta in questioni molto difficili e complesse. Per poter prendere in breve spazio delle posizioni al riguardo è necessario procedere per rapide indicazioni e richiami alla dottrina, la cui portata potrà essere intesa solo sullo sfondo degli studi recenti e contemporanei di metodologia e analisi del linguaggio. Guai se il metodologo non sapesse comunicare chiaramente con chi opera su piani diversi ed ha un patrimonio culturale in parte diverso dal suo: ma qualche volta sono utili anche le conferenze fra gli addetti ai lavori metodologici, che fra loro possono capirsi quasi per accenni come si fa fra gente del mestiere.

## II

È senz'altro da accettare la prospettiva generale, in cui procedere alla distinzione tra discorsi assertivi e discorsi precettivi, delineata da Tarello: la prospettiva secondo cui con «essere» e «dover essere» ci riferiamo a modi o funzioni o stili o categorie del linguaggio e non degli enti (in qualunque senso di «ente»). Foggiando e impiegando la coppia di opposti «essere» e «dover essere», o quella «asserzioni» e

<sup>2</sup> F. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, Padova, 1939, p. 11.

del diritto, le norme giuridiche, e possono essere vere o false<sup>14</sup>. Non vedo però come si possa conciliare la tesi che le proposizioni giuridiche possono essere vere o false con la tesi, affermata dallo stesso Kelsen, che vere o false possono essere solamente asserzioni sui fatti<sup>15</sup>, quando per Kelsen le norme non sono fatti, ma significati o sensi precettivi di atti<sup>16</sup>. La qualificazione delle proposizioni giuridiche come vere o false mi pare poi in contrasto con l'indirizzo impartito da Kelsen alla teoria dell'interpretazione giuridica: ma questo, ancora una volta, è un discorso troppo lungo per entrarci qui.

### *Abstract*

This paper by Uberto Scarpelli was given at a meeting of Italian legal philosophers kept in the Spring of 1967. They discussed the problem of the "legal proposition" in Kelsen sense, that is of the nature of jurisprudence; in order to help Norberto Bobbio to prepare his relation to the World Congress of Legal Philosophy to be held in Milan in the following autumn. Perhaps as an attempt to export to legal philosophy a collective approach to research as used in the natural sciences.

---

<sup>14</sup> Vedi H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., cap. III, 16.

<sup>15</sup> Vedi H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 90.

<sup>16</sup> Vedi H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., cap. I, 4.

# Colloquio su Guerra e Costituzione

Intervista al Prof. Giuseppe de Vergottini (Bologna, 30 giugno 2022)

di Federico Pedrini\*



*Giuseppe de Vergottini, emerito di Diritto pubblico comparato presso l'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, è uno dei più eminenti studiosi della materia a livello internazionale. Cavaliere di Gran Croce Ordine al Merito della Repubblica Italiana, già Presidente della Classe di Scienze Morali e Vicepresidente dell'Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna è stato anche Vicepresidente del Consiglio della Magistratura Militare. Autore di svariate monografie e numerosissimi contributi scientifici, spesso tradotti anche all'estero, e - tra gli altri - anche di un celebre Manuale di Diritto costituzionale comparato, giunto alla decima edizione (Padova, Cedam, 2019), ha ricevuto svariate lauree honoris causa in tutto il mondo. Tra i suoi interessi di ricerca ha da sempre coltivato anche lo studio della dimensione giuridica della guerra, della quale è uno dei massimi esperti contemporanei (La Direzione).*

*ricevuto svariate lauree honoris causa in tutto il mondo. Tra i suoi interessi di ricerca ha da sempre coltivato anche lo studio della dimensione giuridica della guerra, della quale è uno dei massimi esperti contemporanei (La Direzione).*

*Introduzione. Guerra e pace tra analisi costituzionale e politica del diritto*

*La guerra si fonda sull'inganno  
(SUN TZU, L'arte della guerra)*

Pensiamo per un istante al diritto, che nel suo insieme rappresenta il tentativo più ambizioso finora realizzato dal genere umano per la gestione organizzata della convivenza sociale grazie a un ordinamento di norme coattive. E ora pensiamo invece alla guerra: la quale da un lato esprime l'estremo atto d'esercizio del potere coattivo da parte di quelle complesse organizzazioni collettive che nella modernità sono tipicamente confluite nella forma-Stato; e dall'altro lato, per sua natura, rischia addirittura di travolgere fin dalle fondamenta ogni ordine costituito. Forse già anche solo così, allora, avremo iniziato a comprendere la difficoltà endemica di sottoporre a disciplina giuridica questa particolare tipologia di conflitto.

\* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

Una conclusione, quella appena accennata, che parrebbe trovare la sua triste conferma per ragioni “strutturali” tanto a livello interno quanto a livello internazionale. Nel primo caso (livello interno), infatti, l’eventuale disciplina della guerra assumerà la forma di una semplice auto-limitazione della sovranità statale, disposta peraltro a livello costituzionale solo nella più benevola delle ipotesi e comunque sempre di difficile e incerta giustiziabilità. Nel secondo caso (livello internazionale), invece, la relativa comunità è sì dotata di numerose norme sue proprie volte a limitare l’uso della forza, ma essa – attesa la perdurante assenza di un potere superiore che possa autonomamente imporsi ai singoli soggetti – versa tuttora in una situazione ampiamente “anarchica”, dove troppo spesso l’impossibilità pratica di erogare sanzioni efficaci e tempestive vanifica (o comunque pone in seria questione) l’effettiva vincolatività delle suddette regole.

Siamo, insomma, di fronte a una classica situazione di stallo, che ripropone in tutta la sua crudezza la dialettica drammatica e tuttora irrisolta tra la componente socievole e quella conflittuale degli esseri umani.

L’esistenza stessa della pratica collettiva del diritto presuppone, come eventualità realistica, la violenza dei singoli (s’intende, di *alcuni* singoli), indisponibili a sottoporsi a quei vincoli comuni ritenuti necessari alla coesione e alla pace sociale. Per assicurare tali obiettivi e imporli, quando occorra, ai soggetti recalcitranti si è costruito nel corso dei secoli un apparato complesso, col quale si oppone alla violenza incontrollata dei soci la violenza regolata da parte dello Stato, unico monopolista dell’uso legittimo della forza sul proprio territorio. Forza che, inoltre, è servita e serve ancora oggi pure a cautelarsi non già dalla violenza episodica di alcuni componenti di una determinata comunità, bensì anche dalle aggressioni che possono venire dal di fuori, da parte di altre comunità (tradizionalmente) organizzatesi in Stati. Ma ciò inevitabilmente presuppone, daccapo, che le aggressioni in questione non soltanto siano avvenute in passato ma possano ancora verificarsi nel presente, e dunque ammette quale possibilità credibile il riproporsi della violenza, bandita *all’interno dello Stato*, come strumento per imporre la propria volontà *da parte degli Stati*.

Va da sé, questo non significa certo che la violenza *aggressiva* da parte degli Stati sia oggi accolta con l’indulgenza che il pensiero giuridico *d’antan* aveva riservato allo *jus ad bellum*. Come già si accennava, infatti, l’odierno diritto internazionale stigmatizza espressamente, a livello sia consuetudinario che pattizio, non solo l’*uso* della forza con finalità diverse dall’autodifesa, ma anche solo la *minaccia* di tale uso. Eppure, sebbene la storia abbia dato (sovr)abbondanti lezioni di quanto esiziali possano essere questo tipo di scontri, finora la volontà di

internazionale dei conflitti armati oltre che con una equilibrata lettura dei principi costituzionali.

Sotto il profilo dell'organizzazione e delle competenze costituzionali sarebbe auspicabile un tentativo di completa revisione della Costituzione della difesa (o se si preferisce della Costituzione bellica): occorrerebbe però decidere su quale profilo porre l'accento.

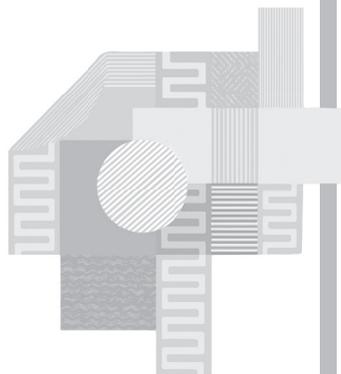
La guerra come era negli anni della Costituente rimane sullo sfondo, ma oggi ci sarebbe bisogno di una normativa sull'uso dello strumento militare fuori dei confini. Manca nel nostro testo costituzionale la disciplina delle missioni militari all'estero, che costituiscono il fulcro della politica nazionale di sicurezza di cui si sentirebbe l'esigenza. L'articolo 78 è un ferrovicchio inutilizzabile. Era obsoleto fino dall'origine. Oggi serve solo per ricordarci che Legislativo, Governo e Capo dello Stato devono esser coinvolti nelle valutazioni che interessano l'uso della forza. E ciò in armonia con la forma di governo che abbiamo.

### *Abstract*

The interview delves into the legal significance of war. Particular attention is devoted to the Italian constitutional discipline, but also considering in parallel international law and comparative experience. In this sense, a critical reflection is articulated on the interpretation of Article 11 of the Italian Constitution, necessarily to be read in connection with the other indications deriving from the Constitution (Art. 52, Art. 78) and with the constraints deriving for Italy from international law, recalled by the Constitution itself (Art. 10, 11, 117). The value of peace and the related repudiation of war thus come to be configured as fundamental but not absolute values, to be balanced with the possibility of defensive warfare and with the principle of non-international isolation of the Republic strongly desired by the Constituents.

# Interventi, Note e Discussioni

---



*Ragionevolezza e bilanciamento nella giurisprudenza costituzionale  
(con particolare attenzione alle più recenti sentenze in tema di  
licenziamento illegittimo)*  
di Roberto Bin

---

*La piattaforma digitale nazionale dei dati e l'algoritmo: la coesistenza  
della trasparenza amministrativa con l'efficienza dell'informatizzazione*  
di Alfonso Contaldo

---

*Breve lezione sull'autonomia contrattuale*  
di Riccardo Guastini

---

*Annullabilità di protezione ed «abuso di logica astratta» nel processo  
amministrativo*  
di Marco Magri

---

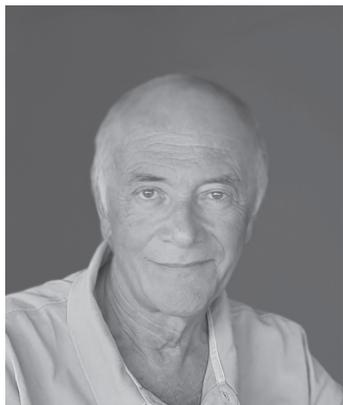
*A Platone non si sfugge. Il delicato equilibrio tra tecnica e politica.  
Tecnica, tecnocrazia, politica, governo, burocrazia*  
di Antonella Sciortino

---

*La trasformazione delle associazioni di promozione culturale in fondazioni  
di partecipazione come strumento di riposizionamento strategico*  
di Elisa Valeriani

# *Ragionevolezza e bilanciamento nella giurisprudenza costituzionale (con particolare attenzione alle più recenti sentenze in tema di licenziamento illegittimo)*

di Roberto Bin\*



**Sommario:** I. – *Standard* di giudizio e interpretazione. § 1. – Chi bilancia? § 2. – Cosa si bilancia? § 3. – Ragionevolezza e congruità. § 4. – La *ratio legis* e il ragionamento per analogia. § 5. – Ragionevolezza e bilanciamento. II. Ragionevolezza e bilanciamento nella recente giurisprudenza in materia di licenziamento. § 1. Delega di bilanciamento. § 2. – Congruità. § 3. – Topografia del conflitto.

Negli anni più recenti, la Corte costituzionale mostra di utilizzare con una certa disinvoltura *standard* di giudizio che si sono consolidati negli anni, come la ragionevolezza, le “rime obbligate” e il bilanciamento degli interessi. Le variazioni sembrano prendere forma specialmente in alcuni settori della giurisprudenza costituzionale. Questo scritto esamina in specifico la più recente giurisprudenza in materia di licenziamento illegittimo. Inizia con alcune considerazioni sul piano generale e teorico attorno ai concetti di bilanciamento e ragionevolezza; per poi calibrare l’attenzione sulla giurisprudenza più recente della Corte costituzionale in materia di lavoro, e in particolare di risarcimento del lavoratore colpito da licenziamento illegittimo.

\* Università degli Studi di Ferrara.

Lo scritto nasce da una relazione svolta l’8 giugno 2022 alla Scuola Nazionale della Magistratura.

## I. – Standard di giudizio e interpretazione

### § 1. – Chi bilancia?

Al costo di sembrare un po' dissonante rispetto al *mainstream* della dottrina costituzionalista, vorrei premettere che le figure di bilanciamento, ragionevolezza, proporzionalità, congruità e così via non sono distinguibili con nettezza una dall'altra, ma si compenetrano e danno nomi diversi ad un unico problema – un problema che non rientra in quell'opera che noi siamo soliti chiamare 'interpretazione'. Non mi avventuro nel cercare la definizione di un termine così pregnante, specie se è riferito all'opera del giurista, ma se 'interpretare' è in qualche modo collegato all'opera di attribuire un significato a un segno, bilanciamento, ragionevolezza ecc. nulla c'entrano con questa opera. Però c'entrano a pieno con il lavoro del giurista. Non è l'obiettivo di esprimere significati ciò che guida queste argomentazioni, che pure sono intrinseche al giudicare.

Non c'è forse giudizio che non contempli una forma di bilanciamento, insita nella valutazione del caso concreto: si tratti dell'equilibrio tra gli interessi dei contraenti, del calcolo di aggravanti e attenuanti o della ponderazione degli interessi nella decisione discrezionale della PA, il giudice è tenuto ad affrontare un'opera di bilanciamento. Tant'è che – come mostrerò in seguito – la Corte costituzionale ha individuato una forma specifica di violazione del canone della ragionevolezza in quelle leggi che, fissando con rigidità gli elementi della fattispecie, non lasciano al giudice uno spazio adeguato di flessibilità e di bilanciamento "in concreto". È un difetto della legge quello di fissare un punto rigido di equilibrio tra interessi in conflitto: la Corte costituzionale rimuove il blocco ed opera una "delega di bilanciamento", che sposta sul giudice la ponderazione in concreto degli interessi in gioco<sup>1</sup>.

Qui si impongono due precisazioni: chi bilancia e cosa si bilancia.

Il bilanciamento è anzitutto compito del legislatore. Dotato dell'investitura che gli deriva dalla democrazia rappresentativa, spetta al legislatore scegliere l'assetto degli interessi che più corrisponde al suo indirizzo politico. Non è una scelta del tutto libera, però, perché restano i vincoli posti in Costituzione. Sono vincoli che operano essenzialmente "in negativo", perché l'interpretazione della Costituzione "*magis ut valeat*" – che era molto accreditata nei primi anni dell'era repubblicana,

<sup>1</sup> Per questa figura cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, 90-93, 127 ss. Nella giurisprudenza della Corte costituzionale si vedano, tra le tante, le sentt. 18 luglio 2003, n. 253; 29 novembre 2004, n. 367; 23 gennaio 2013, n. 7; 18 luglio 2013, n. 213; 23 luglio 2013, n. 232 (in queste due ultime decisioni si richiama il principio del "minore sacrificio necessario" di cui si dirà in seguito).

sia pure in funzione sostanzialmente decorativa, a conferma di una decisione già motivata in termini di eccessiva rigidità del parametro disposto per la tutela risarcitoria del lavoratore illegittimamente licenziato: «l'irragionevolezza del rimedio previsto [...] assume, in realtà, un rilievo ancor maggiore alla luce del particolare valore che la Costituzione attribuisce al lavoro (artt. 1, primo comma, 4 e 35 Cost.), per realizzare un pieno sviluppo della personalità umana» (punto 13 del "considerato in diritto", in cui si cita il precedente della sentenza n. 2 giugno 1983, n. 163). È solo un rafforzamento del motivo dell'accoglimento, un semplice *obiter dictum*. Che però non è ripreso e sviluppato nelle due sentenze sull'art. 18 "riformato".

In esse si ribadisce che spetta al legislatore decidere quale composizione dare ai due interessi in conflitto, e si ricorda come la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori sia stato un parto assai travagliato del Parlamento italiano: la sentenza n. 59 del 2021 (punto 6 del "considerato in diritto") fa un esplicito riferimento al fatto che la formulazione della legge (l'esclusione della reintegrazione obbligatoria) «scaturisce dalla mediazione tra opposte visioni, all'esito di un acceso dibattito parlamentare»; essa rende esplicita «la *ratio legis*, così come si ricava dai lavori preparatori». La sentenza della Corte rovescia quindi la sofferta decisione del legislatore: ma vela con le vesti della ragionevolezza quella che è invece una decisione in merito al bilanciamento tra interessi costituzionalmente protetti, in cui si dichiara (implicitamente), in materia di licenziamento per motivi oggettivi, la prevalenza del diritto del lavoratore sulla libertà dell'imprenditore. Il legislatore della riforma ha travalicato i limiti costituzionali entro cui poteva scegliere il punto di bilanciamento tra gli interessi in conflitto. Dunque, è una decisione "sostanziale" sulla priorità tra interessi costituzionali quella che la Corte ci offre in questa sentenza, e non una contestazione della ragionevolezza della formulazione legislativa.

### *Abstract*

In more recent years, the Constitutional Court shows a certain nonchalance in using standards of judgement that have become established over the years, such as reasonableness, 'obligatory rhymes' and balancing test. Variations seem to take shape especially in certain areas of constitutional jurisprudence. This paper specifically examines the most recent case law on wrongful dismissal in a subordinate employment. It begins with some general and theoretical considerations on the tests of balancing and reasonableness, and then focuses on the most recent jurisprudence of the Constitutional Court on labour, and in particular on compensation for workers affected by wrongful dismissal.

# *La piattaforma digitale nazionale dei dati e l'algoritmo: la coesistenza della trasparenza amministrativa con l'efficienza dell'informatizzazione*

di Alfonso Contaldo\*



**Sommario:** § 1. – Le prime previsioni legislative per le piattaforme digitali in mano pubblica: cenni introduttivi. § 2. – Le piattaforme pubbliche e gli algoritmi. § 3. – Le piattaforme digitali pubbliche nel nuovo sistema amministrativo statunitense: il *Digital Service Act* (2019). § 4. – Conclusioni.

## *§ 1. – Le prime previsioni legislative per le piattaforme digitali in mano pubblica: cenni introduttivi*

La creazione di una piattaforma telematica pubblica è stata prevista per la prima volta da una normativa di rango primario con l'art. 18-ter del d.l. 30 aprile 2019, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 giugno 2019, n. 58, con l'obiettivo di promuovere la conoscenza di tutte le misure di incentivazione e dei programmi di finanziamento gestiti dal Ministero dello Sviluppo Economico anche per migliorare la trasparenza amministrativa<sup>1</sup>. Attraverso un accesso inte-

\* Università degli Studi Roma Tre.

<sup>1</sup> Vedi A. VIGNUDELLI, *Il diritto della sibilla. Informarsi od esser informato?*, Rimini, Maggioli, 1993, 252 ss.; E. CARLONI, *La riforma del Codice dell'amministrazione digitale, commento a d.lgs. n. 235 del 2010*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2011, 469 ss.; P. MARSOCCI, *Gli obblighi di diffusione delle informazioni e il d.lgs. n. 33/2013 nell'interpretazione del modello costituzionale di amministrazione*, in *Istit. Federal.*, n. 3-4/2013, 688 ss.; M. D'ARIENZO, *Diritto alla trasparenza e tutela dei dati personali nel d.lgs. n. 33/2013, con particolare riferimento alla disciplina dell'accesso civico*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2015, 123; G. GARDINI, *Il codice della trasparenza: il primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2014, 875; M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013*, n. 33, Rimini, Maggioli, 2013, 795 ss.

Cfr. altresì il parere reso dal Consiglio di Stato sullo schema di decreto n. 97 del 2016, nel quale si afferma che la trasparenza rappresenta un valore immanente all'ordinamento, un «modo d'essere tendenziale dell'organizzazione dei pubblici poteri», un parametro cui commisurare l'azione delle figure soggettive pubbliche, che consenta di trovare il “giusto” punto di raccordo tra le esigenze di garanzia e di efficienza nello svolgimento dell'azione amministrativa. La trasparenza diventa, così, un “punto di confluenza” dei principi giuri-

rattivo (di facile utilizzo) alle informazioni diventa possibile ricercare le misure più appropriate ed agevoli per attivare gli incentivi, nonché controllare lo stato di avanzamento delle procedure di concessione degli stessi; in particolare, una delle sezioni della piattaforma è dedicata alle informazioni relative alle misure di sostegno al tessuto produttivo gestite dalle altre amministrazioni ed è “implementata” (con i dati) attraverso l’interoperabilità con il Registro nazionale degli aiuti di Stato di cui all’art. 52, legge 24 dicembre 2012, n. 234, che però ha sempre svolto la funzione di mero *database*.

Il sistema delle piattaforme approda quindi nell’amministrazione pubblica con una previsione da parte di una norma di rango primario in maniera più organica di quanto non si sia stato fatto in passato, a partire dall’istituzione della piattaforma del MEPA (Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione)<sup>2</sup> e ciò appare confermato dall’introduzione di una normativa più puntuale, sulla scorta del processo normativo europeo *in itinere* sulle piattaforme digitali<sup>3</sup>.

In tal senso appare doveroso interpretare l’art. 50-ter CAD, aggiunto con il novellato art. 34 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito nella legge 11 settembre 2020, n. 120: la Presidenza del Consiglio dei ministri promuove la progettazione, lo sviluppo e la realizzazione di una Piattaforma Digitale Nazionale Dati (PDND) finalizzata a favorire la conoscenza e l’utilizzo del patrimonio informativo<sup>4</sup> detenuto, per finalità istituzionali, dai soggetti di cui all’art. 2, comma 2, nonché la condivisione dei dati tra i soggetti che hanno diritto ad accedervi ai fini della semplificazione degli adempimenti amministrativi dei cittadini e delle imprese, in conformità alla disciplina vigente e agli accordi quadro previsti dall’art. 50 CAD. La Piattaforma Digitale Nazionale Dati è gestita dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri ed è costituita da un’infrastruttura tecnologica che rende possibile l’interoperabilità dei sistemi informativi e delle basi di dati delle pubbliche amministrazioni e dei gestori di servizi pubblici, mediante l’accreditamento, l’identificazione e la gestione dei livelli di autorizzazione dei soggetti abilitati ad operare sulla stessa, nonché la raccolta e conservazione

---

dici, costituzionalmente posti, dell’azione amministrativa (dal buon andamento all’imparzialità, al rispetto del c.d. principio di legalità sostanziale, alla partecipazione democratica), dal quale derivano istituti giuridici, di tipo trasversale, che possono essere considerati come volti a realizzare la trasparenza (Cons. St. sez. consultiva per gli atti normativi, 24 febbraio 2016, n. 515).

<sup>2</sup> Ci si permette di rinviare ad A. CONTALDO, *La contrattazione telematica con la P.A.*, in D. VALENTINO (a cura di), *Manuale di diritto dell’informatica*, Napoli, ESI, III ed., 2016, 368 ss.

<sup>3</sup> Vedi G. DE MINICO, *Fundamental rights, European digital regulation and algorithmic challenge*, in *Medialaws*, n. 1/2021, 9 ss.

<sup>4</sup> Sull’importanza del patrimonio informativo pubblico e sulla sua comunicabilità esterna vedi L. VESPIGNANI, *La comunicazione pubblica: aspetti giuspubblicistici*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *La comunicazione pubblica*, Rimini, Maggioli, 1992, 129 ss.; A. VIGNUDELLI, *Diritto ad essere informati e comunicazione pubblica*, in AA.Vv., *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, Giuffrè, 1996, 322.

La trasformazione digitale della P.A. si prefigge quindi di cambiare l'architettura e le modalità di interconnessione tra le basi dati delle amministrazioni affinché l'accesso ai servizi sia trasversalmente e universalmente basato sul principio "once only", facendo sì che le informazioni sui cittadini siano facilmente disponibili in modo immediato, semplice ed efficace, alleggerendo tempi e costi legati alle richieste di informazioni oggi frammentate tra molteplici enti<sup>22</sup>. Ciò spiega la *ratio* dell'introduzione nel Pnrr dell'adozione delle piattaforme nazionali di servizio digitale. Inoltre, è prevista l'attivazione di nuovi servizi, come ad esempio la piattaforma unica di notifiche digitali (che permetterà di inviare notifiche con valore legale in modo interamente digitale, rendendole più sicure e meno costose), per fare in modo che venga spostato sui canali digitali il maggior volume possibile di interazioni, pur senza eliminare la possibilità della interazione fisica per chi voglia o non possa altrimenti. Saranno anche sviluppate sperimentazioni in ambito mobilità (*Mobility as a Service*) per migliorare l'efficienza dei sistemi di trasporto urbano e per dar vita a quel modello di *smart cities* assai caro alle *policies* statunitensi che rende complessi i nuovi modelli di cittadinanza amministrativa<sup>23</sup>.

### Abstract

The PNRR seeks to develop the data economy in public hands also to increase Italy's GDP. Therefore with already with the art. 34 d.l. 16 July 2020 n. 76, converted into law 11 September 2020 n.120: the Presidency of the Council of Ministers promotes the design, development and implementation of a National Digital Data Platform (PDND) aimed at promoting the knowledge and use of the information assets held, for institutional purposes by the public entities themselves. This Platform makes it possible to interoperate the information systems and databases of public administrations and public service managers, through the accreditation, identification and management of the authorization levels of the subjects authorized to operate on it, as well as the collection and storage of information relating to accesses and transactions carried out through him. An attempt is thus made to move on the same level as what has already been done for the Administration of the Federal Presidency of the United States with the Digital Service Act of 2019, which created the conditions for the federal public sector to move in the system of the new data economy, equally effective also from an economic point of view, as the operators of the major private digital platforms in the United States and therefore worldwide already operate.

<sup>22</sup> Vedi B. CAROTTI, *L'amministrazione digitale: le sfide culturali e politiche del nuovo Codice. Decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 179*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1/2017, 7 ss.

<sup>23</sup> Vedi F. GASPARI, *Smart city. Agenda urbana multilivello e nuova cittadinanza amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 94 ss.

# Breve lezione sull'autonomia contrattuale

di Riccardo Guastini\*



**Sommario:** § 1. – Situazioni giuridiche soggettive. § 2. – Autonomia contrattuale. § 3. – Diritti impliciti. § 4. – Il rango dell'autonomia contrattuale. § 5. – Il “*moral reading*”.

## § 1. – Situazioni giuridiche soggettive

A mia conoscenza, l'analisi delle situazioni giuridiche soggettive più elaborata (e insuperata) è ancora quella di W.N. Hohfeld, che risale all'inizio del secolo scorso (1919-1923). [Tra i civilisti ne fa uso Pietro Trimarchi nel suo *Manuale*]. La riformulo a modo mio.

Le situazioni giuridiche soggettive sono riducibili a diverse *combinazioni* o aggregati di *otto* – e otto soltanto – situazioni *elementari* o fondamentali che dir si voglia.

Le otto situazioni giuridiche elementari sono le seguenti: (1) pretesa, (2) obbligo, (3) libertà, (4) non-pretesa, (5) potere, (6) soggezione, (7) incompetenza, (8) immunità.

(Beninteso, i termini qui impiegati sono artificiali, nel duplice senso che: da un lato, alcuni di essi sono estranei all'uso comune; dall'altro, alcuni di essi sono ridefiniti in modo difforme dall'uso comune).

Queste situazioni giuridiche sono “elementari”, atomiche, in due sensi: in primo luogo, nel senso che ciascuna di esse non è ulteriormente scomponibile in situazioni più semplici; in secondo luogo, nel senso che esse possono essere tra loro variamente combinate in modo tale da dar luogo a situazioni giuridiche complesse.

È “complessa”, molecolare, una situazione giuridica soggettiva che per l'appunto consta di una pluralità di situazioni elementari aggregate o combinate. Ad esempio, sono situazioni complesse quasi tutte quelle che vanno sotto il nome generico di ‘diritto soggettivo’ (esempio paradigmatico: i diritti reali).

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

Le otto situazioni elementari possono essere utilmente disposte in due classi:

(1) la prima classe comprende quattro situazioni soggettive, utili a raffigurare il contenuto di comuni norme di condotta (o "primarie", come si usa dire), quelle cioè che disciplinano il comportamento dei cittadini: possiamo convenire di chiamarle 'situazioni giuridiche primarie';

(2) la seconda classe include quattro situazioni soggettive, utili a raffigurare il contenuto di norme sulla produzione giuridica (o "secondarie"), quelle cioè che disciplinano le modalità per creare e modificare le stesse norme di condotta: possiamo convenire di chiamarle 'situazioni giuridiche secondarie'.

Come le norme "secondarie" hanno ad oggetto (la creazione di) norme "primarie", così le situazioni giuridiche secondarie hanno ad oggetto (la creazione di) situazioni giuridiche primarie.

Sono situazioni soggettive che rappresentano il contenuto di norme di condotta<sup>1</sup>: l'obbligo, la pretesa, la libertà (facoltà, assenza di obbligo), e la non-pretesa (assenza di pretesa).

(1) Si dice 'obbligo' la situazione giuridica di un soggetto al quale sia rivolta una norma imperativa (un comando o un divieto).

(2) Si dice 'pretesa' la situazione giuridica di un soggetto al quale una norma (autorizzatrice) consenta di esigere l'adempimento di un obbligo da parte di un altro soggetto.

(3) Si dice 'libertà' sia (3.1) la situazione giuridica di un soggetto al quale una norma permissiva o facoltizzante consenta di tenere un dato comportamento, sia (3.2) la situazione giuridica di un soggetto al quale nessuna norma imperativa imponga di tenere un dato comportamento. Così è per la banale ragione che non si danno obblighi in natura, sicché, in assenza di comandi, vi è quella situazione soggettiva che si usa chiamare 'libertà naturale', pregiuridica.

(4) Si dice 'non-pretesa' (assenza di pretesa), sia (4.1) la situazione giuridica di un soggetto al quale una norma esplicitamente neghi o sottragga una pretesa (precedentemente conferita), sia (4.2) la situazione giuridica di un soggetto al quale nessuna norma esplicitamente attribuisca una pretesa. Così è, nuovamente, perché in natura, come non si danno obblighi, neppure si danno pretese (là dove non vi è obbligo non può esservi pretesa).

Si osservi che la libertà e la non-pretesa sono situazioni, per così dire, prive di autonomia concettuale: nel senso che la libertà altro non è che l'assenza di obblighi e la non-pretesa altro non è che l'assenza di pretese.

---

<sup>1</sup> Come vedremo tra un istante, 'libertà' e 'non-pretesa' hanno un'accezione forte e un'accezione debole. A rigor di termini, nell'accezione debole si riferiscono non al contenuto di una norma, ma piuttosto all'assenza di una norma.

al giudice costituzionale<sup>10</sup>. L'opinione di Kelsen era che «la Constitution doit, surtout si elle crée un tribunal constitutionnel, s'abstenir de ce genre de phraséologie, et, si elle veut poser des principes relatifs au contenu de lois, les formuler d'une façon aussi précise que possible».

Riecheggiando un famoso aforisma del Chief Justice (della USA Supreme Court) Charles Evans Hughes - «the Constitution is what the judges say it is» - potremmo dire: i limiti all'autonomia contrattuale sono quelli che i giudici dicono che sono.

### *Abstract*

The paper is a (merely introductory) analysis of “contractual autonomy” in Italian positive law from the standpoint of general jurisprudence and constitutional theory. First, the author states, in Hohfeldian terms, that contractual autonomy is a complex manifold legal position, since it includes a number of liberties (circumscribed however by certain undetermined limits) as well as a legal power and an immunity. Second, after a short discussion about the jurisprudential construction of “implicit” rights, the author wonders whether contractual autonomy, expressly granted by the civil code, has an implicitly constitutional status too; and the answer is yes, although contractual autonomy is not treated by the Constitutional court as an “inviolable” right. This conclusion entails some consequences as to the limits of contractual autonomy deriving from the constitutional text and, most of all, entails that contractual autonomy is subject to be balanced against other constitutional rights.

<sup>10</sup> L'uno, elettivo, è dotato di “legittimità democratica”, mentre l'altro ne è privo.

# *Annulabilità di protezione ed «abuso di logica astratta» nel processo amministrativo*

di Marco Magri\*



**Sommario:** § 1. – Brevi cenni in tema di nullità di protezione civilistica e discrezionalità giudiziaria. § 2. – Manifestazioni processuali della teoria dell’invalidità di protezione: alcuni casi di “delegittimazione” del ricorrente. § 3. – Soggettività del meccanismo protettivo e *forma mentis* del giudice amministrativo: il «titolo, o possibilità giuridica dell’azione». § 4. – Appunti per una critica dell’uso della “teoria della norma di protezione” nel processo amministrativo di annullamento. § 5. – Oltre la teoria della norma di protezione: verso dove?

## *§ 1. – Brevi cenni in tema di nullità di protezione civilistica e discrezionalità giudiziaria*

Nel dibattito civilistico sulle invalidità negoziali, ha assunto una dimensione sempre più importante la categoria delle nullità “di protezione”; così dette, dal titolo dell’art. 36 del Codice del consumo, per la loro finalità di sanzionare l’inosservanza di norme poste a salvaguardia della parte debole di alcune tipologie contrattuali. Nell’istituto delle nullità di protezione l’ordinamento giuridico si comporta in modo diverso da come agisce quando vuol far prevalere in modo incondizionato l’interesse pubblico alla inefficacia generalizzata del contratto nullo. Opta per una soluzione che non è la semplice interdizione della produzione di effetti, il rifiuto di proteggere gli interessi delle parti alla conservazione del vincolo negoziale<sup>1</sup>. Come nella “nullità relativa”, l’interesse generale non viene meno (di qui il prevalente indirizzo favorevole alla rilevabilità *ex officio* della nullità), ma la sua concreta protezione si ha solo se coincide con la tutela dell’interesse di una delle parti, la cui prerogativa (di non far valere la nullità) è il vero “cuore” dell’istituto ed è stata oggetto di diverse ricostruzioni, tra le quali, particolarmente pregnante, l’assimilazione alla convalida. Osservando più da vicino la disciplina, il fattore di distacco

\* Università degli Studi di Ferrara.

<sup>1</sup> S. PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, ESI, 2020. In giurisprudenza, Cass. civ., SS.UU., 4 novembre 2019, n. 28314.

dal più tradizionale schema delle nullità assolute resta ravvisabile, in linea di prima approssimazione, nello scopo legislativo di salvaguardia del contraente debole e nella sensazione di asimmetria percepibile immediatamente dalla disposizione che introduce i requisiti di validità del contratto da osservare a pena di nullità. Ma il vero elemento distintivo delle nullità di protezione non si coglie solo nella struttura teleologica della norma imperativa, associata alla comminatoria esplicita della nullità. Connaturata all'identità dell'istituto è una diversa norma, collegata a quella imperativa, che limita la legittimazione ad agire, permettendo di far valere la nullità soltanto alla parte nell'interesse della quale è stata stabilita (ad esempio, l'investitore, il consumatore, il cliente). Non è questa la sede per affrontare il tema della frammentazione della sistematica delle invalidità negoziali o della "curvatura funzionalista" del regime delle nullità, di cui la disciplina appena descritta è senza dubbio una delle riprove più visibili. Ci limiteremo a sottolineare l'aspetto legato al carattere tipico e nominato delle nullità di protezione. Queste ultime sono, nella grande maggioranza dei casi, nullità testuali. Si tende ad ammettere l'esistenza di "nullità di protezione virtuali", intendendo con ciò le nullità testuali, prive di una disciplina specifica, alle quali si può ritenere applicabile per analogia il regime giuridico della nullità di protezione, inclusa la legittimazione ad agire riservata a una sola parte (art. 1421 c.c.). Molto più dubbio, invece, è che la disciplina di protezione possa attagliarsi a una "nullità virtuale", in una situazione, cioè, qualificata dalla "semplice" contrarietà del negozio a norme imperative (art. 1418 c.c.) che nulla dispongono in merito alle conseguenze della loro inosservanza. «Quest'ultima ipotesi», si è detto, «rende il giudice arbitro non solo (della individuazione) del rimedio, ma anche (della costruzione) della sua disciplina, finendo per riconoscere alla valutazione giudiziale margini di discrezionalità forse eccessivi»<sup>2</sup>.

A rendere poco giustificabile una nullità virtuale di protezione è quindi, in ultima analisi, il principio di soggezione del giudice alla legge (art. 101 Cost.), la necessità che l'interpretazione della legge non trasmodi in una eccessiva discrezionalità giudiziaria, dovendosi presupporre che la norma imperativa, di per sé stessa considerata, non sia "selettiva", non dia indicazioni su quali interessi abbia voluto proteggere.

<sup>2</sup> G. D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (variazioni sul tema delle nullità)*, in *I Contratti*, n. 7/2009, 740.

zione giudiziale margini di discrezionalità eccessivi, la natura virtuale “per natura” e “per tradizione” dell’annulabilità del provvedimento non può restare fuori quadro. Anch’essa infatti finisce per convincere il giudice amministrativo della possibilità di individuare liberamente la legittimazione, esercitando sul suo ambito di cognizione un effetto dilatorio la cui più ovvia contromisura potrebbe essere proprio l’orizzonte dell’impugnabilità in Cassazione delle sentenze del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione (art. 111, comma 8 Cost.).

### *Abstract*

Starting with a few brief nods to the civil-law dispute over protective nullities, the article discusses the use of the rule-of-protection theory in judicial review and its implications for the plaintiff’s legal standing, concluding with possible countermeasures to abuse of judicial discretion

# *A Platone non si sfugge. Il delicato equilibrio tra tecnica e politica*

*Tecnica, tecnocrazia, politica, governo, burocrazia*

di Antonella Sciortino\*



**Sommario:** § 1. – Premessa. § 2. – La necessità della politica e il ruolo della tecnica: una questione risalente a cominciare dallo straordinario insegnamento di Platone. § 3. – Il Governo tra politica e amministrazione. § 4. – I Governi tecnici nella storia repubblicana. § 5. – Tecnica e politica nella gestione della crisi pandemica. § 6. – Brevi considerazioni conclusive.

## § 1. – *Premessa*

Il titolo di questo scritto prende spunto dalla lettura di un recente libro di Carlo Galli *Platone e la necessità della politica*<sup>1</sup>, che nell'evidenziare la grandezza del filosofo greco e della sua *Repubblica* ci induce a riflettere, tra l'altro, sulla politica come dimensione insopprimibile e "necessaria" dell'uomo e su quanto questa necessità del "sapere" costruito seguendo il periplo descritto da Platone attraverso la metafora della "linea" e della "caverna". Le suggestioni offerte da questo recente libro in cui l'Autore ricorda ancora una volta come la grandezza della *Repubblica* «non è nelle soluzioni, ma nei problemi che solleva»<sup>2</sup>, mi ha spinto a ritornare su un tema che parecchi anni fa mi aveva molto appassionato, quello del rapporto tra tecnica e politica nell'esercizio delle funzioni di governo<sup>3</sup>, ma con qualche elemento in più rispetto agli anni addietro sia in ragione delle peculiarità registrate nella formazione degli ultimi Governi italiani (Conte I e II, Draghi) sia perché la crisi pandemica e i modi con cui fronteggiarla hanno pro-

\* Università degli Studi di Palermo.

<sup>1</sup> C. GALLI, *Platone, la necessità della politica*, Bologna, il Mulino, 2021. Sulle molteplici relazioni tra filosofia e scienza del diritto v. anche l'interessante intervista a Emanuele Severino di F. PEDRINI, *Colloquio su Filosofia e (Scienza) del diritto. Intervista al Prof. Emanuele Severino* (8 giugno 2013), in *Lo Stato*, n. 1/2013, 151 ss.

<sup>2</sup> Così C. GALLI, *Platone, la necessità della politica*, cit., 75.

<sup>3</sup> A. SCIORTINO, *Il governo tra tecnica e politica: le funzioni*, in *La rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2015.

dotto un cambiamento di prospettiva decifrabile anche attraverso questa apparente contrapposizione (tecnica e politica).

Vari sono i Governi tecnici<sup>4</sup> che si sono succeduti nel corso della storia repubblicana italiana, ma non è questo il solo percorso attraverso cui si vuole far scorrere l'indagine. E ciò per almeno due ragioni: la prima risiede nella considerazione che il tema del rapporto tra tecnica e politica nell'esercizio delle funzioni governative vada ben al di là dell'esperienza dei Governi cosiddetti tecnici, l'altra è riconducibile alla stessa ambiguità insita nel concetto di 'Governo tecnico' che sembra evocare quasi una figura ossimorica, come se un Governo potesse esimersi dall'assumere decisioni "politiche".

Il *fil rouge* che attraversa lo scritto parte dalla considerazione che tra le due componenti – tecnica e politica – non vi sia *a priori* un rapporto di conflittualità o di sfida che la prima lancia alla seconda erodendo o sfilacciando il tessuto democratico delle società contemporanee. Oggi, come ieri, seppur sorretto da ragioni storiche diverse, non si può prescindere dal rapporto tra le due dimensioni che vi è sempre stato e che oggi più che mai va elaborato in modo costruttivo perché sarebbe inimmaginabile che il processo decisionale pubblico in generale e quello di governo in particolare possano svolgersi senza il supporto delle necessarie competenze tecniche che comunque devono essere gestite o meglio "governate" politicamente. E questo sia perché il "sapere tecnico" in quanto specialistico è ontologicamente frazionario e quindi necessita di essere inquadrato in un progetto più ampio che ne definisca i fini ultimi sia perché le soluzioni tecniche potrebbero essere più di una e la scelta fra di esse non può che spettare alla politica. A conferma delle precedenti considerazioni vi è la convinzione che la competenza non abbia solo implicazioni conoscitive, ma anche etiche e politiche<sup>5</sup> e quindi debba essere necessariamente inserita in un progetto politico che abbia definito i suoi obiettivi.

<sup>4</sup> La formula espressiva 'Governo tecnico' fu introdotta nel dibattito politico da Bruno Visentini già a partire dagli anni Settanta conferendole un significato ben preciso legato ai criteri di selezione della classe politica. Il Governo tecnico non esiste – sosteneva nei suoi articoli l'allora segretario del partito repubblicano – in quanto organo squisitamente politico. Il punto è selezionare i ministri tra soggetti capaci di svolgere le funzioni cui sono preposti e non invece, come accadeva spesso, tra uomini di partito collettori solo di consenso elettorale e interessati a posizioni di potere. V. B. VISENTINI, *Un governo di capaci con o senza tessera di partito*, in *Corriere della Sera*, 23 dicembre 1980 e inserito nel volume dello stesso A., *Governo parlamento e partiti*, Roma, Edizioni del Circolo 2 giugno, 1983, 31.

<sup>5</sup> Sulle molteplici implicazioni della competenza v. C. BINACHETTI, *Un diverso campo concettuale*, in A. PIZZORNO, P.L. CROSTA, B. SECCHI, *Competenza e rappresentanza*, a cura di C. Bianchetti e A. Balducci, Roma, Donzelli Editore, 2013, 6 e sul principio di maggioranza in rapporto al principio di competenza nel governo della cosa pubblica v. A. PIZZORNO, *Competenza e maggioranza nel processo di decisione*, *ivi*, 17 ss. che sottolinea come la competenza mitighi e compensi l'applicazione spartana del principio di maggioranza; B. CROCE, *Il ricorso ai "competenti" nelle crisi storiche*, in *Quad. della "Critica"*, n. 4/1948, 89.

## *Abstract*

The essay explores the use of technology in politics, focusing on government duties. After a brief excursus to highlight how the issue has a long history, the paper considers the relationship between technique and politics and how it has influenced our form of government. The thread running through the entire investigation starts from the consideration that between the two components – technical and political – there is not a priori a relationship of conflict or challenge, but that today, as in the past, we cannot ignore the relationship between the two dimensions that has always existed and that today more than ever must be developed constructively, given that it would be unimaginable that the public decision-making process could take place without the necessary technical skills that must in any case be governed politically. This is because technical knowledge, as a specialist, is ontologically fractional and needs to be framed within a broader project that defines its ultimate goals. The study concludes that technical expertise has not only cognitive, but also ethical and political implications that must therefore be embedded in a political project that has defined its objectives.

# *La trasformazione delle associazioni di promozione culturale in fondazioni di partecipazione come strumento di riposizionamento strategico*

di Elisa Valeriani\*



**Sommario:** § 1. – Introduzione. § 2. – La partecipazione pubblica nel settore delle attività culturali. § 3. – Associazioni e Fondazioni: elementi essenziali, riferimenti legislativi. § 4. – Organismi di diritto pubblico e controllo pubblico: limiti, conflitti, disciplina. § 5. – Il riordino delle partecipazioni pubbliche e la distinzione tra attività istituzionali e non istituzionali. § 6. – Riflessioni conclusive: la trasformazione del ramo istituzionale da associazione a fondazione in partecipazione.

## § 1. – *Introduzione*

Negli anni più recenti, la normativa comunitaria unitamente alla necessità italiana di ripensare il ruolo e la finalità degli organismi partecipati hanno determinato modifiche sostanziali alla disciplina della relativa materia.

La nuova regolamentazione delle partecipazioni pubbliche non ha però sciolto in modo definitivo alcuni nodi complessi, scegliendo un percorso volto prevalentemente ad offrire una più puntuale definizione degli adempimenti in fase gestoria e ignorando o solo sfiorando l'obiettivo di fare definitiva chiarezza sulla natura di detti enti. Così, a fronte di una più chiara normativa sulle modalità di controllo, rimane ancora non risolta la questione della natura "polimerica" dei soggetti partecipati, con l'indubbio aggravio, per i controllori e per coloro che li amministrano, di dover svolgere la propria attività rispettando allo stesso tempo la normativa civilistica prevista per la tipologia giuridica *de qua* ed anche le numerose ed a volte non coordinate regole pubblicistiche in materia.

L'impressione è di trovarsi davanti ad un fenomeno con un DNA a doppia elica composto di norme che partendo distinte si incontrano

\* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

fino a costituire una forma nuova ad oggi, tuttavia, priva di una propria autonoma codificazione. Il che ha in molti casi indotto a concentrare l'attenzione sulla pedissequa attuazione della disciplina di volta in volta introdotta senza alcuna riflessione sul suo impatto nella gestione.

Questo modello si è tradotto negli ultimi anni in un impegno diretto al riordino *tout court* e, dunque, in un esercizio più formale che sostanziale, restando spesso totalmente inalterate sia la struttura dei costi che delle attività degli enti "riordinati". Perciò, un iniziale e assai sensato impulso a ridurre il numero delle partecipate, avendo cura di ricondurle nell'alveo delle attività di interesse pubblico, e limitando, in questo modo, la loro presenza sul mercato, si è risolto in un mero adempimento i cui risultati in termini di efficacia e di efficienza, oltre che di risparmio, sono difficilmente quantificabili e, spesso, ignoti agli stessi soci.

Diversa era la *ratio* che aveva condotto economisti e giuristi ad invocare un riordino, volto contestualmente a ricondurre l'amministrazione nel proprio ambito d'elezione, lasciando al mercato privato la produzione di quei servizi non istituzionali che avrebbero tratto indubbio giovamento dal gioco della concorrenza, e ad eliminare enti ed organismi la cui inutilità era dimostrata *de plano* sia dalla loro esigua dimensione - inadatta a generare economie di scala - sia dalle conseguenti perdite di gestione. Ma se questo era il presupposto della normativa comunitaria, nel nostro Paese ci si è limitati ad un mero riassetto senza che ci si interrogasse né sulla natura dei servizi offerti né sulla funzione più o meno strategica degli enti coinvolti, eseguendo il compito senza visione imprenditoriale e di lungo periodo.

Per queste ragioni, nell'affrontare l'analisi di un ente partecipato alla luce della disciplina di recente introduzione e, in particolare, del d.lgs. n. 175 del 2016, non si può prescindere dalla identificazione di un percorso che non ne snaturi il significato ma che, al contrario, sfrutti il necessario allineamento alle norme come un momento per ripensarne il ruolo e le potenzialità al fine di orientare l'eventuale riassetto per riposizionarsi in vista delle sfide future, divenute oggi di stringente attualità a seguito dell'attuazione delle missioni e misure del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

## § 2. - *La partecipazione pubblica nel settore delle attività culturali*

La presenza e l'attività degli enti pubblici nel settore delle attività culturali può essere affrontata sotto due distinti punti di vista: un primo concernente gli assetti istituzionali che caratterizzano gli organismi partecipati e che nel tempo hanno subito importanti modificazioni; un secondo concernente l'identificazione delle attività c.d. "istituzionali" e la loro separazione dalle attività c.d. "commerciali". Un

## *Abstract*

The recent regulation of reorganization of public shareholdings has not definitively dissolved some complex knots regarding the operational management of the entities, representing, frequently, a path mainly aimed at offering a more precise definition of the fulfillments in the management phase and only touching on the objective of providing definitive clarity on the polymeric nature of these entities.

The implementation of the discipline dictated by Legislative Decree n. 175/2016 to the entities of cultural promotion or production participated by public entities represents an interesting profile of analysis to investigate the results of these reorganization activities that, even today, although following business transfer and/or transformation operations, it seems they have not overcome the phase marked by merely formal fulfillments limiting, as a result, the potential for development and strengthening in a strategic key of the contents and founding values of the areas of intervention.

# Maestri del Novecento

---



EDITORIALE, *In ricordo di Paolo Grossi*

---

*La politica dell'interpretazione. Una rilettura di Bricola*  
di Massimo Donini

---

*Serio Galeotti: un militante della Costituzione*  
di Tommaso Edoardo Frosini

---

*Egidio Tosato: un giurista ancora da scoprire*  
di Fernanda Bruno

# La politica dell'interpretazione

Una rilettura di Bricola

di Massimo Donini\*



**Sommario:** § 1. – Premessa. L'interpretazione è sempre un po' politica e comunque non è una attività in sé stessa scientifica. § 2. – La legittimazione del testo precede la sua conoscenza ermeneutica? *Teoria generale del reato* (1973). § 3. – Dalla caverna normativistica ai vincoli di realtà nella legittimazione della legge. *La Questione criminale* (1975-1981). § 4. – La prassi dei decenni. Come mettere nei testi quello che non c'è. *Rapporti tra dommatica e politica criminale* (1988). § 5. – Apprendisti stregoni. Le mancate riforme generali e gli eccessi del diritto penale costituzionale. § 6. – Dal giusrazionalismo al neo-costituzionalismo. § 7. – Il nodo irrisolto del ruolo della

magistratura penale: giurisprudenza-fonte e controlli giudiziali di legalità. § 8. – Il retaggio de *La discrezionalità nel diritto penale* (1965). § 9. – Bricola interprete. *Scritti di diritto penale* (1997). § 10. – ...ma anche visionario.

§ 1. – *Premessa. L'interpretazione è sempre un po' politica e comunque non è una attività in sé stessa scientifica*

Non volevo più scrivere di Franco Bricola (1934-1994), per non ripetere cose già dette in varie altre occasioni<sup>1</sup>, o per non doverle contraddire, in un momento in cui vedo più chiare alcune differenze (nel modo di interpretare la Costituzione), mentre altre (di sistematica della parte generale) che mi sembravano più rilevanti si sono ormai meglio consolidate nella consapevolezza collettiva e hanno perso l'urgenza della sottolineatura. La richiesta di Aljs Vignudelli, che ho tenuto in *stand by* per troppo tempo, mi induce oggi a disegnare un breve ritratto dello studioso sotto un profilo concettuale più che biografico, che non è stato sempre tenuto presente e che invece a mio avviso carat-

\* Sapienza Università di Roma

<sup>1</sup> Per es. M. DONINI, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *DPC Riv. trim.*, 2012, 51 ss.; IDEM, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, Cedam, 1996, cap. I; IDEM, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2001, V, 29-45; IDEM, *L'art. 129 del Progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione "legale", prima che "giurisprudenziale", dei principi di offensività e di sussidiarietà*, in *Critica del diritto*, 1998, 95-139; IDEM, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *DPC Riv. trim.*, n. 4/2013, 3-43.

terizza in modo netto la distanza temporale tra la sua epoca e quella attuale, perché mette in crisi, e non solo in luce, la nostra stessa identità di interpreti di oggi senza intaccare, ma anzi sviluppando, le inconsapevoli radici contenute nella cultura degli anni '70 del secolo passato. Si tratta del ruolo della politica dell'interpretazione nell'attività tecnica e culturale del giurista.

Il discorso ha almeno due premesse che già da subito costituiscono uno spartiacque.

La prima è che c'è sempre una politica nell'interpretazione.

La seconda premessa è che l'interpretazione è una attività in sé stessa non scientifica, avendo solo la possibilità di incontrarsi con precedenti acquisizioni di scienza del diritto. Non lo è neppure, scientifica, quando è rigorosa sul piano del metodo. È altro dalla conoscenza scientifica, pur utilizzando il giudice le acquisizioni dei saperi del tempo, come fa il medico quando effettua diagnosi o prescrive terapie senza essere egli stesso uno scienziato.

Queste premesse avrebbero bisogno di qualche spiegazione postulativa.

La prima afferma qualcosa di meno di quello che ritenevano gli illuministi, o Giustiniano, quando volevano vietare l'interpretazione. Non dice che l'interpretazione sia sempre necessariamente politica in sé stessa, ma che almeno al suo interno c'è spazio per diverse politiche, del tutto possibili e ammesse.

Dunque, o ci sono politiche dappprincipio chiaramente vietate (perché sono altre quelle consentite); oppure alcune sono delegate dalla legge al giudice mediante regole ampie e indeterminate, o vincoli solo di scopo; oppure questi spazi crescono nel tempo per le modifiche che le disposizioni subiscono nel corso dell'applicazione e della vita dell'ordinamento, aprendo l'orizzonte semantico delle parole e delle loro relazioni con altre norme, o producendo nuovi scopi o limiti vincolanti.

In breve, l'interpretazione è sempre almeno un po' politica, e salvo che non sia astratta e dottrinale, rispetto ai singoli casi è sempre anche decisoria.

La seconda premessa è in parte collegata alla prima: l'interpretazione non è attività scientifica, dato che ha una immediata dimensione pratica e varie finalità politiche da realizzare. Tuttavia, la sua distanza dai paradigmi delle attività scientifiche è più profonda e costitutiva. *L'ars interpretandi* è più una tecnica che non un metodo di ricerca o invenzione avalutativa, perché è collegata a scelte di valore e scopi, alla decisione di casi, anziché alla mera comprensione di categorie o regole astratte. Anche quando si adotta una interpretazione stretta di un testo molto preciso, il metodo di questo operare produce un risulta-

§ 10. – ...*ma anche visionario*

Voler ricondurre al tema dell'interpretazione la figura e l'importanza storica di Bricola sarebbe ovviamente riduttivo. Né ci restituisce l'ironia e la leggerezza del suo simpatico tratto umano. Era tuttavia necessario, dopo tante altre "letture" offerte in precedenza, che si affrontasse questo snodo storicamente decisivo, e attualmente illuminante, della collocazione storica della sua opera. Tale opera, tuttavia, va oltre l'interpretazione del suo tempo, per aprire orizzonti più vasti, che sono quelli di un giurista visionario, che ha dato alle generazioni successive una prospettiva, un percorso, una direzione che supera l'argomentazione sui testi della Carta fondamentale. Se fosse stato solo un interprete, questo messaggio non sarebbe mai arrivato a destinazione, come quei libri inviati agli amici in cui consiste la funzione dell'umanismo, quella spedizione di lettere che si chiama tradizione, la trasmissione a distanza di messaggi, sapere e seduzione del futuro<sup>83</sup>.

*Abstract*

The paper re-examines the work of Franco Bricola, through his most important writings, taking its cue from the more general theme of interpretation, which, brought into play in a revolutionary way by the entry of constitutional principles and then by neo-constitutionalism in the jurist's daily activity, has had (also) in criminal law very divergent effects from the original legalism, to which the culture of Bricola's writings still belong. A profound divergence can be seen between the interpretative style of the origins, even of the Constitution, linked to text and exegesis, compared to the current evolutions, which argue from the precedents of the Constitutional Court or other Supreme Courts, and then equally direct the way of reading ordinary laws. The political and non-scientific dimension of hermeneutic activity emerges across the board.

<sup>83</sup> Cfr. P. SLOTERDIJK, *Regole per il parco umano. Una risposta alla Lettera sull'"umanismo" di Heidegger*, in IDEM, *Non siamo ancora stati salvati. Saggi dopo Heidegger* (orig. *Nicht gerettet. Versuche nach Heidegger*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2001), Milano, Bompiani, 2004, 239 ss.

# *Serio Galeotti: un militante della Costituzione*

di Tommaso Edoardo Frosini\*



**Sommario:** § 1. - Un professore anglosassone. § 2. - Biografia e bibliografia. § 3. - L'impegno per le riforme istituzionali.

## § 1. - *Un professore anglosassone*

Si diceva di Lui: Galeotti è Serio di nome e di fatto. Era proprio così, e chi lo ha conosciuto può senz'altro confermare. Serio ma non serio, anzi dotato di un *humour* di stile anglosassone, che gli si addiceva perfettamente anche per via dei suoi trascorsi oxoniensi. Più in generale, il suo portamento, il suo modo di fare e di essere era molto ispirato a quello di un autentico *gentleman*. Posso dire di averlo conosciuto bene, per via di una storica e autentica amicizia che aveva con mio padre, risalente alla comune esperienza di studio a Oxford nei primi anni Cinquanta. Un legame affettivo che aveva coinvolto le nostre famiglie, al punto che Serio e mio padre venivano chiamati "zio" dai noi figli di entrambe le famiglie. Trascorremmo spesso le vacanze estive insieme, a Lido di Spina, nella riviera romagnola, oppure a Scario, nel golfo di Policastro, dove i Galeotti avevano casa. Era un clima familiare, era il mondo di ieri.

Ricordare Galeotti costituzionalista vuol dire attraversare l'intera storia costituzionale a partire dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. Vuoi perché il primo libro di Galeotti sulla posizione costituzionale del Presidente della Repubblica è dell'anno successivo l'entrata in vigore della Costituzione, vuoi perché i suoi studi degli anni Novanta hanno contribuito a imprimere, in termini di riforme, una svolta significativa al sistema istituzionale. Nell'arco del mezzo secolo, il contributo costituzionalistico di Galeotti è stato davvero di assoluto rilievo, come proverò a chiarire più avanti. Quindi, la figu-

\* Università degli Studi "Suor Orsola Benincasa".

ra scientifica di Galeotti deve essere collocata tra i maggiori e migliori costituzionalisti del secolo scorso<sup>1</sup>. Vi era in lui una “serietà costituzionale”, che si estrinsecava nelle idee, negli scritti e nell’azione come un militante della Costituzione, il quale non ha mai voluto concedere nulla alle mode del tempo, che si rappresentavano con delle sfilate accademiche vuoi sull’uso alternativo del diritto vuoi attraverso interpretazioni costituzionali politicamente orientate. Serio era un *hombre vertical*: forte e sicuro del suo sapere giuridico, che lo portava a non cercare aggregazioni corporative o un facile consenso teorico. Rimaneva fermo e deciso sulle sue posizioni e inflessibile nella difesa dei principi: certamente aperto al confronto dialettico a condizione che fosse fondato su autentiche basi scientifiche<sup>2</sup>. Ho, in proposito, un aneddoto, che vale la pena raccontare e che dice molto su Galeotti uomo e il suo essere *vertical*. Quando nel 1980 il Parlamento in seduta comune era prossimo a eleggere i nuovi componenti laici del CSM, Galeotti avrebbe dovuto essere tra questi su designazione della Democrazia Cristiana. Gli suggerirono di andare a trovare (e omaggiare) Amintore Fanfani, per chiudere così l’accordo. Galeotti non volle farlo, per orgoglio e dignità. Venne eletto Pierluigi Zampetti.

## § 2. – *Biografia e bibliografia*

Serio Galeotti era nato nel 1922 ad Albino, un comune della Valle Seriana nel bergamasco, studiò e si laureò, nel 1945, in giurisprudenza nell’Università Cattolica di Milano<sup>3</sup>. Iniziò a svolgere attività di ricerca in diritto costituzionale sotto la guida di Antonio Amorth e, nel giro di pochi anni, pubblica già due monografie: *La posizione costituzionale del Presidente della Repubblica* (1949) e *La garanzia costituzionale (presupposti e concetto)* (1950). Temi sui quali tornerà più volte nel corso della sua attività di studioso<sup>4</sup>. Nel 1950 vince una borsa di studio del *British*

<sup>1</sup> Come giustamente evidenzia A. D’ATENA, *Presentazione*, in AA.Vv., *Scritti in onore di Serio Galeotti*, I, Milano, Giuffrè, 1998, XI-XV; IDEM, *Serio Galeotti e la vicenda costituzionale italiana*, in B. PEZZINI (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto costituzionale. L’insegnamento di Serio Galeotti*, (Atti del convegno tenutosi a Bergamo il 6 giugno 2002), Milano, Giuffrè, 2003, 3-12: a questo volume si fa rinvio per i numerosi saggi dedicati a vari profili dell’attività scientifica di Galeotti.

<sup>2</sup> V. anche A. BARDUSCO, *Serio Galeotti. L’uomo e il professore*, in B. PEZZINI (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto costituzionale*, cit., 25 ss.

<sup>3</sup> Alcuni dati biografici in T.E. FROSINI, *Galeotti Serio*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, dir. da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, I, Bologna, il Mulino, 2013, 931.

<sup>4</sup> Soprattutto al Presidente della Repubblica ha dedicato, nel corso degli anni, numerosi studi, a partire dall’importante relazione tenuta a un convegno tenutosi a Taormina nel 1984: *Presidente della Repubblica: struttura garantistica o struttura governante?* poi pubblicata – insieme ad altri studi sul tema, nell’arco di tempo dal 1949 al 1992 – nel vol. *Il Presidente della Repubblica garante della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1992, e infine la voce per il *Dige-*

tuzionale che spetta all'interprete sapere definire, tenendo conto delle esigenze del corpo elettorale in una democrazia matura e compiuta. Se così non fosse, allora si finirebbe con riconoscere che la nostra Costituzione è basata su due regole, una formale e una materiale: la prima afferma che la sovranità appartiene al popolo, la seconda che il titolare non deve esercitarla mai.

Galeotti è stato uno studioso di grande ingegno e originalità di pensiero, con una solida cultura comparatistica, che gli proveniva (anche) dall'eccellente conoscenza del sistema anglosassone, e con una non comune capacità di indagare, sempre in maniera acuta, su numerosi istituti e funzioni costituzionali. E di sapere, cosa rara, pensare e progettare nuove formule costituzionali ed elettorali per dare stabilità e governabilità all'Italia. Il mestiere di costituzionalista non può essere solo quello di chi chiosa e annota le norme costituzionali o le pronunce della Corte costituzionale. Deve essere, invece, anche quello di militante della Costituzione, che ne scruta i problemi e le difficoltà applicative, che si manifestano con l'usura del tempo e l'inerzia della politica, e studia proposte per migliorarla e renderla più efficace e più efficiente. Per viverla, e farla vivere dai cittadini, come un plebiscito che si rinnova ogni giorno. Questo ha fatto Galeotti, quale militante della Costituzione. Scrupoloso e rigoroso interprete nella fase dello sviluppo costituzionale, per favorirne la diffusione e l'apprendimento, appassionato e acuto ideatore di nuove formule costituzionali, per consentirne un nuovo e più avvertito patriottismo costituzionale.

Mi piace, infine, ricordarlo con le parole che la moglie Maria Luisa gli dedicò in un libro di poesie<sup>29</sup>: «*Tu.../per chiare strade maestre/con inconsapevole grazia/su invisibili passerelle/di un/luminoso défilé*».

### *Abstract*

Remembering Galeotti as a constitutionalist means traversing the entire constitutional history since the Republican constitution came into force. Either because Galeotti's first book on the constitutional position of the President of the Republic dates back to the year after the constitution came into force, or because his studies in the 1990s contributed to a significant change in the institutional system in terms of reforms. Over the course of half a century, Galeotti's constitutionalist contribution has been truly outstanding. Thus, Galeotti's scientific figure must be placed among the greatest and best constitutionalists of the last century. There was a "constitutional seriousness" in him, which was expressed in his ideas, writings and actions as a constitutional militant.

<sup>29</sup> M.L. MARCONI GALEOTTI, *Poesie da cucina*, prefazione C. Bo e postfazione. S. Galeotti, Torino, Genesi, 1989.

# *Egidio Tosato: un giurista ancora da scoprire*

di Fernanda Bruno\*



**Sommario:** § 1. - Introduzione: percorso accademico. § 2. - Scritti degli anni '30. § 3. - Proposte presentate in Assemblea costituente. § 4. - Scritti del periodo repubblicano. § 5. - Considerazioni conclusive.

## *§ 1. - Introduzione: percorso accademico*

Egidio Tosato nasce il 28 giugno 1902 a Vicenza, città che amava profondamente dove ritornava spesso e dove ha voluto riposare per sempre.

Laureatosi nel 1924 in Giurisprudenza presso l'Università di Padova, inizia la sua attività accademica come assistente ordinario presso la cattedra di Diritto costituzionale di cui era titolare Donato Donati, insigne figura di Maestro e punto di riferimento per molti giuristi. Libero docente nel 1932 e poi vincitore del concorso per professore straordinario di Diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione, insegna Diritto amministrativo nella Facoltà di Giurisprudenza della Università di Cagliari e successivamente Istituzioni di diritto pubblico nell'Istituto superiore di Scienze economiche e commerciali dell'Università di Venezia. Conseguito l'ordinariato nel 1937, è chiamato nel 1939 a ricoprire la cattedra di Diritto costituzionale nella Facoltà di Giurisprudenza della Università di Milano, succedendo a Santi Romano e a Giuseppe Menotti De Francesco.

Dopo l'attività svolta in Assemblea costituente e l'impegno politico nella I e II Legislatura (deputato nella I e nella II Legislatura, Sottosegretario al Ministero di Grazia e Giustizia nel VI e nel VII Governo De Gasperi e Ministro della Pubblica Istruzione nel I Governo Fanfani), nel gennaio 1962 è chiamato nella Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Roma. Nella Relazione, redatta da Riccardo Monaco per la chiamata, si sottolinea con riferimento alle opere lo spessore del-

\* Sapienza Università di Roma.

la speculazione scientifica, lo scrupolo della ricerca, l'approfondimento dei problemi del diritto pubblico generale, la padronanza del diritto costituzionale e del diritto amministrativo. Tosato insegna prima Diritto costituzionale italiano e comparato e poi Istituzioni di Diritto pubblico, caratterizzandosi per la chiarezza e la lucidità delle lezioni e per la disponibilità al dialogo con gli studenti, sempre pronto ad ascoltare e a dare consigli.

In particolare rammento le sue lezioni interessantissime sulle Costituzioni straniere e quelle altrettanto magistrali sui temi fondamentali del diritto e dello Stato, temi a lui molto cari. Non posso poi non ricordare il periodo in cui mi seguì nell'elaborazione della tesi di laurea: sempre disponibile, prodigo di consigli e di suggerimenti, pronto a rassicurarmi e ad incoraggiarmi.

Molto apprezzato dai suoi colleghi, Tosato è eletto prima Direttore dell'Istituto di studi giuridici, svolgendo il suo impegno con una attenzione costante all'arricchimento della biblioteca così da farne un luogo privilegiato per l'attività di ricerca, e poi Preside della Facoltà di Scienze Politiche, distinguendosi per le sue doti di grande equilibrio.

Prova del ricordo da lui lasciato ai docenti della Facoltà di Scienze politiche sono la Raccolta di Scritti in suo onore (*Scritti in onore di Egidio Tosato*, voll. I-III, Milano, Giuffrè, 1984) e le Giornate di studio svoltesi a Roma il 22 e 23 giugno 1990, presso la sala del Cenacolo della Camera dei Deputati, a cui partecipò anche il Presidente della Repubblica Francesco Cossiga (v. *Egidio Tosato costituzionalista e costituente*, a cura di M. Galizia, Milano, Giuffrè, 2010).

## § 2. – *Scritti degli anni '30*

Nelle sue opere Tosato ha sempre usato un metodo rigorosamente scientifico e uno stile limpido, scegliendo anche temi "scottanti". Egli rileva queste sue qualità già nel primo lavoro *Le leggi di delegazione* (Padova, 1931), in cui si occupa di un problema cruciale degli anni '30, quello del rafforzamento dell'Esecutivo in uno degli aspetti più preoccupanti: «il fenomeno di evasione della funzione legislativa dal potere legislativo verso il potere esecutivo»<sup>1</sup>. Egli ribadisce con forza le ragioni dello Stato di diritto ed è a favore di una interpretazione restrittiva dell'istituto della delegazione legislativa contro le inclinazioni antiparlamentaristiche della cultura fascista.

Importanti sono anche altri lavori pubblicati in quegli anni, quali, nell'ordine, i saggi *La Cittadinanza delle persone giuridiche* e *I crite-*

<sup>1</sup> E. TOSATO, *Le leggi di delegazione*, Padova, Cedam, 1931, 1.

Il rigore metodologico, l'originalità delle costruzioni, le capacità speculative e la fine sensibilità per i problemi istituzionali collocano Egidio Tosato in una posizione di primo piano tra i giuspubblicisti del secondo dopoguerra. I suoi studi costituiscono un patrimonio prezioso per la scienza del diritto pubblico.

Anche la sua attività di costituente è degna di attenta considerazione: i suoi interventi, le sue proposte rivestono una estrema attualità e costituiscono un prezioso ausilio nella riflessione sulle soluzioni adeguate per i problemi attinenti all'organizzazione della suprema direzione politica<sup>19</sup>.

In conclusione, con Leopoldo Elia possiamo ripetere che ci sentiamo contemporanei di Egidio Tosato<sup>20</sup>.

### *Abstract*

Egidio Tosato was one of the greatest Italian public law scholars of the twentieth century. The essay highlights the main features of Tosato's scientific work and of Tosato's activity in Italian Constituent Assembly. The author underlines that Tosato's heritage is still current in the light of the difficulty of our institutions.

---

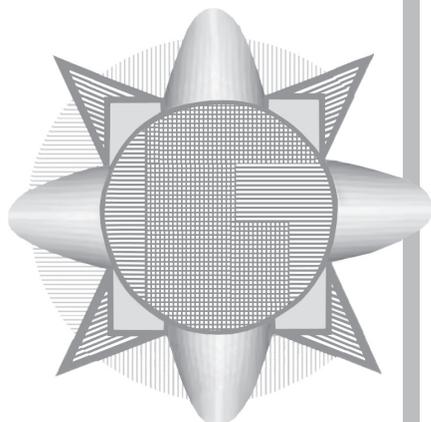
<sup>19</sup> Sull'attualità di Tosato v. le considerazioni di E. CHELI, *Il contributo di Egidio Tosato alla formazione della Carta repubblicana*, in M. GALIZIA (a cura di), *Egidio Tosato costituzionalista e costituente*, cit., 251 ss.

<sup>20</sup> Così L. ELIA, *Attualità della lezione di Egidio Tosato sulla forma di governo all'Assemblea Costituente*, in M. GALIZIA (a cura di), *Egidio Tosato costituzionalista e costituente*, cit., 70-71.

# NEL CORTILE DEL BANANO

Taccuino di piccole recensioni e schede bibliografiche

---



## Recensioni

---

*Tocqueville, la democrazia e il dispotismo*  
di Paolo Comanducci

---

*Dell'ingiustizia discorsiva*  
di Claudio Luzzati

---

*Non c'è diritto senza fiducia. In difesa di una concezione fiduciaria del diritto*  
di Aldo Schiavello

---

*La nuova frontiera dei diritti: l'identità come affermazione di sé*  
di Luca Vespignani

---

Schede bibliografiche

# Tocqueville, la democrazia e il dispotismo

di Paolo Comanducci\*



**Sommario:** § 1. – Introduzione. § 2. – Il metodo storiografico di Volpi. § 3. Il metodo e lo *status* del discorso politico di Tocqueville. § 4. L'interpretazione di Montesquieu.

**MATTIA VOLPI**, *Il suddito democratico. Libertà e uguaglianza nel pensiero giuridico-politico di Tocqueville*, Modena, Mucchi, 2021, pp. 274.

## § 1. – Introduzione

Una premessa è d'obbligo: confesso di essere ben poco edotto sull'opera di Tocqueville, e quindi di non essere probabilmente in grado di cogliere appieno le novità dell'analisi svolta da Volpi nel suo bel libro<sup>1</sup>. Ma sono convinto che gli specialisti avranno agio di farlo.

Il lavoro che Volpi ha portato a termine, senz'altro notevole e impegnativo, dà prova di un'ottima conoscenza dell'opera di Tocqueville e di un buon maneggio della letteratura su Tocqueville, la cui vastità può giustificare qualche eventuale lacuna. La prosa di Volpi è chiara e generalmente senza fronzoli. Ha affermato di recente Julián Sauquillo<sup>2</sup>: «Simple, sobrio, medido, armónico, apropiado al tema, [...] son virtudes del Tocqueville escritor y de su escritura». Lo stesso, *mutatis mutandis*, potrebbe dirsi della prosa di Volpi.

Segnalo poi l'organicità della trattazione, che è ben organizzata ed equilibrata, ed è riassunta efficacemente nella "Introduzione": il volume si compone di tre mosse e un intermezzo. La prima mossa consiste in un

\* Università degli Studi di Genova.

<sup>1</sup> M. VOLPI, *Il suddito democratico. Libertà e uguaglianza nel pensiero giuridico-politico di Tocqueville*, Modena, Mucchi, 2021. Cfr. anche M. VOLPI, *Il realismo politico di Alexis de Tocqueville*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 51, n. 1/2021, 75-97.

<sup>2</sup> J. SAUQUILLO, *Una ciudadanía nobiliaria frente al estado de igualdad: el momento Tocqueville*, in *Diacronía. Revista de historia della filosofia del diritto*, n. 2/2019, 143-184, 161.

inquadramento generale del pensiero politico di Tocqueville. L'intermezzo è una ricognizione dei rapporti di Tocqueville con autori che hanno avuto influenza nella sua formazione filosofica. La seconda mossa realizza una ricostruzione dei due possibili esiti alternativi del trionfo dell'eguaglianza di condizioni tra i cittadini, la democrazia o il dispotismo. La terza mossa è volta a mostrare come in realtà per Tocqueville l'esito fosse uno solo, e consistesse nella compresenza di democrazia e dispotismo, sotto la forma di uno Stato tutore e di un suddito (e non solo cittadino) democratico.

La tesi interpretativa forte di Volpi è che «Tocqueville è il primo autore ad annunciare che la democrazia, in virtù della propria struttura, produrrebbe gli strumenti della propria negazione e, quindi, che il dispotismo non sarebbe un mostro estraneo da respingere con gli arnesi della civiltà giuridica illuministica, ma il doppio inseparabile di ogni regime democratico, anche di quello che sembrerebbe essere più saldamente legato alla libertà politica»<sup>3</sup>.

Concordo con l'ipotesi di partenza di Volpi: «Il tema che forma l'oggetto di questo lavoro è il rapporto tra uguaglianza e libertà nel pensiero di Tocqueville»<sup>4</sup>, sono le prime parole della "Introduzione". Lo stesso tema di Rawls<sup>5</sup>, quindi, e di una parte importante di tutta la filosofia politica moderna. Ma mentre Rawls cerca un equilibrio tra i due valori, dando alla fine una priorità all'uguaglianza, Tocqueville si mostra del tutto favorevole alla libertà e in buona misura contrario all'uguaglianza. Scrive Volpi: «Libertà e uguaglianza, in Tocqueville, non soltanto non rappresentano un felice binomio, ma sono principî antitetici, il cui incontro/scontro si rifletterebbe nella difficile transizione dal mondo del passato aristocratico a quello del futuro interamente democratico»<sup>6</sup>.

Al di là degli apprezzamenti per il gran lavoro ermeneutico svolto da Volpi, vorrei ora presentare alcune osservazioni critiche sul libro, selezionando soltanto tre macro-temi: il metodo storiografico di Volpi; il metodo e lo *status* del discorso politico di Tocqueville; l'interpretazione di Montesquieu.

## § 2. - *Il metodo storiografico di Volpi*

Il metodo storiografico di Volpi ha come esito un'interpretazione che definirei "coerentista", caritativa e talvolta simpatetica nei confronti degli scritti di Tocqueville. Si tratta senza dubbio di una scelta metodologica ammissibile e dai risultati interessanti, ma forse sarebbe stato opportuno esplicitarla, farla oggetto di giustificazione e metterla a confronto con opzioni ad essa alternative, come, ad esempio, quella di interpretazioni diacroniche volte a evidenziare lo sviluppo, eventualmente contradditto-

<sup>3</sup> M. VOLPI, *Il suddito democratico*, cit., 206.

<sup>4</sup> *Ivi*, 9.

<sup>5</sup> Cfr. J. RAWLS, *A Theory of Justice* (1971), trad. it. di U. Santini, *Una teoria della giustizia*, a cura di S. Maffettone, Milano, Feltrinelli, 1982.

<sup>6</sup> M. VOLPI, *Il suddito democratico*, cit., 9.

ria, proprio a causa del suo relativismo: un tecnologo della politica, come potremmo definirlo con terminologia moderna, difficilmente potrebbe abbracciare una filosofia della storia, «per la contraddizione che nol consente». Il relativismo di Montesquieu, come ha ben mostrato Althusser, si evidenzia anche nel rapporto dialettico che egli istituisce tra spirito di un popolo, costumi, forma di governo e legislazione: l'idea di *feedback*, o, se si preferisce, la metafora della spirale, dà conto delle relazioni tra questi elementi che determinano la storia delle nazioni. C'è forse in Montesquieu un "determinante in ultima istanza", variamente individuato nello spirito o nei costumi di un popolo, ma, contrariamente a quanto pare asserire Volpi<sup>28</sup>, anche le leggi possono influenzare lo spirito e i costumi, e di conseguenza la forma di governo.

Quanto alle preferenze politiche di Montesquieu – non molto diverse, queste sì, da quelle di Tocqueville –, sarei più radicale rispetto a Volpi allorché evidenzia le simpatie del barone verso la monarchia, ma aggiunge di ritenere che Montesquieu, «a differenza di molti altri pensatori illuministi (su tutti Voltaire), attribuisca un grande valore a esperienze politiche di segno opposto: il repubblicanesimo democratico fondato sulla virtù del popolo, quel sistema di governo ben esemplificato dalle piccole città antiche, che nell'età moderna sarebbe diventato impossibile, innanzitutto, per la maggiore estensione degli stati nazionali»<sup>29</sup>. "Impossibile", appunto. Montesquieu, come tanti altri filosofi politici nel Settecento, è solito lodare le virtù e le forme di governo repubblicane dell'antichità, ma nella convinzione che si tratti di modelli del passato, privi di qualunque potenzialità attuativa nel presente. E quindi, da un punto di vista pratico-operativo, l'unica ideologia, che Montesquieu professa e propaganda presso i suoi contemporanei, è quella favorevole alla monarchia nella sua versione di stato moderato.

In conclusione, mi preme ribadire la mia scarsa conoscenza dell'opera di Tocqueville, che potrebbe spiegare – anche se, certo, non giustificare – molte delle osservazioni critiche che ho appena svolte. Resta comunque indubitabile il fatto che la monografia di Volpi abbia contribuito in modo rilevante ad arricchire la conoscenza e il dibattito contemporaneo sull'opera di Tocqueville. E di questo non si può che essergli grati.

### *Abstract*

The author shortly presents the contents of Volpi's important book on Tocqueville's political thought, and particularly on the asserted inescapable link between democracy and despotism. He then realizes some critical observations on three themes: Volpi's historiographical method; the method and status of Tocqueville's political discourse; the interpretation of Montesquieu.

<sup>28</sup> *Ivi*, 127.

<sup>29</sup> *Ivi*, 118.

# *Dell'ingiustizia discorsiva*

di Claudio Luzzati\*



**Sommario:** § 1. – Entrando in argomento. § 2. – Fare cose con le parole. § 3. – Come il linguaggio può rinforzare le asimmetrie sociali. § 4. – Le orecchie di Karenin.

CLAUDIA BIANCHI, *Hate speech. Il lato oscuro del linguaggio*, Bari-Roma, Laterza, 2021, pp. 122.

## § 1. – *Entrando in argomento*

Premetto che Claudia Bianchi insegna filosofia del linguaggio presso la facoltà di filosofia della Università Vita-Salute San Raffaele di Milano. L'autrice si muove nell'ambito della filosofia analitica e si è interessata soprattutto a temi riguardanti la pragmatica e la filosofia del linguaggio femminista. Non è dunque da meravigliarsi che si trovino numerose sovrapposizioni fra i suoi campi d'indagine e quelli in cui operano i filosofi del diritto che, come me, si occupano di teoria dell'interpretazione, di legislazione e di comunicazione istituzionale.

Il libro qui in esame reca un titolo che potrebbe trarre in inganno. Si è facilmente indotti a pensare che si tratti di uno dei numerosi saggi sul fenomeno dello *hate speech* che si riversa in rete attraverso i *social media*. Per fortuna, il titolo tradisce i contenuti che, peraltro, sono altamente apprezzabili. Tanto più che, anziché parlare di situazioni-limite, di un'aggressività fuori controllo, che sopravanza il pacato ragionamento, e di gruppi minoritari, come per esempio i neo-nazisti, i no vax, i negazionisti, i terrapiattisti ecc., il libro parla di qualcosa di ancor più insidioso, per quanto sorprendente ciò possa essere: della nostra costruzione della normalità. Come emerge bene da questo volume, il senso della normalità ha una portata fortemente normativa, passa attraverso usi linguistici e atti

---

\* Università degli Studi di Milano.

performativi e si rinnova di continuo in un dialogo-scontro ininterrotto. E soprattutto, pur dovendo esser rassicurante, rivela aspetti inquietanti, un lato oscuro per l'appunto.

Infatti, secondo il libro, «le espressioni d'odio sono strumenti con cui credenze, atteggiamenti e comportamenti discriminatori vengono presentati come diffusi, normali o razionali» (10).

Dunque, Bianchi espone un fenomeno generale che va ben oltre l'informatica e la rete.

D'altra parte, in questo volume l'argomento dei discorsi d'odio si combina fruttuosamente con le rivendicazioni femministe. Assai significativo è il prologo del primo capitolo, dove ci si sofferma sulla proposta di matrimonio che Elizabeth Bennett, l'eroina di *Orgoglio e pregiudizio* di Jane Austen, riceve dall'orribile cugino, il sig. Collins. *Apparentemente*, nessuno viene insultato. In realtà non è così, perché la protagonista si trova a esser destinataria di una proposta insistita che «ha ben poco di amoroso» (15). Al netto rifiuto di Elizabeth, il cugino, non ritenendosi minimamente scoraggiato, replica: «So bene e non da ora [...] che tra le signorine si usa respingere la proposta di un uomo che esse intendono segretamente accettare [...]». Di fronte all'insistenza del pretendente, che ha molto a che vedere con quella *vis* una volta - e forse ancor oggi - ritenuta da molti *grata puellae*, Elizabeth non sa come spiegare che il suo rifiuto è un rifiuto vero, non una finzione propria delle donne eleganti (a detta del cugino) per tenere il pretendente in sospeso, accrescendone il desiderio. Ella sbotta: «Insomma, sig. Collins [...] mi mettete in enorme imbarazzo. Se ciò che ho detto finora può apparirvi una forma di incoraggiamento, non so proprio come esprimere il mio rifiuto in un modo che possa convincervi che proprio di questo si tratta» (16).

Al passo di Jane Austen commentato sopra si somma un analogo brano preso dal *Tom Jones* di Harry Fielding (43) cui, se si vuole, si può aggiungere anche il brano di *Guerra e pace* in cui le parti si rovesciano: mentre in *Orgoglio e pregiudizio* Elizabeth non riusciva a respingere una proposta di matrimonio sgradita, qui Pierre Bezuchov si ritrova ad aver chiesto la mano della bella Hélène senza accorgersene (136-137). Questi passi non solo sono godibili sul piano letterario, ma illustrano anche l'idea centrale dell'autrice, la quale inquadra i casi accennati sopra come ipotesi in cui un soggetto debole non riesce a compiere l'atto linguistico che avrebbe voluto compiere.

## § 2. - *Fare cose con le parole*

Qui, però, occorre fare un passo indietro.

Claudia Bianchi utilizza quale teoria di riferimento quella che si ricava dall'opera più nota di John Langshaw Austin, *How to do Things with Words*, Oxford, Oxford University Press, 1962, dove si evidenzia la dimensione "performativa" (dall'ingl. *to perform*: compiere, eseguire) che per-

cosa di buffo e di deforme. «Ah, Dio mio! Perché gli son venuti gli orecchi così?» (trad. di Leone Ginzburg, V ediz., Torino, Einaudi, 1956, 111). *Gli son venuti*, dice. Com'è possibile? Il motivo, del resto, si ripete nel seguito. Sulle orecchie di Karenin ho riflettuto a lungo. Tralasciamo pure il fatto che Anna (a differenza della sua interprete cinematografica del 2012, Keira Knightley) sia una donna grassoccia, seppure dal bel portamento, come rileva Nabokov nelle sue *Lezioni di letteratura russa* (Milano, Garzanti, 1994). Nel romanzo si nota chiaramente che Vronskij, l'amante di Anna, non è un giovanotto tutto riccioli, come appare nelle rappresentazioni filmiche, ma sta diventando calvo. Qui entrano in gioco diverse convenzioni di bellezza, così come vi sono molteplici stereotipi in materia di accettabilità sociale e di rispettabilità. Riusciamo a uscirne? Dopo tutto, c'è una grandissima arbitrarietà in ciò che ci piace e che non ci piace, tanto esteticamente quanto moralmente. Come, appunto, le orecchie di una persona. Ci vuole un grande scrittore, anche se tormentato dal suo moralismo, come Tolstoj, per farcelo notare. In fondo neppure noi riusciamo ad evadere dalla rete delle nostre simpatie e antipatie, sia pure nel rispetto identitario. Sì, forse ci riusciamo, costruendo stereotipi alternativi con i nostri atti linguistici, o, più raramente, riconoscendo la complessità della nostra, e altrui, esistenza quotidiana.

Credo comunque che Claudia Bianchi, imbastendo il suo discorso sugli aspetti illocutivi – e quindi convenzionali, collettivi e simbolici – del nostro pensiero ci faccia fare un importante passo in avanti.

### *Abstract*

This paper is the review of an excellent book about the hate speech and the dark side of language which takes into account John Langshaw Austin's works, especially *How to do Things with Words*. The main idea of the book is that we do not have to look only at perlocutionary effects of an utterance; by converse it must be stressed also illocutionary force of speech acts. Furthermore, in the reviewed work the treatment of the issues of gender theory is of great interest.

# *Non c'è diritto senza fiducia*

*In difesa di una concezione fiduciaria del diritto*

di Aldo Schiavello\*



**Sommario:** § 1. – Premessa. § 2. – Una questione di metodo. § 3. – Obbligo morale *vs.* obbligo giuridico? § 4. – Regole e principi: una interpretazione alternativa. § 5. – Per concludere: qualche parola in difesa del modello sfiduciario.

*Cercavi giustizia ma trovasti la legge*

FRANCESCO DE GREGORI, *Il bandito e il campione*

TOMMASO GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2021, pp. XVI+170.

## § 1. – Premessa

*La legge della fiducia* di Tommaso Greco è senza alcun dubbio il libro italiano di filosofia del diritto che, in questi ultimi tempi, ha avuto maggior successo dentro e fuori gli ambiti della disciplina. È un libro che affronta la questione giusfilosofica *par excellence* – che cos'è il diritto? – in modo al tempo stesso lieve e profondo. Se volessimo distinguere gli autori di scritti filosofici (ma anche giuridici) tra quelli che anelano all'esoterismo e coloro che aspirano a qualcosa in più dei venticinque lettori di manzoniana memoria, dovremmo senz'altro inserire Greco in questa seconda categoria. Non si tratta soltanto del fatto che *La legge della fiducia* sia stato scritto in un particolare stato di grazia, cosa che rende la lettura un'esperienza senz'altro piacevole, ma c'è anche una evidente scelta metodologica che impegna l'autore a compiere lo sforzo di poter raggiungere quanti più lettori possibile. Il diritto non è una tecnica per iniziati ma una pratica sociale che coinvolge, a diverso titolo, tutti. Di conseguenza, una riflessione sul-

---

\* Università degli Studi di Palermo.

la natura del diritto interessa potenzialmente tutti; e tutti devono essere messi nella condizione di comprenderla. Questa prospettiva metodologica presuppone una certa concezione del diritto che è giunto il momento di esplicitare.

Greco distingue due modelli di diritto. Il primo, egemone nel pensiero moderno, considera il diritto come uno strumento per fronteggiare l'atavica sfiducia tra gli esseri umani. È il modello hobbesiano e machiavelliano, per intenderci. Secondo questo modello, una comunità di angeli non ha bisogno del diritto.

Il secondo modello, di ascendenza aristotelica, considera l'amicizia come un fondamento imprescindibile per l'esistenza di una comunità di eguali come la *πόλις* e, di conseguenza, ritiene che anche il diritto e la giustizia siano fondati sulla amicizia. Da qui l'idea che l'esistenza del diritto presuppone che vi sia (una certa) fiducia tra i consociati. In base a questo modello neanche gli angeli potrebbero regolare la loro vita in comune prescindendo dal diritto. C'è di più. Il modello fiduciario non si limita a porre l'accento sulle "virtù cooperative" degli esseri umani ma produce un circolo virtuoso il cui esito è un innalzamento del livello di fiducia reciproca all'interno di una comunità o di un gruppo di individui. Per dirla con uno slogan: la fiducia genera fiducia<sup>1</sup>. Un esempio proposto da Greco chiarisce bene questo punto. In Val Venosta ci sono dei baracchini lungo le passeggiate dove è possibile prendere dei succhi di mela «da pagare liberamente e fiduciarmente nella cassa senza custode»; questo atteggiamento di grande fiducia e apertura nei confronti delle persone induce queste ultime a essere all'altezza dell'investimento fiduciario che è stato fatto nei loro confronti<sup>2</sup>.

Il modello "sfiduciario" mette al centro dell'esperienza giuridica la nozione di 'autorità' e, più in generale, quella di 'potere' e guarda ai rapporti giuridici come a rapporti gerarchici e "verticali"; il modello fiduciario pone invece l'accento sull'intersoggettività e sull'affidamento reciproco e considera il diritto come una pratica sociale prevalentemente costituita da una rete di rapporti "orizzontali". «Con società orizzontale», scrive Greco, «si intende nella maggior parte dei casi, e non sempre con accezione positiva, un tipo di società fondata su rapporti egualitari, privi di mediazione e liberati dal dominio dell'autorità (ad esempio, simbolicamente, di quella paterna), oltretutto sulla condivisione di una cultura sempre meno legata alla tradizione e sempre più condivisa nella fruizione. Anche in riferimento al diritto, la si è intesa sostanzialmente come una società che si libera dalle gerarchie e diventa sempre più egualitaria nel riconoscimento dei diritti»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. F. RIGOTTI, *Il paradigma di una società che non si fida*, in *Il Sole 24 Ore*, 31 ottobre 2021, IX.

<sup>2</sup> T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2021, 160-161.

<sup>3</sup> *Ivi*, 146-147.

Pur avendo fatto la mia professione di fede per il modello fiduciario, desidero concludere con un paio di osservazioni a difesa del modello sfiduciario a margine di quest'ultima citazione di Greco.

La prima osservazione è forse meramente terminologica: se un ordinamento giuridico esprime esclusivamente la legge del più forte, io preferisco dire che si tratti di un 'ordinamento giuridico malvagio' piuttosto che concludere che non sia un 'ordinamento giuridico'. Si tratta di una concessione al realismo, che non produce peraltro alcuna conseguenza pratica circa l'obbligo di ciascun individuo di obbedire ma che svela le mie origini giuspositivistiche.

La seconda è che l'obiettivo di approcci come quello di Trasimaco e, più in generale, del modello sfiduciario, è quello di ingenerare il sospetto che la realtà sia diversa da come appare. Il merito della tesi di Trasimaco è quello di mostrare la differenza tra un'apparenza e la realtà. L'apparenza è che ogni proposta di giustizia è universale e, dunque, vale per tutti coloro che ricadono nel suo ambito di applicazione; la realtà è che la giustizia riguarda soltanto i più forti e la tutela del loro utile. Come sostiene in modo convincente, tra gli altri, Alfonso Iacono, l'aspetto più interessante della tesi di Trasimaco non è la "realtà", vera o presunta, che essa ci comunica, ma l'aver avanzato il sospetto che quel che appare non corrisponde necessariamente a ciò che è<sup>27</sup>. Insomma, il modello sfiduciario ci aiuta a mantenere un atteggiamento vigile e circospetto nei confronti del potere e, per usare le parole di Fabrizio De André, ci tutela dalla ginnastica d'obbedienza e dalla illusione che esistano poteri (del tutto) buoni.

### *Abstract*

The author critically discusses some main points of Tommaso Greco's book *La legge della fiducia*. Greco distinguishes two models of law – the fiduciary model and the anti-fiduciary one – and supports the first model with good arguments. This review, while endorsing Greco's conclusions, emphasizes some reason for perplexity and claims that the anti-fiduciary model of law helps to maintain a critical attitude towards the law.

<sup>27</sup> A. IACONO, *La giustizia di Trasimaco e i filosofi del sospetto*, in *Ragion pratica*, n. 20/2003, 167-185.

# *La nuova frontiera dei diritti: l'identità come affermazione di sé*

di Luca Vespignani\*



**Sommario:** § 1. - Dal ruolo sociale ai diritti della persona. § 2. - Una storia di discriminazioni. § 3. - Il codice civile e i “nuovi” diritti della Costituzione repubblicana. § 4. - Il cammino dell’eguaglianza nelle differenze. § 5. - Alcune questioni aperte.

**GUIDO ALPA**, *Il diritto di essere se stessi*, Milano, La nave di Teseo, 2021, pp. 333.

## § 1. - *Dal ruolo sociale ai diritti della persona*

Per ricostruire il percorso intellettuale del libro conviene partire dalla fine, e cioè dall’ultima frase, dove l’Autore afferma che «l’identità non è né una fotografia né un punto di arrivo: l’identità è uno strumento che di volta in volta può assolvere ad una funzione liberatoria o persecutoria. E il livello di civiltà di una società è dato dalla misura con cui è in grado di assicurare a ciascuno il *diritto di essere se stessi*»<sup>1</sup>. Si esprime così in forma icastica e sintetica quella che può essere considerata la chiave di lettura di una riflessione condotta in un orizzonte largo ma sempre attraverso le lenti del diritto, visto nella sua dimensione precettiva in modo da distinguerglo da altre scienze sociali orientate invece a cogliere la realtà dei fatti.

Il primo tratto dell’indagine è una ricostruzione degli sviluppi del concetto di ‘persona’ nel corso del tempo. Più nello specifico, si osserva che nel diritto romano esso è correlato ad una determinata posizione sociale, «di padre di famiglia, di donna coniugata, di donna nubile, di figlio maggiorenne, di figlio minore, di schiavo, di liberto cioè schiavo liberato, di cittadino, di straniero, e così via»<sup>2</sup>, con un’impostazione che si protrae per tutto Medioevo e arriva fino all’*Ancien Régime* ponendosi qua-

\* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

<sup>1</sup> *Il diritto di essere se stessi*, 298. Nelle note successive indicherò il volume oggetto di questa scritto con l’abbreviazione DES.

<sup>2</sup> DES, 12.

le veicolo dei privilegi associati ai vari *status*. Ed anche quando, dopo la Rivoluzione francese, il quadro cambia in virtù del riconoscimento generalizzato dei c.d. "diritti dell'uomo", il privilegio si ripropone sotto nuove forme, in primo luogo sulla scorta della centralità assunta dal diritto di proprietà che, pur essendo astrattamente garantito a chiunque, «differenzia gli individui al punto da divenire uno dei requisiti previsti per esercitare il diritto di voto»<sup>3</sup>.

Il passaggio decisivo si ha solo con l'approvazione delle Carte costituzionali del Novecento, nelle quali la sfera individuale viene sottratta alla discrezionalità del legislatore e tutelata direttamente al livello superprimario della gerarchia delle fonti normative. Con la conseguenza che, «in questo contesto, "persona" non ha il significato usato dai Romani, acquista un significato più pregnante. Per questa ragione si dice usualmente che con le costituzioni del secondo Dopoguerra *l'individuo diventa persona*, non è più un concetto astratto, ma un uomo o una donna in carne ed ossa, con i suoi bisogni, le sue aspirazioni, con la sua dignità e i suoi diritti *inviolabili*»<sup>4</sup>. In altre parole, mentre in precedenza l'idea in questione era uno strumento per distinguere e valorizzare alcuni soggetti, ora diviene un fattore di eguaglianza, nella misura in cui «il ruolo del diritto è cambiato, non consistendo più nel consolidare le differenze per proteggere i privilegiati [...], ma piuttosto nel garantire i diritti inviolabili (umani o fondamentali) a tutti, e riconoscere la loro identità»<sup>5</sup>.

In una simile prospettiva, «l'identità non è più costruita nel passato di ciascun uomo, ma guarda il presente e il futuro, e diventa una *scelta* e un'*opportunità*»<sup>6</sup>, essendo oggetto, a sua volta, di un diritto alla piena realizzazione ed esplicazione del proprio modo di essere. Per cui il problema è quello di scardinare le discriminazioni, che «riguardano sia l'individuo singolo sia l'individuo quale appartenente ad una comunità; ma la discriminazione individuale può riguardare anche l'individuo all'interno della sua stessa comunità»<sup>7</sup>, tenuto pure conto che i vari criteri discretivi tendono a combinarsi tra loro, sicché, ad esempio, «il sesso è sempre combinato con un altro criterio: con la "razza", il colore della pelle, l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, e così via»<sup>8</sup>.

Nella direzione indicata, il principale elemento dal quale passa il cambiamento è rappresentato dalla valorizzazione e dalla tutela delle situazioni giuridiche fondamentali. Si tratta di un fenomeno che ha conosciuto una lunga evoluzione, tenuto conto che «la parabola dei diritti attraversa l'Ottocento e si sviluppa insieme con il culto del diritto di proprietà, legittima il colonialismo, che ricorre, per un certo indirizzo, alle mede-

<sup>3</sup> DES, 14.

<sup>4</sup> DES, 15.

<sup>5</sup> *Ibidem.*

<sup>6</sup> *Ibidem.*

<sup>7</sup> DES, 25.

<sup>8</sup> *Ibidem.*

*Abstract*

The paper reviews Guido Alpa's essay *The Right to be oneself*. The starting point of the book is a reconstruction of the evolution of the notion of person, from Roman law to the current conception, in which it becomes, especially after the introduction of the Constitutions of the second half of the twentieth century, the basis for the recognition of a series of subjective legal situations traceable to the value of dignity. After that, on this basis, an analysis is made of the main causes of discrimination historically evidenced and the policies put in place to overcome them. In closing, a number of problematic issues related to the proliferation of rights are highlighted, particularly with regard to the progressive shift in the institutional arrangement in favor of judicial power, which is entrusted with their protection even at the expense of parliaments as the seats of popular representation.