

Tre problemi di teoria del bilanciamento

di Pierluigi Chiassoni*



Sommario: § 1. – Tre problemi. § 2. – Primo problema: se il bilanciamento sia interpretazione. § 2.1. – Una questione non oziosa. § 2.2. – ‘Interpretazione’. § 2.3. – ‘Bilanciamento’. § 2.3.1. – Bilanciamento-tecnica. § 2.3.2. – Bilanciamento-principio. § 2.3.3. – Bilanciamento-attività. § 2.3.4. – Bilanciamento-prodotto. § 2.4. – Interpretazione e bilanciamento. § 2.4.1. – Bilanciamento-attività e interpretazione. § 2.4.2. – Bilanciamento-principio e interpretazione. § 2.4.3. – Bilanciamento-prodotto (in senso stretto) e interpretazione. § 3. – Secondo problema: se il bilanciamento sia, o possa essere, razionale. § 4. – Terzo problema: se il bilanciamento sia dispensabile.

§ 1. – Tre problemi

Mi occuperò – è bene avvertire, in modo alquanto sommario – di tre problemi di teoria del bilanciamento.

Il primo problema attiene al rapporto tra bilanciamento giudiziale e interpretazione. Concerne – come si usa dire – la “natura” del bilanciamento. Consiste nel chiedersi *se il bilanciamento sia, o non sia, interpretazione; se esso abbia, o non abbia, carattere “interpretativo”*.

Il secondo problema attiene alla razionalità del bilanciamento. Consiste nel chiedersi *se il bilanciamento sia, o possa essere, razionale; in particolare, se, e quali, condizioni è necessario siano soddisfatte affinché esso sia conforme a ragione (non irrazionale, razionalmente giustificabile)*.

Il terzo problema attiene, infine, all’evitabilità o dispensabilità del bilanciamento. Consiste nel chiedersi *se il bilanciamento sia, o non sia, dispensabile; in particolare, se, nell’applicare la costituzione di uno stato costituzionale, sia possibile per i giudici fare a meno del bilanciamento, ricorrendo a modi diversi e alternativi di risolvere i conflitti tra principi, diritti o interessi di rango costituzionale*.

* Università degli Studi di Genova.

Relazione per le giornate di studio “L’interpretazione giuridica: dal monolitismo codicistico all’attuale dedalo delle fonti”, Scuola Superiore della Magistratura, Villa Castelpulci, Scandicci, 15 giugno 2018. Desidero ringraziare vivamente i due *referees* anonimi ai quali questo lavoro è stato sottoposto per i commenti e le critiche che hanno avuto la generosità di formulare. Di essi terrò senz’altro conto in una prossima versione.

Il primo e il terzo problema attengono al bilanciamento giudiziale. Il secondo problema attiene più precisamente, come vedremo, alla razionalità del controllo giudiziale – ad esempio, da parte di una corte costituzionale – sul bilanciamento di principi diritti e interessi costituzionalmente protetti operati dal legislatore ordinario nell'adottare disposizioni atte a realizzare una certa misura legislativa. Attiene, in altri termini, alla razionalità del *meta-bilanciamento* giudiziale¹. Parlo di *meta-bilanciamento* poiché verte su di un bilanciamento, il (presunto) bilanciamento legislativo concernente la misura adottata, e, al fine di valutarne la correttezza costituzionale, si fa esso stesso bilanciamento, ripercorrendone le tappe (le valutazioni) ritenute salienti. Il bilanciamento legislativo è costituzionalmente corretto se, e solo se, il suo risultato (la misura legislativa) coincide con il risultato al quale perviene il meta-bilanciamento giudiziale: la misura è così come deve, o può, essere *secundum constitutionem*.

§ 2. – Primo problema: se il bilanciamento sia interpretazione

§ 2.1. – Una questione non oziosa

Nella cultura giuridica italiana attuale, il rapporto tra interpretazione e bilanciamento è controverso.

Andrea Morrone, ad esempio, nella voce *Bilanciamento* scritta per il *Digesto. IV Edizione*, afferma: «un [...] nodo problematico è se il bilanciamento sia interpretazione»².

Così impostato il problema (*Se il bilanciamento sia, oppure non sia, interpretazione*), Morrone identifica due soluzioni contraddittorie: la prima è negativa (il bilanciamento *non* è interpretazione), la seconda è affermativa (il bilanciamento è interpretazione).

La soluzione negativa – sostiene Morrone – è motivata dall'obiettivo, di politica del diritto («prescrittivo»), di «falsificare ogni pretesa di fondamento scientifico al bilanciamento»³. Sul piano della giustificazione, la soluzione negativa si fonda su di un'argomentazione così articolata:

1. L'interpretazione costituzionale è come l'interpretazione di un qualunque altro documento normativo (negazione della specificità dell'interpretazione costituzionale);

¹ Cfr. P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, il Mulino, 2007, 163, 164-166.

² A. MORRONE, *Bilanciamento*, in *Digesto. IV Edizione*, Torino, UTET, 2008, 23.

³ *Ibidem*.

2. Sia che bilanci, sia che proceda mediante interpretazione e specificazione, il giudice esercita discrezionalità: vuoi nello stabilire il peso delle variabili, qualora adotti la via del bilanciamento, vuoi nello stabilire le condizioni di applicazione dei principi e nel qualificare i fatti, qualora adotti la via dello specificazionismo.

3. Non si può escludere che, da un punto di vista psicologico, un ragionamento giuridico di tipo specificazionista celi considerazioni informate al principio risolutivo di bilanciamento.

4. Data l'equipollenza rispetto ai risultati, la differenza tra la via del bilanciamento e la via dello specificazionismo sembra essere una differenza che si situa sul piano, retorico, dello "stile argomentativo".

5. Se le cose stanno così, le ragioni per scegliere una via piuttosto che l'altra sembrano avere a che fare con considerazioni di carattere non metodologico. Per i fautori del bilanciamento, il bilanciamento è assoggettabile a controlli razionali che invece appaiono illusori rispetto a un approccio interpretativo e specificazionista. Per i fautori dello specificazionismo, il bilanciamento evoca l'idea di diritti (tendenzialmente) flessibili, laddove l'interpretazione evoca l'idea di diritti (tendenzialmente) certi e stabili. La scelta sembra dipendere, dunque, da considerazioni d'ordine squisitamente ideologico.

Abstract

The paper purports to provide a tentative analysis of three problems in the theory of balancing. The first problem is about whether balancing is, or is not, interpretation. After analysing the two key terms ("interpretation" and "balancing") of the problem, and laying down an articulated terminological and conceptual apparatus, the paper suggests a nuanced answer to be required. The second problem concerns the rationality of judicial control over legislative balancing (judicial meta-balancing). The paper suggests that the criteria endorsed in the present Italian practice of constitutional adjudication make an incomplete set of poorly defined items, and offers some hints on how to improve them. The third, and last problem, asks whether balancing can be avoided at all in constitutional adjudication. The paper comes to a positive answer, suggesting the choice between balancing and an interpretive, specificacionist approach to depend, ultimately, on ideological allegiance.

Dissenting opinions: short philosophical considerations

di Mario Jori*



Sommario: § 1. – Defining the problem. § 2. – The interested parties. § 3. – Longish Philosophical Interlude. § 4. – Central and fundamental problems of legal theory. § 5. – The myth of a legal science. § 6. – Discretionary interpretations. § 7. – Conclusions.

§ 1. – *Defining the problem*

We are discussing of dissenting opinions as a legal institution, which is not too difficult to define. To have it, we need a court made up of more than one judge and an official public formulation of its decision. This means an official text spelling out the decision and the legal reasons that justify it, approved by the majority of the justices of the court. The members of the court who do not share such majority opinion must be able to add their dissenting arguments or minority opinions to the same officially sanctioned public document. The document is registered and preserved in a fixed text according to legal rules and procedures purporting to guarantee its origin with the persons having the relevant authority, in our case the justices involved¹. To record the official reasons that support a judiciary decision is obviously important: they are fundamental when an appeal is brought against the decision and for establishing a precedent or modifying it in the future. There are also *concurrent* opinions and *separate* opinions when judges of the minority concur with the decision on different legal grounds.

* Università degli Studi di Milano.

¹ Such techniques produce *canonical* texts, fixed and of guaranteed origin. The expression is borrowed from religion where it refers to sacred texts. Of course this does not mean that legal texts are held as sacred. This kind of fixed text is quite common in law, it is for instance used for all legislation. Jurists sometimes forget that not all texts are necessarily like this. To see the difference it is sufficient to check if a text can be fully substituted by its paraphrases. Obviously this technique fixes the words but does not fix the meanings, as we shall say below and as the history of religions attests all too well.

In this context we do not deal with the judges *private* dissenting opinions, with moral or cognitive dissent from particular laws or even partial and radical dissent from the common opinions of fellow judges. Nor do we deal here with the variegated opinions of the public, including legal scholar such as university professors. It is obvious that heterodox judges exist in all societies, outside the institution of dissenting opinion. Even more so dissenting jurists. Anyway, official dissenting opinions are still opinions about the law, not against or outside it, even if this distinction is not always easy to make, as we shall see. An obvious argument against the official registering of dissenting opinions, often heard, is the desire not to give distinction to heterodox judges. An opposite argument is that such opinions are somehow moderated by having to be registered and written in proper form and thus are encouraged to come to terms with the majority consensus. All such arguments are obviously of uncertain weight and depend heavily on each situation.

In a legal system which recognizes individual rights, all private thoughts and beliefs about the law, even by magistrates, are supposed to be private and a matter of freedom of thought and speech. However, judges do swear allegiance to the law, even in a modern constitutional state, and the quality and quantity of such allegiance is extremely relevant to the actual functioning of the law, as I shall attempt to show. Therefore even their private opinions are not wholly private and many judges recognize this by practicing extreme restraint in manifesting them. Such as at our meeting, for instance.

I think it can be granted that philosophers and professors are not so bound. For them, caution in manifesting even extreme opinions is not a professional virtue, apart from their philosophical duty of checking all conclusions against common sense, a caution which they neglect at their own peril.

§ 2. – *The interested parties*

How can a legal philosopher contribute to a discussion on dissenting opinion? In fact, in our country, the question is normally studied by scholars and experts of the more immediately interested legal disciplines. The experts are the scholars of constitutional law, comparative law and legal historians such as those who grace our meeting. As to the field experts, we see here judges of several of the highest courts of Europe and elsewhere, an impressive and representative array indeed. These judges and scholars will also be well equipped to expound and discuss what happens in legal systems where the institution already exists. Of course, the U.S.A. are foremost in our minds, being where

by this Court today keep decreasing. The justices of this court certainly do not mince words in their dissents²². It is essential to their continued prestige and acceptance, in my opinion, that such openly partisan judges be perceived as opinionated but totally independent, which in the States is perhaps assured more by their life tenure than by their selection, that can be very partisan.

However we may fear that the official presence of divergent opinions among judges might contribute to lower their assessment in *our* European countries. That the judges should not take substantial *political* decisions (whatever this means) is supposed to be an essential part of what approval they have. Otherwise the public could ask that they be subjected to the same regimen of elected politicians. Divergent opinions will make obvious that judiciary decisions could be different, and reinforce the suspect that they are therefore arbitrary and political. When the prestige of a Court with the general population is low, when its members are not famous with the general public for being fiercely independent, when they are rather perceived as the expression of the political party which nominated them, then seeing them voting with a majority/minority system in controversial cases could have a bad effects. Such conceivable bad effects should be weighted against the good effect of contrasting the deception implied in issuing apparently monolithic decisions. All this considered, I am still against the most un-democratic principle that the public should be deceived for its own good. A principle which in the old times was celebrated as *arcana imperi*, the very antithesis of democracy.

Abstract

Dissenting opinion means that the justices in the minority of a court can record their dissenting opinions in the same public official document containing the arguments of the majority, which usually accompanies all court judgments. For a legal philosopher this option is connected to the problem of interpretation, namely whether there are right and wrong answers in law, whether jurisprudence can be objective or scientific. A short confrontation with the hard sciences shows that this is an objective that legal interpretation and jurisprudence cannot attain, at least while the language of the law is what it is, common language interspersed with some partly redefined special terms. On the other hand, legal interpretation is not wholly creative, which is fortunate as it would make a mockery of the rule of law. But there is no single right answer to legal questions, just a number of cases which are clearly with-

²² While I am writing this (June 28th 2018) I read B. KIRBY, *Elena Kagan's [a justice of the Supreme Court USA] dissent trashes Supreme Court as "black-robed rulers overriding citizens' choices"*, in www.vox.com/2018/6/27/17510338/supreme-court-kagan-dissent-janus.

in the meaning of a law, a number which are clearly outside and others which have no clear-cut answer and therefore require discretionary choices by the interpreters. Judges are bound to dissent among themselves for the lack of a unique right answer. Also, I maintain in a philosophical detour, law is something ultimately determined by what people believe it to be. The existence of law is the effect of interlocking opinions. First of all, common sense opinion about which is the law in force in a society and secondly expert detailed opinions about the finer aspect of the said law. Opinions and conceptions about the law are thus a central part of the law itself, they are of great importance to the existence of the law, independently from the possible inclusion of judicial precedent among the sources of law. They are powerful agents of stability and change, especially when they are the opinions of experts, jurists and judges. I think that an official recognition of dissent within the courts is a good thing. It helps to clarify how judicial decisions actually work, in part by the exercise of discretionary choices. Giving to minority opinions the dignity of an official registration strongly suggests that they cannot be considered mistakes. They are in fact possible alternative solutions, just held by a minority of judges. A second good effect is that an official registration of the minority reasons will require such reasons to be laid down in an explicit and well-arranged form. This, I think, will clarify not only the reasons of the dissenters but also, by contrast, those of the majority judges. It will also make easier to understand the reasons of the courts future decisions. I am less sure of the possible reactions of the public opinion in the various situations.

La giustizia del diritto secondo il costituzionalismo (inter)nazionale e una domanda apparentemente disorientante

di Tecla Mazzaresse*



Sommario: § 1. – Diritti fondamentali e una domanda disorientante di Gustavo Zagrebelsky. § 2. – La giustizia del diritto come tutela e attuazione dei diritti fondamentali. § 2.1. – Un medesimo fine e un unico principio fondante per la giustizia e per il diritto. § 2.2. – Principio della maggiore tutela dei diritti fondamentali e ridefinizione del rapporto fra giudice e legislatore. § 3. – Giustizia del diritto e decisioni giudiziali fra delegittimazione dei principi del costituzionalismo (inter)nazionale e proliferazione di forme di produzione giuridica. § 4.

– Una risposta già formulata nel 1988.

«Sarebbe [...] segno di realismo se le grandi potenze capissero finalmente che il mondo è accomunato non solo dal mercato globale, ma anche dal carattere globale e indivisibile della sicurezza, della pace, della democrazia e dei diritti umani, e prendessero quindi per prime tali diritti sul serio, se non per ragioni morali o giuridiche, quanto meno nel loro stesso interesse. Per non farci travolgere da un futuro di guerre, di terrorismi e di violenze e non dover tornare a riscoprire i nessi indissolubili tra diritto e pace e tra diritto e ragione all'indomani di nuove catastrofi planetarie. Quando sarà troppo tardi».

L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*

§ 1. – *Diritti fondamentali e una domanda disorientante di Gustavo Zagrebelsky*

Alla fine del 2017, *Diritti per forza*, un libro di Gustavo Zagrebelsky, con toni che riportano alla memoria quelli usati già alla fine degli anni settanta del novecento da esponenti del realismo politico¹ e dei norda-

* Università degli Studi di Brescia.

Una prima versione, spagnola, di questo lavoro è stata presentata al seminario internazionale "Sobre función judicial: ética y justicia", svoltosi a Durango (México) il 24 e 25 maggio 2018.

americani *critical legal studies*², sferra un attacco durissimo ai diritti fondamentali³; un attacco radicale, non tanto nei confronti dei limiti, dei ritardi e delle incertezze nella loro tutela e attuazione quanto piuttosto nei confronti della loro stessa tematizzazione⁴ e, verrebbe da dire, nei confronti del progetto politico e giuridico che nel secondo dopoguerra ne ha accompagnato la positivizzazione e internazionalizzazione.

Con sorpresa da parte di chi ne conosce l'autorevolezza degli scritti di diritto costituzionale, l'attività di giudice e poi di Presidente della Corte Costituzionale italiana non meno che la passione del suo pluriennale impegno civile, nel suo recente volume, in aperto contrasto con quanto ha sempre sostenuto, Zagrebelsky propone infatti un'analisi drasticamente critica dei diritti fondamentali non per individuarne e arginarne le sfide sempre più complesse con le quali si confrontano la loro tutela e attuazione, ma per rimettere in discussione la ragion d'essere della loro stessa affermazione. Per insinuare cioè il dubbio che essi possano essere (stati) uno strumento idoneo alla protezione di chi è più debole: non solo oggi, per le inedite caratteristiche economiche e politiche del nuovo mondo globalizzato, ma anche nel passato, già a partire dal diciassettesimo e diciottesimo secolo, con le loro tanto celebrate enunciazioni di Inghilterra, Francia e Nord-America⁵.

¹ Così, ad esempio, nella letteratura italiana, Pier Paolo Portinaro e Danilo Zolo.

² Così, ad esempio, in alcuni dei fortunatissimi lavori di Duncan Kennedy, Costas Douzinas e di Slavoj Žižek.

³ Per una critica alle argomentazioni contro i diritti fondamentali e la loro cultura da parte di esponenti del realismo politico e dei *critical legal studies*, rinvio a T. MAZZARESE, *¿Repensar la cultura de los derechos?*, in *Revista internacional de filosofía política*, n. 28, 2006, 163.

⁴ Attacco, questo di Zagrebelsky, non solo largamente condiviso da F. RIMOLI, *Retorica dei diritti e retorica dei doveri: qualche considerazione "scomoda"*, in *Lo Stato*, n. 9, 2017, 71-95, ma anche arricchito, nella sua argomentazione, da *topoi* ricorrenti nella "retorica dell'antiretorica dei diritti fondamentali" come, ad esempio, là dove, con un'affermazione che rievoca il famigerato minimalismo dei diritti teorizzato da M. IGNATIEFF, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton, Princeton University Press, 2001, si legge che ciò che oggi interessa è «un profilo assai concreto, eppure sovente dissimulato dalla retorica dei diritti fondamentali, ossia quello della sostenibilità effettiva di un'estensione universalizzante del paradigma dei diritti (e particolarmente dei diritti sociali) nel quadro della complessità sistemica delle società avanzate».

⁵ Anche Zagrebelsky, come peraltro è ricorrente in letteratura soprattutto fra i detrattori ma anche fra alcuni dei fautori più convinti dei diritti fondamentali – fra questi L. FERAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari, Laterza, 2018, 30-35, – non solo non distingue nettamente ma, a tratti, più che considerare l'una estensione o evoluzione dell'altra, sovrappone e sembra addirittura confondere la concezione dei diritti che trova espressione nel diciassettesimo e diciottesimo secolo e quella radicalmente innovativa che si afferma invece nel secondo dopoguerra – cfr. *infra* § 2, n. 20, ma anche, più diffusamente, T. MAZZARESE, *¿Repensar la cultura de los derechos?*, *op. cit.* Confusione, questa, che fra i critici più intransigenti ha portato alla tematizzazione di quella che, con efficace formula di sintesi, L. BACCELLI, *I diritti dei popoli. Universalismo e differenze culturali*, Roma-Bari, Laterza, 2009, 138, denomina «ipoteca maschilista e neocolonialista»; di quella, cioè, che dei diritti fondamentali, senza alcuna distinzione fra concezioni differenti, stigmatizza l'assenza di qualsivoglia attenzione nei confronti di ogni differenza culturale e/o di genere se non addirittura di "razza" – per riferimenti bibliografici sulla *Critical race theory* rinvio a T. MAZZARESE, *Eguaglianza, differenze e tutela dei diritti fondamentali. Nuove sfide e crisi dello stato costituzionale di diritto*, in Th. CASADEI (a cura di), *Lessico delle discriminazioni. Tra società, diritto e istituzioni*, Reggio Emilia, Diabasis, 2008, 224, n. 3.

nel falso bersaglio di critiche post-marxiste al liberismo occidentale o, secondo i casi, di rivendicazioni (di parte). Non meno pericoloso, cioè, dare per scontati i risultati faticosamente raggiunti nella tutela e attuazione dei diritti fondamentali e ignorare le sfide alle quali questi risultati, parziali e contingenti, sono reiteratamente sottoposti. Non meno pericoloso, perché, citando ancora Jeromy Waldron «To take rights seriously means to be aware of what is distinctive and controversial about a claim of right, and that [...] is inseparable from an attempt to understand what someone might be getting at when she repudiates the idea of rights altogether»⁶⁴.

Così, a conclusione di queste pagine sollecitate (anche ma non solo) dalla domanda disorientante di Zagrebelsky (se i diritti fondamentali possano essere non una protezione contro le ingiustizie, ma una loro legittimazione) non trovo risposta migliore che le parole di Norberto Bobbio quando, nel 1988, scrive «Rispetto alle grandi aspirazioni dell'uomo siamo già troppo in ritardo. Cerchiamo di non accrescerlo con la nostra sfiducia, con la nostra indolenza, col nostro scetticismo. [...] La storia, come sempre mantiene la sua ambiguità procedendo verso due direzioni opposte: verso la pace o verso la guerra, verso la libertà o verso l'oppressione. La via della pace e della libertà passa certamente attraverso il riconoscimento e la protezione dei diritti dell'uomo, a cominciare dalla libertà religiosa e di coscienza [...] sino ai nuovi diritti che vanno insorgendo contro nuove forme di oppressione e di disumanizzazione rese possibili dalla vertiginosa crescita del potere manipolatorio dell'uomo su se stesso e sulla natura. Non mi nascondo che la via sia difficile. Ma non ci sono alternative»⁶⁵.

Abstract

At the end of 2017, Gustavo Zagrebelsky launches a radically critical attack on fundamental rights and raises the question «whether the injustices and the evils of the world [...] are at fault or because of the rights». Taking a start from such a confusing doubt and from the solicitation for «a jurisprudence that [put in relation to] the claims of rights with the problem of justice», this work focuses on the distinctive features and specific difficulties that today affects the conjugation of law and justice within the coordinates, well defined even in their dynamic flexibility, of the principles of (inter)national constitutionalism and, in particular, with reference to its founding principle of protection and implementation of fundamental rights. In particular, in order to clarify and justify the reply to the “disorienting question” by Zagrebelsky (§ 4), first, it will be specified in what a sense it is plausible to maintain that the politi-

⁶⁴ *Ivi*, 2.

⁶⁵ N. BOBBIO, *Il primato dei diritti sui doveri*, cit., 439-440.

cal and legal project of (inter)national constitutionalism identifies the terms for an unprecedented conjugation of justice and law (§ 2), and then attention will be directed to the difficulties with which the (inter)national jurisdiction is increasingly confronted when it wants to adhere to the founding principle of (inter)national constitutionalism of the protection and implementation of fundamental rights (§ 3).

La felicità tra Jefferson e Robespierre

Una sintesi storiografica

di Alessandro Pace*



Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – Thomas Jefferson e George Mason. § 3. – James Madison e il ‘Bill of Rights’. § 4. – La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti. § 5. – La giurisprudenza delle Corti Supreme statali. § 6. – Dalla libertà di ricerca della felicità alle “*affirmative actions*”. § 7. – ‘*Le bonheur*’ agli inizi della rivoluzione francese. § 8. – La felicità collettiva (*‘commun’*) al tempo del Terrore. § 9. – Il tramonto della felicità comune.

§ 1. – Premessa

Jefferson e Robespierre rappresentano due concezioni diverse della felicità: individualistica l’una e collettivistica l’altra, che risentivano entrambe delle situazioni storico-politiche degli Stati Uniti e della Francia. Mentre per Jefferson la felicità la si sarebbe dovuta cercare, per Robespierre (e Saint-Just) la felicità doveva essere collettiva.

Jefferson era critico dei latifondi e temeva le conseguenze della rivoluzione industriale sulla vita degli americani. I grandi spazi nel XIX secolo erano ancora un sinonimo di libertà ed un invito per le migliori condizioni di vita. Jefferson riteneva che ciascuno avesse il diritto di cercare liberamente la propria felicità, essendo la ricerca della felicità uno dei diritti dell’uomo, inalienabili ancorché impliciti. Il suo principale credo era che il popolo avesse diritto di governarsi.

Robespierre, sia nell’Assemblea costituente, sia nella Convenzione, presentò numerose proposte legislative in favore dei diritti dell’uomo e del cittadino e fu uno dei più autorevoli e proficui autori della Dichiarazione dei diritti del cittadino del 1793. Durante il Terrore, pur nel suo rigore, si preoccupò del benessere del popolo. L’“Incorruttibile” temeva

* Sapienza - Università di Roma. Saggio non sottoposto a valutazione esterna ai sensi dell’art. 6 del Regolamento per l’invio e la valutazione scientifica dei contributi.

Il presente contributo costituisce ampliamento e modifica del mio intervento dal titolo «*La ricerca della felicità e la felicità comune: Jefferson e Robespierre*» nel seminario organizzato e introdotto dal sen. Sergio Zavoli sul tema «*L’uomo e la ricerca della felicità*», tenuto presso la Biblioteca del Senato il 15 febbraio 2018.

Il saggio è dedicato a mia moglie Loretta che, prima di morire, disse di aver avuto una vita felice e di essere in pace con Dio.

che una borghesia egoista e cupida di ricchezze si sarebbe sostituita alla nobiltà, per cui auspicava, in contrasto con quella borghesia, di poter realizzare, grazie alla virtù repubblicana, una “comune” agiatezza.

§ 2. – *Thomas Jefferson e George Mason*

La dichiarazione d'Indipendenza del 4 luglio 1776, con la quale le tredici colonie nord-americane annunciarono la separazione dalla Gran Bretagna, ha una forza espressiva e un *pathos* raramente riscontrabili in documenti ufficiali.

Nel primo capoverso vengono dichiarate le cause che determinarono la separazione dalla madre patria: «Quando nel corso degli umani eventi diventa necessario per un popolo di sciogliere i legami politici che lo hanno connesso con un altro popolo, per assumere, tra le potenze della terra, un posto eguale e distinto a cui le leggi della natura e divine gli danno diritto, un elementare rispetto dell'opinione umana lo costringe a dichiarare le cause che hanno motivato questa separazione».

Nel secondo capoverso vengono proclamati dapprima i diritti inalienabili dell'uomo che avrebbero dovuto caratterizzare la forma di governo degli Stati Uniti col consenso essenziale dei cittadini («Noi riteniamo queste verità di per sé evidenti che tutti gli uomini sono creati uguali, essendo stati dotati dal Creatore di taluni inalienabili diritti, tra i quali la vita, la libertà e la ricerca della felicità¹ – Che i governi sono stati istituiti tra gli uomini per garantire questi diritti, e i loro giusti poteri derivano dal consenso dei governati – Che ogni qualvolta un governo disapplichì questi fini, è diritto del popolo di eliminarlo e di istituire un nuovo Governo, che si basi su tali principi e su un'organizzazione dei poteri in modi tali che, a giudizio del popolo, sembri il più adatto per il raggiungimento della sua sicurezza e felicità») e successivamente vengono ricordati gli abusi, le usurpazioni e gli arbitri da parte del sovrano inglese², puntualmente elencati.

Il comitato incaricato dal “*Second Continental Congress*” per la stesura della Dichiarazione d'Indipendenza era composto da John Adams, Benjamin Franklin, Thomas Jefferson, Robert Livingston e Roger Sherman.

¹ «We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness».

² «Ma quando un lungo corteo di abusi e usurpazioni, invariabilmente diretti allo stesso oggetto, svela il disegno di assoggettarli al potere arbitrario, è loro dovere abbattere un tale governo e procurarsi nuove garanzie per la loro sicurezza futura. Tale è stata la paziente sopportazione di queste colonie; e tale è ora la necessità che la costringe a sopprimere i precedenti loro sistemi di governo. La storia dell'attuale sovrano è una storia di incessanti offese ed usurpazioni, in cui non un solo fatto si leva, isolato o solitario, a contraddire l'uniforme tenore del resto, aventi tutte come obiettivo immediato l'instaurazione di una tirannide assoluta su questi Stati. A prova di ciò, esponiamo al giudizio di un mondo imparziale i fatti, a garanzia della cui verità prestiamo un onore mai macchiato da falsità».

Abstract

Jefferson and Robespierre, as politicians, in contrast of the philosophers who handled the matter of happiness, envisaged two different concepts: “*the pursuit of happiness*” (Jefferson) and the “*common happiness*” (Robespierre and Saint-Just).

Inspired by the *Bill of Rights* of the Constitution of Virginia, Jefferson, drawing the United States Declaration of Independence, included, among the unalienable rights, life, liberty and the pursuit of happiness. Even if the pursuit of happiness was not included in the *Bill of Rights* of the U.S. Constitution (unlike life and liberty), the Supreme Court deemed the “pursuit of happiness” as positive law in more 120 decisions since 1821. Unconstitutionality of statutes caused by violation of the pursuit of happiness is always – or at least generally – linked to the violation of one or more amendments, to enforce the ruling. In France, in the Declaration of the Rights of the Man and of the Citizen of 1789 was declared “*for everybody’s happiness*” under Jefferson’s advice, while ambassador of the U.S. in the French King’s Court. After the rise of the French Republic in 1792, the first article of the 1793 Constitution stated that «*The aim of society is the common happiness*». However, the Jacobin Constitution never entered into force, because in July 1793 the Terror began. “*Le bonheur*”, under the pressure of the *sans-culottes*, changed its meaning from ‘happiness’ into ‘welfare’.

Il giudizio sulle leggi: la Corte costituzionale sempre più in bilico tra giurisdizione e politica

di Margherita Raveraira*



Sommario: § 1. – In premessa: primi cenni sui punti salienti della giustizia costituzionale oggi tra giurisdizionalità e politicITÀ nella trasformazione del modello della Costituente. § 2. – La “politicITÀ” delle sentenze della Corte. § 3. – Le regole processuali del giudizio costituzionale: limiti all’anima “politica” della Corte? Lo sbilanciamento tra diritto costituzionale sostanziale e diritto processuale. La Corte padrona del “suo” processo? § 4. – (*segue*) i recenti “strappi” nella giurisprudenza costituzionale dei canoni dell’incidentalità–pregiudizialità: chiose sui più noti casi emblematici. § 5. – Considerazioni conclusive. L’aumento della “politicITÀ-creatività” della giurisprudenza costituzionale negli ultimi anni: cause ed effetti sul ruolo della Corte nel sistema.

§ 1. – In premessa: primi cenni sui punti salienti della giustizia costituzionale oggi tra giurisdizionalità e politicITÀ nella trasformazione del modello della Costituente

È ormai ricorrente il dichiarato convincimento che in molti ordinamenti contemporanei, soprattutto in quelli eredi, al pari del nostro, del costituzionalismo di matrice liberaldemocratica, si dia sempre più luogo ad un progressivo sbilanciamento dello Stato costituzionale verso il “diritto dei giudici”: fenomeno che troverebbe la propria ragion d’essere nella forte crisi dei partiti politici, la quale marca l’inadeguatezza dei meccanismi decisionali democratici e della connessa funzione rappresentativa del legislatore. Si pensi in particolare, per tacer d’altro, come a fronte della crescente richiesta di una tutela di nuovi diritti fondamentali in settori ritenuti essenziali, anche nella prospettiva inter- e sovranazionale, ma difficilmente inquadrabili nelle nostre tradizioni giuridiche¹, lo stesso legislatore si sia dimostrato carente o poco solle-

* Università degli Studi di Perugia.

¹ S. RODOTÀ (*I nuovi diritti che hanno cambiato il mondo*, in *La Repubblica*, 26 ottobre 2004) ne parla come conseguenza delle «pacifiche rivoluzioni del Novecento, delle donne, degli ecologisti, della scienza e della tecnica». E osserva: «La libertà concreta s’incarna nella differenza sessuale, nell’attenzione al corpo, nel rispetto per la biosfera, nell’uso non aggressivo

cito nel cogliere le istanze provenienti dalla società civile tramite una ragionevole regolamentazione nella ponderazione degli interessi in gioco. Ciò con la inevitabile conseguenza che l'assenza di mediazione politico-rappresentativa nell'attuazione ed attualizzazione della Costituzione ha finito con il determinare una sovraesposizione ed un rafforzamento del ruolo della funzione giurisdizionale, della Corte costituzionale e dei giudici. Ha finito con il determinare quella conseguenza che non pochi giuristi e cultori delle diverse branche delle scienze giuridiche delle odierne concezioni dello Stato costituzionale hanno voluto sottolineare negativamente nel senso di una accentuata giurisdizionalizzazione della politica (e di una contrapposta politicizzazione della giurisprudenza). Ha finito ancora con il determinare il riaccendersi della discussione e dell'attenzione su quello che i sostenitori del costituzionalismo "politico" appuntano, a sostegno delle note ragioni delle proprie tesi, come un'inaccettabile "sconfinamento" del potere giudiziario dai propri limiti ed una altrettanto inaccettabile invasione della sfera della discrezionalità e responsabilità del legislatore, che tali sarebbero secondo la loro concezione della Costituzione e della democrazia basate sul sostanziale primato della politica sul diritto².

Ora, non si può certo negare che il richiamato difetto della politica si riverberi sul rapporto tra i poteri ingenerando una, peraltro ondivaga ed intermittente, situazione di instabilità oltre i limiti della separazione e si può anche riconoscere che in taluni casi possa essere problematico distinguere la funzione di garanzia³ dalla funzione di direzione

delle innovazioni scientifiche e tecnologiche. Tutto questo ha prodotto la più intensa esplosione di richieste di riconoscimento di diritti che mai sia stata conosciuta». Si parla, così, di "diritti riproduttivi" e di "diritto a non nascere", di "diritto a morire" e di "diritto ad ammalarsi", ma anche del "diritto dell'embrione" e del "diritto a non essere perfetto". È difficile affrontare questi temi in modo astratto: forse la via di soluzioni accettabili va trovata attraverso l'elaborazione giurisprudenziale, che può tenere conto dei molteplici aspetti dei casi concreti e contemperare i diversi principi in gioco: cfr. al riguardo G. ŽAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, 213, per il quale i giudici non sono i padroni del diritto nello stesso senso in cui il legislatore lo era nel secolo scorso. Essi sono più propriamente i garanti della complessità strutturale del diritto nello Stato costituzionale, cioè della necessaria, mite coesistenza di legge, diritti e giustizia.

² Sulle differenze concettuali fra costituzionalismo "giuridico" e costituzionalismo "politico" cfr. per tutti T. GIUPPONI, *Il conflitto tra giustizia e politica. Verso una "democrazia giudiziaria"?*, in A. ZANOTTI (a cura di), *Quale futuro dopo la democrazia?*, Bologna, Bononia University Press, 2017.

³ Sono note le problematiche relative alla legittimazione democratica della Corte costituzionale, che è stata oggetto di plurali elaborazioni teoriche che, secondo i difformi approcci propri delle diverse scuole, hanno variamente configurato la giustizia costituzionale, riconducendola, onde evitare che essa diventi uno strapotere incontrollato, entro lo schema della legittimazione, meglio di una sorta di meta-legittimazione, quale anello di congiunzione però essenziale tra la teoria della Costituzione e la teoria dell'interpretazione costituzionale: si veda, tra i tanti, L. MEZZETTI, *Teorie della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale*, in *Estudios constitucionales*, n. 1, Santiago (versione online), 2010, 307 ss. Sulla necessità che la funzione di garanzia sia effettuata secondo modalità efficaci poste in essere ad opera dello stesso Tribunale di costituzionalità cfr. le

diziario⁹⁵ vada ricercata nella eccessiva debolezza della politica, nella inadeguatezza del circuito della rappresentanza di dare risposte efficaci⁹⁶ ai plurimi interessi emergenti, ed anche emergenziali, in un periodo storico, tra globalità e nazionalità, all'insegna di continui mutamenti, è questione qui già più volte rilevata.

Non c'è quindi da stupirsi se, in una siffatta situazione, aumenta conseguentemente la richiesta di giurisdizione⁹⁷ al punto che, a prescindere dai loro effetti giuridici, alcune decisioni della Corte costituzionale sono in grado di innescare «processi incrementali, nei quali intervengono, con ruoli diversi, l'opinione pubblica, i parlamenti, gli esecutivi, le amministrazioni, i giudici»⁹⁸. Per andare a conclusione, non si può negare che alla consapevolezza delle potenzialità politiche delle sue decisioni, anche qualora queste siano dirompenti e comunque non esenti da notevoli critiche sul piano dei criteri interpretativi, si è comunque affiancato nel sistema e trasfuso nella maggioranza dell'opinione pubblica un consenso orientato verso una legittimazione sempre più crescente della Corte, verso il riconoscimento sempre più crescente della sua autorevolezza.

Abstract

The article aims to analyze the role that the Constitutional Court, as the guarantor of the Constitution, has come to assume in the system through a jurisprudence increasingly connected in the sense of politicality. For this purpose, in particular, the problems of the flexible use of the rules of the constitutional process will be verified, also in the light of notes and emblematic recent judgments with which the Court has variously influenced the canons of incidentality-prejudiciality.

⁹⁵ Cfr. G. MESSINA, *Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, Milano, Franco Angeli, 2012, 258.

⁹⁶ Cfr. O. BACHOF, *Grundgesetz und Richtermacht*, Tübingen, Mohr, 1959, 51 ss., che, a fronte della crisi della legge, dal contenuto sempre più contingente e provvedimentale, parla di un diritto "precario"; ma si veda anche E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione* (trad. it.), Milano, Giuffrè, 1973.

⁹⁷ M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Osservatorio delle fonti*, 2013, 18 ss. cita inoltre come motivi della centralità della giurisdizione l'«accresciuto flusso di domanda verso la funzione giurisdizionale», collegato alla crisi delle altre autorità sociali; il diffondersi di un atteggiamento culturale che vede il diritto solo in quello "detto" dalla giurisprudenza e non dalla "legislazione"; l'applicazione estrema dell'idea che il diritto non tolleri lacune e che spetta alla giurisdizione colmarle; l'utilizzazione della interpretazione conforme che ha introdotto decisi elementi di sindacato diffuso in un sistema quale il nostro che nasce invece come accentrato; l'ampliamento del raggio delle questioni sulle quali si ritiene che la giurisdizione sia legittimata a pronunciarsi anche in conseguenza del difficile momento che vive l'insindacabilità dell'atto politico.

⁹⁸ Cfr. S. CASSESE, *La Costituzione? È quella vivente*, in *Il Sole-24 Ore*, 22 giugno 2014, 38; ma si veda anche A. PIZZORUSSO, *La Costituzione ferita*, Roma-Bari, Laterza, 1999, 135, il quale attribuisce alla giurisprudenza della Corte "la modernizzazione" di molti settori della legislazione che il Parlamento non era stato in grado di riformare.

Dal centralismo napoleonico al regionalismo/ federalismo in “salsa italiana”. La questione irrisolta della forma territoriale dello Stato

Parte seconda

di Rolando Tarchi*



Sommario: § 5. – Dall’attuazione della Costituzione alle riforme ispirate dalla “mitologia federalista”. § 6. – La stagione delle riforme ed il venir meno del tabù federalista. § 7. – Stato regionale *vs.* Stato federale: la perdurante utilità della distinzione tra le due forme. § 8. – Dalla crisi economica al d.d.l. di revisione costituzionale “Renzi-Boschi”: il rovesciamento del paradigma regionalista. § 9. – Alcune, interlocutorie, riflessioni conclusive. § 10. – Postilla: la via italiana al regionalismo differenziato: una nuova strategia per le riforme o l’avvio di una cripto-secessione?

§ 1. – *Dall’attuazione della Costituzione alle riforme ispirate dalla “mitologia federalista”¹*

Nonostante che le disposizioni transitorie della Costituzione (VIII e IX) contenessero un vero e proprio programma politico di pronta istituzione delle regioni previste dal Titolo V (rispettivamente: elezione dei Consigli regionali entro un anno dall’entrata in vigore della Carta ed adeguamento della legislazione nazionale al nuovo ordinamento regionale entro tre)², è cosa nota che per raggiungere tale risultato sia stato necessario attendere sino al 1970.

* Università degli Studi di Pisa.

Questo saggio è la rielaborazione aggiornata della relazione tenuta al seminario che si è svolto presso l’Università di Camerino il 20 maggio 2011 in occasione dei 150 anni dell’unità d’Italia; titolo del seminario: *Una e Indivisibile. Percorsi Giuridici del Principio Unitario*. Rispetto ad allora sono intercorsi eventi epocali quali l’esplosione della crisi economica e suoi effetti anche sulle istituzioni del nostro Paese, seguito da un ulteriore tentativo di riformare il sistema costituzionale delle autonomie. Di questi ultimi passaggi si è cercato di fare un sintetico resoconto, del tutto originale rispetto alla precedente stesura relazione, nell’ultima parte di questo saggio.

¹ Dell’espressione siamo debitori a S. STAIANO, *Mitologie federaliste ed esperienze del regionalismo*, in *federalismi.it*, n. 20/2012.

² Cfr. T. MARTINES, A. RUGGERI, *Lineamenti*, cit., 12; cfr. L. PALADIN, *Diritto regionale*, cit., 12.

In detto lasso di tempo gli unici rilevanti interventi in materia si sostanziarono in una proroga del termine di cinque anni fissato dalla XI disposizione transitoria per l'istituzione di nuove regioni, cosa che – nel 1963 – portò alla nascita della regione Molise³, e, ancora nel 1963 (qualche anno dopo la risoluzione della “questione triestina” con il memorandum di Londra del 1954) all'approvazione dello statuto del Friuli-Venezia Giulia, la quinta e ultima delle regioni a statuto speciale⁴. Da segnalare, nei medesimi anni, anche l'approvazione della legge n. 62 del 1953 (c.d. “legge Scelba”), che, anziché verso una compiuta attuazione del regionalismo, si mosse però nel contrario senso di un potenziale affossamento dell'autonomia territoriale, in quanto molte sue previsioni erano volte a configurare le regioni come enti dotati di un'organizzazione molto simile a quella degli enti locali, quasi degli “enti ausiliari” dello Stato⁵.

Ne deriva che – tra il 1948 ed il 1970 – operarono esclusivamente le regioni autonome, i cui effettivi margini di operatività, a confronto delle grandi aspettative in esse originariamente riposte, risultarono peraltro pesantemente ridimensionati, e ciò tanto in ragione delle persistenti tendenze accentratrici del potere centrale, quanto a causa di una giurisprudenza costituzionale che non parve cogliere e valorizzare a pieno gli interessanti margini di novità pur contenuti negli statuti speciali.

Il successivo articolarsi del processo di attuazione del Titolo V della Costituzione, che non includiamo nei momenti fondativi in quanto conseguenza diretta, anche se tardiva, del passaggio costituente, è stata certamente una delle questioni maggiormente approfondite dalla pubblicistica giuridica italiana, apparendo dunque nella presente sede sufficiente sottolineare come quello della “prima ora” si dimostrò certamente un regionalismo “di mera facciata”, o – come è stato notato – un «regionalismo senza regioni»⁶ in cui le disposizioni del Titolo V

³ R. TARCHI, *Legge cost. 27 dicembre 1963 n. 3*, in AA.VV., *Disposizioni transitorie e finali I – XVIII – Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1948-1993)*, cit., 503; IDEM, *Disposizione XI*, in AA.VV., *Disposizioni transitorie e finali I – XVIII*, cit., 191 ss.

⁴ Cfr. M. BERTOLISSI, *Legge cost. 31 gennaio 1963 n. 1 (Statuto Friuli-Venezia Giulia)*, in AA.VV., *Disposizioni transitorie e finali I – XVIII – Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1948-1993)*, cit., 473 ss.

⁵ Cfr. L. PALADIN, *Diritto regionale*, cit., 13, dove l'Autore – premesso che la rubrica della legge n. 62/1953 recita «Costituzione e funzionamento degli organi regionali» – rileva criticamente come la c.d. “legge Scelba” «avrebbe potuto assai meglio intitolarsi “alla non-costituzione” delle Regioni ordinarie: dall'entrata in vigore di essa trascorrono infatti – inutilmente – non meno di quindici anni, prima che un passo ulteriore [...] venga compiuto con l'approvazione della legge elettorale regionale».

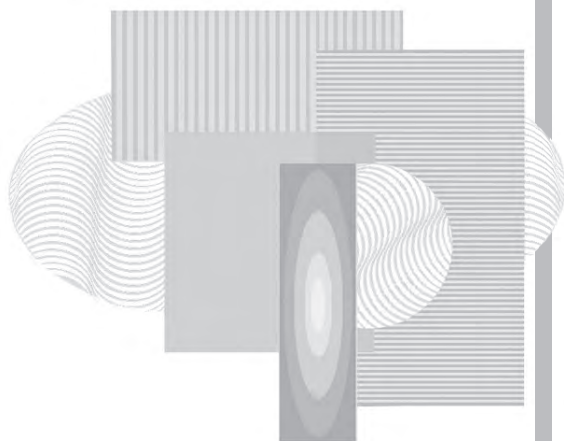
⁶ Cfr. E. ROTELLI (a cura di), *Dal regionalismo alla Regione*, cit.; G. FALCON (a cura di), *Lo stato autonomista*, Bologna, il Mulino, 1998; nonché, più di recente, E. BALBONI, M. CARLI, *Stato senza autonomie e Regioni senza regionalismo*, in *Federalismi.it*, n. 21/2012; ovvero, come in un gioco di parole, ribaltando la frase: cfr. G. PASTORI, *Le regioni senza regionalismo*, in *Le Regioni*, 1980, 204 ss.

Abstract

The essay deals with the reasons why the question concerning the correct definition of the Italian form of state remains unsolved. An indispensable prerequisite for this analysis is the historical reconstruction of the events that most contributed to the determination of the current situation of persistent disorder and uncertainty. In fact, the long-standing Italian institutional question has its roots in the process of unification, political and national, which – over a century and a half ago – has laid the organizational foundations of our State, which later became Republic.

This second part of the work considers the historical period following the entry into force of the Constitution, up to the draft constitutional reform approved in 2016 by Parliament but rejected by the subsequent referendum, which, among other aims, aimed to significantly limit the powers of regional autonomy, in contrast with all previous proposals that had moved in the direction of recognizing a more extensive autonomy, with promises of federalism. In conclusion, we add a postille that addresses the issue of the implementation, in Italy, of a system of regionalism differentiated, according to the provisions of art. 116.3 Cost., which is considered today (erroneously in the opinion of the Author) the new frontier for Italian regionalism.

Materiali



Le bon législateur
di Norberto Bobbio

Paolo Barile avvocato della "costituzione vivente"
di Stefano Grassi

La natura e la portata dell'art. 1 dello Statuto
di Arturo Carlo Jemolo

Il diritto di Leopoli nelle vite di Lauterpacht, Lemkin e Karski
di Jörg Luther

Colloquio sulla Democrazia.
Intervista al Prof. Gianfranco Pasquino (Bologna, 9 dicembre 2018)
di Federico Pedrini

Presentazione: Alf Ross sulla delegazione di potere
di Riccardo Guastini

La delegazione di potere. Significato e validità della massima
«delegata potestas non potest delegari»
di Alf Ross

*Il buon legislatore**

di Norberto Bobbio

Sommario: 1. - L'immagine del buon legislatore. 2. - Gli attributi essenziali. 3. - Importanza di questa immagine per l'interpretazione del giudice. 4. - Conferma di questa immagine attraverso il ragionamento per assurdo. 5. - Attributi non essenziali. 6. - Argomenti principali e argomenti secondari. 7. - Il buon legislatore e il giudice fedele.

1. Quale immagine si è fatto il giudice italiano del legislatore, di questo personaggio così spesso nominato e così spesso evocato nel corso di una sentenza, e del quale deve cercare di penetrare l'intenzione, come vuole l'articolo 12 delle Disposizioni sulla legge in generale?

Partendo da una ricerca in corso sull'argomentazione della Corte di Cassazione italiana, ho tentato di tracciarne a grandi linee il ritratto, sforzandomi di definire gli attributi che gli si riconoscono più spesso e che esso *deve* avere per *essere* considerato un buon legislatore.

La prima osservazione da fare è che, tra questi attributi, alcuni sono generalmente considerati essenziali, altri non essenziali. Chiamo attributi essenziali quelli riconosciuti sulla base di una presunzione assoluta, tale da non poter essere confutata da una prova contraria, e che vanno dunque tenuti sempre in considerazione per giungere a un'interpretazione corretta. Chiamo attributi non essenziali quelli che si presumono fino a prova contraria, e di cui si deve tenere conto solo in certi limiti e a certe condizioni.

Il modo migliore per raffigurare tali attributi è quello di tradurli in corrispondenti regole di comportamento (regola che è, per il soldato coraggioso di non fuggire durante la battaglia, per l'allievo diligente di fare i suoi compiti e di studiare le sue lezioni, etc.). Gli attributi essenziali sono allora gli attributi traducibili in regole che il legislatore non può assolutamente violare, senza alcuna eccezione; gli attributi non essenziali sono quelli traducibili in regole a cui il legislatore non si conforma con rigidità, e che vanno dunque considerate non vincolanti, più simili a un principio direttivo di comportamento che a un imperativo.

2. Le regole la cui validità è assoluta, cioè a dire le regole a cui è impossibile sottrarsi e da cui può dedursi l'immagine del buon legislatore, sono principalmente tre:

a) la regola della giustizia, secondo la quale si applica un trattamento identico a esseri uguali e uno differente a esseri che uguali non sono;

b) la regola della coerenza, secondo la quale due proposizioni enunciate dal legislatore non possono contraddirsi;

c) la regola della razionalità rispetto allo scopo, secondo la quale i mezzi scelti sono sempre i più adatti a raggiungere lo scopo.

A metà strada tra le regole che non si possono derogare e quelle che si possono derogare – ma più vicina alle prime che alle seconde – si trova:

d) la regola della non-ridondanza, secondo la quale due norme del sistema non possono essere identiche, o, altrimenti detto, l'una non può essere la ripetizione pura e semplice dell'altra.

Se si traducono queste regole in comportamenti caratteristici del personaggio immaginario chiamato legislatore, quest'ultimo appare come un essere perfettamente giusto (nel senso della giustizia formale), coerente (nel senso della coerenza logica), ragionevole (nel senso della *Zweckrationalität* di Max Weber); appare inoltre come qualcuno che, senza eccezione alcuna, dice unicamente ciò che ha da dire, senza una frase in più o una in meno.

3. Questi quattro attributi hanno grande importanza poiché orientano in un senso o nell'altro l'interpretazione dei giudici. Da essi e dalle corrispondenti regole si possono dedurre quattro regole costanti dell'interpretazione del giudice. Queste quattro regole sono:

a) nessuna norma può essere interpretata in modo da produrre una disparità di trattamento tra persone appartenenti alla medesima categoria essenziale;

b) a nessuna norma può essere attribuito un senso che la renda incompatibile con un'altra norma del sistema (e se due norme sembrano incompatibili, l'interprete dovrà fare ogni sforzo possibile per eliminare la contraddizione, ricorrendo a un'interpretazione avente per esito la correzione o l'abrogazione di una delle due);

c) ogni norma va interpretata tenendo conto del fine o dei fini che si è fissata, sulla base dell'idea che essa è il mezzo più adeguato che una persona ragionevole possa trovare per raggiungere questo o quel fine in una data situazione;

d) nessuna norma può avere un significato tale da sembrare la ripetizione di un'altra norma, ossia tale da sembrare una norma inutile.

In altri termini, ciò significa che tra tutte le interpretazioni possibili di una medesima norma il giudice sceglie sempre quella che riflette più fedelmente l'immagine di un legislatore giusto, coerente, ragionevole e non ridondante.

*Le bon législateur**

di Norberto Bobbio



Sommaire: 1. – L’image du bon législateur. 2. – Les attributs essentiels. 3. – Importance de cette image pour l’interprétation du juge. 4. – Confirmation de cette image à travers le raisonnement par l’absurde. 5. – Attributs non essentiels. 6. – Arguments principaux et arguments secondaires. 7. – Le bon législateur et le juge loyal.

*Presentazione***

Il saggio di Norberto Bobbio, che qui si ripubblica, è la relazione presentata al Congresso mondiale di filosofia giuridica e sociale, che si tenne a Bruxelles fra il 30 agosto e il 3 settembre 1971. Il saggio fu edito in Hubert Hubien (ed.), *Le raisonnement juridique*, Actes du Congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, Bruylant, Bruxelles, 1971.

Si tratta forse dell’unico lavoro dedicato da Bobbio all’interpretazione e agli argomenti interpretativi.

Della ricerca empirica sull’argomentazione della Cassazione italiana, cui Bobbio fa riferimento nelle prime righe, non ho altro documento che un (aureo) libretto di Giorgio Lazzaro, *Argomenti dei giudici*, che si presenta come “Estratto dai lavori della ricerca sulla ‘Argomentazione giuridica’ patrocinata dal C.N.R”, 1970, senza editore né luogo (ma stampato dalla Tipografia Emilio Bobo di Torino).

* *Actes du Congrès Mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale. Bruxelles, 1971.*

** Di Riccardo Guastini, Emerito dell’Università degli Studi di Genova.

1. Quelle image le juge italien se fait-il du législateur, de ce personnage si souvent nommé et si souvent évoqué au cours d'une sentence, et dont il doit chercher à pénétrer l'esprit, comme le veut l'article 12 des Dispositions sur la loi en général?

A partir d'une recherche en cours sur l'argumentation du juge italien de la Cour de Cassation, j'ai essayé de tracer à grands traits le portrait de ce personnage en m'efforçant de déterminer les attributs qu'on lui reconnaît le plus souvent et qu'il *doit* avoir pour être considéré un bon législateur.

La première observation à faire est que, parmi ces attributs, certains sont généralement considérés comme essentiels, d'autres comme non essentiels. J'appelle attributs essentiels ceux qui sont reconnus sur la base d'une présomption absolue, telle qu'elle ne peut être démentie par la preuve contraire et dont il faut donc tenir compte dans chaque cas pour arriver à une interprétation correcte. J'appelle attributs non essentiels ceux qui sont présumés jusqu'à preuve contraire, et dont on doit seulement tenir compte dans certaines limites et à certaines conditions.

La meilleure façon de représenter ces attributs est de les traduire en règles de comportement correspondantes (règle qui est, pour le soldat courageux de ne pas fuir pendant une bataille, pour l'élève diligent de faire ses devoirs et d'étudier ses leçons etc...). Les attributs essentiels sont alors les attributs traduisibles en règles que le législateur ne peut absolument pas violer, sans exception aucune; les attributs non essentiels ceux qui sont traduisibles en règles auxquelles le législateur ne se conforme pas d'une manière rigide, et qui doivent donc être considérés comme non contraignantes, comme un principe directeur du comportement plus qu'un impératif.

2. Les règles dont la validité est absolue, c'est-à-dire auxquelles il est impossible de se soustraire et dont on peut déduire l'image du bon législateur sont surtout les trois règles suivantes:

a) la règle de justice, selon laquelle on applique un traitement identique à des êtres qui sont égaux, et des traitements différents à ceux qui ne sont pas égaux;

b) la règle de cohérence selon laquelle deux propositions énoncées par le législateur ne peuvent être contradictoires;

c) la règle de rationalité conforme au but, selon laquelle les moyens choisis sont toujours les plus aptes à atteindre le but.

A mi-chemin entre les règles auxquelles on ne peut déroger et celles auxquelles on peut déroger – mais plus près des premières que des secondes – se situe:

d) la règle de la non-redondance, selon laquelle deux normes du système ne peuvent être identiques, autrement dit, que l'une ne peut être la répétition pure et simple de l'autre.

Paolo Barile avvocato della “costituzione vivente”

di Stefano Grassi*



Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – La collaborazione con Calamandrei e la vocazione forense. § 3. – Le battaglie per l’attuazione della Costituzione (i primi venti anni di vita della Costituzione). § 4. – La fase dell’attuazione costituzionale (dal centro sinistra agli anni Ottanta). § 5. – L’attuazione del pluralismo istituzionale e la difesa delle istituzioni nella crisi della Costituzione. § 6. – Lo stile dell’avvocato Paolo Barile.

(Paolo Barile)

§ 1. – Premessa

In Paolo Barile il ruolo di scienziato del diritto, di uomo di cultura e di difensore nelle aule giudiziarie si fondevano in una personalità forte ed unitaria. Ma chi l’ha visto operare da vicino (nell’ultimo trentennio della sua intensa attività professionale) sa che Paolo Barile si riteneva ed era soprattutto un avvocato, nel senso proprio che tale termine deve assumere. L’avvocato non può, infatti, essere solo un esperto pratico del diritto; deve essere uno studioso attento e profondo delle “scienze giuridiche”; deve anche essere soprattutto l’uomo di cultura, il cittadino consapevole e partecipe, che utilizza e trasmette, con umiltà e concretezza, nelle controversie giudiziarie, e nell’attività preventiva di consulenza, gli strumenti di conoscenza propri di quella ineliminabile dimensione della società, di quel bellissimo valore che sinteticamente definiamo ‘diritto’.

Di questo modello di avvocato, Paolo Barile era un esempio inimitabile.

Dell’avvocato aveva il tratto personale che caratterizza il ruolo di chi sente profondamente la propria missione (che Paolo Barile sintetizzava con una frase scritta da sua figlia Laura, in un tema delle elementari, per descrivere il mestiere del babbo: «è uno che si occupa degli affari

* Università degli Studi di Firenze.

Il testo riproduce la relazione tenuta al convegno per il centenario dalla nascita del prof. Paolo Barile.

degli altri»). Quella dell'avvocato è una missione, infatti, proiettata verso gli altri, verso il vivere collettivo, nella ricerca curiosa e consapevole delle regole e dei principi che possono aiutare una più civile e più operosa convivenza.

Nel suo insegnamento, i collaboratori di studio, come i suoi allievi e i suoi studenti nell'Università, trovavano l'autorità di una conoscenza frutto del sacrificio e dell'umiltà del vivere concreto nella realtà complessa e vitale di una società in movimento; l'autorità di una presenza affettuosa e leale verso coloro che gli chiedevano consiglio e guida; l'entusiasmo, con quella innata forza vitale, che trasmetteva con il suo fascino personale.

Ciascuno di noi, quando entrava a far parte della sua famiglia professionale o accademica, veniva accolto dal suo sguardo penetrante, che dava fiducia e faceva assumere una responsabilità piena nel duro lavoro della professione del giurista. Non chiedeva né referenze né promesse di un impegno particolare, faceva con chiarezza e con grande libertà capire che il lavoro sarebbe stato duro e che solo i fatti, il leale comportamento, l'intelligenza della collaborazione, avrebbero parlato su quanto e su come quella responsabilità era stata assunta e quella fiducia era stata riposta.

Quello che più colpiva nel suo comportamento era il rispetto e la piena autonomia che riconosceva e pretendeva che ciascuno sviluppasse.

Mi vengono alla mente almeno tre immagini.

Il modo con cui entrava nella stanza delle segretarie e dei collaboratori: chiedeva sempre con molto garbo permesso e attendeva che ciascuno si liberasse con comodo dalle sue incombenze. Pretendeva risultati, ma non imponeva tempi e modi (non prevaricava mai l'autonomia di ciascun collaboratore).

La prima volta che dovevo accompagnarlo in un'udienza, mi affrettavo a raccogliere le sue carte e la sua borsa per farmene carico: mi venne detto subito, con tono di fermo ma affettuoso rimprovero, «quella borsa è mia, e quindi sono io che devo portarla».

Non solo il rispetto, ma quasi un cenno di approvazione e di invidia, mi accompagnavano quando mi allontanavo per i miei impegni di cattolico praticante (non è un caso che degli allievi che Paolo ha messo in cattedra ci siano tre laici e tre cattolici, tutti ampiamente impegnati a sviluppare con fedeltà il loro credo).

Mi sono permesso questi ricordi personali, perché ritengo che la celebrazione che gli dobbiamo non possa prescindere dal testimoniare lo spessore umano e la capacità di rispetto delle persone e delle loro opinioni che Paolo Barile ha potuto manifestare nel suo intenso percorso professionale di avvocato.

L'avvocatura è stata per Paolo Barile il perno di tutta la sua attività di costituzionalista; il nucleo centrale che gli consentiva di avere quel-

di una ricerca scientifica rigorosa e fa del suo impegno professionale il logico corollario di un impegno civile e di un progresso culturale.

In questo senso lo stile della sua attività professionale si lega alla scelta di mettere a disposizione il suo studio e la sua competenza professionale nelle battaglie per la difesa della costituzione. È un capitolo importante nell'organizzazione dello studio professionale.

Da quando iniziano gli attacchi violenti alla integrità dei principi costituzionali da parte dello stesso sistema politico (in alcuni casi anche da parte dello stesso Presidente della Repubblica), Barile si impegna con generosità anche in questa battaglia.

Ricordo il suo incontro con Dossetti, rientrato nel dibattito pubblico proprio per combattere la buona battaglia per la Costituzione. Barile aveva una grande ammirazione per gli uomini di fede (come Balducci, Milani, Turollo). Con Dossetti il discorso venne spontaneo, come se si fosse svolto da sempre. Ricordo quando Barile si recò al capezzale di Dossetti nell'ospedale vicino a Monteveglio. Io e Valerio Onida lo accompagnammo e rimanemmo colpiti dalla commozione che Paolo manifestò uscito da quell'incontro: i valori della persona, la fede ferma ed umile nei diritti, erano il denominatore comune con il mondo cattolico che lo turbava e che accentuava la sua inquietudine e la sua ansia per la difesa della Costituzione. La Costituzione era un patto tra culture diverse, ma era un patto su valori che univano le culture e le generazioni. L'impegno per la sua difesa doveva essere affrontato con rigore professionale e impegno inesauribile. Per questo il contributo di Barile come avvocato per la difesa della Costituzione è il lascito più importante della sua persona.

Abstract

This essay is part of the proceedings of the Conference celebrating the 100th anniversary of the birth of Professor Paolo Barile (September 10th, 1917 - June 1st, 2000). The Author describes the activity of Professor Barile during the first 50 years since the promulgation of the Italian Constitution in 1948. Professor Barile, after having joined the Italian Resistance movement and worked closely with Piero Calamandrei, had an intense forensic career, an itinerary throughout the different stages of implementation and development of the principles embodied in the Italian Constitution. The essay examines each of the Italian Constitutional Court decisions where Professor Barile served as attorney, during various stages of the Court's jurisprudence (from the year 1956 to 2000). Moreover, the essay describes the civic engagement and the contribution given by Professor Barile to the debate on the reforms of the Italian institutions and to the initiatives dedicated to the defence and promotion of the Constitution, initiatives to which the Professor generously dedicated himself until his death in 2000.

*La natura e la portata dell'art. 1 dello Statuto**

per il
Dott. Arturo Carlo Jemolo



Riproponiamo qui un saggio pubblicato nel 1913 da Arturo Carlo Jemolo (Roma, 17 gennaio 1891 – Roma, 12 maggio 1981) sulla Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia, nel quale l'illustre studioso sostiene una lettura dell'art. 1 dello Statuto albertino («La Religione Cattolica, Apostolica e Romana è la sola Religione dello Stato. Gli altri culti ora esistenti sono tollerati conformemente alle leggi») improntata all'eguaglianza delle diverse religioni, in contrapposizione ad una concezione confessionista dello Stato italiano dell'epoca. Un tema, quello della libertà religiosa, che rimane tuttora – anche sotto il vigore della

Costituzione repubblicana, dove essa viene riconosciuta in termini assai più espliciti – di straordinaria attualità, specialmente nell'ambito di una società ormai irreversibilmente multi-etnica e multiculturale. (La Direzione)

*Presentazione***

Il presente numero de *Lo Stato* accoglie, grazie all'intuizione di due Maestri come Aljs Vignudelli e Francesco Margiotta Broglio, la ristampa di un fondamentale scritto di Arturo Carlo Jemolo, ovvero *La natura e la portata dell'art. 1 dello Statuto*, originariamente pubblicato sulla *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, parte I, 1913, 249-267. Si tratta di un articolo pubblicato mentre Jemolo svolgeva la funzione di segretario presso il Fondo per il culto del Ministero di Grazia e Giustizia: esso rappresenta non solo il frutto più maturo dei primi studi del “malpensante” Maestro (tra i quali vanno almeno ricordati il volume sulla proprietà ecclesiastica del 1911 e lo studio sui santuari del 1913), ma anche un esplicito disconoscimento del carattere confessionista dello Stato italiano, in cui la portata della norma statutaria viene ricondotta (e ridotta) ad un carattere meramente cerimoniale.

L'interpretazione di Jemolo segnava una riconduzione – niente affatto scontata – del diritto ecclesiastico italiano entro i confini dell'u-

* Pubblicata in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, parte I, 1913, 249-267.

** Di Vincenzo Pacillo, Ordinario di Diritto Canonico nell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

guaglianza dei culti e della libertà religiosa garantita, senza distinzioni, a tutti i regnicoli.

Se infatti è vero che l'art. 1 dello Statuto Albertino proclamava che «la Religione Cattolica, Apostolica e Romana è la sola Religione dello Stato», è altrettanto vero che – secondo l'interpretazione di Jemolo – questa norma non aveva altro significato che prescrivere che, se un'istituzione pubblica avesse ordinato di celebrare una funzione religiosa, questa funzione avrebbe dovuto essere eseguita seguendo la liturgia della Chiesa romana, cattolica, apostolica. Una mera “norma di cerimoniale”, insomma.

Tale interpretazione appariva conforme peraltro alla volontà del legislatore subalpino di garantire – anche con alcune limitazioni legate in modo particolare alla manifestazione delle idee personali su questioni religiose – la libertà di coscienza e il principio di uguaglianza senza distinzione di credo.

Qui basterà ricordare le leggi finalizzate ad ottenere l'emancipazione civile dei valdesi e degli ebrei: lo spirito del 18 febbraio 1848, che aveva animato le lettere patenti – con le quali i valdesi erano stati ammessi a godere tutti i diritti civili e politici che appartenevano ai sudditi del regno, a frequentare le scuole di qualsiasi ordine e livello (comprese le università) e ad ottenere titoli accademici – era il medesimo del Decreto reale del 29 marzo 1848, che riconosceva la capacità di godere dei diritti civili e il diritto di ottenere titoli accademici agli Ebrei. Ed il medesimo che, dopo pochi giorni, ispirò un decreto emanato dal principe Eugenio di Savoia Carignano, Luogotenente del Regno, con il quale si ammisero gli ebrei al servizio militare; anche i diritti politici, in forza dell'art. 1 della legge elettorale del 17 marzo 1848, non potevano essere limitati dal culto professato.

Successivamente il Codice penale Zanardelli aveva ulteriormente ampliato lo spettro della libertà e dell'uguaglianza in materia religiosa: Enrico Vitali (in *Vilipendio della Religione dello Stato*, Padova, Cedam, 1964, 32 ss.) evidenzia che in Piemonte la libertà di coscienza – intesa come licenza per esprimere la persuasione religiosa personale con atti, parole e documenti – era in fondo rimasta subordinata al rispetto di tutte le leggi destinate a reprimere gli attacchi ideologici e le offese nei confronti della religione dello Stato. Se dunque nel Regno sabaudò, in materia ecclesiastica, vigeva il principio della tolleranza in senso stretto, inteso come «il ripudio dell'intolleranza, il permesso di praticare il proprio culto», il Regno d'Italia aveva scelto di riconoscere e proteggere la libertà di coscienza e di culto di ogni cittadino senza limitare la libera circolazione delle idee in materia religiosa; nessuno poteva essere disprezzato per una determinata convinzione religiosa, a nessuno poteva essere impedito di celebrare un determinato atto rituale

il possesso: dire che l'art. 33 n. 1 è caduto in dissuetudine vorrebbe dire ch'è divenuta illegale la nomina a senatore di un vescovo, non già che a tale nomina per criteri politici non si suole più addivenire.

Per l'art. 1 dello Statuto che ha carattere di dichiarazione non si può parlare di *dissuetudine*, concetto che si applica soltanto alla vera norma giuridica, né di parziale *abrogazione* per opera di altre leggi, poiché legge e dichiarazione sono concetti appartenenti a sfere diverse, ed abrogatrice dell'art. 1 sarebbe non già quella legge che facesse venir meno uno dei suoi presenti effetti (che in realtà sono soltanto effetti di altre leggi o di norme consuetudinarie, le quali, e non l'art. 1, restano dalle nuove leggi abrogate) ma quella che ne ordinasse la *cancellazione* dal corpo delle nostre leggi.

Abstract

The article aims at demonstrating that, before the Lateran Pacts, the reference to the catholic Religion as "State Religion" expressed by the Article 1 of King Carlo Alberto's Statute had to be interpreted as a simple ceremonial provision.

Il diritto di Leopoli nelle vite di Lauterpacht, Lemkin e Karski

di Jörg Luther*



Sommario: § 1. – Geografia e storia della capitale della Galizia. § 2. – Il *pogrom* del 1918 nella storia del diritto. § 3. – Il diritto insegnato a Lemberg/Lwow: Lauterpacht, Lemkin e i loro maestri. § 4. – La testimonianza diplomatica inascoltata di Jan Karski. § 5. – Leopoli tra memoria polacca e memoria ucraina della *Shoah* nel 2018.

§ 1. – Geografia e storia della capitale della Galizia

Leopoli è la traduzione in italiano di Lemberg (tedesco-austriaco), Lvic (ucraino), Lwow (polacco) e Lvov (russo), nome che deriva dal nome Lew del figlio del principe russo Romanovic. Sin dal 1272 era stata capitale del regno della Galizia, diventando nel 1340 capoluogo della Wojewoda Rutenia della Lituania e nel 1349 parte della Regno della Polonia che nel 1356 le concedette il diritto della città di Magdeburg, procedette nel 1386 a un'unione personale con la Lituania e si trasformò in repubblica aristocratica nel 1569. Lemberg fu annessa nel 1772 all'Austria, diventando capitale del Land della Galizia dotata sin dal 1817 di una costituzione la cui revisione era stata rivendicata nella petizione di Leopoli del 1848. Nel 1918 fu capitale della West Ukrainian People's Republic (Zakhidno-Ukrainska Narodnia Respublika, Zunnr), peraltro dotata di una costituzione provvisoria, poi fusa nel 1919 con la Repubblica ucraina popolare.

La città fu fino al maggio 1919 teatro di una guerra vinta dalla Polonia sull'Ucraina e nel 1920 oggetto di un attacco dell'Armata Ros-

* Università degli Studi del Piemonte Orientale.

Il contributo consiste nello studio preparatorio del 4° corso di storia e didattica della *Shoah*, organizzato il 26 febbraio 2017 con il patrocinio del console di Polonia, integrato dall'ultimo paragrafo nel marzo 2018.

sa nella guerra tra Polonia e Russia che istituì una breve Repubblica socialista sovietica di Galizia (1920) prima di essere riannessa alla Polonia. Nel 1939 fu occupata dai russi e nel 1941 dai tedeschi. Nel 1945 fu annessa all'URSS dalla quale si staccò nel 1991 come parte dell'Ucraina tramite plebiscito. In seguito all'adesione della Polonia all'UE nel 2004 divenne territorio confinante, peraltro beneficiario del corridoio mediterraneo della rete europea dei trasporti. Nel corso della storia è diventata una grande città multi-etnica e multi-religiosa europea, con aspirazioni di autonomia e tensioni nazionaliste e culturali, ma anche particolarmente segnata dalla shoah.¹

Nel 1941 furono distrutte quarantasette sinagoghe e tra il 1941 e il 1943 furono massacrati a Lemberg o deportati e liquidati a Belzec circa centocinquantamila ebrei. L'elaborazione giuridica di questa parte della storia non è stata facile e tuttora controversa. Una sentenza di condanna di un tribunale della Repubblica democratica tedesca del 1960 a carico dell'allora ministro per gli espulsi della Repubblica federale, Theodor Oberländer, il cui battaglione aveva attuato i primi massacri, fu revocata nel 1993.

§ 2. - *Il pogrom del 1918 nella storia del diritto*

Per la storia del diritto costituzionale ed internazionale, Lemberg fu nel 1918 teatro non solo di un tentativo di secessione e costituzione provvisoria di una repubblica, ma anche di un *pogrom* delle forze polacche nei confronti degli ebrei. Il fatto fu indagato da una commissione d'inchiesta statunitense guidata dal giurista della Columbia University e ambasciatore presso l'impero ottomano, Henry Morgenthau, che riferì il 3 ottobre 1919:

«On Oct. 30, 1918, when the Austrian Empire collapsed, the Ukrainian troops, formerly in the Austrian service, assumed control of the town. A few hundred Polish boys, combined with numerous volunteers of doubtful character, recaptured about half the city and held it until the arrival of Polish re-enforcement on Nov. 21. The Jewish population declared themselves neutral, but the facts that the Jewish quarter lay within the section occupied by the Ukrainians and that the Jews had organized their own militia, and further, the rumor that some of the Jewish population had fired upon the soldiery, stimulated among the Polish volunteers an anti-Semitic bias that readily communicated itself to the relieving troops. The situation was further complicated by

¹ Cfr. anche M. STANISLAWSKI, *A Murder in Lemberg: Politics, Religion, and Violence in Modern Jewish History*, Princeton, Princeton University Press, 2007; H. SIMON, I. STRATEN-WERTH, R. HINRICHS (a cura di), *Lemberg: eine Reise nach Europa*, Berlin, Links Verlag, 2007.

memoriale creato nel 2007 al cimitero Lychakiv di Leopoli che include tra i “*freedom fighters*” e soldati commemorati alcuni membri della “SS Galizien” con nomi “ucrainizzati”.

Il memoriale della prigione di Zamarstinivska usa un’icona del cristo torturato con il seguente incipit: «Between September 1939 and June 1941, in western Ukrainian prisons, 48,867 people were killed. 1,738,256 were deported to Siberia. In the prisons of the L’viv oblast, during 6 days of 1941, 7,348 prisoners, Ukrainians, Poles, and Jews, were shot»³⁰. A prima vista si potrebbe osservare che è sempre meglio una comunità che una concorrenza tra le vittime, ma la loro riconciliazione retroattiva *ope legis* rischia di essere fraintesa vuoi come negazione e oblio di Stato dei fatti di antisemitismo, di collaborazione e di violenza interetnica, vuoi addirittura come messaggio cinico che “solo la morte” li ha potuto unire. Nelle leggi e pratiche memoriali della Polonia e dell’Ucraina, l’anti-negazionismo del legislatore potrebbe anteporre pertanto a una tutela della memoria globale della Shoah una difesa più o meno agguerrita di una memoria nazionale della guerra.

La storia del diritto di Leopoli è pertanto anche una storia dell’Europa e delle sue difficoltà di rappresentare il senso di umanità, di un’Europa che non deve ignorare i timori storici per l’esistenza di Stati come Polonia e Ucraina, ma neanche abbandonare ai propri confini le speranze di quella sensibilità multiculturale che mantiene anche i valori europei della tolleranza e della solidarietà.

Abstract

The paper focusses what Leopoli means for the history of public law. The shoah was an attempt to destroy a multiethnic and multicultural landscape where hebrew lawyers such as Lauterpacht, Lemkin and Karski learned justice. Today they are heroes for the development of human rights protection and international criminal justice that help to transform and upheld sovereignty on the basis of fundamental values that have been drawn from a dark legacy.

³⁰ D. BECHTEL, *The 1941 Pogroms as Represented in Western Ukrainian Historiography and Memorial Culture*, in *US-Holocaust-Museum, The Holocaust in Ukraine: New Sources and Perspectives*, Washington, 2013, 7, cfr. www.ushmm.org/m/pdfs/20130500-holocaust-in-ukraine.pdf. Sui conflitti etnici cfr. invece T. SNYDER, *To Resolve the Ukrainian Question Once and for All. The Ethnic Cleansing of Ukrainians in Poland, 1943–1947*, in *Journal of Cold War Studies*, 1999, 86–120; IDEM, *The Causes of Ukrainian-Polish Ethnic Cleansing 1943, Past and Present*, n. 179/2003, 197–234. Per una critica cfr. A. WEINER, *Timothy Snyder, Bloodlands*, in *Cahiers du monde russe*, n. 4/2012, www.journals.openedition.org/monderusse/7904.

Colloquio sulla Democrazia

Intervista a Gianfranco Pasquino (Bologna, 9 dicembre 2018)

di Federico Pedrini*



Gianfranco Pasquino, Professore Emerito di Scienza politica all'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna, è Socio dell'Accademia Nazionale dei Lincei e Senior Adjunct Professor of European Studies al Bologna Center della Johns Hopkins University. Allievo di Norberto Bobbio e Giovanni Sartori, è tra i fondatori della Rivista Italiana di Scienza Politica – della quale è stato prima Caporedattore (1971-1977) e poi Condirettore (2000-2003) insieme a Giovanni Sartori – e Condirettore, insieme a Norberto Bobbio e Nicola Mat-

teucci, del Dizionario di Politica della UTET (ult. ed. 2016). Già Presidente della Società Italiana di Scienza Politica e Senatore della Repubblica per tre legislature, ha fatto parte della Commissione Bozzi sulle riforme istituzionali, da sempre coniugando la ricerca scientifica con l'impegno civico e istituzionale. Autore di oltre novanta monografie e d'innumerabili contributi scientifici è uno dei più importanti e affermati studiosi contemporanei della sua disciplina (La Direzione).

Introduzione. Ricordando Bobbio e Sartori: dalla teoria alla pratica della democrazia (e ritorno)

*Quelli che s'innamorano della pratica senza la scienza,
sono come i nocchieri che entrano in naviglio senza timone o bussola,
che mai hanno certezza dove si vadano
(LEONARDO DA VINCI, Trattato della pittura)*

Se si volesse sintetizzare in una frase il lascito forse più prezioso di coloro che, nel Novecento, sono stati con ogni probabilità i due maggiori studiosi italiani della democrazia – mi riferisco a Norberto Bobbio e Giovanni Sartori –, verosimilmente esso potrebbe essere racchiuso nella celebre affermazione di Leonardo da Vinci, secondo cui «sempre la pratica dev'essere edificata sopra la buona teorica». Per entrambi gli illustri Autori, infatti, la corretta conoscenza dei fenomeni

* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

politici non costituiva soltanto un apprezzabile fine (speculativo) in sé, ma rappresentava anche la condizione necessaria e insieme il migliore strumento (operativo) per influire sui relativi universi con fondate speranze di successo. Non a caso, dunque, il nesso inscindibile tra il *ben-capire* – attraverso l'esercizio di buona scienza, guidata dalla *recta ratio* – e il *ben-cambiare* – per il tramite di progetti e congegni meditati e validati dall'ingegneria costituzionale – figura oggi come sottotitolo dell'ultimo saggio monografico che il loro fortunatissimo allievo, Gianfranco Pasquino, ha voluto dedicare al pensiero e alle *res gestae* dei due grandi Maestri della Filosofia e della Scienza politica¹.

In questa chiave, il primo indispensabile passaggio, dal punto di vista di una ordinata progressione logica, è certamente chiarirsi in ordine al significato più appropriato e completo da attribuire a un termine, 'democrazia', il cui limpido etimo non ha tuttavia apprezzabilmente contribuito ad una costruzione puntuale ed univoca del corrispondente concetto scientifico.

Per dirla appunto con Giovanni Sartori, infatti, «Se definire la democrazia è spiegare cosa vuol dire il vocabolo, il problema è presto risolto; basta sapere un po' di greco. La parola significa, alla lettera, potere (*kratos*) del popolo (*demos*). Ma così abbiamo solo risolto un problema verbale: si è soltanto *spiegato un nome*. Il problema di definire la democrazia è assai più complesso»². Prova ne sia che, citando qui invece Norberto Bobbio, «Non c'è autore che si rispetti che, proponendo la propria teoria della democrazia, da rinnovare o da "rivisitare", non abbia elaborato una nuova tipologia delle varie forme dei regimi democratici»³.

Né la fantasia degli "innovatori" si direbbe sensibilmente scemata col passare del tempo, se è vero che anche oggi la letteratura trabocca di tentativi definatori e ri-definatori plurimi e variabilmente immaginifici, ma non sempre altrettanto utili e perspicui nell'inquadramento teorico dei relativi fenomeni. Tutto all'opposto, anzi, proprio come nella celebre incisione di Goya, «El sueño de la razón produce monstruos». Lo evidenzia bene, con la consueta ironia, Gianfranco Pasquino nell'*Intervista* che qui si propone, facendo notare che, in assenza di solide basi teoriche, «Il sonnellino dell'ignoranza non può che produrre aggettivi che non cambiano la sostanza del concetto (e della pratica) di democrazia».

A fronte delle non poche «arrampicate giuridiche e filosofeggianti e sugli specchi della democrazia», dunque, produttive d'altrettante

¹ G. PASQUINO, *Bobbio e Sartori. Capire e cambiare la politica*, Milano, EGEA-Unibocconi, 2019.

² G. SARTORI, *Democrazia. Cosa è*, Milano, BUR, 2011, 11.

³ N. BOBBIO, *Introduzione* (1991), in IDEM, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 2014, XII.

non si accontentano di fare ricerchine per sapere qualcosina di più su un settore politico sempre più ristretto fino a diventare-risultare irrilevante. Personalmente, no, non mi accontento. Se sbaglio, ritorno sui miei passi, cerco l'errore, mi correggo e vado avanti. Ci riprovo. Lo faccio con l'intenzione di produrre sapere utilizzabile, applicabile.

Abstract

The interview with Professor Gianfranco Pasquino critically investigates the concept of democracy and also the problem of how to achieve it concretely in the political practice. Starting from the thought of Norberto Bobbio and especially of Giovanni Sartori, Pasquino highlights the necessary distinction between democracy as an ideal model and democracies as really existing political systems. In this sense, the link between democratic theory and liberal constitutionalism is emphasized and the concepts of "participatory", "pluralist" or "judicial" democracy (*Richterstaat*) are distinguished. Problems of functioning (as well as many hypotheses of solution) of real democracies are further highlighted. In the end, democracies do not appear to be in crisis at all, although they might be at risk of a progressive "erosion".

Presentazione: Alf Ross sulla delegazione di potere

di Riccardo Guastini*



Dicevo, presentando un altro suo saggio nel fascicolo precedente di questa stessa rivista, che Alf Ross è noto in Italia quasi esclusivamente per i suoi lavori filosofico-giuridici, ma in realtà era un giurista di multiforme ingegno. La sua bibliografia include molti studi di diritto pubblico: tra questi, una teoria generale delle fonti, un manuale di diritto costituzionale danese, un manuale di diritto internazionale, due libri sulle Nazioni Unite, nonché vari studi di diritto penale¹.

Questo saggio sulla delegazione di potere – uno dei suoi molti lavori di teoria costituzionale – è da noi del tutto sconosciuto: quanto meno, io non mi sono mai imbattuto in una citazione².

Ross affronta qui due problemi: il concetto di delegazione di potere (con particolare riferimento alla delegazione legislativa) e il valore giuridico della massima, già enunciata da Locke nel suo *Second Treatise on Government*, «delegata potestas non potest delegari».

(i) Quanto al primo punto, Ross adotta (giustamente) un concetto ristretto di delegazione di potere normativo: delegare un potere normativo non è la semplice autorizzazione a emanare norme; propriamente parlando, si ha delegazione allorché un'autorità conferisce ad altri il potere di emanare norme dotate della stessa forza giuridica (dello stesso rango nella gerarchia delle fonti) che esse avrebbero se fossero emanate dall'autorità delegante.

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

¹ Desumo queste notizie da E. PATTARO (a cura di), *Denmark, Legal Philosophical Library. An International Bibliography of Philosophy and Theory of Law*, Bologna, CLUEB, 1980, 96 ss. Alcuni dei lavori menzionati sono stati pubblicati in lingua inglese, ma il manuale di diritto costituzionale non è accessibile in lingue diverse dal danese.

² Il saggio, tradotto da chi scrive, era già apparso nel volume S. CASTIGNONE, R. GUA-
STINI (a cura di), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*, II
ed., Genova, ECIG, 1990.

La delegazione legislativa, in particolare, è quella che conferisce all'Esecutivo il potere di emanare norme di rango legislativo, ossia dotate di "forza derogatoria", capaci di modificare o abrogare leggi formali. Anche se, a stretto rigore, una delegazione di questo genere è «logicamente impossibile», nel senso che in nessun caso, dice Ross, il decreto legislativo delegato può derogare alla stessa legge di delegazione (nella parte in cui conferisce la delega): «tutte le altre barriere possono essere rimosse, ma non può essere rimosso questo legame tra legge di delegazione e decreto delegato».

Peraltro, secondo Ross, la delegazione legislativa è una anomalia (un fenomeno «eccezionale») giacché sconvolge la «normale» gerarchia delle fonti normative: costituzione, legge, regolamento. «Questa gerarchia è sconvolta se la normale efficacia costituzionale non è riservata agli atti del potere costituente, e se la forza di legge non è riservata alle leggi formali. Possiamo anche dire: la gerarchia è sconvolta laddove la costituzione autorizzi il legislatore ad emanare disposizioni di legge dotate di efficacia pari a quella della costituzione, o laddove il legislatore autorizzi l'esecutivo ad emanare decreti dotati di forza di legge».

Come che sia, non sarebbe appropriato chiamare "delegazione" (legislativa) il semplice conferimento all'Esecutivo di poteri regolamentari. Da questo punto di vista, è del tutto impropria l'espressione, da noi comunemente usata, "regolamento delegato" per riferirsi ai regolamenti di delegificazione (art. 17, comma 2, legge 400/1988).

(ii) Quanto alla massima «delegata potestas non potest delegari», Ross nega che essa sia un principio di "logica giuridica" o che discenda dalla "natura delle cose", e sia pertanto valida in ogni possibile ordinamento. È piuttosto un problema di diritto costituzionale positivo, più precisamente di interpretazione della costituzione.

D'altra parte, argomenta Ross, quando la competenza di un organo sia illimitata sotto il profilo del suo contenuto (generalmente parlando, è questo il caso della competenza legislativa), e sia definita solo come competenza a emanare norme dotate di una forza giuridica determinata da un preciso ordine gerarchico, allora la competenza conferita include altresì il potere di delegare la competenza stessa. «Poiché la delegazione di poteri legislativi non è conferita ad alcun altro organo, essa è inclusa nella competenza del legislatore».

Il che è quanto dire - Ross apparentemente non se ne avvede - che la delegazione legislativa, ove non sia esplicitamente esclusa, deve ritenersi ammessa in qualunque costituzione (moderna), indipendentemente da qualunque disposizione costituzionale espressa in tal senso. Sicché, dopo tutto, non si vede in che senso la delegazione costituisca una anomalia nel sistema delle fonti.

Interventi, Note e Discussioni

*Le parole chiave nello studio del rapporto fra Parlamento e Governo nella
Contribution a la Théorie Générale de l'Etat di Carré de Malberg*
di Maria Esmeralda Bucalo

*Autodichia delle Camere Parlamentari nelle
controversie per l'annullamento delle delibere
afferenti il ricalcolo ex post dei "vitalizi" degli
ex parlamentari secondo il metodo contributivo?*
di Giovanni Cogo

*L'epilogo del caso Taricco.
L'attivazione "indiretta" dei controlimiti
e gli scenari del diritto penale europeo*
di Cristiano Cupelli

*Diritto e nuove tecnologie: il nodo
(controverso) della regolazione giuridica*
di Francesco De Vanna

*Cinema e Diritto. Spunti per una lettura delle società
multiculturali contemporanee attraverso la cinematografia*
di Ginevra Cerrina Feroni

La Costituzione 70 anni dopo - E pluribus una?
di Mario Patrono

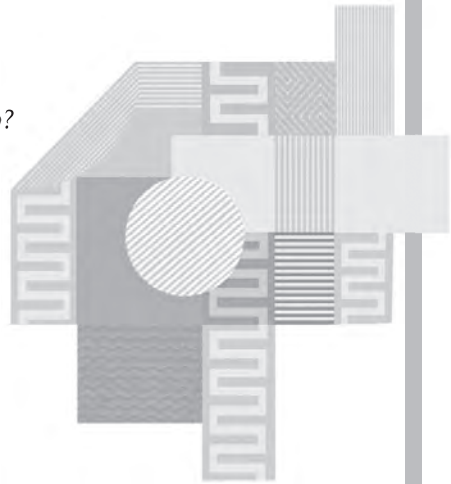
*La decisione della Corte costituzionale sul caso Cappato:
una ordinanza che sembra una sentenza, ma non lo è*
di Margherita Raveraira

Gregorio Peces-Barba (1938-2012): tra teoria dei diritti e impegno costituzionale
di Thomas Casadei

Il discorso sui diritti nel pensiero di Peces-Barba
di Francisco Javier Ansuátegui Roig

*Società civile, etica pubblica e patriottismo costituzionale nel pensiero
giuridico-politico di Gregorio Peces-Barba*
di Fernando H. Llano Alonso

La rilevanza della storia nella teoria dei diritti di Gregorio Peces-Barba
di Michele Zezza



riflessione sulla realtà odierna. Essa, evidentemente, è frutto del periodo storico in cui la *Contribution a la théorie generale de l'Etat* si colloca: i decenni fra i due conflitti mondiali, che vedono il progressivo affermarsi nell'Europa continentale dei regimi autoritari. In quel periodo la Francia deve rimanere saldamente ancorata ai suoi principi e ai suoi valori costituzionali e Carré de Malberg lo fa in modo assoluto e radicale con la sua teoria, affermando la primazia del Parlamento e, prima ancora, quella della volontà popolare, considerata l'unico limite posto a garanzia del patrimonio dei valori lasciati dalla Rivoluzione. A differenza di quanto invece affermerà la dottrina giuspubblicistica tedesca, la quale attraverso l'opera di Schmitt, individuerà il custode della Costituzione nel Capo dello Stato.

Oggi, però, il pensiero del cattedratico di Strasburgo si colora di tinte meno nitide e le ragioni garantiste, che lo avevano giustificato, appaiono al contrario per nulla rassicuranti.

La superiorità del Parlamento, o, per utilizzare termini kelseniani, il suo primato, è difficile da scorgere nell'attività istituzionale di questa legislatura. Se ne deve piuttosto riscontrare l'assenza, sebbene lo scenario politico fortemente instabile avrebbe potuto indebolire il Governo, sprovvisto di un'unica, chiara e autorevole guida. Forse, il rafforzamento dell'Esecutivo deriva da quella stessa volontà popolare, che Carré de Malberg considerava invece a fondamento della supremazia del Parlamento, ma che ora si esprime attraverso canali nuovi, che rafforzano la legittimazione popolare dei *leader* di governo, i quali, nell'odierna prassi istituzionale, hanno determinato il mutamento dell'assetto dell'Esecutivo, facendolo assomigliare ad una diarchia⁴⁹.

In questo quadro il monito dell'A. sull'*accroissement de l'opinion populaire* come garanzia delle libertà e dei diritti individuali, non suona più così tranquillizzante, soprattutto se ascoltato con il sottofondo dell'assenza di contropoteri, corpi intermedi e istituti limitativi e, a monte, senza lo sviluppo di una coscienza civica, che si ponga a fondamento dell'esercizio consapevole dei diritti che derivano dalla cittadinanza, *in primis* del diritto di voto.

Abstract

The essay, inspired by the *Contribution a la Théorie Générale de l'Etat*, analyzes, through some keywords, the Carré de Malberg's theory of relationship between Parliament and the Government in the French Third Republic form of government.

⁴⁹ G. DI COSIMO, *I primi cento giorni e le novità nella prassi del Governo, in lacostituzione. info.*

Starting from the point-by-point confutation of Montesquieu's theory of separation of powers, the author believes that there must be a supreme organ to ensure the uniqueness and indivisibility of the will and sovereignty of the State and identifies it in the Parliament.

The relationship between these two organs are therefore organized according to a system of gradation of powers, for which the *puissance originale* of the people will degrade into the lower one, (the legislative), which in turn will degrade into the lower one, (the executive). So in the author's theoretical material functions are all exercised for the same purpose by all organs, but these are not among them in equal position, but are overwhelmed by the superiority of the Parliament.

Conscious of the necessity of finding a limit to that supremacy and unable to retrieve it in the Constitution, flexible and, therefore, not supported by any control of constitutionality, he finds it exclusively growth *de la puissance de l'opinion populaire*.

Le parole chiave nello studio del rapporto fra Parlamento e Governo nella Contribution a la Théorie Générale de l'Etat di Carré de Malberg

di Maria Esmeralda Bucalo*



Sommario: § 1. – Premessa storica e metodologica. § 2. – *Puissance* e *pouvoir*: la teoria dello Stato di Carré de Malberg a partire dalla critica separazione dei poteri di Montesquieu. § 3. – La critica della teoria della separazione dei poteri di Montesquieu. § 3.1. – *L'unité de buts* come fondamento della critica della *pluralité de pouvoirs* e della separazione materiale delle funzioni. § 3.2. – *Gerarchia* e *organo supremo* come fondamento della critica al concetto di indipendenza e dell'eguaglianza fra gli organi. § 3.3. – *Organo supremo* e critica del parlamentarismo dualista. § 4. – Dalla *separation* alla *gradation de pouvoirs*. § 5. – La *limitation de pouvoirs* attraverso la *souveraineté populaire*. § 6. – Brevi riflessioni conclusive.

§ 1. – *Premessa storica e metodologica*

L'opportunità di studiare Carré de Malberg e la sua teoria generale dello Stato nella *Contribution a la Theorie Generale de l'Etat* è stata data a chi scrive dagli incontri che sovente si svolgono fra giovani studiosi, che periodicamente si riuniscono per parlare insieme degli "autori classici" del diritto costituzionale: quegli autori che si trovano spesso citati, ma che le esigenze di studio consentono di approfondire solo parzialmente e solo limitatamente alle esigenze della ricerca di ciascuno. In particolare chi scrive è stata invitata ad approfondire la teoria relativa ai rapporti fra organo parlamentare ed esecutivo così come tratteggiati nella summenzionata opera.

L'occasione, che non capita spesso, ha condotto ad approfondire il pensiero di un autore, che si è rivelato affascinante e attraente, oltre che chiaro nell'esposizione, sebbene l'opera sia reperibile solo in lingua originale.

Preliminarmente però, al fine di comprendere a pieno il testo è necessario ricordarne la collocazione storica e politica, perché essa

* Università degli Studi di Palermo.

contribuirà a portare alla luce le radici del pensiero di Carré de Malberg e le ragioni della sua teoria generale dello Stato.

Come è noto, la prima edizione dell'opera reca data 1920 e si pone esattamente nel pieno della c.d. Terza Repubblica, la quale è compresa fra il 1870 (anno della sconfitta dell'esercito francese a Sedan nella guerra franco-prussiana) e il 1940 (anno dell'invasione tedesca del Paese e dell'avvio del regime autoritario c.d. Repubblica di Vichy).

Caratterizzato da grande instabilità dei governi e maggioranze parlamentari molto divise, il periodo storico si contraddistingue per il forte disorientamento politico, dovuto alla summenzionata grave sconfitta bellica ed ai molteplici scandali finanziari. A ciò si sommavano poi il crescente nazionalismo, alimentato soprattutto dagli ambienti militari, e i primi episodi di antisemitismo, che portarono spesso alle soglie del colpo di stato¹.

Dal punto di vista della storia costituzionale, la sconfitta della battaglia di Sedan determinò la resa di Napoleone III e la ricostituzione della Repubblica, sebbene non senza difficoltà. Infatti, a causa dello scontro perdurante fra legittimisti e monarchici, che si protrasse fino al 1875 e che vide infine il prevalere dei primi, la nuova Costituzione non fu mai scritta, perché si ritenne che la prassi istituzionale di quegli anni avesse ben funzionato. Vennero invece redatte tre leggi costituzionali: la legge del 24 febbraio 1875, che istituiva il Senato²; la legge del 25 febbraio 1875, che organizzava i rapporti tra esecutivo e legislativo, conferendo alla Camera dei deputati e al Senato, riuniti in Assemblea nazionale, il potere di eleggere ogni sette anni il Presidente della Repubblica. Costui avrebbe esercitato il potere esecutivo, nominando i ministri (art. 3), il potere di scioglimento anticipato della Camera dei deputati, solo dopo aver avuto l'assenso del Senato, fermo restando l'obbligo di svolgimento delle elezioni entro tre mesi (art. 5). Ed infine la legge del 16 luglio del 1875, che dettava ulteriori norme, relative per esempio all'organizzazione delle sessioni parlamentari, al procedimento di elezione del nuovo presidente della Repubblica (art. 3), al potere presidenziale di chiedere una nuova deliberazione su un testo di legge (art. 7) e alla messa in stato di accusa del Presidente stesso (art. 12).

¹ Si pensi per esempio all'*Affaire Dreyfus*, che ebbe anche gravi ripercussioni politiche fino quasi alle soglie del colpo di Stato militare, come anche il caso *Boulangier* e il caso *Stavinsky* (si veda sul tema F. COEN, *Dreyfus*, Milano, Mondadori, 2002 e anche J. HUIZINGA, *Lo scempio del mondo*, Milano, Mondadori, 2004, spec. 92-105).

² Con un numero di componenti pari a 300 di cui di cui 225 eletti su base territoriale nei dipartimenti e nelle colonie, 75 dall'Assemblea nazionale. I senatori erano eletti per nove anni, salvo quelli di nomina dell'Assemblea (art. 7), ogni tre anni si procedeva a rinnovare un terzo del Senato. Al Senato come Alta Corte di Giustizia erano poi chiamati a rispondere Presidente della Repubblica e i Ministri, ma anche chiunque fosse responsabile di atti contro la sicurezza dello Stato (art. 9).

Autodichia delle Camere Parlamentari nelle controversie per l'annullamento delle delibere afferenti il ricalcolo ex post dei "vitalizi" degli ex parlamentari secondo il metodo contributivo?

di Giovanni Cogo*



Sommario: § 1. – Le delibere del Consiglio di Presidenza della Camera n. 14 del 12 luglio 2018 e del Senato della Repubblica n. 6 del 16 ottobre 2018 e le questioni circa la giurisdizione. § 2. – La pronuncia del Collegio di Appello della Camera dei Deputati n. 3/2018/ Ap.Cons.; la sentenza della Corte costituzionale del 26 settembre 2017, n. 262 e la Commissione Speciale del Consiglio di Stato. § 3. – Lo *status* di ex parlamentare quale elemento di discriminare ai fini della giurisdizione. § 4. – L'inadeguatezza dello strumento regolamentare tra riserva di legge e riserva di regolamento. § 5. – Indennità e vitalizio: linee di confine e assimilabilità delle due figure.

regolamentare tra riserva di legge e riserva di regolamento. § 5. – Indennità e vitalizio: linee di confine e assimilabilità delle due figure.

§ 1. – Le delibere del Consiglio di Presidenza della Camera n. 14 del 12 luglio 2018 e del Senato della Repubblica n. 6 del 16 ottobre 2018 e le questioni circa la giurisdizione

Non è molto risalente la condivisibile statuizione della Corte costituzionale¹ inerente all'attribuzione agli Organi di autodi-

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

¹ Com'è noto si tratta della pronuncia della Corte costituzionale del 26 settembre 2017, n. 262, con cui la Consulta in tema di autodichia delle Camere parlamentari e della Presidenza della Repubblica ha risolto le questioni sottoposte al suo esame dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione relative al giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nei confronti del Senato e del Presidente della Repubblica in relazione alle disposizioni regolamentari che disciplinano la tutela giurisdizionale nelle controversie di lavoro dei loro rispettivi dipendenti.

Su tale pronuncia si vedano tra i vari: N. LUPO, *Sull'autodichia la Corte Costituzionale, dopo lunga attesa, opta per la continuità* (nota a Corte Cost. n. 262 del 2017), in *Forum di Quaderni costituzionali*, 21 dicembre 2017, 1 ss.; L. CASTELLI, *Il "combinato disposto" delle sentenze n. 213 e n. 262 del 2017 e i suoi (non convincenti) riflessi sull'autodichia degli organi costituzionali*, in *Osservatorio costituzionale Aic*, 1/2018; G. D'AMICO, *La Corte adegua la sua autodichia alla «propria» giurisprudenza ma fino a che punto?*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2018, 478-480; R. DICKMANN, *La Corte costituzionale consolida l'autodichia degli organi costituzionali*, in *www.Federalismi.it*, n. 24/2017; G. BUONOMO, *La Corte, la sete e il prosciutto*, in *Quaderni costituzionali*,

chia² delle Camere parlamentari e della Presidenza della Repubblica della giurisdizione sulle questioni relative alle disposizioni regolamentari che disciplinano la tutela giurisdizionale nelle controversie di lavoro dei loro rispettivi dipendenti³.

1/2018; IDEM, *L'autodichia degli organi costituzionali è a sua volta costituzionale*, in *www.laCostituzione.info*, 21 gennaio 2018; G. BARCELLONA, *I "paradisi normativi" e la grande regola dello Stato di diritto: l'autodichia degli organi costituzionali e la tutela dei diritti dei "terzi"*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2018; G. COGO, *Autodichia: un "diritto onorario" salvato dalla Corte Costituzionale piuttosto che dal prestigio delle istituzioni?*, in *www.Giustamm.it*, 3/2018; L. BRUNETTI, *Giudicare in autonomia: il vestito nuovo dell'autodichia*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2018, 204-207; G. MAROLDA, *Fumata nera per il punto di equilibrio tra l'autonomia costituzionale delle Camere e del Presidente della Repubblica e il potere giudiziario. Breve nota alla sentenza n. 262/2017 della Consulta*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2018; F. DALLA BALLA, *I paradossi dell'autodichia Prospettive delle giurisdizioni domestiche dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 262/2017*, in *www.Federalismi.it*, 15/2018; R. IBRIDO, *"Il meglio deve ancora venire". La sentenza sull'autodichia e la "dissenting opinion" del giudice Amato*, in *Diritti comparati*, 22 gennaio 2018; F.G. CUITAIA, *Riaffermata dalla Consulta l'autodichia degli organi costituzionali*, in *www.astrid-online.it*, 1/2018.

² Sull'autodichia delle Camere parlamentari, senza pretesa di completezza, si vedano: S. ROMANO, *Gli atti di un ramo del Parlamento, e la loro pretesa impugnabilità davanti alla IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Il circolo Giuridico: rivista di legislazione e giurisprudenza*, 30/1899, 77-86; F.G. SCOCA, *Operazione cosmetica per i giudici parlamentari*, in *Il Diritto processuale amministrativo*, 1988, 490; N. OCCHIOCUPO, *Autodichia*, in *Enc. giur. IV*, Roma, Treccani, 1988; A. PLACANICA, *Autodichia delle assemblee parlamentari*, in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, 3/1994, 189; V. DI CIOLO, *La cosiddetta autodichia delle Camere*, voce "Il Parlamento" in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, Giuffrè, 1995; R. DICKMANN, *Autonomia e capacità negoziale degli organi costituzionali. L'esperienza delle Assemblee parlamentari*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 399; M.L. MAZZONI HONORATI, *Lezioni di diritto parlamentare*, Torino, Giappichelli 1999, 190; M. MIDIRI, *Autonomia costituzionale delle Camere e potere giudiziario*, Padova, Cedam, 1999; IDEM, *Sull'autonomia organizzativa degli organi costituzionali: la prassi recente*, in *Dir. soc.*, 2000, 435; A. STEVANIN, *Note di aggiornamento in tema di autonomia della Camera dei Deputati*, in *Il Parlamento della Repubblica. Organi, procedure, apparati*, 11/2001, Roma, Camera dei Deputati, 373; E. LEHNER, *Regolamento per la tutela giurisdizionale relativa agli atti di amministrazione della Camera dei Deputati non concernenti dipendenti vs. giusto processo, precettività della Costituzione e primato del diritto comunitario*, in *Giur. Cost.*, 1/2002, 471; V. DI CIOLO, L. CIAURO, L. CIAURO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano, Giuffrè, 2003, 345; C. CHIMENTI, *Principi e regole delle assemblee politiche*, Torino, Giappichelli, 2004, 83; A. D'ANDREA, *Autonomia costituzionale delle Camere e principio di legalità*, Milano, Giuffrè, 2004; S. CONFORTI, *Brevi considerazioni sul principio dell'autodichia*, in *Giurisprudenza italiana*, 2005, 1886; A.G. FERRO, *L'autodichia delle Camere ed i principi costituzionali e sovranazionali in tema di tutela giurisdizionale*, in *Scritti dei dottorandi in onore di A. Pizzorusso*, Torino, Giappichelli, 2005, 224; A.C. SORRENTINO, *L'autodichia degli organi parlamentari*, in *Giur. di merito*, 2008, 544; P. PISICCHIO, *Aspetti dell'autodichia parlamentare*, Bari, Cacucci, 2010; F.G. SCOCA, *Autodichia e stato di diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 25; G. MALINCONICO, *Attività e prassi degli organi giurisdizionali di autodichia della Camera dei Deputati*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 2011, 245; IDEM, *Ancora sull'autodichia delle Camere e sul sindacato di legittimità dei regolamenti parlamentari*, in *www.Federalismi.it*, 12/2013; V. COZZOLI, *La rinnovata validità dell'autodichia della Camera dei deputati come strumento di autonomia dell'istituzione parlamentare*, in *Le autonomie in cammino. Scritti in onore di G.C. De Martin*, Padova, Cedam, 2012, 372; L. BRUNETTI, *La tutela dei diritti fondamentali innanzi gli organi legislativi. L'autodichia delle Camere*, in *Jus*, 2014, 173; F.G. SCOCA, *Autodichia e indipendenza delle Camere parlamentari*, in *Giur. cost.*, 2014, 2091; A. LOSACCO, *Autodichia degli organi costituzionali. Fondamenta e prassi*, Napoli, Jovene, 2018, 105. Più in particolare sull'autodichia della Presidenza della Repubblica si vedano tra i vari: S.M. CICONETTI, *L'autodichia della Presidenza della Repubblica*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*; P. CARLUCCIO, *L'autodichia della Presidenza della Repubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 54; G. MALINCONICO, *Sull'autodichia della Presidenza della Repubblica*, in *www.Federalismi.it*, n. 7/2010.

³ Sul punto si vedano tra i vari contributi: R. LUCIFREDI, *Note sulla tutela giurisdizionale delle posizioni soggettive lese del personale dipendente degli organi costituzionali dello Stato*, in *Rass. parl.*, 1971, 35; A.M. SANDULLI, *Spunti problematici in tema di autodichia degli organi costituzionali e di giustizia domestica nei confronti del loro personale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1977, 1831; E. CUCCODORO, *Aspetti originali del rapporto di impiego con le Camere parlamentari*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 1977, 2188; P. DI MUCCIO, *Nemo iudex in causa propria: la politica e il diritto nella tutela giurisdizionale dei dipendenti delle Camere parlamentari*, in *Foro Amm.*,

go senza che alcuno di tali elementi sia rinvenibile nell'istituto dell'"indennità" parlamentare introdotto dall'art. 69 della Costituzione.

Peraltro la profilabilità delle surriferite questioni di legittimità costituzionale non è stata affatto sottovalutata allorché nella scorsa legislatura il tentativo di riforma della disciplina dei vitalizi era stato proposto con lo strumento normativo (*disegno di legge ordinaria*), avendo evidentemente il legislatore ritenuto tale materia coperta dalla riserva di cui all'art. 69 della Costituzione.

Difatti, nel corso della XVII legislatura la surriferita proposta di riforma è stata oggetto di esame parlamentare con l'approvazione da parte della Camera dei deputati, nella seduta del 26 luglio 2017, di un testo volto a disporre l'applicazione di un nuovo trattamento previdenziale contributivo e la rideterminazione dei trattamenti e vitalizi in essere; l'*iter* parlamentare, giunto al Senato, non si è poi concluso prima della fine della legislatura³¹. Analogamente, dal mese di settembre 2015, il tema era stato trattato anche con due proposte di legge costituzionali concernenti la materia dei vitalizi dei membri del Parlamento e dei consiglieri regionali, proposte di cui la I Commissione aveva avviato l'esame, ciò a dimostrazione che a tutt'oggi tale materia non appare affatto priva di criticità afferenti la legittimità costituzionale dello strumento regolamentare.

Abstract

The paper invites to reflect about domestic jurisdiction of the Italian Chambers of the Parliament for the litigations with the ex members of Parliaments. We speak specially about the materiality of recent deliberations of Presidency Council of Chamber n. 14/2018 of 12 July 2018 and of Senate of Republic n. 6 of 16 October 2018 having object a radical reformation about "life annuity" discipline for the ex members of Parliaments: this into consideration of the constitutional issues about the eligibility of the parliamentary law used for this purpose, and in consideration about the legal nature of the "life annuity" for the ex members of Parliament.

³¹ Si tratta com'è noto del disegno di legge ordinaria di cui all'Atto del Senato n. 2888 del 2017 recante Disposizioni in materia di abolizione dei vitalizi e nuova disciplina dei trattamenti pensionistici dei membri del Parlamento e dei Consiglieri regionali.

L'epilogo del caso Taricco

L'attivazione "indiretta" dei controlimiti e gli scenari del diritto penale europeo

di Cristiano Cupelli*



Sommario: § 1. – Il tema. § 2. – L'evoluzione. § 2.1. – L'apertura del conflitto: Taricco I e le questioni di legittimità costituzionale. § 2.2. – L'ordinanza n. 24 del 2017 e la scelta del rinvio pregiudiziale. § 2.3. – Taricco II: il passo indietro della Corte di Giustizia e le questioni ancora aperte. § 2.4. – La Corte costituzionale chiude il conflitto: la sentenza n. 115 del 2018. § 3. – Gli scenari. § 3.1. – La posta in gioco. § 3.2. – La vittoria della strategia diplomatica e le prospettive future: verso un diritto penale, nazionale ed europeo, più certo?

§ 1. – Il tema

Con il deposito della sentenza n. 115 del 2018¹, la Corte costituzionale ha chiuso definitivamente il caso Taricco e aperto nuovi scenari

* Università degli studi di Roma Tor Vergata.

¹ Corte costituzionale, sent. 31 maggio 2018, n. 115, in *Dir. pen. cont.*, 4 giugno 2018, con nota di C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'* e M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2018; in *Arch. pen.*, 2/2018, con nota di G. CIVELLO, *La sentenza n. 115/2018 della Consulta alla luce della 'Taricco-bis' della CGUE*; in *Cass. pen.*, 2018, 2776 ss., con nota di M. GAMBARDILLA, *Inapplicabile senza eccezioni la 'regola Taricco' nel nostro ordinamento: una parola definitiva della Corte costituzionale?*, *Dir. pen. cont.*, 2786 ss.; in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1281 ss., con note di M. LUCIANI, *La dura realtà e il 'caso Taricco'*, in *Dir. pen. proc.*, 1284 ss. e D. PULITANÒ, *La chiusura della saga Taricco e i problemi della legalità penalistica*, in *Dir. pen. proc.*, 1289 ss.; sulla sentenza, v. anche le osservazioni di A. RUGGERI, *Taricco, amaro finale di partita*, in *Consulta on line*, fasc. III/2018; IDEM, *Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale?*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 3/2018; S. POLIMENI, *Il caso Taricco e il gioco degli scacchi: l'evoluzione dei controlimiti attraverso il dialogo tra le Corti, dopo la sent. cost. n. 115/2018*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 2/2018, 20 giugno 2018; D. GALLO, *La Corte costituzionale chiude la 'saga Taricco': tra riserva di legge, mancata (?) opposizione del controlimite e implicita negazione dell'effetto diretto*, in C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della 'saga Taricco'*, Milano, Giuffrè, 2018, 377 ss.; M. CAIANIELLO, *Quel che resta del dialogo*, cit., 391 ss.; V. MANES, *Taricco, finale di partita*, *Op. ult. cit.*, 407 ss.; P. FARAGUNA, *Roma locuta, Taricco finita*, in *Diritti comparati on line*, 5 giugno 2018; C. AMALFITANO – O. POLLICINO, *Jusqu'ici tout va bien...ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco*, in *Diritti comparati on line*, 5 giugno 2018; F. GIUNTA, *La Consulta riafferma la tradizione culturale del diritto penale costituzionale: una sentenza davvero 'rivoluzionaria'*, in corso di pubblicazione in *Giur. cost.*, 2018.

per il principio di legalità penale (anche) nella prospettiva europea. La decisione – anticipata da un comunicato diffuso a ridosso dell’udienza, nel quale ci si era limitati a dichiarare infondate le questioni di legittimità prospettate – suggella, in una sorta di *esercizio indiretto dei contro-limiti* (su cui v. *infra*, § 3.2.), la consacrazione della strategia diplomatica messa in atto a tutela dei principi fondamentali dell’ordinamento italiano (in particolare della determinatezza e dell’irretroattività della legge penale), sviluppando rilevanti puntualizzazioni, dense di risvolti sul piano dei rapporti tra ordinamento interno e UE e fra potere legislativo e giudiziario.

§ 2. – *L’evoluzione*

Appare utile riepilogare, preliminarmente, termini e passaggi essenziali della vicenda, che trae spunto dalla prima sentenza Taricco della Corte di Giustizia dell’8 settembre 2015.

§ 2.1. – *L’apertura del conflitto: Taricco I e le questioni di legittimità costituzionale*

Come è ben noto, in tale pronuncia la Grande Sezione della Corte di Giustizia, sollecitata dal GUP presso il Tribunale di Cuneo², ha affermato l’obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la disciplina interna in materia di atti interruttivi della prescrizione emergente dagli artt. 160 e 161 c.p., allorquando ritenga che essa, fissando un limite massimo al corso della prescrizione, impedisca allo Stato italiano di adempiere agli obblighi di effettiva tutela degli interessi finanziari dell’Unione, imposti dall’art. 325 del TFUE, nei casi di frodi tributarie di *rilevante entità* altrimenti non punite in un *numero considerevole di casi*.

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

² Con una questione pregiudiziale sollevata con ordinanza 17 gennaio 2014, in *Dir. pen. cont.*, 7 febbraio 2014.

Abstract

The Taricco case closure, ratified by the Constitutional Court with the recent sentence no. 115 of 2018, offers important insights not only to analyze the dynamics of the confrontation established between the Constitutional Court and the Court of Justice about the possible disregard in *malam partem* of the internal regulation of the interruptive acts of the prescription, but also and above all in order to reflect, in internal and in supranational level, about the possible evolution about the principle of legality and, in particular, about the canon of sufficient determination of the criminal law.

Diritto e nuove tecnologie: il nodo (controverso) della regolazione giuridica

di Francesco De Vanna*



Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – La normatività del diritto dalla scrittura alla tecnologia. § 2.1. – Diritto, testo scritto e interpretazione. § 2.2. – Cosa resta del diritto? Il *Rule of law* alla prova della tecnologia. § 3. – Teoria giuridica del *design*: verso una “normatività ibrida”. § 3.1. – Il codice nella prospettiva pluralistica di Lessig. § 3.2. – Una tassonomia minima. § 4. – Dalla responsabilità del robot alla responsabilità dell’uomo. § 4.1 – Il caso dei robots: dimenticare Asimov? § 4.2 – Una cornice normativa per operatori e istituzioni.

§ 1. – Premessa

La tensione dialettica che anima il rapporto tra il diritto e lo sviluppo repentino della tecnologia mette in rilievo, in tutta la sua complessità, il problema del rapporto tra diritto e altre tecniche normative.

I giuristi sovente vivono l’innovazione tecnologica come un’espropriazione che relega il diritto al ruolo di mero *instrumentum scientiae*¹. Scrive a questo proposito Giovanni Pascuzzi che: «[g]li standard tecnologici vengono definiti in base alle conoscenze considerate più avanzate in un determinato contesto storico su un certo aspetto. I soggetti in grado di definire quali siano le acquisizioni più avanzate sono gli *esperti* del settore: in questo senso si tratta di tecnici. Gli standard del diritto dell’era digitale sono posti da tecnici (che parlano ad altri tecnici)»².

A differenza delle “vecchie”, le nuove tecnologie non rispondono alle sole esigenze della razionalità strumentale, quali dispositivi di governo del mondo e della natura: esse penetrano nell’umano e lo trasformano³.

La crescita esponenziale delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione (ICT) si riflette su altri campi della scienza e dell’attività umana – la medicina, la biologia, la creatività – e ne sollecita un

* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

¹ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 352.

² G. PASCUZZI, *Il diritto dell’era digitale*, Bologna, il Mulino, 2016, 297.

³ Cfr. a titolo esemplificativo A. PIRNI, A. CARNEVALE, *The Challenge of Regulating Emerging Technologies: A Philosophical Framework*, in E. PALMERINI, E. STRADELLA (a cura di), *Law and Technology. The Challenge of Regulating Technological Development*, Pisa, University Press, 2013, 59-76.

superamento dei confini e dei “limiti”, in termini di portata e velocità: è inevitabile, dunque che, dinnanzi ad alcune situazioni-limite, si sollevino quelli che Karl Jaspers ha definito «interrogativi radicali»⁴.

Dinanzi all’attuale sviluppo tecnologico, in particolare, è difficile allontanare la sensazione «che le norme giuridiche già esistenti siano inadeguate e insufficienti per regolare *in tutte le sue implicazioni* l’interazione tra gli uomini e *queste* macchine, all’evidenza “diverse” da tutte le altre»⁵ e che, dunque, ci si muove in terra, per molti aspetti, giuridicamente “incognita”.

Il diritto è chiamato a prendere atto dell’emersione di una nuova antropologia, ad analizzarne criticamente la dinamica, e a impedire che le sue implicazioni normative siano talmente contingenti da fare dell’uomo «lo schiavo felice delle macchine»⁶.

L’umanità sembra aver fatto ingresso in una fase dominata dall’*ubiquitous computing*⁷ che consentirà il superamento del paradigma del *desktop* e permetterà una estrapolazione invasiva di dati grazie a sensori installati negli oggetti e connessi alla rete. Emergono nuovi rischi di vulnerabilità e di discriminazione per mezzo essenzialmente della perdita di controllo derivante dalla *classificazione* tramite modelli socialmente obbliganti che minano l’autonoma capacità di decisione.

Ciò, peraltro, può indurre taluni utenti a modificare il proprio comportamento per sfuggire alla catalogazione dell’algoritmo oppure per evitare danni reputazionali (*normalization*), con risvolti oggettivi per la costruzione sociale della stessa identità del soggetto.

In questo senso, ad esempio, il concetto di *privacy* ha acquisito una dimensione nuova, più articolata, concettualmente connessa con il profilo del “controllo” dei propri dati: si è passati dunque dalla definizione convenzionale come «diritto ad essere lasciato solo»⁸ al «control of information about oneself»⁹ fino al «diritto dell’individuo di scegliere quel che è disposto a rivelare agli altri»¹⁰.

⁴ K. JASPERS, *La fede filosofica di fronte alla rivelazione*, Milano, Longanesi, 1970.

⁵ C. SALAZAR, *Umano troppo umano...o no?*, in *BioLaw Journal*, 1, 2014, 255-276, 257.

⁶ S. BUTLER, *Erewhon or Over the Range*, Londra, Trubner, 1872.

⁷ M. WEISER, *Some Computer Science Problems in Ubiquitous Computing*, in *Communications of the ACM*, 36, 7, 1993, ristampato con il titolo *Ubiquitous Computing*, in *Nikkei Electronics*, 26, 10, 137-143.

⁸ L. BRANDEIS, S. WARREN, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, 4, 5, 193-220.

⁹ A.F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, New York, Athenum, 1967, 7. Per una ricognizione critica del problema cfr. *Mondi della vita, rete, trasformazioni del diritto*, in *Ars Interpretandi*, fascicolo monografico, 2017, 1 (in particolare la *Presentazione* di Thomas Casadei, 7-13, e il contributo di S. SCAGLIARINI, *In tema di privacy: virtù e vizi della cultura giuridica*, 49-75); V. COLOMBA, G.F. ZANETTI, *Aspetti problematici della nozione di privacy da un punto di vista filosofico-giuridico*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2017, 27-39. Sulla regolamentazione attuale nel contesto dell’Unione Europea cfr., a titolo esemplificativo, F. FAINI, S. PIETROPOLI, *Scienza giuridica e tecnologie informatiche*, Torino, Giappichelli, 2017, in particolare le 41-63.

¹⁰ A.F. WESTIN, *Home Information Systems: the Privacy Debate*, in *Datamation*, 1982, 28, 4, 100-113, 112.

Diritto e nuove tecnologie: il nodo (controverso) della regolazione giuridica

di Francesco De Vanna*



Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – La normatività del diritto dalla scrittura alla tecnologia. § 2.1. – Diritto, testo scritto e interpretazione. § 2.2. – Cosa resta del diritto? Il *Rule of law* alla prova della tecnologia. § 3. – Teoria giuridica del *design*: verso una “normatività ibrida”. § 3.1. – Il codice nella prospettiva pluralistica di Lessig. § 3.2. – Una tassonomia minima. § 4. – Dalla responsabilità del robot alla responsabilità dell’uomo. § 4.1 – Il caso dei robots: dimenticare Asimov? § 4.2 – Una cornice normativa per operatori e istituzioni.

§ 1. – Premessa

La tensione dialettica che anima il rapporto tra il diritto e lo sviluppo repentino della tecnologia mette in rilievo, in tutta la sua complessità, il problema del rapporto tra diritto e altre tecniche normative.

I giuristi sovente vivono l’innovazione tecnologica come un’espropriazione che relega il diritto al ruolo di mero *instrumentum scientiae*¹. Scrive a questo proposito Giovanni Pascuzzi che: «[g]li standard tecnologici vengono definiti in base alle conoscenze considerate più avanzate in un determinato contesto storico su un certo aspetto. I soggetti in grado di definire quali siano le acquisizioni più avanzate sono gli *esperti* del settore: in questo senso si tratta di tecnici. Gli standard del diritto dell’era digitale sono posti da tecnici (che parlano ad altri tecnici)»².

A differenza delle “vecchie”, le nuove tecnologie non rispondono alle sole esigenze della razionalità strumentale, quali dispositivi di governo del mondo e della natura: esse penetrano nell’umano e lo trasformano³.

La crescita esponenziale delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione (ICT) si riflette su altri campi della scienza e dell’attività umana – la medicina, la biologia, la creatività – e ne sollecita un

* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

¹ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 352.

² G. PASCUZZI, *Il diritto dell’era digitale*, Bologna, il Mulino, 2016, 297.

³ Cfr. a titolo esemplificativo A. PIRNI, A. CARNEVALE, *The Challenge of Regulating Emerging Technologies: A Philosophical Framework*, in E. PALMERINI, E. STRADELLA (a cura di), *Law and Technology. The Challenge of Regulating Technological Development*, Pisa, University Press, 2013, 59-76.

superamento dei confini e dei “limiti”, in termini di portata e velocità: è inevitabile, dunque che, dinnanzi ad alcune situazioni-limite, si sollevino quelli che Karl Jaspers ha definito «interrogativi radicali»⁴.

Dinanzi all’attuale sviluppo tecnologico, in particolare, è difficile allontanare la sensazione «che le norme giuridiche già esistenti siano inadeguate e insufficienti per regolare *in tutte le sue implicazioni* l’interazione tra gli uomini e *queste* macchine, all’evidenza “diverse” da tutte le altre»⁵ e che, dunque, ci si muove in terra, per molti aspetti, giuridicamente “incognita”.

Il diritto è chiamato a prendere atto dell’emersione di una nuova antropologia, ad analizzarne criticamente la dinamica, e a impedire che le sue implicazioni normative siano talmente contingenti da fare dell’uomo «lo schiavo felice delle macchine»⁶.

L’umanità sembra aver fatto ingresso in una fase dominata dall’*ubiquitous computing*⁷ che consentirà il superamento del paradigma del *desktop* e permetterà una estrapolazione invasiva di dati grazie a sensori installati negli oggetti e connessi alla rete. Emergono nuovi rischi di vulnerabilità e di discriminazione per mezzo essenzialmente della perdita di controllo derivante dalla *classificazione* tramite modelli socialmente obbliganti che minano l’autonoma capacità di decisione.

Ciò, peraltro, può indurre taluni utenti a modificare il proprio comportamento per sfuggire alla catalogazione dell’algoritmo oppure per evitare danni reputazionali (*normalization*), con risvolti oggettivi per la costruzione sociale della stessa identità del soggetto.

In questo senso, ad esempio, il concetto di *privacy* ha acquisito una dimensione nuova, più articolata, concettualmente connessa con il profilo del “controllo” dei propri dati: si è passati dunque dalla definizione convenzionale come «diritto ad essere lasciato solo»⁸ al «control of information about oneself»⁹ fino al «diritto dell’individuo di scegliere quel che è disposto a rivelare agli altri»¹⁰.

⁴ K. JASPERS, *La fede filosofica di fronte alla rivelazione*, Milano, Longanesi, 1970.

⁵ C. SALAZAR, *Umano troppo umano...o no?*, in *BioLaw Journal*, 1, 2014, 255-276, 257.

⁶ S. BUTLER, *Erewhon or Over the Range*, Londra, Trubner, 1872.

⁷ M. WEISER, *Some Computer Science Problems in Ubiquitous Computing*, in *Communications of the ACM*, 36, 7, 1993, ristampato con il titolo *Ubiquitous Computing*, in *Nikkei Electronics*, 26, 10, 137-143.

⁸ L. BRANDEIS, S. WARREN, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, 4, 5, 193-220.

⁹ A.F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, New York, Athenum, 1967, 7. Per una ricognizione critica del problema cfr. *Mondi della vita, rete, trasformazioni del diritto*, in *Ars Interpretandi*, fascicolo monografico, 2017, 1 (in particolare la *Presentazione* di Thomas Casadei, 7-13, e il contributo di S. SCAGLIARINI, *In tema di privacy: virtù e vizi della cultura giuridica*, 49-75); V. COLOMBA, G.F. ZANETTI, *Aspetti problematici della nozione di privacy da un punto di vista filosofico-giuridico*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2017, 27-39. Sulla regolamentazione attuale nel contesto dell’Unione Europea cfr., a titolo esemplificativo, F. FAINI, S. PIETROPOLI, *Scienza giuridica e tecnologie informatiche*, Torino, Giappichelli, 2017, in particolare le 41-63.

¹⁰ A.F. WESTIN, *Home Information Systems: the Privacy Debate*, in *Datamation*, 1982, 28, 4, 100-113, 112.

dell'algoritmo su soggetti terzi, così come un'azienda è giuridicamente obbligata a minimizzare l'impatto ambientale delle sue attività. Sotto questo profilo l'ambito giuridico che offre le migliori risorse euristiche è il diritto ambientale e il concetto di *nuisance*.

Come l'inquinamento, osserva Balkin, anche la discriminazione prodotta dall'algoritmo non presenta una linea di demarcazione binaria tra "permesso" e "vietato" quanto una logica di grado poiché si fonda sull'elaborazione continua di dati accumulati incrementalmente.

Il programmatore ha dunque il dovere di non inquinare l'ambiente digitale, cioè di non produrre "costi" irragionevoli che determinino un aumento delle vulnerabilità degli utenti.

Abstract

New technologies change the way we conceive the normative force of legal systems. Traditionally based on written texts, and on their interpretation by a professional class of jurists, now normativity seems to migrate into technological devices, increasing the regulation's effect. This shift calls into question the 'flexibility' of law as a fundamental performance of the rule of law and of constitutional democracy. These problems can only be addressed by taking into consideration the multifactorial prism of regulation, in a pluralistic landscape that has been highlighted by studies on the 'architectural' dimension of cyberspace and, in particular, on the 'code'. In this perspective, to think that technological devices are only 'instruments' free from normative implications is only an illusion: their regulative force, in fact, is inscribed at the beginning in their own 'design'. It is therefore useful to emphasize the 'responsibility' of coders: in this way the question of responsibility re-emerges as a crucial factor for the elaboration of a normative framework that preserves the conditions of an intersubjective coexistence.

Cinema e Diritto

Spunti per una lettura delle società multiculturali contemporanee attraverso la cinematografia

di Ginevra Cerrina Feroni*



Sommario: § 1. – Cinema e diritto. Un problema di metodo. § 2. – Il tema delle società multiculturali e sua delimitazione ai fini della presente analisi. § 3. – La visione “conciliante-armonizzante-emancipante” della integrazione multiculturale nella recente cinematografia: il *format* della c.d. “commedia d’integrazione”. § 4. – (*segue*) Il messaggio “etico-morale” proposto: ovvero il multiculturalismo come fattore d’incontro e di arricchimento interpersonale. § 5. – Una prospettiva diversa. La visione “neorealistica” delle società multiculturali: a partire dalle *banlieus* parigine. § 6. – (*segue*) Comunità chiuse e mancata integrazione. § 7. – Conclusioni.

§ 1. – Cinema e diritto. Un problema di metodo

Affrontare l’analisi giuridica attraverso il cinema non è operazione nuova. Dagli anni Settanta del Novecento negli Stati Uniti, nel solco del c.d. *Law and Humanities* (ed in particolare *Law and Literature*¹), sono

* Università degli Studi di Firenze.

¹ Il saggio rappresenta una rielaborazione della relazione tenuta a Firenze il 30 novembre 2018 al Convegno “Cinema e diritto. La comprensione della dimensione giuridica attraverso la cinematografia” organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri, con il patrocinio dell’Ateneo di Firenze, del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Ateneo di Firenze, della Scuola di Giurisprudenza dell’Ateneo di Firenze e del Centro Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno.

Tra i primissimi interventi è possibile richiamare E. LONDON, *The World of the Law*, New York, Simon & Schuster, 1960, spec. 12; si veda anche R.H. WEISBERG, *Wigmore’s ‘Legal Novels’ Revisited: New Resources for the Expansive Lawyer*, in *Northwestern University Law Review*, vol. 71, n. 1, 1976, 17-28. Tra i contributi più significativi, si vedano ancora H. LEVENTHAL, *Law and Humanities: A Preface*, in *Rutgers Law Review*, vol. 29, 1976, 603-608; J. BOYD WHITE, *Law and Literature: No Manifesto*, in *Mercer Law Review*, vol. 39, 1988, 739 ss.; R.A. POSNER, *Law and Literature*, Cambridge (Usa), Harvard University Press, 1988. Nel 1989 fu fondata una vera e propria rivista dedicata ai contributi al tema, il *Law and Literature Journal*, nel quale M. PANTAZAKOS, *Ad Humanitatem Pertinent: A Personal Reflection On The History And Purpose Of The Law And Literature Movement*, in *Law and Literature Journal*, vol. 7, issue 1, 1995, 31-71, riconduce le origini del “movimento” perfino a Cicerone. Tra le varie opere successive, possiamo ricordare W. DOMNARSKI, *Shakespeare in the Law*, in *Connecticut Bar Journal*, vol. 67, 1992, 317 ss.

fioriti studi e insegnamenti universitari di *Law and Cinema*². In Europa l'interesse è nato più recentemente e, anche in questo caso, limitato soprattutto al contesto anglosassone³. In Italia siamo ancora in una fase di primo approccio, mancando ricostruzioni scientifiche sul tema e sono ancora poche le Università italiane che hanno osato sfidare la tradizione introducendo corsi *ad hoc* di diritto e cinema⁴.

Eppure ogni sistema giuridico esprime gli orientamenti valoriali di una società in un determinato momento storico. E il cinema, che intende rappresentare la realtà, è in grado di contribuire alla conoscenza delle strutture del fenomeno giuridico, quasi assumesse la fisionomia di una, sia pur atipica, fonte di cognizione⁵. In altri termini, il film può rivelare, come in una superficie riflettente, la percezione sociale diffusa del diritto, il modo nel quale il diritto è sentito, vissuto o rielaborato dalla collettività. Tullio Ascarelli, con una citazione che è diventata celebre, ha scritto che: «Il problema del diritto è problema di ogni uomo e si pone quotidianamente a ciascuno di noi; forse perciò nel simbolizzarne i termini possiamo, ancor prima che ai dotti, ricorrere ai saggi e, ancor prima che agli studiosi, ai poeti»⁶.

Ma l'operazione, evidentemente avvincente sotto il profilo culturale, è tutt'altro che scontata sotto il profilo del metodo. Essa apre, infatti, ad un pluralismo di natura metodologica fondato sul concetto di interdisciplinarietà. La sociologia ci insegna che la modernità si porta con sé la parcellizzazione dei saperi, quasi che la settorialità dell'analisi abbia come naturale conseguenza il massimo della conoscenza. D'altro canto nessuna effettiva conoscenza è possibile senza interdisciplinarietà. Non è un caso che in una società che andava assumendo forme sempre più complesse, l'interdisciplinarietà è stata evocata come modello vincen-

² Cfr., tra i contributi più rilevanti, M.R. RUSSEL, *Race and the Dominant Gaze: Narratives of Law and Inequality in Popular Film*, in *Santa Clara Law Review*, vol. 1, 1991; R. SHEFFIELD, *On Film: A Social History of Women Lawyers in Popular Culture 1930-1990*, in *Loyola Law School Review*, vol. 1, 1993; D.A. BLACK, *Law in Film*, Urbana, University of Illinois Press, 1999; R.S. SHERWIN, *When Law goes Pop: The Vanishing Line between Law and Popular Culture*, Chicago, University of Chicago Press, 2000; W.P. McNEIL, *Lex Populi: The jurisprudence in popular culture*, Stanford, Stanford University Press, 2007. Tra i corsi di *Law and Cinema* si veda quello tenuto alla Berkley School of Law, che ha adottato come libro di testo la monografia di M. ASIMOV, S. MADER, *Law and Popular Culture*, New York, Peter Lang, 2013.

³ Per il tema dell'inserimento dei curricula "Cinema e Diritto" nel contesto britannico, si veda G. OSBORN, *Borders and Boundaries, Locating the Law in Film*, in *Journal of Law and Society*, vol. 28, n. 1, 2001, 164-176.

⁴ Il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Trento dal 2010 ha istituito una serie di seminari sull'argomento. Iniziative simili sono state contemplate dall'Università di Sassari, dalla Suor Orsola Benincasa e dall'Università dell'Insubria. In altri casi, invece, come ad esempio per La Sapienza, il rapporto tra Diritto e Cinema è stato sviluppato all'interno dei corsi di Diritto dei Media.

⁵ Si veda la pagina Diritto e Cinema del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Trento, in www.giurisprudenza.unitn.it/73/diritto-e-cinema.

⁶ T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in IDEM, *Problemi giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1959, 3 ss.

aumentato del 40%. In Europa risultano “scomparse” migliaia di ragazze musulmane già cittadine europee. Tutte allo stesso modo: partono per un viaggio all'estero e sui banchi di scuola o sul posto di lavoro non tornano più. In Svezia si parla di 70 mila ragazze musulmane non libere di sposare chi vogliono. Le mutilazioni genitali sono emergenza⁵¹.

Abbiamo bisogno di verità. Il multiculturalismo che doveva rappresentare le sorti magnifiche e progressive di una società pacificata è fallito. Ed il cinema può avere questa funzione. Quella di dire come stanno realmente le cose, senza ipocrisia. Non per alimentare le divisioni e la separazione, ma, al contrario, per trovare soluzioni realistiche e ragionevoli ad uno dei più complessi nodi del nostro tempo. Dire la verità, perché no, anche con ironia. Due deliziose pellicole francesi meritano, in proposito, di essere segnalate: la recente “*A bras ouvert*”⁵² nella quale un intellettuale, professore universitario, emblema della c.d. “*gauche caviar*” predica l'accoglienza degli stranieri, ma in casa d'altri (chi non ricorda la vicenda dei cinquanta immigrati scacciati a Capalbio?...) e una meno recente ma ancora attualissima dal titolo “*La crisi*”⁵³ nella quale resta memorabile il dialogo tra un francese senza casa e senza lavoro che non sopporta gli immigrati e un politico di sinistra che stigmatizza il razzismo parlando per slogan dal comodo divano della sua elegante abitazione.

Abstract

The essay develops some critical remarks on the relationship between law and film. It specifically aims at providing a critical analysis of multicultural societies and their controversial issues as they are represented into movies.

⁵¹ Tra le varie ricerche che forniscono dati, si veda, *ex multis*, J. ABDULCADIR, C. MARGAIRAZ, M. BOULVAIN, O. IRION, *Care of women with female genital mutilation/cutting*, in *Swiss Medical Weekly*, vol. 140, 2011.

⁵² Dello stesso regista di “*Non sposate le mie figlie*”, che nelle sale abbiamo visto col titolo “*Benvenuti a casa mia*” uscito nel 2017.

⁵³ Della regista Coline Serreau, 1992.

La Costituzione 70 anni dopo – E pluribus una?

di Mario Patrono*



Sommario: § 1. – Una Costituzione tra accusa e difesa. § 2. – I “principi fondamentali”, una prospettiva inconsueta. § 3. – Il fondamento del lavoro e la “fine del lavoro”. § 4. – Incursioni “oblique” sul concetto di ‘sovranità del popolo’. § 5. – Tre “visioni”, e oggi quattro, dell’articolo 1, comma 2. § 6. – Critica dell’idea di “democrazia diretta assoluta” (e un nuovo senso di sovranità democratica). § 7. – Costituzione, costituzioni e “identità costituzionale”. § 8. – La Costituzione, strumento di legittima difesa dei cittadini.

§ 1. – *Una Costituzione tra accusa e difesa*

Il settantesimo Anniversario della Costituzione repubblicana, entrata in vigore il 1° gennaio del 1948, sembrerebbe imporre, oggi per l’ennesima volta, che si dica qualcosa su ciò che è vivo e su ciò che per molti è ormai superato della nostra Carta costituzionale; sempre che non si intenda condividere l’idea, comune ad una ben nutrita cerchia di autorevoli studiosi (da Giovanni Maria Flick a Pace, Onida e Luciani per tutti)¹, secondo cui la Carta, nell’insieme delle regole che la compongono, conserva intatto, oggi come allora, il suo valore di Legge superiore, e cioè di *nomos* nel senso più alto, civile e in qualche modo sacrale del termine; e che – semmai – potranno essere utili emendamenti correttivi o integrativi ma non certo “grandi riforme” o progetti organici di revisione, benché comunque circoscritti alla (sola) II Parte. Chi si muove in questa prospettiva considera essenziale il collegamento – spesso affermato e variamente argomentato – tra la I Parte – i valori e i diritti – e la II Parte, che delinea l’impianto istituziona-

* Sapienza – Università di Roma.

¹ G.M. FLICK, *Elogio della Costituzione*, Roma, Paoline Editoriale Libri, 2017.

Audizione informale del Professor Alessandro Pace concernente la procedura straordinaria per la revisione della parte seconda, Titoli I, II, III e V della Costituzione prevista dai disegni di legge costituzionale nn. 813 e 343, Commissione Affari Costituzionali, Senato della Repubblica, 21 giugno 2013 reperibile su www.tuco.info/prova/audizione-del-prof-alessandro-pace-presidente-dell'associazione-salviamo-la-costituzione-aggiornarla-non-demolirla/; V. ONIDA, *Commento alla riforma costituzionale proposta dal governo Renzi*: www.radioradicale.it/scheda/475444/valerio-onida-commenta-la-riforma-costituzionale-boschi-del-governo-renzi/; M. LUCIANI, *Intervento al Seminario di Studio sulla Riforma costituzionale*, 23 luglio 2013, in www.salviamolacostituzione.racine.ra.it/wordpress/?p=1179.

le dello Stato complessivamente inteso: tanto che da questo punto di vista Leopoldo Elia, nel 2008, ebbe a scrivere che la nostra è appunto «Una Costituzione tutta d'un pezzo» (la Repubblica, 11 marzo 2008)².

Chi, come me oggi, deve limitarsi a brevi cenni introduttivi, per poi lasciare spazio all'intervento degli illustri relatori, non ha certo il ruolo, né ha il tempo, per condurre un'analisi sul punto se la Costituzione del '48 è da conservare, magari aggiornandola, o piuttosto da cambiare nei meccanismi del processo politico. Saranno casomai appunto i relatori, se lo vorranno, a fare al riguardo le loro riflessioni. Un punto però va qui marcato ben bene fin da ora. Per come è delineata, la Costituzione – è questo il suo pregio inestimabile – ha comunque potentemente contribuito a creare lungo tutti questi anni un contesto di pace e di prosperità per il nostro Paese e per l'Europa intera.

§ 2. – I “*principi fondamentali*”, una prospettiva inconsueta

Chi vi parla farà pertanto una cosa un po' diversa, e cioè andrà a svolgere, appunto in due parole, un livello di analisi che non sempre appare esplicitato nel discorso che i giuristi fanno, anche in termini generali, intorno alla Costituzione del nostro Paese. Il livello di analisi, a cui faccio riferimento, riguarda ciascuna delle “classiche” aree in cui il testo costituzionale è di solito suddiviso: i «*principi fondamentali*»; l'impianto dei diritti civili e sociali; la struttura organizzativa; le garanzie. Per esemplificare, mi limiterò a dire qualcosa in merito ai «*principi fondamentali*», che sono il cardine della I Parte.

² Lo stesso Leopoldo Elia, tuttavia, ammise in svariate occasioni la necessità che si desse finalmente seguito, attraverso l'introduzione della “sfiducia costruttiva” o in altro modo, alle indicazioni contenute nel famoso o.d.g. “Perassi”; il quale, fatta la scelta in favore del governo parlamentare, invitava la Costituente a tutelare «con dispositivi costituzionali idonei» le esigenze di stabilità dell'azione di governo per evitare le degenerazioni del parlamentarismo. In realtà, osservava Elia, la Costituente finì per risolvere queste esigenze «in forme minimali per lasciare spazio ai partiti che si garantirono in qualche modo, l'uno legittimando l'altro e lasciando aperti molti problemi, come quello della stabilità di Governo e dei rapporti tra investitura popolare e nomine al vertice dell'esecutivo. Tutta questa materia venne affidata alla prassi, che non fu sempre all'altezza delle esigenze di un governo contemporaneo, sicché si arrivò anche negli ultimi anni a situazioni in cui il Governo italiano era uno dei più indigenti e dei più demuniti rispetto alle esigenze di stabilità fatte valere in Spagna, in Germania e così via. La prova ultima fu la crisi del governo Prodi in cui i deputati votarono impunemente contro, perché, per un complesso di ragioni storiche legate anche alle vicende delle ultime crisi, non c'era una possibilità effettiva reale di scioglimento delle Camere. Allora, senza la minaccia dello scioglimento, senza la sfiducia costruttiva, senza l'articolo 49, terzo comma della Costituzione francese, era ben difficile che il Governo potesse resistere a queste tempeste»: L. ELIA, *Appunti su Giacomo Perticone e la storia costituzionale*, intervento alla presentazione del volume *Giacomo Perticone. Stato parlamentare e regime di massa nella cultura europea del Novecento*, 30 novembre 1999, riprodotto in C. PALUMBO (a cura di), *Stato, società e storia in Giacomo Perticone*, Torino, Giappichelli, 2015, 14, e già prima in *Nomos*, n. 1/2014, 1-4.

Abstract

The idea that the entire initial part of the Constitution, in the complex of principles and values that it contains, should be excluded from the possibility of undergoing an amending process, is still widely accepted or not yet sufficiently contested. The author points out, however, that it has been subject to or risks being subject to profound silent transformations through modifications or interpretations of the second part of the Constitution which regulates the way our democracy works: in relation to the relationship between the parliament and the executive, to the more or less representative character of political decision-making processes, and finally, with regard to the role of the judiciary and other organisms that act as arbiters in the relationships between the powers and ensuring that our fundamental rights will be well safeguarded.

La decisione della Corte costituzionale sul caso Cappato: una ordinanza che sembra una sentenza, ma non lo è

di Margherita Raveraira*



Sommario: § 1. – Prime valutazioni generali. § 2. – Il merito delle argomentazioni della Corte tra dignità dell’uomo, diritto alla vita e autodeterminazione a lasciarsi morire. § 3. – (*segue*) la Corte decide di non decidere e chiama in gioco il legislatore. § 4. – Tra profili metodologici e profili processuali.

§ 1. – Prime valutazioni generali

Se non poche sono state le perplessità, se non pochi sono stati gli interrogativi e le ricostruzioni anticipate di fronte al comunicato stampa del 24 ottobre 2018 con il quale la Corte costituzionale ha annunciato di rinviare di circa un anno la sua decisione sul noto caso Cappato per consentire al Parlamento di intervenire sull’attuale assetto normativo concernente il fine vita, prevedendo un’adeguata tutela di situazioni «costituzionalmente meritevoli di protezione» nel bilanciamento «con altri beni costituzionalmente rilevanti», non si può certo dire che l’ordinanza poi pubblicata abbia fugato, almeno a stare ai sino ad ora non numerosi commenti, ogni motivo di dubbio e di osservazioni anche decisamente critiche.

Dubbi e critiche che *in primis* sottolineano, almeno da parte di taluni¹, come con l’adozione di una siffatta ordinanza la Corte, secondo quanto peraltro essa stessa afferma, faccia leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale “escogitando” un nuovo strumento inedito che non ha precedenti nella pur variegata tipologia dei propri atti e dunque prosegua sulla via, intrapresa in particolare negli

* Università degli Studi di Perugia.

¹ Si veda tra altri, in particolare, U. ADAMO, *La Corte è ‘attendista’... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*. Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018, in *Forum di quaderni costituzionali*, 21 dicembre 2018.

ultimi anni, di una “flessibilizzazione” delle sue regole processuali con conseguente aumento del tasso di “politicità” della giurisprudenza costituzionale. Ma sorvolando qui, per quanto interessante, su tale questione, interessa piuttosto cercare di inquadrare la natura, l’efficacia e gli effetti di una decisione, la quale, pur avendo una struttura assimilabile a quella delle sentenze della Corte dispiegandosi tra un *ritenuto in fatto* ed un ampio ed articolato *considerato in diritto* si pronuncia poi per il rinvio dell’udienza pubblica per la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal giudice *a quo*.

Diffusa è al riguardo la tendenza, nella considerazione dell’intreccio tra profili processuali e profili di merito, a qualificare la decisione della Corte sì come una ordinanza *quoad formam*, ma *quoad substantiam* in tutto e per tutto come una sentenza di accoglimento²; o, più decisamente, secondo taluni, come uno strumento decisorio ad “incostituzionalità differita”³, nel convincimento che merito e metodo cadono insieme nel senso che il secondo, la forma cioè sinora atipica della formulazione della decisione, non intacca l’integrità del primo, vale a dire del rilievo di incostituzionalità dell’art. 580 c.p.⁴. Insomma, è dalla lettura delle argomentazioni (motivazione?) sviluppate nell’ordinanza che viene tratta la persuasione che la Corte abbia già deciso, posizionandosi sin da ora, nella prospettiva futura del prossimo anno, sulla dichiarazione di illegittimità della disposizione impugnata.

² In questo senso espressamente cfr. A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l’irrocervo costituzionale (a margine dell’ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta online*, III, 2018; ma si vedano anche, tra altri, U. ADAMO, *Sull’aiuto al suicidio la Corte ha rinviato la palla al Parlamento, in lacostituzione.info*, 26 ottobre 2018; N. FIANO, *Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli. Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 25 ottobre 2018.

³ In particolare M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un’ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia*, 19 novembre 2018. Ciò sembrerebbe sulla scorta delle sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, che si potrebbero riferire al modello tedesco della *Unvereinbarkeitserklärung* (su cui si veda, a proposito dell’ordinanza in questione, N. FIANO, *Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale*, cit.), sentenze il cui principale carattere distintivo è rappresentato dalla presenza di una più o meno evidente discrasia tra la parte motiva della decisione, laddove la Corte riconosce chiaramente la presenza di profili di incostituzionalità, e la parte dispositiva, che non è di accoglimento (come sarebbe stato logico) ma di rigetto (seppur momentaneamente) della questione. In tali casi, quindi, la scelta del Collegio presenta spiccati profili di discrezionalità, similmente a quanto avviene nell’ipotesi dell’incostituzionalità differita: la soluzione cui giunge la Corte si risolve in una decisione adottata a seguito di un bilanciamento dei diversi valori costituzionali che entrano in gioco, optando per un allontanamento nel tempo futuro, peraltro eventuale, degli effetti della pronuncia. Si è soliti far rientrare nella categoria tanto le ipotesi nelle quali la Corte decide, nonostante le argomentazioni della parte motiva, di non accogliere la questione perché finirebbe, altrimenti, per invadere la sfera riservata gelosamente alla discrezionalità del legislatore in mancanza di rime obbligate; ma vi rientrano anche le ipotesi in cui viene avvalorata l’ipotesi dell’incostituzionalità della legge sindacata in quanto regola destinata a valere stabilmente nel tempo; un eventuale protrarsi nel tempo dell’inerzia del legislatore finirebbe, allora, per portare successivamente ad una pronuncia di incostituzionalità, rendendo precaria una norma nata originariamente come stabile o una norma nata temporanea, ma divenuta tendenzialmente definitiva a causa dell’inerzia del legislatore.

⁴ Cfr. M. BIGNAMI, *Il caso Cappato*, cit.

Più problematico è ovviamente definire sin da ora a quale conclusione la Corte potrà pervenire trascorso il periodo fissato dal momento che le sue decisioni saranno strettamente, come essa stessa ha stabilito, correlate alle scelte del legislatore. Così, per dirla in estrema sintesi, se il legislatore non provvederà o provvederà con una regolazione inadeguata a rimuovere i rilevati profili di incostituzionalità ovvero ancora ometterà di prevedere una disciplina transitoria adeguata, la Corte non potrà che orientarsi verso una dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 580 c.p. ed eventualmente anche della manchevole nuova disciplina; se diversamente il legislatore si conformerà alle indicazioni dell'ordinanza in maniera adeguata la Corte potrà disporre la restituzione degli atti al giudice, non potendosi peraltro escludere un ulteriore rinvio da parte della Corte della propria udienza laddove il legislatore sia in prossimità del termine dell'approvazione della disciplina²⁷.

Insomma una variabilità di soluzioni. Che se così è, sembra un'impropria forzatura, non tanto lessicale quanto sostanziale, voler definire l'ordinanza "ad incostituzionalità differita"²⁸, potendola meglio definire, alla luce di tutto quanto precede, piuttosto come una ordinanza "interlocutoria" nell'ambito di un procedimento giurisdizionale sospeso e in corso di definizione: interlocutoria nel senso che tra un anno si scopriranno le "carte" e a seconda delle scelte del legislatore la Corte assumerà la propria decisione, di incostituzionalità o meno.

Abstract

The article analyzes the ordinance n. 207/2018 of the Constitutional Court (on the Cappato-Fabio Antoniani-Dj Fabo case), in which the constitutional judge recognizes but does not declare the grounds for illegitimacy of art. 580 c.p. in the part in which the instigation to suicide is equal in terms of punishment, as well as the help given by third parties without taking into account special cases of serious physical suffering. It therefore refers to the legislator the task of regulating the matter of the end of life, postponing to a forthcoming hearing set for September 2019 its relative choices according to what will or will not be the choices of the Parliament. The order is highlighted both as a completely new instrument for the Constitutional Court, and under various reasons for the type of relationship that the Court configures with the legislator.

²⁷ Si veda sulle varie ipotesi, in particolare, M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, cit.

²⁸ Sulla scorta delle sentenze del modello tedesco di *Unvereinbarkeitserklärung* o delle sentenze di incostituzionalità accertata, ma non dichiarata, sulle quali si veda *supra* la nota 3.

Gregorio Peces-Barba (1938-2012): tra teoria dei diritti e impegno costituzionale

di Thomas Casadei*



Gregorio Peces-Barba (Madrid, 13 gennaio 1938 - Oviedo, 24 luglio 2012) è stato uno dei principali teorici europei dei diritti fondamentali del secondo dopoguerra ed ha svolto un ruolo importante anche sul piano dell'impegno civile e politico (tra l'altro, ha dato un contributo determinante alla redazione della Costituzione spagnola post franchista del 1978). Si tratta di uno studioso ben noto alla dottrina italiana, con la quale ha sempre intrattenuto rapporti molto stretti, pure grazie alla traduzione di alcuni suoi importanti scritti come Teoria dei diritti fondamentali (Milano, Giuffrè, 1993). Qui di seguito diamo

spazio, con una presentazione di Thomas Casadei, a tre relazioni tenute in occasione della presentazione presso l'Università di Pisa il 29 giugno del 2016 della raccolta di suoi scritti Etica pubblica e diritti fondamentali. (La Direzione)

Gregorio Peces-Barba è stato un filosofo del diritto e uno studioso dei diritti fondamentali, da lui costantemente insegnati nel corso di una lunga carriera accademica¹, ma anche una delle voci più autorevoli della transizione democratica spagnola: figura, infatti, tra i sette redattori del progetto di Costituzione del 1978², che ha reso possibile il più ampio periodo di pace e stabilità che la Spagna abbia conosciuto in tutta la sua storia costituzionale, cominciata nel 1812. In alcuni articoli, come l'1.1 e il 9.2 (in cui si può facilmente riconoscere l'influsso dell'art. 3 della Costituzione italiana del 1948) lasciò la propria personale impronta.

Assai rilevante è stata, da "uomo di cultura" e "intellettuale militante"³, la sua azione politica e istituzionale: di formazione demo-

* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

¹ Dapprima studente e poi docente all'Universidad Complutense di Madrid dal 1962 al 1989, insegnò all'Universidad Carlos III, nell'area sud della stessa città, dal 1989 al 2012; di quest'ultima istituzione accademica fu anche Rettore dal 1989 al 2007. Ha ricevuto ben nove lauree *honoris causa*, una delle quali dall'Università del Piemonte orientale il 12 maggio 2008: M.G. LOSANO, *Una laurea honoris causa a un filosofo del diritto spagnolo: Gregorio Peces-Barba Martínez*, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, n. 4/2008, 549-576.

² Cfr. G. PECES-BARBA, *La elaboración de la Constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

³ Nella sua nota in occasione della scomparsa del maestro, Rafael de Asís Roig, ricorre alle espressioni «compromiso» e «dedicación» per descrivere la strettissima interdipendenza tra la dimensione intellettuale e quella politica che ne caratterizzava l'infaticabi-

cratico-cristiana⁴, dopo l'adesione, nel 1963, alla *Izquierda democrática* militò, dal 1973, all'interno del *Partido socialista obrero español* (PSOE) arrivando ad essere eletto deputato per tre legislature (tra il 1977 e il 1986) e anche Presidente del Congresso dei deputati del Parlamento (1982-1986)⁵ nonché nominato, da parte del Consiglio dei Ministri dell'esecutivo Zapatero, Alto Commissario con l'obiettivo di coordinare l'azione del governo di fronte alle vittime del terrorismo (2004-2006).

Giurista e avvocato⁶, egli è stato anche un grande organizzatore culturale e un maestro a tutto tondo. Fondatore dell'Università Carlos III di Madrid, nel 1989, egli ha fondato anche, nel 1993, l'Istituto Universitario di diritti umani nello stesso Ateneo⁷ con una chiara vocazione latino-americana dichiarata sin dal nome assegnato: Bartolomé de Las Casas, il domenicano assertore dei diritti umani degli Indios nella sua *Brevísima Relación de la Destrucción de las Indias*⁸.

Il suo percorso e la sua riflessione in tema di diritti – consegnati a un'ampia produzione di articoli e a numerose monografie, nonché alla monumentale *Historia de los derechos fundamentales* in 22 volumi da lui ideata e diretta (Madrid, Dykinson, 2001-2014) – risultano particolar-

le lavoro: "Gregorio Peces-Barba fue una persona comprometida con el socialismo contemporáneo, con la democracia y con los derechos humanos. Y además, fue un trabajador incansable, cuya vida estuvo marcada por la realización de grandes obras (no sólo científicas)" (R. DE ASÍS ROIG, *Sobre Gregorio Peces-Barba*, in *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIX, 2013, 565-571, 565).

⁴ Entro questa prospettiva si colloca anche la sua tesi di dottorato diretta dal Professor Joaquín Ruiz-Giménez (con il quale iniziò a collaborare nel 1962) sul pensiero politico e sociale di Jacques Maritain, terminata in cella in un villaggio della provincia di Burgos, Santa Maria del Campo, nel 1969: *El pensamiento social y político de Jacques Maritain*, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1970.

⁵ La sua attività è stata davvero intensissima – come mostrano i suoi discorsi parlamentari raccolti in un volume di quasi mille pagine (*Discursos parlamentarios de Gregorio Peces-Barba Martínez*, Madrid, Cortes Generales, 2014) e può essere scandita in varie fasi: dal 1977 al 1982 come portavoce del Partito socialista spagnolo, cioè del principale partito di opposizione, nel 1977-1978 come componente della Costituente e infine, appunto, come Presidente del Congresso dei deputati, dal 1982 al 1986.

⁶ La sua carriera, da questo punto di vista, ebbe inizio già durante il periodo della dittatura franchista: come ricorda Michele Zezza, «dal 1963 al 1975 Peces-Barba si impegnò attivamente contro i licenziamenti di massa, la pena di morte e la pratica della tortura, in particolare di fronte al Tribunale dell'Ordine Pubblico e di fronte alla giurisdizione militare in diversi Consigli di guerra» (M. ZEZZA, *Biografía di Gregorio Peces-Barba*, in G. PECES-BARBA, *Etica pubblica e diritti fondamentali*, ediz. italiana a cura di M. Zezza, prologo di M. Losano, Milano, Franco Angeli, 2016, 32).

⁷ Già nel 1980 aveva fondato, con Joaquín Ruiz-Giménez, l'Istituto per i diritti umani presso l'Università Complutense di Madrid. Tra il 1995 e il 1999 è stato Presidente della Società Spagnola di Filosofia giuridica e politica. Nel 2008 ha creato la Fondazione Gregorio Peces-Barba per lo studio e la cooperazione in materia di diritti umani, di cui è stato presidente fino alla sua morte: www.fundaciongregoriopeces-barba.org. Su questi aspetti si veda la puntualissima ricostruzione di MARIO G. LOSANO: *Gregorio Peces-Barba, fondatore dell'Università Carlos III di Madrid*, Prologo a G. PECES-BARBA, *Etica pubblica e diritti fondamentali*, cit., 7-20.

⁸ Per un'ampia e articolata disamina dell'itinerario di Las Casas si può vedere ora L. BACCELLI, *Bartolomé de Las Casas. La conquista senza fondamento*, Milano, Feltrinelli, 2016.

incorporati dalla Costituzione del '78 e, più in generale, sul consolidamento del sistema democratico e sul processo di costituzionalizzazione che ha attraversato la cultura giuridica spagnola negli anni successivi.

Entro tale percorso acquisisce rilevante significato la preoccupazione di Peces-Barba per i dibattiti ideologici sviluppati intorno alla necessità di limitare il potere: la discussione sulla separazione dei poteri, il dibattito sulla tolleranza religiosa e quello relativo al processo di umanizzazione del diritto penale e processuale. Tutti aspetti, quelli enucleati, che riconducono la sua prospettiva costituzionale entro gli spazi della democrazia e la sua teoria dei diritti nell'alveo di una *concezione integrale* volta a tenere insieme validità-giustizia-efficacia e che connettono, al fondo, la sua concezione del socialismo etico, umanistico, democratico²⁴ alle radici illuministe, e segnatamente kantiane.

Abstract

Gregorio Peces-Barba was a law philosopher and scholar of fundamental rights, but also a jurist and lawyer; he was also intellectually engaged as a politician in the Spanish transition period to democracy. He was, indeed, one of the seven editors of the Constitution's draft in 1978.

The papers collected herewith came up during the presentation of the Italian volume *Etica pubblica e diritti fondamentali*, that re-published some of Peces-Barba's works (edited by Michele Zezza, preface by M.G. Losano, Franco Angeli, Milano), at the University of Pisa, on 29th June 2016.

The essays present Peces-Barba's theory of fundamental rights, from different perspectives: with regard to its historical and philosophical roots (Francisco Javier Ansuátegui Roig), with respect to its close connection with a pedagogy of freedom and a peculiar form of constitutional patriotism (Fernando H. Llano Alonso) and, finally, with reference to the justification of social rights (Michele Zezza).

Firmly set forth in the doctrinal debates on the status, foundation and political effectiveness of the rights incorporated in the Constitution of 1978, the reflections of the founder – among others – of the University Carlos III of Madrid, represent a full theory which aims to connect validity, justice, efficacy, and that finally proposes a conception of an ethical, humanistic and democratic socialism grounded in the Enlightenment's roots.

²⁴ I riferimenti di questa concezione, disseminati nelle varie opere, sono Eduard Bernstein, Harold Laski, Herman Heller, e, con riferimento al contesto spagnolo, Fernando de Los Ríos. Cfr. G. PECES-BARBA, *Libertad, poder, socialismo*, Madrid, Civitas, 1978. Una valutazione della posizione politica di Peces-Barba nel socialismo spagnolo è in V. ZAPATERO, *Las huellas de Gregorio Peces-Barba*, in AA.Vv., *Entre la Ética, la Política y el Derecho. Estudios en homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, 4 voll, cit., vol. I, 1343-1355. Per un'analisi complessiva delle sue idee politiche, si rinvia, nello stesso volume, al contributo di E. DÍAZ, *La filosofía política de Gregorio Peces-Barba* (407-427).

Il discorso sui diritti nel pensiero di Peces-Barba

di Francisco Javier Ansuátegui Roig*



Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – Diritti fondamentali e storia. § 3. – La rilevanza del fondamento. § 4. – Diritto, morale e politica. § 5. – Un pensiero in evoluzione.

§ 1. – *Premessa*

Trascorsi quasi quattro anni dalla scomparsa di Gregorio Peces-Barba, il suo ricordo mi commuove ancora in molte circostanze, quelle in cui si ricorda più direttamente la sua persona. Parlare di un libro porta inevitabilmente a far riferimento anche al suo autore. Personalmente, concordo con quanti ritengono che i libri, in molte occasioni, vadano al di là del pensiero dei loro autori, dal momento che riflettono aspetti della loro personalità e del loro modo di essere. In ogni caso, quando si legge un libro è sempre difficile non pensare all'autore.

Devo poi confessare che la vicinanza di tanti anni non solo mi ha permesso di imparare e formarmi all'interno di un determinato punto di vista intorno sulla Filosofia del Diritto. Questo forse è l'aspetto meno importante. Mi ha anche permesso di avvicinarmi a un modo di vivere l'Università, a una maniera di impostare il lavoro accademico (come docente e come studioso), nonché probabilmente anche a un certo modo di comportarsi in generale nella vita.

* Universidad Carlos III de Madrid.

Testo riveduto dell'intervento relativo alla presentazione del libro di GREGORIO PECES-BARBA *Etica pubblica e diritti fondamentali* tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa il 29 giugno 2016. La traduzione è di Michele Zezza.

Ringrazio il Professor Greco e tutti i filosofi del Diritto dell'Università di Pisa per l'organizzazione di questo incontro sul libro di Gregorio Peces-Barba e per il cortese invito a partecipare. Ringrazio, al contempo, anche il Professor Casadei tanto per le osservazioni, che hanno senza dubbio contribuito a migliorare il testo, quanto per il suo impegno affinché questi interventi potessero essere pubblicati.

In realtà, sebbene questa presentazione possa essere interpretata anche come un ricordo della sua figura, il nostro compito principale in questa sede rimane quello di parlare del libro *Etica pubblica e diritti fondamentali*. La storia del libro è molto semplice da spiegare. Dopo la scomparsa di Gregorio Peces-Barba avvenuta il 24 luglio del 2012, il Professor Mario Losano propose a Rafael de Asís e a me la pubblicazione di un libro che potesse raccogliere alcuni dei lavori più significativi del suo pensiero, in particolare della sua teoria dei diritti, per presentarlo al pubblico italiano. Questo nonostante il lettore italiano avesse già avuto l'opportunità di leggere nella propria lingua alcuni dei suoi lavori: a partire dalla traduzione di Letizia Mancini del suo *Curso de derechos fundamentales*¹, passando per lavori precedenti come *La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico*², fino a quello che è stato l'ultimo dei suoi scritti pubblicati: la *Prefazione* all'edizione della *Teoria della giustizia* di Norberto Bobbio pubblicata da Nino Aragno Editore³. Gli proposi in quell'occasione i testi che si trovano appunto nel libro e che mi sembrano particolarmente rappresentativi di alcune dimensioni essenziali del suo pensiero su questo tema. Ora, tra questi aspetti ritengo che meritino di essere evidenziate soprattutto le seguenti: in primo luogo, l'importanza della prospettiva storica, che caratterizza non solo la sua visione dei diritti, ma anche la sua concezione generale del diritto; in secondo luogo, la rilevanza delle dimensioni legate al concetto e al fondamento dei diritti; in terzo luogo, il legame tra il diritto, la morale e la politica; e infine, il carattere evolutivo del suo pensiero. Nelle riflessioni che seguono, concentrerò la mia attenzione su questi punti. Come si avrà modo di osservare, non sono aspetti identificabili integralmente con la sua teoria "particolare" dei diritti, dal momento che incidono anche sulla sua teoria "generale" del diritto.

Tuttavia, prima di soffermarmi su questi punti, desidero a ricordare qualcosa dell'ambiente in cui Peces-Barba comincia a concentrare la propria attenzione sulla teoria dei diritti fondamentali in quanto oggetto di studio. È opportuno ricordare che le sue prime pubblicazioni sui diritti fondamentali ci troviamo in piena dittatura franchista. Nel 1966, il Governo qualificava il libro di Elías Díaz *Estado de Derecho y Sociedad democrática* come «stampa clandestina»⁴; nel 1969 tanto Elías Díaz quanto Gregorio Peces-Barba venivano confinati in due

¹ G. PECES-BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. di L. Mancini, Milano, Giuffrè, 1993.

² In *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 4/1984, 1010-1033.

³ G. PECES-BARBA, *Prefazione*, in N. BOBBIO, *Teoria della giustizia. Lezioni di Filosofia del Diritto*, 1953, Torino, Nino Aragno Editore, 2012, 5-17.

⁴ Cfr. G. ALARCÓN REQUEJO, *Estado de Derecho, derechos humanos y democracia. Pautas para la racionalidad jurídico-política desde Elías Díaz*, Madrid, Dykinson, 2007, 105.

credo che Gregorio Peces-Barba abbia dimostrato nel corso degli anni un'importante capacità di assimilazione delle teorie e di evoluzione nel proprio orientamento. Ritengo che questo sviluppo, probabilmente, sia stato in qualche modo legato anche al dialogo quotidiano con i suoi allievi. In ogni caso, resta implicito che le idee sono le sue, così come sono sue le idee contenute nel libro da cui hanno preso le mosse queste mie riflessioni.

(Traduzione dallo spagnolo di Michele Zezza)

Abstract

The article reflects on some aspects of Gregorio Peces-Barba's Theory of Rights, starting from the essays contained in his book *Etica pubblica e diritti fondamentali*. In this context, the importance of historical analysis is highlighted from the understanding of the historicity of the notion of fundamental rights: history influences not only the conceptual aspects, but also the foundation of rights. His theory of rights can be seen as the result of the combination of legal, political and moral dimensions. These aspects do not appear, in Peces-Barba's theory, as something static and immutable, but on the contrary have a dynamic and evolutionary aspect.

Società civile, etica pubblica e patriottismo costituzionale nel pensiero giuridico-politico di Gregorio Peces-Barba

di Fernando H. Llano Alonso*



Sommario: § 1. – Considerazioni preliminari sul libro *Etica pubblica e diritti fondamentali*. Un parallelismo tra Norberto Bobbio e Gregorio Peces-Barba. § 2. – L’influenza dell’umanesimo illuminista nell’idea di Spagna civile come utopia riformista. § 3. – Lo Stato di Diritto e la ricezione del patriottismo costituzionale nel pensiero giuridico-politico della Spagna contemporanea. § 4. – Conclusione.

§ 1. – Considerazioni preliminari sul libro Etica pubblica e diritti fondamentali. Un parallelismo tra Norberto Bobbio e Gregorio Peces-Barba

La vita pubblica di Gregorio Peces-Barba è trascorsa fra la politica e l’Università; così come quella di Norberto Bobbio. Entrambi gli autori credo che rappresentino alla perfezione il paradigma ciceroniano dell’impegno politico da parte dei filosofi. Allo stesso modo del pensatore di Arpino, potrebbe dirsi che anche Bobbio e Peces-Barba intendevano l’attività politica come servizio (*officium*) che si presta alla comunità (*communio utilitatis*); tuttavia, tale dimostrazione di *pietas* verso le questioni della *res publica* non ha impedito loro di esprimere le proprie idee liberamente e con spirito critico (ossia quali genuini liberi pensa-

* Universidad de Sevilla.

Il presente articolo, tradotto da Michele Zezza, costituisce una rielaborazione dell’intervento svolto nell’ambito della presentazione del libro di Gregorio Peces-Barba *Etica pubblica e diritti fondamentali* presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Pisa, sotto la direzione del Professor Tommaso Greco, il 29 giugno del 2016.

L’incontro ha, tra le altre cose, favorito un dialogo intergenerazionale, aspetto che stava molto a cuore a Gregorio Peces-Barba e al suo maestro italiano Norberto Bobbio (per una descrizione della relazione intellettuale esistente fra i due autori si veda, ad esempio, M.L. GHEZZI, *La scienza del dubbio. Volti e temi di sociologia del diritto*, Milano-Udine, Mimesis, 2009, 117); non passa inosservato il fatto che – parafrasando Plutarco – Norberto Bobbio e Gregorio Peces-Barba abbiano vissuto “vite parallele” – naturalmente, ciascuno nel proprio contesto di spazio e tempo – e con itinerari anch’essi coincidenti (consolidati da una relazione d’amicizia di più di vent’anni).

tori), mantenendo uno spirito indipendente rispetto alle direttive di partito o di interessi estranei al bene comune.

Ne deriva dunque che entrambi gli autori rispecchiano quel modello di «uomo di cultura» a cui si riferisce lo stesso Norberto Bobbio ne *Il dubbio e la scelta* (1993): uomo di cultura che, al momento di intervenire nella vita pubblica, non lo fa con l'intento di competere con i politici di professione, ma con il sano proposito di mettersi in gioco nella prospettiva del superamento di quello che il filosofo torinese chiama «il dramma del proprio tempo»¹.

Per quanto riguarda la vita accademica, la carriera di entrambi gli autori è stata improntata ad un esemplare senso del dovere e della vocazione universitaria. Bobbio e Peces-Barba rappresentano, in quanto maestri delle loro rispettive scuole (quella di Torino e l'Università Universidad Carlos III di Madrid), la concezione moderna, umanista, democratica e liberale che dovrebbe ispirare l'autentico spirito universitario, contrario in ogni caso al dogmatismo e all'intolleranza.

In quanto filosofi del diritto, Bobbio e Peces-Barba condividono poi un interesse esplicito per lo studio della teoria della democrazia, i diritti fondamentali e la storia del pensiero giuridico.

Il libro che ci troviamo a discutere – *Etica pubblica e diritti fondamentali* – riflette fedelmente le linee maestre della dottrina giusfilosofica di Peces-Barba attraverso una selezione di alcuni dei suoi saggi più rappresentativi. Come sottolinea opportunamente Michele Zezza nel suo studio introduttivo, la dottrina di Peces-Barba consiste in una sorta di progetto architettonico orientato a «fornire un contributo alla costruzione di un sistema politico-giuridico equo, alla razionalizzazione e all'umanizzazione dei legami sociali che uniscono gli individui»².

Di fatto, l'etica pubblica e il diritto sono, a giudizio di Peces-Barba, due pilastri essenziali per realizzare i principi di un'autentica «pedagogia della libertà», all'interno di una società secolarizzata. In questo senso, per il filosofo spagnolo, l'idea di dignità umana opera come punto di partenza e obiettivo di un insegnamento pubblico che è finalizzato alla formazione intellettuale della persona e alla sua inclusione tanto all'interno della società quanto delle istituzioni politiche³.

A mio avviso, si può affermare che i sei saggi che compongono il libro *Etica pubblica e diritti fondamentali* si basano sui principi di un *socialismo etico*; al contempo, in alcuni dei saggi si può apprezzare chiaramente l'impronta dell'umanismo illuminista, il cui progetto razio-

¹ N. BOBBIO, *Il dubbio e la scelta. Intellettuali e potere nella società contemporanea*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1993, 206.

² M. ZEZZA, *Gregorio Peces-Barba: diritti fondamentali e democrazia*, in G. PECES-BARBA, *Etica pubblica e diritti fondamentali*, ed. it. a cura di M. ZEZZA, prologo di M.G. Losano, Milano, Franco Angeli, 2016, 21.

³ G. PECES-BARBA, *La España civil*, Madrid, Galaxia Gutenberg, 2005, 103.

Abstract

In this article the author tries to reflect on the intellectual path followed by Gregorio Peces-Barba as a legal philosopher, scholar and politician. With regards to his academic and research activities, it would be unfair to forget his fiery defense of human rights, civil liberties and democratic values. From a political perspective he certainly is one of the most authoritative voices of the Spanish transition to democracy (it is suitable to point out here that Peces-Barba was one of the founding fathers of the current Spanish Constitution, and that he was also the Speaker of the House at the Spanish Parliament). That is why his reflections hold such a special value, namely on such controverted and important issues like the contrast between public and private ethics, constitutional patriotism as an alternative of tolerance before nationalism, the generational concept of human rights, the future of the welfare state and the economic, social and cultural rights, or the risks of their universal value before the challenges of globalization.

La rilevanza della storia nella teoria dei diritti di Gregorio Peces-Barba

di Michele Zezza*



Sommario: § 1. – I diritti umani come stella polare di una vita intera. § 2. – La delimitazione concettuale della nozione di diritti umani. § 3. – Lo studio dei diritti attraverso la lente della storia.

§ 1. – I diritti umani come stella polare di una vita intera

Se assumiamo che la protezione dei diritti fondamentali richiede una complicata opera di divisione del lavoro tra diversi soggetti della vita sociale, forse una delle figure che più si avvicina a invalidare questa premessa è quella di Gregorio Peces-Barba Martínez. Padre costituente, presidente del Congresso, docente e rettore, intellettuale, giurista e avvocato, Alto Commissario in difesa delle vittime del terrorismo, la parte più consistente della sua vita girò intorno alla difesa dei diritti umani, ossia del loro studio, della loro tutela e implementazione, in una prospettiva che coniugava armonicamente l'impegno civile con il rigore scientifico.

La sua opera, il suo insegnamento, la sua produzione scientifica, che quasi sempre si mantengono su un crinale tra descrizione e prescrizione, si possono considerare come un'attività costante, indefettibile, orientata alla realizzazione di uno Stato democratico e sociale di diritto incentrato sulla tutela e promozione dei diritti. Coscienza illuminata della Spagna, "uomo di cultura", "intellettuale militante" ed eterodosso, quando interveniva nella vita pubblica non lo faceva mai con lo spirito della competizione tipico dei "politici di professione", ma piuttosto con il proposito di promuovere il dialogo nella ricerca

* Universidade de São Paulo.

Testo riveduto dell'intervento tenuto in occasione della presentazione del libro di Gregorio Peces-Barba *Etica pubblica e diritti fondamentali* tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa il 29 giugno 2016.

aperta della verità¹. Durante tutta la sua vita accademica, si è sempre ispirato a un esemplare spirito di servizio. Ma a questa responsabilità, che nel filosofo assume il carattere di un vero e proprio dovere morale verso la comunità, è stato fedele in tutte le dimensioni della sua vita pubblica, tanto nel mondo universitario quanto nella realtà politico-culturale.

Considerando l'intero percorso filosofico e intellettuale di Gregorio Peces-Barba, si può identificare il nucleo centrale del suo pensiero nell'intento di elaborare e promuovere un modello normativo di convivenza sociale imperniato sulla valorizzazione della dignità dell'essere umano all'interno di una società secolarizzata, laica e tollerante; una teoria della giustizia, con una finalità di carattere deontologico, strettamente legata al postulato antropocentrico che sostiene l'intera struttura della sua riflessione: lo sviluppo integrale della persona, in tutte le sue dimensioni. Muovendo da presupposti liberali e ugualitari, l'autore costruisce un modello teorico inclusivo e sincretista fortemente sensibile al sostrato materiale che informa il contenuto dei diritti.

Questo progetto architettonico si inserisce in una linea di continuità rispetto all'orizzonte emancipatorio della modernità, e ambisce a rappresentare un riferimento ideale rispetto alle società concretamente esistenti, un modello teleologico di razionalizzazione e umanizzazione delle relazioni sociali. La proposta teorica dell'autore – una filosofia del diritto di taglio giuspositivista strettamente legata a quei valori fondamentali che definiscono il perimetro dell'etica pubblica della modernità – è costruita come un disegno inclusivo, di integrazione sociale, che coniuga le differenti correnti storiche e filosofiche (l'umanesimo rinascimentale, il giusnaturalismo moderno, la filosofia illuminista, il liberalismo politico, il pensiero democratico e socialista) che, a partire dalla "transizione alla modernità" fino ai nostri giorni, hanno favorito la valorizzazione dell'essere umano come individuo autonomo.

Peces-Barba ha sviluppato, all'interno di una vasta produzione scientifica, una teoria dei diritti complessa e articolata, intesa come parte integrante di un'idea globale di società equamente ordinata. Questa riflessione si colloca pienamente all'interno del dibattito dottrinale sullo statuto, il fondamento e l'efficacia politica dei diritti incorporati dalla Costituzione del '78, e più in generale sul consolidamen-

¹ Si veda, in proposito, N. BOBBIO, *Il dubbio e la scelta. Intellettuali e potere nella società contemporanea*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1993; IDEM, *Politica e cultura*, a cura di F. Sbarberi, Torino, Einaudi, 2005. In questo senso, probabilmente la figura che più ha influito sul suo approccio metodologico (con le sue implicazioni liberali), anche con riferimento allo studio dei diritti umani e alla decostruzione dei postulati dogmatici del razionalismo etico, è quella di Norberto Bobbio. È propriamente in sede di etica normativa che si possono collocare la maggior parte degli elementi di convergenza tra le due teorie, soprattutto per quanto attiene alla difesa di una "politica della cultura" autenticamente laica, critica, imperniata sul valore della tolleranza.

caratterizza ancora la loro concezione della razionalità pratica, possono globalmente considerarsi come un importante antecedente dottrinale e un momento di transizione tra la teoria classica e la teoria moderna della legge naturale. Seppur con notevoli divergenze teoriche (per cui solo in un'accezione debole si può parlare propriamente di una 'Scuola'), ai classici spagnoli delle Università di Salamanca, Valladolid Alcalá va ascritto il merito di aver fornito un contributo decisivo ad un significativo processo di secolarizzazione e soggettivizzazione in chiave razionalista della legge naturale¹⁶.

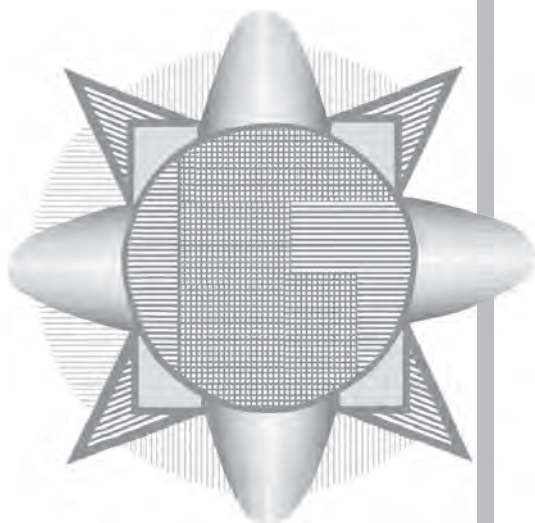
Il tema della storicità dei diritti costituisce probabilmente il terreno su cui meglio si può misurare il dialogo intercorso tra i due filosofi del diritto spagnoli. Da questo punto di vista, emerge una sostanziale convergenza nell'assumere il valore della storia come istanza esplicativa, e non giustificativa, dei diritti. La dimensione storica, in altri termini, presenta una rilevanza essenziale ai fini della descrizione del contesto genetico ed evolutivo dei diritti, senza però implicare il ricorso ad una qualche forma di storicismo olistico (inteso in senso popperiano come una forma di rigido determinismo). I fattori sociali, economici, religiosi, politici, culturali ecc. - occorre precisare - svolgono un ruolo esplicativo fondamentale nello studio dell'evoluzione storica, ma senza per questo arrivare ad esaurire il significato ultimo dei diritti.

Abstract

The paper provides a short presentation of the theoretical model proposed by Gregorio Peces-Barba, identifying the core of his thought in the attempt to elaborate and promote an inclusive project, focused on enhancing human dignity within a secularized, laic and tolerant society. The goal is to analyze the relevance of the historical dimension in his legal and philosophical theory of rights.

¹⁶ Cfr. *ivi*, 105-107.

Maestri del Novecento

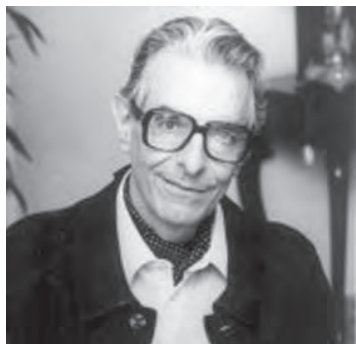


Uberto Scarpelli, Cos'è il positivismo giuridico rivisitato
di Mario Jori

Massimo Severo Giannini, nel mio ricordo
di Franco Gaetano Scoca

Uberto Scarpelli, Cos'è il positivismo giuridico rivisitato

di Mario Jori*



Sommario: § 1. – Uberto Scarpelli. § 2. – Il giuspositivismo politico. § 3. – Il confronto con altre concezioni del diritto. § 4. – La teoria della effettività e una sua revisione a partire da Scarpelli. § 5. – Conclusione.

(Uberto Scarpelli)

§ 1. – *Uberto Scarpelli*

Leggere Uberto Scarpelli non è facilissimo, nonostante egli sia un filosofo che persegue in ogni momento la chiarezza. Non solo sul piano dello stile, che è in effetti straordinariamente limpido, ma anche perché la parte principale della sua filosofia, la sua filosofia analitica del diritto, lo ha portato a perfezionare e spesso ad inventare i mezzi filosofici e concettuali per raggiungere la chiarezza filosofica. Purtroppo la ricerca della chiarezza risulta un processo estremamente complicato e, francamente, difficile. Dal canto mio penso che in questo obbiettivo Scarpelli abbia ottenuto straordinari risultati e che il suo pensiero sia in effetti straordinariamente chiaro; ma chiaro, appunto, non vuol dire semplice e di facile lettura. Diciamo che un testo di Scarpelli è chiaro come può esserlo una pagina di calcoli, richiede una lettura attenta alle premesse, alle definizioni, alla catena delle argomentazioni, quindi una lettura continua e sistematica. Non c'è profitto nel leggere uno scritto di Scarpelli qua e là, come talora si fa nel nostro campo, scegliendo gli argomenti che interessano di più.

In questo saggio intendo affrontare un aspetto del pensiero di Scarpelli, il tema della pluralità delle norme fondamentali. Esso soffre indubbiamente dell'inconveniente della complicazione, inevitabile perché riguarda principalmente l'atteggiamento dei giuristi e dei teori-

* Università degli Studi di Milano.

ci del diritto. Ci troviamo in questo caso con un accumulo di complessità una sull'altra, perché abbiamo a che fare con discorsi e concetti della teoria del diritto, che hanno senso in quanto riguardano altri concetti e discorsi, quelli incorporati nel diritto, che a loro volta ne riguardano altri, parole, concetti e discorsi, che sono parte integrante delle azioni regolate dal diritto. C'è inoltre la distinzione, o la mancata distinzione, tra descrivere cosa si fa e prescrivere come si deve fare. La chiarezza qui richiede concetti che a primo acchito suonano come uno scioglilingua inventato da un filosofo folle, come: metagiurisprudenza prescrittiva che prescrive di descrivere. L'esempio non è preso a caso, è una nozione importante in Scarpelli, la terminologia è di Bobbio. Eppure non è follia se è vero che il pensiero giuridico da secoli cerca di influenzare il diritto, proponendo alla giurisprudenza modelli di come operare. 'Metagiurisprudenza' vuol dire proprio questo, il discorso sulla giurisprudenza. Se cerchiamo di semplificare troppo, di tagliare qualche passaggio di troppo in questo labirinto, scopriamo che nelle pieghe della complessità possono essere celate cose essenziali. Ora, Scarpelli è fondamentalmente un illuminista, anche se troviamo che nel saggio del 1989 egli valuta il suo precedente illuminismo legalistico come «alquanto ingenuo»¹: ma è il legalismo che egli reputa un po' ingenuo, egli rimane pur sempre illuminista, nel senso che ritiene sia dovere di ogni individuo (libero) di prendersi carico delle proprie scelte etiche e sopportarne la responsabilità. Nel campo giuridico vedremo che questo prendersi carico vuol dire anche rendere pubbliche le scelte rilevanti e difenderle esplicitamente dalle altre scelte ugualmente possibili: una scelta né facile né ovvia.

*Cos'è il positivismo giuridico*² è tipico di tutto questo. Leggere il libro in modo episodico condanna certamente il lettore a non capirlo³. Non che Scarpelli non sapesse semplificare. Lo si capiva benissimo alle sue conferenze e ancor più alle lezioni. Che egli preparava sempre nella mezz'ora immediatamente prima della lezione, scrivendo lo schema su una scheda, ma avendo il contenuto fresco in mente. Le lezioni di Scarpelli, che ho avuto la fortuna di ascoltare come studente del

¹ «La mia visione della democrazia liberale, però, nonostante alcune dichiarazioni di tono realistico, era alquanto ingenua. Con una vocazione illuministica, affidavo alla legge, basata sul consenso e maturata nel confronto, il compito di determinazione e rinnovamento del diritto [...]» U. SCARPELLI, *Il positivismo giuridico rivisitato* (1989) ora in A. SCHIAVELLO, V. VELLUZZI (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, Giappichelli, 2005, 111. Il saggio era stato preceduto e in qualche misura preannunciato da U. SCARPELLI, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi* (1987), in A. SCHIAVELLO, V. VELLUZZI (a cura di), *op. ult. cit.*, 96-103. Come vedremo, lo Scarpelli del secondo saggio auspica che l'opera del legislatore italiano inadempiente e inefficiente sia integrata dall'operato delle Corti.

² U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965 (II ed., Napoli, Esi, 1997). Si veda la bibliografia sommaria di Scarpelli alla fine di questo articolo.

³ Dai miei colloqui con Hart, so che egli purtroppo aveva letto questo libro di Scarpelli in questo modo.

Abstract

This essay re-examines a theory proposed by Uberto Scarpelli in his book *Cos'è il positivismo giuridico* 1965. The book itself had been "revisited" by Scarpelli in two short essays of 1987 and 1989, before his death (see the bibliographical indications at the end of the present essay). I shall comment on one of its points, the theory of the plurality of fundamental norms. Scarpelli innovates on Kelsen idea of a basic or fundamental norm and on Hart's notion of a rule of recognition, a notion abandoned by recent legal theory, so that considering a plurality of them makes the whole exercise appear even more farfetched. In my opinion, however, this arcane theory has the redeeming quality of showing things and facing problems that most of recent theories have neglected, to their detriment and ultimate muddledness. In fact, Scarpelli of fifty years ago deals with several key questions which are swept under the mat in the present discussions in legal theory. It comes down to the question of who is responsible for the legal choices concerning interpretation, rights, principles and their balancing. Scarpelli key thesis is that legal positivism is not a factual or a scientific approach but a set of political choices about how to look at the (same) law and legal system. And so are all the other competing conceptions of law. The plurality, therefore, refers to the different legal conceptions which influenced and influence different moments of the modern history of European law. They all are, or were, the consequence of different political choices concerning a general approach to the law. According to Scarpelli, the main conceptions are legal positivism, legal realism, legal naturalism; and now we may add to them the various "Rights conceptions" popular in recent years, after Scarpelli's death. Each produces a partly different fundamental norm for the same legal system. The successful conceptions are always those who support important novel features of the law of their times, such as codification for legal positivism or the various Declarations of Rights and Constitutions for the modern "Rights conception". All these conceptions look with different glasses to the same legal rules and sources. No wonder that the discussion becomes unrewarding when it pretends to be about facts and real features of a legal system, rather than about the different value premises and priorities of the discussants concerning these facts and features. All choices are then presented as *right answers* and sources of right answers. Many discussants end up ignoring the limitations of legal language. Which, being basically ordinary language, does not allow for totally objective solutions, but only for interpretative choices, partly discretionary. Scarpelli conclusion is in fact far from farfetched, it is a liberating conclusion, that such differences are the consequence of sponsoring different aspects of the law, according to political differences. For the "Rights conceptions" (also called neo-constitutionalism in the non-Anglo-Saxon world) the attention is moved from improbable ways of balancing the various rights and duties in an objective way, to the activities and the augmented powers of the real owners and managers of such rights, the Courts.

Massimo Severo Giannini, nel mio ricordo

di Franco Gaetano Scoca*



Massimo Severo Giannini, allievo di Santi Romano e Guido Zanobini, diventa professore ordinario di diritto amministrativo nel 1939 a 24 anni. Fu direttore della Rivista trimestrale di diritto pubblico ed autore di centinaia di pubblicazioni in materia di diritto costituzionale, amministrativo ed economico. Movendo dalla teoria istituzionalistica di Santi Romano, fu il primo sostenitore dello studio del diritto pubblico fondato su un approccio interdisciplinare e realistico, osservando come lo studio di un sistema giuridico non potesse limitarsi allo studio delle norme che lo componevano, dovendo abbracciare anche l'economia, la sociologia, la scienza politica etc. Socio dell'Accademia dei

Lincei e Vicepresidente del Consiglio superiore dei Beni Culturali, coniugò sempre la vocazione accademica con l'impegno civico e politico. Di fede socialista, durante l'occupazione tedesca di Roma operò nelle Brigate Matteotti agli ordini di Giuliano Vassalli, partecipando, tra l'altro, all'azione che permise la fuga – tra gli altri – dei futuri Presidenti della Repubblica Sandro Pertini e Giuseppe Saragat. Ministro per l'organizzazione della pubblica amministrazione e per le Regioni nel Governo Cossiga I e II dal 4 agosto 1979 al 28 settembre 1980, nel 1984 presiedette la Commissione col compito di formulare proposte per la revisione della disciplina dei procedimenti, ponendo le fondamenta della famosa legge sul procedimento amministrativo e la trasparenza delle pubbliche amministrazioni (legge 7 agosto 1990, n. 241), che rivoluzionerà per sempre i rapporti tra cittadino e pubblici poteri (La Direzione).

Quando frequentai il corso di diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza di Roma, il titolare della cattedra era Guido Zanobini; il quale, peraltro, era impossibilitato a tenere le lezioni perché seriamente ammalato.

Massimo Severo Giannini fu chiamato a reggere la cattedra di diritto amministrativo nell'anno accademico successivo alla mia laurea.

Avevo svolto una tesi su un tema delicatissimo di diritto processuale amministrativo ed avevo il programma (o il sogno) di intraprendere la carriera accademica, che a quel tempo si presentava come la più nobile e difficile prospettiva per un giovane laureato.

Il problema era che non conoscevo il nuovo professore e, soprattutto, che il nuovo professore non aveva nessuna conoscenza della mia tesi e, più in generale, della mia preparazione, del modo in cui avevo condotto gli studi, in particolare lo studio del diritto amministrativo.

* Sapienza – Università di Roma.

Decisi di presentarmi a lui: l'incontro avvenne nella grande sala d'ingresso della Facoltà. Giannini era vestito in modo elegante, con un minimo di ricercatezza: aveva un cappottino chiaro e un cappello a larghe tese. L'atteggiamento era pensoso, più che severo. Mi ascoltò, non mi disse altro che di portare la mia tesi al professor Zanobini; evidentemente riteneva che dovesse essere Zanobini a valutare la mia capacità di intraprendere la difficile carriera.

Non era affatto necessario inviarmi da Zanobini per l'esame della tesi: l'iniziativa dimostra il rispetto che Giannini aveva per il professore di cui era stato allievo; anche se egli riconosceva come suo vero Maestro Santi Romano da cui, negli anni della sua formazione, si recava, per consigli, nella sede del Consiglio di Stato. Formazione celere, ove si consideri che a 24 anni Giannini era già in cattedra ed aveva già licenziato due volumi di sicuro pregio scientifico.

Zanobini, che io immaginavo come un uomo maestoso (forse per via del suo maestoso Corso, articolato su cinque volumi, sui quali avevo studiato), era invece un piccolo uomo, disteso su una lunga poltrona; sofferente, incapace di muoversi sì, ma vivace e dallo sguardo indagatore.

Ero con due piedi in una scarpa di fronte al grande Maestro: gli porsi la mia tesi, mal dattiloscritta e peggio rilegata, e frettolosamente presi congedo. Credo che furono scambiate non più di dieci parole, tutte di saluti, senza richieste di delucidazioni.

Non ho mai saputo come Zanobini abbia valutato la mia tesi; sta di fatto che Giannini mi accolse tra i suoi allora numerosissimi allievi. Così potei seguire le sue lezioni, e l'ho fatto per molti anni: ogni anno avevano oggetti diversi ed erano sempre assai bene preparate ed interessantissime. Dalle lezioni di Giannini ho imparato, non solo il diritto amministrativo, ma il diritto in generale in una dimensione culturale allargata ad altre discipline.

Si stabilì il classico rapporto tra Maestro ed allievo. Giannini non aveva il piglio del direttore di lavori; lasciava che ciascuno degli allievi seguisse il suo programma di studi, secondo le proprie attitudini e la personale determinazione, con più o meno impegno. Non interveniva né per stimolare né per indirizzare; ciò creava in me un senso di insicurezza, perché non ero in condizione di conoscere il suo giudizio sul mio impegno didattico e sul mio lavoro di ricerca. Procurò che altri, forse meno determinati, non sentendosi stimolati, ed essendo seguiti solo su loro richiesta, abbandonarono gli studi teorici, dedicandosi ad altre carriere; nelle quali alcuni hanno raggiunto mete di altissimo prestigio.

Fu una richiesta di Carlo Esposito, il professore di diritto costituzionale, che era allora il Direttore dell'Istituto di diritto pubblico, a consentire che le cose si modificassero profondamente.