

DIRITTO E SOCIETÀ

*Rivista trimestrale fondata nel 1973
da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli*

III serie - 4/2015

Comitato di direzione

Maria Alessandra Sandulli

Direttore responsabile

Beniamino Caravita di Toritto

Antonio D'Atena

Massimo Luciani

Franco Modugno

Giuseppe Morbidelli

Marco Ruotolo

Federico Sorrentino

Comitato scientifico

Marino Breganze

Giuseppe Caia

Paolo Carnevale

Marta Cartabia

Giuseppe de Vergottini

Pietro Giuseppe Grasso

Guido Greco

Natalino Irti

Anne-Marie Le Pourhiet

Stelio Mangiameli

Leopoldo Mazzaroli

Manlio Mazziotti

Fabio Merusi

Jorge Miranda

Giovanni Sartori

Dian Schefold

Franco Gaetano Scoca

Gaetano Silvestri

Aldo Travi

Redazione

Francesco Crisafulli

Daniele Chinni

Tatiana Guarnier

SOMMARIO 4/2015

Alessandro Calegari, *In ricordo del Prof. Leopoldo Mazarolli* v

saggi

Maria Alessandra Sandulli, *Principio di legalità e effettività della tutela: spunti di riflessione alla luce del magistero scientifico di Aldo M. Sandulli* 649

Filippo Patroni Griffi, *Principio di legalità ed effettività della tutela nel pensiero di A.M. Sandulli: spunti per una riflessione* 671

Sandro Staiano, *Normatività e dintorni. Riflessioni sull'incertezza delle regole dal punto di vista costituzionale* 683

Gianluca Bascherini, *La Costituzione della Repubblica romana del 1849 come modello* 705

osservatorio

Fabio Francesco Pagano, *L'attualità del pensiero di Salvatore Pugliatti su "diritto pubblico e diritto privato"* 739

attualità

Giovanni Coccozza, *L'atto politico nel conflitto fra Governo e Sezioni Unite della Corte di Cassazione* 755

recensioni

Augusto Romano, *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato, a cura di M. Nuzzo, Torino, 2014* 765

IN RICORDO DEL PROF. LEOPOLDO MAZZAROLLI

Il prof. Leopoldo Mazzarolli era nato a Treviso il 19 ottobre 1930.

Ebbe la sventura di perdere assai presto entrambi i genitori, dapprima il padre a sette anni, quindi la madre a undici, venendo affidato con il fratello Antonio, maggiore di lui di due anni, alle cure di una zia materna. Le traversie familiari non gli impedirono, tuttavia, di eccellere negli studi e ne forgiarono, anzi, il carattere. Fu in quegli anni, invero, che Leopoldo Mazzarolli acquisì, leggendo moltissimo, le basi di quella vasta cultura umanistica che sviluppò nel corso della sua operosa esistenza.

Iscrittosi alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, vi si laureò ancora ventiduenne, nel 1953, sotto la guida del prof. Enrico Guicciardi, già all'epoca indiscusso e riconosciuto maestro del diritto amministrativo.

Di Guicciardi Mazzarolli fu, per circa un decennio, dapprima collaboratore e quindi assistente ordinario: professore incaricato di diritto amministrativo dal 1958, conseguì la libera docenza nel 1961 e vinse il concorso a cattedra per l'insegnamento delle Istituzioni di diritto pubblico nel 1964.

Nel frattempo, egli s'era trasferito a Padova e aveva sposato Maria Antonietta, da cui ebbe quattro figli: Francesco, Ludovico, Anna e Luisa.

I primi anni di carriera del prof. Mazzarolli si svolsero, tuttavia, a Venezia, presso l'allora Istituto universitario di Cà Foscari, dove era stato chiamato a insegnare le Istituzioni di diritto pubblico, su proposta del prof. Feliciano Benvenuti.

Era tradizione, infatti, che i docenti formati nella Scuola patavina dovessero dimostrare il loro valore presso altri Atenei prima di essere richiamati a Padova. Ciò che avvenne quasi subito per il giovane Mazzarolli, dal momento che già nel 1967 – per volere di Guicciardi – egli fu chiamato dalla Facoltà patavina ad insegnare il Diritto pubblico generale. Si può dire, anzi, che quella cattedra fu per lui istituita. La materia che il prof. Mazzarolli prediligeva era però il diritto amministrativo e, in particolare, la giu-

stizia amministrativa, che all'epoca erano ancora insegnati a Padova dal suo maestro Enrico Guicciardi.

La prematura scomparsa di quest'ultimo, nel 1970, costrinse Mazzarolli a raccoglierne l'eredità. Si trattava, per vero, di un'eredità importante, di cui egli avvertiva il peso, ma che seppe accollarsi senza deludere le aspettative che i Colleghi avevano in lui riposto. Mazzarolli tenne l'insegnamento che già era stato del suo maestro fino a quando, pochi anni dopo, la Facoltà decise di sdoppiare il corso, affidando a lui l'insegnamento del diritto processuale, mentre il corso di diritto sostanziale fu affidato, dapprima, al prof. Francesco Gullo e, quindi, al prof. Gherardo Bergonzini, anch'essi allievi diretti del prof. Guicciardi.

Erano gli anni in cui Padova era ritenuta una delle prime e più importanti Scuole di diritto in Italia, dove insegnavano indiscussi Maestri del diritto e delle altre scienze giuridiche: per limitarsi a pochi, ma significativi esempi, basta ricordare i nomi di Luigi Carraro, Alberto Trabucchi, Giuseppe Bettiol, Enrico Opocher, Carlo Guido Mor, Livio Paladin, Pasquale Voci: nomi che dicono qualcosa anche ai non giuristi. Sedere, quindi, in quel consesso significava dialogare con chi formava la più importante dottrina giuridica italiana.

Leopoldo Mazzarolli non faticò a conquistare la stima e la considerazione dei Colleghi, anche di quelli più anziani e titolati, perché al genio brillante egli sapeva accompagnare la misura e l'obiettività. I suoi pareri incominciarono ad acquisire autorevolezza anche fuori della Facoltà giuridica, al punto da farne il consulente fidato di molti Rettori, che da allora si succedettero alla guida dell'Ateneo. Dell'Università patavina fu anche consigliere di amministrazione e pro-rettore vicario dal 1972 al 1974. In tempi più recenti ebbe, invece, un ruolo fondamentale nel promuovere l'accordo tra l'Università di Padova e Cassamarca, che ha consentito di istituire un corso di laurea in giurisprudenza anche nella sua città natale.

Il professore raccontava spesso di quanto fosse stato difficile occuparsi delle vicende relative all'Università durante gli anni della contestazione studentesca e gli anni di piombo che ne seguirono e come egli stesso ebbe ad esporsi in prima persona, venendo per questo additato come reazionario, per far mantenere il rispetto della legalità all'interno dell'Ateneo.

In realtà, dietro all'immagine di conservatore, che molti hanno voluto accostargli, Leopoldo Mazzarolli è sempre stato un uomo di profonda e convinta cultura liberale, per il quale la legge e l'ordinamento erano innanzi tutto garanzia dei diritti e delle libertà individuali e ciò che si poneva contro il diritto e l'ordinamento, prima ancora che un fenomeno da reprimere,

costituiva una minaccia per quei valori. E così non poteva non essere per chi, come lui, ha sempre inteso il diritto amministrativo come il diritto della libertà e il processo amministrativo come lo strumento di tutela dell'individuo nei confronti dell'azione illegittima della pubblica amministrazione, qualunque ne fosse il «colore politico».

Il tema della tutela dei diritti e delle libertà individuali, invero, è stato il filo conduttore della sua longeva carriera accademica, tanto nell'attività didattica, svolta presso le Università di Venezia, Padova e Innsbruck, dove è stato insignito del titolo di Honorar Professor, quanto e soprattutto nella sua vasta produzione scientifica, durata ininterrottamente per quasi sessant'anni, durante i quali si è occupato principalmente di atti e provvedimenti amministrativi, di giustizia amministrativa, di urbanistica e di edilizia. Oltre alla prima monografia su "I piani regolatori nella teoria giuridica della pianificazione" del 1962, possono essere ricordati in particolare i lavori sugli atti di conferma del 1964 e del 1969, i numerosi articoli apparsi nella Rivista "Diritto processuale amministrativo", i molti scritti in materia urbanistica ed edilizia, ora raccolti nel volume "Proprietà immobiliare, Pianificazione territoriale, Attività edilizia" del 1999, oltre all'apprezzato manuale collettaneo di diritto amministrativo edito da Monduzzi, giunto nel 2005 alla quarta edizione, che Mazzarolli contribuì a scrivere negli anni della maturità, essendo tra i curatori dell'opera e al tempo stesso autore della parte relativa alla nascita del sistema di giustizia amministrativa italiana e di quella sui ricorsi amministrativi.

Negli stessi anni in cui si affermava come docente e studioso, che gli valsero già nel 1982 la medaglia d'oro ai benemeriti della scuola, della cultura e dell'arte, peraltro, Mazzarolli acquisiva notorietà anche come avvocato amministrativista, disciplina che in Padova e nel Veneto poteva contare su pochissimi studi specializzati, cresciuti nel numero solo dopo l'istituzione, nel 1971, dei Tribunali amministrativi regionali.

Nel corso di oltre dieci lustri di esercizio della professione forense, celebrati alcuni anni fa dall'Ordine degli Avvocati di Padova con il conferimento della «Toga d'oro», egli è stato difensore e consulente di molti Enti pubblici e di importanti Società e gruppi privati. Per questo motivo l'Associazione Veneta degli Avvocati Amministrativisti, che egli aveva contribuito a fondare, prima in Italia, insieme al prof. Benvenuti, gli ha conferito la qualifica di socio onorario, ricordando com'egli avesse dato lustro nel Paese al foro amministrativo del Veneto. Ma il prof. Mazzarolli è stato pure avvocato apprezzato anche dai colleghi non amministrativisti, se è vero che fu, per quasi dieci anni, rappresentante eletto da tutti gli avvoca-

ti del Distretto di Corte d'appello di Venezia nel Consiglio Nazionale Forense.

Egli ha sempre ritenuto che l'avvocatura costituisse uno dei complementi naturali e necessari dell'esperienza scientifica e didattica e ha sempre spinto i suoi allievi a non limitarsi esclusivamente allo studio teorico del diritto, ma a cimentarsi anche nella sua applicazione pratica. Le sue lezioni non mancavano mai, infatti, di riferimenti alla realtà, che soli potevano provenirgli da una conoscenza pratica del funzionamento del processo, e alle conseguenze derivanti dall'accoglimento di una certa teoria o di un certo orientamento. Lo stesso suggeriva di fare a noi, suoi allievi, quando correggeva i nostri lavori. Qualunque fosse la tesi sostenuta, infatti, questa doveva sì trovare fondamento nelle norme di diritto positivo ed essere giustificata su basi di teoria generale, ma doveva anche essere sottoposta ad una preventiva verifica di carattere empirico, valutando i risultati che la sua applicazione avrebbe potuto produrre sul piano concreto.

Significativo è stato anche l'impegno civile che Mazzarolli ha costantemente dimostrato, tanto in sede locale e regionale, quanto in ambito nazionale.

Giornalista pubblicista, scrisse a lungo per "Il Gazzettino" di Venezia, quando ne fu direttore Giorgio Lago; diresse per qualche tempo la Rivista "Il Diritto della Regione" e molto più a lungo è stato direttore responsabile di due importanti Riviste giuridiche nazionali: la Rivista "Diritto e società" e la "Rivista giuridica di urbanistica". Della prima, in specie, è stato direttore dal 1984 al 2011, succedendo in tale veste ad Aldo M. Sandulli, che con Giovanni Cassandro e Vezio Crisafulli l'aveva fondata nel 1973 con il proposito, condiviso in pieno da Mazzarolli, di dare vita a una rivista che ospitasse saggi di natura scientifica e scritti di attualità giuridica senza alcuna preclusione ideologica o politica, per garantire il pluralismo di opinione e per dare voce anche a quegli autori ai quali le correnti culturali di matrice marxista, dominanti nella seconda metà degli anni '70, tendevano, purtroppo, a non concedere alcuno spazio nel dibattito culturale nazionale, anche di tipo giuridico, ma soprattutto socio-politico. Basti leggere, a questo riguardo, il ricordo di Sandulli che Mazzarolli pubblicò nel 2004 a vent'anni dalla scomparsa del fondatore ("Aldo Sandulli e la nascita di diritto e società. Un ricordo del passato e un monito per il presente") e il suo congedo da direttore della Rivista, pubblicato nell'ultimo numero da lui licenziato, alla fine del 2011. A "Diritto e società" Mazzarolli era molto legato e sono quindi certo che avrebbe gradito di essere nella stessa ricordato.

Il suo nome compariva anche tra i componenti del comitato scientifico di altre importanti Riviste giuridiche, oggi annoverate tra quelle collocate dall'A.N.V.U.R. nella c.d. fascia A, come "Diritto Amministrativo", di cui è stato anche condirettore, e "Diritto processuale amministrativo".

Non si contano i consigli e gli organismi di cui, senza clamore e con estremo riserbo, egli ha fatto parte. Basti qui ricordare la sua nomina al Consiglio Superiore della Pubblica Amministrazione o la sua partecipazione ai consigli di amministrazione di Cassamarca, di cui fu anche nominato vice presidente, su designazione dell'Università di Padova, e della Banca Antonveneta, nel quale succedette al prof. Alberto Trabucchi, nonché della Compagnia Italiana Grandi Alberghi (CIGA Hotels), a cui fu chiamato su proposta dell'avv. Franzo Grande Stevens, suo collega, per il distretto del Piemonte, nel Consiglio Nazionale Forense.

Ho motivo di ritenere che non fosse lui a cercare quegli incarichi e tanto meno ritengo che li cercasse per ragioni di prestigio o di potere personale. Credo piuttosto che fossero gli altri a sollecitare la sua disponibilità ad assumerli, all'intuibile scopo di poter beneficiare dell'autorevolezza e del prestigio che la sua partecipazione avrebbe indirettamente portato agli organismi ai quali avesse partecipato. Non mi riesce difficile immaginarlo, perché ho ben presente cosa significasse e cosa significhi tuttora, anche dopo la sua morte, potersi presentare come suo allievo. Il suo nome, infatti, suscitava e suscita ancora ammirazione e rispetto, ben oltre la ristretta cerchia dei professori di diritto amministrativo e, più in generale, dei professori di materie giuridiche.

A conferma di tale mia convinzione, mi limiterò a ricordare che egli rifiutò la presidenza della Cassa di Risparmio di Padova e Rovigo, alla quale era stato nominato dall'allora Ministro Beniamino Andreatta, perché ciò gli avrebbe imposto di sospendere l'attività d'insegnamento e di ricerca, che considerava il suo primo e più importante compito. Come pure rifiutò di far parte del C.N.E.L., che riteneva Istituzione inutile e superata.

Pur non avendo mai cercato per se stesso una posizione di privilegio, Mazzarolli aveva però ben presente la finalità del servizio, che ha praticato costantemente con grande discrezione e riservatezza, senza alcuna ostentazione.

Riflette questo suo atteggiamento, riservatamente operoso, anche il metodo di lavoro ch'egli ha sempre seguito nella sua feconda attività di ricerca scientifica, metodo ch'egli che rivendicava con orgoglio come proprio degli appartenenti alla Scuola patavina. Fondamentale per lui era l'approccio rigoroso al dato normativo, proprio del positivismo giuridico, che lo por-

tava a rifuggire dalle suggestioni dell'analisi politologica e socio-economica del diritto, che non riteneva beninteso meno importanti, ma che considerava proprie di altre discipline e, quindi, ad altri riservate.

In ciò fu decisamente lontano dalle posizioni per così dire più «progressiste» di altre scuole, che si riconoscevano nel pensiero di Feliciano Benvenuti e Massimo Severo Giannini e, più tardi, anche di Sabino Cassese, solo per ricordare alcuni tra gli esponenti più noti e da lui più stimati, a cui facevano capo quegli indirizzi, mentre fu decisamente continuatore del metodo che già era stato proprio del suo maestro Guicciardi e, prima di lui, del fondatore della Scuola patavina di diritto pubblico, Donato Donati.

Dal pensiero di Guicciardi, invece e se si vuole paradossalmente, Mazzarolli si allontanò negli esiti della ricerca e, forse, proprio nell'approdo più significativo della teorica guicciardiana, basata sulla distinzione tra «norme di relazione» e «norme d'azione», giungendo a configurare, diversamente dal maestro, l'interesse legittimo come situazione giuridica sostanziale, collegata ad un interesse materiale della persona e proprio per questo suo carattere soggettivo e sostanziale ritenuta dalla Carta costituzionale meritevole di tutela sul piano giurisdizionale.

Sempre per trattare di «metodo», Mazzarolli non amava che i suoi studenti eludessero le sue domande o che gli allievi aggirassero le difficoltà appellandosi ad artifici verbali o a costruzioni men che solide. L'argomentazione doveva sempre poggiare su basi consolidate, ancorate al dato giuridico formale e giungere alla conclusione attraverso il sillogismo più rigoroso. Amava in questo riprendere il pensiero di Guicciardi che sosteneva, con una considerazione che ha sempre persuaso anche me, come tra matematica e diritto vi siano più dati comuni di quanto si potrebbe supporre.

Pretendeva il rispetto di queste regole di serietà e di rigore anzitutto da se stesso, con quella coerenza tra pensiero ed azione che lo portava non di rado a dissentire rispetto all'opinione dominante o a non sposare facili soluzioni di compromesso. Era, infatti, decisamente fermo e intransigente nella difesa degli ideali in cui credeva, ma anche pronto ad ascoltare le posizioni altrui e a cambiare idea, se l'interlocutore lo avesse convinto portandogli argomenti persuasivi. Su una cosa soltanto non avrebbe mai ceduto ed era sul mantenimento della parola data.

Questa sua intransigenza lo ha portato anche ad assumere posizioni difficili e minoritarie all'interno della Facoltà giuridica patavina, ma il suo dissenso era sempre motivato e manifestato con signorilità e pacatezza, che erano poi i tratti esteriori del suo carattere e del suo agire.

Personalmente, infatti, mai l'ho visto in collera o alzare la voce, anche

se, come allievo più giovane, ne temevo il giudizio, sapendo che egli non avrebbe avuto alcuna remora ad esternarmi, anche se con garbo, le sue critiche e le sue perplessità. Faceva, infatti, chiaramente capire, e non solo ai propri allievi, se un lavoro scientifico era per lui di valore e meritava per questo il suo apprezzamento.

Negli ultimi anni di servizio conobbe la trasformazione dell'Università italiana di fine millennio, che egli giudicò con severità per la moltiplicazione delle sedi universitarie e per il localismo ch'essa introduceva nel sistema di reclutamento dei docenti, ma anche per il ruolo di burocrati che essa affidava ai professori e per l'applicazione anche alle facoltà umanistiche della distinzione tra laurea di base e specialistica, nonché per il sostanziale peggioramento della qualità della ricerca e della didattica che a suo giudizio derivava dalle riforme complessivamente considerate.

Tutto questo egli esponeva con la sua consueta ironia e lungimiranza nello scritto del 1998, significativamente intitolato "Elogio e necrologio del professore universitario".

L'ironia era certamente una componente del suo stile espressivo, caratterizzato da un'esposizione asciutta e dai toni misurati, in cui l'uso di termini ricercati non era mai fine a se stessa o a dimostrare la sua vasta cultura, bensì a rendere con maggiore proprietà tecnica e terminologica i concetti che intendeva esprimere. La chiarezza del pensiero si rifletteva nella semplicità del periodo e nella concatenazione logica dei passaggi in cui articolava le sue dimostrazioni.

Era infatti il prof. Mazzarolli intransigente sul corretto uso della lingua italiana e sul dovere che ogni autore aveva di farsi immediatamente comprendere dai lettori. Chiunque, del resto, volesse leggerne oggi gli scritti, pur non essendo un esperto di diritto amministrativo, potrebbe agevolmente seguirne i passaggi e apprezzare il modo chiaro ed elegante in cui gli stessi sono sviluppati.

Ma quella esemplare chiarezza era – contrariamente a quello che lui stesso amava ricordare del suo maestro Guicciardi – frutto di un lavoro certosino che, partendo dall'intuizione tradotta in parole, si sviluppava poi attraverso un progressivo affinamento del testo scritto, dovuto a plurime revisioni, testimoniate graficamente dalla copiosa presenza, a margine delle bozze dattiloscritte, di annotazioni, chiose e correzioni, che il professore apportava con l'immane penna a sfera del tipo più comune in commercio, con andamento curvilineo e in forma sempre più minuta, fino ad essere da lui solo intellegibili, mano a mano che si esauriva lo spazio ancora disponibile sulla pagina.

L'amore di Mazzarolli per la lingua italiana discendeva probabilmente dalla passione per la lettura che ne ha accompagnato l'esistenza, sin dalla più tenera età. Non c'era genere letterario che egli non avesse frequentato, anche solo per curiosità, nota peraltro essendo la sua predilezione per i testi classici.

Si comprende, quindi, anche l'interesse che egli nutriva nei confronti delle opere di Francesco Petrarca, al punto di assumere la presidenza di quell'Ente nazionale che del Poeta illustra e porta il nome e che ha sede nella città di Padova.

Ma gli interessi extra giuridici di Leopoldo Mazzarolli spaziavano ben oltre la letteratura e abbracciavano ogni aspetto della cultura umanistica: dalla storia alla geografia, dal teatro all'opera lirica, dalla musica all'arte, fino ad arrivare al collezionismo di monete antiche, romane e veneziane, e alla cinematografia.

Della passione per la lirica o delle sue sterminate conoscenze letterarie giungeva puntuale eco, a noi ch'eravamo suoi giovani assistenti, durante gli esami di giustizia amministrativa, quand'egli, incuriosito dai nomi più singolari o dalla provenienza insolita degli studenti, chiedeva loro, prima di iniziare l'interrogazione e anche per metterli a loro agio, se conoscessero l'origine del loro appellativo o qualche storico evento accaduto nella loro città natale, dilungandosi a spiegare loro, ma anche a noi evidentemente, quali fatti si fossero svolti in quella cittadina o quale personaggio della letteratura, della storia o dell'opera avesse potuto ispirare i genitori che avevano per loro scelto quel nome tutt'affatto particolare.

Ma una delle passioni più grandi, se non la più grande, era per Mazzarolli la musica classica, di cui aveva una conoscenza enciclopedica. Nota era, del resto, la sua amicizia con il Maestro Claudio Scimone, su richiesta del quale accettò la carica di Presidente (dal 1969 al 1982) e di componente del Consiglio di Amministrazione (dal 1982 al 2011) dell'Orchestra da camera di Padova e del Veneto, fondata dallo stesso Scimone in una con Francesco Gentile (ordinario di filosofia del diritto) e Marino Nicolini (ordinario di chimica generale e inorganica).

Di questi amplissimi suoi interessi culturali, così come dei suoi innumerevoli viaggi, il prof. Mazzarolli ha sempre reso partecipi – seppure, ovviamente, in misura e in maniera diversa – i familiari, gli allievi e gli amici.

Vorrei dire che la sua curiosità si estendeva, ove possibile, anche alle scienze c.d. dure, delle quali si interessava nel corso dei frequenti colloqui con gli amici studiosi di quelle materie, senza che la discussione scadesse mai nell'approccio semplicistico o dilettantistico.

L'occasione, del resto, gli era offerta dalla frequentazione di importanti istituzioni culturali di cui era membro, quelle, per essere molto chiari, in cui continuava a credere dopo avere constatato il decadimento dei costumi nell'Università che aveva lasciato: dalla patavina Accademia Galileiana di scienze, lettere e arti, di cui è stato socio effettivo e soprannumerario, all'Ateneo Veneto, di cui è stato socio non residente, all'Ateneo di Treviso, all'Accademia Nazionale di Scienze lettere e arti di Modena, di cui è stato socio effettivo e onorario, succedendo a Feliciano Benvenuti, all'Istituto Veneto di Scienze, lettere ed arti.

In particolare, a quest'ultima nobile e antica Istituzione, di origine napoleonica, Mazzarolli dedicò alacremente le sue migliori energie per i due consecutivi mandati triennali in cui ne fu il presidente. Assunse la carica nel 2003, dopo avere cessato l'insegnamento nell'Università di Padova e in tale veste portò a compimento, nell'anno successivo, l'importante restauro di Palazzo Franchetti sul Canal Grande, dando al contempo rinnovato impulso, con varie manifestazioni e iniziative, alle attività culturali dell'Ente.

Mazzarolli concluse la sua presidenza dell'Istituto nel 2009, con un discorso pronunciato al termine della cerimonia di commiato nella Sala dello Scrutinio a Palazzo Ducale, di cui ancora rammento la chiosa finale, nella quale ringraziava la Città di Venezia per avergli donato sei anni di operoso, appagante lavoro nell'incanto della sua bellezza, nella magia dorata del suo crepuscolare splendore.

Quel malinconico riferimento al crepuscolo acquista a posteriori i caratteri di un presagio, di cui il prof. Mazzarolli era certamente consapevole e che aveva a suo modo inteso comunicare ai Colleghi dell'Accademia e agli amici intervenuti per l'occasione, con la sua consueta sobria eleganza.

Al tramonto dorato della Serenissima egli stava accostando, in realtà, anche il suo ingresso nell'ultima stagione della vita, quella segnata dal declino fisico e dalla malattia, quella malattia che – iniziata qualche anno prima – egli ha sopportato, soprattutto negli anni di lì a venire, con grandissima dignità e incrollabile forza d'animo.

È il periodo in cui ho avuto modo di conoscerlo più da vicino e di frequentare la sua casa, nella quale stava per lo più ritirato tra le sue carte e le visite degli amici, limitato nei movimenti dall'aggravarsi progressivo e inesorabile delle sue condizioni di salute.

Mi recavo a trovarlo con cadenza quindicinale insieme a un altro suo allievo, il prof. Daniele Corletto, già ordinario di diritto amministrativo a Verona e ora di Istituzioni di diritto pubblico a Padova. Egli ci attendeva nel salotto del suo appartamento, ansioso di chiederci quali novità potessi-

mo raccontargli della vita accademica padovana e veronese e di poter leggere quanto avessimo scritto dall'ultima visita.

Nel tempo in cui ci intrattenevamo con lui, si parlava di qualunque argomento, mai della sua malattia o della sua sofferenza, che pure chiaramente perceivamo. Una delle sue ultime gioie è stata proprio quella di sapere tutti i suoi allievi sistemati, perché il prof. Corletto sarebbe rientrato a Padova, per ivi concludere la sua carriera, mentre io avrei preso servizio a Treviso, dove già insegnava l'altra sua allieva, Chiara Cacciavillani.

Soprattutto, però, nei nostri periodici incontri si discuteva del libro sulla giustizia amministrativa che, dopo tanti anni e molte insistenze della casa editrice Cedam, egli si era finalmente deciso a scrivere, con la promessa del nostro aiuto e della nostra collaborazione.

Solo dopo l'entrata in vigore del primo Codice del processo amministrativo, nel 2010, gli sembrò infatti che fossero maturati i presupposti per porre mano a un'opera che, anche nel titolo, ricordasse la fondamentale Giustizia amministrativa del suo maestro, scomparso ormai da quarant'anni. Nulla o poco, infatti, sopravviveva del sistema normativo descritto nell'opera mirabile di Guicciardi, se non la limpida costruzione dommatica del sistema geometrico che egli aveva saputo costruire. Cosicché poteva finalmente essere scritta una «nuova» Giustizia amministrativa, che della prima ripetesse il rigore scientifico se non i contenuti.

Era per noi un piacere e, al tempo stesso, una sofferenza vedere come crescessero di pari passo nel nostro Maestro il desiderio di portare a compimento quell'opera e la difficoltà ad esprimerci i concetti ch'egli voleva tradurre nelle pagine scritte del volume. La malattia, infatti, non aveva minimamente attenuato il suo entusiasmo e la sua capacità di elaborare concetti complessi, ma gli rendeva sempre più arduo esprimere con le parole ciò che aveva pensato e voleva trasmetterci.

La morte, purtroppo, è sopravvenuta prima che il professore vedesse coronati i suoi sforzi. Egli s'è spento a Padova, il 4 marzo 2015.

Non gli è stata risparmiata neppure la prova dolorosissima della scomparsa dell'amata moglie, che lo ha preceduto di soli trentatré giorni nell'ultimo viaggio, vinta da un male incurabile dall'esito inaspettatamente fulmineo. Fino al termine egli ha voluto dividerne la sorte, partecipando alle sue esequie con le ultime forze che lo assistevano.

Quell'evento ha mostrato anche all'esterno la profondissima e radicata fede cristiana che il prof. Mazzarolli non ha mai ostentato, ma alla quale ha sempre ispirato la sua azione. Fede che egli ha saputo trasmettere, insieme al suo rigore e alla sua rettitudine, ai figli e ai nipoti, ai quali restano oggi

la sua eredità spirituale e il suo esempio; valori che Poldo Mazzarolli, come a lui piaceva essere chiamato dai suoi più cari amici, ha voluto trasmettere anche ai suoi molti studenti e ai suoi allievi, a nome dei quali mi onoro qui di ricordarlo con immutato affetto e sincera gratitudine.

Alessandro Calegari

SAGGI

Maria Alessandra Sandulli

PRINCIPIO DI LEGALITÀ E EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA: SPUNTI DI RIFLESSIONE ALLA LUCE DEL MAGISTERO SCIENTIFICO DI ALDO M. SANDULLI*

SOMMARIO: 1. Il legame tra principio di legalità e effettività della tutela nell'insegnamento di Aldo M. Sandulli. – 2. Il valore dell'insegnamento di Aldo M. Sandulli per la riflessione su alcune problematiche attuali.

1. *Il legame tra principio di legalità e effettività della tutela nell'insegnamento di Aldo M. Sandulli*

Tracciare il ricordo di un grande Maestro è certamente, come sottolineato da G. Greco, un privilegio, ma è anche compito assai arduo, che diventa nel mio caso ancora più gravoso, per ciò che quel Maestro è stato anche un Padre straordinario, ciò che, tra l'altro, ha consentito all'insegnamento di penetrare l'intelletto e l'animo attraverso una trasmissione costante di valori e di metodi di lavoro.

Ancora più difficile è trarre delle conclusioni sulle dense e interessanti relazioni che abbiamo ascoltato, senza abusare dell'attenzione e della pazienza dell'uditorio.

Mi limiterò pertanto davvero ad alcune brevissime considerazioni, che si riallacciano e traggono spunto dal pensiero di mio Padre e da quanto oggi è stato detto, per svolgere e stimolare qualche riflessione su alcune problematiche attuali inerenti ai temi della legalità e della tutela giurisdizionale, in linea con il Suo insegnamento, che, come ricordato da

* Lo scritto costituisce la rielaborazione delle conclusioni al Convegno svoltosi presso l'Università di Roma La Sapienza il 20 novembre 2015 per celebrare i 100 anni dalla nascita di Aldo M. Sandulli (nato a Napoli il 22 novembre 1915 e prematuramente scomparso l'11 febbraio 1984, colto da improvviso maleore a Torgiano (PG) al termine di una relazione a un convegno).

C. Pinelli, richiamava il giurista al dovere di additare le carenze del diritto vigente e gli strumenti per superarle.

Come messo in luce anche dagli odierni relatori, l'opera e l'intera vita di mio Padre testimoniano il Suo costante impegno ad affermare e difendere (cogliendo occasione di riflessione anche da questioni in apparenza di minore rilievo) i primari valori di libertà, democrazia, eguaglianza (nettissimo, quest'ultimo, come ha ricordato Roberto Nania, nelle sentenze nn. 55 e 56 del 1968 e nella loro difesa sulla rivista *Astrolabio*) e, dunque, legalità, che vedeva messi in pericolo e di cui denunciava, soprattutto negli ultimi anni, la crisi, senza però mai arrendersi alla loro sconfitta ed esprimendo anzi una fede sempre nuova e forte nella capacità della società civile di rigenerarsi alla luce dei principi e dei valori affermati dalla Costituzione¹.

Quando parlava di "legalità", come ebbe a sottolineare A. Baldassarre nella raccolta di scritti per il ventennale della sua scomparsa² e come evidenziato oggi anche da Guido Corso e Guido Greco, mio Padre – costituzionalista e amministrativista "insieme" – si riferiva a una "legalità qualificata di determinati profili contenutistici: la «legalità repubblicana», saldamente legata al pensiero democratico: una legalità sostanziale "forte", non limitata alla previsione del potere, ma estesa alla declinazione delle regole per il suo esercizio, mediante l'individuazione dei presupposti e dei limiti del medesimo.

Il diritto e lo Stato erano concepiti nella Sua opera come "mezzi" imprescindibili di cui la società giuridica si serve per perseguire i propri fini di ordine e giustizia sociale.

Fondamentali, in questa linea, gli scritti "*Verso lo Stato sociale consolidando la democrazia*" (1963) e "*Nuovi presidi per la democrazia*" (1965) ripubblicato, con poche differenze formali col titolo "*Repubblica e legalità*" per il 100° anniversario della Corte dei Conti (non a caso, significa-

¹ Sulla primaria attenzione riservata da A.M. Sandulli alla Costituzione e sul Suo impegno civile, oltre che istituzionale scientifico e professionale mi si consenta rinviare all'*Introduzione* all'incontro di studi svoltosi presso la Corte costituzionale per celebrare i 100 anni dalla Sua nascita il 16 aprile 2015 (e ivi ampi richiami a A.M. SANDULLI, *Un giurista per la democrazia. Interventi sulla stampa*, raccolta postuma dei Suoi scritti sui quotidiani "Il Corriere della Sera" e "il Tempo", Napoli 1987, ora consultabile anche *on line* sui siti istituzionali del Senato, della Corte costituzionale e della Giustizia amministrativa, nonché su quelli delle Associazioni dei professori di diritto amministrativa – AIPDA e degli studiosi di diritto costituzionale – AIC), in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il magistero scientifico di Aldo M. Sandulli nel centenario della nascita*, Napoli 2015 (e, ivi, anche gli scritti di A. D'Atena, M. Luciani, A. Romano, P. Ridola, A. Travi).

tivamente richiamati da molti degli odierni relatori), in cui sottolineava la Sua ferma convinzione che “*Stato sociale e Stato di diritto devono progredire e prosperare di conserva, senza sconfessarsi e rinnegarsi a vicenda ma traendo linfa vitale l’una dall’altro*” e che pertanto lo Stato di diritto non possa essere perciò per alcun motivo sacrificato allo Stato sociale.

Muovendo dalla premessa dell’esigenza di rispetto delle libertà e delle “*garanzie sostanziali e procedurali volute dalla Costituzione e assicurate dalla legge a protezione dell’individuo*”, il primo dei saggi sopra citati individuava alcuni “presidi” essenziali al pieno raggiungimento dei valori della democrazia:

1) la “democrazia interna” dei partiti politici (imposta da una corretta lettura dell’art. 49 Cost.) e la riserva allo Stato del loro finanziamento;

2) una legislazione migliore e più coordinata, rifuggendo dalle c.d. “leggine” di settore, additate come un serio “pericolo” per la democrazia³;

3) l’imparzialità dell’azione amministrativa: da cui l’esigenza di estendere al massimo grado la regola della selezione pubblica e di assicurare meccanismi di controllo politico il più possibile neutrali, ma anche di mantenere e rafforzare il ruolo della Corte dei Conti come tutore della legalità⁴ e, soprattutto, di garantire una tutela giurisdizionale effettiva nei confronti della p.a., anche attraverso un accesso più ampio agli organi di g.a. e la riduzione degli ambiti riservati alla discrezionalità e alla giustizia domestica;

² ALDO M. SANDULLI, 1915-1984, *Attualità del pensiero giuridico del Maestro*, Giuffrè, 2004, rilevando che “*Per Sandulli, la Costituzione era prima di tutto, un insieme di principi, i quali inglobano bensì le esigenze della legalità («Stato di diritto»), ma si caratterizzano globalmente principalmente per alcuni contenuti che danno il senso storico dell’ordinamento democratico-repubblicano*” e ancora sottolineando, a proposito della concezione sandulliana della “ragionevolezza”, che egli “*si distaccava dalla dominante tendenza giuspositivista nel concepire il diritto e lo Stato non già come fini in sé, ma quali «mezzi» di cui la società giuridica si serve per perseguire i propri fini di ordine e di giustizia sociale*”. Sulla “ragionevolezza” nel pensiero di Aldo M. Sandulli, si veda anche il ricordo di F. SORRENTINO (“*A proposito di irragionevolezza delle leggi e di accesso di potere nel pensiero di Aldo M. Sandulli (una dissenting opinion)*”).

³ Deprecava infatti l’“*inflazione della legislazione di settore (le cosiddette «leggine»): legislazione notevolmente dispensiosa e spesso non coordinata – o malamente coordinata – accompagnata da un notevole scadimento della tecnica legislativa e dalla perdita di stabilità ed omogeneità del sistema normativo*”.

⁴ In quanto “*organo estraneo all’apparato dell’esecutivo e collocato dai Padri del risorgimento in posizione di notevole indipendenza*”.

4) e infine, ultimo, ma non ultimo, in coerenza con la sua speciale attenzione ai valori costituzionali, un accesso diffuso alla Corte costituzionale.

Il titolo dato a questo convegno celebrativo – “*Principio di legalità e effettività della tutela*” – cerca appunto di rievocare e di riassumere l’attenzione di mio Padre per questi due valori fondamentali dello Stato democratico, attenzione che emerge in modo chiaro e forte da tutti i Suoi scritti, dalle primissime note a sentenza agli articoli con i quali, durante tutti gli anni ’70 e fino ai Suoi ultimi giorni di vita, con la chiarezza e l’impacabilità ricordata nella relazione di Cesare Pinelli, commentava sulla stampa quotidiana la crisi economica, politica ed istituzionale del nostro Paese.

Guido Greco ne ha rimarcato le doti di studioso “pratico”, “dommatico” e “sistematico”: queste doti gli hanno consentito di elaborare opere fondamentali anche per la “costruzione dell’ordinamento”⁵: abbiamo significativamente sentito ricordare l’emblematica costruzione, a soli 24 anni, del Procedimento amministrativo⁶, i saggi sulle fonti (e tra questi il fondamentale “Legge, forza di legge e valore di legge”) e sulle condizioni di esistenza e di validità degli atti, i diversi scritti sulla distinzione tra le varie categorie di atti amministrativi e il notissimo, antesignano, studio del 1963 sulla responsabilità della p.A. per lesione degli interessi legittimi, le fondamentali monografie sul processo costituzionale e sulla potestà normativa della p.A., sulle quali si sono formati gli studenti di questa Università, oltre al noto volume del 1964 sul giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati⁷ e all’irripetibile Manuale di diritto amministrativo⁸), giustamente ricordato come “pietra miliare” della materia⁹. La passione autentica per la ricerca, applicata alle grandi come alle

⁵ Così Vincenzo Cerulli Irelli nelle parole introduttive della prima sessione di questo incontro.

⁶ Su cui cfr. da ultimi, F. PATRONI GRIFFI, *Il procedimento amministrativo ieri, oggi e domani*, in *www.federalismi.it*, 2015 e A. ROMANO, *Il procedimento amministrativo e il suo impatto sulla cultura giuridica italiana*, in *Il Magistero*, cit., 2015.

⁷ Su cui cfr. A. TRAVI, *Giustizia amministrativa e Costituzione*, in *Il Magistero*, cit., 2015.

⁸ Costantemente celebrato e rimpianto dai colleghi e da chiunque si approcci alla materia.

⁹ Per una più ampia riflessione sugli scritti giuridici di Aldo M. Sandulli, cfr. i contributi raccolti nel già richiamato volume per il ventennale dalla Sua scomparsa (*supra*, nota 2) e M.A. SANDULLI, *Un percorso di lettura degli scritti scelti*, in *Scritti scelti di Aldo M. Sandulli*, Milano 2005.

piccole questioni, e il rigore del metodo erano peraltro accompagnati da un fortissimo credo nei valori della democrazia, delle libertà e dello Stato di diritto, che ne hanno caratterizzato, non solo l'intera produzione, ma anche lo stile di vita formando, con l'esempio, più ancora che con le parole, chi Gli era vicino. E di ciò danno ampia testimonianza i Suoi allievi.

Francesco Saja, all'epoca presidente della Corte costituzionale, nella *“Presentazione agli scritti giuridici di Aldo M. Sandulli”*, che apre la raccolta edita da Jovene nel 1990¹⁰, dopo averne richiamato l'ultimo intervento alla Commissione bicamerale per le riforme istituzionali, chiude il suo ricordo con queste parole *“Consenso, rappresentatività, diritti del cittadino: temi su cui egli si appassionava con giovanile fervore, sempre presenti nella sua riflessione e riproposti, sia pure con diverse formulazioni, lungo il percorso di una vita che lo vede alto custode e illuminato sostenitore dello Stato di diritto”*.

Mio Padre ha insegnato diritto amministrativo per pochissimo tempo prima di essere nominato, ad appena 41 anni, giudice della neo-istituita Corte costituzionale¹¹.

Al termine del mandato fu chiamato a coprire la cattedra di Diritto Costituzionale qui alla Sapienza.

I Suoi ultimi allievi sono stati per questo, oltre a chi modestamente Vi parla, studiosi di diritto costituzionale. Sono loro, quindi, che hanno più intensamente vissuto con Lui i difficili anni piombo e che hanno sentito e apprezzato in quegli anni il Suo fortissimo impegno civile: un impegno che lo ha portato, nel 1983, a svolgere un ruolo attivo anche in ambito parlamentare: quando, a soli 68 anni, un improvviso malore ha prematuramente troncato la Sua intensa e proficua esistenza, ricopriva infatti la carica di Senatore della Repubblica ed era Vice Presidente della Commissione per le riforme istituzionali.

Nella seconda parte di questo incontro, abbiamo sentito perciò significativamente ricordare, proprio da alcuni di quegli allievi (nelle relazioni di Roberto Nania, Cesare Pinelli e Beniamino Caravita di Toritto, ma

¹⁰ Ora leggibili anche sui siti citt. alla nota 2.

¹¹ Sui principali passaggi della Sua vita, sia consentito ancora una volta rinviare all'Introduzione all'incontro celebrativo del 16 aprile 2015, cit. alla nota 2, nonché a *Sandulli, Aldo Maria*, in *Enciclopedia italiana*, App. III, 1961; *Sandulli Aldo*, in *Novissimo dizionario italiano*, vol. XVI, 1969; T.E. FROSINI, *Aldo M. Sandulli*, in *Dizionario costituzionale*, a cura di M. AINIS, Roma-Bari 2000; M.A. SANDULLI, A. SANDULLI (JR), *Aldo M. Sandulli*, in R. DOMINGO, *Juristas universales*, 2004; A. SANDULLI (JR), *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano 2009.

anche nelle parole introduttive e conclusive di Paolo Ridola e di Massimo Luciani¹²), alcuni passaggi salienti della Sua vasta produzione che sottolineano la Sua tensione per la legalità.

Il tema è stato poi magistralmente ripreso da Guido Corso, da anni attento e acuto studioso del principio di legalità, che ha giustamente messo in luce lo stretto legame che mio Padre riconosceva tra garanzia della legalità e ampliamento delle garanzie procedurali e giurisdizionali; e da Guido Greco, che, muovendo dall'insegnamento sandulliano, ne ha tratto importanti riflessioni su un tema di grandissima attualità come quello dei poteri impliciti. Da ultimo, ma tutt'altro che ultimo, Filippo Patroni Griffi, ha poi specificamente rimarcato la Sua idea fondante della legalità: i rapporti tra cittadino e potere pubblico e la speciale attenzione ai limiti della potestà normativa secondaria e all'autonomia dell'Amministrazione dalla politica¹³.

Se cercassi di riassumere le relazioni, sicuramente farei torto ai loro Autori, perché ne trascurerei necessariamente alcuni passaggi.

Vorrei invece, a mia volta, sottolineare la straordinaria attualità del pensiero di mio Padre sul primato della legge e sul legame inscindibile tra piena realizzazione dello Stato di diritto e tutela giurisdizionale effettiva degli interessi – non limitati a quelli qualificati e differenziati – alla “buona” amministrazione.

Sono state già richiamate, a questo proposito, le Sue “*Note sul potere amministrativo di coazione*”, in cui viene fermamente rimarcata la non coercibilità degli obblighi di diritto pubblico gravanti sugli amministrati fuori dai casi previsti dalla legge.

L'analisi puntuale e sistematica dell'ampia casistica di misure coattive previste dall'ordinamento è utilizzata a conferma dei surriferiti presupposti ideologici, portando al riscontro che “*dal sistema legislativo risulta una vera e propria gradualità dell'impiego dei mezzi coercitivi da parte dell'Amministrazione. Quelli di coazione diretta (e non in patrimonium) – comprensivi dell'esecuzione d'ufficio o della coercizione materiale immediata in rem o in personam – e più segnatamente quelli di coazione sulla persona (che incidono sui beni della dignità e della libertà individuali, particolarmente protetti dalla Costituzione) sono concessi all'Amministra-*

¹² Di questi ultimi studiosi si vedano anche le relazioni raccolte nel più volte menzionato incontro celebrativo presso la Corte costituzionale e i contributi pubblicati nel volume del 2004.

¹³ La Relazione di F. Patroni Griffi è leggibile in questa *Rivista*, *infra* 671 ss.

zione solo quando lo scopo da conseguire non sia altrimenti raggiungibile per altra via”.

Non meno significativo, nel medesimo spirito, il saggio su “*Governo e Amministrazione*”, in cui si attenziona la necessità di contenere in un *numerus clausus* gli atti liberi del Governo e di garantire il sindacato giurisdizionale sugli atti di alta amministrazione.

L’A. riordina in un quadro sistematico le numerose e diverse attività poste in essere dal Governo, enucleando con il consueto estremo rigore di analisi quelle che – analogamente alle attività di direzione politica rimesse ad altri organi costituzionali (il Parlamento) – sono caratterizzate dal fatto che gli organi istituzionalmente competenti sono legittimati ad avvalersene – in vista degli interessi unitari della comunità statale – per il perseguimento di qualsiasi obiettivo di propria scelta (nel *Manuale* si parla sinteticamente di “*atti liberi nei fini*”) e sono perciò estranei alla sfera di azione dei principi di legalità e di imparzialità che regolano invece la funzione amministrativa.

Proprio l’attenzione prestata al primato della legge, ne fa peraltro sottolineare la necessaria tipicità: in uno Stato di diritto gli atti liberi del Governo devono essere un *numerus clausus*, a pena di ledere i principi della democrazia.

Il passaggio successivo è dedicato alla complessa categoria dei c.d. atti di alta amministrazione, cui vengono ricondotti quelli – affidati all’epoca ai comitati interministeriali – diretti alla prevenzione e al superamento di eventuali divergenze tra diversi ministeri su questioni di comune competenza¹⁴. Questi atti, come ogni altro atto costituente esercizio della funzione amministrativa, sono ricondotti sotto l’egida del principio costituzionale di legalità. Si sottolinea al riguardo in particolare che di conseguenza “*lo stesso controllo politico del Parlamento non potrebbe muovere rimprovero al Governo pel fatto che, in obbedienza a leggi non incostituzionali, si sia comportato in un certo modo*”.

Ma ricordo anche, e soprattutto, gli scritti sulla Giustizia.

In *primis* il saggio del 1960 “*Per una più piena realizzazione dello Stato di diritto*”, in cui si evidenzia il ruolo fondamentale svolto dal Consiglio di Stato, perfino nel periodo della dittatura fascista come “*solido ed efficace baluardo contro molti abusi dell’esecutivo*” e, in termini di grande

¹⁴ Il tema è di massimo interesse in riferimento al più recente strumento della conferenza di servizi e al nuovissimo regime del silenzio-assenso sulle proposte di atti di altre amministrazioni.

modernità, si sollecita un'estensione della tutela giurisdizionale alle “*posizioni di interesse soggettivo che non posseggono gli attributi della differenziazione e della qualificazione*” e, soprattutto, una delimitazione dei casi di discrezionalità (in cui riconosceva “*naturale ed indispensabile*” che il sindacato giurisdizionale trovi il suo confine) a quelli strettamente necessari “*secondo i più sani criteri di politica amministrativa*”, auspicando l'introduzione di “*adeguate garanzie* [che individuava essenzialmente nelle procedure selettive aperte] *per assicurare che le scelte rimesse all'amministrazione avvengano effettivamente nell'interesse pubblico e secondo sani criteri di obiettività e di giustizia sostanziale*”, denunciando l'inadeguatezza di un sistema che “*non considera e non protegge, se non eccezionalmente, gli interessi delle collettività e dei gruppi*”, salvo che tali entità sociali siano state ritenute meritevoli di personificazione e sempre nei limiti delle finalità istituzionalizzate”. Oggi, come sappiamo, queste esigenze sono state almeno in parte soddisfatte, con l'estensione della legittimazione ad agire a tutela di interessi collettivi e, addirittura, di interessi generali personificati in soggetti istituzionali (come l'AGCM o il MEF e il MIUR¹⁵).

In termini ancora più significativi e attuali, l'A sottolineava che se è “*naturale ed indispensabile*” che il sindacato giurisdizionale trovi un limite nella discrezionalità amministrativa, “*essendo l'autorità amministrativa la sola idonea alle valutazioni necessarie per le sue scelte*”, appunto perciò “*rappresenta però un'esigenza del principio di legalità, da un lato, che i casi di discrezionalità non siano più di quelli strettamente indispensabili secondo i più sani criteri di politica amministrativa (omissis) e dall'altro che l'ordinamento predisponga adeguate garanzie* [che individuava essenzialmente nelle procedure selettive aperte anche per le nomine degli amministratori degli enti pubblici e delle imprese private a prevalente partecipazione pubblica] *per assicurare che le scelte rimesse all'amministrazione avvengano effettivamente nell'interesse pubblico e secondo sani criteri di obiettività e di giustizia sostanziale*”.

Non è meno attuale, in relazione ad alcune non condivisibili (e opportunamente mai concretamente prospettate in sede istituzionale) ipotesi di riforma, il messaggio contenuto nello scritto su “*La giustizia nel-*

¹⁵ In argomento mi si consenta il richiamo a M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, in www.federalismi.it, maggio 2012 e *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, Relazione al Convegno svoltosi a Palazzo Spada il 28 febbraio 2013, in www.giustizia-amministrativa.it.

l'amministrazione" (che, anche nel titolo, conferma la Sua primaria attenzione per la Carta costituzionale¹⁶). Premessa l'irrinunciabilità della tutela giurisdizionale contro il potere pubblico, il saggio pone specificamente l'accento sull'utilità della giurisdizione amministrativa, osservando come *"l'esperienza ha dimostrato che la devoluzione alla g.a. delle controversie relative ai provvedimenti compressivi di diritti ha rafforzato le difese degli amministrati, specialmente per ciò che riguarda il sindacato dell'eccesso di potere"*; da ciò la conclusione che *"una qualche incertezza nel campo della discriminazione delle competenze giurisdizionali non è male tanto grave da dover curare rinunciando a tali maggiori difese"*.

2. Il valore dell'insegnamento di Aldo M. Sandulli per la riflessione su alcune problematiche attuali

Alla luce di questi insegnamenti e di queste considerazioni, non si può non guardare con grandissima preoccupazione e con estremo disfavore, per un verso, ogni ipotesi di riduzione dei poteri del giudice amministrativo e ogni strumento diretto alla "deflazione" dei ricorsi giurisdizionali contro il cattivo esercizio del potere pubblico e, per altro profilo, la crisi della politica e la recente deriva verso una recessione dalle fonti scritte previste dalla Costituzione (leggi e atti aventi forza di legge e regolamenti), a vantaggio di una progressiva espansione delle c.d. fonti private e delle regole tecniche, con inevitabile affidamento al giudice, deputato a garantire l'unità e la certezza del sistema, del potere di definire la *regola iuris* al di fuori di un chiaro contesto legislativo.

Autorevoli studiosi¹⁷ hanno denunciato, da fronti diversi, le criticità

¹⁶ M.A. SANDULLI, *Fonti e principi della giustizia amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it e (con note) in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano 2013.

¹⁷ G. MONTEDORO, *Il Giudice e l'economia*, Roma 2015; A. MOSCARINI, *Fonti dei privati e globalizzazione*, Roma 2015, ma già ampiamente M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione – Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, 2012, 3823 ss.; G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto: un'evoluzione storica e teorica*, in *La comprensione del diritto*, Roma-Bari 2012, 4 ss.; M. MENGOZZI, *Normatività delle decisioni giudiziarie: nomofilachia e Costituzione*, in *Osservatorio e Costituzione*, AIC, marzo 2015. Il tema è stato specificamente affrontato da V. DOMENICHELLI, nella Relazione su *"Il ruolo normativo del giudice nella formazione e nello sviluppo del diritto amministrativo"*, tenuta al convegno annuale AIPDA 2015 (Padova, 9-10 ottobre), significativamente dedicato a *"Le fonti nel diritto amministrativo"*. L'A., richiamando il legame del fenomeno con la c.d. globalizzazione del diritto, ha posto in luce la difficoltà di trovare

del fenomeno e, più in generale, dell'emersione di un “*nuovo principio di legittimità*” che si contrappone e si affianca a quello democratico-elettivo e si identifica nella “*competenza tecnica, specie derivante dal sapere economico*”, priva dei canoni della generalità, astrattezza, ripetibilità e pubblicità propri delle fonti previste dalla Costituzione e, come tale, inidonea a soddisfare le esigenze del costituzionalismo. Il problema si estende, in termini più generali, a tutti gli strumenti *open-ended*, soggetti a continua revisione e imprevedibili *ex ante*.

Non posso dunque non avanzare fortissime riserve sul fatto che, proprio in un campo di massima rilevanza economica e sociale, come è indubabilmente quello dei contratti pubblici, si sollecita una riduzione delle norme di rango legislativo a poche norme di mero principio e si preannuncia la sostituzione delle norme regolamentari di attuazione (necessariamente corredate dal parere preventivo di legittimità del Consiglio di Stato) con regole tecniche “leggere” elaborate dall'ANAC di concerto col MIT e disposte con decreto di quest'ultimo Ministero: regole che, secondo gli ispiratori del disegno, proprio per avere a monte un codice snello a maglie larghe ed essere sottratte al suddetto parere di legittimità, avrebbero il “pregio” di essere più facilmente ridefinibili ad ogni occorrenza.

Il continuo mutamento del quadro regolatorio, ancor più della superfetazione delle norme, è però una delle cause più gravi della cattiva qualità della nostra regolazione. La corsa alle riforme “veloci”, nella piena consapevolezza dei loro difetti e nella previsione di correggerli lungo il percorso, istituzionalizzata dal modello della legge delega abilitante anche ai decreti delegati correttivi, è fenomeno da combattere e non certo da incentivare¹⁸.

E tanto più sono da temere, per le ragioni che abbiamo sentito più

un equilibrio che non trasformi il ruolo del giudice chiamato ad individuare la norma “*attraverso tecniche di interpretazione affidate a giudizi di prevalenza/primazia delle norme superiori rispetto a quelle inferiori e attraverso il ricorso alla c.d. interpretazione adeguatrice (delle norme vigenti a norme o principi superiori)*”, da quello di individuare la norma del caso concreto in quello di “*crearla, con inevitabili pericoli di scelte soggettive, se non arbitrarie*”.

¹⁸ Sia consentito il rinvio a M.A. SANDULLI, *Semplificazione, certezza del diritto e braccia legate*, in *www.Giustamm.it*, 2005; *La s.c.i.a. e le nuove regole sulle tariffe incentivanti per gli impianti di energia rinnovabile: due esempi di ‘non sincerità’ legislativa. Spunti per un forum*, in *www.federalismi.it*; *Introduzione al Convegno annuale 2014 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo su “L'incertezza delle regole”*, Napoli, 3-4 ottobre 2014, in *Annuario AIPDA*, 2014).

autorevolmente richiamare da Guido Greco, le regole che all'instabilità aggiungono l'assenza di legittimazione democratica.

L'espansione delle "regole tecniche" ha poi un'ulteriore ricaduta particolarmente importante sui valori della democrazia difesi dal Maestro che oggi celebriamo: l'improprio rafforzamento del potere giurisdizionale.

Come ha ben osservato Massimo Luciani nella relazione al Convegno di Varenna del 2014¹⁹, *"in questo contesto la giurisdizione si fa pervasiva, uscendo dal terreno del controllo, che è quello che le sarebbe proprio, per addentrarsi in quello della mediazione e della regolazione del conflitto sociale, mentre si sviluppano dottrine sull'interpretazione che facendo leva ora sulla distinzione tra principi e regole e ora sull'essenzialità dell'autoregolazione sociale, invitano il giudice a liberarsi del testo e affermano visioni sostanzialistiche della giurisdizione"*.

Il recesso della legge implica invero, come già detto, che il giudice acquisti un ruolo centrale per ricondurre l'ordinamento a unità e offrire qualche garanzia di certezza alle nuove regole di matrice extragovernativa e extraparlamentare²⁰.

Proprio tale ruolo impone, però, una attenzione ancora maggiore alle garanzie di effettività della tutela e dunque, in primo luogo, (i) l'eliminazione di improvvide barriere all'accesso alla giustizia e, anzi, l'allargamento dell'azione a tutela dell'interesse generale e (ii) un rinnovato rispetto per la funzione giurisdizionale, che con riferimento alla giurisdizione amministrativa, le consenta di riappropriarsi della sua funzione di conformazione del potere pubblico indispensabile ad assicurare la giustizia nell'amministrazione e, dunque, il rispetto, da parte di tutti i poteri amministrativi (tra i quali rientrano anche le cd Autorità indipendenti) dei principi di imparzialità e buon andamento²¹.

¹⁹ *Garanzie ed effettività nella tutela giurisdizionale*, in questa *Rivista*, 2014, 463.

²⁰ Così significativamente G. MONTEDORO, *Il Giudice e l'economia*, cit. e A. MOSCARINI, *Fonti dei privati e globalizzazione*, cit.

²¹ Sul punto, cfr. diffusamente M.A. SANDULLI, *Il tempo del processo come bene della vita* (Relazione al 60° Convegno di Studi di Scienze Amministrative svoltosi a Varenna nel 2014, in questa *Rivista*, 2014, 503 ss.; ID., *Le modifiche introdotte dal d.l. n. 90 del 2014*, in *Libro dell'anno del diritto Treccani 2014*; ID., *Lo Stato di diritto fa bene all'economia* *Introduzione al convegno su Poteri dei giudici e poteri delle parti nei processi sull'attività amministrativa. Dall'unificazione al codice*, Bari-Polignano, 21-22 settembre 2015, in www.federalismi.it e sito AIPDA: «[l]o Stato di diritto non può tollerare che la legalità sia sacrificata all'esigenza di realizzare a ogni costo in breve tempo le opere pubbliche: come ben chiaro alle forze politiche, il contrasto della corruzione e della "mala amministrazione" passa

Il rafforzamento del potere giurisdizionale non può peraltro mai spingersi fino a rinunciare a un quadro di regole generali, astratte, ripetibili e adeguatamente pubblicizzate che, limitando e indirizzando l'opera del giudice, ne garantiscano l'imparzialità e la resistenza a possibili condizionamenti e impediscano che essa trasmodi in arbitrio e diventi del tutto "imprevedibile". Lo Stato costituzionale di diritto e la tecnica di normazione per principi, come è stato autorevolmente sottolineato dal nuovo Presidente dell'AIC²², impone una "saldia distinzione tra attuazione e applicazione della Costituzione, con la riserva della prima al legislatore" (unico titolare, in nome dell'investitura popolare, del potere di bilanciamento degli interessi sociali) "e l'affidamento della seconda all'amministrazione e ai giudici". Rimettere l'attuazione dei principi costituzionali (necessariamente generali e indeterminati) direttamente al potere giurisdizionale – in sede di giudizio sui provvedimenti particolari o attraverso il sindacato, evidentemente ineliminabile, sulle norme tecniche "leggere" (sindacato imposto dalla Costituzione e dal diritto dell'UE), – significa, inevitabilmente, rinunciare alla certezza delle regole del vivere sociale e alla prevedibilità delle conseguenze (positive e negative) dei propri comportamenti. Da ciò la necessità di tenere fermamente distinti i due ruoli: lasciare al legislatore quello di fissare le regole attuative dei principi costituzionali e al giudice quello – peraltro niente affatto marginale – di darne la migliore applicazione, attraverso una corretta interpretazione, che, per quanto ampia e costruttiva, non deve mai confondersi con la creazione di "nuovo diritto"²³, che, quand'anche tecnicamente più corretto, è totalmente autonomo dal principio democratico e dunque inidoneo a garantire la sicurezza e la pace sociale.

Queste considerazioni corrispondono a valori che costituiscono o dovrebbero costituire patrimonio comune e prescindono evidentemente da ogni posizione ideologica e politica.

necessariamente per la chiarezza, la stabilità e il rispetto delle regole; la fiducia degli investitori, indispensabile per una vera ricrescita, passa necessariamente per la percezione di un sistema prevedibile e di una tutela effettiva».

²² M. LUCIANI, Relazione al Convegno di Varenna, 2014, cit.

²³ Sul ruolo di "ordinatore" delle regole e non loro "creatore", A. PAJNO, *Nomofilia e giustizia amministrativa*, in *Rass. For.*, 3-4/2014. Sui limiti del potere interpretativo del giudice sia consentito richiamare M.A. SANDULLI, *Il ruolo del giudice amministrativo e i limiti al potere giurisprudenziale di interpretazione*, in Relazione al convegno annuale AIPDA, Trento, 5-6 ottobre 2012, in *Annuario AIPDA 2012*, Napoli 2013; ID. *Effettività delle norme giuridiche nell'interpretazione giurisprudenziale e tutela del cittadino*, in *www.Giustizia-amministrativa.it*.

Come sottolineato da mio Padre, la giurisprudenza, in particolare, quella amministrativa, ha sempre avuto un ruolo decisivo nell'affermazione e nella costruzione di fondamentali principi di garanzia in coerenza con il quadro costituzionale e, oggi, euro unitario. Il diritto amministrativo sostanziale non ha un codice e le stesse regole processuali sono state codificate solo cinque anni fa. Molte conquiste, anche sul piano delle garanzie contro il potere pubblico, sono state fatte proprio dalla giurisprudenza amministrativa. Il ruolo del giudice è stato pertanto sempre al centro dell'attenzione degli studiosi di diritto amministrativo, che, tuttavia, pur apprezzandone l'apporto fondamentale, non hanno mai mancato di sottolineare l'esigenza di distinguere tra interpretazione e creazione, essenziale alla garanzia del principio costituzionale di separazione dei poteri. La necessità di conservare questo confine induce a particolare prudenza anche nei confronti del potere-dovere dei giudici comuni di applicare le disposizioni legislative in contrasto con il diritto dell'Unione europea e, soprattutto, di cercare la lettura "costituzionalmente orientata" del quadro normativo. Proprio in relazione a questi temi, si è svolto un importante convegno sul ruolo del giudice nelle magistrature supreme²⁴, articolato in diverse sezioni, rispettivamente dedicate alle Corti europee, alla Corte costituzionale, alla Corte di Cassazione e al Consiglio di Stato, dal quale emerse appunto la comune preoccupazione di evitare la travalicazione del potere giurisdizionale in un ambito che, in uno Stato democratico, è riservato agli organi rappresentativi della volontà popolare (e agli atti governativi che, attraverso la delega o la conversione in legge, vi si riconducono). Nel 2012, l'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo dedicò significativamente al ruolo del giudice il proprio convegno annuale, insistendo sulla medesima linea²⁵.

La giurisprudenza, come la dottrina, anche per la sua apertura agli ordinamenti sovranazionali, ha svolto e deve continuare a svolgere una funzione insostituibile, nell'evoluzione del sistema giuridico, ma essa non deve per questo uscire dai confini tracciati dalla legge né sostituirsi a quest'ultima e come stimolo costante al loro miglioramento. Di tale ruolo e della sua straordinaria importanza, ma, al tempo stesso, dei suoi limiti, ha dato del resto recentemente conferma proprio la legge delega per la redazione del c.p.a., dichiaratamente orientata a tradurre in regole legi-

²⁴ Gli atti sono leggibili in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il ruolo del giudice nelle magistrature supreme*, *Quaderno del Foro amm.-TAR*, Milano 2007.

²⁵ Gli atti sono leggibili nell'Annuario AIPDA 2012, cit.

slative scritte gli approdi della giurisprudenza e a definirne con certezza i contenuti, per risolvere ed evitare alcuni perduranti contrasti²⁶. È sicuramente apprezzabile, in quest'ottica e in questo contesto, l'attribuzione dei nuovi poteri di nomofilachia all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ma non bisogna dimenticare che gli arresti dell'Adunanza plenaria, come quelli delle Sezioni Unite della Corte di cassazione e della Corte dei conti²⁷, vincolano, significativamente, solo le sezioni semplici di tali magistrature superiori, senza che peraltro siano stati ancora definiti gli effetti della loro eventuale violazione²⁸. Il tema non è di poco conto, dal momento che, prima di poter accedere alle magistrature superiori (riservate, peraltro, solo ad alcuni avvocati) occorre, nella giurisdizione ordinaria, subire le lunghe tempistiche dei due gradi di giudizio di merito e, in quella amministrativa, sopportare l'onere economico (spesso molto elevato) del giudizio al TAR, reso tristemente defatigante dall'esigenza di rincorrere le continue correzioni e/o integrazioni dei propri atti, artatamente centellate dall'amministrazione in corso di giudizio all'evidente fine di allungarne i tempi di definizione e di scoraggiarne la coltivazione. La certezza del precedente è resa poi ancora più debole dalla difficoltà di comprendere le ragioni e dunque le effettive *regule iuris* delle nuove sentenze "in forma semplificata", spesso ipersuccintamente motivate, che, in termini di cui ho già ripetutamente denunciato l'intima contraddizione, le ultime riforme hanno addirittura imposto proprio nel delicato settore dei contratti pubblici²⁹. A ciò si aggiunga che il prece-

²⁶ Cfr. l'art. 44 della legge (n. 69 del 2009).

²⁷ Per la Corte di Cassazione, l'art. 374, comma 3 c.p.c. è stato introdotto dall'art. 8 D. L.vo 2.2.2006 n. 40 e, per la Corte dei Conti, la previsione è stata dettata dall'art. 42 L. 18.6.2009 n. 69 che l'ha aggiunta all'art. 1, comma 7, del D.L. 15.11.1993 n. 453, convertito, con modificazioni dalla L. 14.1.1994, n. 19

²⁸ In tema, diffusamente, E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato* in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 1237; *Rimedi avverso la violazione dell'art. 99, terzo comma, del codice del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2013; *Lo stare decisis nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 17; *Gli effetti retroattivi del principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato tra certezza del giudicato e effettività dell'ordinamento giuridico*, in *www.siaaitalia.it*, 2015; S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica*, Padova 2010.

²⁹ Sul punto, ampiamente, gli scritti cit. supra. alla nota 21. Come sottolineato da ultimo da F. SAITTA nell'introduzione al forum su "Audizione CPGA riforma giustizia amministrativa" aperto sul sito dell'AIPDA il 7 dicembre 2015, "Per trovare il giusto equilibrio tra speditezza processuale e garanzie, non basta, dunque, muovere dalla consapevolezza, invero ormai diffusa sia nell'opinione pubblica che nella discussione tra i giuristi, che un pro-

dente giurisprudenziale, e le nuove “norme agili” di esecuzione delle fonti primarie, per il loro carattere ontologicamente interpretativo, impingono anche sulla valutazione di atti e/o comportamenti posti in essere in un momento antecedente alla loro formazione, quando, magari, vigeva addirittura un orientamento totalmente opposto. E il rischio è tanto più alto quanto più le leggi si riducono alla mera affermazione di principi. Si trasforma dunque in regola quella valenza retroattiva che, per la legge, è correttamente un’eccezione: con buona pace delle garanzie di stabilità e di certezza delle conseguenze giuridiche dei propri comportamenti³⁰.

cesso lento non è soltanto incapace di soddisfare nel modo migliore l'aspirazione ad ottenere un certo bene della vita, ma è anche un disincentivo agli investimenti ed ostacola l'attrazione di capitali stranieri nel nostro Paese. È necessario considerare anche, da un lato, che le cause delle inefficienze della giurisdizione sono sovente esterne, riguardando, a parte la cronica mancanza di risorse (proprio P.L. Mantini ha recentemente segnalato che «i magistrati amministrativi in Italia sono circa 500, a fronte di 1300 in Francia e di 2400 in Germania, e che l'abolizione delle norme sul trattenimento in servizio determinerà entro l'anno un vuoto di organico di circa il 25 per cento»), la legislazione e l'amministrazione (P. De Lise); dall'altro, che «l'onere di previa proposizione di un ricorso amministrativo, ha senso, nella prospettiva della certezza e dell'effettività, solo a condizione che il relativo procedimento sia rapido ed abbia tempi certi» (Ri. Chieppa) e che le tecniche di decisione delle controversie alternative alla giurisdizione sono legittime solo a certe condizioni (ad es., con riguardo alla mediazione, Corte cost., n. 272/2012, ha detto che essa «può essere obbligatoria, oppure onerosa, ma non le due cose insieme»; se n'è tratta la conseguenza che, se la mediazione, com'è nel nostro sistema, «è tanto obbligatoria quanto onerosa, allora è incostituzionale»: G. Scarselli)».

³⁰ Negativamente emblematici, a tale riguardo, il parere ANAC 25 febbraio 2015 n. 14 e la sentenza TRGA Bolzano, Sez. I, 27 agosto 2015 n. 270 che hanno rispettivamente ipotizzato e affermato la legittimità dell'esclusione da una gara di appalto per omessa tempestiva segnalazione alla stazione appaltante di una sentenza penale a carico di un cessato pubblicata e divenuta irrevocabile successivamente al rilascio delle relative dichiarazioni (con escussione della fideiussione), invocando a proprio (preteso) sostegno un “orientamento” chiaramente “innovativo” espresso da una pronuncia a sua volta successiva alle medesime dichiarazioni; nonché, la sentenza Cons. Stato, Sez. VI, 11 agosto 2015 n. 3944, che ha addirittura affermato l'applicabilità della sanzione maggiorata da ritardato pagamento delle sanzioni antitrust prevista dall'art. 27 l. n. 287 del 1990 nei confronti di un'impresa che aveva tempestivamente pagato la sanzione inflittale dall'Autorità, ancorché nella misura (ridotta) definita dal TAR con sentenza non sospesa, ma parzialmente riformata in appello (la sentenza è stata significativamente e opportunamente contraddetta dalla stessa sezione nella successiva sentenza 1 dicembre 2015, n. 5425, ma per l'impresa sanzionata era ormai troppo tardi). Più correttamente, a riprova dei limiti alla invocabilità del precedente nel nostro sistema, il CGA reg. sic., nella sentenza 29 maggio 2014, n. 296, ha sottolineato che è doveroso tutelare l'affidamento “incolpevole degli operatori, giuridici ed economici, che non possono essere onerati di prevedere i futuri approdi evolutivi della giurisprudenza, se non altro perché ciò sarebbe evidentemente impossibile e, dunque, inesigibile” (CGA, 29 maggio 2014, n. 296). Allo stesso modo è stato affermato, con riferimento a una inammissibile applicazione retroattiva dei principi sanciti da Ad.Plen. n. 13/2011, che “Con essi si segnala il contrasto tra la previsione di bando

Né pare evidentemente accettabile giustificare la devoluzione al giudice del potere regolatorio con il richiamo alla sua migliore capacità tecnica. Non è dato invero innanzi tutto comprendere per quali ragioni i giudici, che sono oltretutto obbligati a una rotazione nei relativi ambiti di competenza, dovrebbero essere più capaci di scrivere le regole di quanto potrebbero esserlo dei funzionari parlamentari validamente formati, i quali avrebbero peraltro quello specifico compito istituzionale, o degli uffici legislativi istituzionali all'interno dei ministeri.

Il problema della formazione della dirigenza pubblica e, più in generale, dei funzionari delle amministrazioni pubbliche è problema della massima importanza nell'attuale congiuntura. Sempre più spesso si riscontrano negli atti amministrativi e in quelli normativi gravi difetti tecnici e scarsa conoscenza delle categorie: la causa è verosimilmente la crisi dell'università, con la frammentazione e la proliferazione dei corsi di laurea, l'accesso alla docenza tramite i concorsi locali, l'obbligo di contenere i programmi nell'ambito di un numero massimo di pagine da studiare, la sostituzione dei manuali tradizionali (naturalmente selezionati dal numero delle adozioni) con testi snelli e a volte paramonografici dei singoli docenti e, soprattutto, l'eccessiva indulgenza con la quale la concorrenza tra gli atenei e i criteri di rating di questi ultimi inducono talvolta a valutare la preparazione degli studenti.

(ed il pedissequo operato della Commissione di gara) e quanto sancito dalla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.13 del 28 luglio 2011 che estende il principio di pubblicità delle operazioni di gara anche all'apertura della busta contenente la cd. "offerta tecnica". Sul punto va osservato che l'invocata applicazione dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria in materia di apertura della busta contenente l'offerta tecnica non è proponibile, atteso che la suddetta decisione – che, come è noto, ha dipanato un lungo dibattito giurisprudenziale che vedeva due posizioni nettamente diverse in contrasto tra loro – è intervenuta successivamente al momento di redazione del bando ed in quanto tale, la "lex specialis" non poteva imporre un onere formale sì rigoroso agli organismi di gara. Del resto, imporre "ex post" tale rigido principio formale, per di più a pena di nullità, alla Commissione, senza che il Bando (non errando, ratione temporis) nulla prevedeva in proposito, si risolverebbe in una lesione dei fondamentali principi di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento, avverso la cui violazione avrebbero potuto insorgere legittimamente tutti i partecipi alla gara, aspiranti all'aggiudicazione dell'appalto. I suddetti principi, in uno a quelli di imparzialità e buon andamento che devono presidiare l'azione della Pubblica Amministrazione nel nostro sistema, impongono pertanto di ritenere la correttezza e la conformità a l. sia della "lex specialis" al momento del perfezionamento dell'atto, sia dell'operato della Commissione nel corso dello svolgimento delle operazioni di gara. Depongono in senso favorevole alla valutazione così operata anche gli orientamenti delle Sezioni Unite della Suprema Corte in materia di "overruling" da ultimo espressi da Cassazione civile, sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144" (TAR Molise, 16 gennaio 2012, n. 6). Sul punto cfr. anche Cons. St., Sez. III, 23 maggio 2013, n. 2802; TAR Molise, 7 dicembre 2012, n. 719.

È significativo del resto che anche nei sistemi di *common law* si registra un crescente *favor* per l'emersione di regole scritte³¹. Mentre le Corti europee estrapolano le loro regole dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, che restituiscono poi ai legislatori e ai giudici come criterio prevalente: esse, dunque, sono in realtà una rielaborazione di regole scritte.

Se vogliamo davvero superare la crisi dobbiamo lavorare sulla qualità dell'esercizio dei poteri da parte dei soggetti a cui essi sono stati istituzionalmente attribuiti e non riversare su altri i compiti e le funzioni che i primi non riescono adeguatamente a svolgere: dal 1990 stiamo assistendo alla vana ricerca di trovare una valida soluzione ai problemi creati dalla improvvida sostituzione dei provvedimenti autorizzatori con strumenti come il silenzio-assenso e la s.c.i.a., che da mezzi di semplificazione si sono tradotti in veri e propri *boomerang* per i loro fruitori (che ne vedono contestare dopo anni la stessa formazione)³²; e le questioni sollevate dalla riforma dello scorso mese di agosto (l. n. 124 del 7 agosto, meglio nota come "legge Madia"), che ha cercato di porvi rimedio attraverso l'introduzione di appositi paletti all'autotutela³³ dimostrano come tale soluzione sia ancora molto lontana.

Come ho sin da subito denunciato le criticità di tali istituti³⁴, non posso perciò esimermi oggi dall'insistere sui forti rischi derivanti dalla riduzione delle garanzie democratiche che, inevitabilmente, consegue alla richiamata deriva verso una sempre più estesa abdicazione del potere normativo da parte delle sedi istituzionali in favore di un sistema fondato su regole "leggere" dettate da centri di potere sganciati dal controllo parlamentare o su mere regole giurisprudenziali, che si sottraggono oltretutto al controllo di legittimità costituzionale, che, almeno allo stato, è ri-

³¹ Cfr. da ultimo, V. DOMENICHELLI, cit.

³² Da ultimo M.A. SANDULLI, *La segnalazione certificata di inizio attività (S.C.I.A.) in Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano 2015, 155 ss. e ivi rinvii alla dottrina e alla giurisprudenza.

³³ M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *www.federalismi.it*, n. 17/2015; M. LIPARI, *La SCIA e l'autotutela nella l. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, *ivi*, n. 20/2015; F. FRANCARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, *ivi*; V. DI IORIO, *Osservazioni a prima lettura sull'autotutela dopo la l. 124/2015*, *ivi*, n. 21/2015.

³⁴ M.A. SANDULLI, *Tendenze della normativa sulle sanzioni urbanistiche*, in AA.VV., *Legge Nicolazzi un anno dopo*, Roma 1983; *Riflessioni sulla tutela del cittadino contro il silenzio della p.a.*, in *Giust. Civ.*, 1994; *Semplificazione, certezza*, cit.; *Dalla d.i.a. alla s.c.i.a., una liberalizzazione a rischio*, in *Riv. giur. edil.*, 2010; *Le novità in tema di silenzio*, in *Libro dell'anno Treccani 2014*.

servato alla legge e agli atti aventi forza di legge. Chi controlla allora la coerenza costituzionale della regola creata dal nuovo “controllore/regolatore”? È significativo, a mio avviso, un recente orientamento giurisprudenziale che nega la possibilità di sollevare in appello le questioni di legittimità costituzionale³⁵.

Nel valutare il c.d. nuovo diritto si dovrebbe avere ben chiaro che il recesso dalle fonti primarie a favore delle regole giurisprudenziali preclude, di fatto, anche l'accesso alla Corte costituzionale, privandoci della massima garanzia di tenuta del nostro ordinamento.

Non si può evidentemente accettare, ma a ben vedere neppure ipotizzare una trasformazione così radicale fuori dal quadro di una altrettanto radicale revisione formale – e perciò apertamente dichiarata – del nostro sistema costituzionale, che, in senso opposto alla regola dello *stare decisis*, impone che il giudice sia soggetto soltanto alla legge e che eserciti la sua funzione “in nome del popolo italiano”, che si esprime attraverso il potere legislativo.

Ho ricordato che, nel convegno del 2007 sul ruolo delle magistrature supreme, alcuni relatori mettevano in guardia dai rischi di un'eccessiva dilatazione dell'obbligo dei giudici comuni di cercare un'interpretazione conforme a Costituzione; oggi, a distanza di quasi dieci anni, ci troviamo addirittura esposti al rischio di vedere totalmente ribaltato il rapporto legislazione/giurisdizione pretermettendo le indispensabili procedure di revisione costituzionale.

La sede di questo incontro e la presenza di illustri costituzionalisti impone di rappresentare il problema in tutta la sua evidente gravità.

Come accennato, il tema è ancora più serio se calato nell'attuale congiuntura. Rifuggire dallo Stato costituzionale di diritto e dalle garanzie della legge (e, per l'effetto, da quelle del controllo di costituzionalità delle regole) è sicuramente deleterio anche per l'economia, la cui crescita è, giustamente, al primo posto dell'agenda politica. E la criticità è aumentata da ciò che il nostro sistema giurisdizionale non è assolutamente strutturato in modo adeguato per questa evoluzione.

I processi ordinari sono lunghissimi e i nuovi “uffici del giudice” saranno rimedi peggiori del male, legittimando di fatto, attraverso gli ingiusti “premi” riconosciuti nei concorsi ai nuovi collaboratori volontari dei magistrati (scelti senza adeguate garanzie di selezione e di trasparenza),

³⁵ Cons. St., Sez. VI, ord. 31 luglio 2015 n. 3554, con nota critica di P. ZICCHITTO in www.federalismi.it.

la formazione intellettuale dei nuovi giudici da parte di quelli attualmente in servizio, oltre al fondato rischio di non imparzialità delle ricerche svolte dagli stessi stagisti, che, peraltro, svolgono contemporaneamente la pratica presso gli studi professionali. Giancarlo Montedoro, nella raccolta dei suoi saggi su *“Il giudice e l’economia”* sottolinea il problema delle correnti nella magistratura: il nuovo modello privilegiato di accesso agli uffici giudiziari lo vedrà inevitabilmente aggravato.

I giudici amministrativi, inoltre, sono additati come potenziali responsabili del rallentamento dell’azione amministrativa; come se si addebitassero alle terapie i danni imputabili alle malattie che le impongono. L’ingiusto clima di disfavore creato anche dalla stampa rischia un deprecabile effetto dissuasivo dalle decisioni sfavorevoli alle pubbliche Amministrazioni, soprattutto quando esse abbiano ad oggetto la corresponsione di grosse somme di denaro o la realizzazione di opere pubbliche. La situazione è aggravata dai costi dell’accesso alla giustizia, divenuti, in alcune materie, davvero esorbitanti, specie dopo che la Corte di giustizia dell’Unione europea ha ritenuto perfettamente compatibili con la normativa europea sia l’entità del contributo unificato italiano, sia la possibilità che all’interno dello stesso giudizio vengano richiesti più contributi unificati, rimettendo allo stesso giudice la valutazione della effettiva rilevanza delle nuove domande sulla estensione della controversia (Sez. V, 6 ottobre 2015, in causa C-61/14)³⁶. Come ho cercato in altra occasione di evidenziare, i nuovi oneri economici infatti, per un verso, costituiscono un ingiusto strumento di deflazione del contenzioso per i soggetti economicamente più deboli³⁷ e, per l’altro, ricadendo in via automatica sul soc-

³⁶ La preoccupazione trova conferma nella circolare emanata dal Segretario Generale del Consiglio di Stato il 23 ottobre 2015 n. 20809. La circolare richiama il principio di diritto enunciato dalla Corte di Giustizia – principio secondo cui, al fine di imporre il versamento di un nuovo contributo unificato, i motivi aggiunti devono avere un oggetto effettivamente distinto da quello del ricorso introduttivo ovvero devono comportare un ampliamento considerevole dell’oggetto della controversia – e, interpretandolo nel senso che le due condizioni ivi previste siano da considerarsi tra loro alternative, afferma che il nuovo contributo è comunque dovuto ogni qualvolta si impugni un provvedimento ulteriore rispetto a quello già al vaglio giurisdizionale (ancorché per mera illegittimità derivata). A fronte dei rilievi delle Associazioni forensi, il Segretario Generale ha peraltro da ultimo chiesto un parere all’Avvocatura dello Stato.

³⁷ In senso opposto a quanto autorevolmente osservava, quasi ottant’anni fa, L. EINAUDI: *«Come le spese della difesa nazionale e della sicurezza pubblica, la spesa della giustizia è tipica di quelle che debbono essere ripartite coll’imposta su tutti, perché non si conosce chi ne sia avvantaggiato in modo particolare e in quale misura [...] Al litigante non è logico far pagare qualcosa (tassa, in qualunque modo congegnata, di bollo di registro o*

combente, rischiano in ultima analisi di rappresentare un ulteriore fattore di condizionamento dell'esito della controversia³⁸.

Anche le nuove disposizioni sulla responsabilità dei giudici rischiano poi inevitabilmente di incidere sulle loro decisioni, che potrebbero essere inconsciamente orientate a preferire le ragioni delle parti a maggior rischio di azione risarcitoria³⁹.

La scarsità delle risorse (dovuta ai ridotti investimenti finanziari dedicati in Italia al servizio giustizia) e il denunciato atteggiamento critico verso i giudici rendono pertanto ancor più inaccettabile la rinuncia ai limiti della legalità per l'esercizio del potere amministrativo.

Il recesso dalla legge crea problemi ancora più gravi se se ne considerano le ricadute sul piano sanzionatorio. Il progressivo aumento delle "pene" amministrative – pecuniarie, ablatorie e interdittive – impone un'attenzione ancora maggiore alla formazione delle regole che l'autorità competente possa assumere violate. Il principio di stretta legalità delle misure afflittive, senza distinzione tra quelle penali e quelle amministrative⁴⁰ e la regola *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, clara et certa*⁴¹ che il diritto europeo vuole estesa anche a queste ultime, osta a che la fattispecie sanzionata possa essere dedotta da una regola tecnica o da un precedente giurisprudenziale, nonché da una linea guida interpretativa (magari successivi alla realizzazione della condotta). Non dimentichiamo peraltro che i giudici penali non tengono conto degli atti ammi-

altra) in aggiunta alle imposte che egli già pagò, come cittadino, per mettere in grado lo Stato di esercitare l'ufficio suo»).

³⁸ M.A. SANDULLI, *Le nuove misure di deflazioni del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso di processo o diniego di giustizia?* in *Foro amm.-TAR*, 2012 e A. CARBONE – M.A. SANDULLI, *Misure economiche di deflazione del contenzioso*, in *Libro dell'anno del diritto Treccani*, 2013.

³⁹ M.A. SANDULLI, *Riflessioni sulla responsabilità civile degli organi giurisdizionali*, in questa *Rivista*, 2012, 385 ss.

⁴⁰ Da ultimo A. TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, Relazione al Convegno annuale AIPDA, Napoli, 3 ottobre 2014 in *Annuario AIPDA 2014*, Napoli, 2015; e gli atti dell'incontro di studio AIPDA-AIC, *Riflessioni sull'incertezza delle regole: il dibattito sulle sanzioni "nascoste"*, tenutosi presso l'Università degli Studi Roma Tre il 6 febbraio 2014, sul sito dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, www.diritto-amministrativo.org.

⁴¹ Cfr. Corte EDU (i.a. sentenze 4 marzo 2014, ric. n. 18640/10, resa nella causa *Grande Stevens e altri c. Italia*; 10 febbraio 2009, ric. n. 1439/03, resa nella causa *Zolotoukhine c. Russia*; 27 settembre 2011, C-4359/08, *Menarini Diagnostics*); Corte Costituzionale (i.a. sentenze nn. 196/2010 e 104/2014); CGUE (i.a. Grande sezione, 5 giugno 2012, n. 489, nella causa C-489/10; 25 settembre 1984, C-117/83).

nistrativi legittimanti condotte a loro avviso antigiuridiche e guardano con sospetto le stesse pronunce dei giudici amministrativi, in quanto limitate al sindacato di legittimità⁴². Ciò che aumenta l'esigenza che l'illecito sia chiaramente definito e delimitato da fonti di rango legislativo.

Ferme le già manifestate perplessità sui reali vantaggi di una tale trasformazione, non vi è dubbio che, qualora le forze politiche volesse effettivamente muoversi verso un sistema di *common law*, dovrebbero farlo in modo espresso, con una modifica costituzionale soggetta alle garanzie dell'art. 138 Cost. e, comunque, attraverso una profonda revisione del sistema di accesso alle magistrature e delle regole dell'ordinamento giudiziario. Ancor prima, peraltro, si richiederebbe una seria e netta inversione di rotta della campagna diffamatoria nei confronti dei giudici: non si può dire che è giusto affidare ai giudici la regolazione e al contempo denigrarne l'operato e continuare su questa strada equivale a proclamare "fuggite dal nostro Paese, che non è in grado di dare delle regole valide".

Da ciò l'esigenza, oggi più che mai, di una profonda riflessione su questi temi e di un deciso impegno verso il rafforzamento, da un lato, della legalità e, dall'altro, dell'effettività della tutela nei confronti dei pubblici poteri.

Ed è questo, anche, il modo migliorare per onorare la memoria di mio Padre e seguirne l'insegnamento.

⁴² Cfr. la Relazione dell'Ufficio del Massimario, Settore penale, della Corte di Cassazione, *Novità legislative: Legge n. 68 del 22 maggio 2015, recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente"*, e M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela e Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, rispettivamente in www.federalismi.it, nn. 14 e 17/2015.

Filippo Patroni Griffi

PRINCIPIO DI LEGALITÀ ED EFFETTIVITÀ
DELLA TUTELA NEL PENSIERO DI A.M. SANDULLI:
SPUNTI PER UNA RIFLESSIONE

SOMMARIO: 1. Aldo M. Sandulli e la sua “religione della legalità”. – 2. Legalità e attività normativa. – 3. Legalità e amministrazione: l'imparzialità. Il rapporto tra politica e amministrazione; il procedimento amministrativo. – 4. Legalità ed effettività della tutela. – 5 – Conclusioni.

1. *Aldo M. Sandulli e la sua “religione della legalità”*

Il titolo di questo Convegno, “Principio di legalità ed effettività della tutela”, mi sembra racchiuda in estrema sintesi l'insegnamento, e ancor prima il pensiero, del prof. Sandulli. E poiché mi sembra che la sintesi sia espressione attuale dei due pilastri su cui si reggono i rapporti tra cittadino e potere, risultano evidenti l'attualità del pensiero di Sandulli e la sua collocazione nella storia della cultura giuridica italiana¹.

Tutto il pensiero di Sandulli è permeato dalla costante attenzione al tema della legalità –e dei suoi corollari: ragionevolezza, imparzialità ed effettività della tutela- attenzione ora di lucido e rigoroso studioso, ora di appassionato uomo di diritto e di cultura, capace di coniugare –come ogni uomo di diritto, in ispecie se studioso di diritto pubblico- il ragionamento tecnico-giuridico con lo sguardo di insieme della complessità dei fenomeni sociali.

Egli è un sistematico: lo capisce anche lo studente che si avvicini al suo *Manuale*, partendo, come una volta si era soliti fare, dall'indice (che – condivido quanto ebbe a dire Beniamino Caravita² – avrei volentieri

¹ ALDO M. SANDULLI, *Attualità del pensiero giuridico del Maestro*, Milano 2004.

² B. CARAVITA DI TORITTO, *Quaranta anni di diaolo con Aldo M. Sandulli*, in *Federalismi.it*, n. 24/2014.

portato con me, più di ogni altro testo, se al concorso in magistratura mi fosse stato concesso; e che conservo gelosamente, sia pure un po' rovinato e soprattutto con le interpolazioni e le glosse di uno studente che annota le riflessioni e i dubbi che la prima lettura del testo gli ponevano).

Egli è un sistematico, dicevo, ma un sistematico degno figlio e interprete della scuola giuridica italiana, che non rinuncia al valore ordinante del sapere sistematico come metodo di comprensione della realtà ma rifugge da quel dogmatismo proprio di certa sistematica tedesca, in favore di una sistematica "aperta" che sappia mirare a quel "felice connubio tra teoria e pratica", propugnato dal Pacifici-Mazzoni nelle *Istituzioni*³.

Ma oltre che studioso del "sistema" –cui riconduce sempre e comunque anche aspetti e problematiche di settore, quando non di dettaglio⁴– egli è uno studioso appassionato che, nella sua "religione della legalità", è attento ai fenomeni della disuguaglianza e alle esigenze dello Stato sociale, ma rifiuta categoricamente l'idea che lo Stato sociale possa andare disgiunto dallo Stato di diritto⁵ e si fa quindi convinto assertore del *Sozialer Rechtsstaat*. In *Repubblica e legalità*, egli afferma che il compito del giurista non può esaurirsi nella descrizione degli ordinamenti, ma deve denunciarne le carenze e suggerire gli strumenti più adatti a che il cammino verso gradi più alti di solidarietà e socialità sia sempre accompagnato dal rispetto della legalità⁶.

Il principio di legalità è al centro del pensiero giuridico di Sandulli. Questa centralità si rinviene nella impostazione di fondo del *Manuale*, caratterizzato dalla considerazione dei "principi costituzionali dell'attività amministrativa", che collocano l'azione dei pubblici poteri, e in ge-

³ Si consenta il rinvio, per una più ampia prospettazione del ragionamento, a F. PATRONI GRIFFI, *Il procedimento amministrativo ieri oggi e domani*, in *Federalismi.it*, n. 5/2015, nonché Emanuele Gianturco nella *scienza giuridica italiana a fine Ottocento*, in *Le Carte e la Storia*, 2014, 34 ss. Come osserva G. MORBIDELLI (*Aldo M. Sandulli e il suo contributo alla certezza del diritto e all'unificazione nazionale*, in *Federalismi.it*, n. 24/2010), "la sistematica non è incasellamento forzoso della realtà, ma è rispetto della complessità di questa, che va ad organizzare e pertanto a salvaguardare nella sua naturale complessità e diversità".

⁴ Il semplice scorrere l'indice dei suoi *Scritti giuridici*, pubblicati da Jovene (Napoli) nel 1990, dà l'idea della vastità degli interessi e degli studi dell'Autore.

⁵ Come osserva M.A. SANDULLI, in *Un percorso di lettura degli scritti scelti*, in *Scritti scelti di Aldo M. Sandulli, I classici Giuffrè*, Milano 2005, che richiama, in particolare, il saggio *Verso lo Stato sociale consolidando la democrazia* (1963), ora in *Scritti giuridici*, II, 3 ss.

⁶ Così M. IMMORDINO, *Aldo M. Sandulli alfiere della legalità*, in *Attualità del pensiero giuridico del Maestro*, cit., 215 ss., spec. 224.

nerale lo studio complessivo del diritto amministrativo, sotto l'egida della Costituzione: i valori fondanti della Costituzione regolano i rapporti tra cittadino e potere pubblico; e questa è a mio avviso l'idea portante di Sandulli, che si pone, e significativamente, insieme costituzionalista e amministrativista.

Affronterò la tematica della legalità con riguardo a tre aspetti: attività normativa, attività amministrativa, giustizia. Per l'attività normativa e per quella amministrativa il principio di legalità sarà riguardato sotto il profilo tradizionale della base legale dei poteri pubblici, ma anche sotto il profilo organizzativo, peculiare ma connesso, dei rapporti tra politica e amministrazione. Il principio di effettività riguarda ovviamente l'aspetto delle tutele. I testi di riferimento principali, ma non unici, sono costituiti dal libro *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, dal saggio *Governo e Amministrazione* e naturalmente dal *Procedimento amministrativo*. Per la giustizia, mi è sembrato di dover ricordare una nota a sentenza del Professore, pubblicata su *Giustizia civile* del 1963, relativa a una decisione del Consiglio di Stato sulla sindacabilità degli atti del Consiglio superiore della magistratura.

I tre aspetti mi sembrano collegati: se la legalità informa i rapporti tra cittadino e potere pubblico, essa si realizza nell'esercizio della funzione da parte degli apparati amministrativi (normativa e amministrativa), con la garanzia della giurisdizione.

2. *Legalità e attività normativa*

Difficilmente, soprattutto all'epoca, un manuale di amministrativo dedica tanto spazio alle fonti e, soprattutto, al collegamento, di ordine costituzionale, tra sistema delle fonti e riparto del potere normativo tra Governo e Parlamento nonché alle fonti secondarie, ora espressione di completamento del sistema normativo ora espressione di autonomia.

Il tema è sviluppato ne *L'Attività normativa della pubblica amministrazione*⁷. Sandulli è costantemente preoccupato, nelle alterne vicende storiche che connotano il piano dei rapporti tra Legislativo ed Esecutivo nella produzione delle norme, di assicurare il primato del Parlamento come espressione di democrazia e uguaglianza. Ma il giurista pratico non si rifugia in uno sterile arroccamento sulla supremazia della legge, ma co-

⁷ *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli 1970.

glie l'interazione dei rapporti tra legge e normazione secondaria – che pur sempre “rappresenta una componente del sistema normativo della comunità nazionale”⁸ – e si preoccupa piuttosto di rafforzare la garanzia di legalità nelle ipotesi di esercizio del potere normativo da parte del Governo. Egli osserva il fenomeno obiettivo della costante dilatazione del potere normativo del Governo pur nel passaggio dal sistema dualistico della monarchia limitata al sistema monistico dello Stato parlamentare; sottolinea l'accezione ampia con cui fu intesa la potestà di emanare norme “per l'esecuzione delle leggi”; registra il fenomeno dei regolamenti indipendenti e della delegificazione, soprattutto in materia di organizzazione, precisando la fondamentale differenza tra delega legislativa e autorizzazione (legislativa) alla emanazione di regolamenti (donde la preferenza, non solo lessicale, per il termine regolamenti autorizzati anzi che regolamenti delegati). Il bilanciamento tra lo zoccolo duro del principio di sovranità e della “superiorità” della legge, da una parte, e la dilatazione del potere normativo, dall'altra, si traduce in ciò: esiste, in ordine alla produzione normativa, una ripartizione di aree tra potere legislativo e potere “governativo”, tendenzialmente stabile pur non risolvendosi in alcuna “riserva”; però – rileva l'Autore – è pur sempre la legge a “spostare la frontiera mobile tra potestà legislativa e potestà normativa extralegislativa”⁹.

Le teorie del Sandulli trovano sviluppo, nel corso degli anni 90, sia sul piano dottrinario, sia sul piano legislativo e della sua attuazione.

La dottrina, muovendo dall'analisi della legge n.400 del 1988 e segnatamente dell'articolo 17 sulla potestà regolamentare del Governo, individua in essa la formalizzazione di un riparto di attribuzioni della potestà normativa tendenzialmente stabile, e non episodico, tra Governo e Parlamento¹⁰.

La giurisprudenza consultiva del Consiglio di Stato¹¹, in sede di pa-

⁸ Ivi, 9.

⁹ Ivi, 57.

¹⁰ V. per tutti, anche per richiami a una lettura sconfinata, A. PIZZORUSSO, *Fonti (sistema costituzionale delle fonti)*, in *Dig.disc pubbl.*, VI, Torino 1991, 409 ss. e *Delegificazione*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento III, Milano 1999, 492 ss; U. DE SIERVO, *Un travolgente processo di trasformazione delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti 1998*, Torino 1999, XIII ss.; F. PATRONI GRIFFI, *La fabbrica delle leggi e la qualità della normazione in Italia*, in *Dir. amm.* 2000 e *Delegificazione e semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Cons. Stato* 1998, IV, 1711 ss.

¹¹ V. il fondamentale parere Ad. Gen. 21 novembre 1991 n. 141, in *Foro it.* 1992, III, 98. Altri richiami si rinvencono nell'*Osservatorio sulle fonti* di quegli anni, curato da De Siervo e sopra citato.

rere sui regolamenti di organizzazione dei ministeri ai sensi del richiamato articolo 17 e soprattutto nei pareri relativi alle prime leggi di semplificazione dei procedimenti amministrativi, muovendo dal carattere generale di “norma sulla normazione” della legge 400, sottolinea la complementarietà della fonte primaria e della fonte regolamentare nella produzione dell’ordine giuridico, secondo un sistema “a cascata”, in cui il primato della legge e il rispetto quindi del principio di legalità sono assicurati nell’ambito di un ordinamento giuridico unitario in cui la legge tende a porre i principi e il regolamento la disciplina “di dettaglio” necessaria al completamento dell’ordine giuridico. Quella stagione della giurisprudenza consultiva del Consiglio di Stato, che ha accompagnato l’attuazione della legge n. 400, quanto all’organizzazione dei ministeri, della legge n. 241 del 1990 sui termini e il responsabile del procedimento e delle leggi 537 del 1993 e 59 del 1997 sulla semplificazione procedimentale, si caratterizza, oltre che per la individuazione della portata applicativa del meccanismo della delegificazione, per un altro aspetto di notevole rilevanza, che pure ritroviamo analizzata da Sandulli nel saggio sull’attività normativa: la ricerca degli elementi sostanziali e contenutistici perché, indipendentemente dalla forma, un atto possa essere qualificato come normativo¹². In particolare, sul presupposto che il regolamento “completa” l’ordine normativo delineato dalla legge, il Consiglio di Stato attribuisce carattere *intrinsecamente e quindi necessariamente* regolamentare agli atti del Governo che abbiano il carattere della *innovatività*, cioè della capacità, attribuita dalla legge, di innovare l’ordinamento giuridico. La tesi del carattere innovativo della norma è centrale nella riflessione del Sandulli¹³; e diventa centrale nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, in una fase storica in cui la produzione regolamentare disciplina i procedimenti amministrativi e quindi i rapporti tra cittadino e potere, per contrastare la “fuga dal regolamento”, e dalle connesse garanzie formali e procedurali, di cui alcune amministrazioni si rendono protagoniste: il Consiglio di Stato, in sede di parere sugli schemi di regolamento e quindi nella fase di produzione della norma, evidenzia l’insufficienza o l’inadeguatezza degli indici rivelatori del carattere normativo di un atto elaborati dalla dottrina e spesso utilizzati dalla giurisprudenza, sia sul piano sostanziale (generalità e astrattezza), sia sul piano formale (forma utilizzata per l’emanazione dell’atto), proprio per-

¹² Segnatamente, nel capo II de *L’attività normativa*, 58 ss.

¹³ Spec. 78 ss.

ché, soprattutto quello formale, riferiti a un atto già formato, a un regolamento emanato; e ricorre al canone della innovatività per qualificare come intrinsecamente normativo un atto: questo perché il completamento dell'ordine normativo posto da una legge, in certe materie e alla luce dell'autorizzazione legislativa, non può che avvenire per atto regolamentare e mai per atto meramente amministrativo.

Tirando le fila di questo complesso discorso, due aspetti mi sembrano significativi: come Sandulli declina il principio di legalità nei rapporti tra Parlamento e Governo; il carattere "ciclico", le continue "fluttuazioni" per dirla con il Maestro, della ripartizione di attribuzioni tra Governo e Parlamento. Tale ultima considerazione ci suggerisce una riflessione: la tendenza alla configurazione del sistema legge-regolamento come tendenziale riparto di attribuzioni tra Governo e Parlamento – come si è visto – dura fino alla fine degli anni 90 e consente di governare fenomeni complessi come le riforme amministrative di quegli anni, che utilizzano lo strumento regolamentare, e in particolare quello "autorizzato", per realizzare, con norme snelle di rango secondario, la riorganizzazione degli apparati amministrativi e la semplificazione delle procedure; poi, con la riforma del titolo V, la potestà regolamentare si contrae bruscamente e si riespande la potestà legislativa del Parlamento, in quanto è solo la legge che può assicurare il dialogo con le autonomie regionali nell'esercizio della potestà legislativa concorrente. C'è però da chiedersi: il ritrovato primato del parlamento sul governo è effettivo? Oppure il primato della legge si inserisce in un mutato – e in corso di evoluzione – assetto dei rapporti costituzionali tra parlamento e governo, che potrebbe, col rafforzamento del vincolo politico maggioritario, delineare un primato del governo sul parlamento in potenziale contraddizione con il primato della legge sul regolamento? In realtà, sembra che fenomeni quali il sistematico ricorso alla decretazione d'urgenza, assistita dal voto di fiducia, e alla delega sulla base di leggi di delegazione talvolta generiche al punto da lasciare più opzioni "attuative" al legislatore delegato rivelino una realtà istituzionale "vivente" in cui il primato della legge sulla normazione secondaria sia significativamente ridimensionato, se non addirittura capovolto, dal primato, raggiunto per la via degli assetti politico-istituzionali, del governo sul parlamento. E anche l'orientamento delle riforme costituzionali in atto sembra assumere come primari i valori della stabilità della legislatura e della responsabilità decisionale del governo, rafforzando il potere di quest'ultimo.

3. *Legalità e amministrazione: l'imparzialità. Il rapporto tra politica e amministrazione; il procedimento amministrativo*

La concezione sandulliana del potere normativo dell'Esecutivo avvicina, sotto il comune ombrello della potestà normativa intesa come completamento dell'ordine giuridico, il Governo al Parlamento. Quest'accostamento è l'inizio di una riflessione di ordine sistematico che consente nel pensiero di Sandulli di enucleare, dal novero delle funzioni facenti capo alla pubblica amministrazione, una funzione di governo distinta da quella amministrativa, pur riferibili entrambe allo stesso apparato¹⁴.

Funzione di governo che, raccordata alla valenza politica del Governo, rileverà sia sul piano costituzionale delle fonti e del riparto di attribuzioni tra Governo e Parlamento, sia sul versante dei rapporti tra politica e amministrazione.

In *Governo e Amministrazione*¹⁵, Sandulli affronta il tema del rapporto tra politica e amministrazione, anticipando i termini di un dibattito assolutamente attuale. Qui emerge, in tutta la sua portata pervasiva, il principio di imparzialità dell'amministrazione e quindi di rispetto del principio di legalità.

La domanda di imparzialità non si esaurisce con riguardo agli assetti organizzativi dell'amministrazione¹⁶. Essa costituisce anzi un'esigenza costituzionale imposta a tutto l'agire amministrativo, con particolare riferimento a determinati settori; penso a quello radiotelevisivo e soprattutto all'urbanistica "campo aperto a ogni tipo di incontri contaminanti tra posizioni di potere e cupide clientele"¹⁷. E più in generale l'imparzialità impone il contraddittorio procedimentale (in senso lato) in assenza di una definizione positiva del giusto procedimento¹⁸.

Nel riferire l'imparzialità agli apparati amministrativi, Sandulli – come osserva Pinelli¹⁹ – "si pone dunque alla ricerca dei requisiti organizzativi... i quali autorizzino a presumere che la funzione pubblica assegnata possa esercitarsi in modo imparziale".

¹⁴ *Atto politico ed eccesso di potere*, in *Giur. compl. Cass. civ.* 1946, 517 (ora in *Scritti giuridici*, Napoli 1990, III, 25 ss.).

¹⁵ *Governo e Amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1966 (ora in *Scritti giuridici*, cit., 259 ss.).

¹⁶ C. PINELLI, *Il principio di imparzialità nel pensiero di Aldo M. Sandulli*, in *Attualità del pensiero giuridico del Maestro*, 253 ss., spec. 259 ss.

¹⁷ *Nuovo regime dei suoli e Costituzione*, in *Scritti giuridici*, cit., VI, 120.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ C. PINELLI, *op. cit.*, 255.

Egli, nell'esaminare il rapporto tra politica e amministrazione, muove dalla considerazione, di ordine costituzionale e attinente anche al buon andamento, per cui le disposizioni costituzionali attinenti ai pubblici impiegati muovono dal presupposto "della preposizione di organi burocratici a compiti anche di decisione, e non... a compiti meramente ausiliari e di esecuzione". Per poi affermare con lucidità: "l'istituzionale collegamento tra Governo e forze politiche di maggioranza comporta poi la possibilità di una tendenziale disposizione degli uomini del Governo a trattare in modo diverso i problemi amministrativi di loro competenza in correlazione con gli interessi politici della loro parte: con evidente pregiudizio per l'imparzialità dell'amministrazione"; per concludere che "la realizzazione del buon andamento e dell'imparzialità dell'Amministrazione passa necessariamente... attraverso lo svincolo dell'amministrazione dal Governo"²⁰.

È noto che la tematica del rapporto tra politica e amministrazione, presente nel dibattito politico-istituzionale italiano fin dalla fine dell'Ottocento, è stata ripresa nella legislazione degli anni '90 e nel dibattito che l'ha accompagnata, che si è però incentrato prevalentemente sull'aspetto, senza dubbio pertinente e anzi cruciale, della scelta tra un modello burocratico-professionale e un modello fiduciario dell'amministrazione. Non è possibile qui ripercorrere i termini della questione per approfondirla²¹.

A Sandulli sono ben chiari due punti, che costituiscono la sintesi anche attuale del problema: il legame tra il politico e il funzionario pubblico non può essere di fiduciarità né di subordinazione gerarchica; al contempo, la "sufficiente indipendenza" del funzionario può voler dire sicurezza ma non inamovibilità e assenza di responsabilità²².

²⁰ *Governo e Amministrazione*, cit., in *Scritti giuridici*, rispettivamente 275 e 278.

²¹ Si consenta il rinvio, anche per ulteriori richiami, a F. PATRONI GRIFFI, *Tecnici e politica nelle democrazie*, in *Ventesimo secolo* (numero dedicato al tema), Milano 2015, 93 ss. nonché in www.giustizia-amministrativa.it. Vd. pure sul tema, anche per ampi richiami, A. PATRONI GRIFFI, *Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza pubblica*, Napoli 2002.

²² C. PINELLI, *op. cit.*, 257, osserva correttamente che Sandulli non mirava a un separatismo radicale, ma piuttosto "all'introduzione dei requisiti strutturali di un imparziale esercizio della funzione amministrativa". Riportando testualmente il pensiero del Maestro (tratto da *Società pluralistica e rinnovamento dello Stato*, 1968, in *Scritti giuridici*, II, 83), si riconosce "l'esigenza che in democrazia i tecnici siano esclusi dalle decisioni supreme", ma ciò non può "giustificare la concentrazione di tutti i poteri amministrativi (anche di quelli non discrezionali) nelle mani dei politici".

L'esclusione di ogni elemento di fiduciarità è stato più volte ribadito negli anni recenti dalla Corte costituzionale, dopo che il dibattito, non solo dottrinario, sulla separazione tra politica e amministrazione ha vissuto alterne vicende governative tra esclusione o introduzione di forme di *spoils system* nella legislazione. Ed è attuale. Il punto di equilibrio tra autonomia dell'amministrazione, funzionale all'imparzialità, e responsabilità della politica anche nelle scelte amministrative, quanto meno nel momento di raccordo tra indirizzo politico e decisione amministrativa (area che significativamente il Mortati definiva di indirizzo politico minore), è da individuare nella chiara distinzione dei ruoli tra chi ha la legittimazione della scelta politica, assumendosene la responsabilità, e chi deve cooperare, con lealtà e professionalità e non nell'adempimento di un vincolo fiduciario, alla elaborazione sul piano tecnico e all'attuazione di quelle scelte.

L'imparzialità – come si diceva – permea tutto l'agire amministrativo; è un principio a garanzia della funzione. La legge attribuisce il potere, l'imparzialità ne garantisce il corretto esercizio. La forma, il luogo abituale dell'esercizio del potere è il procedimento.

La formidabile opera di sistemazione giuridica del procedimento, nella sua configurazione di categoria dogmatica generale e nei suoi rapporti con la fattispecie, costituisce il caposaldo del pensiero giuridico di Sandulli²³.

Solitamente si sottolinea la valenza formale della sistemazione giuridica del procedimento ad opera di Sandulli e si approfondisce di quell'opera il collegamento tra gli atti e il rapporto tra procedimento e provvedimento finale, nella duplice fase fisiologica e patologica. Il che costituisce senz'altro l'aspetto prevalente e scientificamente più significativo dell'opera.

In altri termini, certamente nel *Procedimento* rinveniamo la sistemazione e l'esaltazione della struttura e del valore giuridico formale del procedimento; ciò che rileva per l'Autore, è infatti “la determinazione dogmatica del procedimento” che “va inquadrata nello studio della teoria generale della fattispecie”. Di più, Sandulli esclude esplicitamente che il procedimento “possa essere concepito come una categoria di natura sostanziale”²⁴: “quella del procedimento è una nozione formale – (ma *ndr*) nel senso in cui questo aggettivo si contrappone a sostanziale – attinente

²³ F. PATRONI GRIFFI, *Il procedimento amministrativo ieri oggi e domani*, cit..

²⁴ *Il procedimento amministrativo*, Milano 1940 (rist. 1964), 35.

all'aspetto dinamico di un fenomeno che si concreta in più momenti nel tempo". Diremmo, l'esercizio del potere. Lo stesso Sandulli avverte però che non va dimenticato che occorre tener conto del "valore sostanziale delle relazioni che si instaurano tra i diversi fatti che in essi si coordinano", sicché lo studio del procedimento va condotto "in immediata correlazione con lo studio delle relazioni sostanziali" che intercorrono tra le varie attività che nel procedimento si susseguono.

Credo in definitiva che si possa ben dire che Sandulli "imposta" un procedimento amministrativo che si atteggia a contenitore del rapporto giuridico amministrativo (le "relazioni sostanziali") che intercorre tra amministrazioni o tra queste e il cittadino. È l'inizio di un percorso che, con l'apporto progressivo della dottrina – Giannini, Benvenuti, Nigro, Cassese – e della giurisprudenza, condurrà a individuare nel procedimento il luogo di emersione progressiva delle situazioni giuridiche²⁵, il luogo di ponderazione degli interessi, il luogo delle varie forme di apporto collaborativo del privato nel farsi della funzione.

Non posso approfondire il tema ma la concezione sandulliana del procedimento come forma, ma come forma aperta e dinamica, consente di fornire un interessante quadro dottrinario di riferimento all'attuale dibattito incentrato, forse troppo dogmaticamente, sulla rigida alternativa tra precostituzione puntuale dell'interesse pubblico per legge come *condicio sine qua non* per il rispetto del principio di legalità, da un lato, e, dall'altro, confronto dialettico nella sede procedimentale tra discrezionalità amministrativa e interessi privati coinvolti, tra potere e cittadino, in una visione dinamica e progressiva della definizione dell'interesse pubblico concreto. L'accentuazione dei valori formali e delle garanzie procedurali, un po' troppo sottovalutate da certa legislazione dell'ultimo decennio e spesso bollate nel dibattito mediatico come "inutili formalismi", consente, al contrario, di addivenire a una definizione dell'interesse pubblico "partecipato se non concordato" che meglio aderisca alla situazione concreta cui si riferisce l'attività amministrativa e abbracci una nozione sostanziale del principio di legalità, il cui rispetto comunque è garantito dal vaglio finale del giudice.

²⁵ "quale sia la situazione giuridica nella quale, man mano che lo svolgimento procedurale avanzi verso la sua conclusione, vengono a trovarsi i soggetti" (p. 39).

4. Legalità ed effettività della tutela

Calamandrei ammoniva che la giurisdizione è lo strumento, la garanzia di attuazione della legge nel caso concreto²⁶.

L'attenzione di Sandulli al tema della giustizia è evidente già nelle pagine del *Manuale* e del *Giudizio davanti al Consiglio di Stato*. Ma anche nei suoi numerosi scritti "minori"²⁷, a partire dalle note a sentenza, si nota l'aspirazione dello Studioso a una giustizia accessibile, efficace ed effettiva.

A parte lo studio generale su *L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative* negli Studi per il Centocinquantesimo del Consiglio di Stato, Sandulli tocca i temi tradizionalmente critici della effettività della tutela, che solo in tempi recenti hanno trovato una soluzione direi soddisfacente: mi riferisco alla tutela contro l'inerzia, al giudizio di ottemperanza, ai problemi più in generale di esecuzione.

Una nota alla decisione del Consiglio di Stato del 1962 (pres. D'Avino, est. Landi), che ammette la sindacabilità degli atti del CSM in materia di promozione dei magistrati ordinari²⁸, è a mio avviso sintomatica del rigore scientifico, come *corretto* dal rigore morale, dello Studioso. Non parlo di una morale "personale", ovviamente, ma dell'etica dello studioso applicata al caso concreto e alla salvaguardia della garanzia giurisdizionale. Sandulli critica dapprima la sentenza, sia perché contesta (e giustamente) la natura di atto preparatorio della delibera del CSM rispetto al provvedimento finale del Ministro; sia perché, più radicalmente, contesta la qualificazione amministrativa dell'attività del CSM avuto riguardo alla sua posizione costituzionale di autonomia. A questo punto, però, Sandulli riconosce testualmente: "Specialmente in presenza di certi atteggiamenti <impegnati> (e piuttosto <di punta>) del Consiglio superiore, ... in contrasto con le leggi e tutt'altro che in armonia con i compiti istituzionali, deve ammettersi che l'orientamento del Consiglio di Stato risponde a una esigenza di garanzia della legalità in generale e dei diritti dei cittadini in particolare, ed assolve una sana funzione di richiamo alla legge". Per concludere con una domanda (e una risposta): "È

²⁶ P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova 1941, 35: "Legislazione e giurisdizione costituiscono due aspetti di una stessa attività continuativa...: prima dettare il diritto e poi farlo osservare".

²⁷ Gli scritti in tema di giustizia occupano l'intero volume V degli *Scritti giuridici*.

²⁸ In *Giust. civ.* 1963, II, 250. La decisione commentata è IV, 28 novembre 1962 n. 752.

concepibile, in uno Stato di diritto, che diritti e interessi legittimi rimangano senza una tutela giurisdizionale? La risposta deve essere negativa sia in astratto, che in concreto... Che un giudice degli atti del Consiglio superiore debba esservi, e che non contrasti con la Costituzione che vi sia, è dunque fuori discussione, L'averlo fermamente e solennemente proclamato è indubbio merito di quella giurisprudenza del Consiglio di Stato, che ha nella decisione in rassegna la sua più recente espressione".

Sandulli annota i progressi della tutela e fornisce suggerimenti continui per migliorare il sistema. È soddisfatto, direi, tra luci ed ombre. Ma una "coscienza pensosa", se registra i progressi nel sistema delle tutele, non può ritenersi appagata, in presenza di deficit di tutela che egli definisce deficit di democrazia. Egli puntualmente, quasi puntigliosamente, descrive questi deficit di tutela²⁹, dalla mancanza di riti sommari per assicurare tempestività di decisione in date materie, sul piano processuale, al difficile controllo della discrezionalità in tema di contributi, finanziamenti, nomina e revoca dei dirigenti (al cui riguardo segnala anche un deficit di garanzie *a priori* quanto a trasparenza e merito della scelta). Forse l'aspetto più moderno, in questo settore, riguarda l'accesso al giudice, che egli ritiene immotivatamente escluso o largamente deficitario per la tutela degli interessi collettivi e di coloro che li rappresentano; fino a giungere ad auspicare l'introduzione di un'azione popolare diffusa.

5. Conclusioni

Concludo con una citazione che ben riassume il tema del convegno, su come Sandulli "vivesse" (perché era un'esperienza di vita e non solo di pensiero) legalità ed effettività della tutela: in ideale continuità con il discorso di Bergamo, Egli afferma³⁰ "dove la giustizia nell'amministrazione non è completa e perfetta, la libertà e la democrazia non possono ancora considerarsi conquistate".

²⁹ Soprattutto in *Per una più piena realizzazione dello Stato di diritto* (1960) e in *La giustizia nell'amministrazione* (1961), in *Scritti giuridici*, V, rispettivamente 277 e 497 ss.

³⁰ *La giustizia nell'amministrazione*, cit., 512.

NORMATIVITÀ E DINTORNI.
RIFLESSIONI SULL'INCERTEZZA DELLE REGOLE
DAL PUNTO DI VISTA COSTITUZIONALE*

SOMMARIO: 1. «Addomesticare» la complessità – 2. Fattori di «crisi del sistema delle fonti» – 3. Stagnazione normativa nel ciclo dell'attuazione costituzionale – 4. Conseguenze nel sistema dei modi di produzione normativa sovranazionale – 5. Produzione giurisprudenziale del diritto e razionalità del sistema – 6. Un ruolo nuovo per la legge.

1. *«Addomesticare» la complessità*

Denominare «normatività e dintorni» le «riflessioni sull'incertezza delle regole» richieste a giuristi ancorati, nei diversi approcci e sensibilità, al ceppo comune del diritto pubblico evoca, di certo ironicamente, una sproporzione tra la dimensione dell'obiettivo proposto – disegnare una mappa della complessa, frammentata e mutevole produzione normativa, e delle terre a essa limitrofe, cioè di quanto normazione non può essere considerato e tuttavia della normazione assume sembianze, la capacità conformativa o semplicemente gli stilemi – e gli strumenti analitici e ricostruttivi disponibili, nella disarticolazione della teoria, o più propriamente delle teorie, delle fonti.

Non di una mappa, dunque, si tratterebbe. Ma di un atlante. E già produrlo sarebbe opera ciclopica. La quale tuttavia potrebbe essere messa almeno in astratto nell'ordine del possibile, se non fosse che si dovrebbe trattare di un atlante di terre mobili, di isole telluriche, che appaiono e scompaiono, di continenti in formazione, come quando un mondo muore e un mondo nuovo si forma.

* Questo lavoro prende spunto dalla relazione presentata al Seminario AIC-AIPDA sul tema «Normatività e dintorni. Riflessioni sull'incertezza delle regole», svoltosi a Lecce, presso l'Università del Salento, il 13 giugno 2014.

Dunque neppure un atlante può essere concepito, ma, nelle grandi trasformazioni in atto, sono concepibili solo indicazioni sui modi di disegnarlo, che sono, a loro volta, molti e controversi, sicché anche di essi occorrerebbe un atlante, un meta-atlante *de modis*.

2. *Fattori di «crisi del sistema delle fonti»*

Inedita è la complessità. Non nuova è invece l'esigenza di fronteggiare mutamenti profondi nell'assetto delle fonti. Da questi dunque il giurista (il costituzionalista in specie) non si lascia certo sorprendere. E che oggi si tratti proprio di una ridefinizione sistemica, cui corrisponde la riallocazione dei poteri normativi, è osservazione comune: non v'è chi, tra i teorici delle fonti, si astenga dall'accompagnare al sostantivo "sistema" l'apposizione "cosiddetto".

Né sono ignoti, sul piano dei «compiti metodologici», i percorsi di razionalizzazione che è possibile seguire innanzi al fenomeno: sono trascorsi oltre trentacinque anni dacché Natalino Irti proponeva il suo approccio neo-esegetico innanzi alla «frantumazione normativa» che disarticolava il codice civile, ed elaborava la teoria della pluralità dei micro-sistemi, presentandola non come una riduzione di razionalità sistematica, ma come espansione di tale razionalità fino agli «estremi confini dell'ordinamento»¹.

Su altro versante, diverso ma connesso, neppure nuovo è il dato della produzione giurisprudenziale del diritto, che è una risposta alla crisi della normazione «politica» e, insieme, un fattore di aggravamento di quella crisi.

V'è dunque da interrogarsi sulle cause che inducono oggi alla rinuncia a esplorare nuove vie di razionalizzazione e a indugiare nella contemplazione del disordine: cause, beninteso, molto serie, oggettive, non derivanti dalla debolezza «soggettiva», nel fondamento teorico, delle costruzioni proposte da una leva o da una generazione di giuristi.

Si può infatti rispondere, in prima istanza, che nuova è la complessità di tutti tali fenomeni non inediti, e nuovo, specie nel caso italiano, è il collasso delle trame ordinamentali nel punto in cui si colloca la decisione

¹ Questo l'obiettivo del percorso teorico, dichiarato *a posteriori* dallo stesso autore nell'introduzione alla quarta edizione dell'opera: N. IRTI, «*L'età della decodificazione vent'anni dopo*», premessa a *L'età della decodificazione*, Milano 1999, 5.

politica della norma. E se si parte da questa «nuova» complessità, come pare necessario, di essa occorre riguardare le due facce: la produzione multilivello del diritto; il carattere precipuamente giurisprudenziale a ogni livello di tale produzione.

Ed ecco la prima evidenza dei caratteri specifici della «crisi del sistema delle fonti» nel tempo attuale: la perdita da parte della Costituzione-norma della capacità di orientare efficacemente le dinamiche dell'ordinamento.

Esito, questo, che si riconnette a due fattori maggiori: la stagnazione della produzione legislativa di attuazione delle previsioni costituzionali; il consolidarsi di un'entità costituzionale conformata secondo linee di integrazione-competizione tra livelli di produzione normativa (nazionale, sub-nazionale, sovranazionale), nella quale la Costituzione nazionale perde di centralità, per la prevalenza – a vario titolo – della produzione esterna, di rango sostanzialmente costituzionale e non, la quale assurge a definire anche il quadro delle competenze legislative e giurisdizionali interne e attrae i giudici interni alla produzione giurisprudenziale del diritto e la stessa Corte costituzionale a definire essa medesima, in via sempre più esclusiva, la propria posizione nel sistema.

3. Stagnazione normativa nel ciclo dell'attuazione costituzionale

Sul primo fattore (stagnazione normativa nel ciclo dell'attuazione costituzionale): il fenomeno si colloca sulla trama dell'alta disfunzione della forma di governo italiana, a sua volta largamente determinata dalle dinamiche partitiche. Non è, infatti, certo possibile pensare il sistema – o i sistemi – delle fonti al di fuori della struttura e delle dinamiche della forma di governo, aspirando a una costruzione di cui si possa vagheggiare l'ottimo teorico. Una stessa fonte, a parità di disciplina costituzionale, presenta un rendimento diverso in ragione di tali dinamiche (si pensi alla variabile funzione del decreto legislativo nel tempo, strumento di semplificazione della complessità politica della decisione legislativa, di praticabilità della legislazione di riforma, di negoziazione legislativa; o del decreto-legge, nelle sue diverse forme di abuso, dal profluvio con reiterazione al maxiemendamento del disegno di legge di conversione, disomogeneo e sorretto dalla questione di fiducia, prassi tutte blandamente e non univocamente contrastate dalla Corte costituzionale, specie con riferimento al «nesso di interrelazione funzionale» tra decreto-legge e

legge di conversione²; o all'elusione dei controlli attraverso l'espansione dei poteri di ordinanza³).

Se si sceglie un tale punto di osservazione – come pare necessario – si può rilevare che, quanto ai processi richiamati, segnati dalla traslazione dei poteri normativi verso l'esecutivo e dall'impoverimento della legislazione parlamentare, la Corte costituzionale ha compiuto un'opera di debole razionalizzazione, con interventi «in seconda battuta», cioè posti in essere quando, mutato il quadro dinamico della forma di governo, la pratica di certe deviazioni dal modello costituzionale non era già più conforme alle esigenze di «funzionalità» che le avevano indotte o erano divenute addirittura disutili (il caso del decreto-legge è assai indicativo).

Ma quando è stato necessario integrare comparti dell'ordinamento carenti della grande legislazione di cui le sedi della decisione politica si

² Indicazioni più restrittive sembrano ora provenire da Corte cost., sent. 12-25 febbraio 2014, n. 32. Ma i fenomeni richiamati sono così diffusi e pervasivi, e così strettamente correlati a un'alterazione ormai compiuta della forma di governo, che segnali in senso diverso non sembrano valere a scalfire più generali orientamenti a far recedere il sindacato sui vizi formali delle leggi quando si debba far prevalere il pregio politico del loro contenuto. E ciò ha contribuito a far ritenere dato permanente la disarticolazione del sistema delle fonti: A. RUGGERI, *È rimediabile il disordine delle fonti?*, in *osservatoriosullefonti*, n. 3, 2009. Specificamente in tema di vizi delle leggi di conversione dei decreti legge, A. SIMONCINI, *Le fonti del diritto*, Relazione al Seminario sulle riforme costituzionali, Firenze, 13 febbraio 2014, in *osservatoriosullefonti*, n. 1, 2014, 13. L'esigenza di correggere radicalmente il sistema ha indotto a proporre di introdurre in Costituzione «il principio della non emendabilità dei decreti legge (principio che, tra l'altro, corrisponderebbe in pieno alla logica naturale di questo strumento)»: E. CHELI, *Fisiologia e patologia negli sviluppi recenti del nostro "sistema" della fonti*, ivi, n. 2, 2010, 2. Di diverso avviso, e per un controllo della Corte costituzionale «sulla non contraddittorietà, sulla coerenza, del decreto legge come della legge di conversione, non per limitarsi solo a ciò che è rilevabile *ictu oculi*, ma nel senso che, per il legislatore che voglia essere ragionevole, alcuni vincoli di coerenza del proprio operato si imporranno con evidenza e saranno fatti valere in sede di giudizio di costituzionalità», F. CERRONE, *Fantasmii della dogmatica. Sul decreto legge e sulla legge di conversione*, in *federalismi.it*, 15 luglio 2015, 4.

Una certa «inattualità» delle ricostruzioni dottrinali e dei problemi affrontati dalla Corte costituzionale «di fronte alla spregiudicata utilizzazione del decreto legge» è rilevata da R. CALVANO, *La crisi della produzione normativa del Governo nel periodo 2011-2013. Riflessioni critiche*, Relazione al Seminario *L'uso dei poteri normativi da parte del governo Monti – un bilancio*, Roma, 9 maggio 2013, ivi, n. 3, 2013, 10. Sul «basso rendimento pratico» dei principî enucleati dalla Corte costituzionale, A. GUAZZAROTTI, *Il rigore della Consulta sulla decretazione d'urgenza: una camicia di forza per la politica?*, in *forumcostituzionale.it*, 2007, 4.

³ Per una ricognizione del fenomeno, cfr. A. CARDONE, *La prassi delle ordinanze di protezione civile in tema di deroghe nel corso della XVI legislatura. La dimensione qualitativa del fenomeno ed alcuni spunti per limitarlo*, in *osservatoriosullefonti*, n. 1, 2011; G. MARAZZITA, *L'irresistibile tentazione del potere di ordinanza*, ivi, n. 2, 2011.

mostrano incapaci, la Corte non ha esitato ad affrontarne il compito (il caso della messa in opera del «nuovo» titolo V della Parte Seconda è assai evidente: tutta costruita dalla Corte, norme transitorie incluse).

Si creano così, sul versante «interno», le condizioni più favorevoli alla produzione giurisprudenziale del diritto, fino alla supplenza piena, da parte della Corte costituzionale, nel produrre la grande normazione (valga per tutti il caso del giudizio sulla legge elettorale attraverso una lettura inedita e assai innovativa del concetto di incidentalità), e all'ampia creatività della giurisdizione nel quadro complessivamente indistinto, incerto e debole della legislazione.

Ed è per tali motivi che quello che viene comunemente considerato come un potenziamento dei poteri normativi (legislativi, in primo luogo) del Governo è più plausibilmente qualificabile solo come una ridislocazione dell'imputazione soggettiva degli atti, poiché la debolezza delle sedi della decisione politica rende largamente permeabile il procedimento a decisori sostanziali esterni al circuito della rappresentanza (recenti studi sulla legislazione governativa ne hanno prodotto la prova empirica). Dunque la dislocazione formale verso il Governo non è affatto un elemento di unificazione e di coerenza sistematica della legislazione, la quale resta frammentaria, casuale, di cattiva qualità tecnica.

La razionalizzazione, nei limiti del possibile, la compiono i giudici. E quando essa entra in contatto troppo stridente con l'indirizzo politico contingente posto in essere nelle sedi della rappresentanza, ci si può attendere al più un intervento legislativo provvedimentale, sul quale peraltro l'ultima parola spetterà pur sempre alla Corte costituzionale nell'esercizio di una funzione spiccatamente intesa alla soluzione del conflitto politico⁴.

4. *Conseguenze nel sistema dei modi di produzione normativa sovranazionale*

Sul secondo fattore (connotazioni assunte dalla produzione sovranazionale), il dato saliente è nella perdita della capacità razionalizzatrice

⁴ Così è avvenuto – lo si può rilevare a titolo esemplificativo – nelle vicende del teatro Petruzzelli di Bari e, con ben maggiore peso negli equilibri istituzionali, dell'ILVA di Taranto. Sulla prima, cfr. Corte cost., sent. 16-30 aprile 2008, n. 128 e 22 giugno-6 luglio 2011, n. 199. Sull'altra, cfr. Corte cost., sent. 9 aprile-9 maggio 2013, n. 85.

della teoria del costituzionalismo multilivello applicata al contesto europeo, teoria incentrata sulla visione di un *processo* di trasformazione del diritto e delle istituzioni e sull'identificazione di un corpo integrato composto da un sistema di poteri separati e articolati in livelli di governo, in ciascuno dei quali si riflettono le identità pluralistiche (due o più) dei cittadini⁵.

Riguardato dal punto di vista della produzione normativa, un tale assetto presuppone o implica l'integrazione ormai tendenzialmente armonica tra i livelli della produzione – precipuamente giurisprudenziale per i profili maggiori – e può durare solo transitoriamente, fino alla redazione di un documento costituzionale scritto di livello europeo.

Ora, la stagnazione del processo di integrazione politica dell'Europa (ecco un altro versante di stagnazione politica e culturale, insieme a quello dell'attuazione costituzionale, che si accompagna alla stagnazione e alla recessione economica, in un circuito di alimentazione reciproca) ha aperto vistose disarticolazioni nell'ordito della produzione normativa giurisprudenziale multilivello, nelle ammagliature del tessuto di relazioni tra giurisdizioni nazionali ed europee.

Sullo sfondo vi è il complesso quadro problematico derivante dalla formazione giurisprudenziale delle stesse norme sulla produzione normativa sia quanto all'integrazione tra fonti sia quanto al rango da riconoscere a principî in operazioni di bilanciamento e nell'attività interpretativa, mentre si rivela insufficiente presidio la teoria dei controlimiti. E anche alcuni assunti sistematici, che parevano acquisizioni rassicuranti, vengono messi in discussione dalla potenza espansiva delle giurisdizioni, alimentata dalla capacità che esse mostrano di mettersi in connessione.

Tanto può dirsi della linea di discriminazione, disegnata dalla Corte costituzionale, tra diritto dell'Unione europea (per semplicità, «diritto UE», essendo divenute difficili e improprie anche le denominazioni: obsoleta «diritto comunitario», impraticabile per infelicità fonetica «diritto unitario», prematura «diritto federale») e diritto prodotto nell'ambito della

⁵ Com'è noto, la teoria del costituzionalismo multilivello trae radice da I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, n. 36, 1999, 703 ss. Per considerazioni su tale costruzione e sulla perdurante utilità dell'approccio che la sottende, C. PINELLI, *Spunti di riflessione per un approfondimento del rapporto tra multilevel constitutionalism e principi fondativi degli ordinamenti sopranazionali*, in *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione: Unione europea e Mercosur*, a cura di P. Bilancia, Milano, 2006, 11 ss.

Convenzione europea dei diritti dell'uomo («diritto CEDU»), discrimine definito per la diversità del fondamento: il primo fatto derivare da una limitazione di sovranità dello Stato realizzata con il riconoscimento pattizio di un potere di produzione normativa a organi di un'entità sovranazionale; quello CEDU non costruito per limitazione di sovranità, ma attraverso il riconoscimento convenzionale della funzione di garanzia a un organo giurisdizionale sovranazionale, la Corte EDU⁶. L'uno dunque connotato dalla primazia; l'altro costruito nel rapporto con il diritto interno secondo il modulo dell'interposizione (o del rinvio), comunque pur sempre in modo da lasciare campo alla Corte costituzionale per sottoporre a uno scrutinio di legittimità accentrato (accentrato dal punto di vista interno) il diritto giurisprudenziale CEDU.

Ma ora la Corte EDU disarticola questo modello, ove ritiene la violazione dell'art. 6, par. 1 della Convenzione nelle ipotesi in cui «le giurisdizioni nazionali le cui decisioni non sono suscettibili di un ricorso giurisdizionale di diritto interno sono tenute, quando rifiutano di adire la Corte di giustizia a titolo pregiudiziale presentando una questione relativa all'interpretazione del diritto UE sollevata davanti a esse, a motivare il rifiuto *con riguardo alle eccezioni previste dalla giurisprudenza della Corte di giustizia*»⁷. Viene, infatti, costruito un circuito di comunicazione tra le due giurisdizioni sovranazionali, attraverso il quale la Corte EDU impone al giudice comune interno di osservare la giurisprudenza della Corte di giustizia facendone applicazione diretta, e limitando sensibilmente la sua discrezionalità, sinora indiscussa, circa la produzione del rinvio pregiudiziale⁸.

L'effetto di traslazione sovranazionale nella produzione giurisprudenziale del diritto è reso più intenso dal perdurante orientamento delle giurisdizioni comuni a fare applicazione diretta del diritto CEDU, senza investire la Corte costituzionale⁹.

⁶ Tale diversità di fondamento è ritenuta dalla Corte costituzionale a partire dalla sent. 16-22 dicembre 1980, n. 188, e poi enunciata, con quasi scolastica chiarezza, nella sent. 22-24 ottobre 2007, n. 348.

⁷ Corte EDU, II Sezione, Dhahbi c. Italia, 8 aprile 2014.

⁸ Cfr. R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 3, 3 s.: «... nonostante gli inviti anche ufficiali ai giudici a fare largo uso del rinvio pregiudiziale, per la pregiudizialità euro unitaria i giudici non di ultimo grado, pur in presenza delle condizioni per proporre il rinvio, non sono tenuti a farlo ed il mancato rinvio, a differenza di quello che accade per i giudici di ultimo grado, non può fondare una responsabilità per lo stato».

⁹ Una rassegna delle argomentazioni avanzate per pervenire a tali esiti si rinviene in

Una recente decisione delle Sezioni Unite penali della Corte di cassazione¹⁰ offre il paradigma degli esiti cui possa condurre la combinazione di meccanismi siffatti, in una vicenda segnata (purtroppo ormai tipicamente) dalle incongruenze e dalle oscillazioni del legislatore e, di conseguenza, dalla funzione di supplenza della giurisdizione, nella specie in tema di applicabilità anche al caso della pena dell'ergastolo dei benefici derivanti dal rito abbreviato.

Vicenda ad andamento tipico, appunto: una prima norma, introdotta nell'art. 442, c. 2, Codice di procedura penale in forza della legge di delega 16 febbraio 1987, n. 81, consentiva l'applicazione del beneficio, con la riduzione a trent'anni di reclusione della pena detentiva a tempo non determinato, nel quadro di una concezione generale meglio corrispondente ai principî del garantismo penale, che si manifestava con la maggiore evidenza nell'introduzione, per quanto imperfetta, del rito accusatorio, ma non si esauriva in essa. La Corte costituzionale ne dichiarò tuttavia l'illegittimità per eccesso di delega, rilevando che la «direttiva» rivolta a introdurre meccanismi di incentivazione dell'opzione per il giudizio abbreviato non poteva non riferirsi alle sole pene pecuniarie e detentive temporanee¹¹. Ma il legislatore riteneva di insistere in quell'approccio ispirato all'incentivazione dei riti alternativi abbreviati, e reintroduceva, questa volta nelle forme adeguate, la norma intesa a consentire la riduzione della pena anche nei casi di possibile comminazione dell'ergastolo (legge 16 dicembre 1999, n. 479, art. 30, c. 1, lett. b), di integrazione dell'art. 442, c. 2, cod. proc. pen.: «Alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione di anni trenta»). Poi la quasi immediata «rimeditazione» e una di quelle vistose oscillazioni, che, sull'onda dello stretto contingente e spesso per pulsione populista, fanno pessima la qualità della legislazione: l'art. 7 del decreto-legge 24 novembre 2000, n. 341, convertito dalla legge 19 gennaio 2001, n. 4, dichiarava di dare un'«interpretazione autentica» del novellato art. 442, c. 2, Cod. proc. pen., ritenendo che l'espressione «pena dell'ergastolo» dovesse essere intesa nel senso di «ergastolo senza isolamento diurno», sicché la riduzione in caso di rito abbreviato sarebbe consistita in tale tipo di esecuzione in luogo della medesima pena con isolamento diurno. Si otteneva così di li-

M.C. VILLANI, *La rinnovata battaglia dei giudici comuni a favore della diretta applicabilità della CEDU. Tra presunta "comunitarizzazione" dei vincoli convenzionali e crisi del tradizionale modello di controllo accentrato di costituzionalità, in federalismi.it*, n. 20, 2010.

¹⁰ Sent. 24 ottobre 2013, n. 18821, depositata il 7 maggio 2014.

¹¹ Sent. 22-23 aprile 1991, n. 176.

mitare il beneficio della riduzione della pena a trent'anni di reclusione ai casi di astratta comminabilità della pena dell'ergastolo senza isolamento diurno, estendendo tale limitazione anche a coloro che avevano chiesto il rito abbreviato in vigore della norma più favorevole. Ma, in tutta evidenza, mancava ogni presupposto dell'interpretazione autentica, non essendovi possibilità interpretative diverse da quella consentita dal chiarissimo e univoco tenore letterale della disposizione. E, infatti, la Corte costituzionale è puntualmente intervenuta a dichiarare l'illegittimità del disposto asseritamente interpretativo¹².

Tuttavia, non è tanto l'esito concreto che merita di essere segnalato – esito consistente nell'estensione del beneficio anche a chi ne era stato escluso dalla norma «interpretativa», in ragione dell'applicazione del principio di retroattività della norma penale sostanziale più mite affermato dal diritto CEDU – quanto lo scostamento tra la linea argomentativa della Corte costituzionale e quella del giudice remittente, le Sezioni Unite della Corte di cassazione, ove questo dà seguito alla dichiarazione di illegittimità.

La Corte costituzionale, invero, accertato il carattere innovativo e non interpretativo della norma sul beneficio della riduzione della pena, costruisce la motivazione dell'illegittimità secondo il modulo consolidato dell'interposizione: la norma legislativa retroattiva contrasta con il principio della Convenzione EDU (art. 7, par. 1), come interpretato dalla Corte EDU (nella specie attraverso la sentenza Scoppola c. Italia del 17 settembre 2009¹³; «l'art. 7, paragrafo 1, della Convenzione non sancisce

¹² Sent. 3-18 luglio 2013, n. 210.

¹³ ... benché questa decisione non appartenga propriamente al novero delle «sentenze pilota», categoria definita dalla giurisprudenza CEDU e in essa consolidata, e più tardi recepita nel Regolamento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con l'inserimento dell'art. 61, per delibera della medesima CEDU in data 21 febbraio 2011 (che si può leggere in www.echr.coe.int). A norma del richiamato art. 61, c. 1, la CEDU «può decidere di applicare la procedura della sentenza pilota e adottare una sentenza pilota quando i fatti all'origine di un ricorso presentato innanzi a essa rivelano l'esistenza, nella Parte contraente interessata, di un problema strutturale o sistemico o di un'altra disfunzione simile che ha dato luogo o potrebbe dare luogo alla presentazione di altri ricorsi analoghi». Nella specie tali presupposti non si realizzano. Tuttavia – osserva la Corte costituzionale – la sentenza Scoppola, nel suo «contenuto rilevante», cioè «nella parte in cui si individuano quegli aspetti dei quali lo Stato responsabile della violazione deve tenere conto per determinare le misure da adottare per conformarsi», comporta a carico dei poteri dello Stato obblighi sufficientemente specifici di rimozione degli «effetti normativi lesivi della CEDU» (Corte costituzionale, sent. n. 210 del 2013, cit., par. 7.2 del considerato in diritto). Un invito a non sopravvalutare la funzione delle «sentenze pilota» nel contesto della giurisdizione CEDU, proviene da V. ZAGREBELSKY, *Corte costituzionale n.*

solo il principio di irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa», sicché «se la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato»¹⁴), e conseguentemente viola l'art. 117, c. 1, Cost. come integrato dalla norma CEDU. In tal modo, la Corte costituzionale si attesta sul caposaldo della spettanza esclusiva a se medesima, secondo il modello accentrato, della cognizione sulla conformità della legge interna al diritto CEDU: a tanto perviene presupponendo la propria competenza e determinando, attraverso il tenore della motivazione, i confini della fattispecie dedotta in giudizio. Ne è conferma l'espresso richiamo della Corte alla propria «costante giurisprudenza ... a partire dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007», secondo la quale «le norme della CEDU – nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare a esse interpretazione e applicazione (art. 32, paragrafo 1, della Convenzione) – integrano, quali norme interposte, il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali».

Ma le Sezioni Unite della Corte di cassazione – giudice *a quo* davanti al quale si compie la riassunzione – disattendono tale costruzione sistematica del rapporto tra le giurisdizioni.

49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica delle convenzioni, in Osservatorio costituzionale AIC, maggio 2015, 6: «... le "sentenze pilota" (che hanno variegata natura e struttura) non presentano una particolare forza vincolante. Esse si caratterizzano semplicemente per il fatto che decidono un caso in vista della decisione di numerosi altri casi identici (seriali) già pendenti, la cui trattazione viene sospesa in modo da consentire al governo interessato di introdurre soluzioni nazionali riparatorie e preventive di violazioni ripetute e strutturali (art. 61 Regolamento della Corte). Quando ciò avviene gli altri casi pendenti sono rinviati a rimedi interni. E i nuovi ricorsi non dovrebbero più giungere alla Corte europea ... Dal punto di vista giurisprudenziale le sentenze pilota sono spesso di nessun interesse, poiché riprendono precedenti non contestati». Le «sentenze pilota» avrebbero dunque una sorta di valore ricognitivo del «diritto consolidato».

¹⁴ Sugli effetti ordinali della sentenza Scoppola, E. LAMARQUE, F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 2, 2014, 392 ss., ove peraltro gli autori ravvisano nella vicenda in cui la decisione si colloca una manifestazione del «clima di fraterna condivisione dei compiti e delle responsabilità nelle attività di controllo della legge e di attuazione dei diritti fondamentali tra la Corte costituzionale e l'autorità giudiziaria».

La decisione da esse pronunciata, infatti, circoscrive la portata dell'incidente di costituzionalità, riducendo il *petitum* alla sola dichiarazione di illegittimità «dell'etichetta nominale di norma di interpretazione autentica» attribuita dal legislatore «all'art. 7 del d.l. n. 341 del 2000, per determinare un effetto retroattivo altrimenti non consentito», la quale «obbligava formalmente l'interprete ad adeguarvisi, senza alcuna possibilità d'individuare spazi ermeneutici diversi da quelli indicati dal legislatore ordinario e coerenti col principio di legalità convenzionale (art. 7, § 1, CEDU) delineato dalla Corte di Strasburgo». E configura l'effetto della pronuncia della Corte unicamente come «rimozione» di tale «ostacolo».

A partire da questa «rimozione», ogni altra questione, con le correlative soluzioni apprestate dalla Corte costituzionale, è pretermessa nella prospettiva proposta dalla Corte medesima con la sentenza 210 del 2013, ed è affrontata *autonomamente e direttamente* dalle Sezioni Unite medesime: l'applicabilità oltre il caso di specie cui essa si riferisce della sent. Scoppola c. Italia; la conseguente individuazione della norma convenzionale applicabile; le operazioni di bilanciamento tra principî costituzionalmente e convenzionalmente protetti; l'individuazione dello strumento processuale idoneo a correggere il giudicato (una volta ritenuto cedente il principio dell'intangibilità di esso).

La sequenza argomentativa seguita dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione è costruita con molta sottigliezza.

Il giudice comune ripercorre la motivazione della sentenza costituzionale, riproducendone letteralmente alcune parti¹⁵, ma poi se ne discosta sul punto decisivo della competenza a compiere il giudizio di bilanciamento «tra il valore costituzionale della intangibilità del giudicato e altri valori, pure costituzionalmente presidiati, quale il diritto fondamentale e inviolabile alla libertà personale, la cui tutela deve ragionevolmente prevalere sul primo»¹⁶. Tale bilanciamento – afferma la sentenza in discorso – «certamente è compito primario del legislatore», di fronte all'«inerzia» del quale, «assolutamente insensibile alle sollecitazioni del Giudice sovranazionale in ordine a una più incisiva tutela dei diritti fondamentali», tuttavia, «la giurisdizione non può ignorare o eludere il problema ... e deve farsi carico, una volta preso atto della insussistenza delle

¹⁵ V., in specie, il par. 7 del *considerato in diritto*, nel raffronto con il punto 7.3 della omologa parte della sentenza della Corte costituzionale n. 210 del 2013.

¹⁶ Par. 7 del *considerato in diritto*, cit.

condizioni che giustificano l'esecuzione della pena nei confronti del condannato, di riportare la stessa in una dimensione di legittimità, utilizzando spazi di operatività della normativa vigente, che, benché non chiaramente evidenziati, sono in essa impliciti». Qui per «giurisdizione» le Sezioni Unite della Corte di cassazione intendono quella comune, in specie la propria. Ciò che la Corte costituzionale aveva escluso, demarcando un diverso confine tra le giurisdizioni: «a questa Corte compete ... di rilevare che, nell'ambito del diritto penale sostanziale, è proprio l'ordinamento interno a reputare recessivo il valore del giudicato, in presenza di alcune sopravvenienze relative alla punibilità e al trattamento punitivo del condannato», mentre al «giudice comune, e in particolare al giudice remittente, quale massimo organo di nomofilachia compete ... di determinare l'esatto campo di applicazione in sede esecutiva di tali sopravvenienze, ovvero della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice (art. 30, quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87), e, nell'ipotesi in cui tale determinazione rilevi ai fini della proposizione di una questione di legittimità costituzionale, di spiegarne le ragioni in termini non implausibili».

V'è da parte delle Sezioni Unite della Corte di cassazione un formale ossequio al modulo dell'interposizione normativa, come risulta anche dall'organico riferimento, recato dall'ordinanza di rimessione, alla giurisprudenza costituzionale sul tema¹⁷, ma poi in sede applicativa ne viene drasticamente ridotto il campo, essendo da esso escluso il bilanciamento dei valori alla luce del diritto CEDU, che il giudice comune si ascrive senza residui, poiché ritiene in sostanza necessaria la remissione alla Corte costituzionale nei soli casi di puntuale lesione delle norme convenzionali da parte di norme legislative interne (casi dei quali nella legge impropriamente qualificata come interpretativa si potrebbe intravedere il paradigma). Esito forse paradossale, in ragione del fatto che il coinvolgimento del giudice costituzionale interno potrebbe essere escluso quando si tratti di definire il quadro multilivello delle garanzie dei diritti fondamentali in termini sistemici, e incluso per questioni più puntuali e limitate. Paradossale ma non sorprendente, se si considera la scarsa sostanza dogmatica del concetto di interposizione normativa, come accolto nella giurisprudenza costituzionale sull'art. 117, c. 1, Cost., poiché tale concetto può essere adeguato strumento analitico e ricostruttivo solo se ne

¹⁷ Corte di cassazione, Sezioni Unite Penali, ord. n. 34472/12 del 19 aprile 2012, par. 6.

siano definiti i limiti. E i limiti consistono nella puntuale, o almeno sufficientemente specifica, determinazione del contenuto della norma interposta da parte della norma costituzionale da integrare, come avviene in quella che è l'unica ipotesi sicuramente ascrivibile alla figura dell'interposizione nell'ordinamento italiano: il rapporto tra decreto delegato e art. 76 Cost. per il tramite della legge di delegazione. Nulla sembra invece meno definito del contenuto che assumerà la norma cosiddetta interposta nella disciplina dell'art. 117, c. 1, Cost.: quegli obblighi internazionali possono essere della più varia natura, genesi, forma – pattizia, giurisprudenziale, politica – e naturalmente del più vario e imprevedibile contenuto. Sicché la qualificazione come «interposto» al contenuto normativo sarà ascritta in ragione delle relazioni – collaborative o conflittuali – tra giudici, specie di rango costituzionale.

Del che è persa consapevole la stessa Corte costituzionale nella sua prima giurisprudenza di applicazione dell'art. 117, c. 1, Cost., ove riconosceva, benché ne facesse uso, la dubbia idoneità dell'«espressione “fonti interposte” ... a designare una categoria unitaria»¹⁸.

Fatto è che il modulo logico dell'interposizione è uno strumento assai debole nel fare argine alla pressione a dislocare nelle sedi della giurisdizione comune il potere di valutare la conformità al diritto CEDU della norma legislativa interna, poiché, di volta in volta, potrà essere lo stesso giudice comune a valutare se si tratti di «norma interposta», alla cui presuntiva violazione consegue l'obbligo di rimessione alla Corte costituzionale, e quando di principî direttamente bilanciabili, in un'opera in cui la linea di discriminare tra interpretazione conforme al diritto pattizio come interpretato e disapplicazione diretta della legge interna è assai sottile, e comunque non difficile da disegnare con una certa libertà nei modi dell'argomentazione (o delle retoriche sotto le specie dell'argomentazione).

Ne consegue una considerevole incertezza nel quadro dei rapporti tra giurisdizioni, interna e sovranazionale, comune e costituzionale. Incertezza alla quale ha inteso fare fronte, con intenti di ricostruzione sistematica, la sentenza della Corte costituzionale 14 gennaio-26 marzo 2015, n. 49.

Questa decisione ridimensiona sensibilmente la portata del modello dell'interposizione, erodendone il caposaldo maggiore: che la norma della Convenzione, «come interpretata» dalla Corte EDU, sia un principio di diritto idoneo a vincolare univocamente il giudice interno, capo-

¹⁸ Sent. 22-24 ottobre 2007, n. 348, par. 4.4 della motivazione.

saldo sul quale si reggeva l'impianto concettuale delle sentenze n. 348 e 349 del 2007 (al di là di qualche attenuazione della portata dell'assunto – come nella sentenza n. 349, ove si afferma che «l'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuita beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri» – cautela consueta nella giurisprudenza della Corte, intesa a trovare una linea di coerenza anche innanzi alla necessità del più radicale *revirement*). Senonché tale presupposto si è presto rivelato fallace. La norma CEDU a produzione giurisprudenziale molto spesso non si presta a tanto già per la sua struttura linguistica. E poi – se si guarda al sistema giurisdizionale CEDU, che postula «il carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale» (sent. n. 49 del 2015, par. 7 del considerato in diritto) – non può in alcun modo pretermettersi l'ampio margine interpretativo da riconoscere ai giudici interni, costituzionale e comuni. Solo se dal contesto CEDU provenga un «diritto consolidato» (del «consolidamento» la sentenza n. 49 del 2015 identifica gli «indici»¹⁹), la norma così formata può dirsi «interposta», integrando il parametro dell'art. 117, c. 1, Cost., e vincola senza residui le giurisdizioni nazionali, consentendo al giudice comune l'accesso al giudizio di legittimità costituzionale solo dopo avere esperito l'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata. Il sistema si chiude prefigurando la possibilità di far valere il vizio di legittimità della legge di adattamento alla CEDU (rimedio estremo e «drammatizzante»).

Per questa via il sistema viene meglio strutturato. Ma la combinazione tra restrizione del concetto di «interposizione» e il più pressante richiamo all'obbligo di praticare l'interpretazione conforme, obbligo la cui violazione preclude l'accesso alla Corte, potenzia in misura assai rilevante il ruolo della giurisdizione comune interna. Il giudice costituzio-

¹⁹ Questi gli «indici idonei a orientare il giudice nazionale nel suo percorso di discernimento: la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano» (sent. n. 49 del 2015, par. 7 del considerato in diritto). Si può facilmente osservare come, tra questi «indici», pochissimi si riferiscano a circostanze di cui è possibile la mera rilevazione obiettiva, e quanto sia invece ampio il campo riconosciuto al giudice comune nel definire liberamente percorsi argomentativi fondati sull'autonoma ricostruzione dei tratti generali degli ordinamenti.

nale si ritrae da un territorio che aveva per qualche tempo ritenuto di presidiare, lasciando campo ai giudici comuni e assegnando a se stesso il compito di intervenire pressoché solo nei casi in cui il sistema di connessioni tra giurisdizioni nazionali e sovranazionali sia sottoposto alle tensioni maggiori e vengano in gioco dinamiche dissolutive.

5. *Produzione giurisprudenziale del diritto e razionalità del sistema*

Tutti i fattori qui richiamati, la loro convergente forza di disarticolazione, spiegano la difficoltà a «espandere i confini della razionalità»²⁰ nella ricostruzione del sistema delle fonti (ammesso che, nella seconda modernità, sia stato mai davvero concepibile, una volta lacerate le cortine delle ideologie, un tale obiettivo).

La tendenza espansiva della formazione giurisprudenziale del diritto, accolta con sollievo come la manifestazione del crepuscolo del monopolio statale nella formazione del diritto a vantaggio di un diritto prodotto dalla «comunità dei giuristi»²¹, potrebbe essere, ma non è ancora, una risposta. Invero, l'impatto di essa nei sistemi non fondati sul principio dello *stare decisis* – specie nell'ordinamento italiano nel rapporto con gli ordinamenti sovranazionali, in ragione delle molto specifiche lacerazioni del contesto politico – incontra un grumo di problemi irrisolti: in esso l'arretramento del diritto statale – che si colloca sulla faglia del tempo lungo della storia, di cui pare seguire il verso – può confondersi con la particolare debolezza contingente dei decisori politici. E dunque non superare lo stato di crisi, non consolidarsi in un nuovo ordine su nuovo fondamento.

Ne sia riprova quanto accade nell'ambito del diritto privato, ove la partecipazione del giudice alla produzione del diritto in concreto applicabile è stata spinta agli esiti di maggiore intensità dai consolidati orientamenti della Corte di cassazione²²: l'espansione della giurisdizione ha

²⁰ N. IRTI, loc. cit.

²¹ Questo il segno dei grandi scenari sistemici disegnati da P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, ora 2015, nelle dieci edizioni dell'opera.

²² Per una ricostruzione sintetica della quale, R. CARLEO, *La sussidiarietà nel linguaggio dei giuristi*, in AA.VV., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, vol. I, Torino 2014, 13: «deve ritenersi ormai superato il tradizionale riparto di competenza che assegnava alla legislazione il potere esclusivo di individuare le fattispecie giuridicamente rilevanti, operare il bilanciamento degli interessi in queste coinvolti, stabilire la regola di questo bilanciamento, individuare l'interesse più meritevole di tutela e stabilire infine la

condotto, non solo all'arretramento della decisione politica legislativa, ma anche a una restrizione di campo dell'autonomia privata, restrizione del tutto estranea ai sistemi di *common law*, pure talvolta assunti a riferimento (e restrizione a vantaggio della giurisdizione, non della legislazione: applicando il principio di sussidiarietà alla produzione normativa, e assumendo a riferimento l'ambiguo canone della «prevalenza della fonte più prossima agli interessi da regolare», attraverso clausole generali quali l'«abuso del diritto» e l'applicazione diretta di principi costituzionali, quali il «dovere inderogabile di solidarietà» tratto dall'art. 2 Cost., viene esteso – a opera degli stessi giudici comuni, con l'avallo della Corte costituzionale – il ruolo della giurisdizione, piuttosto che il potere di autoregolamentazione dei privati²³).

La scienza giuridica esplora le vie che possano condurla a una teoria delle fonti idonea a farsi carico di questa nuova complessità irrisolta.

Tale il segno della proposta di sostituire al principio gerarchico il principio della competenza, non necessariamente incentrandolo sulla riserva assoluta, ma anche concependolo come concorrenza di fonti diverse nella stessa materia²⁴, così perseguendo l'obiettivo di sfuggire alle rigidità delle teorie gradualiste, e alle loro strettoie, che le rendono inca-

forma tecnica alla tutela a questo accordata ... A questo modello si ritiene ... si sia sostituito un diverso riparto di competenze in forza del quale spetta al legislatore, in via esclusiva, stabilire quali sono gli interessi giuridicamente rilevanti; spetta invece al Giudice effettuare il bilanciamento tra questi interessi con riferimento al caso concreto sottoposto al suo giudizio e individuare il rimedio più coerente con la tutela dell'interesse ritenuto in concreto prevalente».

²³ Cfr., con riferimento alle «ordinanze gemelle» della Corte costituzionale, 13 ottobre 2013, n. 248 e 26 marzo, 2014, n. 77, G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria «eccessiva»*, in *I contratti*, n. 10, 2014, il quale discorre di «principio “eversivo” dell'intero ordine contrattuale», poiché «... se i principi costituzionali (e le clausole generali) sono *direttamente* idonei a conformare il potere di autonomia privata, viene “relativizzata” d'un colpo qualsiasi regolamentazione legale dell'esercizio di tale potere, poiché qualsiasi *limite* potrà (più o meno agevolmente) ricondursi a un principio costituzionale (o ad una clausola generale), sicché la sua esplicita previsione da parte del legislatore *non aggiungerebbe nulla* che non sia già immanente nel “sistema”, e, per converso, la mancata previsione espressa non impedirebbe affatto di affermare comunque l'esistenza del limite (ricavandolo da principi e clausole generali)». In proposito, non sembra ci si ritrovi al cospetto di un'«eversione», se con tale termine ci si riferisce a un evento puntuale di rottura di un ordine, ma alla congruità con una linea di trasformazione dell'assetto dei poteri, nel riparto tra giurisdizione e legislazione, dipanatasi nel tempo, dalla quale derivano problemi ancora largamente irrisolti.

²⁴ F. MODUGNO, *Sul ruolo della legge parlamentare (considerazioni preliminari)*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 3, 2009, 4.

pacì di contenere il moltiplicarsi dei centri della produzione normativa, di tipo politico e di tipo giurisprudenziale.

Specularmente, in un ardito rovesciamento di prospettiva, si persegue lo stesso obiettivo tentando di riaffermare nella sua pienezza il principio di gerarchia, ma evocando una gerarchia «non formale» o «assiologica»²⁵, che nella sua essenza è la radicale negazione della gerarchia gradualista, ma ripropone intatto, forse anzi rende più difficile, il problema della incertezza del diritto.

Ancora, si è proposto di leggere l'applicazione del diritto alla luce dell'epistemologia quantistica, mutuandola dalla fisica teorica²⁶: anche nei sistemi giuridici – si afferma – l'osservatore è parte del sistema osservato, ed essendone parte decide ciò che è da osservare, in tal modo determinando il risultato dell'osservazione. E la sua osservazione è un processo irreversibile, sicché non conviene insistere nell'esame della singola decisione, ma occorre guardare all'insieme dei casi per cercare di individuare costanti e calcolare probabilità, profilando la «dimensione istituzionale cooperativa» dell'interpretazione.

V'è in quest'approccio una felicissima sproporzione tra percorso metodologico prescelto e risultati ricostruttivi, che offre al giurista un'assai utile nuova dotazione di metafore nell'opera di designazione della crescente potenza creativa della (o delle) comunità degli interpreti, dei giudici in primo luogo²⁷: nuova dotazione comunque utile, poiché ogni discorso, creativo o argomentativo, è irriducibilmente metaforico, e rinnovare l'armamentario può dare accesso a nuovi punti di vista.

Se invece si aspirasse a pervenire a una traslazione di statuto epistemologico, i problemi potrebbero essere assai ardui, forse insuperabili: la fisica non si presta a una siffatta traslazione poiché è scienza sperimentale. Essa formula l'ipotesi e poi ne ricerca la verifica obiettiva. Cosa è formulare in termini matematici una teoria, «dimostrandola»; cosa diversa è sperimentarla (o falsificarla nella sperimentazione). La fisica cerca la verifica sperimentale obiettiva per propria connotazione. E poiché può

²⁵ G. PINO, *La «lotta per i diritti fondamentali» in Europa. Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, in *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, a cura di Trujillo e F. Viola, Bologna 2007, spec. 26 ss.

²⁶ R. BIN, *Ordine e disordine. L'applicazione del diritto alla luce dell'epistemologia quantistica*, Roma 2013.

²⁷ Ivi, cap. 11, lo stesso autore si chiede «se per raggiungere queste conclusioni serviva davvero scomodare la teoria quantistica. Il dubbio che la fisica quantistica potesse fornire soltanto qualche metafora è venuto molte volte anche a chi scrive ...».

occuparsi – nello stadio attuale del suo avanzamento – di oggetti straordinariamente complessi, ha bisogno di un suo «Erocle» per conseguire il risultato; un «Erocle» che non è un singolo sperimentatore, ma un insieme di centinaia, talvolta di migliaia, di sperimentatori in connessione tra di loro, che si valgono di formidabili risorse tecnologiche. La verifica della oggettività del dato è nella regola della ripetibilità dell'esperimento da parte di altri ricercatori.

Discorso diverso vale per la matematica, la quale costruisce un sistema assiomatico nel quale opera con metodo ipotetico deduttivo. La matematica si caratterizza per la sua autonomia: le sue proposizioni sono concluse nel suo universo logico, non hanno bisogno di «appoggiarsi» ad altre scienze (la fisica, invece, deve formulare le proprie ipotesi validandosi di dimostrazioni matematiche).

Ora, in termini teorici, l'universo epistemologico della matematica si presterebbe pienamente alla traslazione in un sistema giuridico, che è artificiale e assiomatico (e peraltro infinitamente più semplice dell'universo fisico: per il più difficile degli *hard case* basterebbe e avanzerebbe largamente il metodo dimostrativo della geometria euclidea²⁸). E ciò tanto più dopo la dimostrazione del teorema di Gödel²⁹, secondo il quale non esiste alcun sistema assiomatico in grado di prevedere tutte le verità aritmetiche («Tutte le assiomatizzazioni coerenti dell'aritmetica contengono proposizioni indecidibili»): così configurato, il sistema assiomatico della matematica potrebbe essere traslato senza residui al sistema giuridico, poiché in questo le proposizioni indecidibili secondo la logica della dimostrazione appaiono insopprimibili, in quanto per esse vale (deve valere) la decisione politica. Ma il riferimento all'epistemologia matematica

²⁸ Abramo Lincoln, volendo esercitare l'avvocatura, ritenne di dover anzitutto studiare i primi sei libri degli *Elementi* di Euclide, dedicati alla geometria piana, per comprendere il concetto di «dimostrazione». O almeno così dichiara di aver fatto. Cfr. *The Autobiography of Abraham Lincoln*, New York 1905.

²⁹ La dimostrazione era stata ottenuta costruendo un isomorfismo, cioè facendo corrispondere a rappresentazioni grafiche di assiomi e di teoremi stringhe numeriche, in modo da poter compiere su di essi sia operazioni grafiche sia operazioni numeriche, sicché tutte le stringhe dell'aritmetica grafica avessero un secondo livello di significato. Di qui la dimostrazione della non completezza e della non coerenza: si rinvengono enunciati veri al secondo livello di significato che non sono teoremi dell'aritmetica grafica, cioè dell'altro livello di significato. Vale a dire: nel sistema assiomatico della matematica ci sono proposizioni indecidibili nei modi della logica, non potendo essere espunte dall'intera matematica tutte le proposizioni autoreferenziali (come invece avevano preteso di fare Bertrand Russell e Alfred North Whitehead).

consentirebbe di individuare le proposizioni indecidibili, cioè consentirebbe di stabilire con certezza la linea di demarcazione tra decisione giurisprudenziale (corrispondente al novero delle verità aritmetiche dimostrabili) e decisione politica (corrispondente al novero delle proposizioni indecidibili contenute nelle assiomatizzazioni coerenti dell'aritmetica).

E sarebbe coerente con la grande distinzione che va fatta tra la dimensione epistemologica della scienza fisica e la dimensione epistemologica della scienza di un sistema assiomatico, che si trova già, a volerla vedere, nella *Scienza nuova* di Giambattista Vico, ove egli distingue tra il mondo naturale (che ritiene inconoscibile dagli uomini, perché fatto da Dio; oggi diremmo: conoscibile con gli strumenti della fisica sperimentale) e il «mondo delle nazioni, o sia mondo civile, del quale, perché l'avevano fatto gli uomini, ne potevano conseguire la scienza gli uomini ... Or, poiché questo mondo di nazioni egli è stato fatto dagli uomini, vediamo in quali cose hanno con perpetuità convenuto e tuttavia vi convergono tutti gli uomini, poiché tali cose ne potranno dare i principi universali ed eterni, quali devon esser d'ogni scienza, sopra i quali tutte sorsero e tutte vi si conservano le nazioni»³⁰. Sul fondamento di tale distinzione, si potrebbe sostenere che lo statuto epistemologico della matematica la riconduce al novero delle scienze umane, ed è perciò comune a quello del diritto.

Il vantaggio sarebbe decisivo e spettacolare: non potremmo avere certezza assoluta (non perseguibile in alcun sistema artificiale assiomatico), ma potremmo avere la massima approssimazione possibile alla certezza.

Potremmo. Potremmo, se fossimo capaci di mettere in comunicazione epistemologia della matematica ed epistemologia giuridica, costruendo un isomorfismo nei modi indicati da Gödel. Altra opera ciclopica, la cui realizzabilità è posta in dubbio dalla circostanza che il tentativo di mettere in comunicazione le due epistemologie – della matematica e del diritto – è stato già compiuto da Hans Kelsen, con esito non positivo. Kelsen dovette rassegnarsi a concludere che le regole dell'inferenza logica non sono applicabili alle norme nella fase della loro applicazione giudiziale, ma solo alle proposizioni della scienza giuridica di esse descrittive. E ciò perché la norma giuridica è un atto di volontà, come atto

³⁰ G. VICO, *Principi di una scienza nuova intorno alla natura delle nazioni per la quale si ritrovano i principi di altro sistema del diritto naturale delle genti* [1725], in G. VICO, *Opere filosofiche*, a cura di P. Cristofolini, Firenze 1971, 461.

di volontà è la sentenza: tra questi due atti di volontà di soggetti diversi non v'è – non vi può essere – rapporto di inferenza logica³¹.

Dunque, finché non si riuscirà a costruire quell'isomorfismo che non è riuscito a Kelsen (del quale anzi Kelsen non ha neppure intravisto la necessità), è miglior partito non abbandonare le vie consuete del dibattito sulle teorie dell'interpretazione, continuando la ricerca degli approcci idonei a rendere massima la certezza del comando giuridico.

E ricordando che a dare coerenza al sistema dovrebbe essere il decisore politico.

Il fatto che ciò non avvenga e che sia sottovalutata l'incidenza diretta della circostanza sulla tenuta della forma di Stato deriva, in misura considerevole, dal modo assai peculiare in cui la cultura giuridica italiana ha fatto i conti con la crisi del positivismo.

Hanno, invero, avuto notevole influenza nel dibattito posizioni teoriche, di tenue sostanza filosofica³², che tuttavia hanno costituito lo schermo attraverso il quale è stata letta certa grande letteratura giuridica europea e americana, e hanno talvolta ottenuto credito nelle sedi della giurisdizione.

Esse muovono dall'idea (questa sì saldamente ancorata a un sentimento generale, tra gli applicatori e i destinatari del comando giuridico) che il diritto contiene una pretesa sostanziale di giustizia, la quale, però, quando viene tradotta in principî mostra quanto sia illusorio l'orizzonte della sua assolutezza, rivela la sua relatività e soggettività. Dunque, ogni formulazione in principî di un ideale di giustizia (che pure – si potrebbe osservare – è un modo di positivizzazione inteso alla certezza) non è altro che la traduzione della volontà del titolare della forza. E i valori codificati non sono che la manifestazione di tendenze totalizzanti, tiranniche: coloro che li affermano adoperano retoriche di dominio. E poiché anche le Costituzioni debbono ritenersi costruzioni positive che codificano valori, neanche esse sono capaci di dare senso «sostanziale» al fenomeno normativo. I valori cui esse possono fare riferimento sono quelli derivanti dalla «coscienza sociale», che però è un'entità sfuggente e proteiforme. Dunque, se si vuole che il comando giuridico non sia incoerente manifestazione di arbitrio, occorre un potere che lo interpreti, dia a esso forma,

³¹ Sul tentativo di Kelsen, condotto in rapporto con il matematico Ulrich Klug, cfr. M.G. LOSANO, *La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo*, saggio introduttivo a H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, Torino 1985, XXVI.

³² Sulle quali, M. LA TORRE, *Positivismo giuridico, ad vocem, Enc. dir., Annali*, VI, Milano 2013, 681 ss.

ne stabilizzi la restituzione normativa. Questo potere è nei giudici, nelle Corti costituzionali anzitutto, che, in sostanza senza vincoli positivi, ma con il solo obbligo di dare coerenza interna all'argomentazione (con riferimento alla singola decisione, in sistemi in cui è assai blando il vincolo del precedente, si potrebbe rilevare), stabiliscono ciò che è coerente e ciò che è in contrasto con la «coscienza sociale» da essi medesimi ricostruita.

Ecco un'utopia aristocratica che sposta soltanto il centro di dominio: dal codificatore del valore «tirannico» verso l'applicatore giudiziale (candidato a divenire altrettanto tirannico).

Ed ecco il punto: in un contesto di debolezza estrema del comando normativo, *e di assenza di altri vincoli anche interni alla giurisdizione*, il giudice non trova la propria legittimazione nella legge, ma nel consenso su ogni particolare decisione. In tal modo il valore della certezza, non solo è pretermesso, ma diviene un disvalore, una vischiosità nel percorso di affermazione di quell'ideale di giustizia che il giudice stesso ha accolto.

Sembra dunque necessario dar maggior campo ad un rinnovato dibattito sulle teorie dell'interpretazione, a una paziente opera di raccordo con gli sviluppi inediti del fenomeno normativo, poiché la tendenza alla produzione giurisprudenziale del diritto, che pare destinata ad affermarsi, manca ancora, nei sistemi di *civil law*, di una base teorica adeguata.

6. *Un ruolo nuovo per la legge*

Soprattutto, dalla crisi specifica del sistema italiano occorre uscire.

La prima necessità è quella di dare un ruolo nuovo alla legge. Oggi essa è connotata da cattiva qualità formale, da provvisorietà breve, da incapacità prospettica circa le possibilità applicative.

Sarebbe forse utile la previsione costituzionale di un livello normativo intermedio tra Costituzione e legge, nel quale possa trovare forma un *pactum de modo* circa la produzione ulteriore, non troppo rigido e tuttavia abbastanza stabile da consentire di affrontare i nodi sistemici irrisolti sottraendoli agli irrisolvibili contrasti contingenti.

E sembra necessario restituire funzionalità al Parlamento, correggendone la struttura (ma secondo un disegno consapevole e coerente).

Nel *Mercante di Venezia*, Porzia, il giudice (peraltro illegittimo), rifiuta di impedire a Shylock di riscuotere il credito alla libbra di carne tagliata dalla parte del cuore di Antonio dando un'interpretazione ampia

della legge o disapplicandola per la sua ingiustizia, come pure le viene richiesto: «Non v'è nessuna autorità a Venezia – dice – che possa modificare una legge in vigore. Ciò sarebbe invocato come un precedente e, per quell'esempio, molti abusi si infiltrerebbero nello Stato». Ma poi perviene alla più arbitraria delle conclusioni, dando apparentemente massimo campo alla lettera pedissequa del contratto mentre ne disattende il senso: il testo non contiene riferimenti al sangue e dice «una libbra». Dunque Shylock prenda pure la sua carne, ma senza versare sangue e purché si tratti di un libbra esatta. La riscossione del credito è dunque impossibile. Naturalmente, la decisione ottiene il massimo consenso nel popolo di Venezia. Ma la civiltà giuridica non potrebbe accettare un giudice siffatto, il cui paradigma troppo sovente si incontra invece nell'esperienza.

LA COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ROMANA
DEL 1849 COME MODELLO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La proclamazione della Repubblica e i caratteri generali del dibattito costituyente. – 3. I principi fondamentali. – 4. Cittadinanza, diritti e doveri. – 5. Ordinamento dei poteri e forma di governo. – 6. Le garanzie costituzionali: la parabola del Tribunato, l'organizzazione della magistratura e la rigidità del testo costituzionale. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La Costituzione della Repubblica romana del 1849 e le vicende che hanno condotto alla sua approvazione costituiscono indubbiamente un modello, in primo luogo con riferimento alla costituzione della Repubblica italiana di un secolo successiva. Che la costituente romana costituì un esempio per il costituente italiano cento anni dopo è espressamente affermato dal presidente della Commissione per la Costituzione, Meuccio Ruini, nella Relazione al progetto di Costituzione presentata all'Assemblea Costituente il 6 febbraio 1947¹, e ulteriore conferma è offerta dalla scelta operata dal Ministero della Costituente nel 1946 di ripubblicare, tra le costituzioni italiane, solo lo Statuto albertino e, appunto, la Costituzione romana².

¹ “Formulare oggi una Costituzione è compito assai grave [...] [T]ranne una sola luminosa eccezione, la costituzione romana di Mazzini, alla quale noi ci vogliamo idealmente ricongiungere – è la prima volta, nella sua storia, che tutto il popolo italiano, riunito a Stato nazionale, si dà direttamente e democraticamente la propria costituzione” (c.n.). Il testo della Relazione è reperibile *online* sul sito della Camera dei Deputati all'URL http://legislature.camera.it/_dati/constituente/lavori/dcl/00Anc.pdf.

² Il primo a cura di A.C. JEMOLO e di M.S. GIANNINI, *Lo statuto albertino* (vol. n. 3 della collana), e la seconda (vol. n. 2) a cura di B. GATTA, *La costituzione della repubblica romana*. Il riferimento è alla nota collana *Testi e documenti costituzionali*, diretta da Gia-

Quella costituzione fu la prima in Italia a venire scritta da una moderna assemblea costituente³ eletta a suffragio universale maschile (bisognerà attendere il 1912 per rivedere un simile ampliamento del suffragio) mediante elezioni che si caratterizzarono sia per l'ampia partecipazione – tanto nella fase pre-elettorale quanto in quella di voto, grazie soprattutto all'azione dei circoli popolari – sia per una procedimentalizzazione dell'iter orientata a garantire libertà ed effettiva rappresentanza/rappresentatività⁴. Quella costituzione – mai entrata in vigore, i cui lavori vennero interrotti dall'intervento militare francese, frettolosamente approvata e pubblicata⁵ e che presenta anche importanti errori di trascrizione⁶ – è stata la costituzione risorgimentale italiana più avanzata in senso democratico⁷, e ha inciso profondamente sulla cultura costituzionale successiva, esprimendo le attese di ampi strati di un'opinione pubblica non solo romana, ma italiana ed europea. Europee, infatti, furono le rivoluzioni di quel biennio e concorsero al maturare di orientamenti dell'opinione pubblica i quali, sollecitati dai limiti e dalle contraddizioni del costituzionalismo liberale, continuarono a segnare i dibattiti europei dell'Otto e Novecento⁸.

come Perticone ed edita a Firenze da Sansoni a partire dall'estate del 1946 per fornire materiali di dibattito e di studio ai lavori costituenti.

³ Fa parziale eccezione la costituzione siciliana del 1848, adottata da un Parlamento eletto a suffragio ristretto e che in realtà si limitò ad apportare modifiche alla costituzione del 1812. Cfr. S. LARICCIA, *La costituzione della Repubblica romana del 1849*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, 462.

⁴ V. a riguardo B. GATTA, *Le elezioni del 1849*, in *Archivio della società romana di storia patria*, 1949, fasc. I-IV, 26 ss., nonché M. FERRI, *Costituente e costituzione nella Repubblica romana del 1849*, in *Diritto e società*, 1989, 2 ss.

⁵ Si veda ancora M. FERRI, *Costituente e costituzione*, cit., 15, il quale dubita si sia effettuata la prevista seconda votazione del testo definitivo.

⁶ Il riferimento è alla scomparsa dell'aggettivo "pura" dalla definizione della forma di governo democratica dell'art. I. Sul tema v. ad es. D. NOCILLA, *Sovranità popolare e rappresentanza negli interventi di Aurelio Saliceti alla Costituente romana del 1849*, in *Rassegna storica del Risorgimento*, 1999, 235.

⁷ Così ad es. tra gli altri G. CANDELORO, *Storia dell'Italia Moderna*, III, Milano 1960, 458 e V. CRISAFULLI, *Profili costituzionali di una rivoluzione mancata*, in *Il 1848. Quaderno di "Rinascita"*, Roma 1950, 35.

⁸ Sull'importanza per la storia europea del biennio 1848-49 e sul carattere sovranazionale di quelle rivoluzioni, cfr. ad es. L. SALVATORELLI, *La rivoluzione europea (1848-1849)*, Milano 1949, 32 ss. e S. SOLDANI, *Milleottocentoquarantotto*, in *Il mondo contemporaneo. Storia d'Europa*, II, Firenze 1980, 538 ss. La dimensione sovranazionale, europea e transatlantica, della repubblica romana è stata di recente rimarcata da G. MONSAGRATI, *Roma senza il Papa. La Repubblica romana del 1849*, Roma-Bari 2014, 39 ss. e da G. ALLEGRI, *Le due Carte che (non) fecero l'Italia*, Roma 2013, 5 ss.

Non deve inoltre trascurarsi il significato assunto da questa vicenda costituzionale all'interno del complessivo dibattito sull'unificazione nazionale, così come va tenuta adeguatamente in conto la valenza simbolica di questa esperienza repubblicana nella storia istituzionale italiana, anche in contrapposizione ai ben differenti significati assunti dallo Statuto albertino. La Costituzione romana del 1849 ha infatti costituito un modello per quella italiana del 1948 anche per le distanze tra quella costituzione e il coevo statuto albertino, con il quale la costituzione repubblicana del 1948 vuol marcare una netta discontinuità. Basta a riguardo un raffronto tra i Preamboli dei testi piemontese e romano, o tra le parti riguardanti l'organizzazione costituzionale e le istituzioni rappresentative, per rilevare le distanze sul piano dei contenuti concreti e dei valori, oltre che delle forme, che caratterizzano i due testi. Distanze che permettono di vedere in quella breve repubblica un "primo nucleo dell'unità nazionale"⁹ basato su valori (democratici, repubblicani, laici, sociali ed autonomistici) opposti a quelli caratterizzanti lo Statuto albertino – "una carta breve, moderata, di compromesso tra gli interessi della monarchia e quelli borghesi, fondata inoltre sulla legittimazione ideale che la religione cattolica fornisce alla corona"¹⁰ – e fissati in un testo costituzionale caratterizzato da una "forte impronta normativa" orientata alla rigenerazione sociale e all'innovazione istituzionale sulla base di un "ruolo forte della costituzione e del diritto costituzionale"¹¹. Valori, contenuti e presupposti ai quali invece farà riferimento la costituzione dell'Italia repubblicana.

Senza ovviamente sottovalutare non solo le profonde differenze tra il testo romano del 1849 e la costituzione italiana di cento anni dopo, ma anche la distanza tra le realtà sociali e i contesti in cui queste costituzioni prendono vita e si muovono, diverse affinità connettono la parabola costituzionale della Repubblica romana e quella italiana di un secolo suc-

⁹ Così V. E. GIUNTELLA, *Due esperienze repubblicane in Roma (1798-1849)*, in *Rassegna storica del Risorgimento*, 1950, fasc. I-4, 177, che in tale proiezione nazionale vede la "sostanziale difformità" tra la prima e la seconda delle repubbliche romane.

¹⁰ Così S. PRISCO, *Le costituzioni prima della costituzione*, in *Rivista AIC* 1/2012, 3 s., che di recente ha ribadito l'importanza della Costituzione romana per il costituente del 1946 quale "modello alternativo" rispetto a quello offerto dallo Statuto albertino. Per un confronto tra questi due testi costituzionali si veda inoltre G. ALLEGRI, *Le due Carte*, cit.

¹¹ Così, A.A. CERVATI, *La costituzione romana del 1849 e i suoi principi fondamentali*, in A. BOVENSCHULTE, H. GRUB, F.A. LÖHR, M. von SCHWANENFLÜGEL, W. WIETSCHEL (Hrsg), *Demokratie und Selbstverwaltung in Europa. Festschrift für Dian Schefold zum 65. Geburtstag*, Baden Baden 2001, 369.

cessiva, e queste affinità aiutano a comprendere il rilievo che, innanzitutto sul piano simbolico e politico, la prima assunse per la seconda. Innanzitutto, entrambe le transizioni costituzionali prendono forma a partire da un passaggio rivoluzionario che si sviluppa a sua volta all'interno di un conflitto che è bellico oltre che politico, economico e sociale; ed entrambe danno vita a una repubblica in certo modo 'necessitata' dalla precipitosa fuga del sovrano in carica e da un repentino crollo dell'ordinamento previgente¹². Inoltre, entrambe le vicende costituzionali in qualche modo eccedono il territorio entro il quale si sviluppano, connettendosi a prospettive e processi più ampi e diffusi che investono al contempo la prospettiva nazionale e quella europea¹³. In terzo luogo, entrambe le operazioni costituzionali puntano a ridefinire la convivenza in senso decisamente democratico per una società radicalmente altra da quella che hanno combattuto e intendono lasciarsi alle spalle (la Roma papalina, l'Italia fascista): sono entrambe costituzioni calate dentro un ampio progetto di riforma sociale, economica e culturale prima ancora che politica e istituzionale, e che esprimono questo progetto nei dibattiti che ne accompagnarono l'adozione, nei principi che pongono alla loro base, nei diritti e doveri che riconoscono, nella comunità di cittadini che perimetrano, nei meccanismi di partecipazione che istituiscono, nelle procedure parlamentari di cui si dotano, nelle garanzie che pongono a tutela dell'ordinamento, nei rapporti tra livelli di governo che articolano.

¹² Già in una lettera a Michele Accursi del 5 dicembre 1848, Giuseppe Mazzini scriveva: "Pio IX è fuggito: la fuga è un'abdicazione: principe elettivo, egli non lascia dietro di sé dinastia. Voi siete dunque di fatto, perché non esiste per voi dal popolo in fuori sorgente d'autorità", in ID., *Scritti editi e inediti di Giuseppe Mazzini*, Edizione nazionale degli scritti di Giuseppe Mazzini, vol. 23, Imola 1933, 184 ss.

¹³ Basti qui il richiamo alle riflessioni di Altiero Spinelli, Ernesto Rossi, Eugenio Coloni, Ursula Hirschmann; alle posizioni dei socialisti riformisti di "Critica sociale" (Claudio Treves, Ugo Mondolfo, Filippo Turati), ma anche a quelle di parte giellista (Andrea Caffi, Carlo Rosselli, Silvio Trentin). Sul tema si vedano, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, G. BASCHERINI, *46 Rue de Languedoc. Silvio Trentin, "il cittadino prima della città"*, A. DI MARTINO, *Ventotene. Un progetto politico per l'unità federale europea e M.T.A. MORELLI, Senza patria. Ursula Hirschmann, dal Manifesto di Ventotene a Femmes pour l'Europe*, tutti in A. BURATTI, M. FIORAVANTI (a cura di), *Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana (1943-1948)*, Bari 2010, risp. 33 ss., 68 ss. e 80 ss. Sulla dimensione europea della lotta al nazifascismo, cfr. invece ad es. C. PAVONE, *Sulla seconda guerra mondiale: una guerra civile europea?*, in N. BOBBIO, C. PAVONE, *Sulla guerra civile. La Resistenza a due voci*, Torino 2015, 99 ss.; ID., *Una guerra civile. Saggio storico sulla moralità della Resistenza*, Torino 2000, 303 ss.; G. VACCARINO, *Storia della Resistenza in Europa*, Milano 1981, *passim*.

Gli aspetti invece che paiono piuttosto marcare una distanza tra i due processi costituenti, ma che non per questo rendono meno interessante oggi la vicenda romana, attengono piuttosto al rapporto tra scrittura del testo e attuazione della Costituzione. Sulla peculiarità di tale rapporto nell'esperienza repubblicana romana del 1849, in cui in un apparente paradosso la stagione costituente coincide col tempo della sua attuazione¹⁴, si tornerà nel prosieguo. Qui per ora a questo riguardo ci si limita a rilevare, per un verso, che la differenza sul punto si connette innanzitutto ai poteri che vennero rispettivamente assegnati alle due costituenti. Alla costituente romana furono infatti riconosciuti quei pieni poteri e quei compiti di governo (v. l'art. 1 del Decreto 29 dicembre 1848 della Provvisoria e Suprema Giunta di Stato, col quale si convocava un'Assemblea nazionale) che facevano dell'Assemblea (nella quale peraltro si cercava di ridurre – ad es. ad opera di Mazzini – la divisione in partiti¹⁵) la sola competente a legiferare, sia in campo costituzionale che in campo ordinario; tutt'altro il quadro in cui si muove la costituente italiana nel 1946, la quale – già con la fine dell'esarchia, ampiamente frammentata al suo interno secondo *cleavages* politici – perdeva il potere legislativo a favore di un governo politicamente meno legittimato dell'assemblea (art. 3 del Decreto legislativo luogotenenziale 16 marzo 1946, n. 98)¹⁶. Questa differenza tra le due costituenti non solo incise sensibilmente sui rapporti di continuità/discontinuità che le due vicende intrattennero con il loro rispettivo passato, ma che al contempo segnò il rapporto tra scrittura e applicazione/attuazione costituzionale nei rispettivi processi di muta-

¹⁴ Ad es. per I. MANZI, *La costituzione della Repubblica Romana del 1849*, Ancona 2003, 33 «[t]ratto peculiare dell'esperienza romana è stato proprio questo doppio ordine di legislazione, ordinaria e costituente, adottato dall'Assemblea, che ha prodotto una realizzazione dello spirito della Carta prima ancora che questa fosse promulgata e prendesse corpo definitivamente. Anzi la costituzione fu l'ultimo atto normativo adottato dalla repubblica romana a suggello della propria esperienza».

¹⁵ Si veda l'intervento in Assemblea del 10 marzo 1849 in *Le assemblee del Risorgimento*, cit., vol. III, 609 ss.

¹⁶ Sul tema mi limito qui a richiamare: V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II ed., vol. I, *Introduzione al diritto costituzionale italiano (Gli ordinamenti giuridici. – Stato e Costituzione. – Formazione della Repubblica italiana)*, Padova 1970, 124 ss., M. FIORILLO, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, Milano 2000, 177 ss., nonché i saggi di P. CARETTI, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio* e di C. FIUMANÒ e R. ROMBOLI, *L'Assemblea Costituente e l'attività di legislazione ordinaria* entrambi in E. CHELI (a cura di), *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria alla Assemblea Costituente*, Bologna 1979, risp. 94 ss. e 381 ss.

mento istituzionale, anche dal punto di vista della realizzazione delle grandi riforme economico-sociali preconizzate dalle rispettive costituzioni¹⁷. Non deve inoltre trascurarsi che la costituzione italiana del 1948 ha avuto un seguito, una storia, che il testo romano del 1849 non ha avuto e che forse non poteva avere. Quell'esperienza infatti rimase isolata sia rispetto al resto d'Italia (incapace di collegarsi al contemporaneo esperimento democratico toscano) sia nel quadro europeo, e ciò anche in ragione del suo accentuato riformismo sociale; inoltre, non è dato sapere se l'ordinamento costituzionale di cui essa si era dotata si sarebbe dimostrato adeguato alla multiforme realtà sociale dei territori pontifici e di quali avrebbero potuto essere gli sviluppi istituzionali di quella democrazia "pura".

Rivalutare oggi il messaggio di quell'importante esperienza repubblicana mettendone in luce le tensioni tra le istanze morali e le ricadute istituzionali, significa sottolineare la persistente vitalità di quell'esperienza e, con essa, la sua capacità di sollevare sempre nuovi interrogativi e proporre sempre nuovi significati attorno ad alcune premesse fondanti della costituzione repubblicana. In questa prospettiva, la repubblica romana di metà Ottocento e la sua Costituzione offrono un modello anche per la loro "moralità" nel senso in cui Claudio Pavone ha impiegato questo termine a proposito della Resistenza, ossia quale «terreno d'incontro/scontro tra politica e morale, rinviando alla storia come possibile misura comune»¹⁸.

Ragionare da studioso del diritto costituzionale sulla costituzione della repubblica romana del 1849 *come modello* implica il porsi in una prospettiva di studio *storico* del diritto costituzionale, non invece di storia del diritto costituzionale. Ciò, dal punto di vista dell'approccio al tema, comporta forse un'analisi meno approfondita dei dibattiti, delle disposizioni, degli istituti e delle misure caratterizzanti quella costituzione

¹⁷ Fin dal primo mese di vita la Repubblica romana adottò importanti misure per quella che era la realtà dei territori pontifici, tra cui: la legge sull'incameramento di beni del clero (12 febbraio), perseguito peraltro senza eccessivo accanimento, l'abolizione dei tribunali eccezionali e del Tribunale del Sant'Uffizio (28 febbraio), la legge sul prestito forzoso (2 marzo); l'abolizione della censura preventiva sulla stampa e le incisioni (3 marzo). Furono inoltre assai rapidamente abolite alcune delle imposte più invise alla popolazione dei territori pontifici, a partire da quella sul macinato. Tra gli studiosi che hanno rilevato come la sottrazione dei poteri legislativi all'Assemblea Costituente nel secondo dopoguerra abbia sensibilmente contribuito all'affossamento delle riforme in questione cfr. ad es. P. CARETTI, *loc. cit.*

¹⁸ C. PAVONE, *Una guerra civile*, cit., XVIII.

e quella repubblica a favore invece di un'indagine maggiormente orientata a leggere e a proiettare nel tempo le influenze di quella complessiva vicenda costituzionale; a individuare le ragioni di attualità, i temi e le prospettive che rendono quella breve esperienza repubblicana meritevole dell'attenzione non solo degli storici del diritto, ma anche degli studiosi di diritto costituzionale. È infatti la stessa indagine del presente che impone al giurista una riflessione sul passato, innanzitutto per comprendere il mutare nel tempo degli istituti, dei concetti e della cultura giuridica. Una prospettiva storica nello studio del diritto, dunque, non punta a riprodurre realtà e istituzioni oramai superate, quanto piuttosto a sviluppare un'analisi critica delle diverse esperienze giuridiche, a non subire eccessivamente il condizionamento delle opinioni prevalenti, a confrontare le odierne riflessioni e istituzioni con vicende lontane nel tempo, e dunque a interrogarsi sulla dinamicità caratterizzante la definizione delle categorie giuridiche e il mutamento dei criteri interpretativi, sulla varietà delle culture giuridiche e sul diverso ruolo svolto dai giuristi all'interno delle singole esperienze giuridiche¹⁹. In queste pagine, dunque, non si esamineranno sistematicamente lavori costituenti e testo costituzionale romani, ma si richiamerà l'attenzione su alcuni elementi di quella esperienza che a mio parere meglio testimoniano in che senso la costituzione romana del 1849 costituisce un modello in senso forte per le successive vicende costituzionali e per la odierna riflessione dei giuristi.

L'applicazione del termine modello allo studio del diritto costituzionale rischia non di rado di sfociare, appunto, in una modellistica delle costituzioni, in una ricerca di analogie e differenze tra una realtà costituzionale e l'altra in base a elementi meramente estrinseci e formali, complemento di una ingegneria costituzionale che disinvoltamente pretende di trasferire istituti e discipline da un quadrante all'altro, come se quei pezzi di diritto non vivessero calati in una storia, in una cultura e in una società. Non di meno, modello è espressione che può avere diverse valenze:

¹⁹ Tra gli studiosi che hanno insistito sull'importanza di uno studio storico del diritto costituzionale, ci si limita qui a richiamare, anche per la differenza di posizioni sul punto: C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova 1975, 54 ss.; L. PALADIN, *La questione del metodo nella storia costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano 1999, 1151 ss.; M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Archivio Giuridico*, 1963, 3 ss.; A. BALDASSARRE, *Il problema del metodo nel diritto costituzionale*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale. seminario di studio (Messina 23 febbraio 1996)*, Padova 1997, 90 ss.; A.A. CERVATI, *A proposito del diritto costituzionale in una prospettiva storica e comparativa*, in ID., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino 2009, 1 ss.

riproduzione in scala, traccia su cui lavorare, ma anche elemento di riferimento, esempio, paradigma. Se nelle prime accezioni il rapporto col modello appare improntato a un'attitudine formale e passiva, copista, nella terza questo rapporto pare connotarsi in senso più attivo, critico e dialettico.

Indubbiamente la costituzione romana ha costituito un modello per la costituzione italiana di un secolo successiva anche nei primi significati del lemma ora richiamati. La struttura del testo italiano sembra ad es. evidentemente ispirarsi a quella del testo romano, come testimonia la stessa sequenza titoli che scandisce le due costituzioni: principi – diritti/doveri – organi centrali/centralità del legislativo – autonomie – garanzie. Appare tuttavia più interessante la terza accezione del lemma, in cui quella vicenda costituzionale si sgancia dalla modellistica e si cala nella storia e nella cultura costituzionale, facendosi esperienza giuridica²⁰ con la quale i giuristi anche oggi, dopo 166 anni, continuano, o dovrebbero continuare, a confrontarsi. In questa chiave, gli elementi sui quali richiamare maggiormente l'attenzione sono innanzitutto i seguenti: la partecipazione che connota la scrittura di quella costituzione, redatta da un'assemblea costituente eletta a suffragio universale maschile; la ricchezza dei lavori che accompagnarono l'adozione della costituzione e i rapporti tra il cd. testo Agostini e il testo definitivo; la forza dei principi fondamentali e i loro principali contenuti; il catalogo dei diritti e dei doveri e l'idea di cittadinanza ad essi connessa; l'ordinamento dei poteri e la forma di governo; i municipi; le garanzie; il rapporto tra scrittura del testo e sua attuazione.

2. *La proclamazione della Repubblica e i caratteri generali del dibattito costituente*

Prima di addentrarsi nell'esame del testo costituzionale e del contesto all'interno del quale esso prese forma, va ricordata l'importanza del Decreto Fondamentale del 9 febbraio 1849, redatto da Quirico Filopanti, con cui si proclamò la repubblica (l'Assemblea s'era insediata il 5

²⁰ Il ripetuto richiamo in queste pagine alla dimensione esperienziale del fenomeno giuridico rimanda evidentemente a quell'approccio allo studio del diritto che ha avuto tra i suoi principali esponenti autori quali Giuseppe Capograssi, Riccardo Orestano, Enrico Opocher e Alessandro Giuliani.

febbraio)²¹. Si tornerà sui contenuti di quest'atto quando si esamineranno le disposizioni costituzionali in tema di laicità e forma di governo. Per ora, interessa rilevare la forza con cui il Decreto intese affermare la caduta del vecchio ordine teocratico, ma senza alcun senso di rivalsa sterilmente anticlericale e nel rispetto del potere spirituale del pontefice e della cattolicità del popolo romano. Se, infatti, l'art. 1 del Decreto dichiarava il papato "decaduto di fatto e di diritto dal governo temporale dello Stato Romano", l'art. 2 precisava che "[i]l Pontefice romano avrà tutte le guarentigie necessarie per l'indipendenza nell'esercizio della sua potestà spirituale". Peraltro, risalta in questo atto la volontà dei costituenti romani di uscire dall'incertezza determinata dal vuoto di potere e dalla crisi istituzionale, fissando la forma di governo della neonata repubblica romana senza attendere la convocazione di una costituente italiana, come invece da tempo auspicava Mazzini²², ma al contempo calando la vicenda romana nella prospettiva nazionale (la Repubblica romana, per l'art. 4, avrebbe avuto "col resto d'Italia le relazioni che esige la nazionalità comune") e accogliendo sul terreno della forma di governo la prospettiva mazziniana della democrazia pura (art. 3: "[l]a forma del governo dello Stato Romano sarà la democrazia pura, e prenderà il glorioso nome di Repubblica Romana")²³.

Il dibattito costituente romano fu caratterizzato dalla presentazione il 17 aprile di un primo progetto costituzionale, redatto da una commissione di nove membri e di cui fu relatore all'Assemblea Cesare Agostini. L'11 maggio questa commissione venne integrata dai relatori nominati dalle otto sezioni in cui era articolata l'Assemblea, dando così vita ad una nuova commissione mista che approvò un progetto modificato, di cui fu relatore Aurelio Saliceti, che verrà sottoposto all'approvazione dell'Assemblea il 10 giugno²⁴. Le principali differenze tra il progetto Agostini e quello Saliceti investivano soprattutto l'organizzazione dell'esecutivo e

²¹ Per il dibattito in materia, *Assemblee del Risorgimento. Atti raccolti e pubblicati dalla Camera dei Deputati*, Roma 1911, vol. III, 55 ss.

²² La campagna per la costituente italiana era stata avviata da Mazzini all'annessione dei territori lombardi e veneti al regno sabaudo (maggio-giugno 1848) ed era stata riproposta senza successo ai tempi del triumvirato toscano, in particolare da Giuseppe Montanelli. Sul tema si veda ad es. G. FALCO, *Mazzini e la Costituente*, Genova 1972, 35 ss.

²³ Sul dibattito che accompagnò l'adozione del Decreto, v. M. FERRI, *Costituente*, cit., 8 s.

²⁴ Tra le ricostruzioni al riguardo cfr. ad es. D. DEMARCO, *Una rivoluzione sociale. La Repubblica Romana del 1849 (16 novembre 1848 – 3 luglio 1849)*, II ed., Napoli 1992, 256 ss., S. LARICCIA, *La costituzione*, cit., 460 ss. e I. MANZI, *La Costituzione*, cit., 34 ss.

l'istituzione del Tribunato. Il testo sottoposto a giugno all'approvazione dell'Assemblea dispose infatti l'introduzione della pubblicità del suffragio²⁵; la scomparsa del Tribunato e della dittatura; il ritorno alla responsabilità dei membri dell'esecutivo; l'aumento da 2 a 3 del numero dei consoli e la loro nomina da parte della Camera e non a suffragio universale. Su alcuni di questi scostamenti si tornerà nel prosieguo, per ora interessa rilevare come lo scarto tra i due testi appaia dovuto innanzitutto al diverso clima nel quale essi presero forma. Il testo Agostini vede la luce otto giorni prima che francesi e spagnoli sbarchino a Civitavecchia in difesa del papato, quando si ritiene ancora possibile un passaggio graduale dallo Stato pontificio alla Repubblica romana; il testo definitivo invece viene adottato una settimana dopo che il generale Oudinot ha portato il secondo e definitivo attacco alla città di Roma, quando non solo quella prospettiva 'gradualista' è fallita, ma sono anche chiare ormai le infelici sorti della repubblica²⁶.

Nonostante i convulsi avvenimenti che segnarono quei mesi repubblicani, il dibattito costituente romano si rivela già a un primo sguardo un dibattito aperto e non dottrinario, animato da un confronto spesso acceso tra posizioni diverse, e colpisce l'attenzione in esso dedicata più che ai diritti fondamentali, com'è tipico del costituzionalismo liberale, ai doveri e alle questioni tecniche e istituzionali: alla configurazione del Consolato, all'opportunità o meno di istituire il cd. Tribunato, ma anche e soprattutto al ruolo delle autonomie, così come ai profili di garanzia e ai temi della rigidità della costituzione, della costituzionalità delle leggi, dell'indipendenza e inamovibilità dei giudici. In questa prospettiva, acquistano rilievo le discussioni attorno alla natura del testo costituzionale: tra chi ambiva alla redazione di un testo compiuto e comprensivo e chi invece, come Mazzini, voleva che l'Assemblea si limitasse a stilare una dichiarazione di principi, rinviando alla costituente italiana le decisioni sull'assetto istituzionale. Queste discussioni peraltro andavano oltre le con-

²⁵ Su tale aspetto, così distante dalle moderne visioni in tema di partecipazione e sul quale qui non è possibile soffermarsi, si veda però quanto osserva ancora M. FERRI, *Costituente e costituzione*, cit., 40, a proposito del seppur astratto rigorismo morale che esprime quella previsione nel contesto in cui venne adottata.

²⁶ Gli studiosi che si sono occupati del tema sono giunti a conclusioni diverse riguardo i due testi costituzionali romani. Alcuni hanno maggiormente sottolineato l'impronta mazziniana e rivoluzionaria del progetto Agostini, cfr. ad es. D. NOCILLA, *Sovranità popolare*, cit., 242 ss., P. CATALANO, *Tribunato e resistenza*, Torino 1971, 106; altri invece, come A.A. CERVATI, *La costituzione*, cit., 374, lo hanno ritenuto meno segnato dalla prevalenza dell'Assemblea e "più caratterizzato in senso liberale".

tingenze politiche del momento – la proiezione italiana della posizione mazziniana *versus* il desiderio di coloro²⁷ che ambivano a definire compiutamente sul piano istituzionale la nuova situazione romana – e che, anche grazie alla nutrita presenza di giuristi nell’Assemblea, arrivarono a toccare problematiche più profonde, inerenti la stessa scrittura di una costituzione in una così delicata transizione, e a soffermarsi sui rischi di redigere un testo eccessivamente minuzioso, che avrebbe legato la costituzione alla contingente situazione ostacolandone la capacità di ispirare e regolare una società in continua trasformazione; sull’importanza e sul significato della redazione di un catalogo di principi chiamati a fondare le restanti disposizioni costituzionali; sull’esigenza di tener conto e valorizzare le specifiche caratteristiche e realtà, innanzitutto territoriali, dello Stato romano nella costruzione del nuovo patto sociale²⁸.

La partecipazione attiva e la riflessione di Giuseppe Mazzini esercitarono indubbiamente una forte influenza sulle vicende della repubblica e sul diritto, costituzionale e non, che essa elaborò. Non di meno appare eccessivo definire, come fece Ruini, il testo costituzionale romano come “la costituzione di Mazzini”²⁹. Mazzini esercitò sulla repubblica romana e la sua costituzione un influsso importante, ma che non va neppure eccessivamente accentuato, pena l’appannamento di altre importanti caratteristiche di quell’esperienza repubblicana e della cultura, giuridica e non solo, che l’accompagnò.

La convergenza tra le idee mazziniane e le visioni dell’assemblea romana si sviluppa a partire da un’idea di repubblica che tiene inscindibilmente assieme democrazia politica e democrazia sociale e trova conferma nelle strette connessioni, caratterizzanti tanto il pensiero mazziniano quanto il testo romano, tra sovranità popolare, democrazia, diritti e doveri dei cittadini, repubblica e suoi impegni d’intervento sociale³⁰.

²⁷ V. ad es. gli argomenti spesi dal Lizabe Ruffoni, sulle quali cfr. B. GATTA, *La costituzione*, cit., 32.

²⁸ Merita ad es. di essere ancora oggi riletta dai giuristi la relazione con cui Agostini presentò il progetto all’Assemblea per i suoi passaggi in ordine all’importanza di conciliare i principi di eguaglianza e sovranità popolare con l’effettiva realtà romana, anzi: di elaborare i concetti, proprio a partire dai fatti concreti. In *Le Assemblee del Risorgimento*, cit., IV, 194 ss.

²⁹ Si veda *supra*, nota 1.

³⁰ Mazzini in un discorso alla costituente romana affermò che la Repubblica è “un principio”, “un certo grado di educazione”, “una istituzione politica atta a produrre un miglioramento morale”. G. MAZZINI, *I problemi dell’Epoca*, in ID., *Scritti politici e sociali* (a cura di G. CONTI), Roma 1949, 124.

Ciononostante, non va neppure trascurato che le scansioni interne della pur breve stagione repubblicana capitolina risultano segnate, sul piano politico, da alterni rapporti tra Mazzini e la repubblica romana. Mazziniana fu la primavera (questi aveva ricevuto la cittadinanza romana già il 12 febbraio, ma inizia a partecipare alle sedute dell'assemblea solo dal 6 marzo), mentre l'estate, col secondo triumvirato, vedrà uno scontro anche aspro tra l'Assemblea e Mazzini³¹ che si manifesterà il 30 giugno 1849, quando l'Assemblea contro il parere di Mazzini deciderà la cessazione delle ostilità e adotterà un ordine del giorno col quale si stabiliva di cessare la resistenza armata e al contempo di proseguire i lavori dell'Assemblea fino alla proclamazione della Costituzione: "l'Assemblea Costituente romana cessa una difesa divenuta impossibile, e sta al suo posto". Inoltre, su un piano più prettamente giuridico, va ribadito come non possa definirsi mazziniana la Costituzione licenziata dall'Assemblea: non passa infatti l'idea di Mazzini di una costituzione-dichiarazione, che proiettasse la repubblica romana e la sua costituzione tutta dentro quell'orizzonte nazionale a venire³². È dunque evidente l'importanza nella trama di questa costituzione delle idee mazziniane, ma queste, così come gli influssi provenienti dalla coeva costituzione d'oltralpe, nel dibattito costituente romano vengono criticamente filtrate ed adeguate alla realtà dello Stato pontificio, e saldate alle istanze di quelle fasce sociali che avevano rovesciato il vecchio ordinamento. In questa prospettiva, al di là del ruolo che può aver giocato Mazzini, non va trascurata la nutrita presenza nell'assemblea di giuristi, e di giuristi pratici, la gran parte proveniente dall'avvocatura e non pochi avevano seduto nei Consigli municipali, maturandovi esperienze politiche e amministrative, e punti di vista consapevoli dei limiti e delle criticità delle istituzioni previgenti, delle specificità dello Stato romano, delle riforme più urgenti e delle istanze provenienti dalle fasce sociali che si erano rese protagoniste di quel mutamento istituzionale³³.

³¹ Su tale scontro cfr. ad es. Cfr. ad es. A.M. GHISALBERTI, *Roma da Mazzini a Pio IX. Ricerche sulla restaurazione papale del 1848-49*, Milano 1958, 25. Tende invece a sminuire tale contrasto ad es. L. RODELLI, *La Repubblica romana del 1849*, Pisa 1955, 256 ss.

³² Cfr. ad es. F. DELLA PERUTA, *Mazzini e la Repubblica romana*, in *Rassegna storica del Risorgimento* 1999, 205 ss.

³³ Richiama l'attenzione sul ruolo e su alcune biografie di questi "professionisti del diritto" nei lavori dell'Assemblea romana A.A. CERVATI, *La Costituzione romana*, cit., 370 s. Sulla diffusa cultura giuridica dei costituenti, cfr. anche G. MONSAGRATI, *Roma senza il Papa*, cit., 202 ss. Sulla composizione borghese dell'Assemblea e sulla rilevante presenza di avvocati e notai cfr. inoltre M. COSSU, *L'assemblea costituente romana del 1849*,

3. I principi fondamentali

Il terreno dell'individuazione ed enunciazione dei principi fondamentali conferma i forti influssi esercitati dalla costituzione romana su quella italiana di cento anni dopo, e questo tanto sul piano delle forme quanto su quello dei contenuti, a partire dal forte orientamento democratico e sociale di tali principi. Sul piano delle forme è evidente la vicinanza tra intitolazione e posizione delle prime parti delle due costituzioni³⁴, ed entrambe tendono ad evitare il ricorso ad invocazioni, dichiarazioni generiche e vaghi proponimenti. In questa prospettiva, se per un verso si evidenzia la vicinanza tra le due carte repubblicane italiane, per altro verso, si rivela più apparente che reale la corrispondenza tra i *Principii* romani e il *Préambule* francese, dato il diverso contesto letterale e sostanziale in cui le due disposizioni si calano, il più deciso orientamento democratico e sociale del catalogo romano rispetto a quello francese³⁵, nel quale finiscono per prevalere istanze più borghesi (emblematica l'assenza di clausole a contenuto sociale), ed il diverso valore che nelle due esperienze rivestono quelle *'ouvertures'*³⁶ costituzionali. La costituzione romana esprime infatti una concezione forte dei suoi principi fondamentali, e con forte intendo sottolineare tanto l'istanza di rottura rispetto all'ordine preesistente quanto la forza e la forma normativa assegnata a quei principi, fissati in proposizioni chiare e semplici che tendono a formulare statuizioni precettive su temi istituzionali e sociali. Quella forza la ritroveremo nel testo della Costituzione italiana del 1948, ma non altret-

Roma 1923, 48 ss., D. DEMARCO, *Una rivoluzione sociale*, cit., 75 ss., L.M. BASSANI, *La Costituzione della Repubblica romana del 1849 tra democrazia e liberalismo*, relazione presentata al convegno *Libertà e Stato nel 1848-49. Idee politiche e costituzionali* (Milano, 19 e 20 novembre 1998), 7 del dattiloscritto.

³⁴ Per un raffronto da presso tra le norme caratterizzanti i due cataloghi di principi, v. S. LARICCIA, *La costituzione*, cit., 463 ss.

³⁵ Per L. SALVATORELLI, *Una rivoluzione europea*, cit., 334 ss., laddove a Roma nel '49 prese corpo "un esperimento educatore di democrazia ... e movente verso il progresso sociale", "la borghesia francese del Quarantotto ... era accartocciata su se medesima. La Francia non aveva più fede in se stessa; la borghesia orleanista dell'*enrichissez vous* gliel'aveva uccisa".

³⁶ Il riferimento è al pensiero di Peter Häberle, che ha variamente insistito sull'importanza dei preamboli, i quali costituirebbero "un genere scientifico e artistico a se stante (paragonabile all'*ouverture*, al preludio e al prologo) per il fatto che è un concentrato dei testi successivi, una sorta di costituzione nella (o della) costituzione che sul piano temporale collega il patrimonio culturale con il progetto per il futuro". Così, ID., *Costituzione e identità culturale: tra Europa e stati nazionali*, Milano 2006, 64.

tanto in quello francese del 1849, che si inserisce in una tradizione costituzionale in cui i preamboli tendono piuttosto a dare la cifra della continuità o discontinuità istituzionale rispetto al passato, e questi – fino all’affermazione nella giurisprudenza costituzionale francese del cd. *bloc de constitutionnalité* – sono stati non di rado ritenuti dalla dottrina non giustiziabili³⁷.

Sui primi due articoli del catalogo romano dei “Principii” (art. I: “La sovranità è per diritto eterno nel popolo. Il popolo dello Stato Romano è costituito in repubblica democratica”; art. II: “Il regime democratico ha per regola l’eguaglianza, la libertà, la fraternità. Non riconosce titoli di nobiltà, né privilegi di nascita o casta”) si sviluppò tra i costituenti un dibattito ampio e articolato, che si concluse con due votazioni separate e che si caratterizza per la critica al costituzionalismo monarchico, alle dottrine legittimistiche e più in generale a quei sistemi, espressi anche dal costituzionalismo liberale, basati soltanto sugli equilibri costituzionali e dunque incapaci di rendere effettiva la sovranità popolare e la legittimazione democratica delle istituzioni repubblicane³⁸. Notevole peraltro è la corrispondenza tra il testo di tale articolo e l’art. 1 della costituzione italiana nell’affermazione del carattere democratico della repubblica e del carattere popolare della sovranità e va ricordata l’attenzione rivolta nel dibattito romano in materia ai rapporti di distinzione e connessione che intercorrono tra repubblica, democrazia e sovranità popolare. Interessante a riguardo l’intervento di Saliceti il quale ribatteva a coloro i quali ritenevano che il termine repubblica già comprendesse quello di democrazia (e dunque proponevano l’eliminazione del II comma dell’art. 1 del testo Agostini) che era invece indispensabile mantenere il riferimento al principio democratico (e ‘puro’) per esprimere le connessioni tra forma di governo e sovranità popolare, per definire dunque una repubblica “dove non è frammisto alcun elemento aristocratico, alcun elemento monarchico”³⁹.

³⁷ Per approfondire la riflessione sulla diversa valenza che espressero questi cataloghi di principi nelle vicende costituzionali qui richiamate, così come sulla loro “valenza ermeneutica” – offrendo all’interprete “elementi che consentono di risalire ... alle concezioni valutative che sono alla base dell’intero testo costituzionale” e al contempo “indicando anche finalità da raggiungere, dettando norme programmatiche per il legislatore futuro” di tali dei preamboli – v. ancora A.A. CERVATI, *La costituzione*, cit., 368 e 372 ss. e G. ALLEGRI, *Le due Carte*, cit., 20 ss. Insiste invece sulla vicinanza tra i principi romani e il preambolo francese M. FERRI, *Costituente*, cit., 16 s.

³⁸ L. RODELLI, *La Repubblica*, cit., 287 ss.; D. NOCILLA, *Sovranità popolare*, cit., 231 ss.

³⁹ Cfr. S. LARICCIA, *La costituzione*, cit., 463 s.

Di particolare interesse inoltre è il prolungato dibattito sugli strumenti costituzionali d'intervento sociale che si sviluppa intorno l'art. III ("La repubblica colle leggi e colle istituzioni promuove il miglioramento delle condizioni morali e materiali di tutti i cittadini") e la dialettica tra il progetto Agostini, con i suoi riferimenti mazziniani alla cura repubblicana per l'educazione ed ai fini di questa (strumento per rendere i cittadini "atti a migliorare la propria condizione con la industria, con la fatica e coll'ingegno"), le posizioni espresse nel dibattito da Filopanti sul ruolo dello Stato nella cura ed assistenza dei cittadini, quelle di Mariani e Bonaparte sull'opportunità di una solenne proclamazione di un diritto al lavoro, e il testo definitivo (su proposta di Audinot), così distante anch'esso dalle coordinate tipiche del costituzionalismo liberale (lo Stato quale mero garante dei diritti fondamentali) e che invece ben più modernamente pone l'accento sui compiti spettanti alle diverse articolazioni del nuovo Stato in campo sociale. La forte proiezione sociale costituisce indubbiamente uno degli aspetti di maggior originalità della vicenda romana e della costituzione cui dette vita⁴⁰. La costituzione non annoverava tra i suoi diritti quelli che oggi definiremmo diritti sociali. Ciononostante, la previsione dell'art. III fonda un forte impegno della repubblica a *promuovere*⁴¹ "colle leggi e colle istituzioni [...] il miglioramento delle condizioni morali e materiali di tutti i cittadini", secondo una visione del coinvolgimento in tale azione dei diversi livelli di governo che non traspare dalle altre costituzioni coeve.

Ancora, va ricordata la forte impronta mazziniana dell'art. IV ("La repubblica riguarda tutti i popoli come fratelli: rispetta ogni nazionalità: propugna l'italiana") che, nel ribadire la fraternità vi affianca la proclamazione del principio di nazionalità e la prospettiva dell'unità italiana; peraltro, va anche notato come esso condivida con la prima parte del vigente art. 11 Cost. la forte valenza simbolica e polemica: il richiamo al ri-

⁴⁰ Per tutti il lavoro di D. DEMARCO, *Una rivoluzione sociale*, cit., ma si veda anche il punto di vista di L.M. BASSANI, *La Costituzione della Repubblica romana*, cit., 12 ss., secondo il quale Demarco sopravvaluta la dimensione sociale dell'esperienza romana, e in special modo della sua legislazione, e individua piuttosto nella Repubblica romana "un intreccio di posizioni liberali classiche e democratiche, ma per nulla protosocialiste".

⁴¹ Felice scelta lessicale, ampiamente ripresa dal costituente italiano in materia sociale, che esprime la distanza dell'esperienza romana dall'orizzonte culturale del costituzionalismo liberale e dello stesso costituzionalismo democratico ottocentesco, assieme ad una sensibilità quasi novecentesca nel concepire il ruolo dello stato in campo sociale e più in generale in tema d'integrazione.

spetto di regole che altri in quel momento infrangevano a scapito della nascente repubblica romana.

Destano inoltre particolare interesse per lo studioso di diritto costituzionale gli articoli del preambolo in tema di municipi (art. V “I Municipii hanno tutti eguali diritti: la loro indipendenza non è limitata che dalle leggi di utilità generale dello Stato”; art. VI “La più equa distribuzione possibile degli interessi locali, in armonia coll’interesse politico dello stato è la norma del riparto territoriale della repubblica”). Il sistema municipale dello Stato pontificio si collegava in primo luogo all’eterogeneità sociale ed economica dei suoi territori: alla presenza di realtà, nel settentrione, più dinamiche ed avanzate oltre che maggiormente permeabili agli influssi politici ed economici provenienti dagli altri Stati italiani ed europei, alle realtà più tradizionali ed economicamente meno sviluppate nel sud del Regno ed alla peculiarissima situazione dell’Urbe. Senza ricostruire qui i tentativi più o meno riusciti di riforma operati in questo ambito in età napoleonica e dallo stesso Stato pontificio nel 1831, a seguito del *Memorandum* delle grandi potenze, e nel 1847, quando Pio IX estese a Roma le regole vigenti per gli altri municipi⁴², va tuttavia richiamata l’importanza che rivestivano comuni e province nello Stato pontificio; questi enti infatti, fino allo Statuto concesso da Pio IX nel 1848, avevano rappresentato le sole istituzioni politiche aperte alla partecipazione dei laici – il governo centrale rimaneva ai soli religiosi – e costituirono dunque un’importante palestra per coloro i quali successivamente presero parte ai lavori dell’Assemblea.

La riforma dei municipi se per un verso, come già accennato, voleva offrire una risposta all’esigenza di tener conto e valorizzare le specifiche caratteristiche e realtà dello Stato romano nella costruzione del nuovo ordinamento repubblicano, per altro verso indusse i costituenti a dibattere attorno a nodi decisivi dell’autonomismo, mettendo in relazione per la ricchezza dei temi trattati il dibattito costituente romano con l’importante filone dell’autonomismo democratico italiano otto-novecentesco. Emergono infatti in quel dibattito importanti interrogazioni intorno al rapporto tra legge e costituzione nella disciplina dei municipi; agli opposti rischi di disgregazione e di centralismo retrostanti alle diverse soluzioni, e dunque alla ricerca di una soluzione intermedia nella quale si coniugassero unità dello Stato a eguaglianza, indipendenza e autogoverno

⁴² Sul tema cfr. ad es. M. BOCCI, *Il Municipio di Roma tra riforma e rivoluzione (1847-1851)*, Roma 1995.

degli enti locali; alla necessità di articolare una disciplina che tenesse conto delle diverse dimensioni e realtà dei municipi; al contenuto (politico, amministrativo e finanziario) dell'autonomia municipale ed ai suoi limiti (v. l'emendamento Ballanti), al fine di favorire l'armonico sviluppo sociale (interessante al riguardo l'intervento di Audinot nella discussione sull'art. V sulle "leggi di utilità generale dello Stato"⁴³) e al ruolo di freno che le autonomie municipali avrebbero potuto esercitare avverso dinamiche centralistiche. Le riflessioni e i dibattiti sull'art. V in tema di municipi ebbero peraltro un importante sviluppo nei lavori sul riparto territoriale della repubblica *ex art. VI*, specialmente per le sue ricadute di ordine economico, intorno a un'equa ripartizione sul territorio tanto dei gravami fiscali quanto delle risorse economiche.

La disciplina costituzionale in tema di municipi trovò peraltro importante anticipazione nel decreto della Commissione provvisoria di Governo del 31 gennaio 1849 "sull'ordinamento de' Municipi", che disciplinava puntualmente le istituzioni municipali, le modalità di elezione/nomina dei vari organi (sulla base di tale normativa si svolsero tra il marzo e l'aprile '49 le elezioni amministrative nella repubblica romana) e le rispettive competenze. Il decreto già nel proemio evidenziava la sua intenzione di evitare i rischi centripeti ("una compressione mortale della autonomia municipale") e centrifughi ("una sbrigliata emancipazione"). Per questo, l'art. I riconobbe al comune il "diritto primitivo e imprescrittibile di reggere sé medesimo ... conformemente alle leggi generali dello Stato". Il decreto poi poneva limiti più specifici, riguardanti i diritti di altri comuni o province ed il rispetto "delle prescrizioni dello Statuto fondamentale, delle deliberazioni de' Corpi legislativi e da ciò che dispone la presente legge organatrice" (art. LXIII), e disponeva un articolato sistema di controlli sugli atti adottati dal municipio (tit. XI)⁴⁴. Coerentemente con l'ordinamento del governo centrale, il decreto articolava una forma di governo locale fortemente parlamentare, quando non assembleare, attribuendo al legislativo (il Consiglio) la generalità delle funzioni e fissando invece puntualmente le competenze dell'esecutivo (la Magistratura), la cui nomina spettava allo stesso Consiglio. A conferma della natura complessa dell'esperienza romana e della compresenza in essa di istanze tradizionalmente "liberali" a fianco di quelle più democratiche (oltre alla dichiarazione di inviolabilità della proprietà *supra* richia-

⁴³ Cfr. L. RODELLI, *La Repubblica Romana del 1849*, cit., 292.

⁴⁴ Cfr. a riguardo I. MANZI, *La Costituzione*, cit., 116 s.

mata), bisogna ricordare la natura censitaria e limitata dell'elettorato municipale (per l'art. 11 potevano votare i cittadini maggiori di 21 anni "nel luogo, o luoghi ove hanno domicilio, ovvero possidenza", mentre l'art. 13 ai co. 2 e 3 escludeva dal voto "quelli che vivono di mercede giornaliera per opera manuale o meccanica, cioè di salario per opera servile, e di elemosina" e "i lavoratori mezzadri").

Gli ultimi due principi fondamentali affrontano questioni decisive per la realtà romana del tempo: quelle della libertà religiosa e delle garanzie da riconoscersi al pontefice (art. VII "Dalla credenza religiosa non dipende l'esercizio dei diritti civili e politici"; art. VIII "Il Capo della Chiesa Cattolica avrà dalla Repubblica tutte le garanzie necessarie per l'esercizio indipendente del potere spirituale")⁴⁵. Tra il testo Agostini e quello Saliceti scompare il riconoscimento del cattolicesimo quale "Religione dello Stato", ma non entra – come pure era stato proposto (Lizabe, Saliceti) – il riconoscimento della libertà di culto. Premesso che il tema dei rapporti tra Stato e Chiesa tornerà all'attenzione della Costituente quando si tratterà di affrontare le questioni inerenti l'istruzione (v. *infra*), colpisce anche in questa parte del dibattito la consapevolezza dei costituenti in ordine alla realtà in cui si trovano ad operare e alla delicatezza della transizione in atto. Per un verso, appare forte e condivisa l'affermazione circa la discontinuità rispetto alla situazione ordinamentale precedente (immutata tra le due versioni del testo costituzionale rimane la previsione dell'art. VII); per altro verso, questa conquistata laicità ordinamentale non sfocia in velleitari anticlericalismi e non fatica a riconoscere né il diffuso sentimento religioso del popolo romano né l'importanza che la repubblica garantisce al papa "l'esercizio indipendente del potere spirituale". Si finisce dunque in questa materia per adottare, nella particolarissima situazione romana, una soluzione al contempo innovatrice e realisticamente moderata, fondatrice di un moderno stato laico, secondo una tendenza espressa al tempo dalle carte francesi del 1830 e del 1848 e da quella belga del 1831.

Peraltro, quest'opera di separazione tra sfera temporale e sfera spirituale del potere papale, e di laicizzazione dello Stato romano venne condotta non solo sul piano dei principi costituzionali (anzi, il testo costituzionale, nella sostanza si limita a recepire quanto già affermato dal decreto fondamentale del 9 febbraio), ma anche sul terreno della legisla-

⁴⁵ Tra i lavori che si sono soffermati sul tema mi limito a ricordare S. LARICCIA, *La costituzione*, cit., 469 ss.

zione ordinaria. I beni ecclesiastici (decr. 21.2.1849) furono dichiarati “proprietà della Repubblica”, ma questo – a conferma dell’equilibrato carattere laico delle scelte dei costituenti in materia – non si tradusse in una totale espropriazione: ai sacerdoti infatti si riconobbe l’assegnazione di beni e somme necessarie al culto e al sostentamento dei religiosi (ordine del Comitato Esecutivo del 26 febbraio 1849, artt. 6 e 7). Peraltro, ad anticipare l’attuazione dell’art. VIII, si abolì la competenza dei vescovi sulle scuole, ponendo in tal modo l’istruzione sotto il controllo di un ministro della repubblica. Fu inoltre abolito ogni privilegio del clero in materia giurisdizionale, devolvendo le cause civili e criminali, in precedenza riservate agli ecclesiastici, ai giudici e ai Tribunali civili e abolendo tutti i fori speciali composti da prelati della Curia romana, quali il S. Uffizio, il Tribunale della Rota e quello della Segnatura⁴⁶. A queste riforme in ambito giurisdizionale avrebbero poi dovuto seguire l’adozione di nuovi codici civili e penali, nonché l’introduzione del pubblico ministero e la previsione di tre gradi di giudizio di cui il terzo di legittimità.

4. *Cittadinanza, diritti e doveri*

Terminato il catalogo dei principi (si noti la diversa numerazione tra questi, in numeri romani, e le restanti disposizioni costituzionali, in numeri arabi), è significativo che tanto il dibattito quanto lo stesso elenco di diritti e doveri si aprano con la definizione costituzionale dei requisiti riguardanti l’acquisto e la perdita della cittadinanza, prima di passare ad indagare i diritti e doveri che ne costituiscono il contenuto concreto.

Colpisce innanzitutto la concezione democratica, inclusiva e partecipata della cittadinanza che traspare dal dibattito e dal testo costituzionale, in ordine alla quale i dispositivi di inclusione/esclusione operano innanzitutto sul piano dell’adesione o meno ai valori e alle vicende della repubblica. Se un ruolo particolare in tal senso, come si vedrà tra breve, è quello giocato dai doveri, è anche vero che le stesse previsioni degli artt. 1 e 2 in tema di acquisto e perdita dello *status*⁴⁷, testimoniano con

⁴⁶ Per un’approfondita analisi di tali normative cfr. D. DEMARCO, *Una rivoluzione sociale*, cit., *passim*.

⁴⁷ Art. 1 “Sono cittadini della Repubblica: gli originarii della Repubblica; coloro che hanno acquistata la cittadinanza per effetto delle leggi precedenti; gli altri Italiani col domicilio di sei mesi; gli stranieri col domicilio di dieci anni; i naturalizzati con decreto del potere legislativo”; art. 2 “Si perde la cittadinanza: per naturalizzazione, o per dimora in

forza questa idea di cittadinanza. Peraltro, trova conferma in questa materia la proiezione nazionale della costituzione romana: i sei mesi necessari ai cittadini degli altri stati della penisola per il suo acquisto non sembrano riflettere solamente la partecipazione di patrioti di altri quadranti della penisola alle vicende e alla difesa della breve repubblica, ma sembrano restituire anche la consapevolezza dei costituenti romani di muoversi – e dunque di dover calare quel testo che andavano approvando – all'interno di un processo di unificazione italiana: la chiara percezione del ruolo che la vicenda romana giocava e delle possibilità che essa apriva nella costruzione dello Stato nazionale.

Passando a un rapido esame dei diritti caratterizzanti il testo romano⁴⁸, gli articoli 3 e 4 risultano evidentemente ispirati alle analoghe disposizioni del coevo testo francese e caratterizzati in senso classicamente liberale e garantista⁴⁹. Di particolare interesse invece è il dibattito che si sviluppò sulla libertà d'insegnamento e sul ruolo dello Stato in materia (art. 7). A coloro i quali propugnavano un insegnamento completamente libero da vincoli e controlli statali, riconducendolo – in un'ottica 'privatistica' e 'imprenditoriale' – al novero delle attività produttive (come ad es. Saliceti⁵⁰), e a quelli che invitavano a valutare con attenzione il fatto

paese straniero con animo di non più tornare; per l'abbandono della patria in caso di guerra, o quando è dichiarata in pericolo; per accettazione di titoli conferiti dallo straniero; per accettazione di gradi e cariche, e per servizio militare presso lo straniero, senza autorizzazione del governo della Repubblica; l'autorizzazione è sempre presunta quando si combatte per la libertà d'un popolo; per condanna giudiziale". Analogo atteggiamento pare peraltro connotare il rifiuto in sede costituente delle proposte (avanzate ad es. da Mariani) riguardo l'esclusione dalla possibilità di acquisto della cittadinanza per austriaci e francesi.

⁴⁸ Anche riguardo questa importante parte del testo costituzionale romano ci si limiterà in questa sede a richiamare alcuni elementi di maggior interesse di quel catalogo di diritti per quanto attiene al loro contenuto, al dibattito che ne ha accompagnata l'adozione ed al significato da essi assunto per la successiva cultura giuridica e storia istituzionale. Per un'analisi puntuale dei diritti e doveri previsti dalla Costituzione romana si veda M. LUCIANI, *I diritti e i doveri fondamentali*, relazione al convegno "La Costituzione della Repubblica Romana del 1849", Palazzo della Consulta, Roma, 22 dicembre 1999, il quale peraltro mette opportunamente in luce l'importanza della componente doveristica (contra ad es. M. FERRI, *Costituente e costituzione*, cit., 37 e S. LARICCIA, *La costituzione*, cit., 473) ai fini di una migliore comprensione dell'idea di cittadinanza e di civismo repubblicano che caratterizza questo testo costituzionale.

⁴⁹ Riguardo il rapporto tra diritti patrimoniali e diritti della persona si veda però M. FERRI, *Costituente*, cit., 33 s. riguardo l'originalità caratterizzante gli artt. 4 comma 3 e 5 nel configurare quel rapporto.

⁵⁰ *Le Assemblee del Risorgimento*, cit., IV 1037.

che un accentuato controllo statale sull'insegnamento poteva facilmente divenire un'arma di controllo delle coscienze nelle mani delle maggioranze del momento (Audinot⁵¹), si contrappose chi temeva che, in assenza di una vigilanza statale, il clero tornasse a impadronirsi dell'istruzione⁵². Quello sull'insegnamento si rivela dunque un dibattito approfondito e consapevole della ricchezza d'implicazioni del tema, tanto in ordine alla realtà romana del tempo – la tematizzazione delle connessioni insegnamento/laicità, che costituisce forse lo specifico della vicenda della laicità italiana, è stata uno dei nodi al centro delle discussioni in materia nell'Assemblea romana – quanto più modernamente, in ordine ai rapporti tra insegnamento e libertà di manifestazione del pensiero, e in ordine al dovere sociale dello Stato di garantire a tutti un minimo livello di istruzione⁵³.

Si è già accennato al particolare rilievo che i doveri acquistano nella configurazione della cittadinanza romana, e all'importanza della lezione mazziniana in materia, nella quale il tema dei doveri costituisce terreno di un ripensamento delle strategie liberali di garanzia dei diritti a fini d'integrazione sociale e politica di soggettività fino ad allora escluse, quali donne e lavoratori. Doveri classici risultano disciplinati modernamente e con attenzione (è il caso ad es. dell'art. 14 in tema di dovere tributario), mentre le previsioni in tema di dovere di difesa della patria (artt. 12 e 57), lungi dal potersi ridurre alle urgenze belliche del momento, confermano il ruolo chiave che i doveri sono tradizionalmente chiamati a giocare nel discorso democratico della cittadinanza. Nelle costituzioni liberali ottocentesche a lunghi cataloghi di diritti corrispondevano generalmente più contenute enumerazioni di doveri "pubblici", intesi quali concretizzazioni e specificazioni legislative dell'obbligo politico in rapporti di particolare rilievo. Le enunciazioni in tema di doveri della Costituzione romana, invece, lette assieme a quelle in tema di cittadinanza e di diritti, evidenziano per un verso la connotazione 'militante' della cittadinanza romana, secondo una tradizione di ascendenza giacobina, ma già operante in età comunale e nella tradizione classica greco-

⁵¹ *Le Assemblée del Risorgimento*, cit., IV, 1016.

⁵² Cfr. ad es. L. RODELLI, *La Repubblica*, cit., 298 e M. FERRI, *Costituente*, cit., 34 ss.

⁵³ È il caso ad es. del tentativo di introdurre in costituzione la libertà e gratuità dell'insegnamento elementare, fallito solo perché si ritenne che un tale dovere fosse già implicitamente ricompreso nell'art. III, che affidava allo Stato la *promozione* del miglioramento delle condizioni "moralì e materiali" dei cittadini. Cfr. ad es. I. MANZI, *La Costituzione*, cit., 59 ss.

romana, per la quale “il *civis* [...] è anche *miles*”⁵⁴ e i doveri giocano un ruolo di rilievo nel definire la comunità dei cittadini e nel legare questi alla forma istituzionale democratico-repubblicana instaurata per via rivoluzionaria. Per altro verso, invece, i doveri nel testo romano si connettono strettamente all’impegno della Repubblica in campo sociale di cui all’art. III, concorrendo a svolgere una funzione di mitigazione in senso sociale dei diritti, specie di quelli inerenti proprietà ed economia, che più compiutamente caratterizzerà il costituzionalismo sociale del primo Novecento⁵⁵.

5. *Ordinamento dei poteri e forma di governo*

Si è già richiamata l’importanza del Decreto Fondamentale del 9 febbraio anche in quanto testimonianza dell’intenzione dell’Assemblea di adottare un provvedimento che segnasse l’uscita dalla confusione istituzionale e dal vuoto di potere del momento e che configurasse la forma di governo senza attendere la convocazione di una costituente italiana, così come si è già accennato alla scomparsa dell’aggettivo “pura” dalla definizione della forma di governo della repubblica *ex art. I*. Peraltro, nonostante la distanza tra le scelte della costituente e Mazzini, orientato a proiettare la vicenda romana e la sua costituzione nella prospettiva della costituente nazionale (si veda il celebre discorso del 18 marzo 1849)⁵⁶, sono evidenti le influenze mazziniane anche nella configurazione di una forma di governo democratica (“pura”) caratterizzata dal rifiuto di ogni sistema basato su separazione ed equilibrio dei poteri e da una netta preminenza dell’Assemblea, alla quale è affidata innanzitutto l’investitura dell’organo esecutivo.

Già la modalità di organizzazione della tripartizione dei poteri – strumenti di esercizio a vario titolo della sovranità popolare e ciascuno legato all’altro da forme di reciproco controllo – testimonia l’originalità della costituzione romana e l’avanzato carattere democratico. Un carattere peraltro confermato da altre scelte del costituente, come ad es. l’attribuzione all’Assemblea di competenze in materia di politica estera (art. 29)

⁵⁴ Così M. LUCIANI, *I diritti e i doveri*, cit., 6 del dattiloscritto, Analogamente M. BASANI, *La Costituzione*, cit., 19.

⁵⁵ Sul tema sia permesso il rinvio a G. BASCHERINI, *Doveri costituzionali* (dir. cost.), in *Diritto on line*, Treccani.it 2014.

⁵⁶ *Le assemblee del Risorgimento*, cit., vol. III, 786 ss.

e di esercito (art. 60) che le coeve carte ottriate affidavano alla competenza regia, così come della nomina del Consolato, che esercitava funzioni tanto di capo dello stato quanto di governo. Qui il carattere democratico si specifica, sul piano della forma di governo, in un ordinamento decisamente parlamentare, caratterizzato da un rapporto di fiducia forte, non formalizzato in espliciti voti di fiducia o sfiducia assembleare, ma espresso dalle modalità di elezione dell'esecutivo (l'art. 33 prevedeva che i consoli venissero nominati dall'Assemblea a maggioranza di due terzi) e dalla responsabilità di tutti i membri dell'esecutivo, consoli e ministri⁵⁷; dalle forme di controllo e di sostituzione⁵⁸ che l'Assemblea poteva esercitare; dalla possibilità di mettere in stato d'accusa i titolari del potere esecutivo dinanzi al Tribunale supremo di giustizia, corte a composizione mista e dalla spiccata sensibilità politica⁵⁹.

Emerge dunque da queste previsioni la condivisa fiducia dei costituenti romani nei confronti di un legislatore 'ragionevolmente rivoluzionario' e, con essa, la profonda diffidenza verso il potere esecutivo e i suoi possibili arbitrii. Una conferma in tal senso sembra offerta dal dibattito che si sviluppa in Assemblea a proposito del numero dei consoli⁶⁰, così come dalle distanze tra il progetto Agostini, che affidava al popolo l'elezione diretta di tutti i titolari di cariche pubbliche, e il definitivo testo costituzionale, nel quale il solo organo di diretta derivazione popolare è l'Assemblea e dal quale scompare il Tribunato, in sua vece appunto trovando posto un Tribunale supremo di giustizia competente per i giudizi d'accusa verso consoli e ministri.

Su questo terreno, peraltro, si registra un'ulteriore e importante di-

⁵⁷ Con il rischio peraltro di conflitti tra Consoli e ministri, come quello che poteva derivare dalla previsione della prima parte dell'art. 38, secondo il quale "Gli atti dei consoli, finché non sieno contrassegnati dal ministro incaricato dell'esecuzione, restano senza effetto", potendo in base a tale previsione i primi sostituire i secondi e questi potendo invece paralizzare l'azione dei primi.

⁵⁸ Si veda, ad es., sulla promulgazione delle leggi, l'art. 32, il quale, dopo aver stabilito che "[l]e leggi adottate dall'Assemblea vengono senza ritardo promulgate dal Consolato in nome di Dio e del popolo" prevedeva che "Se il Consolato indugia, il presidente dell'Assemblea fa la promulgazione".

⁵⁹ Per l'art. 55, "Il tribunale supremo si compone del presidente, di quattro giudici più anziani della cassazione, e di giudici del fatto, tratti a sorte dalle liste annuali, tre per ciascuna provincia". Su questi profili di responsabilità del potere esecutivo cfr. M. BATTAGLINI, *Due aspetti poco noti della storia costituzionale della Repubblica romana del 1849: il Tribunato e la normativa sulla responsabilità ministeriale*, in *Rassegna storica del Risorgimento*, 1991, 435 ss.

⁶⁰ Sul quale v. ad es. M. FERRI, *Costituente*, cit., 40 ss.

stanza con la coeva carta francese. Se per talune specifiche previsioni, specialmente in tema di diritti, la costituzione francese del 1848 fu un importante modello di riferimento per i costituenti romani, così non fu, come già visto, per il valore e i contenuti che i romani attribuirono alle disposizioni del preambolo, e nemmeno per quanto attiene alla forma di governo e alla caratterizzazione dell'esecutivo. A quest'ultimo riguardo, anzi, il testo francese del '48 diviene vero e proprio anti-modello, preferendosi volgere lo sguardo a esperienze all'apparenza molto più distanti, quali ad es. la costituzione francese dell'anno III (1795) o quella svizzera del 1848, ma anche qui senza legarsi rigidamente a quei modelli, reinterpretandoli alla luce della situazione romana e costruendo il Consolato capitolino a partire dall'esigenza, già chiara al momento dell'adozione del Decreto Fondamentale del 9 febbraio, di formare, dopo l'elezione dell'Assemblea, un governo stabile che potesse rapidamente provvedere all'amministrazione del nuovo Stato ed alle necessarie riforme. A Roma non si volle un presidente eletto dal popolo, perché d'oltralpe un simile presidente aveva deciso di muovere guerra a una repubblica "sorella", e non lo si voleva dotato di un'ampia gamma di poteri, tali da farne una sorta di monarca elettivo forte e contrapposto al legislativo, a costo di incorrere nell'errore opposto di esporre l'esecutivo a molteplici possibilità di limitazione ed 'invasione di campo' da parte del legislativo.

6. *Le garanzie costituzionali: la parabola del Tribunato, l'organizzazione della magistratura e la rigidità del testo costituzionale*

L'attenzione al tema delle garanzie costituzionali conferma la diffusa consapevolezza dei costituenti capitolini riguardo al significato che assume la scrittura di un testo costituzionale nei processi di mutamento ordinamentale, al ruolo della cultura giuridica in queste transizioni e alla necessità che dinanzi a tali trasformazioni i giuristi riflettano sui propri concetti, e sugli istituti che edificano a partire da quei concetti, alla luce della realtà sociale in cui si trovano ad operare e delle trasformazioni che l'attraversano.

Nel progetto Agostini il Tribunato⁶¹ era chiamato a 'vegliare' "alla ga-

⁶¹ Sulla parabola di tale organo si vedano P. CATALANO, *Tribunato e resistenza*, cit., 105 ss.; L. RODELLI, *La Repubblica*, cit., 274 ss.; A.A. CERVATI, *La costituzione*, cit., 382 ss.; I. MANZI, *La Costituzione*, cit., 35 ss. Per una sintesi degli argomenti spesi in Assem-

ranza delle leggi fondamentali della Repubblica” (art. 15)⁶², al funzionamento delle istituzioni (a quest’organo competeva infatti, *ex art 16*, l’indizione dei comizi generali, nei quali il popolo avrebbe eletto i suoi rappresentanti, i consoli e gli stessi tribuni) e al controllo di esse, e in particolare dell’esecutivo. La scelta di non prevedere un simile organo nel testo definitivo offre ulteriore conferma del sospetto che quei costituenti nutrivano verso possibili evoluzioni in senso autoritario dell’esecutivo, ma anche dello stesso Tribunato, così come delle diverse posizioni presenti nell’Assemblea sul tema della divisione dei poteri: dal favore dei liberali moderati come Mamiani Galletti o Audinot, ai sospetti con cui a tale principio guardavano mazziniani e democratici quali Cernuschi e Bonaparte. Emergono dalle discussioni in materia interessanti richiami comparativi ai possibili modelli di riferimento, su tutti l’Eforato caratterizzante il progetto di costituzione napoletana del 1799 di Mario Pagano, ma anche l’Avogadoria veneziana, risalente al XII secolo. Inoltre, quel dibattito restituisce interrogazioni importanti sui limiti delle previsioni in materia del progetto Agostini⁶³; sulla natura di tale organo; sulla presenza di più organi legittimati da investitura popolare, sui possibili conflitti tra essi e sulle loro eventuali conseguenze per la forma di governo e per la tenuta del principio della sovranità popolare⁶⁴; sull’opportunità della presenza di un simile organo in una società come quella romana, caratterizzata da una stratificazione sociale peculiare⁶⁵; sui mezzi più ade-

blea rispettivamente a favore e contro l’istituzione di tale organo si vedano l’intervento di Livio Mariani e la *Relazione* di Aurelio Saliceti, in *Le Assemblee del Risorgimento*, cit., 846 ss. e 750 ss.

⁶² Ad es. per B. GATTA, *La costituzione*, cit., 69, il Tribunato sarebbe stato “un corpo sorvegliante la sola costituzionalità delle leggi e degli atti governativi”.

⁶³ Cfr. P. CATALANO, *Tribunato e resistenza*, cit., 107.

⁶⁴ Il Tribunato avrebbe ad es. potuto costituire un elemento di disomogeneità e conflittualità nell’ordinamento costituzionale romano, contribuendo a limitare ulteriormente gli spazi di manovra dell’esecutivo e, al contempo, potendo costituire un’alternativa alla stessa Assemblea, data la sua investitura popolare e la possibilità di una indefinita rielezione dei suoi membri. Si vedano in tal senso gli interventi di Agostini e Cernuschi del 26 maggio ’49 e di quest’ultimo si veda anche l’intervento del 18 giugno, in *Le Assemblee del Risorgimento*, cit., vol. IV risp. 595 e 870 s.

⁶⁵ Nello Stato del papa alto clero e aristocrazia si confondevano, dal primo in gran parte venendo il secondo; tutt’altra condizione, ben più vicina a quella popolare, caratterizzava il numeroso basso clero; nell’agro romano signoreggiavano i pochi grandi latifondisti e affittuari, mentre gli agricoltori ed i piccoli proprietari terrieri vivevano una difficile condizione materiale, aggravatasi a seguito della crisi economica europea del biennio 1847/48. Analoga situazione di crisi viveva il quarto stato urbano, vittima, a differenza di quello rurale, di un accelerato impoverimento nel giro degli anni precedenti la

guati di vigilanza dei poteri legislativo ed esecutivo e sull'importanza in tal senso di strumenti quali la libertà di stampa, il diritto di petizione, l'organizzazione e le procedure parlamentari⁶⁶, l'indipendenza e inamovibilità della magistratura⁶⁷.

A quest'ultimo proposito, va rilevato che il quadro che la costituzione capitolina disegnava del potere giudiziario appare molto distante da quello delle coeve carte ottriate. Pur nominati dai consoli, i giudici non sarebbero dipesi nelle loro funzioni da alcun altro potere dello Stato (art. 49); amministratori della giustizia in nome del popolo (art. 52), essi sarebbero stati inamovibili tanto dalla carica quanto dalla sede (diversamente dal testo piemontese, e senza le limitazioni temporali previste dallo statuto albertino) e, *ex art. 50*, non avrebbero potuto "essere promossi, né traslocati che con proprio consenso, né sospesi, degradati, o destituiti se non dopo regolare procedura e sentenza". Se dunque in quelle carte, e in particolare nello Statuto albertino, la magistratura specie nei suoi livelli superiori, veniva a costituire un corpo parallelo quando non un'articolazione dell'esecutivo, nella costituzione romana già la denominazione (lo Statuto albertino definiva il giudiziario in termini di *ordine* laddove il testo romano lo definiva *potere*) evidenzia l'intenzione di fare del giudiziario un potere autonomo e indipendente; autonomia e indipendenza che ispireranno il costituente italiano del 1948, il quale non di meno, proprio a tal fine, scelse di definire la magistratura al contempo in termini di 'ordine' e 'potere'⁶⁸.

vicenda repubblicana. Era sorto intanto un recente ceto medio che l'arretratezza dell'agricoltura, il controllo delle terre da parte del Chiesa e della nobiltà e l'assenza d'industrie aveva indirizzato al commercio e alle professioni liberali (molti, come visto, gli avvocati e i notai); una borghesia formatasi alle idee rivoluzionarie francesi, sensibile alla realtà economica dei territori pontifici e che sarà protagonista delle vicende repubblicane e delle istituzioni che essa si diede. Cfr. D. DEMARCO, *Una rivoluzione sociale*, cit., 7 ss.

⁶⁶ Si ricordi ad es. l'organizzazione dell'assemblea per sezioni e commissioni, per favorire il livello tecnico del dibattito, e le previsioni riguardo alla duplice lettura dei progetti di legge.

⁶⁷ Su questi ultimi due argomenti insiste molto la critica che alla previsione del Tribunale mosse Aurelio Saliceti nella relazione di presentazione del suo testo all'Assemblea il 10 giugno.

⁶⁸ Per l'art. 104, co. 1, com'è noto, "la magistratura costituisce un *ordine* autonomo e indipendente da ogni altro *potere*" (c.n.). Su questa 'precisa e felice' formula costituzionale, si veda ad es. M. LUCIANI, *Le proposte di riforma del Consiglio superiore della magistratura in Italia*, in A.A. CERVATI e M. VOLPI (a cura di), *Magistratura e Consiglio superiore in Francia e in Italia. Atti del convegno "Magistratura e Consiglio superiore in Francia e in Italia"*. Centro Studi Giuridici e Politici Della Regione Umbria, Perugia, Sala del Consiglio Provinciale, 22 maggio 2009, Torino 2010, 114, secondo il quale questa duplice qua-

Ritornando al tema dei rapporti tra poteri e dell'individuazione degli strumenti ritenuti i più adeguati a evitare abusi e a garantire il rispetto dei principi costituzionali, può rilevarsi, a questo punto, come la scomparsa del Tribunato si legasse nel quadro costituzionale romano al già segnalato ripudio, in nome di una democrazia 'pura', di ogni sistema basato sull'equilibrio dei poteri, facendo affidamento sull'assemblea quale argine a possibili abusi dell'esecutivo, sull'impegno dei giudici nell'applicazione di quei principi e sul civismo repubblicano della cittadinanza coinvolta in funzioni di garanzia costituzionale, quando ad es. l'art. 62 affida alla guardia nazionale il "mantenimento dell'ordine interno e della costituzione", o quando l'art. 55 attribuisce un ruolo decisivo nei giudizi del ricordato tribunale supremo di giustizia ai "giudici di fatto"⁶⁹.

La rigidità del testo costituzionale, cui è dedicato l'ultimo titolo della costituzione (tit. VIII), marca un'ulteriore importante differenza rispetto alle altre carte risorgimentali e, in particolare, allo Statuto albertino. Laddove infatti la flessibilità di quest'ultimo, per quanto nella prassi consentirà una lenta evoluzione in senso parlamentare del Governo, appariva funzionale a mantenere le sorti e gli sviluppi del testo costituzionale nelle mani di quel monarca che mediante l'*octroi* aveva autolimitato nonché rilegittimato su nuove basi il proprio potere, la costituzione romana assegnava la propria revisione ad apposito procedimento, ispirato al coevo modello francese, al fine di salvaguardare i principi costituzionali, ribadire la superiore normatività costituzionale e permettere l'adeguamento del testo a quei mutamenti politici, economici e sociali i quali, se inascol-

lificazione della magistratura "sta a indicare che quel potere è assai diverso da tutti gli altri, sfuggendogli per definizione l'esercizio della funzione di indirizzo politico [...] In quanto «ordine», la magistratura deve vedersi assicurata un'indipendenza assoluta, perché solo in questo modo le è possibile garantire i diritti dei cittadini anche nei confronti dei poteri pubblici. In quanto «potere», però, deve essere oggetto di limitazioni e deve conoscere l'applicazione del generale principio della corrispondenza tra il potere e la responsabilità. La costituzione, in definitiva, non stacca la magistratura dalla sua fonte di legittimazione (il popolo), ma la separa nettamente dai soggetti titolari dei poteri politici".

⁶⁹ In maggioranza nella composizione dell'organo, e dunque decisivi al fine di un'eventuale condanna. Per l'art. 55, infatti "Un tribunale supremo di giustizia giudica, senza che siavi luogo a gravame, i consoli ed i ministri messi in istato di accusa. Il tribunale supremo si compone del presidente, di quattro giudici più anziani della cassazione, e di giudici del fatto, tratti a sorte dalle liste annuali, tre per ciascuna provincia. L'Assemblea designa il magistrato che deve esercitare le funzioni di pubblico ministero presso il tribunale supremo. È d'uopo della maggioranza di due terzi di suffragi per la condanna".

tati, avrebbero potuto condurre la repubblica alla crisi. Una scelta, dunque, funzionale a garantire la durata nel tempo del testo costituzionale, il rispetto della volontà popolare e la sua possibilità di adattamento dinanzi all'emergere di nuove istanze ed esigenze sociali, ma senza tradirne il contenuto assiologico e senza pregiudicare la stabilità delle sue regole.

7. Conclusioni

La più volte ribadita originalità del testo costituzionale romano⁷⁰ deriva in primo luogo dal fatto che esso non poteva trarre ispirazione dalle coeve carte italiane, tutte ottriate ed espressione di valori e ordinamenti molto diversi da quelli cui si ispirava la Repubblica romana, e, in secondo luogo, dal fatto che con quelli che furono i suoi più importanti riferimenti – a partire dal coevo testo francese e dal pensiero mazziniano – la costituzione esprime una relazione non astratta e non subalterna, non di rado anzi conflittuale, e improntata ad un realismo che la conduce a ripensare quei modelli alla luce della realtà dei territori pontifici e delle richieste di cambiamento politico, istituzionale, sociale ed economico provenienti dalle classi che avevano promosso quella repubblica. Al contempo, insistere su una ‘modernità’ del dibattito e della carta romana del '49, in questo come in altri aspetti, non vuol dire negarne gli importanti tratti di continuità col coevo costituzionalismo liberale: non passò ad es. il tentativo di fare del principio di proporzionalità un cardine del sistema tributario, così come appaiono “tradizionali e perfettamente conformi allo spirito del tempo” le affermazioni riguardo l’inviolabilità di persone e proprietà (art. 3), coerenti con le strette connessioni che il costituzionalismo liberale istituisce tra libertà e proprietà, e tra diritti personali e diritti patrimoniali⁷¹. La costituzione romana, pur con tutta la sua modernità, rimane una carta prettamente ottocentesca, tanto per le istanze che l’hanno mossa quanto per le soluzioni che essa ha saputo offrire a quelle istanze, ma se può concordarsi che in essa non prevalsero le istanze più rivoluzionarie è anche vero che essa prospettava e costituì la base per un importante disegno di riforma politica economica e sociale per i territori

⁷⁰ Originalità sottolineata già da Agostini nella ricordata relazione di presentazione all’Assemblea del primo progetto costituzionale.

⁷¹ M. LUCIANI, *I diritti*, cit., 2 e L.M. BASSANI, *La Costituzione della Repubblica romana*, cit., 19.

pontifici, come evidenziano i lavori costituenti e l'ampia mole dei decreti e delle misure adottate dall'Assemblea lungo l'arco di vita della repubblica.

Il testo costituzionale romano, è stato acutamente osservato, colpisce “per le sue concise e sicure enunciazioni normative”, presentandosi “come un atto di fiducia nella possibilità di assicurare [...] attraverso una costituzione scritta [...] un nuovo impulso allo sviluppo democratico e sociale”. Al contempo, lo si è già evidenziato, quella costituzione deve leggersi avendo ben presente il complessivo processo di mutamento istituzionale all'interno del quale prese forma, e la sua tendenza “ad assicurare la vigenza dei valori repubblicani, attraverso un'azione che investe tutti i livelli di esercizio dei poteri pubblici oltre che l'impegno civile dei cittadini”⁷².

Peraltro, la breve esperienza repubblicana romana del 1849 costituisce anche un'importante occasione per riflettere sulle assemblee costituenti non tanto e non solo quali momenti di esercizio del potere costituente ma sulla loro importanza storica e culturale. La partecipazione a quel processo costituente delle diverse anime e dei più illustri esponenti del movimento risorgimentale italiano fece infatti di quella breve esperienza repubblicana un importante momento di emersione di una classe dirigente per la prima volta di respiro nazionale, e le elaborazioni costituenti e legislative di quell'assemblea testimoniano il forte influsso della cultura giuridica di molti suoi membri – delle conoscenze che essi avevano delle realtà ordinamentali straniere di riferimento, così come della diffusa consapevolezza della necessità di articolare un ordinamento adeguato alla storia e alle caratteristiche dello Stato romano⁷³. Nelle vicende romane si scontrarono opinioni e culture anche molto distanti l'una dall'altra, e se sulle questioni concrete di volta in volta prevalsero posizioni più liberali o più democratiche⁷⁴, più mazziniane o più socialisteg-

⁷² A.A. CERVATI, *La costituzione romana*, cit., 369 s.

⁷³ Sembra dunque eccessivamente severo il giudizio generale che della costituente romana dette M. COSSU, *L'Assemblea Costituente Romana*, cit., 3 (giudizio condiviso e ulteriormente accentuato da L.M. BASSANI, *La Costituzione della Repubblica romana*, cit., 7 ss.) secondo la quale quell'assemblea era “[c]omposta senza dubbio in parte di uomini ingenui e inesperti, in parte di puritani e dottrinari, in parte di saccenti, parolai [...] pure nella sua grande maggioranza [essa] risultava [composta] di persone oneste, serie, ottimi patrioti”.

⁷⁴ Si è già rilevato che l'impegno assegnato alla repubblica dall'art. III nel promuovere le condizioni materiali e morali dei cittadini non si tradusse in una chiusura verso i ceti più agiati. All'art. III infatti non seguì il riconoscimento del diritto al lavoro – pur

gianti⁷⁵, questo avvenne all'interno di un dibattito che si caratterizza per un atteggiamento non particolarmente ideologico, ma piuttosto realistico e consapevole di quali fossero le situazioni sulle quali incidere per avviare quel processo di mutamento istituzionale e sociale e al contempo animato dal condiviso progetto di dotare il vecchio Stato pontificio di un ordinamento e di un modello di convivenza più moderno, più democratico, più sociale. La costituente romana, peraltro, nonostante il precipitare degli eventi, non rinunciò a interrogarsi in profondità su questioni tecniche (organizzazione e lavori parlamentari, autonomie, garanzie, rigidità costituzionale) e su nodi problematici (questione sociale, sovranità popolare, laicità, garanzie, autonomie) che solo un secolo dopo torneranno ad avere quel rilievo costituzionale, pervenendo all'adozione di un testo costituzionale in sostanza equilibrato, radicalmente riformista, ma non velleitario né sterilmente anticlericale; pensato per durare⁷⁶, adeguandosi ai futuri mutamenti senza tradire i suoi principi fondanti; aperto ad apporti diversi⁷⁷ e sensibile alle particolarità della situazione romana; animato da un complessivo progetto di riforma sociale, politica ed economica che caratterizzerà non solo le previsioni costituzionali, bensì il complesso delle normative di quei mesi repubblicani⁷⁸, che trassero direttamente

ampiamente dibattuto in sede costituente – e a quell'impegno della repubblica si giustappose il riconoscimento dell'inviolabilità della proprietà – ma si ricordi anche che un vero sistema tributario proporzionale non venne mai adottato e che soprattutto sopravvissero meccanismi censitari di partecipazione politica nell'importante livello municipale.

⁷⁵ Sul 'socialismo risorgimentale' di Quirico Filopanti cfr. L. M. BASSANI, *La Costituzione della Repubblica romana*, cit., 13 s.

⁷⁶ V. ad es. M. FERRI, *Costituente e Costituzione*, cit., 50 s.

⁷⁷ Anche gli studiosi che nutrono maggiori riserve verso quell'esperienza riconoscono ad es. la sostanziale correttezza delle elezioni dell'Assemblea, l'assoluto rispetto, lungo tutta la parabola repubblicana, della libertà di stampa e l'estrema moderazione con cui la repubblica procedette all'epurazione della vecchia burocrazia pontificia. Cfr. ad es. L. M. BASSANI, *La Costituzione della Repubblica romana*, cit., 6 e 9.

⁷⁸ Ricordo rapidamente in ordine cronologico alcuni dei più rilevanti decreti adottati dal Triumvirato: il decreto del 3 marzo 1849, che, muovendo dal principio di eguaglianza di tutti i cittadini "avanti la legge" e che "ogni privilegio di foro viola apertamente quest'eguaglianza", abolisce i privilegi del clero secolare e regolare "sì per la Giurisdizione Ecclesiastica, che per l'applicazione di leggi eccezionali"; il decreto 3 aprile 1849 sull'abolizione degli usi civici sui terreni agricoli, in gran parte di proprietà di enti religiosi; il decreto del 4 aprile 1849, che destina "l'edificio che già serviva al Santo ufficio" ad abitazione "con tenui fitti" per le famiglie più bisognose; il decreto 15 aprile 1849 che prevede la ripartizione dei beni rustici "in tante porzioni sufficienti a coltivarsi da una o più famiglie di popolo"; il decreto 27 aprile 1849 sull'incameramento dei beni ecclesiastici e la loro concessione in enfiteusi agli agricoltori; il decreto del 2 maggio 1849 per l'abolizione di quel "barbaro avanzo del sistema feudale" per la riscossione dei crediti fiscali af-

fondamento dai valori etico-politici che alimentavano quella rivoluzione e la cui importanza è meglio comprensibile se si considera la storica arretratezza economica e sociale del territorio pontificio, gli effetti che su quel tessuto produsse la crisi economica europea del 1847/48 e l'insufficienza della politica riformatrice perseguita fino ad allora da Pio IX.

La dimensione simbolica e politica di questa vicenda costituzionale, lo si è accennato in apertura, ha forse concorso ad oscurare il valore del processo costituzionale romano sul piano della cultura giuridica, della storia delle istituzioni e dei suoi contenuti giuridici concreti. Questo dipese indubbiamente dal più generale quadro all'interno del quale quelle vicende si dipanarono: alla fine di quella eccezionale stagione che fu il biennio 1848/49 e sotto l'assedio restauratore del concerto europeo, con a capo quella repubblica che per *realpolitik* da sorella era divenuta nemica. Analogo peso ebbero in questa sovradeterminazione simbolica le risonanze che l'esperienza romana ebbe nella costituente di un secolo dopo: la Resistenza al nazifascismo poté dirsi un "secondo risorgimento" anche perché la Repubblica romana costituiva il più fulgido esempio da richiamare del primo, incompiuto, risorgimento. Viene tuttavia da chiedersi se questa sopravvalutazione dell'elemento simbolico e politico non possa essere dipesa anche da un malinteso approccio formalista che, in ragione della mancata entrata in vigore della costituzione, ha trascurato l'insieme delle elaborazioni giuridiche che hanno segnato quei mesi repubblicani e il complesso gioco che in essa si registra tra scrittura costituzionale di quei principi e loro concomitante attuazione legislativa; se, in una prospettiva più sensibile alla dimensione culturale di quell'esperienza giuridica, quella vicenda romana non costituisca ancora oggi una formidabile occasione per i giuristi d'interrogarsi attorno alle questioni

fidata a privati che era la cd. "mano regia". Si ricordi anche il decreto della Commissione provvisoria di Governo del 3 febbraio 1849 che, nelle more dell'adozione dei nuovi codici civili e penali, prevedeva "nuovi principi civili" che riconoscevano anche alle donne la capacità di succedere e fare testamento, abolendo il diritto alla dote e stabilendo tra l'altro che "gli eredi dell'uno e dell'altro sesso dell'agnazione e della cognazione, succedono indistintamente nella forma del diritto comune". Inoltre va richiamato il decreto del 29 maggio 1849 per la creazione di una "legione polacca", a conferma ulteriore della dimensione europea della vicenda romana. E si aggiungano ancora le già ricordate misure in tema di ordinamento municipale (decreto della Commissione provvisoria di Governo del 31 gennaio 1849) e di responsabilità ministeriale per delitti riguardanti la costituzione, lo spreco di fondi pubblici, l'abuso di potere, le libertà e proprietà individuali. Per un'analisi da presso delle normative adottate nei mesi della Repubblica, cfr. ancora D. DEMARCO, *Una rivoluzione sociale*, cit.

inerenti alla positività dei testi costituzionali e al significato che le passate esperienze di riflessione e di progettazione costituzionale possono assumere, al di là della loro formale vigenza, per le vicende successive. La storia costituzionale è disseminata di progetti costituzionali, di costituzioni e codici ‘precarî’, di dubbia o nulla vigenza, ma che non di rado hanno prodotto diritto e comunque hanno lasciato un segno nella cultura giuridica, e – a meno di non voler pensare la storia costituzionale esclusivamente in base alla vigenza o meno dei testi che la segnano – non possono trascurarsi queste manifestazioni costituzionali, pena l’inacidimento delle radici culturali e ideali e delle dinamiche sociali e che caratterizzano quella storia⁷⁹.

Anche in questa prospettiva va richiamata l’attenzione sulla dimensione europea del biennio in cui quella repubblica romana si colloca e di cui rappresenta forse il più avanzato dei tentativi di mutamento istituzionale allora messi in atto, e che si produce in uno degli Stati europei del tempo tra i più fermi e chiusi al mutamento. La ‘rivoluzione europea’ di quegli anni mette in primo piano un’inedita opinione pubblica continentale, portatrice di istanze ampiamente condivise al di là delle diverse vicende nazionali e dei processi di unificazione nazionale con cui si intreccia, e una nuova prospettiva politica sovranazionale, che coinvolge i popoli europei nel loro insieme. Quel biennio porta con sé un rinnovamento dei termini del dibattito in tema di riforme sociali e costituzionali che rivela un’acquisita consapevolezza della crisi dei tradizionali assetti istituzionali, dell’inadeguatezza delle vecchie strutture, dei limiti del costituzionalismo liberale e del sempre maggior rilievo che veniva acquisendo il conflitto di classe e la necessità di riconoscimento ed integrazione delle masse popolari. Quel rinnovamento porta con sé il primo manifestarsi, con particolare forza proprio a Roma, di una cultura giuridica democratica e sociale che troverà successivi momenti di affermazione solo a Novecento inoltrato e che si caratterizza per una conce-

⁷⁹ Sull’importanza di questi testi insiste ad es. P. HÄBERLE, voce *Stato costituzionale*. III) *La costituzione dello stato costituzionale*, Roma 2001, 15 s., “perché essi, prima o dopo, divengono <efficaci>, proiettando così sui testi successivi la loro <traduzione> in realtà costituzionale”. Trattando dei “progetti costituzionali”, Häberle, sottolinea infatti come questi meritino “l’interesse scientifico, indipendentemente dal loro <successo>, giacché essi valgono anche quando sono <falliti> politicamente e quand’anche falliti politicamente, essi dovrebbero essere rielaborati scientificamente dalla dottrina dello Stato, non solo dal punto di vista della storia costituzionale”. In quei testi infatti “si obiettivizzano e si cristallizzano in maniera unica contenuti, procedure, idee e realtà, speranze, desideri e la rielaborazione del passato”.

zione forte della costituzione e del diritto costituzionale, alla cui base “vi era la fiducia nella forza ‘rigeneratrice’ delle costituzioni, intese [...] come testi normativi in grado di guidare processi sociali di effettivo rinnovamento etico e politico, mettendo anche in moto ulteriori trasformazioni”⁸⁰.

In conclusione, va ribadito l’invito ai giuristi positivi ad occuparsi della repubblica romana del 1849, della sua costituzione e delle riforme che ne accompagnarono l’adozione e dei dibattiti all’interno dei quali essa prese forma. Quel testo, le discussioni che ne accompagnarono l’adozione e il complesso di quella breve esperienza repubblicana, esprimono, come si è cercato di evidenziare in queste pagine, una serie di spunti e di nodi problematici di assoluto rilievo, non solo per il passato, ma anche per l’attualità, e basti a tale proposito un ulteriore richiamo alla qualità delle riflessioni costituenti e delle norme costituzionali in tema di insegnamento, di laicità, di indipendenza della magistratura, di rigidità e revisione costituzionale. Lo studioso di diritto costituzionale quando si confronta con esperienze e riflessioni del passato non dovrebbe essere mosso da un interesse antiquario o dalla pretesa di istituire meccaniche derivazioni tra il passato e il presente, bensì dalla consapevolezza che una simile indagine contribuisce a una miglior conoscenza della cultura giuridica e della storia delle istituzioni, induce a un confronto con esperienze e riflessioni maturate in passaggi storici cruciali, in congiunture di profonda trasformazione sociale che hanno rimesso al centro del dibattito i nodi principali del diritto costituzionale.

Oggi i giuristi sono nuovamente chiamati a riflettere attorno a riforme costituzionali le quali tuttavia si calano in un contesto di crescente sfiducia sulla capacità di tali riforme di avviare e sostenere effettivi processi di trasformazione sociale; riforme che peraltro paiono seguire logiche assai meno democratiche e orientate a valori ben distanti da quelli che hanno accompagnato le esperienze costituzionali romana del 1849 e italiana del secondo dopoguerra. Dinanzi a questa nuova stagione di riforme la parabola della repubblica romana di metà Ottocento costituisce ancora un’importante occasione per riflettere intorno al complesso gioco di relazioni tra scrittura e attuazione della costituzione, alle reali condizioni di effettività delle riforme, alle ragioni che le muovono, ai complessivi meccanismi di innovazione ed al contempo di garanzia costituzionale. Quella vicenda, infine, sta a ricordarci che il diritto costituzionale

⁸⁰ A.A. CERVATI, *La costituzione romana*, cit., 393.

“non può fare a meno della storia” e che la comparazione diacronica, tra esperienze anche distanti nel tempo, costituisce uno dei percorsi che “più aiutano a comprendere il significato dei processi di mutamento e delle ragioni storiche, economiche e sociali che li mettono in movimento”⁸¹.

⁸¹ Così A.A. CERVATI, *La costituzione romana*, cit., 392 s. Sull'utilità di una riflessione su questa esperienza del costituzionalismo italiano in questa nuova stagione di riforme costituzionali richiama l'attenzione anche G. ALLEGRI, *Le due Carte*, cit., 5.

Fabio Francesco Pagano

L'ATTUALITÀ DEL PENSIERO
DI SALVATORE PUGLIATTI SU
“DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO PRIVATO”*

SOMMARIO: 1. Il pensiero di Salvatore Pugliatti sul rapporto tra Diritto pubblico e diritto privato nella voce dell'Enciclopedia del Diritto del 1964: brevi linee ricostruttive. – 2. La dottrina di Pugliatti nell'attuale contesto di (apparente) privatizzazione del Diritto pubblico. – 3. Considerazioni conclusive.

1. *Il pensiero di Salvatore Pugliatti sul rapporto tra Diritto pubblico e diritto privato nella voce dell'Enciclopedia del Diritto del 1964: brevi linee ricostruttive*

Lo studio della relazione tra la dimensione pubblicistica e quella privatistica del diritto ha attraversato una parte significativa della poderosa produzione scientifica di Pugliatti; basti solo fare riferimento allo scritto su *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, oppure al saggio su *Interesse pubblico e interesse privato nel libro delle obbligazioni*, ed ha trovato una sua compiuta definizione e consacrazione nella voce *Diritto pubblico e diritto privato* dell' *Enciclopedia del diritto* su cui si concentrerà l'attenzione per ripercorrere il pensiero dell'illustre Autore in ordine alla dicotomia pubblico-privato. L'importanza della “voce” in questione è confermata, del resto, da quella autorevole dottrina¹ che ha sottolineato come questa assurga ad “autentico trattato della materia” e

* Testo riveduto e corretto della relazione svolta il 20 Aprile 2015 presso l'Università degli Studi di Messina in occasione del Convegno “Salvatore Pugliatti i Grandi del Passato per i messinesi del futuro”.

¹ G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma 2000, 359, il quale ne mette in evidenza la prosa “chiara e stringente”, la “ricchezza dei riferimenti” e la “lucidità dell'impianto ricostruttivo”.

rappresenti “la trattazione più estesa, approfondita e organica sull’argomento”.

Del resto, l’interesse di Pugliatti per la complessa relazione tra pubblico e privato si inserisce in un più ampio contesto di interdisciplinarietà della sua ricerca giuridica che non di rado si è soffermata su tematiche giuspubblicistiche o, comunque, di sicuro rilievo anche per i cultori del diritto pubblico oltre che per quelli del diritto privato. Al riguardo è esemplare il saggio *Atto giuridico e determinazioni accessorie di volontà* risalente al 1937, nel quale il giurista messinese instaura un fecondo dialogo con due dei più autorevoli giuspubblicisti dell’epoca, ossia il costituzionalista Carlo Esposito e l’amministrativista Giuseppino Treves.

In particolare, in tale lavoro Pugliatti confuta la nota tesi di Esposito che riteneva che il fondamento dell’abrogazione potesse rinvenirsi nella circostanza che ciascuna legge contenga implicitamente una condizione risolutiva avente effetto *ex nunc* della sua efficacia e validità² in modo che ogni atto legislativo sia sottoposto, per l’appunto, alla condizione risolutiva dell’entrata in vigore di un’altra legge ad esso successivo o con esso incompatibile.

Orbene, Pugliatti sottolinea come siffatta impostazione ermeneutica avrebbe trapiantato nel diritto pubblico e costituzionale il concetto civilistico di condizione operando un vero e proprio rovesciamento dei suoi caratteri e dei suoi elementi costitutivi. Infatti, la pretesa condizione si sarebbe trasformata in un elemento essenziale dell’atto giuridico “legge” perdendo la sua natura di elemento accidentale; essa, inoltre, sarebbe stata implicita e non avrebbe ricoperto, invece, il suo normale ruolo di determinazione accessoria della volontà costituente il contenuto dell’atto. Per di più, la condizione avrebbe assunto efficacia *ex nunc* mentre normalmente questa ha efficacia *ex tunc*. Da ultimo, poiché non vi sono leggi eterne, sarebbe venuto meno il carattere dell’incertezza (*incertus an... incertus quando*) che è propria della condizione³.

Parimenti, Pugliatti critica la tesi di Treves che sostiene come il concetto di *modus sia* applicabile agli atti amministrativi⁴. Infatti, egli ritiene la definizione dell’illustre giuspubblicista, che ricostruiva il *modus* apposto agli atti amministrativi quale “limitazione dell’attività” del suo desti-

² C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padova 1934, 76 ss.

³ S. PUGLIATTI, *Atto giuridico e determinazioni accessorie di volontà*, in *Riv. Dir. civ.*, 1937, 37 ss.; ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano 2010, 237 ss.

⁴ G. TREVES, *Sul «modus» negli atti amministrativi*, in *Studi sassaresi*, XIV, 1936, 2 ss.

natario "in ordine all'esercizio delle facoltà accordategli, richiesta dal pubblico interesse"⁵, sia "quanto mai generica, e tale da togliere ogni fisionomia tecnicamente definita al concetto" in questione rispondendo piuttosto "a significati non tecnici attribuiti *ab antiquo* alla parola *modus*, e quindi si riconduce ad una fase prescientifica"⁶.

In questa volontà di Pugliatti di instaurare un confronto con studiosi di altre branche della scienza giuridica al fine di chiarire le problematiche connesse all'impiego di concetti propri del diritto privato nell'ambito del diritto pubblico⁷ si rinviene uno dei fili conduttori del pensiero del giurista messinese sul rapporto pubblico-privato che si avrà modo di illustrare in questa breve disamina, ossia l'inevitabile distinzione tra i due rami del diritto, pur nei reciproci momenti di complementarità, nonché la consapevolezza delle diversità metodologiche dei privatisti e dei giuripubblicisti che, però, non possono e non devono impedire il dialogo tra i cultori dei differenti rami costitutivi dell'ordinamento al fine di estendere l'angolo visuale da cui guardare ai fenomeni giuridici. Al riguardo, lo scopo dell'illustre Autore è proprio quello di preparare "l'impalcatura [...] di quella teoria generale capace di attuare un sistema del diritto, pubblico e privato"⁸.

Ciò detto, in questa sede si privilegerà un approccio volto a delineare, seppur sommariamente, i tratti salienti del pensiero pugliattiano in ordine alla relazione tra diritto pubblico e diritto privato, per poi mettere in evidenza l'attualità della ricostruzione da questi operata in un contesto storico-giuridico e normativo sensibilmente mutato rispetto alla stesura della voce enciclopedica in questione, pubblicata oltre mezzo secolo addietro.

⁵ *Ibidem*, 10.

⁶ S. PUGLIATTI, *Atto giuridico e determinazioni accessorie di volontà*, cit., 245.

⁷ Secondo una tendenza tutt'altro che episodica e isolata che già a metà dell'ottocento aveva indotto C.F. GERBER, *Diritto pubblico* (1852), Milano 1971, 37-38, ad osservare come il diritto privato penetrasse nel diritto pubblico "ora prestandogli le proprie figure per costruire i suoi elementi, ora lasciandogli usare i suoi rapporti giuridici sostanziali per allacciare ad essi facoltà ed obblighi giuridici, ora infine apportando al diritto pubblico, entro i limiti del proprio peculiare carattere, il necessario sostegno e complemento". Del resto la stessa nozione generale di Istituto, nata nel contesto del diritto privato e destinata a pervaderne a lungo le costruzioni scientifiche, verrà poi trapiantata nell'ambito del diritto pubblico dove, soprattutto con riferimento al diritto costituzionale, avrà impieghi più pragmatici come sottolineato da C. PINELLI, *Principi, regole, istituti*, in corso di pubblicazione nella raccolta degli *Scritti in onore di G. Silvestri*.

⁸ *Ibidem*, 235.

Orbene, Pugliatti sostiene con fermezza che la distinzione tra i due principali rami del diritto, nonché la sfera delle loro rispettive e reciproche interferenze, non possa avere solo un valore giuridico astratto, ma debba essere collocata nella dimensione storica, con riferimento alla storia giuridica in particolare e alla storia in generale⁹. Accertato, quindi, come lo Stato italiano, anche nei secoli che hanno portato alla sua formazione, si sia sempre dimostrato sensibile alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato così come coltivata ed elaborata dalla scienza giuridica, Pugliatti individua nella nozione di diritto pubblico “tutto ciò che attiene agli interessi pubblici e alla loro attuazione, quali che siano gli enti esponenziali e i soggetti ai quali essa è affidata”, mentre annovera nel campo del diritto privato “quanto concerne l’interesse individuale, o l’interesse dei singoli” non dimenticando di sottolineare come la sfera fondamentale del diritto pubblico sia rappresentata dall’organizzazione dello Stato e dal “complesso normativo che la cimenta e la anima”¹⁰.

Enucleate, seppur in senso lato, le sfere di influenza del diritto pubblico e del diritto privato, Pugliatti affronta la tematica principale della sua analisi, ossia la relazione intercorrente tra i predetti rami del diritto, rifuggendo da qualsiasi impostazione volta ad affermare il principio del primato del diritto pubblico o, all’opposto, la prevalenza del diritto privato sul diritto pubblico.

Infatti, la prima delle due impostazioni, nel propugnare la tesi che il diritto privato sia una mera diramazione del diritto pubblico, svisciva la stessa dicotomia tra pubblico e privato poiché, chiarisce Pugliatti, se il diritto privato non è che una specificazione di quello pubblico “in definitiva esso non è altro che diritto pubblico”¹¹.

Anche la seconda impostazione tesa ad evidenziare il primato del diritto privato sul diritto pubblico conduce, per l’illustre studioso, alla medesima conseguenza di vanificare la dicotomia tra i due principali rami del diritto confinando il diritto pubblico nella sfera etica e, quindi, in una dimensione *ab origine* extragiuridica¹² rispetto alla dimensione del diritto privato considerata intrinsecamente giuridica. Siffatta impostazione, che tra l’altro non teneva in alcuna considerazione il fondamentale lavoro compiuto dalla Scuola Orlandiana nel costruire una compiuta e organica scienza del diritto pubblico, rendeva inutile individuare i momenti di di-

⁹ S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, Milano 1964, 745.

¹⁰ *Ibidem*, 737.

¹¹ *Ibidem*, 719.

stinzione e di contatto di due elementi che rimanevano ontologicamente non comunicanti perché afferenti a due realtà diverse, l'una extragiuridica e l'altra giuridica.

Inoltre, le ragioni che per il giurista messinese inducevano ad escludere il primato di un ramo del diritto sull'altro non erano solo di ordine teorico e metodologico ma, anche, il frutto, in prospettiva storico-giuridica, dell'ineludibile commistione del diritto privato e del diritto pubblico. Commistione che egli evinceva anche e soprattutto dall'analisi del *corpus* normativo vigente e che oggi si apprezza ancor più di allora alla luce delle vistose evoluzioni che hanno interessato i rapporti tra diritto pubblico e diritto privato.

In particolare, il contesto storico-giuridico e normativo in cui scriveva Pugliatti era caratterizzato, coerentemente con il modello del *Welfare State* delineato nella Carta costituzionale, dall'aumento della sfera degli interessi pubblici e delle funzioni sociali dello Stato, alle quali corrispondono pretese dei cittadini a prestazioni positive, ed era improntato ad un assetto di relazioni tra sfera pubblica e sfera economica ispirato ai principi dello Stato interventista, tanto da poter parlare di una tendenza alla pubblicizzazione del diritto privato¹³. Al riguardo, emblematico è l'esempio rappresentato dall'evoluzione del diritto di proprietà di cui la Costituzione ha esaltato il rilievo pubblicistico, senza però, a detta dello stesso Pugliatti, trasformare la natura intrinsecamente privatistica dell'istituto. Più in generale, su questo stesso crinale si inserisce la complessiva disciplina costituzionale dei rapporti economici con i limiti che l'art. 41, comma 2, riconosce all'iniziativa economica privata e con la previsione della programmazione economica, mai pienamente attuata, di cui all'art. 41, comma 3, Cost. Si tratta di disposizioni tese a prevenire o, eventualmente, a reprimere ipotesi di "fallimento del mercato", "cioè possibili pregiudizi recati dalle spontanee dinamiche del mercato a carico di beni di sicuro rilievo costituzionale"¹⁴. L'iniziativa economica pubblica, poi, non si trovava in una posizione subordinata o residuale rispetto a quella privata: "pertanto non esistevano settori di attività ad essa pregiudizialmente preclusi"¹⁵. Anche i rapporti familiari, destinati a regolare il nu-

¹² Secondo l'impostazione propugnata da A. RAVA, *Il diritto come norma tecnica*, in *Diritto e stato nella morale idealistica*, Padova 1950, 101 ss.

¹³ S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., 741.

¹⁴ L. D'ANDREA, *I principi costituzionali in materia economica*, in *Consulta OnLine*, 2014, 13.

¹⁵ G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano 2003, 13.

cleo originario della società, vengono ad assumere, alla luce del dato costituzionale, una dimensione sovraindividuale e presentano per Pugliatti una stretta analogia con i rapporti di diritto pubblico¹⁶, essendo ben lungi dal rappresentare quell'isola lambita dal mare del diritto di cui scorreva una dottrina altrettanto autorevole¹⁷.

Ma l'ineludibile commistione tra pubblico e privato si apprezzava, per l'autorevole studioso, anche sul versante del completamento del diritto pubblico da parte del diritto privato: i diritti di libertà, i diritti della personalità, nonché quelli relativi alla tutela giurisdizionale, pur essendo di matrice eminentemente privatistica corrispondono ad interessi e valori fondamentali della vita dell'uomo che l'organizzazione giuridico-politica, per Pugliatti, non può che riconoscere e tutelare. Si tratta, quindi, di interessi rispetto ai quali ricollegare situazioni giuridiche soggettive di matrice pubblicistica significa attuare quell'equilibrio tra singolo e collettività indispensabile per dare una base legittima all'organizzazione della società¹⁸.

In un siffatto contesto teorico e metodologico, particolarmente attento al dato normativo vigente così come al piano storico-giuridico di riferimento, si inserisce la spiccata sensibilità di Pugliatti per l'interpretazione, l'attuazione e l'implementazione della Costituzione con un netto rifiuto per quelle tesi dottrinarie e giurisprudenziali della Cassazione che, a pochi anni dalla sua adozione, predicavano la natura esclusivamente politica e programmatica della Carta del 1948 a discapito della sua diretta applicabilità¹⁹.

¹⁶ S. PUGLIATTI, *loc. ult. cit.*, 711; Sembra criticare questa impostazione G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 14 ss., il quale annovera il pensiero di Pugliatti tra i casi "isolati" di difesa della distinzione tra diritto pubblico e privato registratisi nella dottrina italiana. Più in generale, questo illustre Autore non condivide l'idea che in quegli anni si stesse realizzando una progressiva pubblicizzazione del diritto privato, dimostrandosi più incline a valorizzare l'impostazione di quella dottrina civilistica che nel mutare dei confini tra pubblico e privato comprendeva che "una nuova provincia, quella dell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione", aveva accresciuto il territorio di indagine dei giusprivatisti.

¹⁷ A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano 1957, 222.

¹⁸ S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., 705.

¹⁹ G. SILVESTRI, *Salvatore Pugliatti un maestro per tutti*, in *Riv. dir. civ.*, 6/2003, 560, che si sofferma sull'articolo del 1950 di Pugliatti relativo alla retribuzione sufficiente di cui all'art. 36 Cost. che risolse il problema della diretta applicabilità dei contratti collettivi di lavoro anche ai non iscritti ai sindacati e con il quale l'illustre Giurista messinese dimostrò l'immediata applicabilità e precettività della norma in questione e, quindi, della

Orbene, la consapevolezza della costante distinzione tra i due principali rami del diritto sul piano storico-giuridico e normativo, nonché la loro stretta compenetrazione all'interno dell'ordinamento induce Pugliatti a ricercare, sul piano teorico e dogmatico, la spiegazione della complessa relazione intercorrente tra diritto pubblico e diritto privato partendo da quelli che per lui sono i due pilasti di una qualsiasi costruzione giuridica. Si tratta, da un lato, della preminente posizione pubblica dello Stato e del predominio di quest'ultimo nell'applicazione delle norme e, dall'altro, della funzione creatrice dei privati cittadini che, spontaneamente, danno vita alle norme giuridiche: "la norma concreta di un concreto atto di volontà crea [...] un rapporto diritto-obbligo e, quindi, un ordinamento giuridico"²⁰.

Insomma, nel pensiero di Pugliatti l'esperienza giuridica si radica attorno ad una dimensione pubblicistica autoritaria e ad una privatistica della giuridicità creatrice e spontanea. In un simile contesto, la dimensione pubblica e quella privata, pur rimanendo distinguibili, non solo interagiscono, sino al punto di divenire complementari in molti settori dell'ordinamento, ma la loro stessa coesistenza diviene necessaria per la sopravvivenza di qualunque organizzazione sociale che non può prescindere dalla dicotomia pubblico-privato pena la dissoluzione del diritto stesso. Questi, infatti, se è tutto pubblico "diviene espressione di forza non controllata né limitata di chi detiene il potere", se tutto privato si atteggiava quale "organismo senza la forza di un potere" in modo che il primo risulta senza garanzia²¹ e il secondo senza vitalità²².

In questa impostazione si avverte pienamente il forte rischio di totalitarismo presente in tutte quelle teorie che negavano la distinzione tra diritto pubblico e privato e, del resto, lo stesso Pugliatti rammenta espressamente come in Germania, durante la dittatura del regime nazional-socialista, la distinzione fosse stata decisamente negata riducendosi il

Costituzione dando prova, secondo questa autorevole dottrina, di avere una visione teorica del diritto "straordinariamente moderna".

²⁰ *Ibidem*, 716, che sottolinea come il rapporto giuridico sia il nucleo primo di ogni ordinamento e la "forma elementare di ogni organizzazione sociale".

²¹ Lo stesso V.E. ORLANDO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, I, Milano 1897, 1041 ss., nega "l'assoluta indipendenza, anzi superiorità del diritto pubblico" perché ciò avrebbe comportato "in favore delle pubbliche amministrazioni tutta una serie di privilegi odiosi".

²² S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., 697.

diritto a metro della *Gemeinschaft* e, quindi, per intero sotto il segno del diritto pubblico²³.

2. *La dottrina di Pugliatti nell'attuale contesto di (apparente) privatizzazione del Diritto pubblico*

Chiariti, seppur sommariamente, i tratti salienti della ricostruzione di Pugliatti in ordine alla complessa relazione tra pubblico e privato, occorre saggiarne l'attualità alla luce del mutato contesto storico-giuridico e normativo di riferimento. Infatti, come già accennato, Pugliatti scrive in un momento in cui, complice la nuova Costituzione repubblicana, si affermava, secondo l'impostazione accolta da Pugliatti, un processo di pubblicizzazione del diritto privato allo scopo di valorizzare proprio gli interessi e le finalità di matrice pubblicistica di alcuni istituti.

Di converso, quantomeno dagli inizi degli anni novanta del secolo scorso, si è registrata un' almeno apparente inversione di tendenza attraverso una progressiva privatizzazione del diritto pubblico quale conseguenza di scelte normative che hanno investito principalmente il diritto amministrativo, tanto sul piano dell'organizzazione, quanto su quello dell'attività e, quindi, dell'esercizio delle funzioni pubbliche, sicché che alcuni autori, specie nel mondo anglosassone, si sono spinti a preconizzare la "soppressione del diritto amministrativo o la fine del diritto pubblico"²⁴. Per il vero, si avrà modo di evidenziare come l'espansione del diritto privato in settori tradizionalmente appannaggio del diritto pubblico abbia interessato, nel nostro ordinamento, addirittura il suo "nocciolo duro", ossia lo stesso diritto costituzionale, seppur in modo certamente circoscritto ed occasionale rispetto al diritto amministrativo il quale è oggetto di un curioso fenomeno poiché, a fronte del processo di privatizzazione di cui si è detto, questi è caratterizzato,

²³ S. PUGLIATTI, voce *Ibidem*, 697, che sottolinea come maggiormente acuta è la crisi nel campo del diritto, quanto i più tendono a negare la distinzione tra pubblico e privato dimenticando che l'esigenza razionale del diritto è nei due termini della dicotomia in questione. Sulla necessaria distinzione tra pubblico e privato anche F. VASSALLI, *Diritto pubblico e diritto privato in materia matrimoniale*, in *Arc. eccl.*, 1939, 38; G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 3/1998, 677 ss.

²⁴ G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 17, al quale si rinvia per i riferimenti alla dottrina anglosassone in questione.

al contempo, da una sua progressiva costituzionalizzazione sul versante dei principi²⁵.

Orbene, il tentativo di Pugliatti di mantenere ferma la distinzione tra diritto pubblico e privato e tra gli interessi collettivi e individuali sottesi ai due principali rami del diritto continua ad apprezzarsi, così come si apprezza la lungimiranza dell'illustre studioso messinese nel ritenere che pubblico e privato, pur nella reciproca distinzione e diversità, si caratterizzino per un'altrettanto reciproca compresenza e compenetrazione. L'attualità di questo aspetto del pensiero di Pugliatti è evidente tanto sul piano dell'organizzazione pubblica, quanto su quello dell'esercizio dell'attività amministrativa.

Infatti, sul versante di quello che l'Autore messinese definisce "diritto organizzatorio dello Stato", che per lui rappresenta la sfera fondamentale del diritto pubblico²⁶, già Pugliatti criticava l'idea che il riferimento allo Stato caratterizzasse "nell'insieme e in tutte le sue parti il diritto pubblico"²⁷. Pertanto, pur riconoscendo come il carattere assolutamente ed esclusivamente pubblicistico dello Stato si riflettesse sulle "diramazioni maggiori" del "diritto organizzatorio", sottolineava al contempo come lasciando quest'ultime crescessero le difficoltà relative all'inclusione nel campo del diritto pubblico o del diritto privato.

Nulla di più attuale, basti solo fare riferimento ai settori apicali dell'organizzazione statale così come delineati dalla Costituzione e dalle leggi di immediata attuazione della stessa (l. n. 400 del 1988, d.lgs. n. 300 del 1999; d.lgs. n. 303 del 1999) che hanno un'impronta esclusivamente pubblicistica, al pari dei vertici organizzativi degli altri enti territoriali. Di converso, scendendo verso i rami più bassi dell'organizzazione dello Stato e degli altri enti pubblici, non solo si apprezza la commistione tra diritto pubblico e diritto privato, ma questa oggi è ancor più accentuata rispetto all'epoca in cui scriveva Pugliatti.

Al riguardo, si pensi alle modalità di gestione dei servizi pubblici e alla loro progressiva evoluzione da modelli organizzatori interamente o prevalentemente pubblicistici (gestione diretta, anche mediante aziende speciali, gestione indiretta e *in house providing*) sino a modelli che presuppongono la compresenza di pubblico e privato o la completa gestione del servizio pubblico da parte del privato senza alcun coinvolgimento del

²⁵ Sul punto si rinvia a S. CASSESE, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo*, in corso di pubblicazione nella raccolta degli *Scritti in onore di G. Silvestri*.

²⁶ S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., 737.

²⁷ *Ibidem*, 738.

soggetto pubblico. Nello specifico, il riferimento più immediato è quello del ricorso alle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali che realizzano una forma di partenariato pubblico privato che, com'è noto, nella versione del partenariato contrattuale determina la completa esternalizzazione del servizio che viene interamente gestito dal privato attraverso la concessione pubblica.

Più in generale, la commistione tra diritto pubblico e diritto privato nei rami non apicali dell'organizzazione pubblica si apprezza attraverso il riferimento alla nozione soggettiva di pubblica amministrazione incline, in materia di appalti, ad espandersi vertiginosamente sino a ricomprendere, attraverso l'organismo di diritto pubblico, società private chiamate a svolgere funzioni pubblicistiche pur senza il ricorso al modello concessorio²⁸.

Si tratta di modalità di organizzazione dell'amministrazione in relazione all'erogazione di servizi pubblici che inverano, a livello di disciplina ordinaria, quanto sancito dall'art. 118, comma 4 Cost., riguardo al principio di sussidiarietà orizzontale²⁹. Detta norma, del resto, attraverso la previsione dell'esercizio, in via prioritaria, di funzioni pubbliche da parte dei privati, rappresenta un evidente esempio della penetrazione a livello costituzionale del rapporto di complementarità tra diritto pubblico e diritto privato.

Il processo di progressiva compenetrazione di cui si è detto non esclude, però, secondo l'insegnamento di Pugliatti, la necessità di continuare a distinguere pubblico e privato posto che dalla predetta distinzione derivano regimi giuridici differenti da applicare agli istituti e alle fattispecie giuridiche che vengono in rilievo di volta in volta. Per il vero, si tratta di una distinzione non sempre agevole. Infatti, volendo rimanere sul piano dell'organizzazione e del partenariato pubblico-privato a cui si è accennato, risulta abbastanza semplice individuare il momento pubblicistico nella procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato in relazione al c.d. partenariato istituzionale, oppure del soggetto terzo a cui affidare la concessione nell'ipotesi del già citato partenariato contrattuale. Di converso, risulta più complessa l'individuazione della natura del contratto di servizio che è volto a regolare i rapporti tra la P.A. e il titolare del servizio pubblico e che parte della dottrina riconduce

²⁸ R. DI PACE, *Partenariato pubblico e privato e contratti atipici*, Milano 2006, 197.

²⁹ G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.* 1/2002, 5 ss.

nell'alveo delle convenzioni accessive alla concessione³⁰ oppure in quello della concessione contratto o, ancora, nell'ambito degli accordi procedurali³¹, mentre altri autori ne privilegiano una ricostruzione in chiave privatistica facendo leva sull'oggetto del contratto di servizio consistente nella "fornitura di determinate prestazioni ai cittadini"³². Parimenti, si pensi alle Carte dei servizi che rivestono natura regolamentare o provvedimentale se adottate dall'ente pubblico e hanno, invece, carattere negoziale se promananti dal gestore privato.

Sempre sul versante dell'organizzazione, la tenue linea di confine tra regime pubblicistico e regime privatistico si apprezza in modo particolare, nell'ambito della privatizzazione del pubblico impiego, con riferimento alla distinzione, invero non sempre agevole, tra atti di macro-organizzazione e atti di micro-organizzazione. Infatti, mentre i primi risultano espressione di un potere di "alta organizzazione" esercitato in forma pubblicistica attraverso atti funzionalizzati alla Costituzione e alla legge e sono rimessi, quindi, alla giurisdizione amministrativa, i secondi, invece, presentano natura negoziale, trovano il proprio fondamento nel contratto di lavoro e, com'è noto, sono soggetti al sindacato del giudice ordinario³³.

Orbene, senza voler indugiare ulteriormente su profili tecnici, è sufficiente sottolineare come l'aspetto organizzativo, seppur caratterizzato ai suoi livelli non apicali dalla commistione pubblico-privato, non possa prescindere, secondo l'insegnamento del giurista messinese, dal mantenimento di una distinzione gravida di importanti ricadute sul piano della disciplina giuridica e che faccia salva l'unità e razionalità dell'ordina-

³⁰ F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui nuovi "servizi pubblici"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2002, 965, che sottolinea come che il contratto di servizio sia una modalità di organizzazione del servizio pubblico e, sotto questo aspetto, il rapporto che si stabilisce tra l'amministrazione competente per l'erogazione del servizio e l'impresa che assume l'incarico di produrlo non sia diverso da quello che si costituiva per effetto di una concessione.

³¹ A. ROMANO TASSONE, *Il contratto di servizio*, in *Dir. trasp.*, 1998, 613 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, in *Enc. dir. Agg.*, V, Milano 2001, 14, il quale ritiene che il contratto di servizio rientri nella più generica categoria degli "accordi che le pubbliche Amministrazioni stipulano con soggetti privati nell'esplicazione di un potere amministrativo". Condivide siffatto orientamento, G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 164.

³² C. MARZUOLI, *Il contratto di servizio in materia radio-televisiva: un contratto autentico?*, in *Dir. radiodif. telecom.*, 3/2000, 760.

³³ E.A. APICELLA, *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano 2002, 603 ss.

mento in modo da poter distinguere quando una determinata fattispecie ricada sotto un regime pubblicistico o privatistico.

Anche e soprattutto sul piano dell'amministrazione in senso oggettivo l'integrazione tra diritto pubblico e diritto privato si è viepiù accresciuta. Si pensi alla crisi del primato del provvedimento amministrativo in ragione dell'emergere di modelli consensuali di esercizio del potere nei quali si possono facilmente annoverare sia gli accordi di cui all'art. 11 della l. n. 241 del 1990, quanto il ricorso all'attività contrattuale da parte della P.A. Del resto, è ben noto come l'art. 1, comma 1-*bis*, della l. n. 241 del 1990 sancisca, con una formula non priva di ambiguità, che nell'esercizio dell'attività non autoritativa l'amministrazione debba fare ricorso agli strumenti privatistici, salvo che la legge non disponga diversamente.

Si pensi, ancora, all'impiego di principi di matrice eminentemente privatistica, quale la buona fede oggettiva, come fondamento del legittimo affidamento nei confronti dell'attività amministrativa e, per una parte della dottrina, nei riguardi della stessa funzione legislativa³⁴.

Anche il sistema civilistico della responsabilità si è progressivamente esteso al diritto pubblico. Infatti, non solo vi è stato il riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi *ex art.* 2043 c.c., come già suggerito dallo stesso Pugliatti³⁵ molti anni prima della famosa pronuncia delle S. U. n. 500 del 1999, ma anche la previsione della responsabilità risarcitoria del legislatore per la mancata o inesatta attuazione del diritto europeo³⁶ così come sancita dalla Corte di Giustizia³⁷. A ben vedere, si tratta di una profonda penetrazione del diritto privato in aree solidamente regolate dal diritto pubblico, anzi nello stesso diritto costituzionale ove l'atto sovrano per eccellenza, ossia la legge, e di conseguenza, la

³⁴ F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano 1970, ora in ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all' "alternanza"*, Milano 2001, 41 ss.

³⁵ S. PUGLIATTI, *Sulla risarcibilità dei danni da lesione degli interessi legittimi*, in *Atti del Convegno Nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione degli interessi legittimi*, Milano 1965; ora in ID., *Scritti giuridici*, V, Milano 2011, 886.

³⁶ Sul punto si rinvia a R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova 1999, 4 ss.

³⁷ *Ex multis* Corte di Giustizia 19 novembre 1991, in C-46/93 e C-9/90 *Andrea Francovich e Danila Bonifaci e altri c. Repubblica italiana*; Corte di Giustizia 25 febbraio 1999, in C-131/97, *Annalisa Carbonari e a. c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, Università degli Studi di Bologna*; 3 ottobre 2000, in C-371/97, *Cinzia Gozza e a. c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, Università degli Studi di Padova*; 19 maggio 2011, in C-452/09, *Tonina Enza Iaia e a. c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, Università degli Studi di Pisa*.

condotta del legislatore inadempiente rispetto all'attuazione del diritto europeo, può determinare il sorgere di responsabilità aquiliana in capo a quest'ultimo.

3. *Considerazioni conclusive*

Orbene, occorre chiedersi, quali aspetti del lascito di Pugliatti in ordine alla dicotomia pubblico-privato risultino particolarmente attuali nel contesto di rapporti poc'anzi descritto.

Uno di questi è certamente di metodo e attiene al modo attraverso cui guardare alla predetta contrapposizione. L'illustre Autore indica la lente del sistema storico-politico, storico-giuridico e normativo. Nulla di più vero. Infatti, l'evoluzione di cui si è detto e che ha determinato una progressiva tendenza alla privatizzazione del diritto pubblico, affonda le proprie radici nel diverso rapporto tra lo Stato e il sistema economico. Il passaggio dallo Stato interventista a quello regolatore ha determinato un arretramento dell'intervento diretto della mano pubblica nel campo del mercato ed una conseguente riespansione del ruolo dei privati e, quindi, del diritto civile. Si pensi alle privatizzazioni iniziate degli anni novanta³⁸ che hanno determinato la progressiva riduzione del sistema delle partecipazioni statali e degli atti di indirizzo da parte degli enti di gestione nei confronti delle società pubbliche a tutto vantaggio di una disciplina rimessa, prevalentemente, ai modelli societari disciplinati dal Codice civile. Parimenti, però, a dimostrazione dell'impossibilità di configurare, come già sostenuto da Pugliatti, la preminenza di uno dei due rami dell'ordinamento sull'altro si è avuta un'espansione dell'area del pubblico in nuove e importanti materie. Al riguardo, basti pensare alla creazione di sempre più numerose Autorità indipendenti per la regolazione di settori in precedenza deregolamentati e rimessi all'autonomia dei privati.

Anche il processo di integrazione europea e il diritto europeo hanno influito significativamente sul nuovo assetto di rapporti tra pubblico e privato. L'ampliamento della nozione di amministrazione in senso soggettivo e la responsabilità dello Stato legislatore per la mancata attua-

³⁸ Su cui F. MERUSI, *La disciplina pubblica delle attività economiche nei 150 anni dell'Unità d'Italia*, in *Dir. Soc.*, 1/2012, 99. Per un quadro generale sulle privatizzazioni realizzate nel nostro ordinamento E. BARUCCI, F. PIEROBON, *Le privatizzazioni in Italia*, Roma 2007, 4 ss.

zione del diritto europeo sono due dei più significativi esempi dell'influenza europea in tal senso.

Da ultimo, le stesse riforme amministrative che dalla l. n. 241 del 1990 hanno portato all'adozione della l. n. 205 del 2000, della l. n. 15 del 2005 e all'emanazione del Codice del processo amministrativo improntato al rispetto del principio di effettività della tutela, sono il risultato di una scelta storico-politica e storico-giuridica volta a modificare radicalmente l'assetto dei rapporti tra la P.A. e il cittadino.

Ciò detto, preme evidenziare che, mentre Pugliatti era animato dall'intenzione di arginare un'evoluzione dell'ordinamento che temeva potesse sfociare nella consacrazione del primato del diritto pubblico sul diritto privato, con grave nocumento per l'autonomia e per le libertà economiche dei singoli consociati, oggi ripercorrere il pensiero dell'illustre giurista messinese ha il fine, diametralmente opposto, di evitare che la privatizzazione del diritto pubblico (sotto certi profili più apparente che reale) possa determinare il predominio del diritto privato nei riguardi della sfera pubblica e, di conseguenza, il costante prevalere degli interessi individuali su quelli collettivi. Inoltre, per quel che attiene in modo specifico al diritto costituzionale, lo scopo è quello di rimarcare l'esistenza di una sfera di discrezionalità politica garantita rispetto a pretese, come si è accennato anche risarcitorie, dei singoli.

Al riguardo, è possibile fare riferimento agli effetti di un'eventuale ed incontrollata espansione, su impulso della giurisprudenza sovranazionale, della portata del principio del legittimo affidamento che, se non circoscritto ai casi in cui il mutamento normativo, principalmente ma non necessariamente di segno retroattivo, incida su specifiche situazioni giuridiche soggettive ormai definitivamente consolidate in capo al cittadino, potrebbe comprimere la discrezionalità del legislatore in modo da assumere un non auspicabile effetto di pietrificazione della disciplina normativa³⁹.

Sul piano dell'attività amministrativa, invece, il ricorso a modelli consensuali e a strumenti privatistici non può far venire meno il fine istituzionale della P.A., ossia la cura concreta degli specifici interessi pubblici individuati dalla legge che questa è chiamata a perseguire anche quando ricorre all'impiego del diritto comune⁴⁰. Si tratta di una constatazione

³⁹ Per un maggior approfondimento di queste problematiche sia consentito rinviare a F.F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corti sovranazionali*, in *Dir. pubbl.*, 2/2014, 583 ss.

⁴⁰ G. ROSSI, *op. cit.*, 678.

tutto sommato abbastanza evidente ma funzionale a mettere in luce come in tal modo si realizzi, sul piano dell'amministrazione in senso oggettivo, una sorta di riequilibrio del rapporto tra diritto pubblico e diritto privato, poiché all'impiego sempre più rilevante dello strumento privatistico continua comunque a corrispondere il perseguimento di un fine pubblicistico e di un interesse sovraindividuale.

Dette considerazioni, però, sono valide anche sul piano dell'amministrazione in senso soggettivo. Sul punto, si pensi all'utilizzo nel campo degli appalti della già citata nozione di organismo di diritto pubblico che permette di attribuire veste pubblicistica ad un soggetto privato al precipuo scopo di limitarne, in funzione del perseguimento del preminente interesse pubblico, proprio l'attività più marcatamente privatistica, ossia quella contrattuale.

Semmai ci si dovrebbe chiedere, ma non è questa la sede, se lo strumento di diritto comune, anche al di fuori dei casi di attività autoritativa, sia sempre in grado di soddisfare il perseguimento dell'interesse pubblico alla stessa stregua del provvedimento.

Insomma, l'espansione del diritto privato nel campo dell'organizzazione e dell'attività amministrativa, lungi dal determinare una vera e propria privatizzazione del diritto pubblico, determina la reazione inversa dell'ordinamento attraverso un'altrettanta espansione della sfera pubblica in settori precedentemente privi di regolazione. Parimenti, soggetti, attività e rapporti retti dal diritto privato sono sottoposti a prescrizioni speciali che definiscono le condizioni del ricorso al diritto civile, forme e modalità di svolgimento dell'azione e controlli sulla rispondenza all'interesse pubblico delle attività poste in essere attraverso l'utilizzo degli strumenti privatistici⁴¹.

Al riguardo, emblematico è il riferimento all'art. 1, comma 1-ter, della l. n. 241/1990 che impone ai soggetti privati preposti all'esercizio di funzioni amministrative il rispetto dei principi dell'azione amministrativa sanciti dal comma 1 della stessa l. n. 241 del 1990. Si tratta di una norma assolutamente speculare rispetto all'apparente privatizzazione dell'azione amministrativa che mira a conciliare l'autonomia dei privati e la salvaguardia delle garanzie cui si accompagna lo svolgimento di funzioni pubbliche e di compiti di interesse generale⁴².

⁴¹ G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 155.

⁴² G. NAPOLITANO, *L'esercizio privato di attività amministrative*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. Cerulli Irelli, Na-

Un contesto siffatto sembra dimostrare tutt'oggi la validità dell'intuizione pugliattiana che riteneva il mantenimento dell'equilibrio tra diritto pubblico e diritto privato essenziale al fine di garantire la tenuta del sistema ordinamentale. Del resto, la complessità delle relazioni intercorrenti tra sfera pubblica e sfera privata con gli inevitabili intrecci di cui si è detto non svilisce necessariamente, come pure autorevolmente sostenuto in dottrina⁴³, il senso della dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato. Anzi, la necessità di mantenere ferma la distinzione oggi si apprezza ancora di più in ragione degli accresciuti elementi di commistione tra le due dimensioni del diritto che rendono più pressante la necessità di dirimere, di volta in volta, l'intreccio pubblico-privato al fine di ricostruire la natura giuridica dei soggetti e degli istituti presi in considerazione. La circostanza che, poi, ciò avvenga attraverso il prevalere della sostanza dei rapporti e degli interessi coinvolti rispetto ai profili formali dei predetti soggetti e istituti⁴⁴ non svilisce per nulla il mantenimento della distinzione tra momento pubblicistico e privatistico.

poli 2006, 89 ss., il quale, nel ricostruire i limiti e le modalità del trasferimento di funzioni pubbliche ai privati, interpreta l'art. 1, comma 1-ter, l. n. 241 del 1990, nel senso di escludere l'applicazione di tutte le prescrizioni della legge sul procedimento amministrativo ai predetti soggetti privati dovendo limitarsi quest'ultimi a porre in essere condotte "coerenti con il nucleo essenziale di tali regole" quando ciò sia necessario a garantire la conformità delle citate condotte ai principi generali dell'azione amministrativa e quando le tutele privatistiche si rivelino insufficienti.

⁴³ G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 244.

⁴⁴ Su cui si sofferma F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria della disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 39 ss.

ATTUALITÀ

*L'atto politico nel conflitto fra Governo e Sezioni Unite della Corte di Cassazione**

Giovanni Cocozza

SOMMARIO: 1. L'ordinanza della Corte costituzionale n. 40/2015 e la vicenda processuale che la precede. – 2. L'atto politico come oggetto del conflitto. – 3. Le persistenti difficoltà sulla configurazione dell'atto politico. – 4. Riflessioni conclusive.

1. *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 40/2015 e la vicenda processuale che la precede.* – L'ordinanza della Corte Costituzionale n. 40 del 2015¹ dichiara ammissibile il ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri nei confronti della Corte di Cassazione.

È l'ulteriore tappa di una vicenda processuale di non poco rilievo e che ha, per tale ragione, suscitato l'interesse della dottrina.

Si nota subito che oggetto di osservazione è la configurazione dell'atto politico e dei margini della sua sindacabilità. Tema antico che è ritornato di recente all'attenzione sollecitando riflessioni tese a far chiarezza su alcuni punti ancora oscuri che si collegano, peraltro, a tematiche di straordinaria rilevanza riferibili all'ampiezza dell'area della giustiziabilità e al rapporto fra organi giurisdizionali².

Il conflitto di attribuzione tra Governo e Corte di Cassazione trae origine da

¹ Corte Cost., 17 marzo 2015, n. 40 in *www.cortecostituzionale.it*.

² Sull'atto politico, ci si limita a ricordare C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Padova 1983; M. PERINI, *Atto politico e atto di governo*, in *Enc. giur.*, Aggiorn., XVI, Roma 2007; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti «di alta amministrazione»*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 101 ss.; S. FORASASSI, *Rassegna della giurisprudenza dei tribunali amministrativi regionali su «l'atto politico»*, in *Nuove autonomie*, 2009, 289 ss.; S. DETTORI, *Rassegna della giurisprudenza del Consiglio di Stato su «l'atto politico»*, *ivi*, 2009, 267 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Atto politico e interesse pubblico*, in AA.VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, I, a cura di A. CONTIERI, F. FRANCIANO, M. IMMORDINO, A. ZITO, Napoli 2010, 311 ss.; F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, in AA.VV., *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, a cura di P. BONETTI, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI, Torino 2012, 74 ss.; G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, 329 ss.

una controversia instaurata da un'associazione non riconosciuta UAAR (unione degli atei e degli agnostici) nei confronti del Governo a causa del mancato avvio delle trattative finalizzate alla conclusione dell'intesa ai sensi dell'art. 8, comma 3, della Costituzione.

Il Consiglio dei Ministri aveva, infatti, con delibera del 27 novembre 2003, rifiutato di avviare le trattative sulla base dell'assunto che l'ateismo non potesse essere assimilato a una confessione religiosa³.

L'impugnativa di tale delibera innanzi al T.A.R. Lazio si concludeva con una pronuncia di inammissibilità per difetto assoluto di giurisdizione, avendo il giudice inquadrato l'atto del Consiglio dei Ministri come di natura politica⁴.

Di contrario avviso si mostrava, però, il Consiglio di Stato che, con sentenza n. 6083 del 2011⁵, riformava la decisione del giudice di prima istanza, affermando la giurisdizione del giudice amministrativo dal momento che l'atto impugnato non poteva essere considerato atto politico, ma era espressione di discrezionalità tecnica, come tale suscettibile di sindacato da parte del giudice amministrativo⁶.

Avverso la decisione del Consiglio di Stato, il Presidente del Consiglio dei Ministri proponeva ricorso, ai sensi dell'art. 111 Cost., ult. comma, alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, eccependo che il rifiuto delle trattative fosse atto politico insindacabile e invocando, di conseguenza, il difetto assoluto di giurisdizione.

³ La vicenda ha inizio con un primo diniego impugnato con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, annullato per incompetenza poiché deciso con una semplice nota a firma del sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio, laddove la competenza invece è del Consiglio dei Ministri ai sensi della legge 23 agosto 1988, n. 400 (art. 2, comma 3, lett. l)).

Dopo una lunga fase di contatti tra l'associazione e l'amministrazione si è giunti alla deliberazione del Consiglio dei Ministri che ha provocato la reazione in sede processuale da parte dell'associazione.

La delibera del Consiglio dei Ministri motiva il diniego di avviare la trattativa fondandosi sulla circostanza che la professione dell'ateismo non può essere regolata in modo analogo a quanto disposto dall'art. 8 Cost. per le confessioni religiose giacché la confessione religiosa è soltanto «un fatto di fede rivolto al divino e vissuto in comune tra più persone che lo rendono manifesto alla società tramite una particolare struttura istituzionale».

⁴ L'argomento utilizzato dal T.A.R. Lazio è che le confessioni religiose hanno una mera facoltà e non un obbligo di chiedere di stipulare un'intesa con lo Stato.

⁵ Cons. Stato, sez. IV, 18 novembre 2011, n. 6083, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 5, 1204, con nota di L. FASCIO, *Le intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica tra atti politici e discrezionalità tecnica dell'amministrazione. il caso dell'UAAR (unione degli atei e degli agnostici razionalisti)*.

⁶ Nella sentenza indicata il Consiglio di Stato richiama l'indirizzo dominante secondo il quale la qualificazione dell'atto politico richiede la presenza di due requisiti: il primo di carattere soggettivo, il secondo di carattere oggettivo.

Nel caso di specie, il primo poteva ritenersi sussistente dal momento che le determinazioni sulle intese di cui all'art. 8, comma 3 Cost., sono riservate al Consiglio dei Ministri che è certamente organo di vertice dell'amministrazione. Non poteva però sussistere il requisito oggettivo dal momento che la valutazione svolta dal Consiglio dei Ministri sui presupposti per l'avvio delle trattative è esercizio di discrezionalità tecnica, come tale sindacabile da parte del giudice amministrativo.

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 16305 del 2013⁷, ha respinto il ricorso del Governo aderendo alla tesi del Consiglio di Stato e cioè che l'atto oggetto di impugnativa è espressione di discrezionalità tecnica⁸.

Vi è da aggiungere, ancora, che prima della proposizione del ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri, è intervenuta la sentenza del T.A.R. Lazio, n. 7068 del 2014, che ha definito la questione nel merito, escludendo che l'UAAR possa qualificarsi come confessione religiosa⁹.

2. *L'atto politico come oggetto del conflitto.* – In questo contesto si colloca l'ordinanza che giudica ammissibile il conflitto. Essa, nei limiti di una pronuncia di tal tipo, valuta sussistente il requisito soggettivo e oggettivo del conflitto.

Il primo perché non vi è dubbio sulla qualificazione del Presidente del Consiglio dei Ministri e della Corte di Cassazione come poteri dello Stato. Il secondo perché, nella prospettazione del ricorrente, vi sarebbe una sfera di attribuzioni costituzionalmente garantita del Governo *ex art. 8, 92 e 95 Cost.*, che si tradurrebbe in una funzione di indirizzo politico in materia religiosa compromessa dalla sentenza della Corte di Cassazione oggetto del conflitto.

Questo secondo profilo porta al tema sul quale la Corte Costituzionale dovrà pronunciarsi con la sentenza che definisce il conflitto stesso e che coinvolge la qualificazione dell'atto politico e i ruoli che svolgono al riguardo la Corte di Cassazione e il giudice dei conflitti.

Si deve notare che si viene ad assistere a una vicenda, con tratti di simiglianza, ma anche di significativa diversità, rispetto ad altra su cui di recente la Corte Costituzionale pure si è pronunciata con riferimento ai caratteri dell'atto politico e al ruolo ad essa riservato rispetto a quello assegnato alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

⁷ Cass. civ., Sez. Un., 28 giugno 2013, n. 16305, in *Foro it.*, 2013, 9, I, 2432, con osservazione di G. SIGISMONDI, *La nozione di atto politico: un concetto in evoluzione*.

⁸ La sentenza delle Sezioni Unite è strutturata tenendo conto del percorso giurisprudenziale sulla qualificazione dell'atto politico e sviluppando quanto si deve trarre dal principio di laicità con le conseguenze in tema di pluralismo confessionale e culturale e di eguale libertà delle confessioni religiose. Sulla base di questo impianto, la Corte di Cassazione ritiene che la posizione di chi richiede l'intesa tende ad ottenere «che il potere di avviare la trattativa sia esercitato in conformità alle regole che l'ordinamento impone in materia» sicché «il fondamento dell'interesse fatto valere riposa direttamente sui precetti costituzionali che fondano i diritti di libertà religiosa».

⁹ T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 3 luglio 2014, n. 7068, in *Foro amm.*, 2014, 7-8, 2149. Il giudice amministrativo conclude che la scelta compiuta dal Consiglio dei Ministri in conformità al parere reso dall'Avvocatura generale non sia censurabile nel momento in cui ha ritenuto che la norma costituzionale non sia estensibile per analogia a situazioni non riconducibili al concetto di confessione religiosa. La qualificazione della confessione religiosa «avente un contenuto positivo e, quale presupposto, un atto di fede rivolto al divino [...] non sembra manifestamente inattendibile o implausibile», stante la coerenza con il significato di religione che individua credenze e atti di culto che legano con un ordine superiore e divino.

Il riferimento è alla sentenza n. 81 del 2012¹⁰ quando, in sede di conflitto di attribuzioni intersoggettivo, la Corte Costituzionale dichiarò il ricorso stesso inammissibile in quanto la ricorrente Regione non aveva attivato il corretto procedimento che prevede il ricorso alle Sezioni Unite della Cassazione per difetto assoluto di giurisdizione¹¹.

In quel caso, dunque, il giudice costituzionale, in una prima parte della sentenza, riassunta nei punti 3, 4 e 4.1 del considerato in diritto, accoglie l'eccezione di inammissibilità sollevata dal Presidente del Consiglio dei Ministri, esplicitando che nel ricorso per conflitto vengono eccepiti *errores in iudicando* con riferimento alla prospettata (da parte della Regione) errata interpretazione dell'art. 46 dello Statuto regionale¹².

La Corte Costituzionale ha così ribadito che nel conflitto non si possono sindacare i modi di esercizio della funzione giurisdizionale.

Quella sentenza, però, non si è arrestata, come pure era possibile, alla dichiarazione d'inammissibilità, ma ha compiuto valutazioni di merito che, giustamente, in dottrina sono state indicate come di «rilevanza sistematica»¹³.

Ci si è riferiti, così, soprattutto a quel passaggio in cui si osserva che «nella misura in cui l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota l'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate». Da esso è possibile desumere che il giudice delle leggi accoglie quell'impostazione secondo la quale è sostanzialmente la sussistenza o meno di un preciso parametro valutativo a connotare la politicità¹⁴.

¹⁰ Corte Cost., 5 aprile 2012, n. 81, in *Giur. cost.*, 2012, 2, 1148, con note di R. CHIEPPA, *Una inammissibilità di ricorso per conflitto di attribuzioni rivestita da una opportuna motivazione sugli stretti limiti della discrezionalità politica non soggetta ad alcun sindacato giurisdizionale*; e di F. BILANCIA, *Ancora sull'«atto politico» e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto*.

¹¹ La Regione Campania aveva proposto conflitto di attribuzione nei confronti del Presidente del Consiglio dei Ministri in relazione alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502 (in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 7-8, 2439), confermativa della sentenza del T.A.R. Campania, sez. I, 7 aprile 2011, n. 1985 (in *Foro amm. T.A.R.*, 2011, 4, 1318), con cui era stato annullato l'atto del Presidente della Giunta regionale di nomina di un assessore.

¹² La Corte, a sostegno dell'inammissibilità, ricorda che nei giudizi davanti al giudice amministrativo la Regione aveva eccepito la natura di atto politico del decreto con cui il Presidente della Regione nomina i componenti della Giunta regionale. E che nonostante ci fosse stata un'argomentazione di tal tipo sin dal giudizio di fronte al T.A.R., non si era poi coerentemente eccepito il difetto assoluto di giurisdizione con ricorso ai sensi dell'art. 362, primo comma, c.p.c.

¹³ Cfr. D. MESSINEO, *Atti politici, Stato di diritto, strumenti di verifica della giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 2013, 4, 725. L'À. rileva che queste affermazioni portano direttamente al tema della qualificazione dell'atto politico «quale atto necessariamente legittimo in quanto non raffrontabile ad alcun parametro sostanziale». L'À. ricorda che si tratta della tesi sostenuta da Guicciardi (E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 256 ss.), alla stregua della quale, appunto, è proprio la raffrontabilità o meno con un parametro il discrimine per individuare l'atto politico.

¹⁴ Secondo la dottrina da ultimo ricordata (D. MESSINEO, *op. ult. cit.*, 726) si tratta di afferma-

Rinviamo a poco oltre qualche riflessione sul punto, anche alla luce delle recenti valutazioni critiche sviluppate in dottrina su tale impianto ricostruttivo, si vuole notare subito un aspetto di tipo più squisitamente processuale.

Nella sentenza della Corte Costituzionale 81/2012, vi è un percorso ricostruttivo che reca al suo interno una conclusione di inammissibilità (per omessa attivazione della competenza della Corte di Cassazione) e una di infondatezza perché, alla stregua dei parametri utilizzati dal giudice costituzionale, in quel caso non si tratta di atto politico e, pertanto, laddove il conflitto fosse stato ammissibile, sarebbe stato comunque infondato.

La conclusione in termini di inammissibilità evidentemente si traduce anche nella mancanza di lesione immediata del potere (o del soggetto) ricorrente, pur se l'atto asseritamente lesivo è la sentenza definitiva dell'organo giurisdizionale (in)competente (cioè il giudice amministrativo) che sarebbe incorso in eccesso di potere giurisdizionale.

Nel caso di specie, invece, come detto, la competenza delle Sezioni Unite è stata attivata. E ciò è stato fatto proprio dall'attuale ricorrente per conflitto.

Inevitabile porsi la domanda sullo spazio per un intervento del giudice costituzionale una volta coltivato il rimedio tracciato dalle norme processuali per far rilevare la carenza assoluta di giurisdizione.

Profilo problematico che si intreccia con quello della qualificazione dell'atto sul quale il difetto di giurisdizione è stato sollevato, e cioè l'atto ritenuto politico.

Un tema che mostra, dunque, tutta la sua attualità anche perché, come detto, vi sono state recenti ricostruzioni che hanno avuto il merito di mostrare nuovi possibili approcci anche nell'ottica di una differente impostazione alla luce dei principi costituzionali.

3. Le persistenti difficoltà sulla configurazione dell'atto politico. – Il punto di partenza è la necessità di valutare quanto la tesi secondo la quale l'esclusione del sindacato, ai sensi dell'art. 31 T.U. leggi sul Consiglio di Stato (oggi art. 7, comma 1, ult. per. del Codice del processo amministrativo), sull'atto politico che si collega alla sussistenza di due presupposti, soggettivo e oggettivo, sia ancora sostenibile¹⁵.

zioni non sufficientemente coraggiose che peccano «per difetto» giacché «quella che si qualifica come un mera ipotesi è in realtà un elemento strutturale e necessario di qualsivoglia potere discrezionale».

Sul punto vengono richiamati i contributi di M.G. RODOMONTE, *Equilibrio di genere, atti politici e Stato di diritto nella recente sentenza n. 81 del 2012 sulla equilibrata presenza di donne e di uomini nella Giunta della Regione Campania*, in *www.federalismi.it*, 2012; M. BELLETTI, *"Torniamo allo Statuto"... regionale. La rappresentanza di genere nelle Giunte regionali tra atto politico, atto di alta amministrazione e immediata precettività delle disposizioni statutarie*, in *www.forumcostituzionale.it* (2012); F. BILANCIA, *Ancora sull'"atto politico" e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012.

¹⁵ Per una ricostruzione delle tesi in base alle quali vi è stata la individuazione della natura po-

Come è noto, il presupposto soggettivo è l'emanazione dell'atto da parte di un organo di governo; quello oggettivo è l'esercizio di un potere politico, come tale privo di un parametro legale rispetto al quale misurarne la legittimità.

Il giudice (sia amministrativo sia ordinario), infatti, continua a utilizzare tale approccio pervenendo peraltro a una significativa riduzione dell'area degli atti esenti da controllo giurisdizionale, indicando gli atti politici come categoria residuale.

Un impianto, con le relative conseguenze processuali in ordine al ruolo delle Sezioni Unite e della Corte Costituzionale, che è stato sottoposto a una importante critica, sostenendosi che non si dovrebbe parlare di residualità, bensì di scomparsa della categoria dell'atto politico¹⁶.

La spiegazione fondante tale conclusione è che la dimensione sostanziale del principio di legalità non lascia, ormai, più alcuno spazio ai poteri pubblici per un esercizio della propria competenza svincolata da prescrizioni giuridiche che si trasferiscono sul piano del possibile controllo giurisdizionale.

Di qui la conseguenza che non si potrebbe più indicare una categoria di atti (quelli politici, appunto), ma si dovrebbe parlare di una qualità che può «tagliare trasversalmente tutti gli atti».

Si tratta di un approccio metodologico di grande interesse che ha l'indiscutibile pregio di un inquadramento sistematico innovativo. A riguardo, però, mentre il presupposto può essere condivisibile, la conclusione meno.

Non vi alcun dubbio che il principio di legalità sostanziale, caratterizzante il nostro sistema costituzionale, eserciti un'influenza notevole nella connotazione del modo di esercizio del potere¹⁷.

litica del potere, cfr. D. MESSINEO, *op. cit.*, 719 ss., in part. 720, n. 8. L'Autore ricorda, infatti, che la tesi sostenuta dal GUICCIARDI (*op. ult. cit.*) si contrapponeva alla teoria della causa soggettiva e a quella della causa oggettiva. La prima che ha valorizzato il fine politico in concreto perseguito dall'autore dell'atto. La seconda che ha evidenziato soprattutto la funzione svolta dall'atto in vista dell'interesse generale perseguito dallo Stato «nei momenti fondamentali e supremi della sua vita». Sul punto, in particolare, U. FORTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Napoli 1926; O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano 1937.

Sul tema, cfr. G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, Milano 1984; A. ROTTOLA, *Controllo giurisdizionale e atti politici nel diritto dell'Unione europea e nel diritto interno in materia internazionale*, Bari 2001; G. TROPEA, *op. cit.*

¹⁶ Cfr. D. MESSINEO, *op. ult. cit.*, 721 ss. Secondo l'Autore «la persistente affermazione secondo cui esisterebbero atti per loro natura sottratti al sindacato giurisdizionale [...] desta però perplessità e meriterebbe di essere superata una volta per tutte».

¹⁷ Sul principio di legalità, la dottrina è ampia. Le opere fondamentali da ricordare sono certamente G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie*, Milano 1962; L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova 1966; F. SATTÀ, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova 1969; L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova 1974; M.R. DONNARUMMA, *Il principio di legalità nella dinamica dei rapporti costituzionali*, Padova 1988; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano 2001.

Di recente, con riferimento all'orientamento del giudice costituzionale, cfr. S. PARISI, *dimenti-*

A ciò si aggiunge la tecnica di interpretazione giudiziale che utilizza sempre più di frequente la normativa costituzionale nel suo complessivo ordito per valutare i caratteri degli atti pubblici.

Per quanto concerne il principio di legalità sostanziale, in particolare, occorre distinguere il principio dal modo del suo sviluppo.

Sul primo aspetto, non è dubitabile che la lettura più garantista tenda sempre di più ad attestarsi sulla necessità costituzionale di una limitazione del potere amministrativo attraverso la fissazione in disciplina legale dei suoi contenuti o dei limiti di manifestazione della discrezionalità¹⁸.

Ma proprio il principio di legalità sostanziale può lasciare spazio (quando e se ritenga, e ciò sia legittimo ovvero sia costituzionalmente obbligato) alla scelta politica che, come tale, non è suscettibile di controllo giurisdizionale.

Se si vuole, proprio la vicenda all'origine della sentenza della Corte Costituzionale del 2012 ne è una precisa dimostrazione.

Come si è ricordato, il punto oggetto di controversia è stato il rispetto o meno delle norme contenute nello Statuto della regione Campania alla stregua delle quali viene garantita l'eguaglianza dei sessi. In particolare l'articolo 46 comma 3 dello Statuto campano stabilisce che «*il Presidente della Giunta regionale nomina, nel pieno rispetto del principio di equilibrata presenza di donne e uomini, i componenti la giunta*»; norma, aggiunge il giudice amministrativo, organica a un intero quadro di disposizioni volte a riconoscere, garantire, valorizzare e promuovere l'uguaglianza tra i sessi.

E allora proprio la nomina dell'assessore regionale dimostra in modo molto chiaro come vi possano essere in uno stesso atto un nucleo politico insindacabile e un altro soggetto a regole e condizionamenti.

La scelta del soggetto ritenuto coerente al perseguimento della linea di governo regionale è una scelta politica, come tale insindacabile.

Il rispetto di particolari limiti stabiliti dalla disciplina sovraordinata si traduce, invece, in condizioni di legittimità, come tali sottoposte al controllo dell'autorità giurisdizionale.

Sotto altro profilo, una prova significativa del condizionamento del potere amministrativo anche in assenza di specifica disciplina legale si ha nel caso in analisi quando il Consiglio di Stato prima, e le Sezioni Unite poi, hanno dovuto esprimersi sul carattere politico o meno delle scelte governative di non avviare il procedimento per ottenere l'intesa ai sensi dell'art. 8 Cost.¹⁹.

care l'obiezione di Zagrebelsky? Brevi note su legalità sostanziale e riserva relativa nella sentenza n. 115/2011, in www.forumcostituzionale.it.

¹⁸ Sul principio di legalità sostanziale, si v. in particolare le posizioni espresse da L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, cit.; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale, I – Il sistema delle fonti del diritto*, Torino 1986; E. CHELI, *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, in *Quaderni costituzionali*, 1990, 53 ss.

¹⁹ L'impostazione adottata dal Consiglio di Stato e condivisa dalle Sezioni Unite prende in con-

Il ragionamento del Consiglio di Stato è, infatti, interamente sviluppato tenendo conto del principio ispiratore l'art. 8 Cost., sottolineando l'esigenza di tutela che è correlata alla strumentazione pattizia condizionante lo stesso contenuto legislativo²⁰.

Esigenza di tutela che si trasferisce anche sul piano di evitare discriminazioni attraverso ingiustificati differenti trattamenti nei confronti di coloro che si vogliono avvalere della disciplina legale per meglio conseguire gli scopi dell'organizzazione religiosa²¹.

Un parametro costituzionale che condiziona il potere, dunque, anche in assenza di previsioni legislative specifiche che ne delimitino le finalità.

Alla stregua di quanto sopra, è probabilmente preferibile accedere alla conclusione che il contenuto politico, come tale insindacabile, presenta un suo variabile atteggiarsi e, come tale, potrà connotare un atto o una sua parte.

D'altro canto sul punto si deve ricordare un passaggio operato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 4502 del 2011 che ha poi determinato il conflitto intersoggettivo di cui alla decisione della Corte Costituzionale n. 81 del 2012.

In essa si afferma che «vi è una serie di atti della cui politicITÀ, con annessa insindacabilità, nessuno dubita. A titolo esemplificativo si possono enunciare: la legge e gli atti aventi forza di legge; la nomina dei senatori a vita e dei giudici costituzionali; gli atti di concessione di grazia e di commutazione delle pene; le pronunce della Corte costituzionale; l'elezione del presidente della Repubblica, dei giudici costituzionali e dei membri del C.s.m.; la presentazione di disegni di legge; lo scioglimento delle Camere; la promulgazione delle leggi; la nomina dei ministri; la firma dei trattati; la mozione di fiducia e di sfiducia delle Camere al Governo»²².

siderazione specifica il complessivo impianto costituzionale nel quale si viene a porre l'art. 8. In tale direzione, «l'obbligatorietà dello strumento bilaterale per la regolamentazione dei rapporti fra lo Stato e le ridette confessioni» propone un limite alla sovranità legislativa del Parlamento. Sicché rimane immutata la libertà del legislatore di non recepire le intese non approvando la legge attuativa, ma occorre garantire il diritto ad accedere a questa forma di negoziato.

²⁰ Secondo il Consiglio di Stato (punto 8 del considerato in diritto) si dovrebbe, proprio per valorizzare l'accordo bilaterale, concludere che l'avvio delle trattative «può addirittura considerarsi obbligatorio». Conclusione quest'ultima laddove vi sia la possibilità che il soggetto richiedente l'intesa possieda quel requisito di confessione religiosa a cui fa riferimento l'art. 8 Cost.

²¹ La necessaria sussistenza del presupposto costituzionale (cioè la qualificazione di confessione religiosa) porta il Consiglio di Stato a configurare come espressione di discrezionalità tecnica la valutazione sugli elementi caratterizzanti le confessioni religiose.

²² Il Consiglio di Stato evidenzia peraltro che molto sottile si mostra la linea di demarcazione tra atti politici e atti di alta amministrazione. Il Supremo Collegio, chiarito che «l'attività di alta amministrazione può definirsi come l'attività amministrativa immediatamente esecutiva dell'indirizzo politico» e che, sulla base di ciò, si mostra quale «anello di congiunzione tra la fase della programmazione politica e l'attività di gestione amministrativa», conclude che a differenza dell'atto politico, quello di alta amministrazione esprime una *potestas* vincolata nel fine e soggetta al principio di legalità.

4. *Riflessioni conclusive.* – Alla stregua di tutto quanto sopra, sembra possibile affermare che l'atto politico, è, dunque, vario perché il “nucleo politico” si manifesta in differenti modi.

Da un punto di vista processuale, il problema rivela tutta la sua complessità quando si deve individuare il giudice competente a valutare la sussistenza o meno del “nucleo politico”.

Difatti, se fosse consentita l'equazione: parziale contenuto politico in un atto eguale soltanto a limitazione delle censure prospettabili, si potrebbe anche mettere in discussione la carenza assoluta di giurisdizione²³.

Ma questo non si mostra possibile per la variegata tipologia degli atti e del differente modo di innesto del “contenuto politico”.

Ne discende che il problematico accertamento sulla carenza assoluta di giurisdizione affidato alle Sezioni Unite resiste.

Così come resiste il problema sull'ammissibilità di una valutazione della Corte Costituzionale sul giudizio già reso dalle Sezioni Unite.

Si possono al riguardo sviluppare le seguenti riflessioni.

Se l'accesso al conflitto fra poteri, quando è coinvolta un'autorità giurisdizionale, è possibile, secondo la giurisprudenza costituzionale, nell'ipotesi di mancanza assoluta di potere, una fattispecie del genere non si realizza quando si eccepisce, come non sembra possibile fare diversamente, l'erronea valutazione dei presupposti perché si abbia la carenza assoluta di giurisdizione²⁴.

È evidente che le Sezioni Unite hanno giurisdizione in un tale tipo di accertamento. Ciò che viene censurato, quindi, è che il giudizio richiesto sia stato correttamente svolto. È esattamente quanto si verifica nel caso che è stato oggetto della valutazione di ammissibilità del conflitto operata dalla Corte Costituzionale.

Il Governo contesta che le Sezioni Unite abbiano correttamente qualificato l'atto quando ne hanno escluso il carattere di atto politico, eccependo, in tal modo, una erroneità nel giudizio reso per una non esatta individuazione dei presupposti ricostruttivi della categoria (atto politico) su cui si misura la sussistenza della giurisdizione.

Inevitabilmente la risoluzione del conflitto deve passare attraverso due strade.

O si esclude che la Corte Costituzionale possa inoltrarsi in questo tipo di va-

²³ Secondo D. MESSINEO, *op. ult. cit.*, 747, tutte le volte in cui venga fatta richiesta alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione di dichiarare il difetto assoluto di giurisdizione, trattandosi di atti politici, vi dovrebbe essere una conclusione in termini di manifesta infondatezza con ordinanza adottata ai sensi dell'art. 375, n. 5, c.p.c.

²⁴ Valga al riguardo quanto riaffermato dalla Corte Costituzionale nella più volte richiamata sentenza n. 81/2012 e i precedenti in essa citati e cioè le sentenze 28 marzo 2012, n. 72, in *Foro it.*, 2012, 11, I, 2942; 4 maggio 2007, n. 150, in *Foro it.*, 2007, 9, I, 2292; 19 gennaio 2007, n. 2, *ivi*, 2007, 3, I, 655; 30 ottobre 2003, n. 326, *ivi*, 2004, I, 10; 24 luglio 2003, n. 276, *ivi*, 2004, I, 374.

lutazioni. E ciò sarebbe in qualche misura coerente con la giurisprudenza del giudice dei conflitti di attribuzione ma offre non pochi problemi in ordine alla garanzia di una tutela effettiva. In tal maniera, infatti, non ci dovrebbe essere materia di conflitto interorganico.

Oppure si ammette che la Corte possa procedere all'accertamento della correttezza o meno del percorso ricostruttivo utilizzato dalle Sezioni Unite. Ma ciò si mostrerebbe non in sintonia con il riparto degli interventi fra giudice delle leggi e giudice ordinario sul quale si è assestata la giurisprudenza Costituzionale che, però, non pochi dubbi ha generato²⁵.

²⁵ Valutazioni critiche sulla scelta operata dalla Corte costituzionale per disegnare gli spazi per il proprio intervento, in G. GEMMA, *Conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato e sindacato sugli atti giurisdizionali*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 452 ss.

RECENSIONI

IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ NEL DIRITTO PRIVATO,
A CURA DI M. NUZZO
Torino 2014

Augusto Romano

Riflettere sul principio di sussidiarietà costituisce un utile strumento per il pensiero critico che voglia disvelare la trama effettiva dei rapporti sociali e politici in un determinato contesto storico. È sullo sfondo della ripartizione di competenze tra potere normativo dell'ordinamento e potere di autoregolazione dei privati, infatti, che il rapporto individuo-società-ordinamento giuridico può evidenziare un campo di tensione fra libertà dell'autonomia privata ed intervento autoritativo statualistico.

Con la costituzionalizzazione del termine sussidiarietà e la specificazione del suo contenuto operato dalla giurisprudenza costituzionale, si riscontra, attualmente, nel nostro ordinamento il fecondo tentativo di costruire una legalità dei rapporti fra pubblico e privato che tende a non concepire la dimensione dell'autonomia privata come irrigidita in una vincolatività dogmatica e statica, bensì a proiettarla nel gioco complesso e dinamico di una demo-

crasia sostanzialmente orientata in senso discorsivo-deliberativo.

Appare, infatti, consolidarsi un'organizzazione delle libertà sociali in cui la competenza originaria e primaria di regolazione di interessi privati, seppure di rilevanza generale, spetta ai soggetti privati, mentre lo Stato, nelle sue diverse articolazioni, interviene legittimamente, con ragionevolezza e proporzionalità, solo in quanto l'autoregolazione dei privati si dimostri inidonea a realizzare un'equilibrata tutela degli interessi in gioco che risulti conforme ai fini per cui quella competenza primaria è ad essi attribuita.

Il principio di sussidiarietà opera, dunque, come criterio di ripartizione di competenze tra pubblico e privato e, nel contempo, diventa parametro di riferimento per l'interpretazione delle norme, costituendo canone ermeneutico che attribuisce prevalenza alla fonte più prossima agli interessi da regolare.

Proprio per tale caratteristica conformativa, tale principio non

può quindi essere collocato nel salone di rappresentanza del palazzo ordinamentale - per essere fatto oggetto di retorici e rituali omaggi - ma deve essere considerato piuttosto come una struttura portante, strettamente collegata con le parti vitali dell'edificio.

E proprio in tal senso riescono particolarmente meritori i due volumi collettanei, curati da Mario Nuzzo, che nascono dal lavoro comune di cinque unità di ricerca presso le Università di Roma "Luiss" e "La Sapienza", di Perugia, Napoli "Parthenope" e Bari "Lum Jean Monnet", coordinate rispettivamente dai proff. M. Nuzzo, M. Bianca, A. Bellelli, R. Giampetraglia e F. Ricci.

Le riflessioni proposte indagano, infatti, l'influenza del principio di sussidiarietà nell'esperienza giuridica privatistica contemporanea e si caratterizzano non solo per la compattezza tematica e la ricchezza degli orientamenti teorici espressi dai diversi autori ma anche per la connessione internazionale della ricerca, in particolare in riferimento all'esperienza di Spagna, Brasile, Germania, Grecia e Gran Bretagna.

La ricerca muove dalla consapevolezza di quanto il tema sia problematizzante: «la sussidiarietà assume una valenza normogenetica e, prima ancora, semiotico-cognitiva di enorme portata. Essa si mostra, in effetti, come il veicolo di traduzione tra le istanze di una molteplicità di attori, tra gli spazi generati

dal loro manifestarsi, in vista della definizione sempre rinnovata di un volto inclusivo della soggettività giuridica declinata nel segno di un diritto capace di legittimarsi in quanto ubiquo nei suoi processi di formazione. Parallelamente, mettere a fuoco la corologia ubiquitaria della sovranità contemporanea sposta ai vertici e alle radici di senso di ogni sistema normativo e istituzionale la questione concernente la definizione di "attività pubblicistica", di "attività svolta dai privati", di "azioni sussidiabili" e quella di "interesse generale"» (Ricca M., *Sussidiarietà orizzontale e dinamica degli spazi sociali. Ipotesi per una corologia giuridica*, vol. I, p. 55).

I contributi passano, quindi, a dissodare il vasto terreno delle discipline privatistiche approfondendo, con acribia, molteplici ambiti fecondati dal principio di sussidiarietà: potere di autoregolamentazione e sistema delle fonti; autonomia privata e diritto di famiglia; attività negoziale e composizione alternativa delle liti; coordinamento tra imprese; responsabilità patrimoniale del debitore; soluzione negoziale delle crisi d'impresa. Numerose, poi, sono le riflessioni critiche che, in un confronto serrato con la dottrina e la giurisprudenza, riescono particolarmente stimolanti affrontando rilevanti questioni: dal diverso operare dell'autonomia contrattuale produttiva di effetti solo tra le parti, all'autonomia normativa di

regolazione di interessi generali, produttiva di effetti anche per i terzi, come nel caso dei “codici di condotta”, frequentemente utilizzati come fonti regolatrici di settori rilevanti dell’attività dei privati (Bellelli A., del Prato E., Bellisario E., Celeste G.); dalla specificità delle fondazioni bancarie (del Moral Dominguez L. F.), ai contratti di rete (Nuzzo M., Bianca M., Sciuto M., Gulli M., Rametta R.), dai patrimoni destinati (Nuzzo M., Fusaro A., Salamone L., Saraceno M.), ai patti ed al diritto di famiglia (Rossi Carleo L., Giampetraglia R., Bocchini R.), dagli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) (Ricci F., Furguele G., Rabbitti M., Cilento A.), alla nuova disciplina della crisi di impresa (Carleo R. – Trubiani F., Tuccillo R.).

Di notevole interesse è infine l’analisi dell’incidenza che il principio di sussidiarietà ha in riferimento al riparto di competenze tra legislazione e giurisdizione. Come confermato dall’orientamento ormai costante della giurisprudenza di legittimità, il riconoscimento del potere di regolare rapporti in concreto esistenti comporta infatti un’espansione del potere del giudice che non si limita più ad individuare e dichiarare la norma di legge applicabile al caso concreto, ma diviene partecipe del processo di produzione del diritto in concreto applicabile.

Deve, pertanto, «ormai ritenersi

superato il tradizionale riparto di competenze che assegnava alla legislazione il potere esclusivo di individuare le fattispecie giuridicamente rilevanti, operare il bilanciamento degli interessi in queste coinvolti, stabilire la regola di questo bilanciamento, individuare l’interesse più meritevole di tutela e stabilire infine la forma tecnica della tutela a questo accordata.

A questo modello si ritiene infatti che si sia sostituito un diverso riparto di competenze in forza del quale spetta al legislatore, in via esclusiva, stabilire quali sono gli interessi giuridicamente rilevanti; spetta invece al Giudice effettuare il bilanciamento tra questi interessi con riferimento al caso concreto sottoposto al suo giudizio e individuare il rimedio più coerente con la miglior tutela dell’interesse ritenuto in concreto prevalente. Favorendo così, in coerenza con le esigenze di una realtà sempre più complessa, globalizzata ed in rapido cambiamento, la diversificata ed elastica capacità della decisione giudiziale di offrire la risposta più adeguata per ogni vicenda concreta.

Questo mutamento di prospettiva che espande il ruolo della giurisdizione sul controllo dell’autonomia privata e sull’individuazione dei “rimedi” più efficaci per la soluzione del caso concreto, che sempre maggiormente viene esercitato mediante il ricorso alle clausole generali, applicando in particolare

l'abuso del diritto, nonché i principi costituzionali, presenta, tuttavia, anche un evidente rovescio della medaglia, introducendo un nuovo significato (se non un declino) della "certezza del diritto" e portando alle sue ultime conseguenze la "crisi della fattispecie"» (Carleo R., *La sussidiarietà nel linguaggio dei giuristi*, vol. I, pp. 13-14).

Rimane, comunque, che l'effetto dirompente del principio di sussidiarietà mette in crisi le troppo note distinzioni tra creare ed applicare il diritto, che risultano quindi relativizzate. Se il giudice ridurrà l'inter-

pretazione giudiziale a mera espressione di volontà decisionistica, si rischierà, infatti, di attribuire uguale valore teoretico alle diverse interpretazioni di una legge, non tematizzando la giustizia come principio giuridico. Viceversa, la strutturale non autosufficienza e "distanza" del dato normativo potrà essere superata considerando nella prassi giudiziale quell'inesauribilità del senso che offre un avvio ermeneutico «legato non alla protologia del pensare, ma alla deuteronomia del riconoscere», per dirla con Italo Mancini.

ABSTRACT

Maria Alessandra Sandulli, *Principio di legalità e effettività della tutela: spunti di riflessione alla luce del magistero scientifico di Aldo M. Sandulli*

Lo scritto trae occasione dal centenario dalla nascita di A.M. Sandulli per approfondirne il pensiero sui temi della legalità e dell'effettività della tutela e svolgere, alla luce dell'insegnamento del Maestro, alcune riflessioni sulle problematiche più attuali connesse alla crisi della politica e al ruolo del giudice amministrativo.

Overview of Rule of Law and Effectiveness of the Judicial Protection in the Light of the Teachings of Aldo M. Sandulli

On the occasion of celebrating the centenary of the birth of AM Sandulli, the essay focuses on the issues of legality and effectiveness of the judicial protection and analyses, in the light of the teachings of Master, the most actual topics related to the political crisis and to the role of the administrative courts.

Filippo Patroni Griffi, *Principio di legalità ed effettività della tutela nel pensiero di A.M. Sandulli: spunti per una riflessione*

Il pensiero di Aldo M. Sandulli è analizzato con riguardo agli studi sull'attività normativa, sul procedimento amministrativo e sulla giustizia.

Lo scritto, in particolare, affronta i temi del rapporto tra legge e regolamento e quindi tra parlamento e governo. Il rapporto tra legalità e amministrazione porta ad alcune riflessioni sul rapporto tra politica e amministrazione e sul procedimento amministrativo come luogo in cui si svolge la funzione amministrativa. Il tema dell'effettività consente infine di analizzare il pensiero di Sandulli sul tema della giustizia amministrativa.

Rule of Law and Effectiveness of Legal Protection Before Courts in the Thought of A.M. Sandulli: Ideas for Some Considerations

The thought of Aldo M. Sandulli is analyzed with respect to regulatory activity, studies on administrative procedure and on justice. The essay, in particular, deals with the issues of the relationship between law and regulation and therefore between Parliament and Government. The relationship between the

rule of law and public administration leads to some reflections on the issue of politics and bureaucracy and on the administrative procedure as a place where administrative power takes place. The theme of effectiveness finally to analyze the thought of Sandulli on the issue of administrative justice.

Sandro Staiano, *Normatività e dintorni. Riflessioni sull'incertezza delle regole dal punto di vista costituzionale*

La «crisi del sistema delle fonti», nel tempo attuale, si manifesta nella perdita da parte della Costituzione-norma della capacità di orientare efficacemente le dinamiche dell'ordinamento, per due cause concomitanti: la stagnazione della produzione legislativa di attuazione delle previsioni costituzionali; il consolidarsi di un'entità costituzionale conformata secondo linee di integrazione-competizione tra livelli di produzione normativa (nazionale, sub-nazionale, sovranazionale), nella quale la Costituzione nazionale perde di centralità: fattori comuni agli ordinamenti europei; ma che, nel caso italiano, si collocano nella trama dell'alta disfunzione della forma di governo, a sua volta largamente determinata dalle dinamiche partitiche.

Nella ricostruzione sistemica, tali fenomeni sfuggono a una lettura che faccia affidamento sulla teoria del costituzionalismo multilivello applicata al contesto europeo, poiché questa va perdendo la propria capacità razionalizzatrice, essendo incentrata sulla visione di un processo di trasformazione del diritto e delle istituzioni e sull'identificazione di un corpo integrato composto da un sistema di poteri separati e articolati in livelli di governo, visione nella quale l'esperienza sembra sempre più difficilmente componibile. Infatti, un tale assetto presupporrebbe o implicherebbe l'integrazione tendenzialmente armonica tra i livelli della produzione - precipuamente giurisprudenziale per i profili maggiori - destinata a durare transitoriamente, fino alla redazione di un documento costituzionale scritto di livello europeo: armonia, in realtà, sempre più difficile da conseguire, mentre anche il processo costituente europeo ristagna e rischia di recedere.

La scienza giuridica esplora le vie che possano condurla a una teoria delle fonti idonea a farsi carico di questa nuova complessità irrisolta, sottoponendo nuovamente a critica, anche da inediti punti di vista, le teorie gradualiste, alla ricerca di una «espansione della razionalità» capace di «addomesticare» dinamiche che le tradizionali categorie non riescono a contenere.

La pluralità degli approcci che ne è derivata, la ricerca di nuovi punti di vista, se valutate quanto ai risultati ricostruttivi conseguiti, conducono a far ritenere necessario dar maggior campo a un rinnovato dibattito sulle teorie dell'interpretazione, a una paziente opera di raccordo con gli sviluppi inediti del fenomeno normativo, poiché la tendenza alla produzione giurisprudenziale del diritto, che pare destinata ad affermarsi, manca ancora, nei sistemi di *civil law*, di una base teorica adeguata.

Normativity and Other Regulation. The Uncertainty of Law

The crisis of the legal sources system is currently evident in the fact that the Constitution as a legal norm is losing its capacity to direct the dynamics of the legal order. This is due to two main factors: the stagnation of the production of implementing norms of constitutional provisions, and the strengthening of a constitutional entity constituted along the lines of the mutual integration and competition of different levels of normative production (national, subnational and supranational), where the Constitution is losing its central role. These factors are quite common in the legal orders of European States. However, in Italy they are part of the broader malfunctioning of our form of government, which is in turn strongly influenced by dynamics between political parties.

In the systemic reconstruction, these phenomena cannot be captured by an analysis that is grounded on the theory of multi-level constitutionalism applied to the European context. This theory is indeed losing its rationalising capabilities, because it is focused on the view of an ongoing process of transformation of law and institutions, and on the view of a complex entity made up of a system of separated powers which are articulated in different levels of government. This view cannot capture the reality of things with the same effectiveness of the past. Indeed, a similar arrangement would imply an harmonious integration between different levels of normative production – mainly in a judicial context – that would be inevitably temporary, and would last until the creation of a new written Constitution at European level. Such an harmony, in fact, would be increasingly difficult to achieve, considering that the very European constituent process has currently come to an halt.

Legal science explores possible strategies that may lead to a theory of legal sources that can tackle these unresolved complexities, by critically engaging under a new light gradualist theories and by looking for an “expansion of rationality” that can “tame” dynamics that traditional categories are unable to capture.

The resulting multitude of approaches, the search for new points of view (if assessed in relation to the constructive results that they have been able to achieve) encourage a stronger support to a renewed debate on interpretation theories, and to a careful linking with the new developments of normative phenomena. Indeed, the tendency to judicial production of norms, which appears destined to prevail, is still lacking of an appropriate and solid theoretical basis in civil law orders.

Gianluca Bascherini, *La Costituzione della Repubblica romana del 1849 come modello*

La Costituzione della Repubblica romana del 1849 è il testo costituzionale più democratico dell'Ottocento italiano e ha costituito un importante punto di riferimento per il complessivo dibattito sull'unificazione nazionale, per la costi-

tuzione della Repubblica italiana di un secolo successiva e per la cultura costituzionale. La Costituzione romana del 1849, peraltro, rivela la sua importanza anche in una prospettiva europea, rappresentando forse il più avanzato dei tentativi di mutamento istituzionale messi in atto nel biennio 1848/49. In questa prospettiva, il saggio intende evidenziare che quel testo costituzionale, le discussioni che ne accompagnarono l'adozione e le vicende che segnarono quella breve esperienza repubblicana sollecitano gli studiosi di diritto costituzionale a interrogarsi attorno a una serie di temi di assoluto rilievo, non solo per il passato, ma anche per l'attualità. La parabola della repubblica romana di metà Ottocento costituisce infatti un'importante occasione per riflettere intorno alle relazioni tra scrittura e attuazione della costituzione, alle condizioni di effettività delle riforme, ai meccanismi di innovazione e di garanzia costituzionale, alla forza del catalogo dei principi fondamentali, all'idea di cittadinanza che emerge dalla dialettica tra diritti e doveri, ai temi della laicità e della indipendenza della magistratura.

The Constitution of the Roman Republic of 1849 as a Model

The Roman Republic's Constitution of 1849 is the most democratic constitutional text of the nineteenth century in Italy, representing a cornerstone for the general discourse around national unification, for the Italian Republic's Constitution a hundred years later, and for the wider constitutional culture. The Roman Constitution of 1849 proves to be of great relevance also in a European perspective, representing probably the most advanced attempt of institutional transformation put forward in 1848/49. In this view, this study intends to pinpoint that such constitutional text, the debate that went along its adoption and the facts that marked the however short republican experience, prompt researchers in constitutional law to question a number of issues of great relevance, not only in the past, but also in the present tense. The rise and fall of the Roman Republic of the mid-nineteenth century is indeed an important occasion to consider the relationship between constitutional drafting and implementation, the measures aimed at innovation and constitutional guarantee, the strength implied in listing fundamental principles, the idea of citizenship deriving from the dialectics between rights and duties, and the contents of secularity and judicial independence.

Fabio Francesco Pagano, *L'attualità del pensiero di Salvatore Pugliatti su "Diritto pubblico e diritto privato"*

L'Autore ricostruisce il pensiero di Salvatore Pugliatti su "Diritto pubblico e diritto privato" attraverso l'esame dell'omonima voce pubblicata nell'Enciclopedia del Diritto nel 1964 per poi saggiarne l'attualità alla luce dell'evoluzione dei rapporti tra le due principali branche del diritto. In particolare Egli so-

stiene, sulla scia dell'insegnamento di Pugliatti, la necessità di mantenere ferma la distinzione tra pubblico e privato, nonostante gli inevitabili momenti di commistione fra i due rami del diritto e pur nell'attuale contesto di privatizzazione del diritto pubblico. Fenomeno, quest'ultimo, per il vero in gran parte solo apparente. Infatti, l'espansione del diritto privato nel campo dell'organizzazione e dell'attività amministrativa sino a lambire il fulcro del diritto pubblico, ossia lo stesso diritto costituzionale, lungi dal determinare una vera e propria privatizzazione del diritto pubblico, provoca la reazione inversa dell'ordinamento attraverso un'altrettanta espansione della sfera pubblica in settori precedentemente privi di regolazione. In un tale contesto, quindi, l'Autore cerca di mettere in luce quanto sia tutt'ora valida l'intuizione di Pugliatti che considerava il mantenimento dell'equilibrio tra diritto pubblico e diritto privato essenziale al fine di garantire la tenuta del sistema ordinamentale.

The Relevance of Salvatore Pugliatti's Thought about "Public law and Private law"

The author reconstructs Salvatore Pugliatti's thought about "Public law and Private law" by examining the homonymous voice published in the Encyclopedia of law in 1964 and then test its relevance in the light of the relationship between the two main branches of law. In particular he supports, following the teaching of Pugliatti, the need to hold the distinction between public and private, despite the inevitable moments of admixture between the two branches of the law, and despite the current context of privatization of public law. Phenomenon, truth to tell only apparent for the most part. In fact, the expansion of private law in the field of administrative organization and up to lap the focus of public law, that is the same constitutional right, far from determining a real privatization of public law, causes a reverse reaction of the system through an equally expansion of the public sphere in areas previously free of regulation. In this context, then, the author tries to highlight how much is still valid Pugliatti's intuition who considered that maintaining the balance between public law and private law is essential in order to ensure the tightness of the legislative system.

Giovanni Coccozza, *L'atto politico nel conflitto fra Governo e Sezioni unite della Corte di Cassazione*

Il lavoro esamina la tematica della sindacabilità dell'atto politico, con particolare riguardo al rapporto tra Corte di Cassazione, quale giudice del difetto assoluto di giurisdizione, e Corte Costituzionale, quale giudice dei conflitti di attribuzioni.

Si sofferma l'attenzione sull'ordinanza della Corte Costituzionale n. 40 del 2015 che dichiara ammissibile il ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri

dello Stato promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri nei confronti della Corte di Cassazione. L'intera vicenda processuale in cui essa si innesta mostra tutta la difficoltà, ancora attuale, di configurare i caratteri dell'atto politico con le relative conseguenze, particolarmente rilevanti, in tema di ampiezza dell'area della giustiziabilità e di rapporto fra organi giurisdizionali.

L'analisi della più recente giurisprudenza costituzionale sul punto (in particolare, la sentenza n. 81 del 2012), e delle collegate ricostruzioni della dottrina sull'insindacabilità dell'atto politico, testimonia quanto complessa sia ancora la tematica, con margini di incertezza nel configurare gli spazi del sindacato giurisdizionale, proiezione di un difficile inquadramento dell'atto politico anche alla luce delle evoluzioni di sistema.

The Political Act in the Conflict between Government and the Supreme Court

The work examines the issue of censurability of the political act, with particular attention to the relationship between the Supreme Court (Corte di Cassazione), as judge of absolute lack of jurisdiction, and Constitutional Court, as judge of conflict of powers.

In this perspective, is examined the order of the Constitutional Court n. 40 of 2015, which declares the admissibility of an appeal for conflict of powers, promoted by Prime Minister against the Supreme Court (Corte di Cassazione). The whole trial story shows the difficulty, still current, to configure the concept of political act, and the very important consequences about the extent of the censurability and the relationships between Courts.

The analysis of the most recent constitutional case-law (in particular, the judgement n. 81 of 2012) and of the connected theories of doctrine about the uncensurability of political act, represents the complexity of the issue, with margins of uncertainty to configure the possibility of judicial review, symptomatic of a difficult framework of political act, in the light of the evolution of system.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

ALESSANDRO CALEGARI, Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Padova

MARIA ALESSANDRA SANDULLI, Professore ordinario di Diritto amministrativo e giustizia amministrativa, Università degli Studi Roma Tre

FILIPPO PATRONI GRIFFI, Presidente di sezione del Consiglio di Stato

SANDRO STAIANO, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Napoli Federico II

GIANLUCA BASCHERINI, Ricercatore di Diritto costituzionale, “Sapienza” Università di Roma

FABIO PAGANO, Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, “Sapienza” Università di Roma

GIOVANNI COCOZZA, Ricercatore di Diritto amministrativo, Università di Napoli Federico II

AUGUSTO ROMANO, Docente di Filosofia del diritto, Università telematica Unitelma Sapienza

Il sommario e gli *abstracts* dei contributi pubblicati in ciascun fascicolo sono reperibili anche in **www.editorialescientifica.com**, nella apposita pagina web dedicata a «Diritto e Società».

La direzione e la redazione di «Diritto e Società» hanno sede in Roma, presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

La Rivista “Diritto e Società” – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansoni e da Cedam.

La Rivista è dotata di un Comitato di direzione che ha il compito di curarne la gestione, con specifico riguardo al programma editoriale. A tale fine la direzione si avvale della collaborazione del Comitato scientifico.

I lavori proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono vagliati dal Comitato di direzione e successivamente sottoposti ad almeno due esperti esterni al predetto Comitato. I contributi sono inviati ai *referees* in forma anonima e dopo aver eliminato anche i riferimenti, non solo bibliografici, che possano determinarne la riconoscibilità. Allo stesso modo, rimangono anonimi per l'autore del contributo gli esperti esterni che procedono alla valutazione.

I *referees* cui sottoporre i contributi sono scelti dal Comitato di direzione da un elenco approvato e periodicamente aggiornato dal predetto Comitato. Tale elenco è composto da professori ordinari di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica, in numero non inferiore a quindici.

Il parere degli esperti, che deve attenersi ai criteri definiti in via generale dal Comitato di direzione, è comunicato in via riservata al predetto Comitato. In caso di parere non unanime dei *referees*, il Comitato di direzione decide a maggioranza sulla pubblicazione.

In casi particolari, quali ad esempio la pubblicazione di relazioni svolte a Convegni, il Comitato di direzione può decidere di non sottoporre il lavoro alla valutazione di esperti esterni alla Rivista. Ad ogni modo, a detta valutazione sono soggetti almeno il 60% dei lavori pubblicati in ciascun fascicolo nelle sezioni Saggi, Osservatorio, Attualità.

In questo fascicolo sono stati sottoposti a valutazione esterna i contributi di Staiano, Bascherini, Pagano, Cocozza.

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel./fax 081 5800459

info@editorialescientifica.com

www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile

Maria Alessandra Sandulli

Abbonamenti

All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli.

Abbonamento 2016: Italia euro 120,00, estero euro 280,00

Registrazione

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di gennaio 2016
da *La Buona Stampa* – Napoli

