



## **IL RINVIO “INTRAISTITUZIONALE”. UNA TECNICA PER LA PRODUZIONE DI NORME GIURIDICHE NELLA FORMA DI STATO A TENDENZA SOCIOCENTRICA\***

di Mariangela Atripaldi\*\*

### Indice

#### Capitolo I

Il ruolo del rinvio intraistituzionale nella forma di Stato a tendenza sociocentrica.

La determinazione del quadro introduttivo

1. Gli ambiti e le prospettive della ricerca 2. La genealogia del modello dualistico a tendenza sociocentrica 3. Il contributo della teoria di Santi Romano nella identificazione del modello 4. Il processo di metabolizzazione che ha portato alla costruzione del modello 5. Il ruolo del rinvio intraistituzionale nel modello dualistico a tendenza sociocentrica

#### Capitolo II

La tecnica del rinvio nella ricostruzione della cultura giuridica

1. Introduzione 2. Le prime elaborazioni della cultura giuridica: il concetto di norma in bianco 3. La nozione di rinvio nella interpretazione di Triepel e Zitelmann 4. La tecnica del rinvio come teoria generale del diritto. Il rinvio tra differenti ordinamenti giuridici. 5. Il rinvio come tecnica di produzione normativa: l'oggetto, gli effetti giuridici, le tipologie 5.1. L'oggetto del rinvio 5.2 Gli effetti giuridici del rinvio 5.3 Le tipologie di rinvio 5.3.1. Rinvio autonomo e rinvio eteronomo 5.3.2. Rinvio dichiarativo e costitutivo 5.3.3. Rinvii espressi e taciti 5.3.4. Rinvii enumerativi e a catena 5.3.5. Clausole ombrello 5.3.6. Rinvii statici e dinamici 6. Norme penali in bianco 7. Concetti giuridici indeterminati

\* Contributo sottoposto a *double blind peer review*

\*\* Professore associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli Studi di Roma Tre

### Capitolo III

La individuazione del campo teorico nella rappresentazione delle forme di Stato determinate in riferimento alla relazione Stato-società

1. Introduzione 2. I modelli monistici, sociocentrici e statocentrici 3. Il modello dualista a tendenza sociocentrica 4. Gli schemi di collegamento del polo sociale al polo statale: rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi. Partiti. Rivoluzione. 5. L'azione discendente dello Stato verso la società. Il campo degli interventi dello Stato per svolgere la sua azione 'ordinante'.

### Capitolo IV

Il quadro di teoria generale per la costruzione del modello identificato dalla Costituzione italiana del '48

1. Introduzione. 2. La configurazione dell'ordinamento come istituzione. Il sistema dei rapporti nelle istituzioni complesse. 3. Assetti istituzionali e istanze pluralistiche: l'esigenza di un Codice di valori. 4. La relazione società-stato nella Costituzione italiana. 5. Il movimento ascendente per la determinazione unitaria del modello giuspolitico: rappresentanza e rappresentanza degli interessi. 6 (segue): il partito politico, la democrazia partecipativa, gli istituti di democrazia diretta. 7. Il ruolo dello Stato nella rappresentanza del 'politico'. 8. Alcune valutazioni conclusive



## CAPITOLO I

### Il ruolo del rinvio intraistituzionale nella forma di Stato a tendenza sociocentrica. La determinazione del quadro introduttivo

Sommario: 1. Introduzione - 2. La genealogia del modello dualistico a tendenza sociocentrica - 3. Il contributo della teoria di Santi Romano nella identificazione del modello - 4. Il processo di metabolizzazione che ha portato alla costruzione del modello - 5. Il ruolo del rinvio intraistituzionale nel modello dualistico a tendenza sociocentrica

#### 1. Gli ambiti e le prospettive della ricerca

Il tema del rinvio, studiato dalla cultura giuridica soprattutto come espediente della scienza e della tecnica della legislazione<sup>1</sup> per raggiungere diversi obiettivi con differenti forme giuridiche, ha acquisito una configurazione unitaria allorchè la tematica è stata affrontata come un problema di teoria generale del diritto. Prospettiva che non vuole escludere l'intervento delle singole discipline giuridiche per individuare soluzioni rilevabili alle loro particolari esigenze<sup>2</sup>.

Questa impostazione è stata sollecitata soprattutto da quelle posizioni che hanno messo in relazione il concetto di rinvio con la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, ponendo al centro della riflessione la particolare forma di rinvio individuata con il termine di “rinvio intraistituzionale”. Con questa formula si vuole “designare il fenomeno del collegamento tra ordinamento originario, scelto come oggetto specifico di indagine, e ordinamenti derivati operanti nell'ambito del primo o viceversa, nonché tra ordinamenti derivati operanti nell'ambito dello stesso ordinamento originario”<sup>3</sup>.

Una prospettiva di ricerca che appare quanto mai opportuna in riferimento agli ordinamenti che hanno scelto una forma di Stato, in senso lato, dualistica a tendenza sociocentrica con una configurazione del polo sociale strutturato non su basi “individualistiche” e “atomistiche” ma su una pluralità di gruppi sociali e di istituzioni territoriali idonee a consentire lo sviluppo della personalità dell'uomo.

<sup>1</sup> Sul punto vedi per tutti R. PAGANO, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Milano, 2004.

<sup>2</sup> Cfr. L. PICCARDI, *La pluralità degli ordinamenti giuridici ed il concetto di rinvio*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, vol. I, p. 249 ss.

<sup>3</sup> Cfr. F. BASSI, *La norma interna. Lineamenti di una teoria*, Milano, 1963, p. 165

In questo contesto la tecnica del rinvio inraistituzionale è utilizzata da una parte per immettere le istanze espresse dal polo sociale nel polo statale, dall'altra per consentire la ricomposizione all'unità del 'politico'<sup>4</sup>.

Si è quindi in presenza di uno scenario che va ricostruito con una prospettiva comparatistica per verificare come i diversi ordinamenti hanno operato positivamente, in coerenza con il modello che questa prima parte della ricerca si propone di costruire introduttivamente dal punto di vista della teoria generale.

Il programma di ricerca così determinato, quindi, prevede un itinerario argomentativo che va percorso in tutta la sua complessità al fine di identificare gli elementi strutturali, le finalità immediate e strategiche e la stessa genealogia del modello dualistico a tendenza sociocentrica.

Ed è questa ultima esigenza a imporre innanzitutto la individuazione del campo teorico nel quale va ad inserirsi il modello. Un campo teorico che presenta idealtipi monistici e dualistici individuabili con lo "sdoppiamento" del 'politico', lo Stato e la società e che pone al centro della riflessione non lo 'Stato' o la 'società', singolarmente presi, ma la loro relazione per consentire di rilevare i diversi modelli non la giustapposizione dei due termini.

Infatti i due poli del 'politico' possono determinare una relazione di disgiunzione fra di essi, ovvero di sussunzione dell'uno nell'altro, talvolta di contiguità, determinando modelli monistici sociocentrici, modelli monistici statocentrici, dualistici a tendenza sociocentrica, dualistici a tendenza statocentrica. Una pluralità di idealtipi che vanno considerati non solo nella loro "purezza" ma anche allorché nella concreta strutturazione della relazione perdono la loro rigosità ed ortodossia risentendo delle "sovraordinazioni ideologico-politiche determinate dai contesti storici nei quali sono realizzati"<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Su questi aspetti, sulle diverse concettualizzazioni e sulle differenti definizioni terminologiche si rinvia al contributo offerto da P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra 800 e 900*, Milano, 1986, p. 1 ss.

E' evidente che in questo itinerario non si può prescindere dal fondamentale contributo di Carl Schmitt, che sul concetto di 'politico' offre valutazioni significative. Secondo Schmitt, con questa 'categoria', si vuole 'inquadrare teoricamente un problema di portata smisurata' (postilla alla edizione del 1932 di un Saggio sul concetto di 'politico' comparso per la prima volta nell'*Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Heidelberg, LVII, 1, pp. 1-33 ma che era stato già trattato in una relazione tenuta alla Scuola Superiore di politica di Berlino nel maggio del 1927), che merita analisi scientifiche per comprendere quella che egli stesso definisce una *res dura*, utilizzando con questo termine una citazione tratta dall'Eneide di Virgilio, Libro I, vv. 563-564.

Sul pensiero di Schmitt cfr., fra tutti, C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'*, *Saggi di teoria politica*, a cura di GIANFRANCO MIGLIO e di PIERANGELO SCHIERA, Bologna, 1972, p. 89 ss.

<sup>5</sup> Su questo percorso ricostruttivo si rinvia alle riflessioni di P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 65 ss.

Sull'itinerario proposto da Pietro Costa si rinvia, fra gli altri, alle riflessioni di N. ANTONETTI, *Unità dello Stato e pluralità degli interessi dopo la Grande Guerra*, in *Scienza & Politica*, 2005; G. AZZARITI, *Il liberalismo autoritario e la costruzione dello Stato unitario italiano. Vittorio Emanuele Orlando, un liberale al servizio dello Stato*, in *Democrazia e diritto*, 2011, 1-2, p. 117; F. BARBAGALLO, *Stato nazionale, Costituzione, democrazia in Italia*, in *Studi Storici, Fascismo, antifascismo, democrazia. A cinquant'anni dal 25 aprile*, 1995, p. 625 ss.; F. BARBAGALLO, *Nazione, stato, costituzione in Italia dall'unità alla repubblica*, in *Studi Storici*, 2011, p. 5 ss.; G. BONGIOVANNI, *Kelsen in Italian Fascism*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2012, p. 427; S. CASSESE, *Lo Stato introvabile*, Roma, 1998; E. CHITI, *L'amministrazione militare tra ordinamento nazionale ed ordinamento globale*, vol. I, Milano, 2006; G. FERRI, *La cittadinanza e la personalità dello stato nel regime fascista*, in M. BARBULESCU, M. FELICI, E. SILVERIO (a cura di), *La cittadinanza tra impero, stati nazionali ed Europa*. Studi promossi per il MDCCC anniversario della Constitutio Antoniniana, Questio, «L'ERMA» di BREITSCHNEIDER, Roma, 2017, p. 281 ss.; R. GHERARDI, *Il Politico ben temperato la via dell'Italia liberale fra scienza e arte di governo*, <https://scienzaepolitica.unibo.it/article/view/3042>; F. GALGANO, *Le verità nascoste sotto bella menzogna (The Truth that Hides beneath Falsehood)*, in *Sociologia del diritto*, 2009, 3, p. 5 ss.; L. GAETA, «La terza dimensione del diritto»: legge e contratto collettivo nel Novecento italiano, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2016, p. 573; F. LANCHESTER, *La dottrina giuspubblicistica alla Assemblea costituente*, in *Quaderni costituzionali*, 2/1998, p. 189 ss.; C. MAGNANI, *Stato e rappresentanza politica nel pensiero giuridico di Orlando e Romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2000, 2, p. 349; P. MARCHETTI, *Stato e Sindacati nella giuspubblicistica Italiana tra Biennio Rosso e Corporativismo Fascista*, in *Giornale di Storia Costituzionale*, 2004; M. MERIGGI, *Nell'officina delle parole (Overhauling the meaning of words)*, in *Società e storia*, 2014; M. NIGRO, *Silvio Spaventa e lo Stato di diritto*, in *Il Foro Italiano*, vol. 112, 1989, p. 109 ss.; L. NUZZO, *Das Nationalitätsprinzip: der italienische Weg zum Völkerrecht*, in S. DAUCHY, M. VEC (a cura di), *Les conflits entre peuples*, 2011, p. 103; M. S. PIRETTI, *Il rischio della proporzionale: il problema della rappresentanza politica nell'Italia liberale*, in *Scienza e politica: per una storia delle dottrine*, 1989, n. 2, p. 57 ss.; P. RIDOLA, *Garanzie, diritti e trasformazioni del costituzionalismo*, [https://www.scienze giuridiche.uniroma1.it/sites/default/files/docenti/ridola/Ridola\\_garanzie-diritti-etc.pdf](https://www.scienze giuridiche.uniroma1.it/sites/default/files/docenti/ridola/Ridola_garanzie-diritti-etc.pdf); P. VERONESI, *Il corpo e la*

Se la rappresentazione del ‘politico’ è determinata da un sistema bipolare, e quindi dal suo sdoppiamento, emerge l’esigenza di indicare gli schemi di collegamento che consentano la ricomposizione all’unità del modello. Vero è che il problema delle connessioni nell’ambito dei modelli dualistici, acquista un ruolo quanto mai determinante. Questa esigenza è soddisfatta attraverso due movimenti. Uno ascendente che va dalla società allo Stato, con il quale attraverso diversi istituti la società si muove verso lo Stato, il secondo delinea invece un movimento di una diversa direzione nella quale lo Stato, utilizzando tutte le sue potenzialità, contribuisce a dare unità nella rappresentazione giuridica del ‘politico’<sup>6</sup>.

Una prospettiva di riflessione che consente di programmare lo studio di alcuni istituti chiamati a realizzare l’obiettivo della ricomposizione del ‘politico’. Si vuol far riferimento, ad esempio, alla rappresentanza politica, alla rappresentanza degli interessi, al ruolo dei partiti, agli istituti di democrazia diretta, agli strumenti di partecipazione, al campo delle azioni imputate allo Stato per svolgere la sua funzione non solo “ordinante”.

Ed è in questo contesto che va verificato quale ruolo è chiamato a svolgere il rinvio intraistituzionale

## 2. La genealogia del modello dualistico a tendenza sociocentrica

In questa complessità, come si è evidenziato, l’indagine è indirizzata al modello dualistico a tendenza sociocentrica al fine di definire in questo contesto il ruolo chiamato a svolgere la tecnica del rinvio per contribuire alla realizzazione di quella forma di Stato in senso lato.

Di qui l’esigenza di spostare l’interesse della riflessione sulla genealogia di questo modello, con la prospettiva di doverlo valutare soprattutto allorché si sono innestate in esso tutte le potenzialità offerte dalla teoria istituzionalistica di Santi Romano<sup>7</sup>.

---

*Costituzione*, Milano, 2007; G. ROSSI, *The Relevance of G.D. Romagnosi in the Eclipse of Statism: Reflections on the Past and Future of Administrative Law*, in *Diritto pubblico*, 1/2012, p. 1 ss.; L. R. PERFETTI, *L’ordinaria violenza della decisione amministrativa nello stato di diritto*, in P. A. Persona e Amministrazione Ricerche Giuridiche sull’Amministrazione e l’Economia, reperibile su <http://ojs.uniurb.it/index.php/pea/article/view/1250/1148>; D. QUAGLIONI, *Il ‘peccato politico’ di Vittorio Emanuele Orlando*, Roma Trepress; G. SILVESTRINI, *Natural rights and the right to kill. Modern war theories between theoretical models and traditions of thought*, in *Filosofia politica*, 3/2007, p. 425 ss.; P. SCHIERA, *Nuovi elementi di statualità dell’ottocento*, in A. DE BENEDETTIS (a cura di), *Costruire lo Stato, costruire la storia. Politica e moderno fra ‘800 e ‘900*, Bologna, 2003, p. 11 ss.; B. SORDI, *Il “Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno”*, in *Historia Constitucional (revista electrónica)*, n. 4, 2003. <http://hc.rediris.es/04/index.html>; F. PIZZOLATO, *Orlando all’assemblea costituente*, in *Rivista AIC*, 3/2016; I. STOLZI, *Fascism and legal culture*, in *Studi storici*, 1/2014, p. 139.

<sup>6</sup> Cfr. V. MURA, *Statualismo e diritto sociale*, Pisa, 1979, p. 15 ss.

<sup>7</sup> La letteratura sulle opere e sulle teorie di Santi Romano è quanto mai vasta.

Si segnalano fra tutti L. AMMANNATI, *Santi Romano al Consiglio di Stato. Il contesto istituzionale e dottrinario*, in *Materiale per una storia della cultura giuridica*, 1992, p. 107 e segg.; A. AMORTH, *Il diritto amministrativo*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977, p. 111 e segg.; L. ARATA, *L’ordinamento giuridico di Santi Romano (e la lettura di Carlo Schmitt)*, in *Rivista della Corte dei conti*, 1998, p. 253 e segg.; M. BARILLARI, *Considerazioni sulla dottrina dell’ordinamento giuridico*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, vol. I, pag. 65 e segg.; M. BARBERIS, *Santi Romano, il neocostituzionalismo e il pluralismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, p. 349 e segg.; L. M. BENTIVOGLIO, *Santi Romano e la dottrina italiana di diritto internazionale: un esempio di convergenze parallele*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977, p. 191 e segg.; C. BERSANI, *Lo stato liberale nel “Diritto pubblico italiano” di Santi Romano*, in *Clio*, 1989, p. 507 e segg.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *L’opera scientifica di Santi Romano nel centenario della nascita (31 gennaio 1875)*, in *Amministrare*, 1975, p. 13 e segg.; P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977; N. BOBBIO, *Sulla filosofia dell’istituzione*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1940, p. 100 e segg.; N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, p. 175 e segg.; M. BRUTTI, *Ordinamento giuridico (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1980, vol. XXX, p. 654 e segg.; A. E. CAMMARATA, *Il concetto di diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, in A. E. CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano, 1973, p. 185 e segg.; F. CANFORA, *Considerazioni critiche in ordine alla teoria istituzionale dell’ordinamento giuridico con particolare riferimento alla concezione del Santi Romano*, in *Iustitia*, 1979, p. 290 e segg.; G. CAPOGRASSI, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, in G. CAPOGRASSI,



*Opere*, Milano, 1959, vol. IV, p. 181 e segg.; G. CAPOGRASSI, *L'ultimo libro di santi Romano*, in G. CAPOGRASSI, *Opere*, Milano, 1959, vol. V, p. 221 e segg.; S. CASSESE, *La formazione dello Stato Amministrativo*, Milano, 1974, p. 21 e segg.; S. CASSESE, *A proposito della pubblicazione de "Il diritto pubblico italiano" di Santi Romano*, in *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 1989, p. 474 e segg.; S. CASSESE, *La previsione romanesca sulla crisi dello Stato moderno e il suo tempo*, in *Le caste e la storia: rivista di storia delle istituzioni*, 2012, p. 5 e segg.; S. CASSESE, *Ipotesi sulla fortuna all'estero de "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2015, p. 177 e segg.; A. CATANIA, *Carl Schmitt e Santi Romano*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1987, p. 545 e segg.; W. CESARINI SFORZA, *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto dei privati*, in *Foro italiano*, 1933, p. 1381 e segg.; W. CESARINI SFORZA, *Ordinamenti giuridici (pluralità degli)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1968, vol. XII; p. 1 e segg.; G. CHIARELLI, *Il problema dei caratteri differenziali del ragionamento giuridico*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950, p. 341 e segg.; G. SCIANFAROTTI, *La crisi dello Stato liberale nella giuspubblicistica italiana del primo Novecento*, in A. MAZZACANE (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli 1986, p. 157 e segg.; F. COCOZZA, *Gli scritti di Santi Romano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1977, p. 1231 e segg.; V. CRISAFULLI, *Ricordo di Santi Romano*, in *Nuova antologia*, 1976, p. 346 e segg.; S. D'ALBERGO, *Riflessione sulla storicità degli ordinamenti giuridici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1974, p. 451 e segg.; S. D'ALBERGO, *Il potere sociale nella dottrina di santi Romano*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano 1997, p. 201 e segg.; M. D'ALBERTI, *Santi Romano e l'istituzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2014, p. 579 e segg.; A. DE ROBERTO, *Introduzione al tema*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino, 2004, p. 1 e segg.; G. DEL VECCHIO, *Diritto e istituzione*, in G. DEL VECCHIO, *Studi su diritto*, Milano, 1958, vol. I, p. 151 e segg.; G. FALCON, *Un'ipotesi sulla formazione de l'ordinamento giuridico di Romano*, in *Diritto e società*, 1973, p. 504 e segg.; M. FIORAVANTI, *Stato giuridico e diritto costituzionale negli scritti giovanili di Santi Romano*, in M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico*, Milano, 2001, p. 405; M. FOTIA, *L'istituzionalismo in Santi Romano tra diritto e politica*, in *Diritto e società*, 2011, p. 135; V. Frosini, *Istituzione*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1957, vol. IX, p. 266 e segg.; V. FROSINI, *L'attualità di santi Romano*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977, p. 211 e segg.; V. FROSINI, *Ordinamento giuridico (filosofia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1980, vol. XXX, p. 639 e segg.; V. FROSINI, *Santi Romano e l'interpretazione giuridica della realtà sociale*, in *Scritte in onore di Angelo Falzea*, Milano, 1991, vol. I, p. 321 e segg.; G. Gavazzi, *Santi Romano e la teoria generale del diritto*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di santi Romano*, Milano, 1977, p. 67 e segg.; A. GIANNINI, *Santi Romano*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1948, p. 189 e segg.; M. S. GIANNINI, *Gli scritti giuridici in onore di Santi Romano*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1942, p. 235 e segg.; M. S. GIANNINI, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Atti del XIV Congresso Internazionale di Sociologia (Roma, 30 agosto - 3 settembre 1950)*, Roma, Società Italiana di Sociologia, 1951, p. 455 e segg.; M. S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 1958, p. 259 e segg.; C. GORETTI, *Alcune considerazioni critiche su diritto sociale*, in *Annali della Università di Ferrara*, 1951, p. 1 e segg.; P. GRASSI – A. ROMANO, *Ricordando Santi Romano in occasione della inaugurazione dei corsi dell'a.a. 2010-2011 nella facoltà di giurisprudenza dell'Università di Prea*. A cura di EUGENIO RIPEPE, Pisa, 2013; P. GRASSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2006, p. 377; J. L. HALPERIN, *Romano Santi*, in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques sous la direction de Oliver Cayla et Jean-Luis Halpérin*, Paris, 2008, pp. 485 e segg.; G. KALINOWSKI, *Examen de: S. Romano, L'ordre juridique*, 2a éd. Traduction française par L. François et P. Gothot, in *Revue internationale de Droit compare*, 1976, p. 658 e segg.; F. LANCHASTER, *Santi Romano e le ideologie giuridiche italiane nella transizione allo stati di massa*, in *AIC. Rivista telematica giuridica dell'Associazione di Costituzionalisti*, 2011, p. 1 e segg.; S. LARICCIA, *Santi Romano: l'ordinamento giuridico*, in *Ritorno al diritto*, 2008, p. 82 e segg.; A. LEVI, *Contributi ad una teoria filosofica dell'ordine giuridico*, Genova, 1914; A. LEVI, *Ordinamento giuridico, fatti e rapporti giuridici*, in A. LEVI, *Saggi di teoria del diritto*, Bologna, 1924, p. 95 e segg.; A. LEVI, *Scritti minori di Filosofia del diritto*, Padova, 1957, p. 353 e segg.; C. MAGNAMI, *Stato e rappresentanza politica nel pensiero giuridico di Orlando e Romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2000, p. 349 e segg.; A. MANGIA, *La rappresentanza politica e la sua crisi. Un secolo dopo la previsione pisana di Santi Romano*, in *Diritto e Società*, 2012, p. 461 e segg.; L. MANGONI, *La crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli, 1986, p. 27 e segg.; S. MARTIN – RETORTILLO BAQUER, *La doctrina del ordinamiento juridico de Santi Romano y alguna de sus aplicaciones en el campo del derecho administrativo*, in *Revista Administración pública*, 1962, p. 39 e segg.; A. MASSERA, *Santi Romano tra "diritto pubblico" e "ordinamento giuridico"*. A proposito di Santi Romano, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffrè, 1988, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1989, p. 617 e segg.; A. MASSERA, *Orlando, Romano, Mortati e la forma di governo. Profili storico-dinamici* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1996, p. 211 e segg.; A. MAZZACANE (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale fra Otto e Novecento*, Napoli, 1986; P. Mayer, *Préface à: Santi Romano, L'ordre juridique*, Parigi, 2002; L. MAZZAROLLI, *Santi Romano Presidente del Consiglio di Stato e la protezione del cittadino*, in *Diritto e società*, 2004, p. 441; G. MELIS, *La giurisprudizione sui rapporti di impiego negli enti pubblici. Nuovi documenti e quattro lettere inedite di Santi Romano (1933-1934)*, in *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 2007, p. 511 e segg.; R. MENEGHELLI, *Validità giuridica nel normativismo e nell'istituzionalismo*, in *Diritto e società*, 1991, p. 1 e segg.; R. MENEGHELLI, *Rileggendo alcune pagine del Dizionario giuridico di santi Romano*, in *Diritto e società*, 1993, p. 197 e segg.; F. MODUGNO, *Istituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1973, vol. XXIII, p. 69 e segg.; F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1980, vol. XXX, p. 678 e segg.; F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1985, vol. XXXIV, p. 1 e segg.; M. MONTANARI, *Santi Romano. La crisi dello Stato liberale nella teoria istituzionale del diritto*, in *Lavoro critico*, 1981, p. 61 e segg.; A. MORRONE, *Per il metodo del costituzionalista: riflettendo su "Lo Stato moderno e la sua crisi" di Santi Romano*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, p. 369 e segg.; V. MURA, *Statalismo e diritto sociale*, Pisa, 1979; A. MUSUMECI, *Santi Romano, un giurista tra due secoli*, in I. BIROCCCHI – L. LOSCHIAVO (a cura di), *I giuristi e il fascismo del regime (1918-1925)*, Roma, 2015, p. 325; V. E. ORLANDO, *Recenti indirizzi circa i rapporti tra Diritto e Stato (ordinamento giuridico – regola di diritto – istituzione)*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1926, p. 273 e segg.; V. E. ORLANDO, *Ancora del metodo di diritto pubblico con particolare riguardo all'opera di santi Romano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, vol. I, p. 1 e segg.; V. E. ORLANDO, *Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico*, V. E. ORLANDO, *Scritti giuridici vari (1941-1952)*, Milano, 1955, p. 479 e segg.; S. PANUNZIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'unità dello Stato*, in *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio nel XXV anno di insegnamento (1904-1929)*, Modena, 1931, vol. II, pag. 179 e segg.; E. PARESCHE, *Diritto, norma, ordinamento*, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 1933, 1934, 1935, rispettivamente p. 204 e segg., 346 e segg., 20 e segg.; L. PICCARDI, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e il concetto di rinvio*, cit., p. 249 e segg.; C. PINELLI, *Limiti degli ordinamenti e rilevanza di un ordinamento per un altro nel pensiero di Santi Romano*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1986, p. 1856 e segg.; C. PINELLI, *La costituzione di Santi Romano e i primi maestri dell'età repubblicana*, in *AIC. Rivista telematica giuridica della Associazione dei Costituzionalisti*, 2012, p. 1 e segg.; P. PIOVANI, *Istituzione* in *Enciclopedia filosofica*, 1968, vol. III, coll. 1122 e segg.; G. REBUFFA, *Lecture di Santi Romano*, in *Politica del diritto*, 1978, p. 779 e segg.; E. RIPEPE, *La teoria dell'ordinamento giuridico: Santi Romano*, in E. RIPEPE, *L'età Liberale. Le Scienze Sociali. Diritto*, Roma, 2012, p. 475 e segg.; A. ROMANO, *Santi Romano, La giuspubblicistica italiana: temi e tendenze*, in *Diritto e società*, 2004, p. 7 e segg.; A. ROMANO, *"L'ordinamento giuridico" di Santi Romano, il diritto dei privati e il diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2011, p. 241 e segg.; A. ROMANO, *Nota bibliografica su Santi Romano*, in P. GROSSI – A. ROMANO, *Ricordando Santi Romano in occasione dell'inaugurazione dei corsi dell'a.a. 2010-2011 nella facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa*. A cura di E. RIPEPE, Pisa, p. 81 e segg.; S. ROMANO, *Ordinamenti giuridici privati*, in *Studi in memoria di Francesco Vassalli*, Torino, 1960,

Le ipotesi previste dal quadro teorico sono due. Una configurazione atomistica del polo costituito da un micro-soggetto individuo singolo, un'altra che immette nel polo sociale il complesso delle formazioni intermedie che costituiscono la struttura portante della società nella quale la persona trova la sua collocazione.

### 3. Il contributo della teoria di Santi Romano nella ricostruzione del modello

Per questa operazione interpretativa correttamente gli studiosi hanno individuato come punto di riferimento iniziale quel modello imputabile anche alla riflessione di Vittorio Emanuele Orlando, il quale, nella configurazione dualistica introduce il 'popolo' come rappresentazione del polo sociale<sup>8</sup>, facendo acquisire al modello i connotati di una tipologia a tendenza statocentrica<sup>9</sup>. Infatti l'innesto nella struttura del modello del concetto di "popolo" permette una rappresentazione organica, sintetica, inarticolata del 'sociale'..."<sup>10</sup>, con il conseguente occultamento dello stesso polo sociale e con la emersione del ruolo 'ordinante' del polo statale.

Ed è su questo modello a tendenza statocentrica che incidono decisamente le istanze proposte dalla teoria di Santi Romano con un intervento sulla rappresentanza del polo sociale.

Una dottrina, quella del Santi Romano, che anche di recente è stata sottoposta ad una attenta riflessione, al fine di identificare il contributo offerto non solo sul piano della teoria generale<sup>11</sup>. Sotto questo ultimo profilo giustamente si è messo in evidenza come dal punto

---

p. 1371; R. RUFFILLI, *Santi Romano e l'analisi liberal-riformista della "crisi dello Stato" nell'età giolittiana*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977, p. 223 e segg.; A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009; U. SCARPELLI, *Santi Romano, teorico conservatore, teorico progressista*, in U. SCARPELLI, *L'Etica senza verità*, Bologna, 1982, p. 315 e segg.; F. G. SCOCA, *L'Evoluzione del processo amministrativo durante la presidenza di Santi Romano*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, 2004, p. 183 e segg.; A. TARANTINO, *Un convegno sul pensiero di Santi Romano*, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 1976, p. 116 e segg.; A. TARANTINO, *Dell'istituzionalismo. Ancora sui precedenti dottrinali di Santi Romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1981, p. 169 e segg.; G. TARELLO, *La dottrina dell'ordinamento giuridico e la figura pubblica di Santi Romano*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine pubbliche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977, p. 245 e segg.; G. TARELLO, *Ordinamento giuridico*, in G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*. A cura di R. GUASTINI E REBUFFA, Bologna, 1988, p. 186 e segg.; F. TESSITORE, *Crisi e trasformazione nello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra otto e novecento*, Napoli, 1988; V. TONDI DELLA MIURA, *Riflettendo sul centenario della prolusione pisana di Santi Romano: la realtà e l'inquietudine*, in *Scritti in onore di Claudio Rossano*, Napoli, 2013, pag. 499 e segg.; R. TREVES, *Considerazioni sulla teoria sociologica del diritto di Santi Romano*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977, p. 261 e segg.; G. TREVES, *Riflessioni sul valore attuale dell'insegnamento di Santi Romano*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977, p. 257 e segg.; F. VERRASTRO, *Un convegno sul consiglio di Stato e Santi Romano*, in *Le Caste e la Storia. Rivista di Storia delle istituzioni*, 2003, pag. 136 e segg.; V. VIGLETTI, *Pluralità di ordinamenti giuridici nell'unità dello Stato*, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 1937, p. 411 e segg.; G. VOLPE, *Replia al prof. Romano*, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, 1932, p. 129 e segg.; A. VOLPICELLI, *Santi Romano*, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, 1929, p. 7 e segg.; p. 353 e segg.; A. ZANFARINO, *Sui fondamenti e sui limiti istituzionali della esperienza giuridica*, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 1960, p. 577 e segg.; G. ZANOBINI, *Recensione a Santi Romano, Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1926, in *Rivista di Diritto pubblico*, 1927, p. 316 e segg.; G. ZANOBINI, *Santi Romano*, in *Rivista italiana per le Scienze giuridiche*, 1947, p. 279 e segg.; G. ZANOBINI, *Premessa alla raccolta in Santi Romano, Scritti minori*. A cura di GUIDO ZANOBINI, Milano, 1950, p. XXV e segg.; P. ZICCARDI, *Il diritto internazionale*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977, p. 147 e segg.

<sup>8</sup> Cfr. V. E. ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, 1905, p. 26 ss.

<sup>9</sup> Per una diversa configurazione del modello statocentrico nel contesto dell'oggi dinanzi ai processi di globalizzazione si rinvia alla ricostruzione di G. TEUBNER, *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2003, p. 1 ss. ora in G. TEUBNER (a cura di), *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, traduzione a cura di R. PRANDINI, Roma, 2005, *Costituzionalismo societario: alternative alla teoria costituzionale stato-centrica*, p. 105 ss.

<sup>10</sup> Sul punto P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 125

<sup>11</sup> Cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, op. cit. Recentemente questa teoria è stata sottoposta a nuove riflessioni in un convegno tenuto a Palermo il 24 ed il 25 novembre 2017 presso l'Università degli Studi di Palermo a cento anni della pubblicazione de "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano. Durante il Convegno ci sono stati gli interventi di Paolo Grossi, presidente della Corte Costituzionale; di



di vista metodologico, l'impostazione della dottrina romaniana, in contrapposizione alle vecchie ideologie, riporti una visione storica del diritto, ponendosi quindi in una prospettiva costituzionalistica. Tale prospettiva è considerata come la sola che si propone di ricostruire il sistema dei principi generali di diritto pubblico, consentendo al giurista di restare giurista, senza abbandonare il suo canone metodologico<sup>12</sup>. In questo contesto è stato messo in evidenza come l'*Ordinamento giuridico* di Romano del 1918 abbia determinato, nello scenario della teoria generale, una vera rivoluzione copernicana. Un processo che comunque parte da lontano e che si sviluppa lentamente con una lunga preparazione che ha il suo punto di partenza nell'intervento del 1901 dal titolo *L'istaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*<sup>13</sup> e prosegue con la nota prolusione pisana del 1909 dal titolo *Lo Stato moderno e la sua crisi*<sup>14</sup>.

Una ricostruzione che fa emergere il ruolo di un giurista "storicista" e nel contempo "problematizzatore", chiamato a debellare le dogmatiche costruite a tutela dello Stato di diritto liberale, a contrapporsi al "romanticismo politico", alle mitologie giuridiche, all'eccessivo statalismo, al "regno delle nuvole", alla individuazione dei fatti produttivi di una determinata normatività<sup>15</sup>.

Un complesso di valutazioni che, soprattutto in una prima fase, non sempre hanno ottenuto consensi, tanto è vero che si sostiene che la fortuna dell'*Ordinamento giuridico* è stata soltanto postuma<sup>16</sup>.

Comunque questi dati rafforzano la convinzione che l'inserimento della teoria romaniana nella tradizione giuspubblicistica italiana non solo ha ampliato la sfera del giuridicamente rilevante, individuando l'esistenza accanto ad un ordinamento 'perfetto e originario' di 'altri ordinamenti' ma ha anche innovato lo schema della rappresentazione giuridica del 'politico'<sup>17</sup>.

In altri termini Santi Romano intervenendo nello schema logico individuato dal modello orlandiano elimina l'elemento 'popolo' e lo sostituisce con i gruppi sociali, configurando

---

Alessandro Pajno, Presidente del Consiglio di Stato moderatore della prima sezione, le relazioni "Diritto costituzionale" di Mario Dogliani, docente emerito dell'Università degli studi di Torino; "Diritto Amministrativo" di Sabino Cassese, School of Government della Luiss Roma; "Diritto Internazionale" di Francesco Salerno, Università degli studi di Ferrara; "Diritto Romano" di Massimo Brutti, docente emerito dell'Università "La Sapienza" Roma; "Diritto Civile" di Salvatore Mazzamuto, docente emerito dell'Università di Roma Tre; "Diritto Ecclesiastico" di Cesare Mirabelli, presidente emerito della Corte costituzionale; "Diritto Penale" di Giovanni Fiandaca, Università degli studi di Palermo; "Filosofia del diritto" di Mauro Barberis, Università degli studi di Trieste; "Storia del diritto" di Bernardo Sordi, Università degli studi di Firenze; "Sociologia del diritto" di Antonio La Spina, Università LUISS "Guido Carli" Roma.

Al termine delle giornate del convegno si è tenuta una Tavola Rotonda, presieduta da Guido Corso, docente emerito, dell'Università di Roma Tre con la partecipazione di Jean-Bernard Auby, Science Po, Cattedra Mutations de l'Action Publique; Giacinto della Cananea, Università degli Studi Tor Vergata Roma, Dian Schefold, docente emerito dell'Università di Bremen, Marco Mazzamuto Università degli Studi di Palermo.

<sup>12</sup> Cfr. sul punto P. GROSSI, *Relazione introduttiva al Convegno tenuto a Palermo il 24 ed il 25 novembre 2017 presso l'Università degli Studi di Palermo a cento anni della pubblicazione de "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano*, in corso di pubblicazione per i tipi della Editoriale Scientifica.

<sup>13</sup> Cfr. S. ROMANO, *L'istaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi, Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969, p. 41.

<sup>14</sup> Cfr. S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 5

<sup>15</sup> Cfr. in tal senso le indicazioni espresse in P. GROSSI, *Relazione introduttiva al Convegno tenuto a Palermo il 24 ed il 25 novembre 2017 presso l'Università degli Studi di Palermo a cento anni della pubblicazione de "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano*, cit.

<sup>16</sup> Su questi aspetti si rinvia alla relazione tenuta da S. Cassese al Convegno del 24-25 novembre 2017 presso l'Università degli Studi di Palermo a cento anni dalla pubblicazione dell'"*Ordinamento giuridico*" di Santi Romano, che, fra l'altro, ricostruisce il pensiero di M. S. Giannini sull'opera romaniana.

<sup>17</sup> Cfr. V. MURA, *Statualismo e diritto sociale*, Pisa, 1979, p. 15 ss.

con essi l'esistenza di ordinamenti giuridici e proponendo di utilizzarli per immettere le istanze espresse dalla società nel modello complessivo.

#### 4. Il processo di metabolizzazione che ha portato alla costruzione del modello

C'è, quindi, un approdo verso un modello dualistico a tendenza sociocentrica? E' questa la domanda che legittimamente la ricerca deve porsi.

Si è sostenuto che il modello romaniano va collocato come un modello bidirezionale, nel senso che da una prospettiva può essere configurato come "monista statocentrico", da un'altra parte "pluralista" "nella rappresentazione del polo sociale della relazione"<sup>18</sup>.

In altri termini le istanze sollecitate dall'intervento romaniano non avrebbero 'inventato' il pluralismo, ma avrebbero indicato piuttosto "la possibilità di raggiungerlo attraverso un modello statocentrico, fino a quel momento refrattario ad una tematizzazione 'pluralistica, del polo sociale'<sup>19</sup>.

Ne consegue che l'obiettivo di Santi Romano non sarebbe stato "quello di indirizzare il discorso giuspubblicistico verso un referente diverso, ma piuttosto quello di organizzare diversamente (secondo un modello più coerente e 'comprensivo,) gli enunciati intorno ad un referente immutato nella sua tradizionale bipolarità"<sup>20</sup>.

E' evidente che, al di là di ogni considerazione critica, da una parte il pensiero romaniano contribuisce alla critica della teoria tradizionale tedesca dello Stato, dall'altra la configurazione del polo sociale, sulla base delle istanze pluralistiche, ha offerto un contributo determinante per la costruzione di quel modello a tendenza sociocentrica che trova la sua descrizione normativa nella Carta costituzionale italiana del '48, alla quale bisogna fare riferimento per cogliere gli aspetti di teoria generale che presiedono a quelle scelte.

Si apre, quindi, un campo di riflessioni che consente di verificare come il modello è costruito attraverso un processo di metabolizzazione sulla base di diverse istanze determinate da differenti fonti culturali ed ideologiche.

Innanzitutto le indicazioni provenienti dal gruppo dossettiano presente in Assemblea costituente, le istanze prodotte dal modello romaniano e dalla tradizione giuspubblicistica italiana, le sollecitazioni offerte da quella cultura che ha operato intorno a *Weimar*.

Il contributo alla costruzione del modello dualistico a tendenza sociocentrica è offerta dal gruppo dossettiano già nella relazione presentata alla prima sottocommissione della commissione dei 75 dall'on. La Pira.

In quella relazione c'è il rigetto esplicito di ogni modello monistico statocentrico, legittimato dalla "dura esperienza dello Stato 'totalitario,' propugnatore della teoria dei "diritti riflessi", e c'è il riconoscimento che l'apparato costituzionale e politico dello Stato ha la funzione di tutelare i diritti delle persone. Emerge altresì l'esigenza che tra i diritti

<sup>18</sup> Così P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 133.

<sup>19</sup> Cfr. sul punto P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 134

<sup>20</sup> Cfr. sul punto P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 135

riconosciuti vadano annoverati anche i diritti sociali ormai legittimati da diverse Costituzioni recenti. Un quadro di indicazioni che comporta anche il rigetto di ogni configurazione monistica sociocentrica<sup>21</sup>.

Queste considerazioni impongono al relatore l'esigenza di definire in modo più puntuale la forma di Stato da accogliere. Di qui il rigetto di "quella concezione atomistica che contrappone disorganicamente i singoli allo Stato" senza tener conto di quelle comunità intermedie "che sono la inevitabile e provvida mediazione tra lo Stato ed i singoli...". Ne consegue che qualsiasi libertà civile e politica può essere effettiva da una parte solo se garantita con la tutela dei diritti sociali, dall'altra solo se sono tutelate le formazioni intermedie.

Quindi il rapporto tra l'individuo e lo Stato va correttamente posto. Va respinta la concezione atomistica secondo la quale gli individui si contrappongono allo Stato come singolo, va respinta altresì ogni concezione totalitaria secondo la quale lo Stato "si pone come unico centro creatore di diritti e di funzioni". In tutte e due le concezioni "non vi è posto per un pluralismo di ordinamenti sociali che permetta alla persona un graduale e progressivo svolgimento della sua libertà".

Ma nella costruzione del modello dualistico a tendenza sociocentrica, un contributo altrettanto rilevante è offerto dalla tradizione giuspubblicistica italiana, arricchita dalla concezione del diritto come istituzione e soprattutto dalle istanze pluralistiche introdotte dalle teorie romane.

Come già si è avuto occasione di evidenziare, l'opera di Santi Romano è stata valutata in tutta la sua complessità in una fase postuma dopo molti silenzi e diverse critiche.

Anche recentemente è stato ribadito questo atteggiamento, ma nel contempo si è esaltata tutta la forza innovativa di quella teoria, soprattutto quando ricostruisce la istanza pluralistica<sup>22</sup>.

Una forza innovativa che emerge soprattutto allorchè la cultura giuridica immette nel quadro determinato dall'opera di Santi Romano le dinamicità che la valutazione dei sistemi operativi evidenzia. Si fa riferimento, ad esempio, alle ricostruzioni elaborate da Massimo Severo Giannini che, con un approccio storicistico, rileva l'ampiezza delle ipotesi istituzionali che si possono intravedere fino ai così detti ordinamenti sezionali, sui quali esprime riflessioni quanto mai significative<sup>23</sup>.

Altrettanto rilevanti, sotto questo profilo, sono i contributi di Giuseppe Guarino che, intervenendo sulla dinamicità delle istituzioni, cerca di cogliere "la intensità, la velocità ed il ritmo del loro dinamismo", determinato dalle loro strutture e dal movimento incessante prodotto dal coacervo delle relazioni interistituzionali<sup>24</sup>.

Altrettanto significativo è il contributo che il dibattito intorno a *Weimar* ha prodotto offrendo dati di teoria generale per la elaborazione del modello. Si vuol far riferimento alle

<sup>21</sup> Cfr. la bozza di stampa della Relazione dell'on. La Pira, raccolta dal "Segretariato generale" della Camera dei deputati nel volume *Assemblea costituente: atti della Commissione*, vol. II, *Relazione e proposte*, p. 14 ss. Sull'itinerario percorso nel testo si rinvia anche a p. 100 ss.

<sup>22</sup> Cfr. S. CASSESE, *Relazione "Diritto amministrativo"* in *Atti del Convegno tenuto a Palermo il 24 e 25 novembre 2017*, cit.

<sup>23</sup> Cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, vol. I, p. 8, p. 53 ss., p. 92 ss.; p. 160 ss.

<sup>24</sup> Cfr. G. GUARINO, *L'uomo istituzione*, Roma-Bari, 2005, p. 3 ss.

teorie pluralistiche di Ernst Fraenkel, protagonista fin dal 1932 di uno scontro culturale e politico per affermare le radici del suo modello pluralistico<sup>25</sup>.

Un itinerario scientifico chiamato a determinare alcuni canoni dell'istanza pluralistica, fissati da un codice di valori cui devono far riferimento le diverse Costituzioni che hanno fatto proprio il principio della "pluralità dei pluralismi".

Ma quali sono i canoni del codice dei valori? Innanzitutto abbandono di ogni configurazione del pluralismo, inteso come pluralismo delle sovranità, anche in una strategia fondata sull'idea che il processo di formazione della opinione politica trova la propria realizzazione attraverso vie pluralistiche. Vero è che "le democrazie occidentali concedono ai loro cittadini la possibilità illimitata di organizzarsi *pluralisticamente* in una molteplicità di associazioni, di essere attivi e di inserirsi collettivamente nella totalità statale"<sup>26</sup>.

Tutto ciò, comunque, sulla base non solo di norme procedimentali e di regole del gioco del *fair play*, ma, anche, delle determinazioni fissate dal codice dei valori. Un codice teso ad impedire che la eterogeneità prodotta dalla istanza pluralistica faccia venir meno quel minimo di omogeneità senza il quale emerge il pericolo che lo Stato deperisca per ipotrofia.

## 5. Il ruolo del rinvio intraistituzionale nel modello dualistico a tendenza sociocentrica

Alla fine di questo itinerario argomentativo si possono individuare i tratti fisionomici del modello dualistico a tendenza sociocentrica, assumendo come oggetto della riflessione altresì l'obiettivo di determinare quale è la funzione del rinvio "intraistituzionale" nel contesto di questa modellistica.

La strutturazione della relazione in questo modello evidenzia la visibilità dei due poli, ma nel contempo la priorità del polo sociale. Ne consegue la esteriorità dello Stato in relazione alla società, il quale, comunque, svolge il ruolo strumentale e, sotto un certo profilo, insostituibile. In altri termini i fini politici generali sono proposti dalla società ma sono soddisfatti con l'intervento dello Stato che, pertanto, agisce "come istanza di conferma e regolamentazione *ex post* di un mondo di azioni e bisogni in sé già compiuto"<sup>27</sup>.

Ma quale è la rappresentazione del polo sociale compatibile con questo modello? Non è certamente configurabile come un insieme di individui, ma come un insieme di gruppi e di gerarchie, né altresì come una rappresentazione organica e sintetica, inarticolata<sup>28</sup>. Comunque la società è anche il luogo del conflitto tra gruppi.

In questa configurazione della rappresentazione del 'politico' nell'ambito degli schemi di collegamento del polo sociale con il polo statale, il rinvio intraistituzionale è utilizzato sia nella fase ascendente che in quella discendente per svolgere differenti ruoli. Nella prima il

<sup>25</sup> Confronta per tutti E. FRAENKEL, *Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechts-staatlichen Demokratie*, ora in A. V. BRÜNNECK (a cura di), *Ernst Fraenkel, Gesammelte Schriften*, Band 5, *Demokratie und Pluralismus*, Baden-Baden, 2007, p. 256 ss.

<sup>26</sup> Cfr. E. FRAENKEL, *Il pluralismo come elemento strutturale dello stato di diritto liberal-democratico*, in V. ATRIPALDI (a cura di), *Il pluralismo come innovazione. Società, Stato e costituzione in Ernst Fraenkel*, cit. p. 9.

<sup>27</sup> Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 74

<sup>28</sup> Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 125

rinvio va inserito tra quegli istituti che mirano ad avvicinare il polo sociale a quello statale assumendo il ruolo di *Ventilbegriffe*<sup>29</sup>, al fine di immettere istanze prodotte dalla società nelle scelte di politica generale determinate dallo Stato; nel secondo movimento il rinvio va collegato tra gli strumenti per consentire quella ricomposizione unitaria del ‘politico’ che costituisce uno degli obiettivi del modello.

La ricostruzione a livello di teoria generale consentirà di spostare l’analisi a livello dei sistemi positivi per valutare comparativisticamente l’impatto del modello nei differenti ordinamenti, le incidenze su di esso delle sovraordinazioni ideologico-politiche espresse dai diversi contesti storico-ordinamentali, il ruolo svolto dal rinvio intraistituzionale per raggiungere i suoi obiettivi.

---

<sup>29</sup> Sulla configurazione e sulla funzione dei *Ventilbegriffe* v. K. G. WURZEL, *Das juristische Denken*, Wien-Leipzig, 1904, p. 86; E. PARESCHE, *Interpretazione (filosofia)*, in *Encicl. Dir.*, Milano, 1972, vol. XXII e biblio ivi cit.



## Capitolo II

### La tecnica del rinvio nella ricostruzione della cultura giuridica

Sommario: 1. Introduzione - 2. Le prime elaborazioni della cultura giuridica: il concetto di norma in bianco - 3. La nozione di rinvio nella interpretazione di Triepel e Zitelmann - 4. La tecnica del rinvio come teoria generale del diritto. Il rinvio tra differenti ordinamenti giuridici. - 5. Il rinvio come tecnica di produzione normativa: l'oggetto, gli effetti giuridici, le tipologie - 5.1. L'oggetto del rinvio - 5.2 Gli effetti giuridici del rinvio - 5.3 Le tipologie di rinvio - 5.3.1. Rinvio autonomo e rinvio eteronomo - 5.3.2. Rinvio dichiarativo e costitutivo - 5.3.3. Rinvii espressi e taciti - 5.3.4. Rinvii enumerativi e a catena - 5.3.5. Clausole ombrello - 5.3.6. Rinvii statici e dinamici - 6. Norme penali in bianco. - 7. Concetti giuridici indeterminati. -

#### 1. Introduzione

Il rinvio è uno strumento utilizzato dalla tecnica legislativa per instaurare una relazione tra le norme giuridiche<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> Per una più ampia e completa definizione del ruolo del rinvio vedi *retro* p.

Sui vari aspetti di tecnica legislativa cfr., fra gli altri, R. PAGANO, *Introduzione alla legislativa*, cit., p. 97 ss e bibliografia ivi cit., cui *adde* F. CARNELUTTI, *Tecnica ed arte legislativa*, in *Rivista di Diritto dell'economia*, 1957; A. CHIARELLI, *I problemi della legislazione*, *Dir. Econ.*, 1960; M. Longo, *Per la fondazione di una scienza della legislazione*, in *Dir. Econ.*, 1960; F. GALGANO, *Come fare le leggi civili?*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1983; A. A. CERVATI, *Metodi e tecnica della legislazione in alcuni recenti orientamenti della dottrina di lingua tedesca*, in *Foro it.*, 1985; S. BARTOLE (a cura di), *Lezione di tecnica legislativa*, Cedam, Padova, 1988; F. Bilancia, *Sulla tecnica per migliorare gli enunciati legislativi*, in *Rassegna parlamentare*, 1990, p. 57 ss.; F. CINGOLESI, *All'origine degli studi sulle tecniche legislative: il dibattito sulla fondazione di una scienza della legislazione*, in *Rass. Parl.*, 1998; G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Zanichelli, Bologna, 1998; M. AINIS, *Regole di drafting e regole sul drafting: l'esperienza positiva, rassegna parlamentare*, 1990, p. 168 ss.; C. D'ORTA, V. DI PORTO, *L'attività di drafting nel procedimento legislativo: strutture, regole, strumenti*, in *Rassegna parlamentare*, 1995; V. FROSINI, *Il drafting legislativo in Italia e altrove*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2000; V. CALANIELLO, *Il drafting delle leggi nella giurisprudenza*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2001, p. 7 ss.; G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Libro I, capo III, Roma, 1984; G. FORTUNATO, *Manuale di tecnica normativa*, Bergamo, 1994, p. 145; R. GUASTINI, *Questioni di tecnica legislativa*, in *Le Regioni*, 1985; V. ITALIA, *La fabbrica delle leggi. Leggi speciali e leggi di principio*, Milano, 1990; F. LANCHESTER, *Elementi di drafting e procedimento legislativo comparato*, in AA.VV. *Corso di studi superiori legislativi 1988-1989*, Padova, 1989; R. LIBERTINI, *Le Regioni e le tecniche legislative*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2002; A. A. MARTINO, *La progettazione legislativa nell'ordinamento inquinato*, in *Studi Parlamentari e di politica costituzionale*, ottobre-dicembre 1977, p. 1 ss; F. MODUGNO, *Abrogazione*, in *Enc. giuridica Treccani*, I, Roma, 1988; F. MODUGNO, *Validità (teoria generale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLVI, Milano, 1993, p. 44 ss.; C. M. ORLANDO, *Tecnica e politica nella redazione dei testi legislativi*, *Il Parlamento della Repubblica. Organi, procedure apparati* - vol. IV Camera dei Deputati, 1992; A. PAPA, *Alcune considerazioni sulla tecnica del rinvio nella produzione normativa*, in *Rassegna parlamentare*, 1991; R. QUADRI, *Critica del cosiddetto problema del rinvio*, Estratto dalla *Giurisprudenza Comparata di Diritti Internazionale Privato*, Vol. X, Roma, 1943; G. U. RESCIGNO, *Qualità della legislazione e principio di legalità*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2000, pp. 152 ss; G. U. RESCIGNO, *Tecnica legislativa*, *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXX, Roma, 1993; M. SALVATORI, *Osservazioni in tema di tecnica legislativa*, in *Legislaz. Econ.*, 1979; G. TREMONTI, *Scienza e tecnica della legislazione*, in *Riv. dir. finanz. e scienza delle finanze*, 1992; A. F. J. THIBAUT, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, in A. F. J. THIBAUT - F. C. SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, a cura di G. MARINI, Napoli, 1982; V. VASSALLI, *La missione del giurista nella elaborazione delle leggi*, in *Scritti in Carnelutti*, Padova, 1950; A. VEDASCHI, *Istituzioni europee e tecnica legislativa*, Milano 2002, p. 258; M. ZINGALES, *Aspetti peculiari dell'attuale del legislazione*, in *Foro amm.*, 1980. Rinvio, secondo l'uso comune della lingua in uno dei suoi significati appare come: "L'azione, l'atto di rinviare".

Questa è la definizione data dal Vocabolario della Treccani.

Una definizione di 'rinvio' è data da, fra gli altri, da N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960; p. 198 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, vol. I, Padova, 1984, p. 68 ss.; S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 128.

Nell'ordinamento tedesco il concetto di rinvio viene espresso con il termine *Verweisung* e, talvolta, con la dicitura abbreviata di *Verweis*. Nell'uso comune della lingua *verweisen* sta a significare "indicare", "richiamare l'attenzione".

In tal senso, il concetto di rinvio è caratterizzato dal riferimento di una norma (la norma di rinvio) ad un altro contenuto determinato dalla norma oggetto del rinvio<sup>31</sup>. Con il rinvio, quindi, una norma giuridica non regola un rapporto ma stabilisce che questo venga disciplinato da un'altra norma.

Per il contenuto a cui si rinvia si utilizza a volte il concetto di “oggetto del rinvio”. Oppure “norma a cui si fa riferimento” o anche “disposizione integrativa”, “norma di riferimento” oppure “testo di riferimento” o “obiettivo del rinvio”. La norma di rinvio viene denominata prevalentemente *prescrizione di rinvio, soggetto del rinvio*<sup>32</sup>.

Il rinvio si presenta in forme diverse e può avvenire con o senza indicazione espressa per assolvere a diverse funzioni. Infatti, ad esempio, un rinvio può essere determinato da una lacuna normativa che necessita di un completamento che avviene attraverso l'oggetto del rinvio. In alcuni casi si riscontra un rinvio che prevede anche la ripetizione del testo.

L'utilizzo della tecnica del rinvio, invero, facendo riferimento ad un enunciato già interpretato rende più snello il testo rinviante. Come infatti è stato sostenuto il rinvio evita la ripetizione di formulazioni già esistenti e, quindi, svolgerebbe la funzione di alleggerimento dell'ordinamento<sup>33</sup>. Con questo obiettivo “l'uso della tecnica del rinvio è certamente conveniente ed agevole per coloro che si dedicano all'attività di redazione/stesura dell'articolato di un progetto di legge”<sup>34</sup>.

E' da evidenziare però che se non propriamente utilizzato il rinvio può rendere di difficile comprensione ed interpretazione la norma rinviante in quanto potrebbe non essere agevole la ricerca e l'interpretazione di altri testi richiamati.

Nei diversi settori giuridici e con varie sfumature vengono utilizzati anche i termini di *recezione, incorporazione*. Si tratta tuttavia di concetti non del tutto appropriati. “Il termine recezione, infatti, viene spesso inteso in senso generale come adozione di parti di sistemi normativi senza limitarsi a un determinato mezzo di adozione. Il concetto di incorporazione viene utilizzato soprattutto per determinati rinvii”<sup>35</sup>. Ad esempio ciò si verifica nell'ipotesi della utilizzazione testuale di norme tecniche.

La formula di rinvio può anche essere rilevabile da una descrizione dell'oggetto del rinvio e dall'indicazione dell'articolo specifico. Potrebbe essere data anche da determinati concetti definiti in altro punto del testo. In alcune ipotesi vengono utilizzati i termini "legale" e "nei

Cfr. sul punto A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, Berlin, 2007, p. 35 ss. secondo il quale “In tal senso, il concetto di *Verweisung* o rinvio è caratterizzato dal riferimento di una norma (*Verweisungsnorm* - norma di rinvio) a un altro contenuto (*Verweisungsobjekt* - oggetto del rinvio). Tale definizione è sostanzialmente riconosciuta in linea generale, ma spesso si utilizza il concetto più limitato della norma piuttosto che l'oggetto del rinvio. Oltre a ciò si utilizzano i termini *bezogene Norm* (norma a cui si fa riferimento) ed *ergänzende Anordnung* (disposizione integrativa), *Bezugsnorm* (norma di riferimento) oppure *Bezugstext* (testo di riferimento) o *Verweisungsziel* (obiettivo del rinvio). La norma di rinvio (*Verweisungsnorm*) viene denominata anche *Verweisungsvorschrift, -grundlage, -subjekt, -träger* o raramente in altro modo.

<sup>31</sup> Sulla diversità ontologica tra “riferimento” e “rinvio” v. G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, p.

<sup>32</sup> Cfr. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, Berlin, 2007, p. 55 ss.

<sup>33</sup> Cfr. A. SOLDANO, *Il rinvio*, in <http://www.costituzionale.unige.it/dottorato/Rinvio.htm>

<sup>34</sup> A. SODANO, *Il rinvio*, in <http://www.costituzionale.unige.it/dottorato/Rinvio.htm>.

<sup>35</sup> Cfr. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 37

modi previsti dalla legge" per consentire un rinvio. Allo stesso modo, l'uso del concetto "necessario" può indicare un rinvio ad obblighi altrimenti disposti.

Pertanto ne consegue che l'indicazione dell'oggetto di rinvio comporta l'esigenza di una attenta interpretazione della norma di rinvio.

Peraltro non si esige che vi sia un determinato "distacco" fra la norma di rinvio e l'oggetto del rinvio. Infatti, gli stessi problemi interpretativi possono emergere indipendentemente dalla collocazione dei paragrafi, se siano o meno in diretta sequenza<sup>36</sup>.

Il concetto di rinvio è stato oggetto di studio assiduo da parte della dottrina non solo italiana.

## 2. Le prime elaborazioni della cultura giuridica: il concetto di norma in bianco

L'itinerario che si va costruendo si propone di individuare quei contributi della cultura giuridica che hanno consentito di dare legittimazione autonoma all'ipotesi di rinvio intraistituzionale.

La cultura giuridica alla fine dell'ottocento elabora per la prima volta il concetto di norma in bianco, una norma, cioè, il cui contenuto viene integrato attraverso il richiamo ad altre norme.

La nozione riguarda quelle norme che, utilizzando il contenuto di altre consentono la loro integrazione senza che fossero recepite<sup>37</sup>. E' il Binding che utilizza la *Blankettstrafgesetz* per norme penali che indicano la fattispecie e/o la sanzione attraverso il rinvio ad altre norme<sup>38</sup>.

Questo concetto è stato successivamente utilizzato da altri studiosi applicandolo a diversi ambiti del diritto<sup>39</sup>.

## 3. La nozione di rinvio nella interpretazione di Triepel e Zitelmann

La questione dell'applicazione del rinvio si pose per la prima volta nel 1841 in Inghilterra ed in Germania e successivamente portò ad un dibattito che coinvolse anche la dottrina francese. Invero la Corte inglese nel Caso *Collier v. Rivaux* applicava le norme straniere e le norme straniere del diritto internazionale privato che, nella fattispecie, rinviavano alle norme inglesi.

<sup>36</sup> Per una valutazione più completa dell'itinerario percorso si rinvia alle considerazioni espresse da A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 35 ss.

<sup>37</sup> Sul punto si rinvia anche a P. MEYER, *Blankettverweisungen in Kollektivverträgen*, Köln, 1970, p. 34 ss.

<sup>38</sup> Cfr. G. ARCONZO, *Commento all'art. 25 della Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione*, vol. I, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino, 2006; K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885, I, p. 372; K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 1872; K. BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrecht*, Leipzig, 1907, p. 65 ss.; G. LEONE, *Le norme in bianco*, in *Scritti teorici-pratici sulla nuova legislazione penale italiana*, Messina, 1931; v. M. RONCO, *Il reato*, T.1, Bologna 2007, p. 40 ss.;

<sup>39</sup> Tra questi P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Tuebingen, 1911, II, p. 145; e D. DONATI, *I trattati internazionali nel diritto costituzionale*, Torino, 1906, p. 353

Successivamente il caso Forgo del 1874-82 accese il dibattito dottrinale sul tema<sup>40</sup>. Invero in quella fase storica se alcune corti europee riconoscevano la validità del rinvio, la cultura giuridica si mostrava tendenzialmente contraria, mentre la prevalente legislazione non affrontava, ed in alcuni casi, espressamente la escludeva.

In un secondo momento con Triepel<sup>41</sup> e Zitelmann<sup>42</sup> si è affermata la nozione di rinvio come strumento di connessione tra ordinamenti giuridici originari. Invero con il Triepel abbiamo innanzitutto il passaggio da una visione monistica ad una visione dualistica del diritto basata sulla originarietà e sulla autonomia dell'ordinamento internazionale e dell'ordinamento statale. Nell'analizzare i rapporti tra ordinamento internazionale e ordinamento statale Triepel evidenzia come questi possano riguardare sia il contenuto delle norme appartenenti ai diversi ordinamenti sia quello tra le fonti. In particolare il Triepel definisce recezione di diritto straniero la riproduzione in un ordinamento di norme prodotte da una fonte di un altro ordinamento. La recezione può consistere nella riproduzione delle norme dell'altro ordinamento attraverso un richiamo espresso alle norme prodotte da una determinata fonte. Il rinvio può essere anche tacito verso norme già redatte o non ancora formulate da un'altra fonte. Queste ultime ipotesi Triepel le definisce "norme di ricezione in bianco" richiamandosi all'espressione del Binding<sup>43</sup>. Quelle che riproducono la norma straniera non vengono condizionate dalle eventuali modifiche successive del diritto straniero. Quelle, invece, che rinviano al diritto senza riportare il testo vengono invece condizionate dalle modifiche. Invero può verificarsi che la fonte non vuole o non può prevedere che le norme non siano soggette alle modifiche del diritto straniero.

Per il Triepel esistono anche "norme in bianco che non implicano recezione"<sup>44</sup> in quanto rinviano al diritto straniero ma senza recepirne il contenuto nel diritto nazionale<sup>45</sup>.

Un altro studioso delle forme essenziali del rinvio, soprattutto in riferimento al diritto internazionale privato è Ernst Zitelmann<sup>46</sup>. Nel suo *Internationales Privatrecht*<sup>47</sup> Zitelmann individua le norme che delimitano la competenza degli ordinamenti statuali e le norme materiali di rinvio che prevedono la disciplina di rapporti attraverso rinvio totale o parziale.

Distinta dal rinvio Zitelmann portò avanti la figura della norma di applicazione che nel pensiero del Triepel veniva definita come norma di conflitto cioè le norme di diritto internazionale privato.

Questi contributi hanno offerto alla cultura giuridica le basi per un'ampia ed articolata ricostruzione della tematica. Infatti dietro l'estesa tipologia del rinvio si possono individuare diverse forme giuridiche e differenti motivi e consequenzialmente anche problemi giuridici eteronomi. In questa prospettiva il tema è stato oggetto di numerosi

<sup>40</sup> Sul caso Forgo e sulla ricostruzione del dibattito sviluppatosi intorno all'applicazione del rinvio in quella fase storica si rinvia a T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982, p. 396 ss.

<sup>41</sup> Cfr. H. TRIPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899

<sup>42</sup> Cfr. E. ZITELMANN, *Haben wir ein Völkerrecht?*, Bonn 1914

<sup>43</sup> Vedi K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, cit., p. 372 ss.

<sup>44</sup> Su questi aspetti e per la ricostruzione del più completa di questo itinerario si rinvia alle considerazioni di Cfr. H. TRIPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, cit., p. 161

<sup>45</sup> Come lo stesso Binding evidenzia potrebbe essere difficile distinguere tra norme in bianco che semplicemente rinvia e norme in bianco che opera recezione

<sup>46</sup> Cfr. A. BERNARDINI, *Produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, cit., p. 68 ss.

<sup>47</sup> Cfr. E. ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, I, München/Leipzig, 1914

studi. Tra i più significativi si ricordano quelli di Ballardore Pallieri<sup>48</sup>, Ottolenghi<sup>49</sup>, Marinoni<sup>50</sup>, Ghirardini<sup>51</sup>.

#### 4. La tecnica del rinvio come teoria generale del diritto. Il rinvio tra differenti ordinamenti giuridici.

Ai fini della analisi che si vuole percorrere è opportuno far riferimento a quella cultura giuridica che ha affrontato la tematica dal punto di vista della teoria generale. È stato innanzitutto Piccardi in un Saggio pubblicato nel 1940 negli *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*<sup>52</sup> a dare questa impostazione agli studi sul rinvio.

Infatti l'assetto interpretativo operato precedentemente dalla cultura giuridica è stato messo in discussione allorchè si è verificato che il rinvio non poteva essere considerato esclusivamente in riferimento ai rapporti tra ordinamenti statali diversi e, quindi, nell'ambito del diritto internazionale privato, ovvero a quelli tra diritto interno e diritto internazionale o anche ai rapporti tra diritto statale e diritto canonico. Si è andato sostenendo che se per rinvio si intende “il fatto che una norma giuridica, anzichè regolare un rapporto o categorie di rapporti manifesti la volontà che l'uno e l'altra trovi il proprio regolamento di una norma appartenente ad un diverso ordinamento giuridico”<sup>53</sup>, l'istituto non può essere considerato specificamente nell'ambito dei diversi ordinamenti. Invero va studiato innanzitutto a livello di teoria generale del diritto, l'unica sede che consente di comprendere il fenomeno in tutta la sua complessità. Solo successivamente la riflessione può essere indirizzata nell'ambito delle singole discipline giuridiche per soddisfare le loro particolari esigenze. Da questa prospettiva sarà possibile stabilire i concetti fondamentali a cui si ispira il diritto positivo. Peraltro la teoria generale se da un lato si basa su concetti più generali, dall'altro tiene conto di dati di esperienza attraverso “un processo di astrazione e di generalizzazione”<sup>54</sup>.

In questa prospettiva si è mossa anche la cultura giuridica tedesca. A questo proposito si possono richiamare i contributi del Marburger<sup>55</sup>, del Krey<sup>56</sup> dello Scholz<sup>57</sup>.

Nell'impianto di teoria generale prospettato il concetto di rinvio è stato messo in relazione con le istanze prodotte dalla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici di Santi Romano.

Recuperando alcune riflessioni già evidenziate<sup>58</sup> e che comunque successivamente meriteranno più complete argomentazioni, deve ritenersi che l'innesto della teoria

<sup>48</sup> G. BALLADORE PALLIERI, *Il concetto di rinvio formale e il problema del diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto civile*, XXI, 1929, p. 412 ss.

<sup>49</sup> Cfr. G. OTTOLENGHI, *Sulla funzione e sulla efficacia delle norme di diritto internazionale privato*, Torino, 1913

<sup>50</sup> M. MARINONI, *Dell'efficacia della sentenza penale straniera nell'ordine giuridico italiano*, in *Riv. Di dir. proc. Pen.*, 1915

<sup>51</sup> C. GHIRARDINI, *Sull'interpretazione del diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1919, p. 288.

<sup>52</sup> Cfr. L. PICCARDI, *La pluralità degli ordinamenti giuridici ed il concetto di rinvio*, cit., p. 251 ss.

Una impostazione che, peraltro, è stata accolta successivamente dalla dottrina. Vedi per tutti A. PIZZORUSSO, *Delle Fonti del diritto*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Disposizioni sulla legge in generale art. 1-9*, Bologna, 2011, p. 72 ss.

<sup>53</sup> Cfr. L. PICCARDI, *La pluralità degli ordinamenti giuridici ed il concetto di rinvio*, cit., p. 251

<sup>54</sup> Cfr. L. PICCARDI, *La pluralità degli ordinamenti giuridici ed il concetto di rinvio*, cit., p. 298.

<sup>55</sup> P. MARBURGER, *Die Regeln der Technik im Recht*, Koeln/Berlin/Bonn/Muenchen, 1979

<sup>56</sup> V. KREY, *Zur Verweisung auf EWG-Verordnungen in Blankettstrafgesetzen am Beispiel der Entwurfe eines Dritten und Vierten Gesetzes zur Aenderung des Weingesetzes*, in *EWV*, 2/1981, p. 109-200

<sup>57</sup> R. SCHOLZ, *Technik und Recht*, in *FS zum 125jaehrigen Juristischen Gesellschaft*, Berlin, 1984, p.691 ss.

<sup>58</sup> Cfr. *retro* p.



istituzionalistica romaniana nella tradizione giuspubblicistica italiana, non solo ha ampliato la sfera del giuridicamente rilevante, ma ha anche innovato lo schema della rappresentazione giuridica del ‘politico’.

Per individuare i dati fisionomici del modello romaniano nella rappresentazione giuridica del ‘politico’, è opportuno prendere in considerazione il modello orlandiano nel quale si è inserita la riflessione di Santi Romano.

Nello schema individuato da Vittorio Emanuele Orlando sono posti al centro dell’itinerario ricostruttivo non tanto lo Stato e la società ma la relazione tra i due termini. Ne consegue, come già stato evidenziato<sup>59</sup>, una visione dicotomica della rappresentazione del ‘politico’ sulla quale si avrà ancora occasione di soffermarsi successivamente sia pur nei limiti dell’economia di questa ricerca. Nella soluzione dicotomica Orlando sostituisce il termine società con quello di “popolo” consentendo, in tal modo, “l’occultamento del polo sociale dietro il polo statale”<sup>60</sup>.

Santi Romano intervenendo in questo schema sostituisce l’elemento “popolo” con i gruppi sociali, considerati come ordinamenti giuridici.

Una impostazione che ha consentito di dare rilevanza al rinvio intraistituzionale. Con questa formula si vuole far riferimento al collegamento tra ordinamento originario e ordinamenti derivati e viceversa, come anche tra ordinamenti derivati<sup>61</sup>. Una tipologia di rinvio, questa, definita anche come rinvio interno,<sup>62</sup> non sempre sottoposta alla attenta riflessione della cultura giuridica<sup>63</sup> e valutata con connotazioni limitative in quanto agirebbe “in ambiti più ristretti e per lo svolgimento di funzioni limitate”<sup>64</sup>.

Intervenendo in questo dibattito la cultura giuridica tedesca ha cercato di offrire un contributo rilevante. Infatti distingue tra rinvio interno (*Binnenverweisung*) e rinvio esterno (*Aufserverweisung*) qualora l’oggetto del rinvio è collocato nello stesso ordinamento giuridico della norma di rinvio ovvero al di fuori del sistema normativo della norma di rinvio. Nell’ambito di questa distinzione la dottrina ricorre ad ulteriori puntualizzazioni distinguendo un rinvio interno o proprio (*Binnen-oppure Eigenverweisung*) qualora il legislatore della norma di rinvio e dell’oggetto del rinvio sia lo stesso soggetto.

Altri autori ritenevano che la tecnica del rinvio si potesse utilizzare tra fonti di uno stesso ordinamento giuridico soltanto in “settori normativi, che pur legati fra loro dalla comune appartenenza ad un unico sistema che tutti li comprende, siano in posizione di autonomia costituzionale perché forniti di competenza normativa esclusiva”<sup>65</sup>.

La classica distinzione tra rinvio formale o non recettizio e rinvio materiale o recettizio vale anche per le ipotesi di rinvio intraistituzionale. Il rinvio formale è quella tecnica con

<sup>59</sup> Cfr. *retro p.*

<sup>60</sup> Sul punto P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 125

<sup>61</sup> In tal senso vedi F. BASSI, *La norma interna*, cit. p. 165

<sup>62</sup> In questo senso F. BASSI, *La norma interna*, cit., p. 170; G. SPERDUTI, *La produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, in *Le leggi d’Italia*, 1947, p. 7 ss.

<sup>63</sup> La letteratura su questo tema è considerata scarsa da F. BASSI, *La norma interna*, cit., p. 165, nota 193. Per alcuni riferimenti a questa tipologia v. M. S. GIANNINI, *L’analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, p. 542; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1962, p. 144; G. CODACCI PISANELLI, *L’invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, 1940, p. 64 ss.;

<sup>64</sup> A. BERNARDINI, *Produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, cit., p.3

<sup>65</sup> Sul punto vedi C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1962, p. 180. Secondo il quale “una Regione potrebbe regolare i rapporti ad essa riservata mediante rinvio a nome di altre Regioni o dello Stato, e viceversa lo Stato rinviare a norme regionali”.

cui una disposizione dell'ordinamento richiama una fonte di un altro ordinamento con la conseguenza che il primo segue automaticamente tutte le modifiche apportate alla fonte richiamata. Il rinvio materiale è, invece, quella tecnica con cui una disposizione dell'ordinamento richiama una determinata norma di un altro ordinamento<sup>66</sup>.

L'applicazione della suindicata distinzione alla ipotesi del rinvio intraistituzionale comporta che con il rinvio intraistituzionale recettizio “si attuerà un assorbimento da parte dell'ordinamento rinviante del precetto richiamato”<sup>67</sup>. Il rinvio intraistituzionale formale, invece, non comporterà “alcun ampliamento dell'ordinamento rinviante” in quanto non ci sarà l'assorbimento della norma richiamata<sup>68</sup>.

Dal punto di vista del diritto positivo la identificazione concreta delle due diverse tipologie di rinvio intraistituzionale avviene ad opera dell'interprete con non poche difficoltà.

## 5. Il rinvio come tecnica di produzione normativa: l'oggetto, gli effetti giuridici, le tipologie

### 5.1. L'oggetto del rinvio

La norma a cui si rinvia costituisce l'oggetto del rinvio il cui contenuto è dato prevalentemente da norme del diritto vigente. In alcuni casi è considerato ammissibile il rinvio a norme che non hanno più valore e ciò al fine di consentire il prolungamento della durata di validità<sup>69</sup>. Vero è che l'ammissibilità può essere accolta anche nel caso di rinvio a norme nulle<sup>70</sup>.

La dottrina ritiene che nel caso in cui la norma richiamata non sia vincolante attraverso la procedura di rinvio è considerata vincolante perché trova la propria legittimazione nella norma di rinvio<sup>71</sup>.

Si ritiene che il rinvio è ammissibile solo nel caso in cui la norma che effettua il rinvio sia valida e, comunque, di chiara interpretazione<sup>72</sup>. Qualora l'oggetto del rinvio è considerato nullo, l'utilizzazione del rinvio può avvenire se il legislatore abbia voluto adottare una disposizione considerata indipendente dall'oggetto del rinvio<sup>73</sup>. Nell'ipotesi in cui la norma

<sup>66</sup> Sul punto R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto Pubblico*, Torino, 2017, p. 294.; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., p. 234 ss.

<sup>67</sup> V. F. BASSI, *La norma interna*, cit., p. 165

<sup>68</sup> F. BASSI, *La norma interna*, cit., p. 165.

<sup>69</sup> Cfr., fra gli altri, W. BRUGGER, *Rechtsprobleme der Verweisung im Hinblick auf Publikation, Demokratie und Rechtsstaat*, in *Verm.Arch.*, 78, 1987, p. 1 ss.; T. CLEMENS, *Die Verweisung vor einer Rechtsnorm auf andere Vorschriften*, in *Archiv für öffentliches Recht*, 1983, p. 63; H. J. HALLIER, *Die Ausfertigung und Verkündung von Gesetzen*, in *Archiv für öffentliches Recht*, 1960, p. 391; D. HECKMANN, *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen*, Tübingen, 1997, p. 390; H. PETERS, *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1949, p. 83

<sup>70</sup> In questo senso si rinvia, fra gli altri, a W. BRUGGER, *Rechtsprobleme der Verweisung im Hinblick auf Publikation*, in *Demokratie und Rechtsstaat*, *Verm.Arch.*, 78, 1987, p. 1 ss.;

A. GUCKELBERGER, *Die Gesetzgebungstechnik der Verweisung unter besonderer Berücksichtigung ihrer verfassungs- und gemeinschaftsrechtlichen Probleme*, in *Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG)*, 2004, p. 62 ss.

H. U. KARPEN, *Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik*, 1970, p. 146 ss.

<sup>71</sup> Sul punto v. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 45

<sup>72</sup> “Dies ist beispielsweise bei verweisenden Strafnormen anzunehmen, die dem Schutz überragender Rechtsgüter dienen”. Cfr. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 45.

<sup>73</sup> Sul punto cfr. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 45 secondo il quale “Ciò si verifica ad esempio in caso di norme penali di rinvio che servono a tutelare beni giuridici di importanza cruciale”.

a cui si rinvia perde di efficacia, il rinvio continua a produrre i suoi effetti nel caso in cui produca dei risultati adeguati.

Per parte della dottrina sarebbe immaginabile anche un rinvio a norme non ancora entrate in vigore<sup>74</sup>. E' invece ipotizzabile quello nei confronti di norme contenute in testi non scritti<sup>75</sup> ed a norme di natura deontologica<sup>76</sup>.

## 5.2 Gli effetti giuridici del rinvio

Gli effetti giuridici del rinvio si producono in caso di rinvio costitutivo, cioè nel caso in cui il rinvio, produca un effetto normativo fino a quel momento non presente<sup>77</sup>.

La cultura giuridica ritiene che sussiste un rinvio costitutivo solo qualora la validità di una norma emanata per un determinato ordinamento giuridico si estende ad un'altra fonte<sup>78</sup>.

E' stato sostenuto che avendo come punto di riferimento la norma di rinvio questa viene completata attraverso l'oggetto del rinvio. In questo caso l'oggetto del rinvio non rappresenta che un mezzo ausiliario per descriverne il contenuto<sup>79</sup>.

Inoltre "non si deve parlare di rinvio solo nel caso in cui una norma citi espressamente un'altra norma nella sua fattispecie o nella conseguenza giuridica, bensì generalmente in tutti i casi in cui una disposizione utilizzi dei concetti il cui significato possa essere appurato solo facendo ricorso ad altre disposizioni"<sup>80</sup>. Tuttavia l'oggetto di rinvio non può essere interpretato al punto da consentire che la norma di rinvia possa essere annullata<sup>81</sup>.

## 5.3 Le tipologie di rinvio

<sup>74</sup> "Ciò è ammesso se l'oggetto del rinvio è già stato emanato. Qualora l'oggetto del rinvio non sia ancora stato emanato o sia addirittura incerto se si addivenga mai a una bozza, il rinvio anticipato va interpretato di norma solo come annuncio di un successivo adeguamento che non riveste per il momento alcuna importanza". Cfr. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 46. In questo senso anche A. GUCKELBERGER, *Die Gesetzgebungstechnik der Verweisung unter besonderer Berücksichtigung ihrer verfassungs- und gemeinschaftsrechtlichen Probleme*, cit., p. 62

<sup>75</sup> Il riferimento a quest'ultimo caso Debus riporta alcune esemplificazioni. Cfr. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 46

<sup>76</sup> Ciò deriva dal fatto che il contenuto dell'oggetto del rinvio riceve la propria efficacia, nell'ambito del rinvio, dall'ordine di validità della norma di rinvio. Ciò vale anche per il diritto non scritto. Per contro, i puri elementi della fattispecie non sono oggetti del rinvio idonei. Allo stesso modo, il riferimento a un indice di prezzo statistico non è qualificabile come rinvio, poiché gli elementi di fatto prevalgono nettamente sugli elementi di valutazione.

<sup>77</sup> Sul rinvio costitutivo vedi più ampiamente *infra* p.

<sup>78</sup> Cfr. H. MÜLLER, *Handbuch der Gesetzgebungstechnik*, seconda edizione, Köln/Berlin/Bonn/München, 1968. Müller parte quindi dall'oggetto del rinvio il cui ambito di validità viene ampliato dal rinvio.

In tale contesto, non occorre che la norma a cui si fa riferimento sia valida, poiché "tramite il rinvio le viene infusa, in un certo qual modo, nuova vita".

Resta da chiarire in che modo un legislatore possa, tuttavia, infondere nuova vita nelle norme di un altro legislatore. In tal senso vedi A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 41

<sup>79</sup> Cfr. H. U. KARPEN, *Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebung*, Berlin, 1970.

E' necessario anche che l'oggetto del rinvio venga incorporato. "L'incorporazione quale adozione del contenuto dell'oggetto del rinvio nella norma di rinvio è infatti la conseguenza del completamento della norma di rinvio". In tal senso cfr. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 42 ss.

<sup>80</sup> Vedi P. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg, 1973, p. 228

<sup>81</sup> Cfr. A. G. Debus, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 43 ss.

E' evidente che in questa sede sono individuati soltanto alcuni tipi di rinvii in quanto dalla cultura giuridica sono stati rilevati diversi cataloghi molti dei quali presentano numerose tipologie di rinvio<sup>82</sup>.

### 5.3.1. Rinvio autonomo e rinvio eteronomo

In riferimento al rapporto tra il legislatore della norma di rinvio (*Verweisungsnormgeber o Verweisungsgesetzgeber*) e quello dell'oggetto del rinvio (*Verweisungsobjektgeber*), la riflessione giuridica soprattutto quella di lingua tedesca distingue il rinvio in autonomo ed eteronomo.

Si è in presenza del primo tipo se i due legislatori sono gli stessi soggetti. In contrapposizione andrebbe individuato il rinvio eteronomo quando i produttori delle norme siano diversi<sup>83</sup>.

### 5.3.2. Rinvio dichiarativo e costitutivo

Una delle distinzioni operate dalla dottrina è tra rinvio dichiarativo e costitutivo. Si ha rinvio dichiarativo quando si richiama l'attenzione ad un'altra norma con lo scopo soltanto esplicativo non producendo alcun effetto giuridico<sup>84</sup>.

Il rinvio costitutivo, invece, comporta la realizzazione di un nuovo effetto normativo precedentemente non presente<sup>85</sup>.

Oltre alla suddivisione di rinvii nel senso stretto e ampio del termine, sono stati indicati altri criteri di differenziazione che non sono tuttavia uniformi né nel merito né nelle denominazioni<sup>86</sup>.

### 5.3.3. Rinvii espressi e taciti

Tenendo conto delle diverse formule per individuare le tipologie del rinvio la dottrina distingue anche fra rinvii *espressi e taciti*.

Sono espressi quelli che esplicitamente fanno riferimento alla procedura di rinvio individuando i paragrafi (*rinvii pienamente espressi*) ovvero non offrendo indicazioni dei paragrafi (*rinvii parzialmente espliciti*).

<sup>82</sup> Ne ha individuati più di 50 il Berger. Cfr. A. BERGER, *Die Erschließung von Verweisungen bei der Gesetzesdokumentation*, München-Pullach, Berlin, 1971, p. 104 ss

<sup>83</sup> Un rinvio da parte di una legge emanata dal Parlamento nei confronti di un decreto legge costituisce pertanto, a titolo esemplificativo, un rinvio eteronomo.

<sup>84</sup> Un tale rinvio "viene definito come indicazione, rinvio dichiarativo, improprio, a solo scopo esplicativo, privo di valenza normativa, informativo oppure anche come rinvio in senso più ampio. In caso di rinvii di contratti collettivi a norme di legge si trovano anche denominazioni quali norma neutrale, regolamento neutrale o clausola neutrale". Cfr. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 39, 40

<sup>85</sup> "Lo stesso viene definito anche come rinvio effettivo, applicativo, attuativo, costitutivo di concetti, normativo oppure come rinvio in senso stretto. Il contenuto complessivo derivante dall'azione combinata di norma di rinvio e di oggetto del rinvio è il regolamento di rinvio (*Verweisungsregelung*)". Cfr. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 40, 41

<sup>86</sup> Cfr. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 49 ss.

Sul punto vedi più ampiamente ai contributi di A. BERGER, *Die Erschließung von Verweisung bei der Gesetzesdokumentation*, München-Pullach, Berlin, 1971; H.-U. KARPEN, *Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebung*, Berlin, 1970, p. 11 ss.; H. MÜLLER, *Handbuch der Gesetzgebungstechnik*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1968, p. 167 ss.; G. BALLADORE PALLIERI, *Le varie forme di rinvio e la loro applicabilità al diritto internazionale privato*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, vol. XVI, fascicolo IV, 1942, p. 331 ss.

In alcuni casi non si fa una espressa indicazione del rinvio. In questi casi, talvolta, si è in presenza dei c.d. rinvii taciti che possono essere individuati da una valutazione sistematica<sup>87</sup>.

#### 5.3.4. Rinvii enumerativi e a catena

L'analisi condotta dalla dottrina consente di individuare una diversa tipologia classificata nella categoria dei rinvii enumerativi ed a catena. Si ha la tipologia del *rinvio enumerativo* quando il legislatore fa riferimento a norme enumerate singolarmente. Ne consegue che allorchè ciò non avviene in quanto il riferimento è ad un complesso normativo, si dovrà parlare di *rinvio generale* (*Generalverweisung*) o rinvio globale (*Globalverweisung*). Nell'ambito del rinvio generale talvolta si assiste ad ipotesi nelle quali l'oggetto del rinvio faccia riferimento a sua volta ad ulteriori rinvii. In questa ipotesi la dottrina parla di rinvio oltre (*Weiterverweisung*) ovvero di doppio rinvio (*Doppelverweisung*) o anche riferimento a cascata (*Bezugnahme in Kaskadenform*).

Il rinvio globale si ha quando il riferimento riguarda un intero sistema normativo e non specifici settori normativi (rinvio parziale) ovvero singole disposizioni (rinvio singolo).

Nell'ampia categoria ora individuata la dottrina inserisce anche i cd rinvii a catena (*Kettenverweisung*)<sup>88</sup>.

Un caso particolare è quello del cosiddetto *rinvio oltre accettato* o di secondo grado. Tale caso ricorre quando un ordinamento rinvia ad una fonte di un altro ordinamento il quale accetta il rinvio; in questo caso si crea un sistema coordinato tra gli ordinamenti<sup>89</sup>.

#### 5.3.5. Clausole ombrello

La dottrina ha evidenziato che in alcune ipotesi è possibile che il legislatore sia costretto a ricorrere a rinvii semi espliciti in quanto il suo intervento si colloca al momento della riorganizzazione o della modifica di una determinata area del diritto. In questo caso si utilizza la formula di clausole ombrello<sup>90</sup>.

<sup>87</sup> "I principali esempi in proposito sono l'applicazione di una parte generale nell'ambito di una legge oppure un collegamento tacito fra varie leggi, come per esempio fra la parte generale del codice penale e il diritto penale speciale. Non sussiste tuttavia un rinvio laddove un'altra disposizione venga richiamata al solo scopo interpretativo. In caso di rinvii taciti, può essere necessaria una delimitazione rispetto ai concetti giuridici indeterminati".

Cfr. A. G. Debus, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 50 ss.

<sup>88</sup> "In tale contesto possono verificarsi dei rinvii incrociati (*Überkreuzverweise*) (riferimento a un atto o a un articolo che rinvia a sua volta alla disposizione di partenza)". Sul punto vedi A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 51

Questo tipo di rinvii comportano difficoltà per l'interprete. Cfr. A. CIAMMARICONI, *Brevi note in materia di "rinvio statico" e "rinvio dinamico"*, in *Ricerca a cura dell'unità FIRB dell'Università di Genova* (responsabile prof. P. Costanzo), cit.

<sup>89</sup> B. BAREL, S. ARMELLINI, *Manuale breve Diritto Internazionale Privato*, Milano, 2011, p. 85

<sup>90</sup> Dette anche *Verweisungsverjüngungsklauseln*



### 5.3.6. Rinvii statici e dinamici

Correttamente la cultura giuridica ha dato notevole rilevanza allo studio dei rinvii statici e dinamici. La principale motivazione di questo interesse è data dal fatto che i sistemi normativi, in particolar modo nell'attuale fase storica, sono sottoposti a frequenti modifiche<sup>91</sup>. In questo contesto viene definito come rinvio statico quello nel quale la norma di rinvio si riferisce ad un'altra norma in una determinata formulazione che resta tale sino a che la norma di rinvio non sia modificata. Nella cultura tedesca questa ipotesi di rinvio è definita *starre Verweisung* o anche *fixe, feste, unwandelbare, datierte Verweisung*. La dottrina italiana lo identifica con il termine di rinvio fisso, statico, materiale o recettizio<sup>92</sup>.

Vengono, invece, individuati come rinvii dinamici quelle ipotesi in cui l'oggetto del rinvio è una fonte del diritto. Ne consegue che ci sarà un adeguamento alle modifiche della fonte oggetto del rinvio.

La cultura giuridica tedesca lo definisce come *gleitende Verweisung* o anche *automatische, wandelbare, variable, flexible, undatierte Verweisung*. La dottrina italiana lo qualifica con il termine rinvio mobile o anche formale, non recettizio.

Nella ricostruzione di queste due categorie l'impegno della dottrina è stato finalizzato a delimitare il rinvio statico dal rinvio dinamico, a definire il rapporto fra il rinvio statico e quello dinamico, a porsi il problema della interpretazione restrittiva del rinvio dinamico.

Dal punto di vista operativo la dottrina ha messo in evidenza la difficoltà di individuare dal punto di vista operativo la natura statica o dinamica del rinvio<sup>93</sup>.

Un'altra prospettiva evidenziata dalla dottrina è quella finalizzata a verificare se le due categorie si escludano a vicenda ovvero se un rinvio dinamico possa contestualmente contenere anche un rinvio statico. Invero è stato sostenuto che nel rinvio dinamico se non subentra alcuna modifica della fonte oggetto del rinvio la volontà di dinamicità si svuota di significato<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> Cfr. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, p. 59; H. MÜLLER, *Handbuch der Gesetzgebungstechnik*, seconda edizione, Köln/Berlin/Bonn/München, 1968, p. 172 ss.

<sup>92</sup> Sul rinvio fisso e mobile cfr., fra gli altri, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto Pubblico*, Torino, 2017, p. 294; P. CAPPELO, *La fenomenologia del rinvio statico e del rinvio dinamico*, 2005, consultabile su <http://www.costituzionale.unige.it/dottorato/Rinvio.htm>; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Padova, 2015, p. 167 ss.; A. PAPA, *Alcune considerazioni sulla tecnica del rinvio nella produzione normativa*, in *Rassegna Parlamentare*, 1991, p. 286 ss. Per una valutazione complessiva sui problemi determinati dal rinvio statico e dinamico cfr. *Rinvio statico o dinamico? Ricerca a cura dell'unità FIRB dell'Università di Genova* (responsabile prof. P. Costanzo), aprile 2005, in <http://www.costituzionale.unige.it/dottorato/Rinvio.htm>; F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, cit., p. 16 ss.; M. GIGANTE, *Effetti giuridici nel rapporto tra tecnica e diritto: il caso delle «norme armonizzate»*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997, p. 313 ss.

<sup>93</sup> Sul punto vedi più ampiamente A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 63.

Per esempio qualora venga notificata una norma di rinvio statica con dicitura "nuova versione", occorre decidere caso per caso quale data sia determinante o se la norma di rinvio sia addirittura indeterminata.

<sup>94</sup> Cfr. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 72 ss., il quale evidenzia, fra l'altro, che prevalentemente "nel diritto del lavoro, il rinvio dinamico viene definito anche come *Blankettverweisung* (letteralmente "rinvio in bianco"). In generale si trova inoltre la denominazione di *Blankettgesetz* ("legge in bianco"). Il termine *Blankett* è stato creato dallo spagnolo *blanco* sostantivato con desinenza francese, poiché sono presenti punti in bianco, vale a dire non riempiti. In tale contesto, *Blankett* è rimasto un termine straniero e il significato tipico si è ristretto. Infatti, i punti in bianco (*Blankette*) normalmente non vengono riempiti da chi li ha generati, bensì da un terzo. Pertanto il termine *Blankettverweisung* non è idoneo per rinvii autonomi da un punto di vista dinamico, poiché non è possibile trasferire alcun potere di compilazione. Viene, inoltre, utilizzata anche la denominazione "rinvio in bianco dinamico" (*dynamische Blankettverweisung*) che costituisce un pleonaso o che suggerisce un ulteriore significato dei rinvii in bianco. Da ciò si desume che è meglio non utilizzare il termine *Blankett* in relazione ai rinvii".

Comunque in tema di rinvio dinamico fondamentale è il ruolo della dottrina che a partire dal 1913 con Walter Jellinek aveva evidenziato l'esigenza di ricorrere ad una interpretazione restrittiva in caso di rinvii<sup>95</sup>. La cultura tedesca in riferimento a questa ipotesi individua esempi tratti dal diritto del lavoro<sup>96</sup> ed ipotesi riguardanti situazioni nelle quali la norma di rinvio richiami l'oggetto del rinvio "nella versione in volta in volta in vigore".

Nel caso di rinvii dinamici a norme statali prodotte da fonti primarie non si verifica comunque sempre un adeguamento automatico. E' il caso, per esempio, dell'eventuale rinvio ad una norma modificata che viola un principio costituzionale<sup>97</sup>. E' stato sostenuto che il rinvio dinamico non è una cieca trascrizione di qualunque norma indicata dal rinvio, bensì un ordine di applicazione suscettibile di interpretazione.

Ne consegue che nel rinvio dinamico l'applicazione non si dovrebbe concretizzare quando la norma a cui si rinvia subisce modifiche con connotati di incostituzionalità o ci siano errori di redazione<sup>98</sup>.

Un problema ulteriore riguarda se l'elemento dinamico abbia rilevanza anche in caso di annullamento, senza sostituzione, della norma oggetto del rinvio. In questa ipotesi si sostiene che l'adeguamento automatico viene limitato e che il rinvio continua ad essere efficace con l'ultima versione della norma dell'oggetto del rinvio<sup>99</sup>. Altrimenti, la validità del rinvio viene meno contestualmente alla eliminazione senza sostituzione della norma di riferimento<sup>100</sup>. Tuttavia tale approccio non lo si può utilizzare a livello generale. Va valutato nel singolo se sia più opportuno lasciare la norma di rinvio inapplicata ovvero continuare ad applicarla insieme all'oggetto del rinvio nella versione fino a quel momento in vigore<sup>101</sup>.

Si pone anche il problema se sia ammessa una limitazione dell'adeguamento automatico nel caso in cui il rinvio abbia per oggetto una norma "nella versione di volta in volta in vigore".

## 6. Norme penali in bianco

La norma penale in bianco va considerata una forma speciale di rinvio<sup>102</sup> e, come già precedentemente evidenziato, tale concetto viene imputato alle riflessioni di Karl

<sup>95</sup> Cfr. W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, 1913

<sup>96</sup> Nel caso dei cosiddetti *Gleichstellungsabreden* (letteralmente "accordi di equiparazione"), il *Bundesarbeitsgericht* e numerosi autori accolgono un adeguamento solo limitato di un regolamento di rinvio dinamico all'oggetto del rinvio modificato. Gli accordi di equiparazione sono presupposti in caso di riferimenti dinamici in contratti di lavoro ad accordi collettivi ai quali il datore di lavoro sia vincolato in forza dell'appartenenza a un'associazione.

<sup>97</sup> La questione è affrontata da Karl Irresberger. Cfr. K. IRRESBERGER, *Legistische Probleme der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Verweisungs-Problematik*, in P. BUJÄGER, C. KLEISER (a cura di), *Legistik und Gemeinschaftsrecht*, Wien, 2001, p.

<sup>98</sup> A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 75 ss.

<sup>99</sup> A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 76 ss.

<sup>100</sup> In tal senso v. A. GUCKELBERGER, *Die Gesetzgebungstechnik der Verweisung unter besonderer Berücksichtigung ihrer verfassungs- und gemeinschaftsrechtlichen Probleme*, cit., p. 69 ss.

<sup>101</sup> A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 76 ss.

<sup>102</sup> In questo senso cfr. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 77 il quale sostiene che "Le leggi penali in bianco sono quindi delle leggi che comminano una pena per violazioni di comandi o divieti emanati da un'altra disposizione".

Binding<sup>103</sup>. Con norme penali in bianco si fa riferimento a quella espressione coniata dalla dottrina con cui si suole denominare quelle disposizioni il cui precetto, genericamente formulato, è contenuto in un'altra norma<sup>104</sup>.

Secondo quanto si sostiene in dottrina, la Corte costituzionale italiana non ha mai affrontato il problema dogmatico delle norme penali in bianco ritenendo che, comunque, queste non violino il principio di legalità ex art. 25 Cost.<sup>105</sup>.

## 7. Concetti giuridici indeterminati

Correttamente la cultura giuridica in una strategia destinata a delimitare l'istituto del rinvio, da altri istituti giuridici ha affrontato il problema dei concetti giuridici indeterminati<sup>106</sup>.

Vero è che porsi questo problema “qualora si ricorra a norme tecniche o a norme giuridiche per la concretizzazione”<sup>107</sup>, acquista una particolare rilevanza.

Per “concetto indeterminato” bisogna intendere quel concetto nel quale l'ambito ed il contenuto sono molto incerti e che presenta strutturalmente un “nucleo concettuale” e una “sfera concettuale”<sup>108</sup>. Il primo evidenzia la parte chiara del contenuto e dell'ambito dei concetti, la seconda la parte in cui sorgono dubbi. Peraltro l'espressione *unbestimmte Rechtsbegriffe* (concetti giuridici indeterminati) viene utilizzata per rappresentare una molteplicità di formule giuridiche che appaiono del tutto diverse e che di conseguenza fanno configurare la categoria quanto mai disomogenea<sup>109</sup>. Inoltre gli *unbestimmte Rechtsbegriffe*, hanno rilievo in quanto vanno visti e studiati in relazione ad altre nozioni,

<sup>103</sup> Cfr. K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, cit., p. 372 e biblio ivi cit.

<sup>104</sup> Ne è un esempio l'art. 650 del codice penale. Sul tema la dottrina è vastissima. Si rinvia, fra gli altri, a M. RONCO, Tomo 1, Bologna 2007, p. 40 ss.; in senso conforme, G. ARCONZO, *Commento all'art. 25 della Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione*, vol. I, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino, 2006, p. 526 ss.

In dottrina sulla norma penale in bianco in termini generali v. F. GIANNELLI, M. G. MAGLIO, *Le fonti del diritto penale*, in *Riv. pen.*, 1998, 1065 ss.; V. MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e specificazione "tecnica"*, in *Riv. it. dir. e pen. proc.*, 2010, 112; I. PELLIZZONE, *Norme penali in bianco e riserva di legge*, in *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Quaderni del Gruppo di Pisa a cura di D'Orlando, Montanari, Torino, 2009, p. 3 e segg.

<sup>105</sup> Per una ricostruzione delle sentenze della Corte costituzionale su questi aspetti vedi S. PETITTI (a cura di), *Riserva di legge e norme penali in bianco*, in [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/STU\\_207\\_Riserva.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_207_Riserva.pdf)

Cfr., inoltre, sul punto G. AMATO, *Sufficienza e completezza della legge penale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1964, p. 497; e più recentemente, E. CACACE, *Riserva di legge e fattispecie penale: relazioni fra fonti primarie e secondarie*, in *Giur. cost.*, fasc. 6, 2011, pag. 4825. e biblio ivi cit.

Frequente è anche l'ipotesi in cui il legislatore demanda a norme secondarie la determinazione degli elementi della fattispecie, per la quale la legge prevede una sanzione penale. Su questi aspetti vedi la sentenza della Corte Costituzionale n. 26 del 1966, cui *adde*, fra gli altri, M. SINISCALCO, *Ratio di "certezza" e ratio di "garanzia" nella riserva di legge dell'art. 25, comma 2, della Costituzione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1969, p. 994 ss.

<sup>106</sup> A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 94 ss.

<sup>107</sup> Cfr. A. G. DEBUS, *Verweisungen in deutschen Rechtsnormen*, cit., p. 94 il quale sostiene che le “norme di rinvio hanno in comune con i concetti giuridici indeterminati il fatto che il contenuto delle norme non è già esattamente definito dal loro testo e le stesse sono in una certa misura incomplete”.

<sup>108</sup> Si fa riferimento alle riflessioni di Karl English. Cfr. K. ENGLISH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, p. 170.

<sup>109</sup> Un elenco alquanto completo dei diversi tipi di *unbestimmte Rechtsbegriffe* è pubblicato in H. - J. KOCH, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht*, Frankfurt, 1979, p. 14 ss.

Sono inserite nell'elenco degli *unbestimmte Rechtsbegriffe* “sia concetti solo relativamente determinati, come certi elementi di tempo e di luogo («notte», «tramonto», «centro abitato»), o quelli determinabili sulla base di altre norme (come ad esempio i concetti di ‘proprietà’, ‘impresa’, ‘servizio militare’); sia concetti meno precisi, ma pur sempre determinabili nel caso concreto come quello di ‘luogo chiuso’ e – forse anche – di ‘pericolo’; sia infine concetti del tutto astratti ed imprecisi come ‘interesse generale’, ‘interesse pubblico’, ‘sicurezza pubblica’, ‘ordine pubblico’, ‘sicurezza della circolazione’, ‘grave motivo’, ‘affidabilità’, ‘decoro’, ‘morale e buon costume’, ‘casi di particolare gravità’ e così via”. Cfr., inoltre, B. EBINGER, *Der unbestimmte Rechtsbegriff im Recht der Technik: Eine Untersuchung anhand des Beispiels der Gefahren erhebliche Nachteile oder Belastungen im Anlagenehmigungsverfahren*, Berlin, 1993.

Una esauriente rassegna sullo stato della dottrina e della giurisprudenza tedesca sull'applicazione e controllo dei concetti *giuridici indeterminati* è condotta da D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 11 e ss., cui *adde*, in riferimento all'ordinamento tedesco, P. LAZZARA, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale in Germania*, in *Dir. amm.*, fasc. 2, 1996, pag. 301 ss.

come quella di *Ermessensermächtigungen* con la quale si fa riferimento al potere discrezionale individuabile negli stessi *unbestimmte Rechtsbegriffe*, come quella di *Beurteilungsspielraum* con la quale si allude all'attribuzione di un potere di valutazione, inteso come spazio o ambito di libera valutazione, ovvero come quella di *Vertretbarkeit* tesa a teorizzare che “quando più soluzioni si presentano egualmente sostenibili (*Vertretbar*) vanno considerate legittime tutte le decisioni amministrative che si collochino nell'ambito appunto di ciò che è possibile sostenere, di ciò che è, in altri termini, oggettivamente «rappresentabile»”<sup>110</sup>.

Comunque si è in presenza di un interesse, quello dei concetti giuridici che ha già suscitato attenzione soprattutto in una prospettiva tesa a identificare le tecniche indicate dalla Costituzione italiana del '48 per realizzare quel processo che la stessa Carta costituzionale identifica<sup>111</sup>. In quella occasione si è cercato di verificare in che senso quei concetti agiscano come *Ventilbegriffe*, consentendo la realizzazione di quel processo di trasformazione socio-istituzionale, tanto auspicato dal Costituente del '48.

Un itinerario ricostruttivo che ha consentito di confrontare l'istituto con altri istituti come quelli delle cd clausole generali, ma soprattutto di identificare le funzioni e i soggetti destinati ad interpretarli, ad attuarli, a tutelarli.

<sup>110</sup> Cfr. D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., p. 75.

Cui *adde* Debus che sostiene che “Problemi di delimitazione analoghi sussistono nei confronti di requisiti normativi. È vero che i concetti normativi e indeterminati non sempre coincidono, ma per quanto concerne i concetti normativi sulla valutazione grava in generale una certa indeterminatezza che fa apparire i concetti normativi come una classe speciale di concetti indeterminati.

In parte, per rinvii e concetti giuridici indeterminati si ammettono anche gli stessi requisiti di ammissibilità oppure non li si distingue affatto. Le norme di rinvio hanno in comune con i concetti giuridici indeterminati il fatto che il contenuto delle norme non è già esattamente definito dal loro testo e le stesse sono in una certa misura incomplete. I concetti giuridici indeterminati e le norme di rinvio sono quindi soggette a concretizzazione e a compilazione. Tuttavia, ciascuna norma che si serva dell'uso della lingua quale mezzo di espressione, contiene comunque un rinvio a regole linguistiche”.

<sup>111</sup> Cfr. M. ATRIPALDI, *La tutela del risparmio popolare nell'ordinamento italiano*, Dinamiche attuative dell'art. 47 secondo comma Cost., Napoli, 2015, p. 30

### Capitolo III

## La individuazione del campo teorico nella rappresentazione delle forme di Stato determinate in riferimento alla relazione Stato-società

Sommario: 1. Introduzione – 2. I modelli monistici, sociocentrici e statocentrici - 3. Il modello dualista a tendenza sociocentrica – 4. Gli schemi di collegamento del polo sociale al polo statale: rappresentanza e rappresentanza degli interessi. Partiti. Rivoluzione. – 5. L'azione discendente dello Stato verso la società. Il campo degli interventi dello Stato per svolgere la sua azione 'ordinante'.

### 1. Introduzione

Alla domanda come deve essere concepito lo Stato, quale la sua struttura costituzionale, la cultura giuridica risponde sollecitando scelte che sono conformi alla struttura reale del corpo sociale<sup>112</sup> e respingendo ogni impostazione che volesse limitarsi ad interessarsi dello Stato come tale o della società come tale e non della sua relazione<sup>113</sup>.

Si è giustamente messo in evidenza che le due strategie sono parimenti sostenibili ma che solo utilizzando quella che ha per oggetto la relazione bipolare ci consente di cogliere la complessità del fenomeno politico<sup>114</sup>.

L'obiettivo della ricerca non deve essere quindi quello di esaminare separatamente le due polarità, né la loro eventuale giustapposizione, ma la loro relazione che acquista differenti configurazioni a seconda delle diverse modalità con le quali è strutturata. Ne consegue uno scenario con una molteplicità di modelli individuabili sia a livello teorico sia nella concreta strutturazione con la quale la relazione si realizza. Peraltro una molteplicità che non può essere illimitata in quanto gli elementi della relazione individuabili sono soltanto due.

Comunque la descrizione del sistema di relazioni è certamente facilitata dalla individuazione dell'esistenza dei modelli. Una operazione che la cultura giuridica ha spesso utilizzato per individuare schemi rappresentativi desunti "dai fenomeni o dai dati", "per dar conto dei fenomeni e dei dati, come ipotesi correlate in modo da spiegare comportamenti ricavabili nella realtà, e tali da prestarsi a verifica". Schemi quindi intesi come "rappresentativi di un fenomeno della realtà sociale o della costruzione per l'analisi di un fenomeno della realtà sociale"<sup>115</sup>. Di qui la individuazione di modelli "puri", rigorosi ed

<sup>112</sup> Per una valutazione di queste considerazioni si rinvia soprattutto al dibattito in prima sottocommissione durante le sedute del 26 e 30 luglio del 9 e 10 settembre 1946. Cfr. La Costituzione della Repubblica nei lavori dell'Assemblea costituente, cit. vol. VI, p. 303 e ss.

<sup>113</sup> Sul punto si rinvia alla ricostruzione operata da P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 70 ss. e bibliografia ivi cit.

<sup>114</sup> Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 77

Sulla funzione della creazione di un modello vedi le considerazioni di M. BLACK, *Modelli, archetipi*, ora in *Modelli, archetipi e metafore*, Parma, 1983, p. 70 ss.

<sup>115</sup> Cfr. A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il ventesimo anniversario della Assemblea costituente*, Firenze, 1969, p. 402 ss. che sottopone l'utilizzazione del termine "modello" a precise puntualizzazioni.



ortodossi che successivamente per un ulteriore “sovradeterminazione ideologico-politica” acquistano una diversa configurazione<sup>116</sup>.

Un operazione ricostruttiva compiuta spesso dalla cultura giuridica con risultati quanto mai significativi. E’ il caso, ad esempio, dell’analisi condotta al fine di identificare le diversificazioni di modelli organizzatori utilizzati nella pubblica amministrazione per assecondare l’esigenza che la stessa sia sottoposta a regole uniformi. Analisi che hanno comportato la scelta di modelli che dapprima hanno offerto eccellenti risultati e che successivamente hanno evidenziato la loro insufficienza “per altri tipi di funzioni e prestazioni che l’amministrazione, con il trascorrere degli anni, è andata gradualmente assumendo”. Di qui l’esigenza di innovare modelli c.d. “puri”, per “disporre altrettante innovazioni nel modello organizzatorio”<sup>117</sup>

Una valutazione di insieme di questo scenario evidenzia l’esistenza fra le due polarità di relazioni di disgiunzione, di sussunzione, di contiguità con la conseguente emersione di modelli monistici e dicotomici.

Appare opportuno quindi soffermarsi sui diversi modelli per studiare la loro configurazione, gli schemi di rappresentazione dello Stato e della società, gli schemi di collegamento del polo sociale a di quello statale, finalizzati a realizzare la ricomposizione delle due polarità al fine di ottenere la complessiva unità del politico. Pertanto, la riflessione deve soffermarsi soprattutto sugli schemi di collegamento individuabili sia nel movimento ascendente della società allo Stato, sia in quello discendente dallo Stato alla società.

## 2. I modelli monistici, sociocentrici e statocentrici

Si è già evidenziato che per individuare il capo teorico non si può avere come punto di riferimento lo Stato o la società, ma la loro relazione. Questa impostazione pone una domanda impegnativa: come è possibile parlare di modelli monistici?

Si deve incominciare a riflettere sul modello monistico sociocentrico.

Il modello pone certamente al centro uno dei due poli, il polo sociale, costruisce intorno ad esso coerentemente ogni ipotesi di sviluppo, ma essendo un sistema duale non può prescindere dalla sfera statale, ma la prende in considerazione come ultima tappa di un itinerario che partendo dalla società “tende ad appiattire sul polo sociale il polo statale, che pur continua ad essere menzionato come termine essenziale dell’oggetto politico complessivo”<sup>118</sup>. Un modello che è stato oggetto della riflessione anche della cultura giuridica che, pur partendo dall’esigenza di studiare la sovranità, sposta la maggiore enfasi sull’analisi strutturale della società e tratta il tema solo come momento finale del suo itinerario di riflessione<sup>119</sup>.

<sup>116</sup> Per una valutazione di questo itinerario ricostruttivo si rinvia alle osservazioni di P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 65 ss., specificamente p. 97 ss.

<sup>117</sup> Cfr. G. GUARINO, *Leggi recenti e sistema delle partecipazioni statali*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 1968, p. 1143 ss.

<sup>118</sup> P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 85

<sup>119</sup> Cfr. V. MICELI, *Saggio di una teoria di una sovranità*, Torino, Firenze, Roma, 1884-1887, vol. I, p. 39 ss.

Un modello quindi che nel considerare il politico come la relazione tra le due polarità Stato-società, non le considera equidistanti, pone al centro la società e costruisce lo Stato (come variabile dipendente dell'oggetto primario del discorso, la società)<sup>120</sup>.

Se i modelli sociocentrici prevedono un itinerario che parte dalla società senza perdere di vista il ruolo dello Stato come ultima tappa dell'itinerario, i modelli statocentrici hanno come momento generativo il polo statale della relazione in uno scenario che comporta la individuazione compatibile con il modello. L'immagine del sociale non è quella di una struttura caratterizzata da "individualismo" e "atomismo" quanto dalla presenza di una categoria, il 'popolo' visibile nella sua organica inscindibile unità, chiamata a sostituire la 'società' nella rappresentazione del polo sociale. Tutto ciò consente di affermare da una parte, che 'popolo' e 'stato' sono le due facce sinteticamente distinte di una idea essenzialmente unica<sup>121</sup>; nel contempo permette di considerare i due termini come equivalenti e di sostenere che lo Stato deve essere concepito come popolo organizzato politicamente visto nella sua unità organica<sup>122</sup>.

Una modellistica che si realizza in contesti storici diversi e assume, per esempio, durante il regime fascista connotati che meritano alcune considerazioni. Nella fase iniziale il modello conserva i suoi dati fisionomici: il polo statale resta decisamente come il centro della relazione e non il modello terminale di un processo che parte dal polo sociale. Si assiste alla identificazione dei due termini Stato e popolo con il conseguente occultamento del popolo dietro il polo statale, un popolo non inteso come un insieme di individui ma come una unità organica.

Successivamente l'ideologia del fascismo introduce alcuni elementi innovativi nello schema di questo modello. Prevale l'esigenza di intervenire sulla configurazione del polo sociale inteso come un insieme di gruppi sociali e gerarchie. Tutto ciò senza alcuno intervento sul polo statale che resta polo ordinante. Lo Stato mantiene la sua centralità nei confronti dei gruppi e delle categorie professionali.

### 3. Il modello dualista a tendenza sociocentrica

Va innanzitutto precisato che mentre nei modelli monistici, una delle due polarità è appiattita sull'altra secondo se la tipologia è sociocentrica o stato centrica, nei modelli dualistici i due poli sono non solo visibili ma sussiste tra di loro un nesso di funzionalità o strumentalità.

Pertanto nei modelli a tendenza sociocentrica pur rilevando l'esteriorità dello Stato rispetto alla società, non si può disconoscere l'esistenza di un nesso funzionale fra le due polarità. E' allo stato che compete l'obiettivo di realizzare i fili della politica generale.

<sup>120</sup> P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 85

<sup>121</sup> Cfr. V. E. ORLANDO, *Dal fondamento giuridico della rappresentanza politica*, ora in *Diritto Pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1940, p. 436

<sup>122</sup> Vedi O. RANELLETTI, *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile*, in *Annali della R. Università di Macerata*, 1927, vol. II, p. 18.

Un sincronismo di rapporti già individuato ma che si potrà verificare successivamente con una analisi strettamente positiva allorchè l'indagine sarà indirizzata verso il modello dualistico a tendenza sociocentrica normativizzato dalla Carta costituzionale del '48<sup>123</sup>.

In quella ipotesi si potrà constatare come le istanze socialmente rilevanti sono imputate alla azione di una società articolata in formazioni sociali, mentre la determinazione politica statale è chiamata a svolgere un ruolo strumentale e insostituibile per realizzare quegli obiettivi.

Un modello quindi che riconosce alla società un primato logico ed ontologico ma individua altresì un vincolo non rescindibile con il polo statale.

In questo contesto è evidente che le conflittualità emergenti nella società, sia essa configurata "atomisticamente" o come un insieme di soggetti aggregati in dei nuclei, sono affidati al ruolo svolto dallo Stato come "momento sintetico e conclusivo del processo sociale"<sup>124</sup>. Uno scenario che vede tra 'Stato' e 'società' disposti "dialetticamente su una linea, insieme, di estraneità e di consustanzialità"<sup>125</sup>

#### **4. Gli schemi di collegamento del polo sociale al polo statale: rappresentanza e rappresentanza degli interessi. Partiti. Rivoluzione.**

L'itinerario argomentativo proposto acquista un ruolo centrale per identificare, sia pur nelle linee generali, le vie attraverso le quali i diversi modelli 'politici' consentano la ricomposizione ad unità del modello stesso.

In questo contesto acquista un ruolo prioritario la nozione di rappresentanza che in nessun caso fonda il nesso Stato-società, in quanto si è in presenza di un concetto che invece interviene in un secondo momento in riferimento ai diversi modelli politici presupposti per favorire nell'ambito dello sdoppiamento la ricomposizione della unità del politico. Ne consegue una diversità di impiego del tema della rappresentanza anche se sotto il profilo funzionale questa diversità non è programmata<sup>126</sup>.

La immediata conseguenza di questa impostazione consente di verificare la diversa determinazione del concetto nei differenti modelli monistici o dualistici. Peraltro questa diversità si può cogliere anche all'interno dei diversi modelli monistici sia essi sociocentrici ovvero statocentrici. E' stato evidenziato che "mentre per chi adotta il modello 'sociocentrico' è la 'capacità' che si prolunga direttamente in 'rappresentanza', per chi adotta il modello opposto è la rappresentanza come meccanismo interno dello Stato che scopre e valorizza la 'capacità'"<sup>127</sup>.

Si è in presenza di una serie di enunciati che acquistano maggiore evidenza se l'itinerario argomentativo è meno schematico e, sia pur nei limiti consentiti, più lineare, partendo, ad

<sup>123</sup> Sul punto vedi più ampiamente *infra* cap. IV

<sup>124</sup> Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 82

<sup>125</sup> Cfr. P. Costa, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 82

<sup>126</sup> Cfr. F. LANCHESTER, *Rappresentanza, responsabilità e tecniche di espressione del voto: nuovi saggi sulle votazioni*, Roma, 1990.

<sup>127</sup> Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 327

esempio, dal modello orlandiano. Un modello quest'ultimo statocentrico costruito in contrapposizione al modello giusliberale classico del quale lo stesso Orlando individua i dati fisionomici: distinzione tra società e stato e ruolo 'fondante' della società; imputazione al popolo – corpo elettorale della sovranità; delegazione dei poteri dal corpo elettorale alla Camera dei rappresentanti; rappresentanza quindi intesa come delegazione di poteri<sup>128</sup>.

In contrapposizione a questo modello tendenzialmente sociocentrico, il modello orlandiano, evidentemente statocentrico, respinge la configurazione della rappresentanza come delegazione dei poteri in quanto lo Stato non è creato dal popolo andando considerati come equivalenti i termini di Stato e popolo. Anzi "è nello Stato che il popolo trova la sua vera espressione come unità giuridica"<sup>129</sup>. Un impianto che ha come immediata conseguenza la configurazione della rappresentanza come meccanismo finalizzato alla scelta non dei rappresentanti ma dei 'capaci'.

Le analisi hanno dimostrato che neppure in un modello monistico sociocentrico, la rappresentanza acquista un rilievo politicamente autonomo idoneo a svolgere un ruolo di collegamento tra le due polarità. Infatti in quest'ultimo modello la società è configurata come polarità di soggetti e gruppi che si sistemano secondo schemi gerarchici e pertanto in questa ipotesi la "rappresentanza è il nome che individua il particolare momento del 'farsi Stato' delle gerarchie sociali"<sup>130</sup>.

Questo sia pur breve e schematico itinerario consente quindi di affermare che la rappresentanza può avere un suo ruolo autonomo solo in quei modelli che non ritengono già per risolto lo sdoppiamento e la ricomposizione ad unità del 'politico'. E ciò avviene nei modelli dualistici a tendenza sociocentrica.

In questo contesto si inserisce la riflessione sulla rappresentanza degli interessi. Già nella fase storica in cui imperava il modello giusliberale classico si poneva il problema di ricercare una formula che non si esaurisse nel riconoscimento della sola rappresentanza delle 'volontà', ma anche dei 'bisogni' e degli interessi sociali e legittimi. E tutto ciò non tanto per la prevalenza di umori 'anti-liberali', e 'anti-parlamentari'. Si poneva il problema che la rappresentanza non dovesse essere espressione dell'"individuo o un numero di individui", ma della società e delle "sue parti organicamente costituite"<sup>131</sup>.

Si era quindi in presenza di una nuova tipologia di rappresentanza talvolta in contrapposizione di quella liberal-parlamentare, talvolta intesa come correttivo di quella, una rappresentanza, comunque, che poteva assumere un ruolo determinante nel collegare il polo sociale a quello statale e di consentire al 'politico' di raggiungere la complessiva unità.

Un insieme di istanze che nei processi storici successivi acquistano forme diverse e finalità differenti sino al punto da legittimare il dibattito corporativistico degli anni '30.

<sup>128</sup> Per questo sviluppo ricostruttivo si rinvia alla esauriente analisi condotta da P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 322 ss.

<sup>129</sup> Cfr. V. E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza*, ora in V. E. ORLANDO, *Diritto pubblico generale, Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1940, p. 440

<sup>130</sup> Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 325 ss.

<sup>131</sup> Cfr. F. PERSICO, *Le rappresentanze politiche amministrative*, Napoli, 1942, p. 158.

In questo scenario nel momento in cui il corporativismo imputa allo Stato la possibilità di organizzare dall'alto gli interessi, la rappresentanza perde il suo ruolo di strumento nella strategia "ascendente" dalla società allo Stato<sup>132</sup>.

Nella costruzione del campo teorico il tema della rappresentanza va correttamente collegato con quello dei partiti politici rientrando essi nella descrizione del nesso società-Stato e nella strategia di ricomposizione ad unità del modello giuspolitico. In altri termini il partito viene visto non solo come uno strumento per il funzionamento delle scelte elettorali<sup>133</sup> ma soprattutto come elemento fondamentale che nel modello giusliberale classico svolge un ruolo determinante in quel processo direzionale "ascensionale" che costituisce la via per l'immissione del polo sociale in quello statale. Giustamente si è evidenziato che si è assistito ad una diversa configurazione ed un diverso ruolo del partito allorché è andato in crisi lo schema che individuava nella rappresentanza il nesso società-stato e nella presenza del partito un ruolo per rendere attivo il principio<sup>134</sup>. Una situazione che sarebbe stata determinata dalla introduzione nel meccanismo elettorale della proporzionale<sup>135</sup>. Infatti l'eletto non va più considerato come una scelta individuale dell'elettore ma come espressione della organizzazione del partito<sup>136</sup>. Uno scenario nel quale si inseriscono le scelte operate dal regime fascista che dapprima ritiene che il passaggio da un sistema fondato da una pluralità di partiti ad un sistema caratterizzato dalla unicità del partito non muta i caratteri del "rapporto rappresentativo"<sup>137</sup>.

Successivamente la constatazione della modifica della relazione società-stato da una configurazione dualistica ad una visione più marcatamente statocentrica ha comportato il superamento del ruolo del partito espresso nel modello dualistico producendo l'esito opposto.

Di qui discendeva che "il partito perde ogni sua autonoma consistenza", "mantiene la sua visibilità ma diviene un momento della rappresentazione dell'azione 'discendente' dello Stato"<sup>138</sup>.

Un problema comunque restava aperto: "la questione del 'punto di inserimento' del partito nello Stato, dell'apporto che il partito possa dare allo Stato"<sup>139</sup>. Sulla base della teoria della Costituzione materiale di Mortati, si è ritenuto che il partito svolge un ruolo determinante intervenendo in quel processo con il quale "una determinata società può raggiungere quel grado di unità politica, che le consente di elevarsi a Stato"<sup>140</sup>.

<sup>132</sup> Su questi ultimi aspetti la letteratura è quanto mai ampia. Cfr., fra gli altri, G. BOTTAI, *Intervento in Atti del secondo Convegno di Studi sindacali e corporativi*, cit., III, p. 316; C. COSTAMAGNA, *Stato corporativo (a proposito di neosindacalismo di Stato)*, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 1926, p. 417; C. COSTAMAGNA, *Recensione a S. Panunzio, Stato e diritto*, Modena, 1931, in *Lo Stato*, 1931, p. 616; U. SPIRITO, *Individuo e Stato nella concezione corporativa*, in *Atti del secondo convegno di studi sindacali e corporativi*, Roma, 1932, I, p. 186;

<sup>133</sup> Cfr. E. PRESUTTI, *Istituzioni di Diritto costituzionale*, Napoli, 1922, p. 188

<sup>134</sup> Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 346 ss. e biblio ivi cit.

<sup>135</sup> Sul punto cfr. G. AMBROSINI, *Le trasformazioni del regime parlamentare e del governo di gabinetto*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, 1922, p. 187 ss.

<sup>136</sup> G. CAPOGRASSI, *La nuova democrazia diretta*, in *Opere*, Milano, vol. I, 1959, p. 537

<sup>137</sup> Cfr. V. ZANGARA, *Il partito unico e il nuovo stato rappresentativo in Italia ed in Germania*, in *Rivista di Diritto pubblico*, 1938, p. 105.

<sup>138</sup> Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 354

<sup>139</sup> Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 354

<sup>140</sup> Cfr. C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, p. 87 ss. Su questa interpretazione si rinvia a P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 354.

Un processo questo che è consentito connettendolo “con quella costituzione fondamentale che spiega l’unità del politico attraverso lo sdoppiamento dei suoi termini ed il suo necessario collegamento”<sup>141</sup>. In tal modo indipendentemente dalla unicità o dalla pluralità dei partiti si dimostrerebbe “come il popolo non possa diventare titolare del potere sovrano di direzione politica se non si dia un’organizzazione capace di operare sintesi di interessi collettivi, e come siano i partiti ad adempiere a tale compito organizzativo”<sup>142</sup>. Peraltro si sarebbe in presenza di una ricostruzione che, pur essendo nata in un contesto di un sistema a partito unico avrebbe retto anche con l’avvento del pluralismo dei partiti. Tutto ciò sarebbe sufficiente mettendo al centro della mediazione e della rappresentatività non più il partito ma il sistema dei partiti. Si è in presenza di annotazioni che meritano alcune considerazioni che si evidenzieranno allorchè la direzione della ricerca sarà indirizzata al campo tecnico che ha determinato la scelta del Costituente del ’48<sup>143</sup>.

Nella identificazione del campo teorico tra i meccanismi inseriti nella frase ascendente che porta la società verso lo Stato, è stato individuato anche il tema della rivoluzione.

E’ stato giustamente evidenziato che se “la rappresentanza esprime la continuità ed il successo della mediazione, la rivoluzione indica l’interruzione ed il fallimento”<sup>144</sup>.

Comunque, se la rivoluzione certamente esprime una rottura della unità, nel contempo determina le condizioni per una nuova ricomposizione del politico.

Questo dato è giustamente evidenziato nella misura in cui consente ritenere la rivoluzione non come un fatto che costituisce una rottura della mediazione ma come un fatto idoneo a generare diritto, “come eccezione che riproduce la regola” chiamata a garantire l’unità del politico<sup>145</sup>.

Una impostazione che ha sollecitato la cultura giuridica ad interessarsi compiutamente del tema, cercando di identificare la configurazione della rivoluzione nel sistema del diritto costituzionale generale.

E’ merito soprattutto di Santi Romano di aver affrontato il tema in tutta la sua complessità<sup>146</sup>.

Peraltro anche da parte di altra dottrina si è mostrata la dovuta sensibilità della individuazione della bivalenza della configurazione della rivoluzione extra giuridica nei confronti del vecchio ordine, costitutiva della legittimazione di un nuovo ordine nel caso in cui il processo si chiuda vittoriosamente. E’ il caso ad esempio, di G. Arangio Ruiz cui si deve una riflessione in tal senso<sup>147</sup>, ovvero di G. Capograssi<sup>148</sup> che vede nella rivoluzione un momento di vera e propria rifondazione della sovranità statale.

<sup>141</sup> Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 354

<sup>142</sup> Cfr. C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell’ordinamento italiano*, in *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, Padova, 1957, II, p. 138

<sup>143</sup> Sul punto vedi infra p.

<sup>144</sup> Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 358, secondo il quale, inoltre, “se la rappresentanza esprime il regime ‘regolare, normale, (anche in questo senso ‘giuridico,) del rapporto fra società e Stato, la rivoluzione indica lo stato d’eccezione”.

<sup>145</sup> Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 360

<sup>146</sup> Cfr. sul punto S. ROMANO, *L’istaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Archivio Giuridico “Filippo Serafini”*, vol. LXVIII, 3, ora in S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi, Saggi di Diritto Costituzionale*, Milano, 1969, p. 27 ss; S. ROMANO, *Rivoluzione e diritto*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, p. 220 ss.

<sup>147</sup> Cfr. G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, Milano-Torino-Roma, 1913, p. 26

<sup>148</sup> Cfr. G. CAPOGRASSI, *Saggio sullo Stato*, cit., p. 110



Comunque è Santi Romano che alla fine del suo percorso ricostruttivo si domanda se è possibile individuare un diritto delle rivoluzioni da considerare come per il diritto internazionale di guerra come una parte del diritto costituzionale generale.

Un percorso che parte da lontano già quando Santi Romano cerca di definire il concetto e il carattere della istaurazione di fatto di un organo costituzionale, ponendo le basi della sua teoria sull'ordinamento giuridico. In questo contesto l'Autore ricostruisce le ipotesi di legittimazione di fatto, individuando il loro fondamento giuridico, i loro effetti e offrendo un quadro di riferimento per le analisi pubblicate come frammento del dizionario giuridico con il titolo "rivoluzione e diritto".

Come già si è detto, la prima domanda che l'Autore si pone è sulla possibilità di individuare nell'ambito del diritto costituzionale generale, una collocazione sistematica per la rivoluzione come avviene per la guerra nel diritto internazionale. Certamente "la rivoluzione, a differenza della guerra non può assumere i caratteri di un istituto giuridico, non può cioè essere regolata nel suo procedimento da quei poteri statali che essa tende a sovvertire e distruggere"<sup>149</sup>.

Anzi la rivoluzione in un primo approccio rileva la sua antiggiuridicità determinata "dal diritto contro il quale la rivoluzione è diretta"<sup>150</sup>. Una antiggiuridicità sussistente finché questo diritto sarà vigente. Qualora la rivoluzione sarà vittoriosa si innesterà un nuovo ordinamento che legittimerà il processo rivoluzionario.

Come già si è messo in evidenza, questo itinerario consente a Santi Romano di verificare quale è il carattere giuridico che acquista il processo rivoluzionario durante il suo svolgimento. Sotto questo profilo l'analisi romaniana rileva che il processo *in itinere* è un movimento sempre organizzato che, avendo la pretesa di sostituirsi alla organizzazione dello Stato, si presenta come una organizzazione statale in embrione e, quindi, come "un vero e proprio ordinamento, sia pure imperfetto fluttuante, provvisorio" anche se può avere "una durata e una stabilità transitoria"<sup>151</sup>.

Il processo rivoluzionario *in itinere*, quindi, dà vita ad una rete interistituzionale che ha tutti i caratteri dell'ordinamento giuridico e che pertanto, non certamente sotto il profilo del diritto positivo, ma in riferimento al diritto costituzionale generale, deve essere inserito tra gli ordinamenti giuridici originali, consentendo in tal modo, di poter parlare di un diritto della rivoluzione

## 5. L'azione discendente dello Stato verso la società. Il campo degli interventi dello Stato per svolgere la sua azione 'ordinante'.

<sup>149</sup> Cfr. S. ROMANO, *Rivoluzione e diritto*, cit., p. 222.

<sup>150</sup> Cfr. S. ROMANO, *Rivoluzione e diritto*, cit., p. 223.

<sup>151</sup> Cfr. S. ROMANO, *Rivoluzione e diritto*, cit., p. 224, secondo il quale ci "saranno dirigenti, assemblee o comitati che assisteranno i dirigenti, norme di vario genere che regoleranno le attività rivoluzionarie, persone ed enti che obbediranno a tali norme, sanzioni per assicurare l'osservanza di queste, agenti di esecuzioni e così via".

Nel precedente paragrafo si è evidenziato il ruolo imputabile al movimento ascendente che avvicina la società allo Stato.

Va altresì rilevato come la frequente utilizzazione dei modelli statocentrici ha comportato una attenuazione di questo movimento con l'espansione dell'altro movimento, quello discendente, teso a consentire allo Stato di venire incontro alla società.

Una ricostruzione che non vuole indicare che il “movimento discendente sia soltanto ‘una degenerazione occasionale patologica’ dell'altro movimento in quanto esso ha comunque un ruolo nella relazione società-Stato<sup>152</sup>.

Quando il modello giusliberale classico si è realizzato fedelmente al suo schema, l'azione discendente dello Stato “si arrestava laddove iniziava il dominio della proprietà e del contratto”<sup>153</sup>. L'azione dello Stato in questo caso assume una funzione negativa e cioè una funzione di garanzia e di protezione del diritto<sup>154</sup>. Successivamente si ritiene insufficiente la funzione negativa dell'azione statale e si richiede un ruolo positivo ma nel contempo suppletivo: di “fronte al ‘fatto’ della proprietà e della disuguaglianza lo Stato deve intervenire certo proteggendo il rispetto delle regole della libertà e della proprietà, ma anche frenando gli effetti abnormi ed eccessivi della disuguaglianza stessa”<sup>155</sup>.

D'altra parte la constatazione che è sempre più evidente la conflittualità della società, fa emergere la richiesta di una azione dello Stato idonea ad reintegrare quelle esigenze di ordine che la società non è più in grado di soddisfare. Di qui un intervento positivo sul sociale e l'accoglimento di una teoria “che dia un fondamento ad un intervento giuridico dello Stato nella vita economica...”<sup>156</sup>.

Ne consegue, in conclusione, uno scenario con evidenti connotati. L'unità del modello giuspolitico non può essere raggiunto in via strutturale ma la si acquista attraverso una doppia azione: l'ascendenza della società verso lo Stato, il movimento discendente dell'azione politica dello Stato.

Un impianto che risentirà delle sovraordinazioni ideologiche-politiche prodotte dalla ideologia politica del fascismo.

<sup>152</sup> Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 365.

<sup>153</sup> Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 366.

<sup>154</sup> “In altri termini l'azione dello Stato si mantiene in un ambito esterno e funzionale alla osservanza delle regole del gioco societario, senza poter divenire a sua volta una protagonista di quel gioco”. Così P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 367.

<sup>155</sup> Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 368.

<sup>156</sup> Cfr. G. CAPOGRASSI, *La nuova democrazia diretta*, in *Opere*, Milano, vol. I, 1959, p. 435.

## Capitolo IV

### Il quadro di teoria generale per la costruzione del modello identificato dalla Costituzione italiana del '48

Sommario: 1. Introduzione. - 2. La configurazione dell'ordinamento come istituzione. Il sistema dei rapporti nelle istituzioni complesse. - 3. Assetti istituzionali e istanze pluralistiche: l'esigenza di un Codice di valori. 4. La relazione società-stato nella Costituzione italiana. - 5. Il movimento ascendente per la determinazione unitaria del modello giuspolitico: rappresentanza e rappresentanza degli interessi. - 6 (segue): il partito politico, la democrazia partecipativa, gli istituti di democrazia diretta. - 7. Il ruolo dello Stato nella rappresentanza del 'politico'. - 8. Alcune valutazioni conclusive

#### 1. Introduzione

L'itinerario fin qui percorso per individuare il campo teorico nella rappresentazione della forma di Stato in senso lato, può ottenere un ulteriore contributo ricostruendo le soluzioni adottate dalla Costituzione italiana del '48 nella identificazione del rapporto società-Stato. Tutto ciò al fine di determinare il quadro di teoria generale che ha legittimato quella scelta ponendosi, in tal modo, su di un piano di diritto costituzionale generale e rinviando l'analisi dell'ordinamento positivo<sup>157</sup>.

Si pone pertanto l'esigenza di identificare quale è il quadro di teoria generale che ha consentito alla Carta costituzionale di costruire la relazione società-Stato con un modello dualistico a tendenza sociocentrica.

E' opportuno premettere che nel Costituente del '48 emerge la consapevolezza che il fondamento della vita democratica è 'politico' e che la 'democrazia' non può concretizzarsi soltanto nella scelta della forma di Stato in senso lato, in quanto nella 'democrazia' va anche riposta una 'promessa' per una "emancipazione della soggettività, [...] per essere realmente autonomi e perciò liberi"<sup>158</sup>.

Un complesso di riflessioni espresse in Assemblea costituente già durante il dibattito in prima sottocommissione della Commissione dei 75 alla quale era stato affidato il compito anche di identificare i principi dei rapporti sociali ed economici ma soprattutto di individuare il ruolo della politica.

Si fa riferimento in particolare all'intervento dell'onorevole Dossetti che auspica l'esistenza di "una democrazia politica, la quale nel contempo assicuri la possibilità di effettuare il controllo sociale sulla vita economica". "Se, [...], con la Costituzione si cercherà di stabilire

<sup>157</sup> Sui rapporti tra diritto costituzionale generale e diritto costituzionale positivo si rinviano alle indicazioni espresse fra gli altri da SANTI ROMANO in *Rivoluzione e Diritto, Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, p. 225.

<sup>158</sup> Cfr. G. PRETEROSSÌ, *Ciò che resta della democrazia*, Roma-Bari, 2015, p. VIII e ss. secondo il quale "la democrazia – non tanto (o solo) come forma di governo, ma come *costruzione di senso e forma di vita* – ne è il compimento estremo e l'esposizione delle aporie". Ne consegue che "[l]a democrazia moderna come forma di legittimazione sociale dell'ordine mira invece a consentire una sorta di verifica permanente dell'autorizzazione, attraverso la mediazione rappresentativa e i processi partecipativi sul terreno della società civile".

la base di una effettiva democrazia politica, il controllo sociale sulla vita economica che si verrà eventualmente ad introdurre non inclinerà la possibilità di vita economica del paese, anzi la renderà effettiva in tutte le direzioni ed in tutti i sensi, dando così la garanzia che non vi possano essere deviazioni”<sup>159</sup>.

Appare quindi opportuno partire dal dibattito in Assemblea costituente allorchè si è posto il problema di identificare il modello giuspolitico da adottare per la Carta costituzionale del '48. La sede di questa scelta, come già rilevato, è stata la prima commissione della sottocommissione dei 75, dove si è evidenziato che la individuazione di quel modello dovesse essere prioritaria alla Costituzione strettamente detta e cioè alla struttura costituzionale dello Stato<sup>160</sup>.

La sede per la definizione dell' "ambiente democratico" è quindi la prima sottocommissione, mentre i contenuti sarebbero stati successivamente determinati in altri sedi: i diritti di democrazia generale e di struttura nella seconda sottocommissione, quelli di carattere economico e sociale nella terza.

Di qui l'esigenza di interessarsi non solo dei rapporti civili ma anche di quelli sociali, sia economici e culturali e dei rapporti politici. Tutto ciò al fine di dare al modello giuspolitico non solo una struttura ma anche dei contenuti sia pur affermati a livello di principi.

Si è in presenza di un dibattito che offre spunti di riflessione per la identificazione degli strumenti destinati da una parte all'immissione del polo sociale in quello statale, dall'altra alla ricomposizione ad unità del modello 'politico'. E' il caso della discussione sul ruolo del partito politico ed in particolare del tentativo dell'on. Basso di introdurre una norma chiamata ad imputare ai partiti politici funzioni costituzionali, ritenendoli entità espressione della libertà di associazione e, quindi, di soggetti aggregati nella società<sup>161</sup>.

Rientra in questo contesto anche il tentativo di finalizzare la disciplina delle libertà civili. Alla fine di un lungo dibattito fu presentato un testo concordato destinato ad utilizzare l'esercizio delle libertà civili per raggiungere gli obiettivi già individuati nel modello 'politico': "Tutte le libertà garantite dalla presente Costituzione devono essere esercitate per il perfezionamento integrale della persona umana, in armonia con le esigenze della

<sup>159</sup> Cfr. la Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, Camera dei Deputati, Segretariato generale, Roma, 1971, vol. VI, p. 485.

<sup>160</sup> Cfr. la Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, Camera dei Deputati, Segretariato generale, cit., p. 307 ss.

<sup>161</sup> La norma presentata dall'onorevole Basso fu posta in discussione nella seduta della prima sottocommissione nella seduta del 20 novembre 1946.

La formula presentata era la seguente "Ai partiti politici che nelle votazioni pubbliche abbiano raccolto non meno di cinquecentomila voti sono riconosciute, sino a nuove votazioni, attribuzioni di carattere costituzionale, a norma di questa Costituzione, delle leggi elettorali e sulla stampa e delle altre leggi.

Secondo le motivazioni esposte dall'onorevole Basso "l'articolo da lui proposto si inserisce in un evidente processo di trasformazione delle nostre istituzioni democratiche per cui alla democrazia parlamentare, non più rispondente alla situazione attuale, si è venuta sostituendo la democrazia dei partiti già in atto. Ha ritenuto opportuno far riferimento a questa democrazia nella Costituzione, attribuendo ai partiti che abbiano una forza riconosciuta attraverso un certo numero di voti ricevuti, funzioni di carattere costituzionale, quali ad esempio la presentazione di liste elettorali, senza ricorrere al deposito davanti notaio, il diritto di promuovere azioni davanti alla istituenda suprema Corte costituzionale, la difesa delle libertà costituzionali e altri compiti riguardanti una materia che è appena in formazione. Il principio del riconoscimento ai partiti di attribuzioni di carattere costituzionale rappresenta una specie di avviamento a superare tutte le forze di tipo individualistico antiquato con una nuova concezione di democrazia di partiti, e pertanto, deve trovar posto in una formula della Costituzione". La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente, Camera dei Deputati, Segretariato generale, cit., p. 709

solidarietà sociale ed in modo da permettere l'incremento del regime democratico, mediante la sempre più attiva partecipazione di tutti alla gestione della cosa pubblica"<sup>162</sup>.

Anche queste ultime valutazioni evidenziano che il Costituente nella identificazione del modello non poteva avere come punto di riferimento lo Stato ovvero la società ma la loro relazione al fine di costruire un modello a tendenza sociocentrica con una configurazione del polo sociale visto non come una aggregazione atomistica, ma come un pluralità di ordinamenti che consentano alla persona un graduale e progressivo svolgimento delle proprie libertà.

Sulla base di queste considerazioni introduttive la ricerca riguarderà alcuni particolari momenti finalizzati ad individuare quegli aspetti di teoria generale che hanno consentito la scelta del modello. Da una parte la configurazione dell'ordinamento come istituzione ed il sistema dei rapporti nelle istituzioni complesse; dall'altra la individuazione dei tratti rilevanti del codice di valori che consente all'istanza pluralista fatta propria dalla Costituzione italiana di realizzarsi.

Tutto ciò consentirà di ripercorrere l'itinerario che ha prodotto la scelta del modello.

## **2. La configurazione dell'ordinamento come istituzione. Il sistema dei rapporti nelle istituzioni complesse.**

Nella prima parte di queste riflessioni dedicate a rilevare il campo teorico nella rappresentazione della forma di Stato in riferimento alla relazione Stato-società, si è già evidenziato come la configurazione dell'ordinamento come istituzione di Santi Romano non solo ha dato maggiore rilievo alla sfera del giuridicamente rilevante ma ha anche consentito di incidere nella rappresentazione del modello 'politico'<sup>163</sup>.

E' evidente che la prospettiva di analisi da programmare non può riguardare tutta la complessità che il tema fa emergere a cento anni dalla pubblicazione dell'*Ordinamento giuridico* di Santi Romano.

Ai fini dell'indagine che si sta sviluppando, comunque, è quanto mai opportuno individuare gli elementi che consentono la identificazione della configurazione dell'ordinamento come istituzione, soprattutto al fine di cogliere il sistema dei rapporti nelle istituzioni complesse.

<sup>162</sup> Cfr. La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, Camera dei Deputati, Segretariato generale, cit., p. 471 ss. Il testo concordato nacque da una iniziativa dell'on. La Pira che aveva formulato un articolo secondo il quale "l'autonomia dell'uomo e le singole libertà in cui essa si concreta sono garantiti dalle norme seguenti e debbono essere esercitate per l'affermazione e il perfezionamento della persona in armonia con le esigenze del bene comune e per il continuo incremento di esso nella solidarietà sociale.

Pertanto ogni libertà è fondamento di responsabilità".

A sostegno di questa iniziativa l'on. La Pira sostiene "che la sua preoccupazione è stata di dare della libertà un concetto diverso di quello che è alla base della dichiarazione del 1789 e che è stata riprodotta nel progetto ultimo di Costituzione francese, poi bocciato dal *referendum* popolare". In quel progetto è espresso un concetto negativo della libertà, "invece nella Costituzione italiana si vuole introdurre un concetto positivo di questa libertà, il concetto di una libertà finalizzata. Mentre la Costituzione del 1789, e in genere, le Costituzioni a tipo liberale, parlano allo Stato per limitarne la libertà nei confronti dei diritti imprescrittibili dell'uomo, la nostra Costituzione vuole parlare non soltanto allo Stato, per limitare la sua autonomia circa i diritti della persona ma anche alla persona, per orientare la sua libertà e limitarla rispetto ai diritti della persona. Quindi la nostra Costituzione dovrebbe parlare contemporaneamente allo Stato, per limitarne la sua libertà o meglio per finalizzarla".

<sup>163</sup> Cfr. *retro* pp. 11, 18

La prima domanda che la cultura giuridica si è posta è destinata a chiedersi cosa sono le istituzioni, quali sono i loro elementi istitutivi, in che senso vanno classificate come entità statiche o dinamiche. Tutto ciò soprattutto dopo aver preso conoscenza del loro dinamismo interno e del loro divenire in sistemi complessi laddove incidono i reciproci influssi prodotti dalle diverse istituzioni o dal sistema complessivo<sup>164</sup>.

Peraltro tutte le istituzioni hanno un campo di azione ben delineato. Il criterio delimitativo, non solo per quelle territoriali, è fissato sulla base edittale o su circostanze o situazioni di fatto.

Emerge quindi innanzitutto l'esigenza di identificare i loro elementi istitutivi. Non solo uomini ed altre istituzioni. Accanto alla pluralità dei partecipanti si individua un altro elemento rappresentato da una pluralità di norme che possono essere prodotte dalle istituzioni o recepite da altre istituzioni che, talvolta offrono anche interi sistemi di norme.

In questa complessità la cultura giuridica ha individuato il concetto di autorità inteso come "idoneità ad imporsi anche indipendentemente o contro la volontà dei singoli appartenenti"<sup>165</sup>, utilizzando la loro "forza organizzata" che ha come coadiuvante "la forza sociale" per dar vita a comportamenti che siano conformi alle norme.

Infatti un altro "elemento istitutivo di ogni istituzione è la forza sociale quale promana dall'insieme dei comportamenti collettivi conformi alle norme"<sup>166</sup>. Peraltro coadiuvante della forza sociale è anche la forza organizzata: "[p]revenendo gli illeciti ed assicurando l'ordine si concorre ad estendere l'area dei comportamenti conformi"<sup>167</sup>.

La coerenza dei comportamenti rispetto alle norme espande la forza sociale, sostenendo sia la singola norma, sia il sistema nel quale la norma si inserisce<sup>168</sup>.

Ma, come già si è evidenziato, l'interesse più immediato della analisi che si sta conducendo, riguarda quella particolare situazione rappresentata dalla esistenza delle istituzioni complesse ed evolute come lo Stato, costituite da un diverso numero di sub-istituzioni, in ognuna delle quali sono presenti tutti gli elementi costitutivi di ogni istituzione.

In questi casi si può individuare un coacervo di relazioni che producono reazioni reciproche, esercitando influssi e subendone nel contempo. Si possono quindi individuare influenze reciproche tra le istituzioni partecipanti e la istituzione partecipata. E' evidente infatti che nelle situazioni complesse in cui si è in presenza di istituzioni nelle quali partecipano altre istituzioni non si può prescindere dal numero e dai loro rapporti. Vero è

<sup>164</sup> Cfr. G. GUARINO, *L'Uomo-istituzione*, Roma-Bari, 2005, p. 6 ss. secondo il quale (p. 36) il dinamismo delle istituzioni trova una sua spiegazione le "istituzioni sono composte da una pluralità di istituzioni, o da una pluralità di uomini o da una pluralità di istituzioni e di uomini. Se la componente è una istituzione, questa o direttamente o indirettamente attraverso la mediazioni anche a più livelli di altre istituzioni deve necessariamente far capo agli uomini, il movimento continuo ed inarrestabile degli esseri umani partecipi (direttamente o indirettamente) di qualsiasi istituzione spiega il movimento del pari incessante delle istituzioni".

<sup>165</sup> Cfr. G. GUARINO, *L'Uomo-istituzione*, cit., p. 16 che, peraltro, evidenzia come il "carattere autoritario, riguarda l'insieme delle norme, come pure ciascuna di essa singolarmente, di cui la singola istituzione si avvale".

<sup>166</sup> Cfr. G. GUARINO, *L'Uomo-istituzione*, cit., p. 73.

<sup>167</sup> Vedi sul punto G. GUARINO, *L'Uomo-istituzione*, cit., p. 27

<sup>168</sup> Giustamente si è messo in evidenza come la forza sociale non è un dato assoluto e permanente. Il che lo si evince con chiarezza se si guarda al rapporto tra la forza sociale e la singola norma. Infatti la "forza sociale può abbandonare singole norme (desuetudine), conferire a quelle esistenti una portata diversa (consuetudine *preter legem*) o sostenere una norma del tutto nuova (consuetudine). Sul punto G. GUARINO, *L'Uomo-istituzione*, cit., p. 21



che “[q]uanto più le istituzioni sono numerose tanto maggiori e penetranti sono i riflessi e le reazioni che si producono nella istituzione partecipata”<sup>169</sup>.

In altri termini si delinea un quadro dinamico determinato dal coinvolgimento dell’azione della istituzione partecipata e da quelle partecipanti. Si possono evidenziare “influenze che si dirigono verso l’alto, così inversamente non possono essere trascurati gli impulsi e le pressioni che dalla istituzione partecipata vengono trasmessi alle istituzioni partecipanti [...]”<sup>170</sup>.

Appare quindi all’interprete un sistema integrato che può trovare situazioni di equilibrio dall’esistenza di eventuali rigidità di diversa natura, talvolta connesse con l’economia, talvolta determinate dalla normativa giuridica.

A questo punto è opportuno domandarsi, come fa la cultura giuridica, in che cosa costituiscono le rigidità, come si identificano, quale la loro natura, necessariamente economica o necessariamente giuridica, quali le loro finalità, possono essere macro o micro, vanno classificate per tipi o per categorie. Un insieme di riflessioni per le quali, come si è detto, la cultura giuridica offre contributi significativi<sup>171</sup>.

In questo contesto un particolare aspetto merita attenzione: la identificazione degli elementi di rigidità consistenti in vincoli giuridici e, fra questi, quale è il ruolo del rinvio intraistituzionale.

Si è in presenza di un elemento di rigidità introdotto da una norma giuridica. Una norma che non si propone solo di utilizzare una tecnica di produzione legislativa ma introduce un rimedio di elevata rigidità per attuare determinate finalità: realizzare il modello ‘politico’ tra i due poli di Stato e società, attuare una relazione a tendenza sociocentrica, riconoscere il pluralismo come una modalità rappresentativa del polo sociale, immettere le istanze provenienti dalla società, ricongiungere il modello ad unità.

### 3. Assetti istituzionali e istanze pluralistiche: l’esigenza di un Codice di valori

C’è nella Costituzione del ’48 la consapevolezza che il processo di formazione della volontà politica deve necessariamente attuarsi pluralisticamente. Un dato che la cultura costituzionalistica, soprattutto quella che ha condotto la propria riflessione inserendosi nel dibattito su *Weimar*, ha sempre evidenziato. Ancora una volta si può ricorrere al pensiero di Ernst Fraenkel sul quale ci si è già soffermati per sostenere che: “[p]er evitare il destino della massificazione, le democrazie occidentali concedono ai loro cittadini la possibilità illimitata di organizzarsi *pluralisticamente* in una molteplicità di associazioni, di essere attivi e di inserirsi collettivamente nella totalità statale”<sup>172</sup>.

<sup>169</sup> G. GUARINO, *L’Uomo-istituzione*, cit., p. 104, secondo il quale le caratteristiche della istituzione partecipante influiscono a loro volta sul grado di dinamismo interno e sulla dimensione della istituzione partecipata.

<sup>170</sup> V. G. GUARINO, *L’Uomo-istituzione*, cit., p. 107

<sup>171</sup> Cfr. G. GUARINO, Conclusioni al seminario di studi per una Teoria delle istituzioni tra diritto ed economia, *Per una “Teoria delle istituzioni tra diritto ed economia”*, in *Diritto e Cultura*, 2004, n. 1/2, p. 95 ss.

<sup>172</sup> Cfr. retro n. 25

Sul principio del pluralismo come valore fondamentale vedi, fra gli altri, F. RIMOLI, *Democrazia, pluralismo, laicità*, Napoli, 2013 e biblio ivi cit.

In questa prospettiva di ricerca non c'è la pretesa di ricostruire il processo che ha portato alla emersione della istanza pluralistica come elemento strutturale dello stato di diritto. C'è invece l'esigenza di individuare con quale metodo quella istanza vada realizzata e quale è il quadro normativo determinato dalla Carta costituzionale per consentire alla democrazia pluralistica di poter funzionare.

Dall'esame complessivo e sistematico delle determinazioni ora contenute soprattutto, e non solo, negli artt. 2, 3 e 5 della Costituzione emerge con evidenza la individuazione dei limiti entro i quali il pluralismo debba realizzarsi: il pluralismo ritiene indispensabile un minimo di omogeneità, ma nel contempo considera opportuno di frenare ogni istanza tesa a realizzare un massimo di omogeneità. Di qui l'esigenza di predisporre un codice di valore idoneo a garantire un corretto rapporto tra omogeneità ed eterogeneità al fine di stabilire con quale metodo debba essere ricercato.

E' evidente che in questa occasione non può affrontarsi in tutta la sua complessità il contributo che un costituzionalista e politologo tedesco come Ernest Fraenkel ha offerto per la costruzione della teoria pluralistica. Comunque non si può trascurare, come già precedentemente evidenziato, di utilizzare la sua riflessione nella identificazione del ruolo da affidare al codice dei valori nella attuazione della istanza pluralistica e nella determinazione dei possibili contenuti di quel codice<sup>173</sup>.

Un approccio che consente di evidenziare il suo contributo in riferimento alla teoria pluralistica tradizionale tanto da qualificare quella teoria come neopluralistica<sup>174</sup>.

<sup>173</sup> La produzione di E. Fraenkel che consente di ricostruire il contributo offerto alla teoria neopluralistica e quanto mai ampia a partire dal saggio apparso già nel 1929 (*Kollektive Demokratie* ora in *Ernst Fraenkel Schriften – Band 1. Recht und Politik in der Weimarer Republik*, Baden Baden, 1999, pp. 343-357).

Per una ricostruzione del percorso scientifico di Ernest Fraenkel, del suo contributo alla teoria pluralistica si rinvia alle riflessioni offerte da R. BIFULCO, *Il contributo di E. Fraenkel alla teoria pluralistica*, in V. ATRIPALDI (a cura di), *Il pluralismo come innovazione. Società, stato e costituzione in Ernst Fraenkel*, cit., p. 49 ss.

<sup>174</sup> Su questo specifico aspetto e sulle radici del pluralismo in Fraenkel vedi per tutti H. Kremendahl, *Pluralismustheorie in Deutschland. Entstehung, Kritik, Perspektiven*, Leverkusen, 1977; E. JESSE, *Pluralismustheorie ohne demokratische Alternative, Neue Politische Literatur*, 1979, p. 145 ss.; P. MASSING, *Interesse und Konsensus. Zur Rekonstruktion und Begründung normativ-kritischer Elemente neopluralistischer Demokratietheorie*, Opladen, 1979; H. OBERREUTER (a cura di), *Pluralismus. Grundlegung und Diskussion*, Opladen, 1980; W. STEFFANI, *Pluralistische Demokratie. Studien zu Theorie und Praxis*, Opladen, 1980; P. PASQUINO, *Politische Einheit, Demokratie und Pluralismus, Bemerkungen zu Carl Schmitt, Hermann Heller und Ernst Fraenkel*, in C. MÜLLER, I. STAFF (a cura di), *Der soziale Rechtsstaat, Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933*, Baden-Baden, 1984, p. 367 ss.; F. LEHNER, *Ideologie und Wirklichkeit. Anmerkungen zur Pluralismussdiskussion in der Bundesrepublik*, in *Der Staat*, 1985, p. 91 ss.; G. GÖHLER, *Vom Sozialismus zum Pluralismus. Politiktheorie und Emigrationserfahrung bei Ernst Fraenkel*, in *Politische Vierteljahresschrift*, 1986, p. 6 ss.; J. DEIJEN, *Neopluralismus und Naturrecht. Zur politischen Philosophie der Pluralismustheorie*, Paderborn, 1988; A. v. BRÜNNECK, *Leben und Werk von Ernst Fraenkel (1898-1975)*, Prefazione a *Ernst Fraenkel, Deutschland und die westlichen Demokratien*, Frankfurt am Main, 1991, p. 360 ss.; H. BUCHSTEIN, *Auf der gemeinsamen Suche nach einer «modernen Demokratietheorie»*, O. SUHR, F. L. Neumann und Ernst Fraenkel, in G. GÖHLER, B. ZEUNER (a cura di), *Kontinuitäten und Brüche in der deutschen Politikwissenschaft*, Baden-Baden, 1991, p. 171 ss.; T. NOETEL, *Ernst Fraenkel: Regulative Idee und politische Ordnung*, in H. K. RUPP, T. NOETZEL (a cura di), *Macht, Freiheit, Demokratie. Anfänge der westdeutschen Politikwissenschaft. Bibliographische Annäherungen*, Marburg, 1991, p. 32 ss.; H. BUCHSTEIN, *Politikwissenschaft und Demokratie – Wissenschaftskonzeption und Demokratietheorie sozialdemokratischer Nachkriegspolitologen in Berlin*, Baden-Baden, 1992; E. SCHÜTT-WETSCHKY, *Interessenverbände und Staat*, Darmstadt, 1997; H. BUCHSTEIN, *Ernst Fraenkel als klassiker?*, Leviathan, 1998, p. 458 ss.; W. BRUGGER, *Theorie und Verfassung des Pluralismus. Zur Legitimation des Grundgesetzes im Anschluß an Ernst Fraenkel*, in W. BRUGGER (a cura di), *Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus. Studien zur Legitimation des Grundgesetzes*, Baden-Baden, 1999, p. 220; S. BENZLER, *Aufgeklärtes Staatsrecht. Ernst Fraenkel*, in M. BUCKMILLER, D. HEIMMANN, J. PERELS (a cura di), *Judentum und politische Existenz. Siebzehn Portraits deutsch-jüdischer Intellektueller*, Hannover, 2000, p. 327 ss.; K. D. BRACHER, *Zwischen Zeitgeschichte und Politikwissenschaft. Erinnerung an Ernst Fraenkel*, in H. BUCHSTEIN, G. GÖHLER (a cura di), *Vom Sozialismus zum Pluralismus. Beiträge zu Werk und Leben Ernst Fraenkels*, Baden-Baden, 2000, p. 115 ss.; W. STEFFANI, *Ernst Fraenkel als Persönlichkeit*, in H. BUCHSTEIN, G. GÖHLER (a cura di), *Vom Sozialismus zum Pluralismus. Beiträge zu Werk und Leben Ernst Fraenkel*, Baden-Baden, 2000, p. 125 ss.; P. MASSING, *Ernst Fraenkel*, in P. MASSING, G. BREIT (a cura di), *Demokratietheorien. Von der Antike bis zur Gegenwart. Texte und Interpretationen*, Schwabach, 2001, p. 214 ss.; A. SÖLLNER, *Ernst Fraenkel und die Verwestlichung der politischen Kultur in der Bundesrepublik Deutschland*, in Leviathan, 2002, p. 132 ss.; B. GEBBAUER, *Ernst Fraenkel*, in G. RIESCHER (a cura di), *Politische Theorie der Gegenwart in Einzeldarstellung – Von Adorno bis Young*, Stuttgart, 2004, p. 164 ss.; G. GÖHLER, *Ernst Fraenkel – historisch und aktuell*, in S. KOCH-BAUMGARTEN, P. RÜTTERS (a cura di), *Pluralismus und Demokratie, Siegfried Mielke zum 65 Geburtstag*, Frankfurt,

La legittimazione della esigenza di identificare i contenuti del codice di valori è chiaramente espressa in un passaggio del pensiero fraenkeliano: “ogni dittatura totalitaria parte dall’ipotesi dell’esistenza di un bene comune determinato univocamente e dato a priori...una democrazia pluralistica funzionante riconosce la necessità di un codice di valori generalmente accettato che deve contenere, accanto alle norme procedurali di rango costituzionale e alle regole del gioco del *fair play*, anche un minimo di idee regolative di carattere generale”.

Si è in presenza di un complesso di riflessioni che consentono di individuare la finalità dell’istanza pluralistica: l’esigenza di ancorare alla Costituzione il nucleo fondamentale del codice dei valori.

Innanzitutto il bene comune è il risultato dello scontro leale degli interessi dei gruppi e dei partiti, un risultato che va valutato quindi a posteriori. L’istanza pluralistica non ha la funzione di dissolvere lo Stato. Anzi il rapporto Stato-società è al centro della riflessione. Va soltanto capovolto, partendo dalla società, ma riconoscendo il ruolo decisivo della sovranità statale chiamata a garantire i soggetti del pluralismo e quindi l’ordine pluralistico, componendo i conflitti fra i gruppi e tutelando gli individui dalla “eventuale tirannia degli stessi”. In altri termini si vuole impedire che un pluralismo esasperato legittimi particolarismi, nuovo feudalesimo, corporativismo<sup>175</sup>.

Si è quindi dinanzi ad un complesso di indicazioni che la Carta costituzionale del ’48 fa proprie, ponendosi anche il problema di prevedere i meccanismi idonei a consentire di ottenere quell’*optimum* di omogeneità desiderabile necessario alla istanza pluralistica. Un dato quanto mai significativo. “Se l’*optimum* della inevitabilmente necessaria omogeneità non viene raggiunto, allora c’è il pericolo che lo Stato deperisca per ipotrofia; se viene superato allora c’è il pericolo che lo Stato vada in rovina per ipertrofia”<sup>176</sup>.

Per evitare queste situazioni, la Carta costituzionale, sulla base delle indicazioni espresse dal secondo comma dell’art. 3 Cost. consente di utilizzare quei meccanismi di depluralizzazione che permettono di mantenere quell’equilibrio.

Una prospettiva di analisi che in questa sede può concretizzarsi in qualche enunciazione tesa esclusivamente a determinare le potenzialità del dato normativo sul quale, peraltro, la cultura giuridica ha offerto contributi significativi.

Giustamente la dottrina, come già si è evidenziato, ha dato rilevante interesse al concetto di rigidità che rappresenta un elemento che svolge un ruolo rilevante quando “le istituzioni entrano in rapporto con istituzioni superiori, inferiori, collaterali”<sup>177</sup>. Vero è che se non si

2006, p. 21 ss.; A. BRÜNNECK, *Prefazione al volume 5, Ernst Fraenkel Gesammelte Schriften*, Band 5, *Demokratie und Pluralismus*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2007, p. 9 ss.

<sup>175</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Come intendere il pluralismo*, ora in AA.VV., *Il pluralismo*, a cura di Rossini, Roma, 1977, p. 117.

<sup>176</sup> V. E. FRAENKEL, *Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechts-staatlichen Demokratie*, cit., p. 256 ss.

<sup>177</sup> G. GUARINO, *L’uomo-istituzione*, cit., p. 116 secondo il quale questi “rapporti possono essere occasionali o stabili. Sia nell’uno come nell’altro caso una delle entità, tra cui si instaura la relazione, può risultare dominante rispetto all’altra.

Se il rapporto è occasionale, l’elemento recessivo ne riceve una scossa. La scossa è uno stimolo aggiuntivo non necessariamente negativo. I suoi effetti possono anche essere positivi e favorevoli. Se la dominanza caratterizza un rapporto stabile, ne segue una influenza duratura, che può ugualmente risultare tanto favorevole che sfavorevole.

La causa stabile dominante esercita una influenza duratura e costituisce un elemento di rigidità”.

può disconoscere che l'elemento di rigidità incida sulle istituzioni collocate in posizione di dipendenza, sono altrettanto rilevanti le reazioni che quest'ultime producono.

Si è in presenza di una norma che impone “una serie di comportamenti doverosi, e fra questi ineriscono in posizione preminente l'impegno ad attuare un modello di società diverso da quello della società in cui viviamo (che viene riconosciuto come ostacolo al modello da istaurare)”<sup>178</sup>. In altri termini, l'art. 3 secondo comma della Costituzione, individua due modelli di struttura socio-economica, l'uno per rifiutarlo, l'altro per instaurarlo al fine di realizzare quel minimo di omogeneità da ottenere non solo attraverso una più equa distribuzione dei redditi e delle ricchezze ma anche creando le condizioni per ottenere il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i cittadini all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Appare quindi evidente che il dato normativo offerto dal secondo comma dell'art. 3 cost., contribuisce a rendere realizzabile quella istanza pluralistica espressa soprattutto dagli artt. 2 e 5 della Costituzione.

#### **4. La relazione società-stato nella Costituzione italiana.**

Si è già evidenziato in questo itinerario ricostruttivo che la Costituzione del '48 allorché ha individuato l'esigenza di configurare la rappresentazione del 'politico', ha posto al centro della sua riflessione la relazione società-Stato e ciò non per trascurare l'opportunità di soffermarsi sulle due polarità ma per privilegiare l'altra esigenza di prevedere gli schemi di collegamento finalizzati a consentire la complessiva unità del 'politico'.

In questa costruzione la scelta ha avuto come punto di riferimento i paradigmi elaborati dal campo teorico sui quali ci si è già soffermati.

Questi risultati potranno certamente essere arricchiti da un itinerario da percorrere, nelle sue tappe fondamentali, per la individuazione di quelle matrici ideologiche e culturali che hanno animato il dibattito in Assemblea costituente.

Come già si è avuto modo di evidenziare, per raggiungere questo obiettivo, la riflessione deve prendere le mosse dal dibattito prodotto in sede di prima sottocommissione della Commissione dei 75, ipotizzata come la sede per la disciplina dei rapporti civili, economici, culturali e politici e dei rapporti tra l'ordinamento giuridico dello Stato e gli altri ordinamenti ma che in realtà diventa la sede dove vengono enunciate le disposizioni generali dello Stato ed in particolare del modello chiamato a definire la forma di Stato in senso lato.

C'è la convinzione che la Costituzione, oltre ad essere un documento politico, è un documento storico e, in quanto tale, debba avere “un suo spirito”<sup>179</sup>, per cui si pone

<sup>178</sup> Cfr. A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il ventesimo anniversario della Assemblea costituente*, vol. II, Le libertà civili e politiche, Firenze, 1969, p. 398 ss.

Giustamente A. PREDIERI (p. 403 ss.) evidenzia che si è in presenza di un modello “non desunto dagli studiosi dai dati (normativi e non normativi) [...]” e ciò vale specificamente per il modello di società prefigurata che ha i seguenti caratteri tipici: “riassuntività, individuazione di valori, non descrittività, programmaticità, collocazione in un processo di successiva determinazione di obiettivi”.

<sup>179</sup> Cos' P. On. Lucifero, in Cfr. Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, prima sottocommissione, volume VI, cit., p. 313 secondo il quale se “ad un certo punto non si stabilisce quale debba essere lo spirito di questa Costituzione, non si sarà concluso nulla”.

l'esigenza di determinare “quei principi generali che non occorre poi modificare”<sup>180</sup>, ma soprattutto l'enunciazione delle disposizioni generali dello Stato<sup>181</sup>. Un complesso di indicazioni che trovano una risposta nella relazione La Pira, finalizzata ad identificare i diritti essenziali della persona, la cui protezione deve essere affidata alla struttura costituzionale e politica dello Stato.

Appare quindi evidente che l'impegno non può essere esclusivamente teso ad identificare il contenuto del catalogo dei diritti, in quanto è prioritaria a questa esigenza l'indicazione della struttura costituzionale dello Stato, senza la quale è messa in discussione anche l'effettività di quei diritti.

Di qui la prospettiva di storicizzare i problemi per indicare le soluzioni che siano valide rispetto al momento in cui la Costituzione sta per nascere. La dura esperienza dello Stato fascista poneva l'esigenza di prospettare una radicale inversione del rapporto individuo-Stato. Vero è che l'esperienza costituzionale e politica dello Stato totalitario non prevedeva che quella struttura fosse in funzione dell'individuo, ma, all'opposto che i “diritti riflessi” dell'individuo fossero in funzione della struttura costituzionale dello Stato. La immediata risposta a questa impostazione era quella di riconoscere i diritti della persona e “costruire la struttura dello Stato in funzione di essi. *Lo Stato per la persona e non la persona per lo Stato*: ecco la premessa ineliminabile di uno Stato essenzialmente democratico”<sup>182</sup>.

Di qui la doppia prospettiva: “indicare, con quanta più precisione e completezza è possibile” quali sono i diritti essenziali, “alla tutela dei quali deve volgersi l'apparato costituzionale e politico dello Stato” ma, nel contempo, se non in via prioritaria, identificare la configurazione dell'apparato costituzionale e politico per evitare che lo Stato totalitario prenda “ineluttabilmente il posto dello Stato democratico”.

Per rispondere a questa strategia sono state previste almeno tre tappe: innanzitutto la determinazione del fine della Costituzione; inoltre la specificazione sintetica dei diritti essenziali legati a tal fine; in ultimo la indicazione di un tipo di struttura sociale e politica che renda possibile l'effettiva tutela dei diritti.

Il fine della Costituzione “è costituito dalla tutela dei diritti della persona umana e delle comunità naturali nelle quali essa organicamente e progressivamente si integra e si perfeziona”.

Ma quali sono questi diritti? Innanzitutto va precisato che essi “costituiscono fra di loro un sistema integrale e solidale” con la conseguenza “che con l'effettiva tutela della persona – per la sua effettiva libertà – non basta che siano garantiti alcuni vitali diritti: è necessario che siano garantiti tutti”. Quindi non solo i diritti individuali e quelli delle formazioni

<sup>180</sup> Cfr. l'intervento dell'on. Cevolotto che ritiene che vada lasciata invece “al Parlamento la elaborazione delle leggi speciali”.

<sup>181</sup> Così Grassi Cfr. Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, prima sottocommissione, cit., p. 310

<sup>182</sup> Cfr. sul punto la relazione La Pira che è strutturata in vari punti. C'è innanzitutto una introduzione con il seguente titolo: Deve essere premessa nella Costituzione una dichiarazione dei diritti dell'uomo?

Successivamente vi è un paragrafo destinato a rispondere ad un secondo problema: quali sono i diritti essenziali della persona, verso la protezione dei quali deve dirigersi la struttura costituzionale e politica dello Stato. La risposta a queste domande consente al relatore di individuare i criteri seguiti nella struttura degli articoli e cioè il criterio architettonico e quello analogico.

La relazione affronta successivamente il problema del preambolo e dei suoi contenuti, cogliendo puntualmente le diverse analogie costituzionali. La bozza di stampa della relazione è stata anche raccolta dal Segretario generale della Camera dei Deputati nel volume Assemblea costituente: Atti della Commissione per la Costituzione, volume secondo, Relazioni e proposte, p. 14 ss.



intermedie, ma soprattutto i diritti sociali per i quali si deve addivenire a mutamenti strutturali dell'ordinamento giuridico, economico e politico.

Ne consegue porsi legittimamente questa domanda: “quale deve essere la struttura della società e quella dello Stato per poter dare efficace protezione a questo sistema integrale e solidale dei diritti”.

Evidentemente un modello a tendenza sociocentrica con una configurazione del polo sociale visto come “uno specchio fedele della struttura della società e quindi come espressione di “un pluralismo di ordinamenti sociali che permetta alla persona un graduale e progressivo svolgimento della sua libertà”. Un modello che non esclude il ruolo dello Stato. Si sostiene con decisione che non si può “sminuire” “l'autorità dello Stato” e che anzi va creato “uno Stato forte” e realizzata “una giustizia forte”<sup>183</sup>. Solo la forza dello Stato può “garantire i diritti della libertà dei cittadini”<sup>184</sup>.

Con la relazione di Giorgio La Pira si apre un dibattito culturalmente ed ideologicamente molto intenso. C'è la convinzione che la prima sottocommissione della Commissione dei 75 dovesse essere soprattutto la sede delle scelte di fondo delle strutture della società e dello Stato, che queste scelte dovessero essere legittimate non da ideologie di parte, ma da una “ideologia comune”, che queste “premesse” non dovessero essere esplicitate nel testo normativo.

Le conseguenze di questa impostazione hanno portato, come già evidenziato, al rigetto di ogni modello strettamente sociocentrico o statocentrico e ad una configurazione della relazione società-Stato su basi bipolari, identificata nello svolgimento dei loro ruoli, con un polo sociale decisamente strutturato su una concezione pluralista.

Questa impostazione comportava necessariamente la scelta di una organizzazione costituzionale idonea a recepire le due istanze rappresentative. Di qui la scelta di una forma di governo parlamentare ma soprattutto di un sistema bicamerale, affidando ad una Camera la tutela dell'interesse generale della Nazione e all'altra non la riduzione della volontà popolare ma il suo completamento e la sua integrazione, in modo da giungere ad una forma mista di rappresentanza. Successivamente la riflessione si spinge ad identificare il catalogo degli interessi di tutela rappresentativa innanzitutto con la consapevolezza che il riferimento più immediato dovesse andare alla rappresentanza di tutte le attività produttive e quindi non solo degli interessi della agricoltura, dell'industria, del commercio, dei trasporti. Nel contempo, infatti, dovevano essere presi in considerazione gli interessi delle professioni, della cultura, delle scienze. Ma il catalogo andava completato con le esigenze degli interessi territoriali soprattutto di quelli regionali.

<sup>183</sup> Così A. MORO, Intervento in prima sottocommissione, in Cfr. Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, prima sottocommissione, cit., p. 330. Secondo il quale, dopo aver respinto “l'idea di uno Stato come entità a sé stante”, va sostenuta “la necessità di affermare la dignità dello “Stato democratico, espressione di un sistema di relazioni umane di cui l'uomo è il punto essenziale di riferimento”.

<sup>184</sup> Così l'on. Lucifero in Cfr. Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, prima sottocommissione, cit. p. 330 secondo il quale questi diritti, “a scanso di ogni equivoco, devono essere affermati nella Costituzione con la maggiore chiarezza. Non è soltanto il potere esecutivo che può violare questi diritti, ma anche quello legislativo, anche quello giudiziario, ed anche il quarto potere, quello economico. A suo avviso, è soprattutto dal quarto potere che occorre difendere le libertà dei cittadini, in quanto lo Stato deve rimanere lo Stato di tutti, non lo Stato di una classe”.



Durante il successivo dibattito dinanzi alla sottocommissione, come si potrà constatare nel paragrafo successivo, il tema della rappresentanza degli interessi che era stato posto su di un piano generale, acquista minor rilievo in quanto la priorità del dibattito si era spostata sulla scelta monocamerale o bicamerale del sistema.<sup>185</sup>

## **5. Il movimento ascendente per le determinazioni unitarie del modello giuspolitico.**

Il problema della rappresentanza politica nella individuazione del movimento ascendente fu affrontato in Assemblea costituente in un dibattito certamente impegnativo senza suscitare tuttavia quello stesso interesse emerso durante la discussione per la configurazione della rappresentanza degli interessi.

Come già si è messo in evidenza, il problema riguardante questa tipologia di rappresentanza, emerse allorchè si discusse del sistema bicamerale da adottare per il nostro ordinamento e per definire il ruolo del Senato.

Tutto ciò avviene nella seconda sottocommissione della Commissione dei 75, quando l'on. Castiglia, nella sua qualità di relatore, ritiene “che il sistema bicamerale appare il più idoneo ad assicurare la integrazione della rappresentanza secondo il criterio degli interessi sociali regionali”<sup>186</sup>.

Ma è soprattutto con l'on. Ambrosini che il tema è affrontato in tutta la sua complessità, cercando di coglierlo dialetticamente con la rappresentanza politica. Mentre la rappresentanza politica si fonda sulla base delle ideologie politiche e dei partiti e consente ai cittadini elettori di rappresentare quelle istanze, la rappresentanza degli interessi si propone di dare voce alle varie forze economiche, sociali e culturali e alla attività lavorativa in generale, che non avrebbero diversamente una propria compiuta rappresentanza. Si tratta quindi della esigenza di garantire la presenza della “membratura effettiva della società”, “delle forze vive della Nazione” e non di “interessi particolaristici” in quanto “si tratta di interessi di vaste categorie”. Peraltro l’assegnazione di una rappresentanza alle varie categorie del corpo sociale non andrebbe considerata come un tentativo di superare l’esigenza della rappresentanza politica. Anzi avrebbe la finalità, rispetto alla rappresentanza politica, di “completarla, integrarla, in modo che tutti i bisogni, tutte le esigenze del Paese possano avere una propria espressione ed una propria voce”<sup>187</sup>.

<sup>185</sup> Il tema della rappresentanza degli interessi è utilizzato in via del tutto strumentale per individuare il meccanismo idoneo per consentire la scelta dei membri del Senato ovvero per contestarlo. Cfr. Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione, cit., vol. VII, p. 959 ss. Su questo secondo aspetto si veda l’ordine del giorno Mortati “la seconda sottocommissione afferma che l’istituzione di una seconda Camera è necessaria a dare alla rappresentanza politica pienezza di espressione collegandola più intimamente con la complessiva struttura sociale, e passa all’esame del problema dei rapporti tra le due Camere e al loro modo di composizione”. Cfr. Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione, cit., p. 955.

<sup>186</sup> Cfr. sul punto l’ordine del giorno presentato dall’on. Castiglia, in Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione, cit., vol. VII, p. 948.

<sup>187</sup> Cfr. Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, seconda Sottocommissione, cit., p. 951 ss.

In altri termini se la presentazione degli interessi avviene specificamente essi, saranno vagliati nel loro complesso “dal punto di vista generale, con criterio politico”<sup>188</sup>.

Lo stesso on. Ambrosini interviene solo per superare le difficoltà di indole pratica per l'applicazione dei meccanismi di scelta per la seconda Camera, fondati sul principio della rappresentanza degli interessi.

Il tema è affrontato successivamente allorchè la Sottocommissione è chiamata ad interessarsi del problema della composizione del Senato<sup>189</sup>. C'è il tentativo di riportare l'analisi su di un piano di teoria generale. Ancora una volta protagonista di questa operazione è Gaspare Ambrosini che nella prospettiva di definire il rapporto tra rappresentanza di interessi e rappresentanza politica respinge la tesi di chi vedeva in contrapposizione le due espressioni: “in sostanza, la rappresentanza degli interessi è una rappresentanza generale e politica, pure essendo diversa, quanto all'origine ed al modo di attuazione, da quella sorta con la rivoluzione francese e comunque detta rappresentanza nazionale”<sup>190</sup>.

Pertanto si assiste ad un dibattito tra Costituenti che si pongono il problema di utilizzare la rappresentanza di interessi come meccanismo per la elezione del Senato e la posizione di Gaspare Ambrosini che cerca di affrontare il tema *ex professo*. A tal fine a sostegno della sua ricostruzione evidenzia come il sistema della rappresentanza professionale è stato legittimato anche da esponenti del movimento socialista e di quello sindacale. Infatti la Confederazione generale del lavoro, già nella prima metà del '900, nei suoi congressi e nelle sue pubblicazioni, nell'impostare la revisione del sistema rappresentativo, aveva sostenuto con singolare vigoria l'esigenza di adottare soluzioni fondate anche sulla rappresentanza degli interessi.

Un complesso di indicazioni che Gaspare Ambrosini rileva dal discorso tenuto dall'on. Angiolo Cabrini<sup>191</sup> alla Camera dei Deputati il 24 luglio 1919 in sede di discussione del disegno di legge sulla proporzionale.

In questo intervento l'on. Cabrini si fa interprete non tanto di posizioni personali ma delle scelte del movimento socialista per evincere che queste sono vicine a quelle espresse dal movimento cattolico.

<sup>188</sup> Cfr. G. Ambrosini, in *Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione*, cit., vol. VII, p. 951. Secondo il quale peraltro la individuazione della rappresentanza degli interessi “è sommariamente utile dal punto di vista tecnico, perché nessuno come i rappresentanti delle categorie interessate può prospettare ed illustrarne i bisogni avanti all'Assemblea; ed è ugualmente utile dal punto di vista politico per il peso appunto che tali categorie vengono ad assumere nella rappresentazione di tutta la realtà economica sociale e culturale della Nazione”.

<sup>189</sup> *Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione*, cit., p. 1087 ss.

<sup>190</sup> *Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione*, cit., p. 1087.

Pertanto secondo Ambrosini, il “sistema della rappresentanza delle categorie della produzione, della cultura e delle attività lavorative in genere non contrasta con il principio della rappresentanza popolare della prima Camera, ma lo integra”.

Su questi aspetti si rinvia a M. TRUFFELLI, *Rappresentanza individuale e rappresentanza degli interessi in Gaspare Ambrosini*, in N. ANTONETTI-U. DE SIERVO (a cura di), *Ambrosini e Sturzo. La nascita delle Regioni*, Bologna, 1998, p. 243 ss.

<sup>191</sup> L'on. Angiolo Cabrini, politico, sindacalista e giornalista, è stato uno dei padri fondatori del socialismo italiano. Nel 1982 fu fra i fondatori del Partito socialista italiano con il quale fu eletto deputato. Nel 1911 diede vita con Leonida Bissonati, Ivanoe Bonomi e altri deputati socialisti al Partito socialista riformista italiano. Nel 1922 aderì al Partito socialista unitario di Filippo Turati e Giacomo Matteotti.

Di qui l'istanza di utilizzare, anche nell'applicazione del principio proporzionale, questo tipo di rappresentanza<sup>192</sup>.

Sono queste considerazioni che consentono all'on. Ambrosini di rilevare che i presupposti sui quali l'on. Cabrini si basava per sostenere l'esigenza di una doppia rappresentanza “non sono in questo secondo dopo-guerra sostanzialmente mutati” e che pertanto si sente l'esigenza di accogliere accanto alla rappresentanza politica l'apporto “delle rappresentanze specifiche delle varie categorie professionali, specie in relazione alle esigenze della ricostruzione economica del Paese ed al suo più organico assetto politico”<sup>193</sup>.

Uno scenario quello della seconda sottocommissione della Commissione dei 75 che si ripresenta anche nelle altre sedi chiamate ad approvare la Carta costituzionale. Ad esempio in Assemblea costituente nella seduta pomeridiana del 16 settembre 1947 l'on. Ambrosini ricostruisce ancora una volta il rapporto dialettico tra “rappresentanza politica” e “rappresentanza degli interessi” cercando innanzitutto di dare una corretta interpretazione alla formula “rappresentanza degli interessi” pur riconoscendo di trovarsi dinanzi ad una espressione poco simpatica e “spesso non adeguata”<sup>194</sup>. Si è in presenza di un istituto che intravede, oltre la “necessità di indirizzare la società sulla scia della grande luce delle ideologie”, anche l'opportunità di “sentire la voce dei singoli interessi” che richiedono opportunamente di avere una propria rappresentanza in modo di esprimere non solo il proprio pensiero, certamente espressione di maggiore competenza e nel contempo da assumersi direttamente la propria responsabilità.

A questo punto è opportuno individuare le ragioni che hanno impedito all'Assemblea di accedere a questa configurazione.

E' con tutta evidenza, che il motivo determinante nasce dal collegare l'adozione della formula “rappresentanza degli interessi” ad una istanza di tipo corporativo che, per molti, avrebbe significato un ritorno alla legislazione corporativa fascista.

Ed è infatti in questo contesto che si incontravano “fino a confondersi reciprocamente gli ‘interessi’ disciplinari e gli ‘interessi’ ideologico-politico del nuovo regime”<sup>195</sup>.

Già in occasione della presentazione della relazione La Pira in prima sottocommissione della commissione dei 75, alcuni dati normativi furono respinti perché ritenuti espressione di istanze corporative. Nello schema normativo era previsto l'art. 3 secondo il quale l'esercizio effettivo dei diritti originari ed imprescrittibili della persona umana “esige una struttura della società e dello Stato nella quale sia assicurato a ciascuno nel corpo sociale, proporzionalmente alle sue capacità, un posto ed una funzione. Questo posto e questa

<sup>192</sup> Peraltro Cabrini non avrebbe escluso la coesistenza delle due rappresentanze, anzi, sotto un certo profilo la auspica. Secondo l'on. Cabrini evidentemente “la vita economica, più vedrà perpetuarsi nel Parlamento la invadente incompetenza del politicantismo e la sovrapposizione di interessi parassitari a quelli delle forze impegnate nella produzione, più troverà nuovi incentivi a trasformare il regime, o mediante la sostituzione della rappresentanza delle professioni alla rappresentanza della popolazione, o mediante la disciplinata coesistenza delle due rappresentanze, quella coesistenza che Kurt Eisner-il grande socialista assassinato dal militarismo bavarese – aveva segnato con una superba e geniale linea rinnovatrice”. Cfr. Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione, cit., p. 1152

<sup>193</sup> Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione, cit., p. 1153.

<sup>194</sup> La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente, cit., vol. IV, p. 2858

<sup>195</sup> Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 339

funzione mentre permetterà l'ordinato contributo di tutti al bene comune, costituirà per ognuno il fondamento della stabilità e sicurezza economica ed il titolo per la partecipazione a funzioni specifiche nella vita della comunità ed in quella dello Stato”.

Accanto a questo articolo era previsto l'art. 3 bis destinato ad istituire per legge l'iscrizione di tutti gli italiani nel libro delle professioni<sup>196</sup>.

Su questa impostazione la contrapposizione è emersa chiaramente. Soprattutto significativo il contributo dell'on. Togliatti, non solo per contestare la formulazione eccessivamente ideologica dell'art. 3 il cui testo “potrebbe essere efficacemente sfrontato di questa parte ideologica e riassunto in alcune formule molto evidenti, persuasive e comprensibili”<sup>197</sup>.

Il suo intervento è anche particolarmente incidente quando affronta l'art. 3 bis sia quando evidenzia la vaghezza dei meccanismi di iscrizione al libro delle professioni sia quando denuncia la inclusione in una Costituzione moderna di alcuni enunciati con i quali “si ritornerebbe – non al regime corporativo fascista il quale non era ancora arrivato a simili formule per quanto vi tendesse – ma a formule di regimi corporativi di secoli precedenti, fortunatamente scomparsi sotto l'azione del progresso sociale”<sup>198</sup>.

Si è in presenza di un quadro di contestazioni dell'istanza corporativa che viene portata avanti più volte in tutte le sedi della Assemblea costituente malgrado l'impegno soprattutto di Gaspare Ambrosini a sostenere le sue scelte. Si possono evidenziare, a titolo esemplificativo, due occasioni che si sono verificate durante i lavori della seconda sottocommissione della Commissione dei 75. Nel corso di uno dei numerosi interventi per sostenere l'esigenza di attuare il principio della rappresentanza organica per la elezione del Senato, Gaspare Ambrosini aveva sostenuto che per consentire l'elezione da parte dei collegi elettorali di categoria bisognava comunque arrivare alla istituzione di un registro delle categorie. Una indicazione che trovò la immediata contestazione dell'on. Fuschini secondo il quale l'istituzione di un registro delle categorie avrebbe significato un ritorno alla legislazione corporativa fascista. Una occasione per l'on. Ambrosini per dissentire con decisione, rilevando anzitutto “che il corporativismo non fu inventato dal fascismo”<sup>199</sup>.

<sup>196</sup> Secondo quanto dispone l'art. 3 bis: “In vista della attuazione della struttura sociale indicata nell'articolo precedente verrà disposto per legge l'iscrizione di tutti gli italiani nel libro delle professioni e verrà attribuito a ciascuno nei modi che la legge indicherà, un adeguato stato professionale.

Tale stato professionale sarà fondamento di diritti”. Cfr. Relazione La Pira, cit.

<sup>197</sup> Cfr. L'intervento dell'on. Togliatti in prima sottocommissione nella seduta del 9 settembre 1946, in Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, prima sottocommissione, cit., vol. VI, p. 319 ss.

Secondo l'on. Togliatti “sembra che il testo costituzionale proposto dall'on. La Pira pecchi di quello che chiamerebbe un eccesso di ideologia.

La Costituzione, infatti viene legata ad una particolare ideologia, che ha un carattere non soltanto filosofico ma anche religioso, ciò che comporta il rischio di creare una scissione nel corpo della Nazione, di aprire una discussione, la quale darebbe luogo ad infiniti dibattiti su avviso nocivi a coloro stessi che volessero introdurre troppa parte della loro ideologia religiosa nella Costituzione. Non è necessario, ad esempio, inserire l'affermazione della esistenza di Dio nella Costituzione, perché crede si possano trovare molti altri argomenti al di fuori di questa Costituzione, per dimostrarla. Qui, invece, si è in un altro campo nel quale occorre muoversi con concetti diversi, che sono più direttamente legati alla vita politica e sociale ed al contenuto immediato di essa”.

<sup>198</sup> Cfr. Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, prima sottocommissione, cit., p. 320

<sup>199</sup> Cfr. Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione, seduta del 28 settembre 1946, cit., vol. VII, p. 1130.

Secondo Gaspare Ambrosini il “fascismo copiò, e malamente, e non attuò affatto il principio, non solo perché volle piegarlo e sfruttarlo a scopi puramente di egemonia di partito e di oligarchie gerarchiche, ma anche perché ne disconobbe lo spirito animatore, sopprimendo il sistema elettivo, che è connaturato con lo stesso principio. Non crede quindi che sia il caso di nutrire le apprensioni che può suscitare quel ricordo”.

In un'altra occasione, rispondendo ad alcune riflessioni di Luigi Einaudi che aveva cercato di distinguere le corporazioni del periodo fascista dalle vere corporazioni ormai morte, ritiene che “le espressioni: attività professionali, gruppi di produzione, attività lavorative ecc., comunque si configurino, corrispondono alla realtà e non possono mai essere riguardate come riferentesi a cose morte, perché la legge non può far morire quello che esiste”<sup>200</sup>.

## 6 (segue): Il partito politico, la democrazia partecipativa, gli istituti di democrazia diretta.

Si apre, a questo punto, uno scenario riguardante altri istituti fondamentali dell'ordinamento costituzionale che non possono essere trattati in questa sede *ex professo*. La prospettiva ricostruttiva dell'analisi che si va conducendo è, quindi, quella di verificare il contributo di questi istituti alla identificazione della linea ascensionale finalizzata a dare unità alla rappresentazione del ‘politico’.

Il primo istituto che, in questo quadro, assume un particolare rilievo è quello relativo al ruolo del partito politico. E' evidente, come già si è fatto notare, che queste sia pur brevi annotazioni hanno soltanto la prospettiva di indicare uno dei canali che consentono di contribuire al movimento ascendente di esprimere tutte le sue potenzialità, prescindendo dall'affrontare il tema nella sua complessità<sup>201</sup>.

Il dato che è opportuno fare emergere, nella ricostruzione del ruolo affidato al partito considerato come una delle istituzioni chiamate a rendere operative il modello dualistico a

<sup>200</sup> Cfr. Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione, cit., p. 1136.

Luigi Einaudi nel distinguere le due tipologie di corporazioni sostiene “che le operazioni fasciste erano una brutta copia delle corporazioni del 1600 e del 1700, mentre invece le vere corporazioni erano quelle del 1200 e del 1300. Le vere corporazioni non erano legiferate e non era specificato chi apparteneva ad una categoria o ad un'altra; esse erano vive, appunto perché ciò non era detto e si aveva larga possibilità di passare dall'una all'altra.

Quando poi nel 1600-1700 si è cominciato a disciplinarle, sono morte e con esse è morta anche l'economia del Paese”.

<sup>201</sup> Su questi aspetti vedi per tutti D. ANTISERI, *L'agonia dei partiti politici*, Soveria Mannelli, 1999; S. BARTOLE, *Partiti politici*, in *Digesto pubbl.*, X, 1995; A. CANTARO, *Responsabilità e status della rappresentanza politica*, ROMA, 1992; A. CAPURSO, *I partiti politici tra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 46, 1979; S. CECCANTI, *Le democrazie protette e semi-protette da eccezione a regola. Prima e dopo le twin Towers*, Torino, 2004; E. CHELLI, *Intorno al problema della regolazione dei partiti politici*, Siena, 1958; V. CRISAFULLI, *Garantismo e programmaticità dell'art. 49 della Costituzione. I partiti nella realtà sociopolitica italiana*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1968; V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, in *Studi per il XX anniversario per l'Assemblea costituente*, II, Firenze, 1969; G. DE ROSA (a cura di), *I partiti politici in Italia*, Bergamo, 1972; D. DELLA PORTA, *I partiti politici*, Bologna, 2015; M. DOGAN e O. M. PETRACCA (a cura di), *Partiti politici e strutture sociali in Italia*, Milano, 1968; M. DUVERGER, *I partiti politici*, 2. Ed, Milano, 1970; C. ESPOSITO, *I partiti politici nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana oggi, Saggi*, Padova, 1954; C. FERRARI, *I partiti politici nella vita sociale*, Torino, 1909; G. D. FERRI, *Studi sui partiti politici*, Roma, 1950; G. GALLI, *I partiti politici italiani (1943/2000)*, Milano, 2001; G. GRATTON, *Origine ed evoluzione dei partiti politici: manuale di cultura politica*, Trieste, 1946; P. IGNAZI, *Partiti politici in Italia*, Bologna, 2008; F. LANCHESTER, *Il problema del partito politico: regolare gli sregolati*, in *Quaderni costituzionali*, 1988, III, p. 437 ss.; F. LANCHESTER, *I diritti politici e la legislazione in materia di partecipazione politica in Italia a sessant'anni dall'Assemblea costituente*, in *Diritti e libertà*, a cura e per la direzione scientifica di Silvano Labriola, Roma, Bari, 2006, p. 361 ss.; M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia*, Roma, 1991; O. MASSARI, *I partiti politici nelle democrazie contemporanee*, Roma, 2007; G. MELONI, *I partiti politici nello Stato democratico*, Firenze, Empoli, 1948, *Estratto dall'Amministrazione italiana*, n. 9-10 (1948); C. MORTATI, *Concetto e funzioni dei partiti politici*, in *Quaderni di Ricerca*, 1949; A. NEGRI, *Alcune riflessioni sullo 'Stato dei partiti'*, ora in *La forma stato. Per la critica dell'economia politica della Costituzione*, Milano, 1977, p. 111 ss.; P. PERMOLI, *La Costituente ed i partiti politici italiani*, Bologna, 1966; P. POMBENI, *Introduzione alla storia dei partiti politici*, Bologna, 1990; A. PREDIERI, *I partiti politici*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, p. 171 ss.; G. U. RESCIGNO, *Partiti politici, articolazioni interne dei partiti politici, diritto dello Stato*, Milano, 1964; F. RANIOLO, *I partiti politici*, Roma, 2013; P. RIDOLA, *Partiti politici*, Milano, 1982; G. SARTORI (a cura di), *Correnti, frazionismo e frazioni nei partiti politici italiani*, Bologna, 1974; P. SCOPPOLA, *Partiti politici*, Roma, 1993; V. SICA, *Il 'concorso' dei partiti politici*, in *Studi sulla Costituzione*, Milano, 1958, vol. II, p. 289 ss.; S. VALITUTTI, *I partiti politici e la libertà*, Roma, 1966;



tendenza sociocentrico, è offerto dalle analisi che, nel soffermarsi sulla genesi dell'art. 49 cost., si ricollegano al regime costituzionale transitorio che si è avuto in Italia nel periodo precedente all'avvento della Costituzione del '48. Quando si parla di regime costituzionale transitorio si fa riferimento alla fase storica avutasi “in Italia all'indomani della liberazione di parte del territorio nazionale, con la luogotenenza del Regno, i governi del C.L.N., i decreti legge luogotenenziali che promettevano l'elezione di una Assemblea costituente”<sup>202</sup>.

Vero è che nel regime costituzionale transitorio non solo si “recide il nodo della continuità costituzionale con l'ordinamento fascista”<sup>203</sup>, ma si pongono le basi per affermare la funzione affidata al sistema dei partiti di rapportare società e Stato, privilegiando i partiti come titolari della domanda politica, senza voler “eliminare altri possibili canali di espressione delle istanze e degli interessi che partono dalla comunità”<sup>204</sup>.

Altrettanto significativo è il ruolo espletato dal concetto di partecipazione che costituisce uno dei dati fisionomici della struttura normativa espressa dal secondo comma dell'art. 3 cost.

Si è già avuto occasione di individuare precedentemente la genesi di quella normativa, consentendo di determinare il rapporto tra partecipazione ed incremento del regime democratico, ma soprattutto di identificare i connotati idonei a distinguere la partecipazione da altre concettualizzazioni e da altri istituti aventi la stessa finalità.

Nel contesto dell'oggi la riflessione costituzionalistica ha dedicato il suo interesse alla democrazia partecipativa offrendo, analisi complesse che consentono di cogliere non solo il ruolo che la partecipazione può offrire nel contesto di un sistema fondato sulla democrazia rappresentativa ma anche di ampliare il campo di osservazione identificando altre concettualizzazioni come quella riconosciuta con il termine di democrazia deliberativa<sup>205</sup>.

Queste sia pur brevi notazioni introduttive evidenziano che nella visione del Costituente del '48, con il termine partecipazione non si voleva individuare un modello alternativo al modello rappresentativo ma istituire le condizioni per consentire al sistema rappresentativo di poter esplicare tutte le sue potenzialità. Pertanto chiedendo che la partecipazione sia effettiva, il costituente non si propone solo un aumento quantitativo delle occasioni di partecipazione ma anche e soprattutto una diversa qualità della stessa, consentendo in tal modo di fronteggiare le crisi del sistema rappresentativo, frenando gli stati di ‘apatia’ sintomatici di una mancanza di interesse ad essere presente nella vita pubblica.

Vero è che il “processo storico verso una maggiore uguaglianza formale rappresentata dall'estensione del suffragio ai gruppi esclusi, è stato fin troppo spesso accompagnato ‘da

<sup>202</sup> Cfr. G. FERRARA, *Il governo di coalizione*, Milano, 1973, p. 4.

<sup>203</sup> Cfr. G. FERRARA, *Il governo di coalizione*, cit., p. 4.

<sup>204</sup> Cfr. G. FERRARA, *Il governo di coalizione*, cit., p. 35.

<sup>205</sup> Sul tema si rinvia alla ricerca curata da Umberto Allegretti. Cfr. U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia ed Europa*, Firenze, 2010.

Per una identificazione tra la democrazia partecipativa e la democrazia deliberativa vedi fra tutti L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto*, 2006, 4, p. 11; R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa, partecipativa e rappresentativa. Tre diverse forme di democrazia?*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Napoli, 2010, vol. I, p. 109 ss.; E. GROSSO, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta nel pensiero di Norberto Bobbio*, in *Democrazia e diritto: rivista critica di diritto e giurisprudenza*, 2015, n. 4, p. 181ss.



manca di partecipazione e massiccio disinteresse.”. In altri termini “partecipazione al voto è andata declinando nonostante l’estensione del diritto a gruppi prima esclusi”<sup>206</sup>.

Questo stato di cose è stato evidenziato da diverse analisi che si sono in particolare soffermate sulla diminuzione del grado di partecipazione, constatando, fra l’altro, l’aumento degli indici di astensionismo nei procedimenti elettorali<sup>207</sup>.

Uno scenario che in tutta la sua complessità è stato colto puntualmente sia sotto il profilo politologico sia in collegamento con la storia del pensiero politico da D. Held<sup>208</sup>.

Il tutto rafforza la convinzione che la “legittimazione politica non poggia sull’urna elettorale o sulla regola della maggioranza in sé, quanto, piuttosto, sulla capacità di presentare ragioni, spiegazioni e proposte plausibili per le decisioni pubbliche”<sup>209</sup>.

Comunque si è in presenza di analisi che spingono ad individuare anche il quadro dei possibili interventi istituzionali finalizzati a rendere effettiva la partecipazione. Giustamente Held fa riferimento a quelle posizioni che esortano “al ripensamento della democrazia in termini di un nuovo tipo di partecipazione, una partecipazione che non solo dia ai cittadini maggior potere, ma che soprattutto conceda loro maggiori opportunità di esercitare questo potere proficuamente”<sup>210</sup>.

E questa esigenza può essere realizzata solo se ai cittadini venga riconosciuto il potere effettivo di essere attivi. Tutto ciò si determina allorché i cittadini siano in grado di utilizzare la qualità e la quantità dei diritti che l’ordinamento predispone. Si fa riferimento soprattutto ai diritti sociali ed economici<sup>211</sup>.

Va quindi posto al centro il nesso tra *welfare state*, cittadinanza sociale e partecipazione. Un individuo, privo di reti sociali e di riferimenti solidaristici non è messo in condizione di utilizzare gli strumenti che formalmente l’ordinamento gli riconosce per essere soggetto partecipante<sup>212</sup>.

Nel quadro delle istituzioni finalizzate a rendere effettiva la partecipazione<sup>213</sup> acquistano un particolare rilievo quelle che sono legate alla tutela del diritto all’informazione e quelle che sono offerte dalla organizzazione del sistema di formazione.

<sup>206</sup> Cfr. D. HELD, *Modelli di democrazia*, Bologna, 2007, p. 405

<sup>207</sup> Su questi aspetti vedi per tutti A. PUBUSA, *Le difficoltà della democrazia partecipativa in una età di populismo*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia ed Europa*, cit., p. 374; I. DIAMANTI, *Fenomenologia dell’elettore scettico*, in *La Repubblica*, 12 aprile 2010; P. GINSBORG, *Democrazia che non c’è*, Torino, 2006, p. 36 ss.

<sup>208</sup> Docente di scienza politica nella *London School of Politics and Political Science*. Cfr. D. HELD, *Modelli di democrazia*, cit., p. 405 e biblio ivi cit.

<sup>209</sup> Cfr. D. HELD, *Modelli di democrazia*, cit., p. 410 che si rifà, fra l’altro, alle rilevazioni di M. SAWARD, *Democracy*, Cambridge, 2013, p. 120 ss.

<sup>210</sup> Cfr. D. HELD, *Modelli di democrazia*, cit., p. 406

<sup>211</sup> Su questa prospettiva vedi F. BORTOLOTTI – C. CORSI (A CURA DI), *La partecipazione politica e sociale tra crisi e innovazione: il caso della Toscana*, Roma, 2012; A. VALASTRO, *Partecipazione, politiche pubbliche, diritti. Relazione introduttiva alle giornate di Studio su “Le regole della partecipazione. Cultura giuridica e dinamica istituzionale dei processi partecipativi”*. Perugia, 11-12 marzo 2010.

Sul punto cfr. anche D. HELD, *Modelli di democrazia*, cit., p. 471 secondo il quale senza “forti diritti sociali ed economici i diritti rispetto allo Stato non potrebbero essere pienamente goduti, e senza diritti statali nuove forme di disuguaglianza di potere, ricchezza e *status* potrebbero distruggere sistematicamente l’implementazione delle libertà sociali ed economiche”.

<sup>212</sup> Su questi aspetti si rinvia alle analisi condotte da G. Preterossi, *Ciò che resta della democrazia*, cit., p. 28 ss., secondo il quale “un individuo isolato nella sua corsa, privo di reti sociali e riferimenti solidaristici, convinto illusoriamente di essere libero ‘imprenditore di sé stesso’, è un soggetto spolticizzato, il perfetto atomo di una gassosa biosfera neoliberale, nella quale non può esservi spazio per i conflitti reali e decisioni autonome, che necessitano di volontà collettive e di alternative politiche e culturali”.

<sup>213</sup> Su alcune forme di partecipazione vedi, fra gli altri, A. PUBUSA, *Le difficoltà della democrazia partecipativa in una età di populismo*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa*, cit., p. 373 ss.

Sotto il primo profilo è da ricordare che la stessa giurisprudenza costituzionale ritiene che questo diritto è garantito solo se è “qualificato e caratterizzato” “dal pluralismo delle fonti cui attingere conoscenze e notizie” (sentenza n. 112 del 1993)<sup>214</sup>.

Altrettanto significativo è il ruolo del sistema educativo. Correttamente si ritiene che la “creazione di un sistema educativo che faccia delle conoscenze e degli orizzonti delle persone il risultato di un sapere condiviso è un elemento cruciale dello sviluppo di una cultura pubblica democratica”<sup>215</sup>. Una finalità che può essere raggiunta soprattutto attraverso un programma di educazione civica finalizzato a “migliorare la qualità della cittadinanza”<sup>216</sup> consentendo di generare quella cultura pubblica per ottenere scelte politiche conseguenti.

Le finalità attribuite alle istituzioni chiamate a rendere effettiva la partecipazione, esaminate, in un quadro sia pure schematico, possono essere raggiunte anche attraverso l'utilizzazione degli istituti di democrazia diretta. Il ricorso a questi strumenti acquista una particolare importanza in una strategia tesa a neutralizzare le crisi dei sistemi rappresentativi attraverso tecniche determinate ad affidare direttamente al popolo l'esercizio di alcune funzioni.

Un meccanismo che consente la partecipazione diretta del popolo alle decisioni collettive legittimando il più delle volte un principio di identità tra governanti e governati che ben contrasta coi connotati sui quali si fonda il principio della rappresentanza. Comunque un complesso di istituti che contribuiscono alla identificazione del movimento ascendente dalla società allo Stato.

## 7. Il ruolo dello Stato nella rappresentanza del ‘politico’.

Una Carta costituzionale come quella italiana che si è proposta di dar vita ad un processo di trasformazione socio-istituzionale, doveva necessariamente affidare allo Stato un ruolo ‘positivo’ per il contenimento delle diseguaglianze e quindi non solo delle conflittualità, rendendolo in tal modo protagonista nello scenario della economia e del *welfare*.

Gli itinerari già percorsi in questa ricerca e le risultanze espresse in precedenti lavori<sup>217</sup> consentono quindi di definire il ruolo dello Stato per raggiungere l'unità nella rappresentazione del ‘politico’.

Peraltro sono anche le analisi politologiche che, intravedono le ragioni dello “spaesamento del presente”, nella crisi della democrazia e, quindi, nella mancata attuazione di quelle

<sup>214</sup> Sulla espansione dei meccanismi di informazione vedi anche D. HELD, *Modelli di democrazia*, cit., p. 431 secondo il quale i meccanismi di preparazione ed informazione “possono comprendere insieme televisioni, sistemi cablati e reti informatiche destinati al settore pubblico come a quello privato, collegati ai governi locali e alle istituzioni nazionali. Lo scopo è, ancora una volta, migliorare il processo attraverso il quale i cittadini formano giudizi politici, e potenziare i meccanismi grazie ai quali i politici di professione si mantengono aggiornati sulle priorità e le opinioni dei cittadini”.

<sup>215</sup> D. HELD, *Modelli di democrazia*, cit., p. 434

<sup>216</sup> Cfr. C. OFFE - U. K. PREUB, *Democratic institutions and moral resources*, in D. Held (a cura di), *Political theory today*, Cambridge, 1991, p. 168

<sup>217</sup> Sia consentito un rinvio alle analisi condotte nei volumi M. ATRIPALDI, *Il risparmio finalizzato agli investimenti socialmente rilevanti nell'ordinamento italiano*, I, *Dalle prime forme di risparmio alla Costituzione del '48*, Napoli, 2009, p. 6 ss.; M. ATRIPALDI, *La tutela del risparmio popolare nell'ordinamento italiano. Dinamiche attuative dell'art. 47 secondo comma Cost.*, cit., p. 21 ss.

“promesse” indicate nella Costituzione del '48. Mettendo in discussione, fra l'altro, quei diritti sociali e quel *welfare* considerati come produttori di cittadinanza<sup>218</sup>.

Di qui l'invito a ripolitizzare la democrazia anche per aggredire quelle che si considerano le zavorre storiche italiane, ma soprattutto per ritornare allo Stato sociale<sup>219</sup>, offrendo anche un contributo per uscire dalla fase di “postdemocrazia”<sup>220</sup>

La esistenza di un nesso strutturale tra democrazia e Stato sociale comporta come conseguenza “che l'attuale drastica contrazione del *welfare* metta a repentaglio il consenso nelle democrazie”<sup>221</sup>.

Ed in questo contesto si evince il ruolo dello Stato nel modello dualistico a tendenza sociocentrica. La società fa emergere la sua “domanda” alla quale da sola non può offrire soluzioni soddisfacenti senza un intervento dello Stato con il suo movimento discendente. L'ascendere della società verso lo Stato ed il discendere della società verso lo Stato consentono la ricomposizione ad unità del ‘politico’. Come già si è potuto evidenziare è il dato normativo che conferma questa configurazione. Al centro di tutta la struttura normativa, legittimata sulla base di un modello dualistico a tendenza sociocentrica, c'è una norma che indica la via da seguire nel programma delineato dalla Costituzione italiana del '48. Si fa riferimento al secondo comma dell'art. 3 Cost., sul quale si sono già dedicate alcune riflessioni<sup>222</sup>.

Il dato normativo va inserito in quella parte della Carta chiamata a determinare il processo di trasformazione socio-istituzionale per offrire un contributo ad una Costituzione che nello stesso tempo è di “bilancio” e di “programma”.

Di “bilancio” in quanto chiamata a normativizzare le istanze espresse dal processo storico che l'ha legittimata, di “programma” in quanto invita ad ulteriori processi di rinnovamento, così come è stato auspicato da Piero Calamandrei nel famoso “discorso sulla Costituzione”, tenuto il 26 gennaio 1955 nel salone degli affreschi della Società umanitaria di Milano in occasione di un ciclo di conferenze sull'ordinamento fondamentale della Repubblica e le libertà dei cittadini<sup>223</sup>. L'intervento di Calamandrei è quanto mai incisivo allorchè sostiene che “nella nostra Costituzione c'è un articolo che è il più importante di tutta la Costituzione, il più impegnativo: impegnativo per noi che stiamo al declinare, ma soprattutto per voi giovani che avete l'avvenire davanti a voi”. Ed è il secondo comma dell'art. 3 Cost.<sup>224</sup>. E' ribadita ancora una volta l'esigenza dell'azione dello Stato per consentire al modello di realizzarsi pienamente nel rispetto della sua configurazione<sup>225</sup>.

<sup>218</sup> Cfr. sul punto G. PRETEROSSÌ, *Ciò che resta della democrazia*, cit., p. VII ss., p. 16 ss.

<sup>219</sup> Cfr. sul punto G. PRETEROSSÌ, *Ciò che resta della democrazia*, cit., p. 180 ss.

<sup>220</sup> Per una individuazione del concetto di postdemocrazia si veda C. Crouch, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2003

<sup>221</sup> Cfr. sul punto G. PRETEROSSÌ, *Ciò che resta della democrazia*, cit., p. 27 ss.

<sup>222</sup> La struttura normativa del secondo comma è stata più volte richiamata in diversi precedenti itinerari argomentativi. Vedi per tutti le annotazioni riportate *retro* a p.

<sup>223</sup> Il discorso è ora pubblicato in Studi per il ventesimo anniversario della Assemblea costituente, I, *La Costituzione e la democrazia italiana*, Firenze 1969, p. 119 ss.

<sup>224</sup> Secondo Piero Calamandrei se è compito di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana, bisogna “dare lavoro a tutti, dare una giusta retribuzione a tutti, dare la scuola a tutti, dare a tutti gli uomini dignità di uomo”. Soltanto quando questi obiettivi saranno raggiunti, si potrà sostenere che “l'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro”.

<sup>225</sup> Sulle diverse istanze che richiedono l'intervento dello Stato per assecondare le esigenze richieste da questa modellistica sia consentito ricorrere alle riflessioni espresse anche in M. ATRIPALDI, *La tutela del risparmio popolare nell'ordinamento italiano. Dinamiche attuative dell'art. 47 secondo comma Cost.*, cit., p. 1 ss.

Una esigenza che appare in tutta evidenza nel dibattito dell'oggi sempre più impegnativo, un dibattito che coinvolge analisti di diverse aree disciplinari. Una azione quella dello Stato che non deve incidere esclusivamente sulle diseguaglianze economiche. Vero è che come sostiene il sociologo svedese Goran Therborn la “disuguaglianza è una violazione della dignità umana; è la negazione della possibilità che ciascuno possa sviluppare le proprie capacità. Prende molte forme e ha molte conseguenze...”. “E’ un ordinamento socio-culturale che riduce le capacità, il rispetto ed il senso di sé così come le risorse per partecipare pienamente alla vita sociale”<sup>226</sup>.

Ne consegue che tutto ciò che evince nel campo delle diseguaglianze è da imputare a precise scelte politiche. Una indicazione che è ben presente nel tessuto normativo del secondo comma dell'art. 3 Cost.<sup>227</sup>.

### 8. Alcune valutazioni conclusive

La ricerca è nata dalla esigenza di cogliere le motivazioni che spingono gli ordinamenti al ricorso al rinvio intraistituzionale nell'ambito di una forma di stato dualistica a tendenza sociocentrica. E ciò non solo per affrontare una specifica tematica per la quale la letteratura è alquanto scarsa<sup>228</sup>, quanto per offrire alcune riflessioni in un'area di ricerca che ha prodotto studi di elevato rilievo scientifico, riflessioni finalizzate specificamente soprattutto a cogliere il ruolo esplicato dal rinvio intraistituzionale nelle dinamiche attuative del modello.

L'itinerario argomentativo percorso consente queste valutazioni conclusive, enucleando i principali risultati raggiunti ma anche ribadendo l'esigenza, già programmata, di ulteriori prospettive di ricerca per ricostruire positivamente gli istituti nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano e, soprattutto, per valutare tali istituti in una visione comparatistica. Queste ulteriori prospettive appaiono quanto mai opportune dopo che l'analisi è stata condotta nel contesto del diritto costituzionale generale secondo i canoni elaborati dalla riflessione di Santi Romano<sup>229</sup> in una sede nella quale il giurista “si sente in grado di poter ricondurre alla sua dimensione specifica le evoluzioni istituzionali colte nella loro più significativa consistenza storica, prescindendo dal loro più transeunte manifestarsi”<sup>230</sup>.

Uno scenario che, comunque, merita di essere ampliato per individuare altre specifiche motivazioni che legittimano il ricorso all'istituto e anche per rilevare come va a collocarsi il rinvio intraistituzionale in un contesto ordinamentale che abbia fatto una diversa scelta nella costruzione del rapporto società – Stato. Nell'ambito di questa prospettiva un particolare interesse sarà rivolto ai meccanismi di rinvio previsti per l'utilizzazione nell'ordinamento giuridico delle norme tecniche prodotte da altre istituzioni. Una prospettiva che acquista un particolare rilievo in quanto il rinvio a soluzioni tecniche da immettere nell'ordinamento

<sup>226</sup> Cfr. G. THERBORN, *The killing Fields of Inequality*, Cambridge, 2013, p. 1

<sup>227</sup> Su queste tematiche la letteratura è alquanto vasta. A titolo esemplificativo si rinvia alle considerazioni espresse da A. B. ATKINSON, *Diseguaglianza. Che cosa si può fare?*, Milano, 2015; M. FRANZINI-E. GRANAGLIA-M. RAITANO, *Dobbiamo preoccuparci dei ricchi? Le diseguaglianze estreme nel capitalismo contemporaneo*, Bologna, 2014; M. Franzini, M. Pianta, *Diseguaglianze. Quante sono, come combatterle*. Roma-Bari, 2016 e bibliografia ivi cit.; T. H. PIKETTY, *Il capitale nel XXI secolo*, Milano, 2014; G. PRETEROSSO, *Ciò che resta della democrazia*, cit., p. 13 ss.; C. SARACENO, *Prefazione* alla edizione Italiana del volume di A. B. ATKINSON, *Diseguaglianza. Che cosa si può fare?*, cit., p. 7 ss.

<sup>228</sup> E' questo il giudizio di F. BASSI, *La norma interna*, cit., p. 165 nota 193

<sup>229</sup> Cfr. S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1945

<sup>230</sup> Così A. ROMANO, *Presentazione della ristampa*, in S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. V

risponde ad un doppio obiettivo: innanzitutto migliorare “una tecnica per la produzione di un bene o di un servizio”<sup>231</sup>, inoltre tutelare diversi interessi pubblici di cui sono titolari i cittadini<sup>232</sup>.

C'è la consapevolezza che l'impianto utilizzato nella ricostruzione della ricerca consentirà di raggiungere gli obiettivi programmati.

---

<sup>231</sup> Cfr. A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il diritto dell'economia*, 1996, p. 251 ss., in particolare p. 256

<sup>232</sup> Su questi aspetti si rinvia a A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, cit., p. 251 ss., cui *adde* F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, p. 29 ss. e l'ampia bibliografia ivi cit.; A. ZEI, *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, Milano, 2008, p. 1 ss. e bibliografia ivi cit.