SOMMARIO 4/2014

saggi

- Antonio D'Atena, *Passato, presente... e futuro delle autonomie regionali speciali* 679
- Gladio Gemma, *Ratio della rappresentanza politica: il buongoverno* 699
- Alessandro Pace, *Informazione: valori e situazioni soggettive* 735
- Giovanni Zampetti, *Problemi di costituzionalità (e di conformità al diritto dell'Unione) della "nuova" mediazione civile obbligatoria: diritto alla tutela giurisdizionale e principio di proporzionalità* 773

osservatorio

- Zhai Yuanjian, *Quadro generale sulle fonti del diritto privato in Cina* 805
- Mauro Palma, *Un antico rapporto: matematica, logica e diritti fondamentali* 833

attualità

- Cécile Regourd, Giuliano Serges, *La metropoli nel sistema autonomistico francese. Spunti per uno studio di diritto costituzionale comparato* 851

ABSTRACT

Antonio D'Atena, *Passato, presente... e futuro delle autonomie regionali speciali*

Lo studio è dedicato alle Regioni ad autonomia speciale (ed alle due Province autonome), che costituiscono una peculiarità del sistema istituzionale italiano. Esso, dopo essersi soffermato sulle origini e sulle ragioni giustificative di tali enti, ne illustra le vicende, nelle diverse stagioni che il regionalismo ha vissuto nel nostro Paese. Nella parte finale considera il possibile impatto, sulle Regioni predette, della riforma costituzionale attualmente in discussione.

Past, present ... and Future of the Regions enjoying Special Forms of Autonomy

The study is devoted to the s.c. special Regions (i.e. Regions enjoying “special forms and conditions of autonomy pursuant to the special Charters adopted by constitutional law”), which are a peculiarity of the Italian institutional system. The author, after having focused the origins and justifications of such institutions, illustrates their evolution in the different seasons that regionalism has lived in Italy. In the final section the author considers the possible impact, on the special Regions, of the constitutional reform currently under discussion.

Gladio Gemma, *Ratio della rappresentanza politica: il buongoverno*

Lo scritto mira a confutare quella concezione democratica radicale secondo cui il potere decisionale diretto del popolo costituisce l'*optimum* della democrazia e, in via subordinata, la democrazia rappresentativa comporta una subordinazione dei rappresentanti alla volontà ed agli orientamenti politici popolari. Contro tale concezione vengono avanzati diversi argomenti.

Anzitutto è infondata la configurazione antropomorfa del popolo inteso quale soggetto simile ad un essere umano. In verità il popolo non esiste come entità unitaria, essendo composto da tanti individui e gruppi aventi divergenti interessi ed opinioni, e quindi non sussiste alcuna volontà popolare che presenti qualche somiglianza con la volontà individuale.

In secondo luogo, le costituzioni e le leggi, che pur proclamano la sovranità popolare, non conferiscono poteri sovrani al popolo. Ciò è comprovato dalle attribuzioni costituzionali dei rappresentanti, i quali detengono potestà supreme con la possibilità perfino di determinare la composizione e le funzioni del popolo stesso.

Infine la politologia ha costantemente comprovato che non può esistere un autogoverno popolare nella realtà effettiva. Data la differenza degli esseri umani circa la loro capacità e, ancor più, circa le loro risorse di potere, sussisterà sempre una diversa distribuzione del potere politico a favore di minoranze, cioè di *élites*, ed a sfavore della maggioranza dei membri della società.

Tale analisi critica viene accompagnata dalla dimostrazione che, nell'elezione dei rappresentanti, il corpo elettorale non formula mai, o per incompetenza o per disinteresse, un indirizzo di governo. Sicché, in sede politica, non sussiste, in concreto, nessuna rappresentanza di volontà.

Lo scritto, nella parte finale, mira a dimostrare che la vera finalità di un ordinamento liberaldemocratico è costituita non dall'autogoverno, ma dal buongoverno. Scopo di un regime costituzionale dev'essere la soddisfazione al massimo grado delle esigenze del maggior numero di individui, viventi e futuri, con l'inclusione nelle esigenze anche il bisogno fondamentale di libertà. Dalla necessità di perseguire il buongoverno scaturiscono varie conseguenze, quali la realizzazione della governabilità, cioè istituzioni di governo efficienti, di una partecipazione dei cittadini alla vita pubblica ma funzionale al perseguimento di obiettivi di interesse generale (e non particolare) e, infine, una prevalenza delle istanze della democrazia rappresentativa nell'interpretazione della normativa costituzionale.

The Rationale of Political Representativeness: Good Government

This paper aims to refute the democratic radical presumption according to which direct public decision-making power constitutes the optimum form of democracy, subjecting elected representatives to the popular political will. Various arguments will be presented in support of this argument.

Firstly, the anthropomorphic conceptualisation of the people as a subject similar to the human being is misguided. In reality the people does not exist as a unitary entity but consists of various individuals and groups with divergent interests and views and thus there can be no will of the people comparable to the will of an individual.

In the second place, even though constitutions and laws proclaim the sovereignty of the people, they do not confer the respective sovereign powers on the people. This is shown by the constitutional assignment of power to representatives who preserve supreme power and even the power to determine the composition and functions of the people governed.

Thirdly, political science has constantly demonstrated that in real life popular self-government cannot exist. Considering the differences between human beings in terms of their capacities and especially their powers, a different distribution of political power favouring minorities, i.e. elites, will always inevitably prevail over the majority of individuals in society.

This critical analysis is supported by the argument that in the election of representatives, the electorate does never determine government policies and this may be explained either by a lack of competence or by a lack of interest.

This lends weight to the argument that no representation of the popular will exists in concrete terms within the political framework.

In conclusion the paper aims to demonstrate that the true purpose of the liberal democratic system is constituted not by self-government but by good government. The main aim of the constitutional regime should be the maximum possible satisfaction of the needs of the greatest number of individuals, both present and future, while safeguarding the fundamental need for freedom. The need to establish good government gives rise to various implications such as achieving governability, i.e. efficient government institutions, and the participation of citizens in public life in a way that is functional to the fulfilment of general public-interest goals. Finally, it implies the prevalent role of representation democracy in the interpretation of constitutional norms.

Alessandro Pace, *Informazione: valori e situazioni soggettive*

Secondo l'a., di informazione si può parlare in senso oggettivo e soggettivo. Egli ritiene che con informazione in senso oggettivo si possa alludere descrittivamente all'informazione sia attiva che passiva, ricomprendendo in essa tutte le attività materiali, giuridiche e organizzative di soggetti sia privati che pubblici che siano strumentali alla diffusione e alla ricezione delle notizie. Con informazione in senso soggettivo si dovrebbe invece alludere ai molteplici soggetti (individuali e collettivi) che operano nel settore e quindi alle svariate situazioni giuridiche soggettive che compongono il mondo dell'informazione.

Ciò premesso l'a., dopo aver effettuato la disamina delle varie posizioni dottrinali e delle più significative pronunce della Corte costituzionale sul tema in oggetto, illustra dettagliatamente le seguenti situazioni giuridiche soggettive: libertà di informarsi, libertà di essere informato, libertà di informare e diritto ad essere informato. Il che viene da lui effettuato anche con riferimento al mezzo radiotelevisivo in mano privata e al servizio pubblico radiotelevisivo.

Information: Values and Subjective Legal Situations

According to the author, we can talk about information in an objective and in a subjective sense. He considers that information in an objective sense may descriptively allude to both active and passive information, including all the material, legal and organizational activities, of both private and public entities, that are instrumental to the dissemination and reception of news. Information in the subjective sense instead alludes to the many subjects (individual and collective) operating in the field and, thus, to the various subjective legal situations that compose the world of information.

That being stated, the author, after an examination of the several doctrinal positions and of the most significant decisions of the Constitutional Court on this issue, illustrates in detail the following subjective legal situations: freedom

of getting information, freedom of being informed, freedom of giving information, right to be informed. This examination is done by the author also with reference to privately owned radio and television stations and to public service broadcasting.

Giovanni Zampetti, *Problemi di costituzionalità (e di conformità al diritto dell'Unione) della "nuova" mediazione civile obbligatoria: diritto alla tutela giurisdizionale e principio di proporzionalità*

Il contributo intende mettere in luce alcuni problemi di legittimità costituzionale e di conformità al diritto dell'Unione che interessano la disciplina della mediazione civile obbligatoria contenuta nel d.lgs. n. 28 del 2010. In particolare, prendendo le mosse dai caratteri intrinseci dei mezzi alternativi di risoluzione delle controversie civili, si evidenzia come nell'ottica del legislatore nazionale la mediazione introdotta in attuazione della Direttiva 2008/52/CE sia concepita in prevalenza come strumento idoneo alla deflazione del contenzioso giudiziario. Dopo la sentenza n. 272 del 2012 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionali le disposizioni sulla mediazione obbligatoria per eccesso di delega, il legislatore ha reinserto il meccanismo della obbligatorietà con il d.l. n. 69 del 2013 convertito, con modificazioni, in legge n. 98 del 2013, riproponendo nella sostanza l'impianto della previgente disciplina. Nello specifico, infatti, la mediazione obbligatoria è stata nuovamente concepita come onerosa e per essere applicata ad una tipologia davvero ampia di controversie, a differenza delle forme settoriali di conciliazione obbligatoria già esistenti nell'ordinamento. Molti dei dubbi di costituzionalità che erano stati avanzati dalla dottrina, e che non sono stati direttamente affrontati dalla Corte costituzionale, si ripresentano pertanto rispetto alla nuova disciplina. In particolare, nel contributo, vengono evidenziati i profili di incostituzionalità e di incompatibilità con il diritto dell'Unione rispetto ai limiti alla compressione del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale, con riguardo alla onerosità della mediazione obbligatoria e alla ipotizzata violazione del principio di proporzionalità. Sotto quest'ultimo profilo si rinviene la possibilità dell'applicazione del principio attraverso un *test* abbastanza solido, tenuto conto degli orientamenti della Corte costituzionale, anche sulla base delle affermazioni contenute nella stessa sentenza n. 272 del 2012, e della Corte di giustizia.

Issues of Constitutional Legitimacy (and of Compliance with EU Law) Concerning the "New" Mandatory Civil Mediation: Right to Judicial Protection and Principle of Proportionality

The article seeks to highlight issues of constitutional legitimacy and compliance with EU law affecting the regulation of mandatory civil mediation contained in the legislative decree n. 28 of 2010. In particular, given the intrinsic na-

ture of alternative dispute resolution, it is argued that mediation introduced to enforce Directive 2008/52/EC has been conceived by the national legislator mainly as tool to decrease the number of cases litigated before the courts. Following the Constitutional Court's judgment n. 272 of 2012, which declared the regulations on mandatory mediation unconstitutional for breach of the enabling law, the latter has been reintroduced with the law decree n. 69 of 2013 converted, with amendments, into law n. 98 of 2013, thus reproducing the same substantial structure of the previous regulation. In particular, mandatory mediation has been once again conceived as costly and, by contrast with other pre-existing sector-specific forms of mandatory conciliation, is to be adopted for a very broad range of disputes. Several doubts of constitutional legitimacy thus arise concerning the new regulation, which the above mentioned decision of the Court has not dealt with. Specifically, the article highlights profiles of unconstitutionality and non-compliance with EU law regarding the limits to the contraction of the right to judicial protection, with reference to the costs of mandatory mediation and to the likely breach of the principle of proportionality. From this latter perspective, a robust test of proportionality is considered based on the precedent case law of the Constitutional Court, including some statements of judgment n. 272 of 2012, and that of the European Court of Justice.

Mauro Palma, *Un antico rapporto: matematica, logica e diritti fondamentali*

La ricerca di un linguaggio formale con cui esprimere le norme penali ha sempre affascinato: per evitare discrasie interpretative e per ricostruire il filo logico che lega le norme ai principi costituzionali che definiscono un ordinamento o, al contrario, per mostrarne l'impossibile derivazione da essi e, quindi, criticarne la legittimità.

La *logica deontica* si è sviluppata proprio per analizzare il sistema delle regolazioni dei comportamenti umani in relazione a quanto le norme prescrivono e, quindi, come strumento di analisi del sistema penale. Eppure tale formalizzazione mutila il sistema penale della sua intrinseca connotazione storica e sociale e rischia di creare una distanza tra ciò che è coerentemente definito e ciò che è di fatto agito nelle pratiche applicative. L'articolo segue, a partire dalla personale esperienza dell'autore, lo stridore dei due diversi approcci: il primo si confronta con la logica, il secondo con la dura concretezza delle violazioni.

An Ancient Relationship: Mathematics, Logic and Fundamental Rights

Defining a formal language in order to express the penal laws is always a fascinating challenge: crucial to avoid discrepancies in their implementation and to identify the logical thread that ties them to the constitutional principles defining the legal system or, conversely, to show their impossible derivation from these principles, so criticizing the legitimacy of the norms.

The *deontic logic* was specifically developed to analyse the systems regulating the human behaviour as regards the legal prescriptions. Therefore it was developed as a tool helpful to analyse the penal system. However any formalization deprives the penal system of its historic and social dimension and risks creating a distance between what is consistently defined and what is actually implemented in practice. The article examines, from the author's personal experience, the gap between the two different approaches: the first tackles the logic, the second the harsh concrete violations.

Zhai Yuanjian, *Quadro generale sulle fonti del diritto privato in Cina*

Nella RPC, la Costituzione o le leggi di rango costituzionale non sono considerate come fonti dirette del diritto privato; per quanto riguarda il problema dell'impiego in ambito giudiziario della Costituzione, è infatti ancora necessario percorrere una lunga via. La Cina continentale non ha ancora un proprio Codice civile; le Leggi dell'ANP e del relativo Comitato Permanente, le Interpretazioni delle leggi svolte da quest'ultimo e le Interpretazioni giudiziarie, i Regolamenti amministrativi del Consiglio di Stato, le Leggi locali, Leggi di autonomia e Leggi speciali delle Province e delle Zone autonome sono le principali fonti del diritto. Per quanto riguarda i Regolamenti di livello ministeriale ed i Regolamenti dei governi locali, i tribunali non sono vincolati ad applicarli e dunque i giudici possono scegliere se applicarli o meno in base ad una propria libera valutazione. A causa della mancanza di un riconoscimento dell'importanza delle consuetudini, queste non sono quasi mai richiamate nei singoli giudizi. Nella pratica, gli orientamenti della dottrina sono spesso seguiti dai tribunali e dunque sebbene le opere non siano direttamente invocate nelle sentenze, vengono, comunque, ad assumere valore di fonte giuridica di fatto. Sia la dottrina stessa che il legislatore hanno elaborato una gerarchia delle fonti, ma a causa della mancanza, nei fatti, di chiare norme che i giudici possono applicare nello svolgimento della propria attività, la Cina può ritenersi abbia ancora una lunga via da percorrere in questo ambito.

The Sources of Private Law in China: an Overview

The Constitution and the Constitutional statutes are not considered as direct sources of private law of PRC; with regard to the possibility of a direct application of the Constitution in the courts, China still has a long way to go. A Civil Code for Mainland China has not been promulgated yet; the Statutes of the NPA and of its Standing Committee as well as the Interpretations of the statutes put in place by the mentioned Committee, the Judiciary Interpretations, the Regulations of the State Council, the Local laws, the Laws of autonomy and the Special laws of the Provinces and the Autonomous Zones are the main sources of PRC private law. The courts are not bound to apply the Ministerial

level Regulations and the Local Government Regulations, and therefore the judges can decide, on the basis of their discretionary evaluation, whether to enforce them in a private law case or not. Since the relevance of the customary law is not well recognized, those are almost never referred to in the trials. The opinions of the legal scholars are often followed by the judges in the trials and despite the fact that their works are not recalled in the judgments, they play the role of *de facto* sources of private law. Both, the legal scholars and the legislator outlined a hierarchy of the sources of law, nonetheless, given the lack of clear rules that judges have to follow in undertaking their activities, it is possible to maintain that in this field China still has a long way to go.

Cécile Regourd, Giuliano Serges, *La metropoli nel sistema autonomistico francese. Spunti per uno studio di diritto costituzionale comparato*

Questo lavoro è volto ad offrire una sintetica ricostruzione del sistema autonomistico francese e dell'approccio che il legislatore d'oltralpe ha utilizzato nell'affrontare la questione metropolitana, prestando prevalente attenzione nell'evidenziare le peculiarità che contraddistinguono l'ordinamento francese da quello italiano. Una particolare premura è stata usata nel mettere in rilievo i profili problematici degli istituti esaminati ed a dare cenno del dibattito dottrinale in materia, nella convinzione che la "comparazione giuridica" – cui questo studio è indirettamente finalizzato – sia non già lo sterile raffronto dei testi normativi stranieri con quelli italiani, bensì la ricerca di una maggiore comprensione dei fenomeni giuridici attraverso un'analisi critica e quanto più approfondita di diversi ordinamenti.

The Metropolis in the French Local Government System. Some Thoughts for a Constitutional Comparative Law Search

This essay is aimed at providing an overview of the French local government system and of the French approach to the governance of metropolitan areas. The Authors have paid priority attention to highlighting the peculiarities of the French system compared to the Italian one. Special care was taken to point out the criticalities related to the solutions considered and to refer to the scholarly debate on these issues. The Authors believe that "juridical comparison" – which is what this essay is ultimately striving to achieve – does not merely consist in matching foreign legal texts with Italian ones, as it rather entails the search for a better understanding of legal phenomena by making as in-depth a critical appraisal as possible of different legal systems.