

I principi generali. Una lettura giusrealistica

di Guido Alpa*



Sommario: § 1. - Premessa. § 2. - I principi nella giurisprudenza della Corte costituzionale: i principi con funzione ordinante. § 3. - I principi nella giurisprudenza della Corte di Cassazione: i principi con funzione nomofilattica. § 4. - I principi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: i principi con funzione armonizzante. § 5. - (*segue*) I diritti fondamentali come principi generali del diritto contrattuale. § 6. - (*segue*) L'osmosi dei principi: i 'principi generali del diritto civile'. § 7. - (*segue*) L'applicazione dei principi del diritto comunitario nel diritto interno. § 8. - La percezione dei principi nella letteratura recente di diritto privato europeo. § 9. - L'abuso dei principi generali. § 10. - Il dilemma del legislatore moderno.

§ 1. - *Premessa*

Se si esaminano i “principi generali” nella prospettiva realistica del diritto occorre muovere innanzitutto da una ricognizione dei dati di fatto; e sulla base di questi si possono porre alcuni interrogativi di base: (*i*) in quali contesti sono citati i principi generali, (*ii*) da quale autorità vengono pronunciati, (*iii*) per quali scopi sono usati, (*iv*) quali significati possono rivestire nel contesto individuato, (*v*) quali risultati ha prodotto la loro applicazione.

Va da sé che per iniziare una ricerca e per raccogliere i dati sufficienti a costruire un discorso si deve muovere da una definizione stipulativa - almeno provvisoria - di ‘principio generale’. La scelta più semplice consiste nell’assumere come tale la definizione giusformalista che dipinge i principi generali come regole aventi natura giuridica, quindi precetti cogenti, di tenore ampio, espressi con termini generici, ricavati in via induttiva da regole di portata più specifica; secondo l’intendimento diffuso i principi “generali” per essere tali debbono essere attinenti al diritto comune, non potendo ricavarsi principi generali

* Sapienza - Università di Roma.

dal diritto speciale, il quale, essendo circoscritto a singole fattispecie o a singoli settori dell'ordinamento, non potrebbe consentire la costruzione di principi di estensione generale.

Se si considerano i riferimenti testuali contenuti nei testi normativi si trovano diverse formulazioni dei principi: si parla di principi generali «del diritto», «dell'ordinamento giuridico dello Stato», di principi «fondamentali», di principi «direttivi», di principi «regolatori», e così via.

Una ricerca a lungo raggio impone di fare riferimento, in primo luogo, alle banche di dati, informatizzate o cartacee, che raccolgono informazioni, citazioni, esplicazioni, elenchi, definizioni, precetti, bibliografie riguardanti i principi: in questo lavoro si considereranno i 'principi generali'. Ovviamente, le banche di dati obbediscono alle finalità perseguite dai loro creatori. Trattandosi di principi generali, le banche di dati che contengono il maggior numero di riferimenti a questa locuzione sono quelle predisposte dalle Corti. È evidente che una ricerca condotta con queste modalità è esposta ad un alto numero di variabili dei criteri ordinanti.

Essa sconta necessariamente la finezza, la profondità e la vastità della cultura dell'interprete-redattore, è limitata dalla competenza dell'Autorità che pone o usa il principio, è condizionata dalla terminologia e dall'apparato concettuale che sta alla sua base. Soprattutto, è vincolata dai testi normativi in cui questo sintagma è contenuto. Sicché una ricerca effettuata nelle banche di dati predisposte dalle Corti deve tener conto: (i) dei testi normativi applicati dalla Corte considerata, (ii) delle tecniche di redazione dei provvedimenti emessi dalla Corte, e quindi (iii) della formazione culturale dell'estensore del provvedimento e/o del collegio che lo ha approvato, (iv) eventualmente delle memorie predisposte dagli avvocati alle quali il provvedimento faccia riferimento, e ancora - nel caso in cui il principio non sia contenuto nel testo normativo applicato né sia citato nel provvedimento approvato, ma sia frutto della ricostruzione interpretativa del redattore della banca di dati - deve tener conto (v) delle finalità perseguite dal redattore, che possono essere le più varie (semplificative, didascaliche, riassuntive etc.).

Attese tutte queste cautele, appare evidente che una ricerca di questo tipo - peraltro inevitabile in un mondo del diritto così complesso come quello oggi esistente - deve considerarsi approssimativa e incompleta. E tuttavia, da quel che si dirà, risulta evidente quanto essa possa essere utile per individuare gli orientamenti, le mode, le tecniche dell'interpretazione giuridica oggi radicata nella nostra cultura. Una cultura composita, accademica, magistratuale, forense e notarile.

La fluidità della formula - si potrebbe dire anche la sua *vaghezza* - non finisce qui, se si considera che non esiste un'accezione unitaria

re alla loro tirannia. È una materia da considerare con grande attenzione, assumendo le precauzioni dovute alla facilità di commettere errori, scambiando un principio per una regola, invocando un principio in un contesto non appropriato, oppure usando il principio in modo esornativo anziché risolutivo.

Ma la ricerca ci dice anche che dei principi non si può fare a meno, sia che essi vengano utilizzati per colmare le lacune della legge, sia che vengano utilizzati con finalità interpretative della legge. Sono essi stessi “legge”, e si inquadrano nel potere normativo esercitato dal giudice (consapevolmente o meno) anche quando egli finge di essere semplicemente la *bouche de la loi*. Quanti temono che l’uso dei principi implichi una contaminazione dei poteri, o un esercizio abusivo del potere per l’eccessivo attivismo dei giudici o per la loro sconfinata fantasia che si chiama creatività, dimenticano che i giudici seguono un procedimento interpretativo collocato all’interno di un procedimento giudiziale, che entrambi questi procedimenti hanno regole la cui violazione porta al sindacato del prodotto dell’attività del giudice, che il percorso seguito dal giudice non è “tutta farina del suo sacco”, ma è preparato dalle memorie degli avvocati, in contraddittorio tra loro, e che quindi molti dei pericoli paventati sono evitati dallo stesso apparato messo a disposizione dall’ordinamento giuridico.

Ma dimenticano soprattutto l’insegnamento di Jerome Frank, il quale, nel concludere il suo libro su *Law and the Modern Mind*⁹⁸ raccomandava ai giuristi di liberarsi dal feticismo della regola scritta.

Abstract

The paper focuses on general principles of law and their use by judges in drafting their decisions. As principles are considered a source of law, and a criterion of interpretation of statutes, judges frequently justify their choices in the different meanings of the normative text involving principles. It is then necessary to provide for a reconstruction of the contexts in which legal principles are applied in order to understand the choices made by judges in adjudication. The analysis underlines how, in practice, principles tend to be used as a tool to address loose rules, values, but also sectoral trends and orientations. The analysis is carried on by looking at multiple levels – Italian domestic courts, the European Court of Justice, the European Court of Human Rights – and detects the phenomenon of the movement of principles across different legal orders, which is obviously relevant when talking about legal certainty

⁹⁸ New York, Brentano’s, 1930.

Crisi e riforma del sistema finanziario

Appunti in tema di governance bancaria

di Mario Bertolissi*



Sommario: § 1. – Max Weber: da non dimenticare. § 2. – Un rilievo preliminare. § 3. – Una ineffabile leggerezza. § 4. – Una ostinazione ot-tusa. § 5. – Fare banca. § 6. – Finanza, economia, politica. § 7. – Le fonti e alcuni principi-cardine. § 8. – Modelli di *governance* per l'impresa bancaria. § 9. – Un appunto conclusivo.

§ 1. – *Max Weber: da non dimenticare*

È difficile orientarsi senza punti di riferimento. È impossibile farlo, se la stella polare la si fa coincidere con il dominio della forma: che può consistere nel predominio assoluto della – o di una – tecnica sulle motivazioni dell'agire umano. Non è un approccio fuori luogo, anche perché dei profili umani e sostanziali si continua a parlare; in particolar modo, quando in gioco vengono organizzazioni complesse, quali sono quelle che operano nel settore finanziario. Comunque sia, il termine di riferimento è l'impresa, nel tempo della globalizzazione, che parrebbe esigere – molti la pensano così – ovunque e comunque razionalità. Che questa – definita come «facoltà di ragionare che distingue l'uomo dagli animali» – possa prescindere dalla ragionevolezza – intesa come «qualità dell'agire con equilibrio»¹ – è quantomeno discutibile e, forse, realisticamente infondato².

¹ Il piccolo Rizzoli-Larousse, Milano, Rizzoli-Larousse, 2004, *ad vocem*.

² V., infatti, E. BRYNJOLFSSON, A. MC AFEE, *L'empatia salva il lavoro umano*, in *Corriere della Sera*, 10 dicembre 2015, 40. Studiosi del Mit, autori di *La nuova rivoluzione delle macchine*, Milano, Feltrinelli, 2015, osservano che «noi [uomini, a differenza dei cavalli, di cui stavano discutendo, sulla scorta di un celebre saggio del premio Nobel Wassily Leontief] siamo una specie profondamente sociale, e il desiderio di contatti umani si riflette sulla nostra vita economica. In molte delle cose per cui spendiamo i nostri soldi c'è un esplicito elemento interpersonale. Ci riuniamo, a teatro o allo stadio, per apprezzare l'espressività o l'abilità umane. I clienti abituali di un certo bar o ristorante vi si recano non soltanto per il cibo e le bevande, ma anche per l'ospitalità. Allenatori e trainer forniscono una motivazione che

Queste perplessità – non dico sicurezze – mi sembrano trovare un loro specifico radicamento in riflessioni davvero profonde ed attuali, rese ancor più degne di attenzione se si è costretti – nell’anno di grazia 2015 – a dover tenere conto di una esortazione che dice così: «La politica non deve sottomettersi all’economia e questa non deve sottomettersi ai dettami e al paradigma efficientista della tecnocrazia»³. Certo, la politica soffre, metaforicamente parlando, di una malattia grave in termini di credibilità, che si è andata accentuando con il venir meno delle “appartenenze politico-ideologiche”⁴. Ma soffre, soprattutto, del tradimento di un imperativo categorico, che ha generato «l’assenza di una causa e – spesso, ma non sempre, si tratta della stessa cosa – la mancanza di responsabilità. La vanità, vale a dire il bisogno di porre se stessi in primo piano nel modo più visibile possibile, induce l’uomo politico [l’uomo *tout court*] nella fortissima tentazione di commettere uno di questi due peccati, se non tutti e due insieme»⁵. Invece, bisogna guardare all’«etica dei principi» e all’«etica della responsabilità», che «non costituiscono due poli assolutamente opposti, ma due elementi che si completano a vicenda e che soltanto insieme creano l’uomo autentico»⁶.

§ 2. – *Un rilievo preliminare*

Uno sguardo, anche superficiale, a ciò che quotidianamente accade – in questi giorni l’attenzione e le preoccupazioni sono concentrate sulla disperazione generata da alcune banche locali, distrutte dalla *mala gestio*⁷ – rivela all’uomo della strada⁸ che si narra e si descrive,

è impossibile trovare nei libri o nei video di esercizi. I buoni insegnanti trasmettono agli studenti l’ispirazione per continuare ad apprendere, psicologici e terapeuti stringono con i pazienti legami che li aiutano a guarire». Discorso non privo di implicazioni, anche giuridiche, a motivo di quel che si dirà, sia pure sinteticamente, tra breve.

³ Papa FRANCESCO, *Laudato si’*, Cinisello Balsamo, Edizioni San Paolo, 2015, n. 189.

⁴ Di cui parla, ad es., G. PRETEROSSO, *Ciò che resta della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2015, 24.

⁵ M. WEBER, *La politica come professione*, Milano, Mondadori, 2006, 114.

⁶ IDEM, *op. supra cit.*, 133.

⁷ V., ad es., A. PLATEROTI, *No a polveroni. Va colpito chi ha sbagliato*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 dicembre 2015, 1 e 3; R. BOCCIARELLI, *Ma nei prospetti i rischi erano indicati*, *ivi*, 1 e 3 (tutti sanno che è un’ipocrisia; che nessuno legge; che tutti si fidano; che la persona umile non può comprendere e non è neppure corretto pretendere che lo faccia, perché la sua propensione al rischio è – per definizione – nulla. E, poi, quando si tratta di investire la liquidazione, si può opporre quel che c’è scritto nel prospetto?); B. ROMANO, *La UE accusa le banche italiane salvate*, *ivi*, 2; V. DA ROLD, *Quei salvataggi europei da 800 miliardi di euro*, *ivi*; M. FERRANDO, *Così l’Italia continua a pagare il conto delle crisi altrui*, *ivi*; M. MOBILI, *Banche: fondo di solidarietà e arbitro*, *ivi*, 3. V., altresì, M. RIVA, *Dove comincia la negligenza*, in *la Repubblica*, 11 dicembre 2015, 1 e 43; A. STATEIRA, *Tra panfili e sultani il pozzo nero dell’Etruria*, *ivi*, 1 e 8; S. POLI, E. POLIDORI, *Ue: bond non adatti ai clienti. Renzi: commissione inchiesta*, *ivi*, 2; F. BOGO, *Bankitalia: “Noi nulla da temere ma ora si deve vietare la vendita di quei prodotti ad alto rischio”*, *ivi*; V. CONTE, A. D’ARGENIO, *Un fondo di ristoro per i più deboli ma serve il sì della Ue all’emendamento*, *ivi*, 4. È evidente che tutto nasce da carenze che hanno a che fare sia con la moralità pubblica sia con la moralità privata. V. *infra*.

⁸ Ne parla – in questa accezione lo intendo – S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983, 234-235.

Abstract

An economic and financial crisis, when deep and disruptive, is generated by causes concerning customs. That stems from the fact that the sound and cautious management of the *bonus pater familias* has made way for the logic of unrestrained enrichment and, along with it, of a non-estimable risk. That occurred also because politics has been subordinated to Economics and Economics to Finance. This way, also the constitutional safeguard of savings has collapsed. Nowadays, Italian domestic and European legislations are anyway appropriate. It may be stated that a reform capable of preventing abuses has been achieved. If, nevertheless, abuses still persist, they are still to be ascribed to the lack of acceptable public and private ethics.

I nomi e le cose

di Lorenza Carlassare*



Sommario: § 1. – I “nomi” del costituzionalismo democratico. § 2. – La riserva di legge e la sua “ratio”. § 3. – Il principio di legalità, il concetto di ‘legge’. § 4. – Legge e democrazia. § 5. – Rappresentanza politica *versus* stabilità-efficienza: la sent. n. 1 del 2014. § 6. – Rappresentanza politica e responsabilità politica. § 7. – Rappresentanza politica, democrazia, costituzionalismo.

§ 1. – I “nomi” del costituzionalismo democratico

«Delle prime istituzioni restarono soltanto alcuni *nomi* che più non esprimevano le *cose* antiche», scriveva Giuseppe Compagnoni oltre due secoli fa ragionando sui presupposti della democrazia¹.

Sono molti, oggi, i “nomi” che non esprimono più le cose antiche, nomi legati allo Stato di diritto e alla lunga storia che l’accompagna, nomi di istituti chiave del costituzionalismo democratico, in difesa dei quali tante battaglie sono state combattute²: dalla *riserva di legge* al *principio di legalità*, dalla *rappresentanza politica* alla *responsabilità politica* è una lunga catena che arriva, ma non si ferma, alla “Legge”. Svuotata questa della sostanza forte addensata in secoli di storia, anche il significato e il valore degli istituti che all’antica sostanza erano legati è venuto meno e le ricadute sul sistema giuridico e politico sono state pesanti.

* Università degli Studi di Padova.

¹ G. COMPAGNONI, *Elementi di diritto costituzionale democratico*, Venezia, Pasquali, 1797, ristampa anastatica a cura di I. Mereu e D. Barbon, Bologna, Analisi, 1985, 133, 207, 214-215, riferendosi all’eliminazione della *miseria* e in particolare all’*istruzione*, indispensabile per la formazione di un libero convincimento del popolo, «arma potentissima per conservare la sua libertà». Infatti i tiranni, per attentare alla libertà, hanno sempre iniziato «dall’abbandonare il popolo alla sua naturale ignoranza, ed anzi dall’aggravarla»: e allora «l’autorità irresistibile di uno o di pochi invase i diritti pubblici» e «delle prime istituzioni restarono soltanto alcuni nomi che più non esprimevano le cose antiche».

² A partire dall’Inghilterra e dalla sua lunga storia: basta ricordare che uno dei capi d’accusa dell’atto di deposizione di Riccardo II era la sua pretesa di mutare le leggi: *infra*, nota 14.

Proseguendo il discorso oltre la legge e risalendo alle cause che hanno generato la catena di alterazioni, si arriva subito a ‘*democrazia*’, termine ripetutamente abusato che designa una “cosa” ormai difficilmente riconoscibile, svuotata di senso in conseguenza della trasformazione sostanziale che ha subito – e continua a subire – la *rappresentanza politica*.

È un discorso circolare, un nome rimanda all’altro, e coinvolge tutti gli istituti della democrazia costituzionale.

§ 2. – *La riserva di legge e la sua “ratio”*

È utile partire dalla “riserva di legge” benché non stia all’origine della catena, per poi risalire ai “nomi” che le danno senso e tornare ad essa di nuovo: è un discorso intrecciato, una parola rimanda all’altra.

La riserva di legge, secondo la “definizione corrente”, è «quell’istituto di diritto costituzionale in virtù del quale la disciplina di una certa materia [...] non può essere effettuata se non dalla legge, assumendo questa espressione in senso tecnico, quale atto legislativo del Parlamento»³. È un discorso che va indietro nel tempo e conduce lontano⁴, connotando l’intero percorso dell’esperienza inglese di cui segna tappe essenziali⁵, per riapparire come principio cardine nelle Carte della Francia rivoluzionaria, trasferendosi poi nella monarchia costituzionale⁶ e nelle Costituzioni del secondo dopoguerra.

La *ratio* della riserva di legge sta nelle sue radici, i primi documenti costituzionali, le carte di libertà medievali che imponevano il *consenso* degli interessati o dei loro rappresentanti per ogni specie di limitazione alla *libertà* dei singoli⁷ e per ogni intervento sui loro *beni*. Dopo la *Magna Charta* il divieto di imporre tributi o altre prestazioni *without grant of Parliament* è riaffermato contro gli abusi del sovrano nel *Bill of Rights* (1689); e sta nella violazione di quel divieto da parte della corona britannica una delle ragioni, addotte nella *Dichiarazione d’indipendenza* (1776), che legittimano i sudditi delle Colonie a ritenersi svincolati dall’*allegiance* verso la Corona stessa. Infine, sulla legge come “espressione della volontà generale” – cardine dell’ideologia rivoluzionaria – si fondano le numerose riserve stabilite dalla *Déclaration des droit de l’homme et du citoyen* del 1789. Dal documento, cioè, che sta alla base delle democrazie costituzionali. Il principio della “riserva” parlamen-

³ F. SORRENTINO, *Lezioni sulla riserva di legge*, I-II, Genova, Cooperativa libreria universitaria, 1980, 9.

⁴ Sul quale mi sono da tempo soffermata, a partire da *Regolamenti dell’esecutivo e principio di legalità*, Padova, Cedam, 1967.

⁵ *Supra*, nota 2.

⁶ S. FOIS, *La riserva di legge*, Milano, Giuffrè, 1963.

⁷ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1976, 340.

A sostegno delle tendenze autoritarie che da tempo affiorano⁶⁷ sta infatti una concezione di sovranità popolare che riduce l'elezione a una "investitura", a una delega. Una concezione dalla quale deriva anche la pretesa che, grazie al trasferimento di sovranità, chi governa abbia ricevuto un'investitura di tale potenza da *non* sopportare *limiti o condizionamenti* da parte di istituzioni non dotate della medesima legittimazione. La fine, insomma, del 'costituzionalismo'⁶⁸. Un'altra parola di cui si è smarrito il senso, ormai raramente pronunciata; eppure tutti si proclamano liberali.

Abstract

«Only a few *terms* will remain from the early institutions that don't express ancient ideas» wrote Compagnoni in the 18th century. Today it is the "terms" of democratic constitutionalism that no longer express ancient concepts. The process is circular. The loss of the sense of one aspect affects others: electoral laws that compromise *political representation*, annulling the significance of the law and the principles associated with it, *legality* and *statutory reserve*, alter the system of sources. What's more, in altering political representation, they cancel *democracy*. At the beginning of the chain is the idea of the vote as a delegation, a *transfer of sovereignty* that assigns the winner a strong and autonomous power that does not tolerate limits and checks, but is independent of the people. This is an ancient authoritarian idea, extraneous to the Constitution, which ends up destroying *constitutionalism* itself.

do R. FILMER (*Patriarca o il potere naturale dei re*), il popolo «deve limitarsi ad eleggere e rimettersi ai suoi eletti che facciano a loro arbitrio».

⁶⁷ Rinvio alle considerazioni svolte in *Diritti e garanzie nel riaffiorare dei modelli autoritari*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, I, Napoli, ESI, 2012, 507 ss.

⁶⁸ Per un discorso più approfondito, L. CARLASSARE, *Sovranità popolare e Stato di diritto*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, I, 1, Roma-Bari, Laterza, 2006, 163 ss.

Stato e diritto penale minimo

di Morris L. Ghezzi*



Sommario: § 1. – Lo Stato e la sua ombra. § 2. – Limiti del potere statale. § 3. – Nichilismo. § 4. – Limiti del diritto penale. § 5. – Schematico abbozzo di alcune depenalizzazioni dell'ordinamento giuridico italiano. § 6. – Diritto di autotutela e di risarcimento del danno.

Se non è rispettata la giustizia, che cosa sono gli Stati se non delle grandi bande di ladri? Perché anche le bande dei briganti che cosa sono se non dei piccoli Stati? È pur sempre un gruppo di individui che è retto dal comando di un capo, è vincolato da un patto sociale e il bottino si divide secondo la legge della convenzione. Se la banda malvagia aumenta con l'aggiungersi di uomini perversi tanto che possiede territori, stabilisce residenze, occupa città, sottomette popoli, assume più apertamente il nome di Stato che gli è accordato ormai nella realtà dei fatti non dalla diminuzione dell'ambizione di possedere ma da una maggiore sicurezza nell'impunità. Con finezza e verità a un tempo rispose in questo senso ad Alessandro il Grande un pirata catturato. Il re gli chiese che idea gli era venuta in testa per infestare il mare. E quegli con franca spavalderia: «La stessa che a te per infestare il mondo intero; ma io sono considerato un pirata perché lo faccio con un piccolo naviglio, tu un condottiero perché lo fai con una grande flotta».

Sant'Agostino, *De civitate Dei*

§ 1. – Lo Stato e la sua ombra

Lo Stato si presenta come un aggregato istituzionalizzato di individui umani, che rispondono spontaneamente o forzatamente ad un comune potere centrale. Consenso, acquiescenza o timore della violenza sono, dunque, i caratteri condizionanti l'ottemperanza al potere. Conseguentemente, per comprendere il fenomeno dell'ottemperanza alle disposizioni dello Stato si tratta di capire chi o cosa e come dia

* Università Statale di Milano.

vita a tale potere centrale, nonché chi debba ad esso obbedire. Infatti, qualsiasi potere cessa di essere tale se il suo destinatario, costi quel che costi, si rifiuta di obbedire. In sintesi, si tratta di individuare quel particolare processo, in parte sociologico e, in altra parte, psicologico, che in termini giuridici passa sotto la denominazione di fonte di legittimità del potere statale.

In un sistema democratico costituzionale di tipo occidentale non vi è dubbio che il modello di legittimazione si ispiri all'istituto giuridico del contratto. Tra l'ente statale ed i suoi cittadini (contratto politico), ma prima ancora tra i cittadini stessi (contratto sociale), si instaura un rapporto sinallagmatico, che conduce all'alienazione, dal lato dei cittadini, di una parte, più o meno consistente, delle proprie libertà in favore della Stato e, dal lato dello Stato, all'assunzione di responsabilità (garanzie di benessere economico, di sicurezza sociale e fisica, di eguaglianza di fronte alla legge, di libertà nel rispetto delle eguali libertà altrui, etc.) nei confronti dei cittadini, attraverso un impossessamento *super partes* dell'esercizio monopolistico del comando e della forza. Gioele Solari fornisce una precisa definizione di contratto:

«Il contratto sembra implicare l'intervento del volere umano a interrompere il corso naturale delle cose per instaurare un ordine umano regolato non più dalla legge di natura, ma dalla legge della libertà. Esso sembra postulare la realtà dell'individuo, l'esistenza di diritti originari, la capacità di disporre per creare con atto cosciente una nuova realtà nella quale l'individuo, con o senza condizioni, si inserisce»¹.

Il contratto si realizza, sempre nelle democrazie occidentali, con il supporto di una rappresentanza popolare, la quale opera attraverso un sistema decisionale maggioritario, che viene rinnovato periodicamente grazie ad un modello elettorale più o meno esteso. Si deve ora capire la natura del contratto sociale, che diede origine allo Stato, se sia sufficiente a sottoscriverlo originariamente una maggioranza di cittadini o sia necessaria l'unanimità di tutti, un'unanimità logicamente necessaria anche per istituire come vincolante il medesimo principio maggioritario, ed, in fine, se lo Stato si presenti effettivamente, sociologicamente, come un ente *super partes* e non piuttosto come l'espressione di solo alcuni gruppi di cittadini o, addirittura, come la manifestazione autonoma di se stesso, delle proprie logiche e dei propri interessi.

Nella tradizionale analisi marxista lo Stato si manifesta come espressione di un ben determinato gruppo sociale (classe borghese o capitalista)². Tale analisi è stata profondamente vulnerata, ma non del tutto falsificata, dall'introduzione del sistema elettorale a suffragio uni-

¹ G. SOLARI, *La filosofia politica. Da Campanella a Rousseau*, vol. I, Roma-Bari, Laterza, 1974, 198.

² Cfr. Z. BAUMAN, *Lineamenti di una sociologia marxista*, Roma, Editori Riuniti, 1971.

gno della popolazione e che insegni un'etica della responsabilità²⁶ personale, individuale, propria di ciascun cittadino, non solo altrui, degli altri; non caricata opportunisticamente come onere sulle spalle del prossimo. Purtroppo da uno Stato, come l'Italia, che in quasi settanta anni di Repubblica non è stato in grado neppure di sostituire il vecchio Codice penale di epoca fascista, comunemente denominato Rocco dal nome del Guardasigilli dell'epoca (19 ottobre 1930), ma solo di *rappezzarlo*, grazie all'ausilio della Corte Costituzionale ed alla pressione dell'incalzante innovazione tecnologica, con un nuovo Codice maggiormente adeguato in modo sistematico ai valori democratici, vi è poco di buono da sperare.

Abstract

The article impeaches State's interests prevailing upon citizens' ones. The State has been getting an independent entity disconnected by its own citizens. The relationship between State and citizens should have to be reconducted among a contractualistic system, real, effectively signed and periodically renewed. State should have to be set, on the same juridical level, of its own citizens and these ones should have to achieve the option to recess, for the State's non fulfillment, by the signed contract. Due to this concern, penal law use, in function of menace, against citizens, for civilistic faults, should have to be completely abolished; particularly, in fiscal and Societies' law field. The theme, at the end, regards the introduction of penal law, at minimum, in function of a State, at minimum, posed on the same juridic level of its own citizens.

²⁶ «Dobbiamo renderci chiaramente conto che ogni agire orientato in senso etico può oscillare tra due massime radicalmente diverse e inconciliabilmente opposte: può essere cioè orientato secondo l'etica della convinzione (*gesinnungsethisch*) oppure, secondo l'etica della responsabilità (*verantwortungsethisch*). Non che l'etica della convinzione coincida con la mancanza di responsabilità e l'etica della responsabilità con la mancanza di convinzione. Non si vuol certo dir questo. Ma v'è una differenza incolumabile tra l'agire secondo la massima dell'etica della convinzione, la quale - in termini religiosi - suona: *Il cristiano opera da giusto e rimette l'esito nelle mani di Dio*, e l'agire secondo la massima dell'etica della responsabilità, secondo la quale bisogna rispondere delle conseguenze (prevedibili) delle proprie azioni»: M. WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, Einaudi, 1967, 109.

La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo

di Alejandro Saiz Arnaiz*



Sommario: § 1. – A modo de introducción: el concepto de diálogo judicial y su importancia. § 2. – Cuatro razones para el diálogo desde los tribunales constitucionales o supremos nacionales. § 3. – Cuatro razones para el diálogo desde los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos.

§ 1. – A modo de introducción: el concepto de diálogo judicial y su importancia

Las páginas que siguen tratan de profundizar en las razones que justifican, y hasta aconsejan, el tan traído y llevado diálogo entre los tribunales que ocupan, en lo que aquí interesa, una singularísima posición institucional como garantes de los derechos fundamentales. Este es el caso, obviamente, de la Corte IDH, del TEDH y de los tribunales constitucionales y supremos de los Estados Parte de ambos sistemas de garantía de los derechos humanos.

Ya el origen de la expresión ‘diálogos judiciales’ nos orienta en la finalidad que ahora se busca. La primera utilización del sintagma ‘*dialogue des juges*’ se atribuye a Bruno Genovois¹, quien sostuvo que en las relaciones entre el juez nacional y el juez comunitario (el Tribunal

* Universitat Pompeu Fabra, Barcelona.

Ponencia presentada por su autor en el Congreso “Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Garantía de los Derechos Humanos”, celebrado en Barcelona los días 25, 26 y 27 de febrero de 2015.

¹ Comisario del Gobierno. Conclusiones en el caso *Ministère de l’Intérieur c/ Cohn-Bendit*, decidido por el Consejo de Estado francés el 22 de diciembre de 1978 (D. 1979.155-161).

de Justicia de las Comunidades Europeas en aquella época) no tendría que haber lugar “*ni pour le gouvernement des juges, ni pour la guerre des juges, mais pour le dialogue des juges*”. En otras palabras: el diálogo se presenta como la alternativa a dos patologías bien conocidas en la historia del Estado constitucional, a saber, el gobierno de los jueces y la guerra entre tribunales. Quizá con un punto de exageración sería posible afirmar que una u otra (o las dos) se han padecido en nuestros Estados en algún momento a lo largo de los últimos doscientos años.

Es así como el diálogo parece haberse convertido en una necesidad conceptual para explicar los vínculos existentes entre los tribunales constitucionales o supremos, de un lado, y, de otro, algunos tribunales integrados en estructuras internacionales o supranacionales cuyas decisiones poseen una notable relevancia para la interpretación y aplicación del derecho vigente en los Estados que forman parte de aquellas. Ahora bien, y conviene aclararlo inmediatamente, no toda relación que estos diversos tribunales puedan mantener entre ellos ha de encajar en la idea de diálogo si con esta se quiere expresar una realidad cualificada, no tanto, o no solo, por los sujetos que en ella intervienen sino, sobre todo, por las consecuencias o efectos que se derivan de ella. En otros términos, una remisión a una sentencia de otro tribunal o una referencia a cierta doctrina elaborada en una sede jurisdiccional no-nacional, no son, por sí mismas, expresión de diálogo alguno. Ciertamente evidencian una tendencia contemporánea de dimensión universal entre los aplicadores judiciales del derecho que podría considerarse, en palabras de Julie Allard y Antoine Garapon, como una más de las dimensiones de la globalización, pero nada más². Las decisiones judiciales, en particular las de algunos tribunales internacionales y supranacionales, circulan, se difunden, son conocidas, se citan (en un contexto en el que el desarrollo tecnológico consiente el acceso a las mismas en tiempo real); pero esto no quiere decir que las reglas jurisprudenciales que – en su caso – de ellas resultan, o que los criterios interpretativos que en ellas se contienen, posean un singular valor o eficacia que obligue a la referencia o a la toma en consideración. Al menos, no en todo caso.

Mi concepción del diálogo judicial sigue muy de cerca las propuestas de los dos colegas españoles que con mayor profundidad y acierto han estudiado este fenómeno. Me refiero a Rafael Bustos Gisbert y Aida Torres Pérez. Para el primero, se trata de «una comunicación entre tribunales derivada de una obligación de tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio orde-

² Véase J. ALLARD, A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, París, Seúl, 2005, 11 ss.

parte del Convenio ampliando así su fuerza jurídica vinculante erga omnes (a todas las otras partes). Esto significa que los Estados no solo han de ejecutar las sentencias del Tribunal dictadas en casos en los que hayan sido parte, sino que también han de tomar en consideración las posibles implicaciones que las sentencias dictadas en otros casos pueden tener para su propio sistema y práctica jurídicas»¹⁴.

Cuanto hasta aquí se ha dejado escrito sobre la cosa interpretada en el marco convencional europeo podría extenderse, *servata distantia*, al ámbito del conocido como control de convencionalidad en la formulación que del mismo ha llevado a cabo la Corte IDH.

Constatada esta circunstancia, a saber, la existencia en la doctrina de ambos tribunales de una clara determinación en favor de la condición vinculante de los propios precedentes, resulta obligado concluir que el diálogo judicial puede resultar la mejor técnica para hacer más fácilmente aceptable por los tribunales y otras autoridades nacionales la utilización de reglas jurisprudenciales fijadas en Estrasburgo o en San José. Unas reglas, resultado del intercambio, la interacción y los condicionamientos recíprocos, establecidas con la participación de actores judiciales plurales que intervienen en ese proceso con voluntad de construir estándares compartidos teniendo en cuenta su carácter vinculante.

En definitiva, las razones que desde la posición que ocupa el TEDH en el seno del CEDH pueden darse para avalar la cosa interpretada, al igual que las que ofrece la Corte IDH en defensa del control de convencionalidad, se refuerzan si aquella posición se construye, no desde la superioridad y la subordinación, sino desde la implicación y la interrelación. Solo así evitaremos, regresando a Bruno Genevois, la guerra de los tribunales o el gobierno de algunos (pocos) jueces.

Abstract

This paper explores why is necessary the dialogue between national and international human rights courts. In scenarios of constitutional pluralism well known in Europe and, to a lesser extent, in America, the communication between courts - i.e. taking into account decisions of other courts when applying their own law- is an existential prerequisite for the smooth functioning of the human rights systems. The dialogue between courts prevents the "war" between them and the government of judges, two pathologies well known in the context of our democracies.

¹⁴ Resolution 1226 (2000), *Execution of judgments of the European Court of Human Right*.

L'Unione europea come Comunità di diritto

di Giuseppe Tesaurò*



Sommario: § 1. – L’inizio di un percorso per l’integrazione. § 2. – Dal mercato alla Comunità di diritto e la tutela dei diritti fondamentali. § 3. – Il ruolo della Corte di giustizia: l’armonia dell’intero sistema giuridico. § 4. – L’effettività delle norme dell’Unione. § 5. – L’Europa oltre l’Unione.

§ 1. – L’inizio di un percorso per l’integrazione

L’Europa della Comunità europea, oggi Unione europea, è per molti aspetti sconosciuta ai più. Anche a chi ne parla o ne scrive molto: che pertanto, senza una reale cognizione, rischia di rappresentare come novità o criticità profili e passaggi del processo di integrazione comunitario¹ da tempo acquisiti o superati. È vero, peraltro, che l’Unione è una struttura complessa, per alcuni aspetti contraddittoria, frutto di spinte succedutesi nel corso degli anni in modo non sempre uniforme. L’unica certezza è che non è uno Stato, né federale, né semi-federale, né una confederazione, né altro di simile. Neppure vuole esserlo, semplicemente perché gli Stati membri, che sono i “Signori dei trattati”², non hanno maturato ancora una decisione sul come definire il traguardo finale del processo in atto, anzi ne sembrano piuttosto lontani. La stessa Corte di giustizia, nel recente Parere sull’adesione

* Università degli Studi di Napoli “Federico II”, Presidente emerito della Corte costituzionale.

¹ L’aggettivo ‘comunitario’ è stato sostituito espressamente con ‘dell’Unione europea’ dall’art. 2 del Trattato di Lisbona. L’uso di ‘comunitario’, certo più espressivo della sostanza vera dell’Unione, è peraltro ancora corrente, a volte necessitato, a maggior ragione l’uso di ‘extracomunitario’; ‘eurounitario’ è piuttosto un vezzo di una parte della dottrina italiana di non specialisti ed è inoltre espressione impropria, come altri neologismi di fortuna ancora minore.

² Così la constatazione ovvia del Tribunale costituzionale tedesco nella sentenza Maastricht del 10 ottobre 1993, n. 2134/92; una traduzione italiana di gran parte della pronuncia è in *Riv. dir. pubblico comunitario*, 1994, 173.

dell'Unione alla CEDU, non ha mancato di ricordare di aver avvertito fin dai primi passi della Comunità che «i trattati fondativi dell'Unione hanno dato vita, diversamente dai trattati internazionali ordinari, ad un ordinamento giuridico nuovo, dotato di proprie istituzioni, a favore del quale gli Stati che ne sono membri hanno limitato, in settori sempre più ampi, i propri poteri sovrani, e che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati, ma anche i cittadini degli stessi»³. E se questo è vero, risulta improprio misurare il modo di essere e di funzionare dell'Unione sul parametro del modello Stato, tentazione alla quale fin troppo spesso non riescono a sottrarsi soprattutto gli studiosi di diritto interno.

Ben più di mezzo secolo ci separa da quel lontano maggio del 1950 in cui maturò definitivamente il disegno di un vivere insieme tra Paesi e popoli diversi, non da sempre amici, spesso almeno rivali. In origine, la spinta decisiva fu la pace. Non è solo una nobile parola di circostanza quella che troviamo in una riga di preambolo dei Trattati istitutivi della Comunità europea. È la vera ragion d'essere, storica e politica, sotto certi aspetti anche un po' cinica, della Comunità e al contempo il risultato di maggior rilievo realizzato. Non è un caso che, pur dopo tanti tentativi e tante riflessioni sull'idea di un legame più stretto tra i popoli d'Europa, è solo negli anni immediatamente successivi al secondo conflitto mondiale che l'idea è stata perseguita concretamente e finalmente realizzata.

Già durante le ultime fasi del conflitto si pensò a un modello nuovo di cooperazione organizzata fra Stati sovrani in grado di impedire il riprodursi delle situazioni politiche, economiche e militari che avevano portato l'Europa ed il mondo intero a quel disastro. Né è un caso che in quegli anni si sottolineava soprattutto l'esigenza di un legame molto stretto tra Francia e Germania, da sempre al centro della patologia dei rapporti tra Paesi europei. Il discorso di Churchill all'Università di Zurigo del settembre 1946 e ancor più la dichiarazione del 9 maggio del 1950 del Ministro degli Esteri francese Schuman, quest'ultima espressamente e specificamente focalizzata sull'opportunità di porre la produzione franco-tedesca di carbone e di acciaio sotto il controllo di un organo comune (sarà la CECA), aperto alla partecipazione di altri Paesi, ne sono testimonianza emblematica. In chiaro, si pensava

³ Corte di giustizia UE, Parere 2/13 del 18 dicembre 2014 (V.lo in *Foro Ital.*, 2015, IV, 61 ss., con nota, tra le altre, di G. TESAURÒ, *Bocciatura del progetto di accordo sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU: nessuna sorpresa, nessun rammarico*, 77). L'affermazione della Corte di cui nel testo, come si è già intuito, riporta un passo ben noto (e anche più esplicito: «... un ordinamento di nuovo genere nel campo del diritto internazionale...») della celebre sentenza *Van Gend en Loos*, Corte di giustizia UE, 26/62, sent. 5 febbraio 1963, *Racc.* 1, molte volte richiamato dalla dottrina e dalla giurisprudenza (v. tra i tanti, Corte di giustizia UE, Parere 1/09 dell'8 marzo 2011, sul Tribunale dei Brevetti, *Racc.* I-1137).

Il risultato di questa incapacità o comunque assenza dell'Unione è più che evidente: c'è chi rimette in discussione tutto. E così si finisce per vedere con occhio ingiustamente critico il processo di integrazione portato avanti dall'immediato dopoguerra con la Comunità e poi l'Unione. Si fa semplicisticamente astrazione dei vantaggi che ci derivano dall'essere nell'Unione, come se fosse possibile isolarli dal resto. Il principio di non discriminazione viene eroso e scalfito anche rispetto a cittadini dell'Unione. È quella la base della libertà di circolazione delle persone in quanto tali, ma comincia a subire ampi scossoni già nel sentire comune.

Complessivamente, gli esempi richiamati mostrano tutti come l'Europa di oggi, che è poco più della somma di più Stati, avrà sempre più effetti deleteri sull'Europa dell'Unione che abbiamo conosciuto fino a pochi anni or sono, nel senso che ne sta minando i progressi fatti a livello di integrazione. Ciò detto, resta che l'Unione non è una monade ma è composta da Stati, il cui ruolo nel processo normativo e decisionale resta ancora senza alternative. Sta dunque a loro cambiare marcia e ritornare ai passi, forse piccoli ma sicuri, che ci hanno portato all'Europa che c'è.

Abstract

The author illustrates the path of the European Community from its origins to the present day, in particular through the activity of the Court of Justice. In the early years it was realized the common market of goods and production factors. Since the early seventies we have seen in practice and case law a shift in balance of the system to the movement of persons and a corresponding attention to the rights, including fundamental: was the Rights Community. Recently there has been a power loss as a result of various factors: first the enlargement, 10 new member States in the same moment, the biblical immigration phenomenon, the discrepancy between the Union exclusive competence on monetary policy and that of the member States on economic policy, the terrorism. All this has stimulated member States to seek solutions outside the Union institutional framework, also with international agreements. The result is a clear risk to loose much of the good that the Union made.

Emil Lask sul valore scientifico dell'empiria giuridica

di Felice Masi*



Sommario: § 1. – Il problema del dimensionalismo metodologico. § 2. – I significati di ‘empiria giuridica’. § 3. – Teoria del giudizio giuridico. § 4. – La recensione a Schmidt.

§ 1. – Il problema del dimensionalismo metodologico

Benché il ruolo e l’influsso della *Rechtsphilosophie* di Emil Lask nel dibattito giusfilosofico del Novecento sia in larga parte dovuto al riconoscimento della pluralità delle dimensioni metodologiche nello studio del diritto, bisogna però rimandare all’analisi che il medesimo autore avviò circa il significato dell’empiria giuridica per comprendere davvero tanto la sua posizione all’interno della contemporanea *Rechtswissenschaft* quanto la funzione che il suo tentativo di *autoriflessione logica sulla Jurisprudenz*¹ ebbe nell’evoluzione concettuale che lo

* Università di Napoli Federico II.

¹ E. LASK, *Rechtsphilosophie*, in *Festschrift für Kuno Fischer*, II, Winter, Heidelberg, 1907, II ed. [d’ora in poi: *RPh* 1907], poi in IDEM, *Gesammelte Schriften* (d’ora in poi *GS*), a cura di E. Herrigel, I, Tübingen, Mohr (Siebeck), 1923, 329; trad. it. di A. Carrino, *Filosofia giuridica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984, 72. Essendo stata pubblicata nelle *Gesammelte Schriften* solo la seconda edizione, senza dare criticamente conto delle variazioni rispetto alla prima del 1905 [d’ora in poi: *RPh* 1905], facente parte della prima edizione della *Festschrift für Kuno Fischer*, e dopo edita separatamente nel 1906, presso lo stesso editore, sono state a lungo trascurate le discrepanze tra le due versioni, divenute irreperibili se non attraverso una collazione tra i due originali. Meritoriamente nella riedizione dei primi due volumi delle opere laskiane, con il titolo di *Sämtliche Werke*, Jena, Scheglmann, 2002, 231-284, il testo del 1907 è stato integrato con, in nota, le variazioni rispetto alla edizione del 1905. Sulla filosofia giuridica di Lask si vedano almeno A. CARRINO, *L’irrazionale nel concetto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983, e S. NACHTSHEIM, *Zwischen Naturrecht und Histori-*

condusse dalla dissertazione su Fichte del 1902, alla *Logica della filosofia* (1911) e alla *Dottrina del giudizio* (1912). Se infatti si assumesse nella versione più ristretta, e più comune, l'enunciato della bidimensionalità del modo di trattazione come l'attestazione della «necessaria distinzione di valore e sostrato empirico del valore»², assegnando la pertinenza del primo al metodo filosofico e quella del secondo al metodo empirico, difficilmente lo si potrebbe sottrarre a un duplice rilievo critico: 1) d'aver replicato in fondo l'assunto di un dualismo già invalso a partire dalla prima edizione della *Allgemeine Staatslehre* di Jellinek e per di più comune nella cerchia dei filosofi neokantiani bandensi, sotto l'etichetta della distinzione tra *Sollen* e *Sein* che, derivando dalla logica lotzeana, era stata diffusa dagli scritti di Windelband, Rickert e appunto Lask; e 2) di utilizzare in maniera analogica, o addirittura ambigua, il termine dimensione, per giunta nel contesto di una *topografia trascendentale* che avrebbe meritato maggior rigore nell'uso di una nozione così marcatamente spaziale. Viceversa, muovere dalla definizione epistemologica di empiria giuridica potrebbe essere utile per difendersi da entrambe le obiezioni, replicando alla prima con l'inclusione della «dottrina del valore scientifico della empiria giuridica» in una triade composta anche dalla «dottrina del valore scientifico della filosofia del diritto» e dalla «dottrina del valore del diritto stesso»³, e alla seconda con un più attento esame del lemma '*transzendentaler Ort*', che avrebbe guidato Lask dalla logica della metafisica della storia alla logica, *ametafisica*, della filosofia⁴.

E del resto se si tralascia il legame teorico tra tali questioni e soprattutto se non si decifra il rango di *autoconoscenza metodologica* che spetta al dimensionalismo⁵, è difficile trovare lacune nell'acuta critica mossa alla filosofia giuridica laskiana, espressa da Kelsen nel 1916⁶. Volgendo le eccezioni kelseniane in linguaggio topologico-geometri-

smus. *Kritische Rechtsphilosophie und Bedeutungsdifferenzierung bei Emil Lask*, in R. ALEXY, L.H. MEYER, S.L. PAULSON, G. SPRENGER (a cura di), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2002, 301-318.

² *RPh* 1907, 280; trad. it., 17.

³ *Ivi*, 307; trad. it., 49-50.

⁴ Il tema di una topografia trascendentale compare, implicitamente nella forma della ricerca del *transzendentaler Ort...der Welt des Wirklichen*, una prima volta in IDEM, *Fichtes Idealismus und die Geschichte* (1902), in *GS*, I, 163; 222; 231, e poi in *RPh* 1907, 286; trad. it., 24; 300; trad. it., 38; esso si espliciterà però solo in *Die Logik der Philosophie* (1911), in *GS*, II, 48. Cfr. H. KELSEN, *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung*, in *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung und Volkswirtschaft in Deutschen Reiche*, 40, 1916, 1181-1239; trad. it. a cura di A. Carrino, *La giurisprudenza come scienza normativa o culturale. Studio di critica metodologica*, in E. LASK, U. KANTOROWICZ, G. RADBRUCH, H. KELSEN, A. REINACH, E. SCHWINGE, *Metodologia della scienza giuridica*, a cura di A. Carrino, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1989, 128, 142.

⁵ *RPh* 1907, 321; trad. it., 64.

⁶ H. KELSEN, *La giurisprudenza come scienza normativa o culturale*, cit., in part. 110, 128, 133. Cfr. A. CARRINO, *L'ordine delle norme. Stato e diritto in Hans Kelsen*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, III ed., in part. 43 ss. Si veda inoltre S.L. PAULSON, B. LITSCHIEWSKI (a

Abstract

Moving from the role that the Lask's legal philosophy had since the first half of the twentieth century – in particular thanks to the Radbruch's recovery – in view of the acknowledgment of dimensional multiplicity of the law and therefore in critical function in regard to kelsensian normativistic monism, the paper aims to focus the notion of legal *empiria*, and its scientific value, in its three meanings: one methodological, one formal-content and one of material-content. The attention to the determination of the legal content – in other respects, so widespread to the anti-formalism in the Germany of Weimar Age – makes it possible to grasp the specific differences of laskian thought and the role played by legal-philosophical reflections in his maturity. Significant part of such a development is the review of the first volume of Richard Schmidt, *Allgemeine Staatslehre*, published in 1904, in which the laskian idea of legal *empiria* clashes with the empiricist, practical and political declination that Schmidt intended to impose on Theory of State.

I fondamenti comuni della vita politica

Considerazioni sulla dottrina generale dello Stato di Richard Schmidt

di Emil Lask



In occasione del centenario della morte del filosofo tedesco Emil Lask, prematuramente caduto nel 1915 sui campi di battaglia della Galizia, pubblichiamo la traduzione italiana di questo suo scritto di argomento politico-giuridico. Lask è stato un autore fino a non molto tempo fa ingiustamente trascurato, ma intorno al quale si assiste oggi, finalmente, ad un forte ritorno di interesse. E qui non deve essere taciuto il fatto che questa ripresa degli studi su Lask (non solo in quanto esponente del neokantismo di Heidelberg, ma anche come filosofo originale) è oggi particolarmente viva proprio in Italia, dove il centenario

*della morte – contrariamente a quanto accaduto in Germania – è stato ricordato con un importante convegno presso il Dipartimento di Filosofia della Statale di Milano (organizzato dal prof. C. De Martino) e cade in coincidenza con la prossima pubblicazione, in una collana diretta da Stefano Besoli, de *La logica della filosofia* (a cura di F. Masi). Il condirettore di questa Rivista non può non esserne compiaciuto in considerazione del fatto di essere stato autore della prima monografia su Lask: *L'irrazionale nel concetto. Comunità e diritto in Emil Lask* (1983). In questa sede gli corre anche l'obbligo morale di rammentare che quel libro non sarebbe apparso senza la dotta complicità del suo maestro Antonio Villani, che gli mise a disposizione la propria copia delle opere complete di Lask, da lui riccamente sottolineate e acutamente chiosate (Agostino Carrino).*

[460] Viviamo nell'epoca della metodologia. Anche l'autore di quest'opera rende omaggio a un tale orientamento moderno e crede di dover dare una fondazione metodologica al suo punto di vista storico-empiristico – che corrisponde in tutto alla ricerca più recente – sulla scorta dei “risultati della vecchia dottrina dello Stato” e attraverso “un confronto con la filosofia”. In generale – per lo meno per il numero di pagine, per i titoli molto promettenti e per la fraseologia – le discussioni “filosofiche” [461] e “metodologiche” giocano un ruolo molto prominente nel libro di Schmidt, il quale non si sottrae mai ai problemi ultimi e più difficili.

È “metodologica” innanzitutto l'introduzione laddove sottolinea il carattere “pratico” della dottrina generale dello Stato (cfr. ad esem-

pio, p. 5 sg., p. 20 sg., p. 23 sg., p. 25, p. 27, anche il volume II, p. 826, p. 839, p. 851) e ricomprende *tutto ciò* che è “descrittivo”, ovvero non “politico”, sotto il titolo comune e molto ampio di “giuridico” (cfr. p. 26 sg., p. 255). Giacché in questi confronti introduttivi si tratta solo di determinazioni concettuali contestabili in una prospettiva metodologica, per il momento non occorre soffermarsi troppo. Ciò che conta sin d’ora è intendere come quel che è fatale nel libro di Schmidt consista proprio nel preciso *accordo* tra la trattazione scientifica dei problemi stessi e l’orientamento “metodologico”: l’indeterminatezza della metodologia corrisponde con precisione alla mancanza di separazione tra ciascuna delle singole esposizioni. Tutto il progresso dell’elaborazione concettuale pubblicistica nell’ultima metà del secolo, basato sull’isolamento dei metodi di lavoro, il cui merito era in particolare di aver liberato la sistematica *giuridica* dello Stato (pubblica, costituzionale) dalle oscurità non giuridiche, viene reso illusorio da Schmidt, e la sua ricerca sembra essere ricaduta di nuovo in quella condizione di confusione universalistica che dominava nella prima metà del secolo XIX. Anche oggi i singoli rappresentanti della scienza possono discutere su quale sia la misura ammissibile di formalismo giuspubblicistico; – che però in generale la rigorosa elaborazione di una dogmatica del diritto pubblico sia divenuta per ciascuno un indispensabile presupposto per ogni conoscenza scientifica dello Stato, questo fatto fondamentale – per lo meno in Germania – ha trovato un’espressione pressoché unanime sia nella riflessione per principio metodologica – si rammenti ad esempio solo [G.] Jellinek, [O.] Gierke (cfr. [*Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, in] «Schmollers Jahrbuch» [ovvero, «Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche» (1883)], Bd. VII, Heft 1, [pp. 1097-1195]) e Laband – sia nella medesima prassi scientifica. In Schmidt ci si comporta esattamente al contrario non solo rispetto alla metodologia, ma anche rispetto alle singole esposizioni. Ma ciò che è più seccante non è che egli *chiami tutto* “giuridico” (nel suo senso), piuttosto che *non tratti nulla* “giuridicamente” (in senso tecnico). Tutto il suo libro mostra un’evidente antipatia contro il metodo giuridico che esige inesorabilmente rigore e chiarezza. *La sua dottrina dello Stato manca quindi anche, come sarà mostrato in seguito, di tutti i concetti giuridici fondamentali.* Non vi si trova neanche la più labile traccia di una comprensione veramente giuridica dell’oggetto statale, dell’ambito statale, dell’organo statale, del diritto pubblico soggettivo, della sovranità, delle forme statuali, della rappresentanza popolare, ecc.

[462] Tuttavia – per giungere ad un’obiezione che ciascuno potrebbe sollevare – il metodo giuridico è solo *uno* tra i diversi tipi di ricerca nella scienza dello Stato. Nessuno potrebbe voler ostacolare o sostitu-

Colloquio su Metodo, Interpretazione e Richterstaat

Intervista al Prof. Bernd Rüthers (Konstanz, 14 novembre 2015)

di Federico Pedrini*



Bernd Rüthers, emerito di Diritto Civile e Teoria del Diritto dell'Università di Costanza, della quale è stato anche Rettore, è uno tra i massimi giuristi contemporanei di lingua tedesca. Già membro e presidente di numerosi organi governativi, accademici e istituzionali, nonché giudice per 13 anni all'Oberlandesgericht di Stoccarda, è autore di 50 monografie e più di 400 saggi in materia di diritto civile e del lavoro, nonché di storia, comparazione, teoria e metodologia del diritto. Celebre sin dal suo fondamentale studio del 1968 (Die unbegrenzte

Auslegung – Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus) dedicato all'applicazione del diritto nel Terzo Reich, le sue riflessioni recenti costituiscono alcuni tra i più incisivi contributi della dottrina tedesca alla riflessione critica sulla teoria e sulla prassi dell'ermeneutica giudiziaria (La Direzione).

*Introduzione. Destino&Clandestino,
ovvero: Richterstaat e Scienza del Diritto*

*Kein Vormarsch ist so schwer wie der zurück zur Vernunft
(BERTOLT BRECHT)*

«Non c'è avanzata più dura del ritorno alla ragione», recita una celebre massima di Bertolt Brecht, che parrebbe simboleggiare nel migliore dei modi anche il “filo d'Arianna” della parabola intellettuale e scientifica di Bernd Rüthers, Maestro della scienza giuridica tedesca che come pochi altri ha fatto costantemente e coerentemente propria la bandiera illuministica del “*sapere aude!*”.

Se è vero infatti che l'illuminismo – seguendo la nota lezione di Kant – sarebbe costituito dall'«uscita dell'uomo dallo stato di minori-

* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

tà che egli deve imputare a se stesso», non v'è dubbio che il più significativo insegnamento trasmessoci da Rüthers si possa sintetizzare proprio nel «coraggio di far uso del proprio intelletto senza essere guidati da un altro». Foss'anche questo "altro" il più profondamente radicato tra i miti dell'immaginario giuridico contemporaneo, a cominciare dalle molte narrazioni giusnaturalistiche ancor oggi variabilmente *in auge* a dispetto delle smentite e delle confutazioni che Storia e Ragione avrebbero già da tempo generosamente dispensato.

Una volta che s'adotti come *habitus* mentale il rigoroso rifiuto di ogni metafisica giuridica che voglia presentarsi come scienza, tuttavia, Rüthers ci mostra come sia possibile riconoscere per infondato e fuorviante già il primigenio archetipo retorico-argomentativo di tutte le odierne rivendicazioni fideisticamente protese verso la mite realizzazione giudiziale di un "diritto giusto".

Caduto il velo di Maya, invero, a sgretolarsi per prima è proprio la diffusa leggenda secondo cui soltanto un diritto "di natura" di conio pretorio avrebbe potuto arginare gli orrori della legalità nazista, rispetto alla quale il giuspositivismo sarebbe risultato strutturalmente inerme, se non addirittura corrivo. Questa tesi, per quanto nobilitata dalla "conversione" alla sua causa di un "mostro sacro" come Gustav Radbruch e da allora ripetuta per ogni dove come un mantra indù, si palesa non soltanto seccamente «fasulla», ma addirittura antifrastica, se è vero che «dal 1933 in avanti i giuristi del Terzo Reich *non hanno* applicato le *leggi vigenti*, ma il "diritto naturale di sangue e di suolo" nazionalsocialista».

La rimozione freudiana – se non addirittura, nei casi più gravi, il deliberato occultamento – di tale evidenza storica, dal canto suo, non costituisce soltanto un grave problema di "memoria", cui non a caso Rüthers ha dedicato innumerevoli saggi e due fondamentali monografie (la già citata *Die unbegrenzte Auslegung*, XII ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, 545 pp., nonché *Geschönte Geschichten – Geschönte Biographien*, II ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, 188 pp.). La «spirale del silenzio» che ancor oggi ammanta questa risalente vicenda, infatti, impedisce anche e soprattutto di riconoscerne i frutti avvelenati nel presente, a partire da quel "*Trojan Horse*" rappresentato dal metodo *soi-disant* "oggettivo" d'interpretazione dei documenti normativi.

Per suo tramite gli interpreti – rifuggendo programmaticamente da ogni indagine empirica sul legislatore concreto e operando sotto il comodo mantello di volontà "astratte" – "inoculano" il significato *nei* documenti normativi, invece che "estrapolarlo" *da* essi, divenendo di fatto «*onnipotenti* circa il contenuto della legge» e della Costituzione.

Al raggio perpetrato da questa tecnica sul piano dei *fatti* – dove non di rado essa «*ha capovolto* i valori fondamentali dei padri e delle

lungsziel), predicandoli come funzionali al (e imposti dal) principio costituzionale di separazione dei poteri, a quello democratico e di sottoposizione del giudice (compreso quello costituzionale) alla legge e come gli unici rispettosi dell'attribuzione esclusiva alla maggioranza dei 2/3 di *Bundestag* e *Bundesrat* del potere di revisione costituzionale.

A molti costituzionalisti – non da ultimo ai molti adepti della diffusa interpretazione “neocostituzionalistica” per valori – sembrerà sicuramente un balzo indietro di molti anni. Non ha paura di passare da conservatore o addirittura da nostalgico?

R.: Se la fedeltà alla legge e alla Costituzione fossero da considerare *demodée*, sarei ben felice d'esserlo anch'io.

(Traduzione dal tedesco di Federico Pedrini)

Abstract

This scientific discussion critically examines the main elements of the views of Bernd Rüthers on the “State of judges” (*Richterstaat*) and on methodological and interpretative assumptions in the science of law. Rüthers' main thesis is that jurisprudence is an inevitable destiny of societies and contemporary juridical systems, but also that this must not justify passive acceptance of the decisions of the judicial bodies of last resort. While the same positive law assigns the latter decision-making bodies binding effect, the condition for this ‘privilege’ is the constitutional restriction on judges to adopt an interpretative method that examines the legislator's effective historic intention. It follows that positions advocating the ‘freedom’ of judges in the choice of method ultimately end up being an invitation to violate the constitution.

Concetto di diritto e idea del diritto. Su Julius Binder critico di Stammler

di Carl Schmitt



Le pagine che seguono costituiscono la recensione dedicata da Carl Schmitt al volume di Julius Binder, Rechtsbegriff und Rechtsidee. Bemerkungen zur Rechtsphilosophie Rudolf Stämmers, Leipzig, A. Deichert, 1915, pp. XVI-316. Pubblicata sulla "Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", 17 (1916), pp. 431-440, essa mette in luce come l'eredità rappresentata dal criticismo e dal metodo trascendentale kantiano costituisca, in quel torno di anni (1870-1920) che va sotto il nome di Methodenstreit, il principale terreno di confronto tra giuristi e filosofi del diritto. La recensione al volume di Binder, proprio come le riflessioni di poco anteriori su Der Wert des Staates und die Bedeutung

des Einzelnen (1914) e le considerazioni sulla filosofia neokantiana raccolte nei Tagebücher (1912-1915), offre una chiara testimonianza del fatto che lo stesso Schmitt si trovasse profondamente immerso in questa disputa, impegnato a trovare una "terza via" tra il positivismo giuridico e la metafisica giusnaturalistica (La Direzione).

Le osservazioni di Binder concernono il libro di Stammler pubblicato nel 1911, *Teoria della scienza giuridica*, l'ultima e, a quanto pare, conclusiva esposizione della filosofia del diritto di Stammler; dal primo all'ultimo capitolo, l'illustrazione di questo lavoro è accompagnata da domande, commenti e obiezioni. Il risultato della critica di Binder è il seguente: pur riconoscendo la straordinaria rilevanza dell'impostazione problematica di Stammler, la sua impresa però deve considerarsi, «con dispiacere, fallita» (316). Quasi tutti i risultati e le argomentazioni importanti di Stammler vengono rigettati. Ne viene così che le accuse di fraintendimento, mancata chiarezza e oscurità del modo di esprimersi di Stammler, nonché quelle riguardanti la sua terminolo-

gia arbitraria e inconsequente, percorrono il libro dall'inizio alla fine¹. Ciò nonostante, tale libro non può ritenersi un "anti-Stammler". Binder, infatti, non rifiuta essenzialmente il metodo che Stammler pretende di seguire, ma contesta soltanto che Stammler lo abbia realmente seguito; egli presuppone espressamente che il punto di partenza comune che condivide con Stammler costituisca il fondamento di ogni critica feconda, ovvero la filosofia trascendentale kantiana con la sua opposizione di forme pure (condizioni *a priori*) e di materia appartenente all'empiria (condizionato); punto di partenza che pone entrambi, Stammler e Binder, in contrasto sia con il positivismo puramente empiristico, come quello di Bergbohm, sia con la metafisica del diritto di Hegel. Quando Binder, oltre a questa teoria della conoscenza, presenta come secondo punto di partenza comune «la fondazione dell'etica dal punto di vista della libertà personale» (3), allora questo punto di vista passa in secondo piano, pur essendo tuttavia di fondamentale interesse e meritevole di una illustrazione particolareggiata.

Stammler comincia esponendo il suo "concetto puro del diritto" («il diritto è una volontà inviolabile, autoritativa e obbligatoria») che, indipendente da ogni esperienza e libero da contenuti empirici, quindi formale nel senso della teoria trascendentale della conoscenza, rende innanzitutto possibile la conoscenza del 'diritto'. Stammler presume di aver ottenuto questo concetto decisivo in modo deduttivo, attraverso una «introspezione critica», partendo dalla volontà (in opposizione alla percezione) come concetto generale e aggiungendovi uno per uno gli elementi specifici (inviolabilità, autoritatività, obbligatorietà). Su questo punto Binder solleva la sua prima obiezione: il concetto puro di diritto di Stammler non è ricavato mediante un'analisi critica, bensì, tramite un'astrazione generalizzante, da esperienze giuridiche empiriche; esso è il concetto generale ultimo e supremo del mondo giuridico empirico, che viene ottenuto tramite astrazioni sempre ulteriori, e quindi induttivamente, non deduttivamente; dal punto di vista metodologico si tratta di un errore, poiché in questo modo non si ricava nessun concetto puro (8, 142). L'errore nella struttura logica ritorna continuamente in Stammler: nelle discussioni sui «concetti fondamentali» del diritto (105); nella metodica, quando presenta la formazione dei concetti giuridici (147 s.) e nella dottrina della costruzione giuridica (153); nella sistematica (160, 162, 164), specialmente nel fatto che Stammler, accanto al suo concetto di diritto, introduce anche quello di

¹ È interessante seguire queste critiche singolarmente (cfr. pp. 24, 27, 31 nota, 40, 47, 52, 56, 81, 92, 94, 114, 144, 151 nota, 160, 165, 173 nota, 192, 199, 201, 207, 211, 232, 234-236, 237-241, 254, 256, 268, 287, 308). Il rimprovero di sconcertante fraintendimento, che è stato sollevato già molte volte contro Stammler (cfr. per esempio M. WEBER in *Arch. f. Sozialw., Neue Folge*, Bd. VI, 94 ss.; C. SCHMITT, *Gesetz und Urteil*, Berlin, 1912, 54 nota), non è mai apparso così argomentato.

Dagli stati canaglia al Califfato nero

Note sulla fenomenologia politica dell'orrore di inizio millennio

di Mario Fiorillo*



Sommario: § 1. – La proclamazione del Califfato. § 2. – *Twin Towers*, stati canaglia e Califfato nero. § 3. – Stato islamico e comunità internazionale: un'organizzazione solo terroristica? § 4. – Un'entità proto-statuale fra *jihād*, *Shari'a* e *welfare*. § 5. – Conclusioni. Dimenticare Vestfalia.

§ 1. – La proclamazione del Califfato

La sera del 29 giugno 2014, primo giorno di *Ramadan* dell'anno 1435 dell'Egira, in un messaggio audio via Internet, Abu Mohammad al Adnani, portavoce dello Stato islamico dell'Iraq e della Siria (ISIS), annunciava che in una *Shura* (qualificata come consiglio dello Stato islamico) era stata decisa la rifondazione del Califfato islamico, con la designazione dello jihadista Abu Bakr al Baghdadi quale nuovo Califfo dei musulmani. Quest'ultimo aveva accettato la designazione, con giuramento di fedeltà, divenendo in tal modo Califfo dei musulmani dovunque si trovino nel mondo.

Il portavoce aggiungeva altresì che, pertanto, le parole 'Iraq' e 'Levante' venivano sottratte all'originaria sigla ISIS, il cui nome ufficiale diventava 'Stato islamico' (IS)¹. Il Califfato, continuava al Adna-

* Università degli Studi di Teramo.

¹ Va segnalato subito che la definizione di "Stato islamico" non è oggi l'unica usata per qualificare il Califfato. Gli Stati Uniti e il Regno Unito indicano questa organizzazione come ISIL (Stato islamico dell'Iraq e del Levante). In Francia, diffuso è l'acronimo arabo *Da'ish* o *Daesh* (Stato Islamico dell'Iraq e del Levante, o della Grande Siria), che peraltro non è privo di connotati dispregiativi (e infatti viene punito con la fustigazione nei territori del Califfato). Molte istituzioni arabe rigettano per intero l'aggettivazione "islamico", ritenendola usurpata, e preferiscono, nella denominazione, mettere l'accento sui suoi legami con al-Qaeda, da cui peraltro, come si vedrà, lo Stato islamico è ormai definitivamente emancipato: in Egitto, per esempio, le autorità islamiche hanno consigliato di riferirsi all'IS come

ni, è «un sogno» che si realizza. Ogni «credente musulmano» dovrà rifiutare «la democrazia, la laicità, il nazionalismo, come pure le altre immondizie e idee dell'Occidente». Il lungo sonno «nelle tenebre e nell'ignoranza» è finito².

L'instaurazione unilaterale del Califfato risponde ad un'evidente esigenza di legittimazione politica, che va articolata su un piano storico ben preciso. Il termine proviene dall'arabo (*khi-lā-fa*), che significa 'successione', 'vicariato', 'reggenza'. E, in effetti, primo califfo ad essere designato fu Abu Bakr (632-634), immediato successore (e suocero) del profeta Muhammad, che diede avvio alla breve e assai intensa fase storica dei "califfi ben guidati" (*rashidun*), comprendente 'Omar (634-644), 'Othman (644-656) e 'Ali (656-660). Designati su base elettiva e non dinastica, legati da vincoli diretti alla figura del Profeta, costoro rappresentarono l'età eroica della formazione e consolidamento della comunità musulmana (*Ummah*) che, attraverso successi militari e riforme amministrative, diede una spinta decisiva alla formazione dell'unità politica islamica³.

Dopo i primi quattro califfi *rashidun*, il Califfato, pur operando in un clima di forte contrasto interno derivato dall'opposizione cosiddetta alide (per la quale il governo califfale doveva essere diretto da discendenti della famiglia del Profeta) conobbe un'epoca di grande espansione e sviluppo al tempo degli Omayyadi (661-750) e degli Abbasidi (750-1258), con i quali l'istituzione califfale si estinse. Il termine, in effetti, per la sua grande forza evocativa, fu ripristinato nel corso dei secoli successivi da diverse realtà politiche di ispirazione islamica (sino all'abolizione decretata, nel 1924, da Mustafa Kemal in concomitanza con la nascita della Repubblica Turca), ma in un quadro assai lontano dalla forza politica del passato⁴.

Si comprende perché il neo califfo al Baghdadi, qualche giorno prima della proclamazione del nuovo Stato islamico del 29 giugno, abbia auto-assunto il nome, dalla forte carica simbolica, di 'Abu Bakr',

"Separatisti di al-Qā'ida in Iraq e Siria" (QGIS). Sul punto, L. DEARDEN, *Isis vs Islamic State vs Isil vs Daesh: What do the different names mean - and why does it matter?*, in www.independent.co.uk, 23 september 2014. Su significato e funzioni della *Shura* nel pensiero politico islamico v. M. CAMPANINI, *Oltre la democrazia: temi e problemi del pensiero politico islamico*, Milano-Udine, Mimesis, 2014, 97 ss.

² Il testo integrale del comunicato si può leggere in https://ia902505.us.archive.org/28/items/poa_25984/EN.pdf.

³ Il termine "*Ummah*" talvolta viene tradotto come nazione islamica, ma in realtà, volendo tenere presente l'accezione occidentale di nazione, meglio andrebbe qualificato come comunità sovranazionale, che condivide una storia religiosa comune. Una realtà che «è unica e ha come capo Dio» (*Cor.* 23, 52-54), nel mentre resta «la miglior comunità mai suscitata fra gli uomini» (*Cor.* 3,110). In argomento cfr. C. SBAILÓ, *I Costituzionalisti europei e il califfato Nero. Dopo la sconfitta militare, un confronto a tutto campo sulla riespansione islamica*, in www.federalismi.it, n. 9, 2015, 8 e nt. 18.

⁴ Una sintesi efficace sull'evoluzione secolare del Califfato è in F. CARDINI, *L'ipocrisia dell'Occidente. Il Califfo, il terrore e la storia*, Roma-Bari, Laterza, 2015, 22 ss.

pletamente estraneo al furore moralistico delle guerre civili e di religione. La guerra del Califfato nero sembra invece riecheggiare una fenomenologia politica "altra", un arcaico arretramento a meccanismi di mera imposizione di forza collettiva e individuale, del tutto incontrollati e incontrollabili. Un ritorno in piena regola – fra vagheggiamento del martirio e l'orrore di esecuzioni seriali – alla premodernità politica.

Abstract

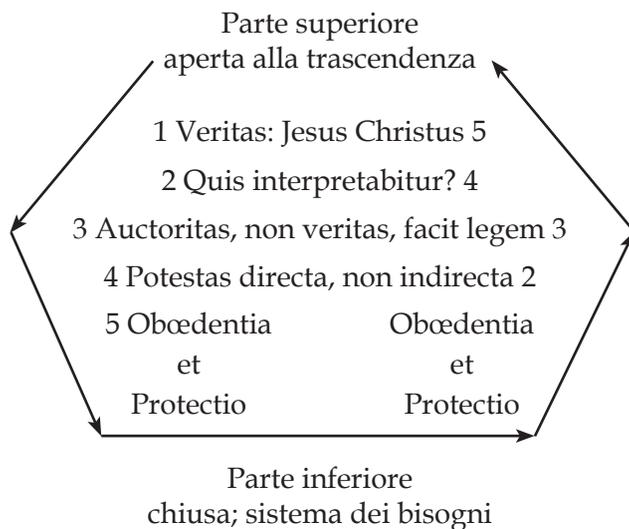
The paper examines historical foundations, institutional organizations and the regime of the Islamic state (IS), highlighting important growth indicators in its stabilization process: a significant territorial development, the by now wide following, and the rigid organization that exercises a brutal monopoly of strength and self defined rules. Even in the absence of any international acknowledgement, a 'proto-state' emerges, with a radically and factiously theocratic political view, totally alien to traditional models of public relations. The use of a model of public relations based on the war of conquest and individual and collective strength, signals a return to Pre-modernity.

Il Geroglifico di Schmitt

di Francesco Valagussa*



Sommario: § 1. – Doppio verso. § 2. – Al fondo della doppia lettura: l'inversione *obœdientia* ↔ *protectio*. § 3. – «Thus play I in one person many people». § 4. – Sulla tensione tra l'immediato e il superato. § 5. – Lo Stato e il *club*.



* Università Vita-Salute San Raffaele, Milano.

Schmitt presenta questo cristallo come «il frutto di una ricerca durata tutta la mia vita»¹ sull'opera di Hobbes². Il tono rievoca la «Ricerca di ben vent'anni»³ intrapresa da Vico per discendere dalle nature umane ingentilite verso quelle menti «fiere e immani». Giunti al cuore della ricerca, *la lingua pistolare confessa la propria insufficienza e cede il passo al cristallo*: la forma del trattato scientifico soccombe al geroglifico. Come traspare dal suo *Glossario*, accanto alla straordinaria forza ordinatrice e definitoria esibita in pubblico, Schmitt coltivava una vita privata «dura, distrutta, sacrificata a questo compito ordinatore»⁴, il compito drammatico (impossibile e al contempo irrinunciabile) di delimitare il non delimitabile⁵.

Nessuna dinamica dialettica governa con sicurezza il trapasso dall'ignoto a un ordinamento razionale⁶: ogni simbolica deve coltivare attorno alla definizione un "orlo di adattabilità" nel rapporto tra cosa e segno. L'efficacia definitoria dei concetti schmittiani dipende proprio dalla capacità di procedere nell'articolazione delimitante avvalendosi di un innato strabismo (la «rara dote» di cui si discute nel *Glossario*⁷) che non perde mai di vista il non-delimitabile. Il pensiero di Schmitt è uno sguardo di Giano⁸: mentre persegue la delimitazione, con disciplina ininterrotta "tiene d'occhio" il non delimitabile e individua nella decisione il luogo di passaggio.

In *Romanticismo politico* Schmitt contrappone l'occasionalismo romantico al decisionismo⁹. La teologia cristiana si distingue dal romanticismo – e non si riduce a un puro misticismo, che troverebbe nel chiliasmo rivoluzionario¹⁰ e nell'anarchia le proprie sterili espressioni politiche – proprio a motivo del Giudizio, come distinzione tra salvezza e dannazione: «il cielo cristiano è certamente pieno di musi-

¹ C. SCHMITT, *Begriff des Politischen*, in *Archiv für Soz. und Sozialpolitik*, LVIII, 1932, trad. it. di G. Miglio e P. Schiera, *Il concetto di Politico*, in *Le categorie del politico*, Bologna, il Mulino, 1972, 151.

² Cfr. A. BIRAL, *Schmitt interprete di Hobbes*, in G. DUSO (a cura di), *La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, Venezia, Arsenale, 1981, 103-125.

³ G.B. VICO, *Principij di Scienza nuova d'intorno alla comune natura delle nazioni* (1744), in M. SANNA, V. VITIELLO (a cura di), *La Scienza nuova*, Milano, Bompiani, 2013, 899.

⁴ C. SCHMITT, *Glossarium. Aufzeichnungen der Jahren 1947-1951* (1991), trad. it. di P. Dal Santo, *Glossario*, Milano, Giuffrè, 2001, 235.

⁵ Cfr. *ivi*, 236.

⁶ Cfr. G. DUSO, *Razionalità e decisione*, in G. DUSO (a cura di), *Weber. Razionalità e politica*, Venezia, Arsenale, 1980.

⁷ C. SCHMITT, *Glossario*, cit., 236.

⁸ Cfr. C. GALLI, *Lo sguardo di Giano. Saggi su Carl Schmitt*, Bologna, il Mulino, 2012, 208.

⁹ Cfr. K. LÖWITZ, *Der okkasionelle Dezisionismus von Carl Schmitt*, in *Revue intern. de la théorie du droit / Intern. Zeitschrift für Theorie des Rechts*, 9, 1935, trad. it. di A.M. Ponzan, *Il decisionismo occasionale di Carl Schmitt*, in IDEM, *Marx, Weber, Schmitt*, Roma-Bari, Laterza, 1994, 142.

¹⁰ C. SCHMITT, *Politische Romantik* (1919), trad. it. di C. Galli, *Romanticismo politico*, Milano, Giuffrè, 1981, 89.

Abstract

The essay consists of a critical reflection on the 'crystal' that Schmitt uses to sum up the sense of his decade-long research on Thomas Hobbes. The elements of this crystal, examined in their reciprocal connections and according to the various possible directions of analysis (ascendant or descendent), also offer a key to interpreting the passage from the medieval to the modern age, giving an account of how the pre-modern separation between *auctoritas* and *potestas* later finds its full conciliation in a *summa auctoritas* which is a *summa potestas*. This binomial is rooted in the figure of the sovereign, which from a representative and substitute of divine power is transformed into a vicarious figure representing the widest possible range of subjects, from whom he is able to obtain consent.