

L'indipendenza della Bce alla prova delle politiche monetarie non convenzionali

di Omar Chessa*



Sommario: § 1. – Due modelli alternativi: il *fiat-money* e la *Central Bank Independence*. § 2. – Politica fiscale e politica monetaria: di chi è la *dominance*? § 3. – Le politiche monetarie “non convenzionali”: tra attese... § 4. – ... e timori. § 5. – Le *Outright Monetary Transactions* della Bce. § 6. – Il tribunale costituzionale tedesco contro le *unconventional monetary policies*. § 7. – La risposta della Corte europea di giustizia. § 8. – Un ripensamento della dottrina dell’indipendenza della banca centrale? § 9. – La Bce e il *quantitative easing*: la “terza via” del *central banking*.

§ 1. – *Due modelli alternativi: il fiat-money e la Central Bank Independence*

Thomas Hobbes scriveva che tra «i diritti che costituiscono l’essenza della sovranità» c’è «il potere di coniare moneta» e che «il denaro è il sangue di uno Stato»¹, poiché la sua circolazione nel corpo politico consente lo scambio continuo dei beni e servizi, nutrendo così le cellule che formano il Leviatano.

Ma pur rientrando tra le prerogative necessarie della statualità moderna, la sovranità monetaria può declinarsi in modi diversi, secondo i tempi, le circostanze e il tipo di assetto politico-costituzionale. Si palesa nella sua pienezza quando gli organi statali di direzione politica detengono il potere di decidere, con un semplice *fiat*, l’emissione di moneta avente corso legale, stabilendo così *quale* e *quanta* moneta deve circolare nel sistema economico nazionale. Non per caso questo regime monetario prende il nome di *fiat-money*. Ovviamente, l’atto di emissione è, di regola, adottato da una banca centrale. Ma il principio è comunque confermato se la banca centrale non può trasgredire l’ordine politico di emissione. Ad esempio, è un’applicazione paradigmatica dei principi del *fiat-money* l’obbligo per la banca centrale di mone-

* Università degli Studi di Sassari.

¹ T. HOBBS, *Leviathan* (1651), trad. it. di G. Micheli, *Leviatano*, Milano, BUR, 2011, 193, 266.

tizzare il debito pubblico, ossia di acquistare in via residuale l'eccesso di offerta di titoli di Stato, monetizzando così il fabbisogno governativo e il *deficit spending*.

Al contrario, se in un ordinamento è assente quest'obbligo del *central banking* e l'istituto di emissione può valutare e decidere liberamente di non acquistare i titoli statali di debito rimasti invenduti, avremo allora un regime diverso, perché gli organi statali di direzione politica non avranno il potere di stabilire, con un semplice *fiat*, la creazione di base monetaria avente corso legale. In quest'ipotesi l'ordinamento recepisce il modello della *Central Bank Independence (Cbi)*².

La dottrina della *Cbi* disegna l'autorità fiscale e l'autorità monetaria come ambiti separati. Alla prima è riservato il potere di definire la misura e le fonti delle entrate tributarie destinate al settore pubblico, nonché il potere di stabilire le modalità, gli impieghi e i beneficiari della spesa pubblica. Alla seconda spetta il potere di emettere moneta avente corso legale, di controllare l'entità della base monetaria attraverso strumenti diversi, come la fissazione dei tassi di interesse, delle riserve obbligatorie, nonché il potere di vigilanza bancaria e di garanzia della solvibilità e liquidità del sistema creditizio mediante funzioni di *lender of last resort*³. In forza di questa separatezza, le due sfere di competenza debbono riservarsi a organi distinti: la politica fiscale agli organi di direzione politica (e in particolare, nei regimi democratici al raccordo tra governo e camere elettive), la politica monetaria a una banca centrale autonoma dal potere politico, onde impedire che le scelte di politica monetaria siano dettate da valutazioni e interessi politici contingenti anziché da ragioni tecniche obiettive, suggerite dalla scienza economica. In particolare, l'obiettivo primario di una banca centrale indipendente è assicurare la stabilità dei prezzi, tenendo sotto controllo le dinamiche inflazionistiche.

² L'alternativa illustrata nel testo può anche descriversi come l'alternativa tra due modelli contrapposti di *central banking*: quello «orientato al Tesoro» e quello «orientato alle banche centrali», su cui vedi D. MASCIANDARO, *Il grado di autonomia della banca centrale e la politica monetaria nei maggiori paesi industrializzati*, in D. MASCIANDARO, S. RISTUCCIA (a cura di), *L'autonomia delle banche centrali*, Milano, Edizioni di Comunità, 1988, 347-386 (lo schema è ripreso anche da G. CAMA, *La Banca d'Italia*, Bologna, il Mulino, 2010, 21). Il modello «orientato al Tesoro» è «connotato da un grado minimo di autonomia», perché «la banca centrale non regola autonomamente la creazione di base monetaria, che avviene invece in funzione della scelta discrezionale del Tesoro circa la composizione del finanziamento del disavanzo. In questo caso il governo è sostanzialmente libero di monetizzare il debito pubblico senza il preventivo assenso dell'autorità monetaria». Al contrario, il modello «orientato alla banca centrale» è «connotato da grande autonomia», perché «la banca centrale interviene discrezionalmente sulla creazione di base monetaria e regola l'andamento della liquidità bancaria mediante interventi di tipo indiretto, non potendo imporre controlli diretti sul sistema bancario per i suoi scopi di politica monetaria. Inoltre, il Tesoro, non potendo creare autonomamente base monetaria, deve finanziare il suo fabbisogno facendo ricorso al mercato».

³ Cfr. A.S. BLINDER, *How Central Should the Central Bank Be?*, in *Journal of Economic Literature*, vol. 48, n. 1, 2010, 124.

Corte Europea di giustizia del 18 luglio 2017, eccepisce, anche questa volta, il carattere *ultra vires* del programma di *Qe* varato dalla Bce, nel convincimento che non sia *solo* una misura di politica monetaria, ma *anche* una misura che produce effetti sulla politica economica in genere, e fiscale in particolare.

Il quadro, dunque, è complesso. Nell'Eurozona si afferma un modello di *Central Banking Independence* che non trova più conforto nell'apparato teorico ordoliberal, perché l'intervento sulla formazione dei prezzi di mercato, non giustificato dall'esigenza di ripristinarne il funzionamento concorrenziale, va oltre lo strumentario che la *Ordnungstheorie* considererebbe legittimo. Ma neppure il modello sembra approdare alle tesi del rivale storico del pensiero ordoliberale, cioè alle tesi di John Mainard Keynes. Infatti, si offre agli Stati un ombrello protettivo contro le speculazioni dei mercati finanziari sui debiti sovrani – speculazione che è esattamente il fenomeno reso possibile proprio dalla *Cbi* –, ma sotto la condizione che gli Stati siano disposti a una sostanziale e definitiva rinuncia del potere di decidere le proprie politiche fiscali: le sole decisioni di bilancio ammissibili diventano, così, quelle di consolidamento o austerità fiscale, cioè di scrupolosa osservanza del pareggio dei conti pubblici³⁰.

Dove conduca questa "terza via" è ancora ignoto. Così come non è dato sapere se percorrendola fino in fondo si arriverà a elaborare un nuovo corpus dottrinario coerente a supporto della *Cbi european style* o se invece l'esito sarà la sua completa de-legittimazione.

Abstract

The essay raises questions about European Central Bank's actual independent role, also in view of its "unconventional" monetary measures enforced in recent years. The role is compared with classical theoretical models of "fiat-money" and "Central Bank Independence" and in none of the cases the Ecb proves to be completely independent. This accounts also for the divergent legal recognitions given by the Federal Constitutional Court and the Court of Justice of the European Union.

li)». Insomma lo scenario appare diverso da quello che era presente negli USA allorquando si adottarono le misure di *Qe*.

³⁰ E la ragione di questo nuovo equilibrio è la volontà dei Paesi creditori netti dell'Europa del nord di assoggettare a disciplina fiscale i paesi debitori netti dell'Europa del sud, come asserito da P. DE GRAUWE, *Macroeconomic Policies in the Eurozone since the Sovereign Debt Crisis*, Ku Leuven Euroforum, 2014, 5, per il quale «there can be little doubt that the ECB saved the Eurozone, at least for the time being when in 2012 it announced its *Omt* program. The latter is a commitment to provide unlimited amounts of liquidity in the sovereign bond markets of the Eurozone in times of crisis. The ECB's announcement, however, did not prevent the Eurozone from developing into a governance in which the creditor countries dictate the budgetary and macroeconomic policies for the Eurozone as a whole».

Potere e libertà in Bruno Leoni

di Lorenzo Infantino*



Sommario: § 1. – Dalla pretesa al potere. § 2. – Alla ricerca di una teoria della società. § 3. – Rapporti “egemonici”. § 4. – Qualche conclusione.

Cade quest’anno il cinquantésimo anniversario della prematura scomparsa di Bruno Leoni, il filosofo del diritto che ha strettamente legato la sua opera teorica alla Scuola austriaca di economia (in particolare, a Ludwig von Mises e Friedrich A. von Hayek) e che ha fortemente contribuito all’attività della *Mont Pèlerin Society*, l’associazione internazionale di studiosi di orientamento liberale, fondata nel 1947¹.

Leoni ha goduto in vita di una vasta reputazione. È stato probabilmente lo studioso italiano di scienze sociali che nel secondo dopoguerra ha avuto maggiore notorietà internazionale. Il che si deve non solo alla sua partecipazione alle iniziative della *Mont Pèlerin Society* e ai corsi svolti all’estero, ma anche alla pubblicazione di *Freedom and the Law*, il testo di una serie di lezioni tenute in California nel 1958, pubblicato più volte in inglese (1961, 1972, 1991)².

Sebbene a volte si ritenga il contrario, il liberalismo è una teoria del potere, di come limitarlo e sottoporlo a controllo³. E presuppone a

* LUISS Guido Carli, Roma.

¹ Al momento della morte, Leoni era presidente in carica della *Mont Pèlerin Society*.

² L’opera è apparsa in traduzione italiana solamente nel 1994 (B. LEONI, *La libertà e la legge*, Macerata, Liberilibri), per iniziativa di Aldo Canovari e Raimondo Cubeddu. Sui particolari della preparazione di tale edizione, vedi R. CUBEDDU, *Ripensare il diritto, tutelare la libertà*, in B. LEONI, *La libertà e il diritto*, trad. it. di C. Lottieri, Torino, IBL Libri, 2017, 16-18. Il volume è la nuova traduzione italiana di *Freedom and the Law* (1961).

³ Non a caso Benjamin Constant (B. CONSTANT, *Principes de politique*, in *Cours de politique constitutionnelle*, vol. I, Paris, Librairie de Guillaumin, 1872, 8) ha scritto: l’«astratto riconoscimento della sovranità popolare non incrementa in nulla la libertà dei singoli. Se attribuiamo alla sovranità un’estensione che essa non deve avere, la libertà può essere persa malgrado quel principio o addirittura per il suo tramite».

sua volta una teoria della società, una spiegazione cioè del modo in cui la cooperazione fra gli uomini può avere luogo⁴. Leoni aveva ben compreso che il diritto è l'*habitat* della cooperazione sociale volontaria. Di qui la ricerca, fra le altre cose, di una base pre-giuridica o, più esattamente, sociologica su cui porre una costruzione che, attraverso il diritto, potesse giungere a una teoria del potere. Non ha avuto il tempo per portare a termine tale progetto. Ma ci ha lasciato dei frammenti su cui vale la pena soffermarsi.

§ 1. – *Dalla pretesa al potere*

Per comprendere la teoria del diritto di Leoni, bisogna ricorrere alla categoria dello 'scambio'. È questa la base di tutta la costruzione leoniana. Nelle *Lezioni di filosofia del diritto* tenute nel 1959, Leoni ha affermato: «È ovvio che una pretesa deve implicare per lo meno un soggetto che pretende e un altro che si concepisce obbligato a tenere un certo comportamento, che è oggetto della pretesa. Quindi, parlando di pretesa, ammettiamo l'esistenza di almeno due individui, uno che pretende e uno che si adegua alla pretesa, a parte poi il fatto che colui che si adegua alla pretesa può diventare soggetto di pretesa nei confronti del primo. Anzi, solitamente avviene proprio questo»⁵. Per Leoni, il «mondo del diritto» è anzitutto un «mondo di pretese»⁶. E, come l'autore dirà qualche anno più tardi, «la norma giuridica è la formulazione linguistica dell'incontro di [...] due comportamenti, del comportamento di colui che pretende con il comportamento di colui che si adegua alla pretesa»⁷. È vero: «A prima vista, si potrebbe dire che si tratta di un incontro tra una pretesa e un obbligo. Ma, se analizziamo più a fondo tale fenomeno, vediamo che si tratta in realtà, almeno nella maggior parte dei casi, di un incontro tra una pretesa con un'altra pretesa, di un incontro fra pretese»⁸. C'è pertanto uno scambio. E ciò significa che la parte svolta dalla norma «nel campo del diritto è molto simile a quella svolta dal prezzo nel campo dell'economia»⁹. Più esattamente, «il

⁴ Vedi, L. INFANTINO, *Potere. La dimensione politica dell'azione umana*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2013, 9-10.

⁵ B. LEONI, *Lezioni di filosofia del diritto*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2003, 89.

⁶ *Ivi*, 61.

⁷ B. LEONI, *Appunti di filosofia del diritto*, in IDEM, *Il diritto come pretesa*, Macerata, Liberilibri, 2004, 202 (tali appunti sono tratti dalle lezioni tenute da Leoni nel 1966).

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ivi*, 203. Bruno Leoni ha anche scritto: «Le norme dette "giuridiche" corrispondono [...], nel mondo delle pretese, ai prezzi di mercato; il processo di formazione delle norme appare analogo a quello della formazione dei prezzi» (IDEM, *Obbligo e pretesa nella dogmatica, nella teoria generale e nella filosofia del diritto*, in AA. VV., *Studi in onore di Emilio Betti*, Milano, Giuffrè, 1962, ora in B. LEONI, *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, Milano, Giuffrè, 1980, 236).

ta onniscienza di un Grande Legislatore. Tutti gli uomini soggiacciono a un'indefettibile condizione di «ignoranza e fallibilità»⁸⁵. Non c'è fra noi una fonte privilegiata della conoscenza⁸⁶.

Alla luce di ciò, Leoni non può che essere annoverato fra gli esponenti di un liberalismo evolucionistico. Il fatto che Murray N. Rothbard gli abbia rivolto un prolungato apprezzamento non cambia le sue coordinate culturali⁸⁷. Fra le altre cose, occorre rammentare che Rothbard è giunto a considerare «libertario» anche David Hume⁸⁸.

Abstract

Bruno Leoni's premature death has deprived us of many accomplishments he could not live to finish. Among the subjects on which he was working, there is a theory of power, based on an individualistic approach. Leoni left some fragments of it. But it is possible to develop by means of them a complete theory of power. This is nourished by a theory of society, which explains the possibility of voluntary social cooperation and identifies the conditions which prevent or restrict arbitrary power and the use of coercion.

⁸⁵ E. BURKE, *Reflections on Revolution in France* (1790), trad. it. a cura di A. Martelloni, *Riflessioni sulla Rivoluzione francese*, in IDEM, *Scritti politici*, Torino, UTET, 1963, 257.

⁸⁶ Per un'estesa trattazione di tale punto, rinvio a L. INFANTINO, *Potere*, cit., 169-180 e alla bibliografia *ivi* indicata.

⁸⁷ M.N. ROTHBARD, *On Freedom and the Law*, in *New Individualist Review*, n. 1, 1962, 37-40; IDEM, *For a New Liberty. The Libertarian Manifesto* (1973), trad. it. di E. Voltattorni, *Per una nuova libertà. Il manifesto libertario*, Macerata, Liberilibri, 1996, 316-217; IDEM, *The Ethics of Liberty* (1994), trad. it. di L.M. Bassani, *L'etica della libertà*, Macerata, Liberilibri, 1996, 316-317, 397 e 399.

⁸⁸ M.N. ROTHBARD, *L'etica della libertà*, cit., 274. Rothbard ha utilizzato in campo economico la teoria di ispirazione evolucionistica della Scuola austriaca di economia. Ma la sua filosofia politica è iperrazionalistica. Egli è stato critico nei confronti della teoria delle conseguenze inintenzionali, tant'è che ha concepito l'ordine sociale come volontariamente costruito. Per una critica alle posizioni di Rothbard condotta dal punto di vista evolucionistico, vedi S. FALLOCCO, *Liberalismo e anarcocapitalismo*, in *Nuova Civiltà delle Macchine*, fasc. 29, 2011, 181-194. R. CUBEDDU, *Ripensare il diritto, tutelare la libertà*, cit., 8, ha giustamente rilevato che, quando Leoni ha scritto i suoi lavori, «non si era delineata quella dialettica, se non contrapposizione, tra i *Libertarians* (che ancora non esistevano come noi oggi li conosciamo) e i "liberali classici" (che ancora non si chiamavano così) circa i vantaggi e gli svantaggi, ovvero la possibilità, di fondare il progetto di un controllo del potere finalizzato alla sua riduzione, sui *natural rights* o sulla *common law*».

Sull'abrogazione

Materiali per la storia dell'istituto: le Preleggi del codice civile del 1865

di Francesco Rigano*



Sommario: § 4. – La disciplina dell'abrogazione nella giurisprudenza e nella dottrina: i caratteri generali. A) La giurisprudenza. B) La dottrina. § 5. – L'autonomia della nozione di abrogazione nella ricostruzione dottrinale. A) La cessazione d'efficacia della legge per causa "intrinseca". B) La cessazione d'efficacia della legge per causa "estrinseca": l'abrogazione. § 6. – I criteri di riconoscimento dell'abrogazione nell'applicazione della giurisprudenza e nell'elaborazione della dottrina. A) I vincoli all'interpretazione giurisprudenziale.

B) L'abrogazione espressa. C) L'abrogazione tacita. § 7. – Per concludere: sui limiti all'abrogazione.

§ 4. – La disciplina dell'abrogazione nella giurisprudenza e nella dottrina: i caratteri generali

A) La giurisprudenza

Dopo aver tratteggiato il contesto nel quale nasce la disposizione delle Preleggi dedicata all'abrogazione, bisogna ora esaminare qual è l'interpretazione elaborata dai giuristi. Com'è ovvio, dottrina e giurisprudenza agiscono su piani differenti, l'una attenta alla sistematica teorica dell'istituto e l'altra più condizionata dall'esigenza di determinare soluzioni adeguate alla pratica giudiziaria. È tuttavia rinvenibile una sintonia di fondo, che si manifesta nei continui richiami della giurisprudenza da parte della dottrina, soprattutto del periodo immediatamente seguente all'entrata in vigore del codice civile del 1865. Rinviando ai successivi paragrafi l'illustrazione dettagliata delle posizioni assunte su alcuni fra i molti problemi, teorici e applicativi, si tenta qui di delineare una panoramica d'insieme, che consenta poi la migliore comprensione degli aspetti più puntuali.

* Università degli Studi di Pavia.

La prima parte dello studio è pubblicata sul n. 8 (2017) di questa Rivista; il saggio è destinato a confluire in una più organica indagine monografica.

Se è vero che l'art. 5 delle Preleggi del 1865 è disposizione rivolta ai giudici, e non al legislatore, e se il suo scopo è di tracciare rigidi confini all'attività giurisdizionale, i risultati in questa direzione concretamente conseguiti appaiono contraddittori.

La rassegna della giurisprudenza applicativa dell'art. 5 Preleggi dimostra che i giudici s'appropriano di tale disposizione e ne arricchiscono il contenuto positivo, prospettando una serie di temperamenti, e dunque di limitazioni, alla rigorosa applicazione dei modi d'abrogazione. L'adattamento giurisprudenziale coinvolge soprattutto – com'è naturale – le ipotesi di abrogazione tacita, per le quali sono elaborati criteri applicativi originali. Così, ad esempio, l'incompatibilità determinativa dell'abrogazione della legge antica ricorre soltanto nel caso della "contraddizione formale", cioè quando è "impossibile" applicare le disposizioni della legge precedente e quelle della legge successiva; la regola della *lex posterior* non è poi applicata nei conflitti fra legge generale e legge speciale, la cui soluzione è indicata nella prevalenza della legge speciale. In generale la giurisprudenza tende ad adottare criteri che recuperano gli spazi d'interpretazione giudiziaria: di fatto nell'applicare i criteri di riconoscimento dell'abrogazione svolge un ruolo fortemente creativo. È così data effettività a limitazioni e deroghe che non trovano fondamento nel dettato dell'art. 5 Preleggi, bensì piuttosto nelle regole della tradizione giuridica medioevale.

In effetti, non può non sorprendere la frequenza con cui, nelle motivazioni delle sentenze, sono citati gli antichi brocardi. Come si concilia questo modo d'argomentare con la rottura che la codificazione rappresenta rispetto al passato? Una possibile risposta è che le codificazioni civilistiche dell'Ottocento, e tra esse anche quella italiana del 1865, inverano la radicale trasformazione del ruolo dell'*interpretatio* (anzi, come s'è detto, il capovolgimento del rapporto fra l'interpretazione-applicazione del diritto e la produzione del diritto), ma nel porre le regole materiali delle situazioni giuridiche, e dei rapporti tra i privati, utilizzano poi lo strumentario concettuale e dogmatico ereditato dal diritto comune: talvolta, addirittura, la disposizione legislativa recepisce la regola di diritto comune¹. Perciò i contenuti normativi di molte delle disposizioni introdotte dai codici si prestano ad essere spiegati, nelle motivazioni dei giudici e soprattutto nelle trattazioni dottrinali, facendo ricorso ai testi antichi².

¹ Cfr. P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998, 43.

² È questo un tratto agevole da riconoscere nei commentari ispirati dal metodo esegetico; e forse l'ispirazione al diritto comune nella disciplina dei singoli istituti codificati spiega come – ad esempio in Italia – la fortuna del metodo pandettistico possa conciliarsi con i principi del positivismo legislativo accolti nelle codificazioni.

abrogata, sia quella che ponga norme di natura costituzionale, sia quella abbia costituito diritti soggettivi a favore dei singoli verso lo Stato.

L'indagine sui limiti dell'abrogazione richiede, però, la messa in discussione del dogma della supremazia della legge. Non è un caso che il primo autore ad affrontare lucidamente questa tematica sia Carlo Esposito, nell'ambito della nota ricostruzione votata a dimostrare l'esistenza di limiti per la legge, in quanto atto giuridico.

Vero è che la dottrina stenta a tenere il passo delle trasformazioni che interessano, già in periodo statutario, il sistema di produzione del diritto. L'aumento della tipologia delle fonti porta con sé altri criteri di soluzione dei conflitti fra norme e si moltiplicano gli atti e i fatti che producono la cessazione dell'efficacia obbligatoria della norma, o comunque un effetto assai simile, quale ad esempio, l'ipotizzato accertamento giudiziario dell'incostituzionalità della norma. Di conseguenza l'abrogazione, originariamente concepita come l'unico meccanismo legale che consente l'esatta individuazione del momento del trapasso da una norma all'altra ed è quindi lo strumento tipico di superamento delle antinomie, progressivamente perde questa posizione di monopolio.

Abstract

The essay continues a past inquiry about the act of repeal in the statutory constitutional experience, now opened to scholarly and judicial positions. The former is more interested in the theoretical settlement of the process, whereas the latter is more influenced by the need of judicial practice adequate solutions. A fundamental agreement emerges from the continuous recalls of judicial practice from scholars, especially in the period subsequent to the enactment of the 1865 Civil Code.

Judicial reports about article 5 Preleggi demonstrates that judges took the article and enlarged its normative scope, prospecting a series of wanes – and limitations thereof – to the strict application of the repeal, therefore recreating room for judicial interpretation.

Scholars prospected an adaptation of ancient rules to the new system of law production, hinged on the exclusive role of the law, through a quite ideological operation, meant to assign a common application space to the principles of common law or, better, a meaning different from the one of the past.

The skillful work of tradition's recovering leads to two different results. First of all, the settlement of the idea that repeal is a universal canons-guided phenomenon; secondly, the dissimulation of the judicial pronouncements' creative character and, therefore, the legitimation of an interpretation of article 5 Preleggi that goes beyond its text.

invocata, insieme con quella dell'art. 73 («l'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo») per giustificare il potere di abrogare le leggi: si veda in specie G. SAREDO, *op. cit.*, 126.

Retorica dei diritti e retorica dei doveri: qualche considerazione “scomoda”

di Francesco Rimoli*



Sommario: § 1. – La retorica dei diritti. – § 2. – La sostenibilità dei diritti. § 3. – Dai diritti ai doveri. § 4. – Tornando ai diritti. § 5. – Abbiamo un diritto al nostro “stile di vita”? § 6. – Tirando le fila...

§ 1. – La retorica dei diritti

Scrive Gustavo Zagrebelsky in una sua recente riflessione che «i diritti come retorica dei diritti li troviamo spesso sulla bocca di coloro che se ne fanno schermo per rivestirne il loro potere, conculcandoli agli altri», e che dunque essi finiscono sovente con l’essere usati «non come protezione contro le ingiustizie, ma, al contrario, come legittimazione delle ingiustizie»¹. Considerazione condivisibile, che potrebbe peraltro essere riferita anche ad altri tipi di narrazione ideologica: se è vero che ci si può chiedere “quante violazioni dei diritti (altrui) avvengono in nome dei diritti (propri)?”, ci si potrebbe altrettanto chiedere quante violenze sono state compiute nella storia da chi, in nome di un dio o di una fede politica, promettendo il bene degli altri faceva solo il proprio.

In realtà, a dispetto delle note tesi di Lyotard sulla condizione postmoderna, i *grands récits* non sono affatto finiti²: essi rimangono

* Università degli Studi di Teramo, in convenzione nell’Università degli Studi Roma Tre.

¹ Così G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, Einaudi, 2017, 6, ripreso da A. CELOTTO, *Diritti (diritto costituzionale)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento, Torino, UTET, 2017, 262.

² Il riferimento è ovviamente al più noto saggio di J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere* (1979), trad. it. di C. Formenti, Milano, Feltrinelli, 1999, spec. 69 ss.; un quadro più ampio e interdisciplinare del postmoderno è però offerto da F. JAMESON, *Postmoderno. Ovvero la logica culturale del tardo capitalismo* (1991), trad. it. di M. Manganeli, Roma, Fazi, 2007; sul tema, tra molti, si vedano anche Z. BAUMAN, *Il disagio della postmodernità* (2000), trad. it. di V. Verdiani, Milano, B. Mondadori, 2002, nonché le critiche di J. HABERMAS, *Il discorso filosofico della modernità. Dodici lezioni* (1985), trad. it. di Em. Agazzi ed

(o rinvergono) nelle molte forme di integralismo religioso che hanno lacerato questo inizio di secolo, ma sono, a ben vedere, rimasti ben saldi anche nella visione laica del tardo Novecento, con il paradigma dei diritti fondamentali e con l'illusione, etnocentrica e talora strumentale, della loro universalizzabilità³. Ma soprattutto rimane ferma, benché sempre dissimulata dalle stesse metanarrazioni, quella nietzscheana volontà di potenza che anima molte azioni umane, e che usa il diritto (nonché, da un certo momento in poi, i diritti) appunto come strumento, e talora "maschera", del potere. L'«età dei diritti» di cui Bobbio parlava ancora nel 1987 in un noto discorso poi pubblicato nella silloge omonima⁴, si è autorappresentata anch'essa con la formulazione di uno di quei *récits* che hanno mosso la storia del mondo: i diritti fondamentali (e il principio di eguaglianza nella loro appartenenza che ne doveva costituire l'ovvio corollario), connessi dapprima alla condizione della cittadinanza⁵, sono progressivamente stati costruiti come diritti "umani", da garantire cioè a ogni individuo rispetto a ogni pote-

El. Agazzi, Roma-Bari, Laterza, 1997, 3 ss. Un esame di taglio sociologico delle transizioni proprie del passaggio tra modernità e postmodernità è in R. INGLEHART, *La società postmoderna. Mutamento, ideologie e valori in 43 paesi* (1996), trad. it. di L. Cedroni e L. Martini, Roma, Editori Riuniti, 1998.

³ Sia permesso sul tema il rinvio a F. RIMOLI, *Universalizzazione dei diritti fondamentali e globalismo giuridico: qualche considerazione critica*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Ferrara*, III, Torino, Giappichelli, 2005, 325 ss.; si veda altresì M. IGNATIEFF, *Human Rights as Politics and Idolatry* (2001), trad. it. di S. D'Alessandro, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, Feltrinelli, 2003; sul "minimalismo dei diritti" di Ignatieff, A. SCHIAVELLO, *Ripensare l'età dei diritti*, Modena, Mucchi, 2016, 40 ss. Per una critica all'universalizzazione dei diritti si veda anche D. ZOLO, *Fondamentalismo umanitario*, in M. IGNATIEFF, *op. cit.*, 135 ss.; G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari, Dedalo, 2006, 23 ss.; A. ALGOSTINO, *L'ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana?*, Napoli, Jovene, 2005, spec. 371 ss. Rileva come il paradigma dei diritti umani possa talora rivestire forme parareligiose A. SCHIAVELLO, *op. cit.*, 10; difende un universalismo dei diritti inteso come equivalente al principio di eguaglianza, e questo come «pari valorizzazione di tutte le differenze di identità che rendono ciascun individuo una persona differente da tutte le altre e di ciascun individuo una persona uguale alle altre», L. FERRAJOLI, *Universalismo dei diritti fondamentali e differenze culturali*, in G.M. SALERNO, F. RIMOLI (a cura di), *Cittadinanza, identità e diritti. Il problema dell'Altro nella società cosmopolitica*, Macerata, EUM, 2008, 51 ss. (cit. 53).

⁴ N. BOBBIO, *L'età dei diritti* (1987), ora in IDEM, *L'età dei diritti* (raccolta di saggi), Torino, Einaudi, 1992, 45 ss.; sul tema è d'obbligo anche il riferimento al noto saggio di S. RODO-TÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2015, spec. 41 ss.

⁵ Sul punto, con particolare riferimento alla Costituzione italiana, A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo* (2010), leggibile all'Url <http://archivio.rivistaaic.it/rivista/2010/00/Pace01.pdf>. Per una prospettiva più generale, si veda la complessa ma nitida definizione, "teorica" e "formale", data da L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali* (1998), ora in IDEM, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, Laterza, 2000, 5 ss., per il quale «sono 'diritti fondamentali' tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a 'tutti' gli esseri umani in quanto dotati dello *status* di persone, o di cittadini o di persone capaci d'agire; inteso per 'diritto soggettivo' qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto da una norma giuridica, e per '*status*' la condizione di un soggetto prevista anch'essa da una norma giuridica positiva quale presupposto della sua idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche e/o autore degli atti che ne sono esercizio» (*ivi*, 5); sul tema si veda anche IDEM, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia - I. Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, 724 ss.

diritti individuali non sono affatto raggiunti, se non parzialmente, per una frazione decisamente non maggioritaria del pianeta, e comunque con un processo che è purtroppo sempre reversibile⁶⁵. Essere consapevoli di ciò e misurarsi su obiettivi raggiungibili e sostenibili, aprendosi certo all'accoglienza, ma in modo ragionevole ed equilibrato, senza mai cedere a un'utopica demagogia né a una xenofobia iperidentitaria, significa infine difendere, a vantaggio di tutti, quanto fin qui si è faticosamente raggiunto.

Abstract

The essay aims at showing the problems generated by an excessive expansion of the paradigm of fundamental rights, as well as by the increasing rhetoric of duties, also in relation to the future generations.

no, Ed. di Comunità, 2001, 275 ss.; IDEM, *Giustizia come equità. Una riformulazione* (2001), trad. it. di G. Rigamonti, Milano, Feltrinelli, 2002, 100 ss.

⁶⁵ Si veda invece l'ottimistica conclusione di A. SCHIAVELLO, *op. cit.*, 62: «l'espressione 'fine dell'età dei diritti' è utilizzata in modo valutativamente neutrale, per indicare la fine di un paradigma di organizzazione della società a vantaggio di un altro, nonché la consapevolezza diffusa nella società che ciò è avvenuto e che tornare indietro è ormai alquanto difficile se non addirittura impossibile. Non c'è dunque alcunché di paradossale né di roboante o di retorico... nel decretare la fine dell'età dei diritti in presenza di un discorso pubblico tutto incentrato sui diritti e sulla loro tutela».

Indirizzo politico e amministrazione

di Gino Scaccia*



Sommario: § 1. – Prologo. Il rapporto politica-amministrazione nell’ottica costituzionalistica. § 2. – L’irrisolta tensione fra responsabilità politica e responsabilità amministrativa. § 3. – Separazione fra politica e amministrazione e *spoils system* nella giurisprudenza costituzionale. § 4. – Il rapporto politica-amministrazione e il ruolo dell’Autorità nazionale anticorruzione. § 5. – Conclusioni e prospettive.

§ 1. – Prologo. Il rapporto politica-amministrazione nell’ottica costituzionalistica

Dal punto di vista del diritto costituzionale, l’analisi del rapporto fra politica e amministrazione, nel suo profilo teorico più generale, richiede l’individuazione della linea che collega e al contempo separa la funzione di governo dalla funzione amministrativa, cioè «l’attività formalmente politica degli organi politici e quella formalmente amministrativa degli organi amministrativi»¹.

Un’indagine siffatta tocca le forme di manifestazione dell’indirizzo politico e il modo in cui gli organi che concorrono a formarlo possono esercitare influenza e condizionamento su attività rilevanti sul piano amministrativo (si pensi al sindacato ispettivo ed, emblematicamente, alla funzione della commissione parlamentare di vigilanza sul servizio pubblico radiotelevisivo); riguarda la ricerca dei limiti costituzionali all’attività amministrativa dispiegata in forma di legge (e dunque il fenomeno delle leggi-provvedimento e in luogo di provvedimento, nella sua connessione con le riserve costituzionalmente pre-

* Università degli Studi di Teramo, LUISS Guido Carli.

Testo della relazione tenuta il 20-21 gennaio 2017 a Palermo al Convegno “Lo statuto costituzionale delle pubbliche amministrazioni”, i cui atti sono in corso di pubblicazione. Ringrazio il prof. Giovanni Scala per aver autorizzato la pubblicazione in questa sede.

¹ G. FONDERICO, *Politici e burocrati nell’attuazione delle riforme amministrative*, in V. ANTONELLI, A. LA SPINA (a cura di), *I dirigenti pubblici e I nodi del cambiamento, scenari e prospettive in Italia e in Europa*, Roma, Luiss University press, 2010, 55-56.

viste e in particolare con eventuali riserve di amministrazione); invece, infine, la relazione fra responsabilità ministeriale e responsabilità amministrativa.

Uno dei primi studiosi ad occuparsi del tema, Frank J. Goodnow, in un corposo saggio del 1900 dal titolo *Politics and Administration*, scolpiva la differenza in modo che può ora apparire elementare, ascrivendo alla politica «the expression of the will of the state» e all'amministrazione «the execution of that will»².

Già Carl Joachim Friedrich³, nel fondamentale contributo del 1935 sul *Public Service* negli Stati Uniti, denunciava il carattere mistificatorio, stereotipato di questa partizione, costruita a suo dire su un'idea metafisica, neo-hegeliana, puramente speculativa di «volontà dello Stato» ed evidenziava piuttosto l'esistenza di una commistione strettissima fra funzione politica e funzione amministrativa, tanto da concludere che «there is more politics in the formation of policy, more administration in the execution of it».

Quella che in Goodnow appariva come una separazione rigida, categoriale fra attività strutturalmente disomogenee, in Friedrich si risolveva in una differenza di grado, riconoscendosi la presenza *anche* di amministrazione nella formazione delle politiche pubbliche e *anche* di politica nell'esecuzione amministrativa di esse.

Come dare torto a Friedrich? La vicenda del dispaccio di Ems ci fornisce l'esempio storico forse più clamoroso e limpido di quanto, per un verso, l'attuazione della volontà politica possa incidere sulla stessa orientandola in una o altra direzione fino, addirittura, a convertirla nel suo contrario; e di come, per altro verso, possa essere sfumata e inafferrabile in concreto la distinzione, così facile invece da segnare in astratto, fra opzione politica e scelta attuativa.

Si tratta, meglio precisando, del dispaccio inviato il 13 luglio 1870 da Heinrich Abeken, attendente di Guglielmo I di Prussia, a Otto von Bismarck, con il quale si informava il Kanzler prussiano dell'incontro avvenuto presso il luogo di cura Bad Ems fra il Re e l'ambasciatore francese Vincent Benedetti. L'ambasciatore aveva chiesto al Re di impegnarsi a non appoggiare la candidatura di un Hohenzollern al trono spagnolo, a quel tempo vacante. Il Re aveva replicato che attendeva notizie da Madrid e dal Principe Hohenzollern e che comunque riteneva di dover previamente consultare il Governo, concludendo

² F.J. GOODNOW, *Politics and Administration. A Study in Government*, New York, The MacMillan Company, 1900.

³ C.J. FRIEDRICH, *Responsible Government Service under the American Constitution*, in AA.VV., *Problems of the American Public Service*, New York-London, McGraw-Hill, 1935.

Abstract

The complexity in distinguishing between the government's goal-setting function and the administration's means-disposing activity, both at a level of legal theory and as a matter of positive (particularly constitutional) law, has marked the scientific inquiry about the structuring relations between administrative edge-bodies and the low-level, decision power-provided administrative ones (par. 1).

The essay gives account of the constitutional unsolved strain between political responsibility and the administrative role (par. 2); it recollects the Supreme Court's rulings on the separation of politics and administration, and on the *spoils system*, further pointing out the ongoing issues (par. 3); it reflects on the ways in which the National Anticorruption Agency (Anac) could influence the political and administrative liability and determine the ascription of the bureaucracy discretion's abridging decisions to the political bodies (par. 4); in the end, it suggests some ways in order to better balancing the claim of administration's democratic control with the acknowledged necessity of the administrative branch's impartiality and independence.

Posta da San Casciano

Sulle lettere di Carl Schmitt a Josef Isensee (1977-1980)

di Josef Isensee*



Sommario: § 1. – Come ho conosciuto Carl Schmitt. § 2. – Costellazione e stile dell’incontro. § 3. – Oggetto dei colloqui e delle lettere. § 4. – La costituzione attuale. § 5. – Il fattore cattolico. § 6. – Il caso di emergenza.

§ 1. – *Come ho conosciuto Carl Schmitt*

In quanto fenomeno letterario Carl Schmitt non mi era certo ignoto e ciò sin da quando, ancora studente, intorno al 1960, mi imbattei per la prima volta nella sua *Verfassungslehre* e nella sua *Politische Theologie*, restandone subito affascinato dallo stile conciso, metallicamente brillante, dai concetti potenti, dalla cultura soverchiante. Nel corso degli anni mi formai di lui un quadro come di una delle tre stelle della dottrina weimariana del diritto pubblico: accanto a Hans Kelsen, al quale in virtù della sua *Reine Rechtslehre* spettava, per così dire, la parte di Kant, e accanto a Rudolf Smend, cui con la sua dottrina dell’integrazione competeva la parte di Hegel, Carl Schmitt avrebbe assunto invece la parte di Nietzsche e con lui e a partire da lui l’elemento aforistico e provocativo, la svalutazione della normalità e della sicurezza borghesi, l’idea del caso di eccezione, l’arte dell’affinamento, lo sguardo freddo e chiaro sulle cose distaccato da criteri morali e da opportunità politiche, l’estetica della tempesta.

Carl Schmitt era un classico della remota era di Weimar, ma un classico ancora vivo. Quando cominciai a leggere i suoi scritti non sognavo certo di potere una volta incontrare di persona l’autore, di essere suo ospite, di avere con lui una corrispondenza. Date le circostanze si trattava di qualcosa fattualmente altamente improbabile, già solo a causa della differenza di età, che era di mezzo secolo. La proba-

* Professore emerito di Diritto pubblico nell’Università di Bonn.

bilità non crebbe nemmeno da quando, nel 1971, ottenni una cattedra di diritto pubblico, prima nell'Università del Saarland, poi nell'Università di Bonn. Schmitt viveva nella sua patria del Sauerland, lontano da tutte le città universitarie, al di là dell'attività scientifica, al di fuori dei convegni specialistici. Non faceva parte della *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, rifondata dopo la guerra, non era nemmeno membro della corporazione.

Ancor di più: si trattava di una persona malfamata perché, eminente giuspubblicista della Repubblica di Weimar, subito dopo la presa del potere da parte di Hitler si era affrettato a mettersi al servizio del nuovo regime, cercando di legittimarlo con pubblicazioni di teoria dello Stato. È anche vero che il regime non aveva alcun bisogno di legittimazioni siffatte, tanto che non si bevve la conversione e che dopo tre anni gli ritirò ogni appoggio. Tuttavia, il sia pur temporaneo impegno doveva rivelarsi fatale per Schmitt. Dopo il crollo del sistema nazista egli venne toccato dal marchio della apostasia politica, che non doveva più lasciarlo; venne scelto come capro espiatorio per tutto quanto la dottrina del diritto pubblico tedesca aveva fatto per portare la Germania alla catastrofe. L'opera di un'intera vita, difficilmente trascurabile, ricca di sfaccettature nelle sue trasformazioni e nelle sue contraddizioni, venne d'ora innanzi ridotta a pochi, infami scritti del periodo tra il 1933 e il 1936. Dell'intero Achille restava solo il tallone. Nel *juste milieu* della Repubblica federale tedesca era diventata buona regola indignarsi moralmente a proposito di Schmitt affinché la sua natura cattiva potesse facilmente prevalere sui suoi contributi intellettuali¹. L'indignazione morale si accendeva non per ultimo a proposito del concetto schmittiano del politico come rapporto amico-nemico, senza nemmeno prendere in considerazione il fatto che il concetto aveva una natura descrittiva, non prescrittiva. Senza avere alcuna idea della distinzione operata da Schmitt tra il nemico personale (*inimicus*) e il nemico politico (*hostis*), l'*establishment* tedesco-federale aveva dichiarato Schmitt nemico politico.

L'accesso alla sua persona era infatti moralmente e politicamente minato, anche se Schmitt non era un isolato. Parecchi colleghi, studiosi e amici dei vecchi tempi, infatti, continuavano ad intrattenere rapporti con lui e sempre più ad essi si aggiungevano rappresentanti di

¹ Carlo Schmid, il quale non poteva applicare a se stesso la sua «simpatia per lo stile e per la forza intellettuale dell'Autore», osservò «con amarezza nel cuore» che «molti dei critici odierni del suo comportamento durante gli anni bui hanno una profondità assai inferiore di quella sua anche nel periodo peggiore» (C. SCHMID, *Erinnerungen*, III ed., Bern-München, Wien-Scherz, 1979, 140-141). Per la verità, «stile e forza intellettuale» hanno prodotto anche invidia. Osserva Johannes Groß: «Il professore tedesco del XX. secolo [...] scrive male. Una delle grandi eccezioni è Carl Schmitt. L'odio di una vita dei colleghi ha riguardato assai più lo scrittore e i suoi concetti che le sue posizioni»: J. GROSS, *Lesegedanken - Lese-früchte*, Plettenberg, Plettenberg Miniaturen, 2015, 18).

zione del concetto che sta alla base del mio saggio (come della serie di conferenze), ma anche delle sue opere precedenti, e mette a fondamento del termine 'caso di emergenza' un altro senso, appunto la rinuncia al dramma. Per di più, qualche volta Schmitt scambia l'espressione 'caso di emergenza' con il termine 'emergenza' ed entrambi si rivelano sinonimi⁴⁷. Schmitt esemplifica la sua nuova attribuzione di senso del 'caso di emergenza' sull'*Amleto* di Shakespeare. Il dramma del principe danese, cui è stato assassinato il padre e la cui madre ha sposato l'assassino, troverebbe per il poeta un parallelo scabroso nella realtà politica, cioè la situazione del futuro re Giacomo I, la cui madre aveva sposato l'assassino di suo padre. Con questo irrompere del tempo nel dramma il dramma diventa tragedia⁴⁸.

Questo signore novantenne si preoccupa di sorprendere. Schmitt non è il prigioniero dei suoi propri concetti e sa dare loro svolte inattese.

Per la verità, la reinterpretazione del caso di emergenza non mi illuminò più di tanto. Alla lettera di Schmitt risposi in questi termini: «[...] materia di dialogo ce n'è certo anche nel Suo impulso a interpretare il caso di emergenza come opposto al dramma. La mia interpretazione, al contrario, si trova pur sempre sulla linea dei suoi lavori precedenti: nel comprendere il caso di emergenza come il contrario della normalità, della *routine*, della pratica. Il concetto opposto al dramma come espletamento senza uno scopo preciso dell'essere umano per me è il lavoro»⁴⁹.

[traduzione dall'originale tedesco di Agostino Carrino]

Abstract

The Author tells how he got acquainted in his youth with Carl Schmitt and the origins of his correspondence with the old man living in Plettenberg. The Author's ideas and way of thinking are much indebted to Schmitt's thought, but they also differ from it in some important topics.

⁴⁷ Nelle "aggiunte" alla nuova edizione del suo *Der Begriff des Politischen* Schmitt (IDEM, *Der Begriff des Politischen*, cit., 120) commenta la sua nuova interpretazione del dramma anche in riferimento alla sua concezione del politico. D'altro canto Borchardt nella sua postfazione (K. BORCHARDT, *op. cit.*, 212) al volume sul caso di emergenza rinvia ad un volume da poco pubblicato di H. VON HENTIG con il titolo *Spielraum und Ernstfall*, Stuttgart, Klett, 1969.

⁴⁸ C. SCHMITT, *op. ult. cit.*, 13 ss., 22 ss., 33 ss.

⁴⁹ Lettera a Carl Schmitt del 12 novembre 1979.

Sieben Briefe aus der Zeit von 1977 bis 1980 aus dem Handschriftlichen übertragen

von Carl Schmitt



597 Plettenberg – Pasel 11 c
15/1/1977

I.

Lieber Herr Isensee,

*Vielen Dank für Ihr Schreiben vom 1. Dezember 1976. Inzwischen habe ich mich in Ihre Publikationen vertieft und merke, dass man als Berufsjurist des Verfassungsrechts der permanenten Berufsgefahr täglich neuer Aktualitäts-Sensationen ausgesetzt und ausgeliefert ist – heute z. B. dem Fall Abu Daud.*¹ Gleichzeitig stehe ich noch unter dem Eindruck der moralischen Entrüstung, mit der ein Abendroth-revolutionärer Vertreter gleitender Verfassungsgeltung einen Ausspruch von mir der Öffentlichkeit verrät; ich habe nämlich tatsächlich (in einem Gespräch mit ihm, Plettenberg, 19/7/67) gesagt: „Ich bin Berufsjurist und nicht Berufsrevolutionär!“ (Klaus Fritzsche, *Politische Romantik und Gegenrevolution*. Edition Suhrkamp 778, S. 396).²*

*Am 31. Dezember erhielt ich einen Brief von Herrn Friesenhahn³ aus Freudenstadt, den ich am gleichen Tag des Empfangs beantwortet habe. Mein Sinn und animus war: *Quieta non movere* (und nicht: *Reminiscere* – putzt*

¹ Hinweis wohl auf das Zitat BVerfGE 9, 174 (181), in: *Josef Isensee*, Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, in: VVDStRL 32 (1974), S. 49 (100 Anm. 129).

² Die Selbstcharakteristik Schmitts findet sich auch in einem Brief an *Jacob Taubes* vom 29.11.1977 (zitiert nach *Reinhard Mehring*, Carl Schmitt, 2009, S. 571).

³ S. o. III, 2.

die Gewehre!).⁴ Vielleicht können wir uns einmal darüber unterhalten. Aber auch unabhängig davon freut sich auf ein Gespräch

Ihr alter

Carl Schmitt

* Ihr Referat VStH Heft 32, Schluss.

II.

Postkarte

Vorderseite zeigt die Statue von Alberico Gentili in San Ginesio, Italien, errichtet 1908.

Herrn Josef Isensee

Als Empfangsbestätigung und lebhafter Dank für zwei unschätzbare Zusendungen (NJW vom März 1977, und Symposium Herbert Krüger⁵) dieses Bild eines Schicksalgenossen aus dem konfessionellen Bürgerkrieg,⁶ mit der Bitte, gelegentlich der Anmerkung auf Seite 130 des „Nomos der Erde im Völkerrecht des Ius Publicum Europaeum“ einen Augenblick der Betrachtung zu schenken.⁷

Plettenberg – Pasel

Freitag, den 5. Mai 1977

(während der Gedächtnisfeier für Werner Weber, in der Göttinger Aula)

Carl Schmitt

⁴ Merkvers im katholischen Religionsunterricht für den Namen des zweiten Fastensonntags.

⁵ Josef Isensee, Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte und gesellschaftlicher Konsens. Verfassungsrechtliche Überlegungen zu einer sozialetischen Kontroverse, in: NJW 1977, S. 545-551, und ders., Die deutsche Staatsangehörigkeit (Art. 116 GG) – Rocher de bronze eines gesamtdeutschen Staates oder völkerrechtlich immer angreifbares Fossil?, in: Ingo von Münch/Thomas Oppermann/Rolf Stödter (Hg.), Finis Germaniae? (Herbert-Krüger-Symposium), Frankfurt/M., 1977, S. 99-103.

⁶ Das Bild der Postkarte zeigt das Denkmal, das Alberico Gentili im Jahre 1908 an seinem 300. Todestag in seiner Geburtsstadt San Ginesio erhielt. Alberico Gentili (1552-1608) wird von Carl Schmitt als Wegbereiter des (Kriegs)Völkerrechts gewürdigt in „Der Nomos der Erde“ (1950, S. 129 ff., passim). Dazu auch Wilhelm W. Grewe, Epochen der Völkerrechtsgeschichte, Baden-Baden 1988, S. 247 ff.

⁷ Thema der Anmerkung ist die Geschichte des Ruhms von Gentili. Die Anmerkung 1 auf S. 130 des „Nomos der Erde“ enthält literarische Hinweise auf die Wiederentdeckung Gentilis seit 1874, seine kultische Verehrung als Märtyrer der Gedankenfreiheit und den in Delft gescheiterten, in seiner Geburtsstadt Ginesio gelungenen Versuch, ihm ein Denkmal zu errichten,

Hugo Preuß (1860-1925)

di Dian Schefold*



Il saggio di Dian Schefold qui pubblicato è apparso nell'originale tedesco nel volume, a cura di Peter Häberle, Michael Killian e Heinrich Amadeus Wolff, Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts, Berlin, de Gruyter, 2015, 71-91. Viene qui pubblicato in traduzione italiana per gentile concessione della Casa editrice de Gruyter. Il prof. Schefold, com'è noto, va annoverato tra i maggiori conoscitori del pensiero di Hugo Preuß (La Direzione).

Sommario: § 1. – Fortuna e importanza. § 2. – Orientamento politico e di teoria dello Stato. § 3. – Conseguenze per il diritto dei Comuni e la politica municipale. § 4. – Verso la Costituzione di Weimar.

§ 1. – Fortuna e importanza

Se, cent'anni fa, ci si fosse stato dato il compito di capire quali erano i più importanti giuspubblicisti dell'epoca, possiamo chiederci se in quest'ambito ci sarebbe stato posto per Hugo Preuß. Certo, si trattava di un abilitato, che per di più si presentava con lavori – apprezzati da più parti – in ambiti più che legittimi del diritto pubblico. Dall'anno accademico 1906-1907 egli ricopriva anche un posto di professore alla Handelshochschule di Berlino, la quale nel 1918 lo avrebbe eletto Rettore¹. Ciò non significa, però, che egli si trovasse al centro della dottrina del diritto pubblico dell'epoca, dominata da Paul Laband e Georg Jellinek. Certo, questi lo avevano entrambi conosciuto e con lui avevano anche discusso, ma in maniera prevalentemente critica². L'in-

* Professore emerito nell'Università di Brema.

¹ Sul percorso scientifico a Berlino si veda ora CH. MÜLLER, *Privat-Dozent Dr. Hugo Preuß*, in *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin*, Berlin, De Gruyter, 2010, 701 ss., con rinvii esaurienti alla letteratura precedente.

² Per la posizione del tutto diversa di Laband caratterizzante è la sua recensione a H. PREÜß, *Das städtische Amtsrecht in Preußen* (1902), in *AÖR*, fasc. 18, Berlin, G. Reimer, 1903, 73-84; per Jellinek se ne veda la valutazione critica dell'auto-amministrazione nella sua *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl. (ristampa 1960), Bad Homburg vor d.Höhe, Gentner, 628 ss. (in part. 632, nota 3, 645, nota 1).

flusso di Preuß sulla scienza giuridica pratica dell'epoca fu limitato³ e, soprattutto, egli non ricevette mai una cattedra dalla sua propria Università, dove pure si era abilitato, la Friedrich-Wilhelms-Universität; per lungo tempo rimase docente privato.

Ancora più evidente diventava questo limite della sua reputazione, se si mettevano a confronto Preuß e altri suoi colleghi. Suo quasi coetaneo, essendo nato nel 1860, era Conrad Bornhak (1861-1944), abilitatosi poco prima di Preuß alla Facoltà giuridica della Friedrich-Wilhelms-Universität, e certo mai richiamato, anzi subito nominato professore straordinario e come tale - con una interruzione per ragioni politiche durante l'epoca di Weimar - attivo con pieno successo fino alla morte⁴. Mallevadore per Georg Jellinek del suo atteggiamento critico nei confronti di Preuß⁵ fu Julius Hatschek (1872-1926), un suo allievo, abilitatosi con lui nel 1898 e che in séguito sarebbe diventato un eminente professore ordinario a Göttingen. Soprattutto, però, grazie alla sua brillante carriera, segnalava le prospettive possibili per scienziati della nuova generazione usciti dalla Università Friedrich Wilhelm il poco più giovane Gerhard Anschütz (1867-1948), abilitatosi a Berlino nel 1896 e in buoni rapporti con Preuß, anche se in una consonanza non priva di un certo distacco⁶. Prospettive del genere a Preuß non si dischiusero mai.

Ancor più: proprio la lontananza oramai secolare rivela che dopo il 1911 una nuova generazione di giuspubblicisti, benché in sé disomogenea, pose le problematiche della disciplina in maniera nuova. Con l'apparire dei primi scritti aventi pretese chiaramente teoretiche di autori come Hans Kelsen, Rudolf Smend, Erich Kaufmann e Carl Schmitt, fece il suo ingresso la controversia sui metodi e le tendenze. Essa inflù certo in modo rilevante sulla discussione sotto la costituzione di Weimar, ma ovviamente la precedeva⁷. A questo conflitto Hugo Preuß

³ Dei saggi di Preuß sulla riforma amministrativa, pubblicati poco prima, non fa per esempio alcun cenno GRAF H. DE GRAIS, *Handbuch der Verfassung und Verwaltung*, 22. Aufl., Berlin, G. Reimer, 1914.

⁴ Cfr. M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 2, München, Beck, 1922, 303, nota 159.

⁵ Il contrasto diventa palese nel saggio di recensione di Preuß dello scritto di abilitazione di HATSCHEK, *Zur Methode juristischer Begriffskonstruktion* (1900), ora in H. PREÜß, *Gesammelte Schriften*, Bd. 2, Tübingen, Mohr Siebeck, 121 ss., su cui la mia solita decisione. Io aggiungo D. SCHEFOLD, *Einleitung*, 36 ss. (per i riferimenti completi all'edizione vedi *infra*, nota 25).

⁶ Sul punto, da un lato, le affermazioni in G. ANSCHÜTZ, *Aus meinem Leben*, hrsg. und eingel. von W. Pauly, Frankfurt, Klostermann, 1993, in part. 121 ss., 163, 239 ss., dall'altro la recensione di Preuß al *Kommentar zur preußischen Verfassung* di Anschütz (1912), e il suo saggio sul concetto di legge costituzionale (1903), ora in *Gesammelte Schriften*, cit., Bd. 2, 570 ss., 191 ss.

⁷ Sul punto, con documentazione, D. SCHEFOLD, *Geisteswissenschaften und Staatsrechtslehre zwischen Weimar und Bonn*, in K. ACHAM, K.W. NÖRR, B. SCHEFOLD (Hrsg.), *Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste*, Stuttgart, Steiner, 1998, 567 ss.; cfr. anche M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 2 (cit. alla nota 4), 448 ss.; Bd. 3, München, Beck, 1999, 153 ss.

dal 1929, molto dopo la morte di Preuß, non aveva più nulla a che fare con la sua azione. Come la crisi avrebbe potuto evolvere in circostanze costituzionali diverse è materia di pura speculazione. Il contributo di Hugo Preuß allo sviluppo e al farsi del principio democratico, pur nelle gravi avversità della sua vita, resta un merito e un fattore importante entro il pensiero costituzionalistico tedesco.

Traduzione dal tedesco di Agostino Carrino

Abstract

The article discusses the importance of Hugo Preuß (1860-1925) for the German constitutional history, system and theory. Although famous through his work of preparation of the Weimar Constitution (1919), this role was often criticized, especially in the Nazi period, and the re-estimation of the author after 1945 went on only slowly. However nowadays it may be taken for certain that Preuß is important as a scientist who concretized Otto von Gierke's theory of corporatives, especially for the field of public law, and applying this theory in the practice of local self-government and its democratic consequences. These led him to ideas of pluralism on different levels and to criticism against annexationist politics. The constitutional activities based on these ideas justify seeing in Preuß a father of German democracy.

GS, Bd. 3), su cui F. WITTECK, *Verfassungsgebende Landesversammlung und Preußische Verfassung von 1920*, in D. LEHNERT, *Hugo Preuß 1860-1925* (cit. nota 23), 317 ss.

The Republican Constitution

di Hugo Preuß



In questo saggio, originariamente pubblicato in Encyclopaedia Britannica, 11. Edition, Supplement vol. 1921, pp. 248-254 e ristampato nel terzo volume delle Gesammelte Schriften, Tübingen, Mohr, 2015, pp. 271-287, Hugo Preuß, l'ispiratore della Costituzione di Weimar del 1920, espone i tratti fondamentali, storici e strutturali, di quella carta, alle origini delle successive costituzioni democratiche del dopoguerra in Europa. Da questo punto di vista, si tratta di una ricostruzione per così dire "autentica" da parte di un giurista che, come mostra il saggio di Dian Schefold che precede, merita ancor oggi di essere studiato e approfondito (La Direzione).

Sommario: § 1. – From the Old Reich to the New. § 2. – Democracy and Reichstag. § 3. – The Reichstag and the President. § 4. – The Reich and the Territories. § 5. – Fundamental Rights. § 6. – The Constitution of the Free State of Prussia.

§ 1. – From the Old Reich to the New

The German constitution which arose out of the Prussian and German victories of 1866 and 1870 had culminated in the three supreme organs – the Emperor (*Kaiser*), the Federal Council (*Bundesrat*), and the Reichstag (*National Representative Assembly*). Bismarck, by taking over into his constitution the democratic Parliament of the Frankfurt Paulskirche of 1848, linked that constitution with the democratic and national movement for unity which had continued to live in the mind of the German people since the Wars of Liberation against Napoleon, but which had not been able of its own strength to carry through the political transformation of Germany in accordance with its own ideas. Although Bismarck diverted this popular tendency into the paths of his own policy, he had not realized its aims. The Reichstag was linked up with the idea of 1848, but in the Federal Council the organ of the old Federation of Sovereigns survived. And this representation of the "Federated Governments" (*die verbündeten Regierungen*) was, according to the terms of the constitution, endowed with greater plenitude of power than the representation of the people, the Reichstag. The sta-

tus and the construction of the Federal Council prevented the emergence of an independent and politically responsible Government, and thus obstructed evolution towards the parliamentary system. On the other hand this situation made the dynasties and governments of the individual states feel their subordination to the hegemony of Prussia less keenly; they were able to regard this subordination as the inevitable premium which they had to pay for mutual insurance under the Prussian protection. Prussian hegemony in the federally organized Empire was the natural consequence of the fact that Prussia embraced in population and territory four-seventh of the whole Empire, and that she possessed the strongest military and administrative organisation. The constitution of the Empire gave outward expression to this fact by making the king of Prussia the German emperor. But the real basis of the political power of Prussia in the Empire, as in its other aspects, lay not in the emperor's prerogatives but in the position of the Prussian Crown. The old public law in Germany always regarded its conception of monarchy as realized solely in territorial sovereignty. It remained, therefore, in this instance an open question and a matter of controversy whether the German emperor could be correctly described as monarch of the Empire and whether imperial Germany could be described as a monarchy. The political unification of Germany had not in fact been accomplished as in Italy, through the supersession of the territorial sovereignties by a national monarchy. On the contrary, the old Federation of Sovereigns (*Fürstenbund*) had, after the expulsion of Austria, been more firmly compacted under the leadership of that member of the Federation which was now the strongest – Prussia; and it had been popularized and modernized by the addition of the Reichstag elected by the democratic suffrages of the whole nation.

No doubt, in the course of this succeeding decades which brought an apparently assured position of power to the Empire in its external aspects, together with a splendid growth of economic prosperity, there arose a natural tendency towards development in the sense of the modern national State. Under the influence of this tendency the centre of gravity of public life was more and more altered in favour of the Empire; the political influence of the Reichstag and the independence of the Government of the Empire were more and more strengthened. Nevertheless, this development never reached the point of giving distinct form and substance to the powers and responsibilities of a national Government. The extension of the political mentality of the people did not keep pace with that of its economic and social capacities; its political evolution could not overcome the tenacious resistance of the old powers and the obstruction of the old order of things. There remained an unsolved and apparently insoluble discord between the

popular demand. For the rest the referendum, the popular demand and the popular decision are admissible in a form similar to, though somewhat more restricted than, that which is prescribed for the Reich.

It is only by a gradual and tranquil development that the immense transformations in every sphere of the State, which find expression in the constitution of the Reich and Prussia, can establish themselves and take firm root in the mind of the people, in which, naturally, traditions and memories of the past were still not obliterated in 1921.

Abstract

Hugo Preuß, the author of the Weimar Constitution, reconstructs in this essay the main guiding lines, structure and contents of that constitution, both from an historical and dogmatic point of view.

Colloquio su Scienza giuridica e Teoria della conoscenza

Intervista al Prof. Günther Winkler (Vienna, 28 dicembre 2017)

di Federico Pedrini*



Günther Winkler è Professore emerito di diritto costituzionale e amministrativo, nonché di dottrina generale del diritto e dello Stato nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Vienna, di cui è stato anche Rettore. Ha fondato e diretto (fino al 140° volume) una delle più prestigiose collane scientifiche europee, le Forschungen aus Staat und Recht (Springer Verlag) e nel 2003 ha contribuito alla revisione della Costituzione del Liechtenstein.

È autore di numerosissime pubblicazioni scientifiche, tra cui Der Bescheid. Ein Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsakt (1956), Rechtstheorie und Erkenntnislehre. Kritische Anmerkungen zum Dilemma von Sein und Sollen in

der Reinen Rechtslehre (1990), Zeit und Recht (1995), Raum und Recht (1999), Verfassungsrecht in Liechtenstein (2001), The Council of Europe. Monitoring Procedures and the Constitutional Autonomy of the Member States (2006).

Ha coltivato fin da giovanissimo il tema del rapporto tra diritto e teoria generale della conoscenza, entrando in contatto con personalità della statura di Theodor W. Adorno, Hans Albert, Arnold Bergstraesser, Otto Brunner, Paul Feyerabend, Hans-Georg Gadamer, Franz Gschnitzer, Carl Gustav Jung, Hans Kelsen, Hans Nawiasky, Karl Popper, Alf Ross, Erwin Schrödinger e Wolfgang Stegmüller (La Direzione).

*Introduzione. Scienza del diritto e Teoria della conoscenza:
"ritornare ai classici"?*

*Gedanken ohne Inhalt sind leer,
Anschauungen ohne Begriffe sind blind
(I. KANT - Kritik der reinen Vernunft, B 75)*

Il rilievo secondo cui la scienza giuridica, quale specifica espressione della più ampia tendenza umana verso il sapere, si ponga per sua stessa natura in una connessione "forte" e per così dire "strutturale" con le riflessioni sviluppate in seno all'epistemologia generale potrebbe sembrare un'affermazione per certi versi financo banale.

* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

Chi s'interessi (non soltanto occasionalmente, bensì) *professionalmente* alla riflessione scientifica, infatti, non dovrebbe forse sempre porsi in via preliminare una (neanche troppo piccola) serie di quesiti "fondativi" in ordine al "corretto conoscere"? E non dovrebbe procedere all'attività specialistica di ricerca sul proprio oggetto di studio soltanto dopo averli compiutamente e puntualmente evasi?

A dispetto dell'apparente retoricità dei quesiti ora formulati in astratto, del resto, l'esperienza non parrebbe poi così univoca nel suggerire che in tutti i settori della ricerca scientifica la risposta concretamente adottata (*i.e.*, a guardare come gli scienziati "di fatto" operano) sia davvero di segno così convintamente positivo. E di certo non lo è – né di segno positivo, né tantomeno convintamente – in ambito giuridico, se è vero che, come osserva Günther Winkler nell'Intervista che qui si propone, per un verso «i giuristi pratici hanno sempre avvertito un bisogno limitato in ordine alla propria formazione» e per altro verso ancora oggi «solo pochi studiosi del diritto si occupano delle premesse razionali del pensiero giuridico».

Una carenza, se non altro in termini di (auto-)consapevolezza, tanto più grave quanto più "oscillante" risulta tuttora lo statuto della disciplina, da sempre contraddistinta da interminabili dispute (sovente dal dubbio retrogusto "ontologico") sul *quid jus?* poi puntualmente riversatesi, per il tramite delle più varie teorie interpretative (o sedicenti tali), in altrettante controversie sul *quid juris?*.

Di tale mancanza di sensibilità sicuramente non fu imputabile Hans Kelsen, che non a caso diviene – tanto per "adesione" quanto per "contrapposizione" – una delle figure centrali delle riflessioni critiche dedicate da Winkler al tema della teoria della conoscenza e al suo rapporto con la scienza giuridica, tanto da porsi quale "crocevia" ideale di questo *Colloquio*.

Il giurista praghese, invero, rimane nel Novecento un esempio ineguagliato di lucidità analitica, genuina innovazione e profondo rigore nel tematizzare la questione del *metodo* conoscitivo e dell'importanza della *logica* per la teoria e la scienza del diritto. Ciò tuttavia non dovrebbe far dimenticare che «la teoria giuridica di Kelsen è *originale* e *istruttiva*, ma al tempo stesso *cangiante*» e che l'opera kelseniana, da una distanza storica, risulta forse (ancor) più importante per i problemi che ha sollevato che non per le soluzioni che ha proposto o (tantomeno) compiutamente realizzato.

Riconoscere appieno a questo gigante del pensiero giuridico l'indiscutibile statura intellettuale che gli è propria, del resto, non soltanto non implica di celarne (pudicamente?) le eventuali aporie, ma richiede semmai – tutto all'opposto – di evidenziarle in modo aperto e di "dissezionarle" pubblicamente: il peggior servizio che si possa rende-

G.W.: Suggestirei la lettura della *Allgemeine Theorie der Normen* di Hans Kelsen (edizione postuma del 1979) e la *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart* di Arthur Kaufmann (nella VII edizione da lui redatta nel 2004).

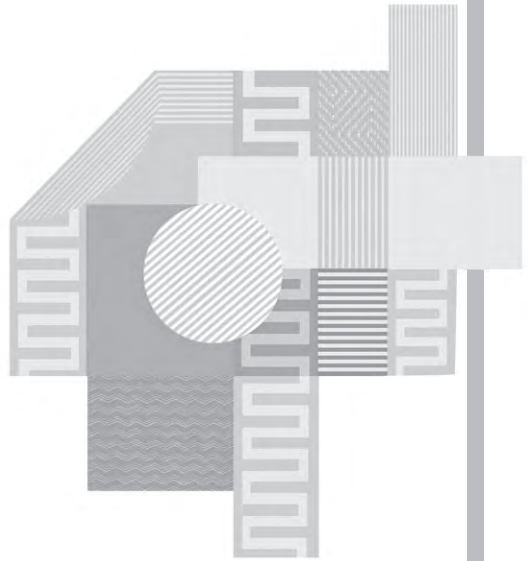
F.P.: Come ormai da tradizione, terminiamo con uno sguardo verso il domani: se potesse formulare un auspicio, sotto il profilo metodologico, per la formazione delle nuove generazioni di giuristi quale sarebbe?

G.W.: Raccomanderei anzitutto uno studio approfondito delle varie discipline di studio del diritto, poi alcuni anni di pratica legale, infine alcuni anni di approfondimento della logica, della grammatica, dell'ermeneutica e della filosofia della scienza. Ancor oggi è da raccomandare la lettura degli scritti di Aristotele e di Kant sulla logica e la metafisica. Soprattutto, tuttavia, si deve raccomandare un pensiero giuridico critico assiduo e indipendente, sia analitico che sintetico, basato sull'esperienza personale e sull'osservazione del diritto positivo.

Abstract

The interview retraces the steps of Gunther Winkler's legal thought, starting from its relationship with Hans Kelsen's theory, of which Winkler himself stands as one of the more established scholars. The Author agrees with the kelsenian goal of an evaluative juridic science – a key idea in methodological positivism – that would describe law as it is rather than as it ought to be. However the means to this end are of a different kind from Kelsen's ones: notably, they diverge in the categorical distinction of *Sein* and *Sollen*, and in the conception of interpretation as a positive law-independent operation. Winkler advances an empirical-rational, space and time-related concept of law, into which interpretation works as a tool for recollecting the given content of norms, in a sound and epistemically correct way.

Interventi, Note e Discussioni



*La vicenda catalana: un banco di prova per le categorie
del diritto costituzionale*
di Adele Anzon Demmig

Santi Romano e le metamorfosi dell'istituzionalismo
di Mauro Barberis

*Per un'Europa dei "grandi spazi".
A proposito di una riflessione su "Il suicidio dell'Europa"*
di Agostino Carrino

La vicenda catalana: un banco di prova per le categorie del diritto costituzionale

di Adele Anzon Demmig*



Sommario: § 1. – Il caso della Catalogna e altre rivendicazioni identitarie in Europa. § 2. – L'evoluzione dell'iter indipendentista in Catalogna: l'influenza delle tensioni seguite alla sentenza del TCE sullo Statuto catalano. § 3. – La *Declaració* del gennaio 2013 e il *dret a decidir* del popolo catalano. § 4. – La rottura del patto costituzionale e l'avvio della secessione.

§ 1. – Il caso della Catalogna e altre rivendicazioni identitarie in Europa

Le elezioni politiche che si sono appena svolte (21 dicembre 2017) in Catalogna rappresentano l'evento più recente, ma che certo non sarà l'ultimo, della singolare vicenda aperta dalle rivendicazioni indipendentiste in quella Comunità autonoma nei confronti dello Stato spagnolo.

Volendone ripercorrere, sia pure per sommi capi, lo sviluppo, ci si avvede subito che il compito è tutt'altro che facile a causa del groviglio fittissimo e a volte convulso di episodi di vario tipo, di interventi di soggetti istituzionali e di movimenti politici, di contributi dottrinali diversamente orientati, tutti protagonisti di un contrasto progressivamente radicalizzato tanto da presentarsi pressoché insanabile.

A ciò si aggiungono le difficoltà che derivano dall'intrecciarsi della vicenda con cruciali categorie della riflessione socio-politica e giuridico-costituzionalistica – sia di tipo teoretico, sia di tipo dogmatico – che, come è stato notato da più parti, trovano nel suo svolgimento un vero banco di prova. Si tratta di categorie e di concetti che nella pur densa elaborazione dottrinale di cui sono state oggetto non hanno ancora trovato un assetto sufficientemente determinato e stabile, ma continuano ad essere circondate da un alone di incertezza e di ambiguità, e, proprio perché tali, contribuiscono più o meno pesantemente

* Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

a condizionare gli eventi spagnoli e insieme a renderne problematica la comprensione e la valutazione.

Vengono in discussione concetti chiave del costituzionalismo moderno quali la 'sovranità' del popolo e quella dello Stato, il popolo e la 'nazione', la democrazia rappresentativa e la democrazia diretta, la democrazia deliberativa e quella partecipativa, la revisione costituzionale e l'introduzione di una Costituzione nuova, il confronto tra unità e autonomia, il fenomeno della secessione con riguardo al diritto interno, e così via. Nei margini di indeterminatezza di queste categorie si sono innestate in gran parte, spesso in modo strumentale, le ragioni della contrapposizione tra il fronte indipendentista catalano e quello unionista maggioritario nel Parlamento di Madrid e condiviso dal Governo nazionale che hanno finito per confrontarsi in una controversia asprissima, stimolata dalla ferrea determinazione del primo e dalla altrettanto puntigliosa e implacabile scelta da parte del secondo della via di risoluzione giurisdizionale.

Su questi temi - sia da un punto di vista generale sia in riferimento specifico alla situazione spagnola - esiste, come si diceva, una letteratura sterminata, accresciuta, più di recente, dai numerosissimi contributi stimolati da processi separatisti affiorati in vari Paesi (particolarmente noto quello del Quebec in Canada) anche nel continente europeo, e dall'apprensione per il diffondersi anche in questo continente, spesso con evidenti caratteristiche populiste e nazionaliste, dell'emersione di gruppi ispirati da rivendicazioni identitarie di spessore, in contesti ed anche in ambiti territoriali molto diversi, culminati nell'evento clamoroso della *Brexit* e cioè della separazione di uno Stato - il Regno Unito - dall'Unione Europea.

Quanto questo fenomeno di frantumazione all'interno di ordinamenti statali - del quale il caso catalano rappresenta la punta più avanzata - sia serio e quanto rischi effettivamente di diffondersi non si può prevedere data la sua dipendenza da molte variabili di natura schiettamente storica, linguistica, culturale, politica e socio-economica. È generalmente condivisa invece l'idea che, nel continente europeo, i casi di separatismo o più in generale di nazionalismo estremo siano emersi in seguito agli sconvolgimenti del vecchio ordine dopo la caduta del muro di Berlino, con la dissoluzione dei "blocchi", la globalizzazione dell'economia e la grave crisi economico-finanziaria, crisi che ha determinato una decisa e generale restrizione delle risorse finanziarie disponibili e, all'interno dei singoli Stati, l'accentramento della guida delle politiche economiche e di bilancio.

Limitando l'attenzione alle spinte separatiste affiorate nell'area dell'Unione Europea, si possono ricordare, oltre al caso catalano, soprattutto quelli del Belgio e della Scozia. Mentre nel primo al

ne di un nuovo Statuto e della riforma dello Stato autonomico in uno Stato federale, nei quali potrebbero essere convogliate alcune istanze nazionaliste, anche se i singoli Stati membri della Federazione solo in senso formale e simbolico, e non propriamente giuridico-istituzionale, potrebbero ritenersi sovrani e veri e propri Stati indipendenti, come invece pretenderebbe lo schieramento indipendentista¹⁹. In mancanza di meglio, però, anche i simboli e le forme possono avere la loro importanza e utilità.

Non resta che attendere gli eventi e fare ottimisticamente affidamento sulla ragionevolezza, la pacatezza e il sano pragmatismo di tutte le parti che certo vorranno evitare di cadere nella trappola mortale dell'uso della violenza materiale.

Abstract

The study surveys recent developments in Catalogna region by pointing out both political ambiguities and constitutional criticisms of the process.

¹⁹ Su questi possibili itinerari alternativo apparsi anche nel corso del dibattito spagnolo cfr. L. CAPPUCCIO, *La lunga e accidentata marcia della Catalogna*, cit., 17 ss.

Santi Romano e le metamorfosi dell'istituzionalismo

di Mauro Barberis*



Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – Romano: pluralismo e statalismo. § 2.1. – Positivismo. §. 2.2. – Realismo. § 2.3. – Pluralismo. § 3. – Hart: norme di competenza e istituzionalizzazione. § 3.1. – Stato giurisdizionale. § 3.2. – Stato legislativo. § 3.3. – Stato costituzionale. § 4. – MacCormick: neo-istituzionalismo e giustizia. § 4.1. – Ontologia dell'istituzione. § 4.2. – Fenomenologia dell'istituzione. § 4.3. – Deontologia dell'istituzione. § 5. – Conclusione.

«An institution is not treated as a game itself, but as a part of the description of an equilibrium within a larger game of life»

(K. BINMORE, *Game Theory and Institutions*,
in www.sciencedirect.com)

§ 1. – Premessa

Siamo tutti istituzionalisti oggi. Tutti pensiamo che il diritto si distingua da altri fenomeni sociali perché prodotto e applicato dalle sue proprie istituzioni¹. Come il riccio di Archiloco, Santi Romano ha avuto soprattutto quest'idea, grande abbastanza da entrare nel nostro senso comune. Le tre sezioni del lavoro seguono le metamorfosi di quest'idea: dalla sua formulazione a opera di Romano alla teoria dell'istituzionalizzazione di Herbert Hart, sino al neo-istituzionalismo di Neil MacCormick.

* Università degli Studi di Trieste.

Relazione al Convegno "Santi Romano: l'ordinamento giuridico (1917-2017)", Palermo, 24-25 novembre 2017.

¹ Per una definizione standard di 'diritto' in termini di sistema normativo istituzionalizzato, cfr. J. DICKSON, *Is Bad Law Still Law? Is Bad Law Really Law?* in M. DEL MAR, Z. BANKOWSKI (eds.), *Law as Institutional Normative Order*, Farnham (U.K.), Ashgate, 2009, 174. Sottolineo appena che il diritto è identificato dalle sue proprie istituzioni – giudici, legislatori, costituenti, nell'ordine – benché queste siano poi istituite da apposite norme di competenza. Dal punto di vista evolutivo, in altri termini, norme e istituzioni giuridiche emergono insieme, e insieme si distinguono da norme e istituzioni non giuridiche: sicché non ha senso chiedersi cosa venga prima, se la norma o l'istituzione.

§ 2. – Romano: pluralismo e statalismo

Un secolo dopo la svolta linguistica in filosofia e l'internazionalizzazione della teoria del diritto, l'istituzionalismo di Romano potrebbe apparire a un teorico del diritto odierno una specie di dinosauro. In particolare, le opere maggiori di Romano, da *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1909) all'*Ordinamento giuridico* (1917), ai *Principi di diritto costituzionale generale* (1945) sino ai *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), sono infatti formulate nei termini desueti di definizioni reali e dubbie ontologie.

Sarebbe facile alzare il sopracciglio, dunque, su affermazioni che s'incontrano ancora nella "voce" *Realtà giuridica* dei *Frammenti*: esisterebbe una realtà specificamente giuridica, accanto ad altre; il diritto sarebbe – per natura, e non per definizione del termine 'diritto' – un'istituzione; ogni istituzione sarebbe giuridica, compresa la mafia². Più caritatevole, ma anche più interessante, però, è confrontare l'istituzionalismo di Romano con tre "ismi" odierni: positivismo, realismo, pluralismo giuridico.

§ 2.1. – Positivismo giuridico

L'istituzionalismo di Romano è indubbiamente una specie del genere *positivismo giuridico*: ma in che senso di questa discussa espressione? Sicuramente nel senso della *social thesis* di Joseph Raz: il diritto è prodotto – non dalla natura o dalla ragione, ma – da uomini in società. Questa tesi generica – il diritto è prodotto da uomini – può però specificarsi in due modi. Il diritto è prodotto solo da atti intenzionali di costituenti, legislatori e giudici, o anche dagli effetti non intenzionali di tali atti, come consuetudini, precedenti, migliori dottrine, giurisprudenze dominanti?

Se opponiamo al *creazionismo* giuridico, che ammette solo atti intenzionali di creazione, un *evoluzionismo* giuridico, che prevede anche processi non intenzionali di produzione, allora Romano è chiaramente un evoluzionista³. Ciò è evidente ancora nei *Frammenti*: «È un disconoscere la realtà più evidente considerare come volontarie tutte le norme giuridiche». E inoltre: «quando si parla di comandi o di impera-

² Cfr. S. ROMANO, voce *Realtà giuridica*, in *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), Milano, Giuffrè, 1983, 204-219. Ma c'è anche chi rivaluta il sostanzialismo di Romano: cfr. M. LA TORRE, *Institutionnalisme et constitution. L'enjeu de la matérialité du droit* (2016), <http://eastwest.flu.ee>.

³ Per questa opposizione, mi permetto di rinviare a M. BARBERIS, *Contro il creazionismo. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, fasc. 44, 2015, 67-101, e IDEM, *Un'altra legalità esiste. Breve storia del precedente giudiziale*, in E. STORCHI (a cura di), *Le legalità e la crisi della legalità*, Torino, Giappichelli, 2016, 201-226.

Detto altrimenti, non occorre invocare problematici ideali di giustizia per distinguere diritto e non diritto. C'è un senso di 'giustizia' molto meno controverso, e anche più prossimo al senso etimologico di *'iustitia'*, che può fungere da criterio distintivo dell'istituzione diritto. È il senso in cui si parla comunemente di ministero della giustizia, problemi della giustizia, amministrazione della giustizia. L'istituzione specificamente giuridica, sin dallo stato giurisdizionale, sono i giudici: e continuano a esserlo, anche nello stato costituzionale.

Abstract

We are all institutionalists today; we all think law is produced and applied by its own institutions. The essay reconstructs the metamorphosis of this idea from one of its founding fathers, Santi Romano, through Herbert Hart's theory of institutionalization, up to Neil MacCormick's neo-institutionalism. In the § 2, the Romano's classic institutionalism is interpreted as a positivist and a pluralist stance, but not as a realist one. In the § 3, then, the Hart's well-known typology of power-conferring rules is re-read as a theory of the institutionalization of law, in terms of jurisdictional, legislative and constitutional states. In the § 4, finally, MacCormick neo-institutionalism is depicted as a full and more sophisticated philosophy of law, with ontological, phenomenological and deontological features. The institutionalism, however, needs a distinctive criterion between legal and non-legal institutions. The conclusion proposes the criterion of justice, but only in the modest sense of adjudication.

Per un'Europa dei "grandi spazi"

A proposito di una riflessione su "Il suicidio dell'Europa"

di Agostino Carrino*



Sommario: § 1. – Un'Europa senza. § 2. – Interesse nazionale e interesse europeo. § 3. – Il prevalere dei nazionalismi e il bisogno della politica. § 4. – Omogeneità e politica.

§ 1. – *Un'Europa senza*

Dian Schefold¹ ha avuto la pazienza di leggere per intero il mio libro sull'Europa² e di scrivere alcune pagine di benevola e amichevole critica. Qui non intendo tanto rispondere puntualmente alle osservazioni esposte in quelle pagine (avanzate in particolare con riferimenti alle teorie di Preuß), quanto, piuttosto, prendere spunto dalle considerazioni lì contenute per constatare alcune divergenze, che, mi pare, scaturiscono più che da letture diverse delle stesse problematiche, correttamente individuate, da due impostazioni intellettuali che, pur simpatetiche tra loro, determinano, tuttavia, per una originaria differenza dell'orientamento dello sguardo, esiti diversi ed anche opposti.

Che la lettura dei dati e delle questioni problematiche sia simile è evidente perché nessuno, oggi, può non rilevare le difficoltà nelle quali si dibatte il progetto europeo, che sempre più pare "avvitarsi" su se stesso, nella oggettiva difficoltà di trovare vie d'uscita non traumatiche dalla crisi, ma anche a causa della miopia (nemmeno lucida, come si poteva dire qualche anno fa) che offusca ai nostri uomini politici lo sguardo verso il futuro. Ciò che tuttavia distingue la lettura di Dian e quella mia è la premessa che definirei, oltre che politica, ideologica, nel

* Università di Napoli Federico II.

¹ D. SCHEFOLD, *Suicidio, assassinio e vitalità dell'Europa*, in *Lo Stato*, fasc. 7, 2017, 241-252.

² A. CARRINO, *Il suicidio dell'Europa. Stati nazionali, sovrani, "grandi spazi"*, Modena, Mucchi, 2016, pp. 156.

senso positivo che ho sempre ascritto – nonostante opinioni contrarie – a questo termine.

Due ideologie diverse, quella del professor Schefold, attento alla dimensione pacificatrice del diritto e al ruolo di progresso svolto dalla pratica dei diritti dell'uomo, e quella mia, attenta al primato oggettivo della politica, ovvero alla ineliminabile dimensione conflittuale dell'esistere associato. Rispetto al primato della politica il diritto svolge un ruolo di superamento del conflitto nella sua organizzazione o, meglio, istituzionalizzazione dello "spazio simbolico comune" entro il quale il conflitto stesso si svolge. Paradossalmente, potremmo dire che per Schefold il diritto ha una funzione "politica", mentre per me la politica ha una funzione "giuridica". Voglio dire che Schefold sembra partire dallo stato di pace, mentre io dalle condizioni di conflitto. Volendo, potremmo anche dire che lui è un utopista, io un realista. Ovviamente, tutta la nobiltà delle utopie è sua, mentre a me resta non a caso lo scontro del realista.

In una prospettiva realista, la situazione dell'Unione europea qual è oggi è inevitabilmente proiettata al crollo. Non so se alla fine si potrà parlare di suicidio, ma che il crollo dell'Unione europea, almeno nelle forme che attualmente possiede, sia prossimo, indipendentemente dai cosiddetti "populisti", è un dato inscritto nella sua genesi, ovvero in quella mancanza di senso del conflitto – della politica – che per Dian è invece un momento positivo del farsi dell'Europa. Capisco bene che il Mercato comune europeo non poteva nascere se non mettendo da parte la dimensione della inimicizia, perché dopo due guerre mondiali che avevano distrutto buona parte della gioventù europea solo un progetto di unificazione contro la guerra poteva avere successo. Ma essere contro la guerra non significa favorire una *polis* dove la dimensione pubblica si svolga secondo criteri di civiltà; ciò tanto più se si ricorda che anche alle origini del processo integrativo i retropensieri di primazia nazionale sia della Francia sia della Germania nel chiedere una messa in comune di industrie o persino già allora delle banche erano tutt'altro che secondari. La via economicista fu dunque tanto necessaria quanto parziale. Certo, nessuno contesta l'importanza dell'economia, ma dove l'economia finisce col prendere il sopravvento e col permeare di sé ogni forma di vita sociale, prima o poi il risultato sarà catastrofico. Joseph Stiglitz ha correttamente osservato che la mitologia del fondamentalismo del mercato ha distorto *sin dall'inizio* il progetto europeo³.

³ J.E. STIGLITZ, *The Euro: How a Common Currency Threatens the Future of Europe*, New York, Norton, 2016.

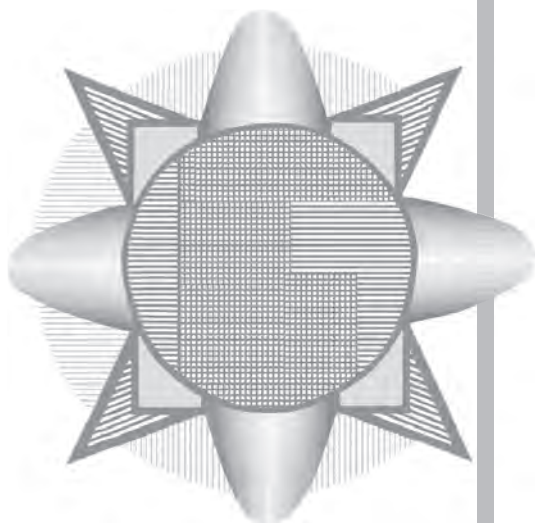
avere un rapporto di libero scambio, non certo costruire un soggetto politico. E poiché l'Europa può evitare la sua fine solo a condizione che si faccia soggetto sovrano e ritorni alla politica (in particolare alla politica *estera*), è evidente che la Polonia e i suoi alleati debbono costituire una "unione europea" altra e diversa da quella dei sei paesi originali, con l'aggiunta di quelli che ci vogliono stare, dalla Spagna ed eventualmente all'Austria.

È insomma la concretezza della storia, l'organicità delle formazioni culturali, la natura politica della geografia e la forza dell'interesse economico che devono prevalere. Fino ad allora, l'Unione europea potrà sopravvivere, ma senza radice. E chi non ha radici, prima o poi si ammala e infine muore.

Abstract

The Author replies to Dian Schefold's criticism of his book, *Il suicidio dell'Europa*, pointing out the missing elements of the European union's project, *i.e.* the lack of politics. The return of the national States does not mean a limitation of the Union's power, quite the contrary it is the only way for a new legitimization of Europe's autonomy as an independent sovereign entity.

Maestri del Novecento



Rileggendo Giovanni Tarello
di Riccardo Guastini

Per un profilo di Giorgio Arcoleo
di Michele Scudiero

Rileggendo Giovanni Tarello

di Riccardo Guastini*



Sommario: § 1. – Tarello giurista. § 2. – La filosofia del diritto come meta-giurisprudenza. § 3. – Quasi un manifesto della meta-giurisprudenza tarelliana. § 4. – I fondamenti della meta-giurisprudenza tarelliana: una concezione realistica del diritto. § 5. – Enunciati normativi e norme. § 6. – La teoria dell'interpretazione. § 7. – Se i giudici creino diritto. § 8. – Lo stile "dottrinale" di Tarello.

§ 1. – Tarello giurista

Giovanni Tarello fu un giurista di multiforme ingegno. Sottolineo: un giurista, piuttosto che un filosofo del diritto. Questa sottolineatura ad alcuni sembrerà una ovvietà, ad altri una forzatura, o forse una provocazione.

"Giovanni Tarello giurista" suonerà, credo, come una ovvietà a molti colleghi giuristi, per i quali è del tutto pacifico che almeno alcune tra le opere principali di Tarello siano opere "di diritto". Certo non opere di dottrina, o di dogmatica, ma certo opere di diritto, lette e usate dai giuristi. Penso, ad esempio, a *Teorie e ideologie nel diritto sindacale* (1967), a *La disciplina costituzionale della proprietà* (1973), a *L'interpretazione della legge* (1980); ma penso anche a diversi scritti minori (nel senso di: più brevi) su questioni di diritto civile, di diritto processuale civile, di diritto costituzionale, e via enumerando¹.

"Giovanni Tarello giurista", tuttavia, può suonare anche come una (blanda) provocazione ad alcuni colleghi filosofi del diritto. Dopo

* Università degli Studi di Genova – Istituto Tarello per la Filosofia del diritto <http://istitutotarello.org>.

¹ Una *Bibliografia di Giovanni Tarello*, pressoché completa, può leggersi in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVII, 1987, n. 2, fascicolo monografico intitolato *Omaggio a Giovanni Tarello*. In seguito, numerosi scritti sparsi sono stati raccolti a cura di R. Guastini e G. Rebuffa in: G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, il Mulino, Bologna, 1988, e in G. TARELLO, *Dottrine del processo civile. Sudi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, Bologna, il Mulino, 1989. Si veda infine la *Bibliografia* (completa?) contenuta in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*. Vol. I. *Saggi storico-giuridici*, Milano, Giuffrè, 1990.

tutto, essi diranno, Tarello professionalmente fu sempre un filosofo del diritto, e null'altro.

Ciò è fuori discussione: Tarello (che pure tenne per un anno un corso di diritto civile) è stato sempre filosofo del diritto. Nondimeno, a differenza di gran parte dei suoi colleghi di disciplina, Tarello è stato un filosofo del diritto comprensibile ai giuristi, utile ai giuristi, letto dai giuristi, e lettore di giuristi. L'insistenza sulla sua figura di giurista è appunto un tentativo, in verità abbastanza trasparente, di mettere in rilievo e valorizzare il suo stile peculiare, il suo modo irripetibile – molto “giuristico” e poco “filosofico”² – di praticare la filosofia del diritto: un modo che neppure i suoi allievi, per quanto si sforzino, riescono ad imitare.

Il suo stile gius-filosofico, d'altro canto, è connesso al suo modo peculiare di intendere la filosofia del diritto.

§ 2. – *La filosofia del diritto come meta-giurisprudenza*

Non è raro che i cultori di filosofia e teoria generale del diritto dedichino qualche lavoro a tracciare i confini, i metodi, e i programmi della loro disciplina³. Nella bibliografia di Tarello non si trovano scritti metodologici. Egli non amava questo genere letterario. Pensava, saggiamente, che fosse più utile fare delle ricerche, piuttosto che teorizzare intorno al modo in cui andrebbero fatte⁴.

Nondimeno, in una circostanza anche Tarello ebbe a dire in qual modo egli concepisse i compiti della filosofia giuridica. Alludo a uno scriterello d'occasione, in materia di organizzazione accademica (si discorreva allora stupidamente se si dovessero sostituire gli “istituti” con i “dipartimenti”), che Tarello pubblicò contemporaneamente su due riviste: la *Rivista critica di storia della filosofia*, diretta da Mario dal Pra (con cui Tarello in quell'occasione polemizzava), e *Politica del diritto*, diretta (allora) da Stefano Rodotà. Evidentemente, l'una aveva ed ha circolazione presso gli studiosi di filosofia, mentre l'altra era, com'è, scritta e letta da giuristi⁵.

² R. GUASTINI, *Questione di stile*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 17, 1987, 479-528 (trattasi del menzionato fascicolo monografico *Omaggio a Giovanni Tarello*).

³ Cfr. ad esempio A. ROSS, *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons Ltd, 1958, 19-28; N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1965, 37 ss., 53 ss.; U. SCARPELLI, *La Facoltà di giurisprudenza, la cultura giuridica e il compito del filosofo del diritto* (1973), ora in IDEM, *L'etica senza verità*, Bologna, il Mulino, 1982, 337 ss.; R. GUASTINI, *Teoria del diritto. Approccio metodologico*, Modena, Mucchi, 2012.

⁴ Cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*. Vol. I. *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976, 5-6.

⁵ G. TARELLO, *Riforma, dipartimenti, e discipline filosofiche*, in *Rivista critica di storia della filosofia*, 1970, fasc. I, 109-112 (estratto, da cui cito), nonché in *Politica del diritto*, fasc. I, 1970, 140-143.

ne di linguaggio “ascrittivo”: chi decide una interpretazione *ascrive* un determinato significato a un enunciato normativo, non diversamente da chi ascrive un determinato significato a un termine o sintagma definendolo⁷⁶.

Queste osservazioni hanno, nel presente contesto, il solo scopo di chiarire lo *status* dei discorsi di Tarello in opere come *L'interpretazione della legge* e *La disciplina costituzionale della proprietà*. In questi lavori Tarello non propone alcun indirizzo interpretativo, come è costume dei giuristi, ma si limita a rilevare, e in qualche caso a prevedere, le proposte e le decisioni interpretative altrui.

Ciò vuol dire che, dopo tutto, anche le opere apparentemente dottrinali di Tarello sono, in realtà, opere di meta-giurisprudenza empirica. Il peculiare stile “dottrinale” di Tarello sta proprio in questo: nel dissolvere le questioni interpretative, risolvendole in altrettante questioni meta-giurisprudenziali.

Abstract

The author offers a short account of the works and main ideas of the Italian jurist Giovanni Tarello, focusing, in particular, on his views about legal philosophy, his realistic attitude towards the law, and his theory of legal interpretation.

sono (non possono essere) né vere né false» (la sottolineatura è mia). Ma questo modo di vedere non persuade. Un enunciato *interpretativo* (“T significa S”) è un enunciato metalinguistico che incorpora due enunciati del linguaggio oggetto: l’enunciato *interpretato* (il testo T) e l’enunciato *interpretante* (il significato S). A rigore si dovrebbe scrivere «“T” significa “S”», giacché T e S altro non sono che enunciati. All’evidenza, Tarello qui confonde l’enunciato interpretativo con l’enunciato interpretante. Quest’ultimo è certo una norma. Ma ciò nulla ci dice sullo statuto logico dell’enunciato interpretativo, giacché la norma in questione è non *proferita* mediante l’enunciato interpretativo, ma solo *menzionata* in esso. Cfr. R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Interpretación, subsunción, y aplicación del derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1999. Credo che per risolvere il problema si debba abbandonare l’idea che le funzioni rispettivamente descrittiva e prescrittiva del linguaggio siano (non solo mutuamente esclusive, ma anche) congiuntamente esaustive (vedi ad es. J.R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, Cambridge U.P., 1969). Vi sono buone ragioni per ritenere che gli enunciati interpretativi abbiano carattere “ascrittivo”, non diversamente dalle definizioni stipulative.

⁷⁶ R. GUASTINI, *Interpretive Statements*, in E. GARZÓN VALDÉS, W. KRAWIETZ, G.H. VON WRIGHT (a cura di), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, 279-292.

Per un profilo di Giorgio Arcoleo

di Michele Scudiero*



Sommario: § 1. – Il profilo umano. § 2. – Il parlamentare e uomo di governo. § 3. – Il costituzionalista. § 4. – Conclusioni.

§ 1. – *Il profilo umano*

Del profilo umano di Arcoleo colpisce la forza d'animo e la risolutezza mostrate in più momenti e occasioni.

Da quando, terminati gli studi liceali nella natia Caltagirone, decise di trasferirsi (senza disporre di grandi fortune) nella ben diversa realtà e dimensione di Napoli che era stata fin ai tempi più recenti la Capitale del Regno delle due Sicilie. Tale decisione era scaturita dall'intento di seguire gli studi di diritto nella Facoltà di Giurisprudenza di Napoli, egli che pur sentiva una forte attrazione per le discipline letterarie. E infatti, venendo a Napoli, seguì, come molti, le lezioni di *Letterature comparate* tenute con grande richiamo da Francesco De Sanctis. Dal quale ottenne un lusinghiero riconoscimento del suo talento, presentando un saggio su Pulcinella dal titolo «Un filosofo in maschera»¹ che De Sanctis, colpito dal valore dello scritto, volle far pubblicare nella "Nuova Antologia", nonostante la giovane età dell'Autore. Tuttavia Arcoleo diede prevalenza ai suoi interessi per le discipline costituzionalistiche, e grazie ai suoi pregevoli studi nella materia vinse il concorso per la cattedra di Diritto Costituzionale, e scelse come sede

* Università degli Studi di Napoli Federico II.

Il presente scritto riprende, con alcune modifiche, la relazione conclusiva svolta nel Seminario AIC su "Il pensiero e l'opera di Giorgio Arcoleo" (Università degli studi di Napoli, 21 aprile 2017), i cui atti sono in corso di pubblicazione.

¹ Il saggio si può leggere in G. ARCOLEO, *Studi e profili*, in G.P. DI CALBOLI BARONE, A. CASULLI (a cura di), *Le opere di Giorgio Arcoleo*, vol. I, Milano, Mondadori, 1929, 59 ss.

di servizio l'Università di Napoli, a preferenza di Parma e di Palermo. E nell'Università partenopea tenne con grande prestigio la cattedra di Diritto Costituzionale per tutta la durata della sua vita accademica.

Si dice che nel firmare, in qualità di Ministro, la nomina di Arcoleo a titolare della cattedra costituzionalistica, De Sanctis abbia esclamato con «paterna malinconia»²: «Ecco un uomo perso agli studi» (si intende letterari).

Ancora, notevole forza d'animo e risolutezza Arcoleo dimostrò allorché, divenuto non vedente, continuò la sua intensa attività universitaria e politica: come è tra l'altro esemplarmente attestato dall'impegno appassionato posto nel sostenere la proposta di riforma del Senato del Regno, da lui fortemente voluta (peraltro senza successo) e dalla sua partecipazione in generale ai lavori parlamentari. Vale ricordare in proposito che Arcoleo tenne l'ultimo discorso in Senato il 13 dicembre 1913, pochi mesi prima del suo decesso avvenuto il 7 luglio del 1914.

§ 2. – *Il parlamentare e uomo di governo*

Notevole e intensa fu l'attività politica di Giorgio Arcoleo come parlamentare e come uomo di governo. Dopo un primo insuccesso, fu eletto alla Camera dei Deputati per ben sei legislature, dalla XV alla XXI (a partire dal 1885) per il Collegio di Catania III (Catania-Caltagirone).

Ed è tanto più notevole il suo successo elettorale, essendo Arcoleo un parlamentare senza partito, indipendente e non disposto a subire condizionamenti³.

Alla Camera dei Deputati si distinse subito per la grande competenza tecnica, espressa con una oratoria asciutta e incisiva, che gli permise di dare sempre un notevole contributo ai lavori parlamentari sia nelle Commissioni che in Assemblea.

Ragguardevole tra l'altro per la sua modernità il discorso pronunciato alla Camera (9 luglio 1888) sul disegno di legge «Modificazioni alla legge provinciale e comunale», in cui sostenne la necessità di alzare il livello della vita locale fondendo la dimensione amministrativa con quella politica, introducendo l'elettività del Sindaco, e il principio di responsabilità per tutti gli amministratori.

E sempre di grande efficacia e di riconosciuta autorevolezza furono i suoi interventi in materia di bilancio, per i quali certamente gli valse il suo studio monografico su «Il bilancio dello Stato ed il sindaco».

² L'espressione è di G.A. BORGESE, *Prefazione*, in G. ARCOLEO, *op. cit.*, XI ss.

³ T.E. FROSINI, *Giorgio Arcoleo. Un costituzionalista in Parlamento*, in IDEM, *Teoremi e problemi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2008, 412 ss.

§ 4. – Conclusioni

Arcoleo, animato da una grande passione civile e da un sentito spirito patriottico, fu Maestro di straordinaria dottrina, che riversò negli studi monografici e nell'ampia manualistica (oggetto, questa, di un assai positivo apprezzamento di V.E. Orlando nella recensione dedicata al volume di Saverio Scolari, *Della libertà come ragione e fondamento degli istituti politici*, comparsa in *Arch. Giur.* 1888, 552 ss.)⁷. E tale dottrina Arcoleo mise al servizio delle istituzioni e del Paese in qualità di parlamentare e di uomo di governo. E pur rimanendo all'interno delle tematiche costituzionalistiche dominanti nel suo tempo (principio rappresentativo, forma di governo, tutela dei diritti di libertà), colse lucidamente i limiti e l'inadeguatezza ormai degli assetti istituzionali in vigore, segnalando la necessità del loro ammodernamento: senza propugnare radicali stravolgimenti, ma proponendo e sostenendo le innovazioni capaci di accogliere nelle strutture formali dell'ordinamento le energie sociali ed economiche che si andavano liberando nel mutare dei tempi.

In questo senso non sembra azzardato proporre di vedere in Arcoleo un antesignano, un politico e un giurista proteso verso l'affermazione di una più moderna e avanzata attuazione del principio democratico.

Abstract

La scienza italiana del Diritto Costituzionale ha trovato, negli anni che si dispiegano dagli ultimi decenni del milleottocento all'inizio del millenovecento, una espressione prestigiosa in Giorgio Arcoleo, personalità poliedrica, di scintillante intelligenza, grande dottrina, forte passione politica.

La personalità di Giorgio Arcoleo può essere analizzata secondo tre profili: come uomo, come parlamentare e uomo di governo, come costituzionalista.

⁷ Richiamata in S. PRISCO, *Giorgio Arcoleo. Un costituzionalista tra storia e politica*, in IDEM, *Costituzione, Diritti umani, Forma di governo*, Torino, Giappichelli, 2014, 101 (nt. 18).