

La crisi attuale della “scienza” del diritto pubblico e costituzionale

di Antonio Baldassarre*



Sommario: § 1. – Il fondamentale significato del dibattito sul metodo dell’epoca di Weimar: a) dallo “Stato legislativo” allo “Stato costituzionale”. § 2. – (*segue*) b) dal “diritto dello Stato” (*Staatsrecht*) al “diritto costituzionale” (*Verfassungsrecht*): dal politico-statale al politico-sociale (R. Smend, H. Heller, C. Schmitt). § 3. – Realisti e giuristi positivisti weimariani di fronte al concetto attuale della ‘costituzione’: in particolare il residuo teologico e i miti della “norma fondamentale” e del “potere costituente”.

§ 4. – La dilapidazione dell’eredità culturale di Weimar nella Germania della seconda metà del Novecento. § 5. – Il paradosso italiano: l’“eterno” positivismo giuridico del secolo XIX. § 6. – Dalla “fine della storia” alla fine del diritto: l’esigenza del ritorno a Weimar.

§ 1. – *Il fondamentale significato del dibattito sul metodo dell’epoca di Weimar: a) dallo “Stato legislativo” allo “Stato costituzionale”*

In un saggio del 1926 intitolato *La crisi della teoria dello Stato*¹ Hermann Heller individuava l’origine principale della deprecabile condizione, nella quale, a suo avviso, era impantanata la “scienza del diritto pubblico” dell’epoca, nell’identificazione di quest’ultima con un approccio formalistico, dovuto alle varie forme di positivismo giuridico, le quali implicano la separazione totale della teoria del diritto dall’analisi della società e dei rapporti di potere che storicamente vi si svolgono.

Se pure in modi e con accenti diversi, la sua osservazione era sostanzialmente condivisa dai principali protagonisti del *Methodenstreit*, che hanno reso il dibattito giuridico dell’epoca di Weimar un mito il cui significato è ancora molto attuale. Esso, infatti, ha dato luogo a una larga e approfondita discussione nel mondo giuridico tedesco e,

* Luiss Guido Carli, Roma – Presidente emerito della Corte costituzionale.

¹ H. HELLER, *Die Krisis der Staatslehre* (1926), ora in IDEM, *Gesammelte Schriften*, vol. II, t. 1, II ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 1992, 5 ss.

persino, americano proprio negli ultimi due decenni, una discussione che tuttora non accenna a diminuire, tantomeno a smorzarsi.

Ovvio che di questa *mainstream* weimariana non faceva parte Hans Kelsen, la cui "teoria pura" era, anzi, il punto verso cui convergessero pressoché tutte le critiche degli altri protagonisti del dibattito sul metodo. In una certa misura la teoria kelseniana era vista dai suoi critici come l'approdo finale, che appariva loro del tutto inaccettabile, del formalismo giuspositivista ottocentesco. Heller ha addirittura ironizzato sulla teoria di Kelsen definendola «una teoria dello Stato senza Stato [...] un positivismo senza positività»², con l'aggravante politica, ritenuta di estrema gravità agli occhi di uno strenuo difensore della democrazia qual era Heller, che essa finiva per considerare ogni Stato, non importa se dittatoriale o democratico, come "Stato di diritto"³.

In realtà l'importanza per lo studio del diritto pubblico europeo del dibattito di Weimar non sta tanto nell'occasionale circostanza che in un breve periodo di tempo si è concentrato un numero importante di grandissimi giuristi, quanto piuttosto nel fatto storico che la dottrina giuridica più importante d'Europa, quella tedesca, si è cimentata allora nel tentativo di fornire uno statuto teorico al nuovo tipo di Stato, lo "Stato costituzionale", che per la prima volta si affacciava nel Vecchio Continente proprio con la Costituzione di Weimar.

Il compito non era affatto semplice sia sotto il profilo ideale che sotto quello pratico-politico. Sotto quest'ultimo aspetto, infatti, l'esperimento weimariano avveniva entro uno scenario totalmente avverso. Crollato definitivamente lo *ius publicum europaeum* con la prima guerra mondiale, dopo che nel secolo precedente questo era sopravvissuto a sé stesso grazie alle alchimie politiche dei monarchi e delle loro cancellerie di fronte ai sempre più forti movimenti liberali, le nazioni europee apparivano disorientate e divise tra i nostalgici del mondo antico (monarchie) e coloro che ricercavano vie nuove con grande prudenza, la quale era resa necessaria dal timore che le innovazioni e le aperture verso la partecipazione popolare al potere aprissero la strada ad avventure estreme, come quelle che si erano inverate nel 1917 con la rivoluzione comunista in Russia. Collocata entro questo scenario, la Repubblica di Weimar è generalmente apparsa come un'audace impresa volta a instaurare un sistema democratico entro un contesto interno e internazionale tutt'altro che favorevole.

Sul piano interno l'idea di istituire una democrazia fondata sul suffragio universale, maschile e femminile, la quale prevedeva una serie

² *Ivi*, 23.

³ H. HELLER, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, in *IDEM, Gesammelte Schriften*, cit., 247. Questa critica è stata accettata da Kelsen, il quale non ha sostanzialmente replicato per il semplice fatto che non l'ha considerata tale, essendo per lui una conseguenza logica della universalità della sua teoria pura: v. così H. KELSEN, *On the pure Theory of Law*, in *Israel Law Review*, 1964, 4 ss.

dubbio la “teoria pura” di Kelsen. Tutti gli altri campioni del diritto dell’epoca di Weimar, seppure tra profondi unilateralismi e indiscutibili limiti, hanno invece seguito la via opposta: quella di far emergere nelle loro teorie l’origine “sociale” della costituzione e, quindi, la natura profondamente sociale del diritto. È stato, questo, l’inizio di un cammino che occorre riprendere e proseguire se non si vuole che la “scienza” del diritto proclami la propria ingloriosa fine, dissolvendosi nella quotidianità e nella insulsaggine della *politique politicienne*.

Abstract

This essay analyzes the actual condition of the legal studies on constitutional law in Europe. After arguing the crucial importance of the Weimar’s *Methodenstreit*, the author shows how the Weimar’s heritage has gone lost during the post-war years of the late twentieth century. Because of the (justified) aversion to the nazi-fascist past as well as the present communist dictatorships, the western legal scholars tend to think that the general concept of law is the same as that shared by the liberal-democratic systems. These partial view has lead to an explicit or implicit bias for ideological theories, which get to a total and overt politicization of the legal treatises, especially the constitutional ones. As an exit door from the forward end of law the author suggests coming back to the Weimar’s prevailing concept of the legal studies as a socio-historical approach to the law of the constitution.

Ancora Antigone. Tra libertà e legge

di Michelangelo Bovero*



Sommario: § 1. – Antigone paladina della libertà? § 2. – Edipo e Creonte tiranni? § 3. – Leggi non scritte. § 4. – Due specie di leggi. O tre? § 5. – ‘Nomima’ e ‘nomoi’: quasi sinonimi? § 6. – Natura e artificio. § 7. – Quali sono, perché si invocano le leggi naturali?

§ 1. – Antigone paladina della libertà?

Chi è, *che cosa* è Antigone? Difficile rispondere. Antigone è diventata nella cultura occidentale una figura simbolo, archetipica, complessa e anche ambigua, controversa e disputata, continuamente reinterpretata¹. Molti i temi, i dilemmi umani, morali, politici che lungo i

* Università degli Studi di Torino.

¹ Significativo il titolo del classico studio di G. STEINER, *Antigones*, Oxford, Oxford University Press, 1984, tradotto in molte lingue e continuamente riprodotto in molte edizioni (in italiano *Le Antigoni*, Milano, Garzanti, 1995). Ancora utile lo sguardo sinottico offerto in precedenza da S. FRAISSE, *Le mythe d'Antigone*, Paris, Armand Colin, 1974. Raccomandabile il volume AA.VV., *Antigone e la filosofia. Un seminario a cura di Pietro Montani*, Roma, Donzelli, 2001, che ripropone testi canonici di grandi filosofi, da Hegel a Bultmann, accompagnati da commenti critici e integrati da studi su letture più recenti della figura di Antigone. In Italia, negli ultimi decenni sono stati soprattutto i giuristi a ritornare sulla creatura di Sofocle. Specialmente rilevanti i numerosi contributi di Gustavo Zagrebelsky, che vede nella tragedia sofoclea «il testo fondativo della nostra civiltà giuridica» (*Intorno alla legge*, Torino, Einaudi, 2009, 5). Vorrei qui richiamare l'attenzione su due recenti “duelli” tra giuristi, che hanno rianimato l'antagonismo tra Antigone e Creonte: il primo ha messo a confronto Marta Cartabia e Luciano Violante, in una serie di “assalti” riprodotti nel volume *Giustizia e mito. Con Edipo, Antigone e Creonte*, Bologna, il Mulino, 2018 (sul quale è da vedere il commento puntuale di Massimo Luciani in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, n. 9/2018, 237-258); il secondo ha visto lo scontro tra Livio Pepino e Nello Rossi, registrato nel volume *Il potere e la ribelle. Creonte o Antigone? Un dialogo*, Torino, Edizioni Gruppo Abele, 2019 (sul quale è apprezzabile l'equilibrato commento di M. CUONO, *Né Antigone, né Creonte*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2023, online). Naturalmente, gli specialisti dell'antichità continuano ad arricchire gli studi sulla tragedia sofoclea, talvolta stimolati proprio dalle sempre nuove rivisitazioni e attualizzazioni della figura di Antigone. Da ultimo, Laura Pepe nel capitolo ad essa dedicato del volume *Storie meravigliose di giovani greci*, Roma-Bari, Laterza, 2022. Sottolinea l'autrice: «L'Antigone è la tragedia più studiata, commentata, riscritta dell'antichità», ma ancor più sorprendente è la «frequenza con cui il nome di Antigone ritorna nella cronaca contemporanea, accostato a quello delle giovani donne – creature agli occhi del mondo due volte deboli, per età e per genere – che intraprendono una legittima battaglia contro le ben più forti autorità maschili». Proprio per questo «dobbiamo chiederci se l'Antigone sofoclea potesse riconoscersi nelle sue infinite repliche; dobbiamo capire quanto ci

secoli sono stati riproposti, anzi ripensati, evocando e rievocando la figura mitica di Antigone: i limiti del potere politico; la stessa ragion d'essere del potere e la sua legittimazione; il rapporto tra potere e giustizia, tra politica e religione, tra Stato e società, tra comunità politica e comunità familiare, tra pubblico e privato, tra collettivo e individuo, tra consenso e dissenso, tra obbedienza e resistenza. E altri ancora. Tutti, o molti, sono presenti *in nuce* o già apertamente messi in scena nel dramma sofocleo.

Tra questi, emerge il tema della libertà? Antigone, quella di Sofocle, è l'eroina tragica della libertà? Possiamo dire che già Sofocle la proponga come figura simbolo, icona della libertà?

Chiediamoci anzitutto di quale libertà potrebbe essere considerata paladina l'Antigone di Sofocle. Forse della libertà come liberazione della città dal potere tirannico di Creonte? La causa per cui combatte e muore Antigone è la libertà pubblica, collettiva, politica? È questo il fine ideale della sua disobbedienza? La sua è ribellione alla tirannide, al potere ingiusto, oppressivo e in quanto tale illegittimo (*quoad exercitium*) di Creonte? Oppure (o anche? O insieme?) la causa di Antigone è la libertà di coscienza, la libertà individuale – propria e altrui, rivendicata per sé e per tutti gli individui come valore universale, indiscutibile, intransigibile, indefettibile – di non sottomettersi all'ordine ingiusto, di ribellarsi al potere che impone di far tacere la voce della coscienza, che costringe a violare il dovere di fedeltà alle proprie convinzioni e al proprio ruolo? A mio avviso, se proprio volessimo attribuire ad Antigone un fine ideale di libertà, forse sarebbe più simile a questo secondo che non al primo.

Tuttavia, nel mondo morale di *Antigone* – intendo, il mondo morale della tragedia sofoclea – la libertà non occupa il proscenio: non è un cardine intorno a cui ruota l'azione drammatica, non è la stella polare cui guardano i personaggi. Non nella prima declinazione, la libertà pubblica, politica; ma neppure nella seconda, la libertà individuale, di coscienza, di autodeterminazione morale. Nell'universo ideale di questa tragedia, i punti cardinali – i principi di orientamento della condotta – sono altri. Sono tre: *dèi, patria, famiglia*. Ogni allusione al presente attuale, di chi scrive e di chi legge ora, è da intendersi come esplicitamente intenzionale. Ma attenzione: per antitesi. Giacché questa costellazione ideologica è nella tragedia sofoclea tutt'altro che lim-

sia in comune tra lei e le Antigoni-icone che continuiamo a evocare». E «per trovare una risposta dovremo rimuovere le letture che si sono stratificate nei secoli e ritornare al testo originale» (*ivi*, 83-85). Nelle pagine che seguono, tenterò a mio modo la stessa strada. Con due obiettivi: insinuare qualche dubbio sulle retoriche della libertà, non sempre limpide, che hanno avvolto recenti rievocazioni della figura mitica di Antigone; chiarire se, in quale senso e in quale grado nelle tesi sostenute dal personaggio sofocleo si possa rintracciare un nucleo originario dell'idea di 'diritto naturale' e di alcune sue più recenti riproposizioni.

al potere della città. O così pretende Antigone, in nome delle leggi e dei privilegi del *genos* aristocratico cui appartiene³¹.

Ma *perché* vengono invocate leggi non scritte, leggi “naturali”? Perché non bastano a stabilire e garantire l’ordine umano le leggi scritte, le leggi positive? Forse si può dire, in sintesi, che la funzione – la *ratio* – delle *leges non scriptae*, proprio in quanto (concepite come) naturali, ultra-umane, è (sempre stata, in ogni tempo) una sola, essenzialmente negativa: stabiliscono, pretendono di stabilire, l’ultimo limite del potere dell’uomo sull’uomo. Nei suoi termini più generali ed essenziali, questo non è altro che il problema del rapporto tra etica e politica, e tra etica e diritto. Le leggi non scritte di Antigone, le leggi naturali dei giusnaturalisti, i principi dei neo-costituzionalisti sono, pretendono di essere, (equivalenti a) norme morali.

Ecco, infine, il vero problema: *quale* morale? La tesi di Antigone regge solo sulla base della convinzione che si dia – che sia concepibile e conoscibile – una morale oggettiva, appunto naturale e universale. È questa la tesi che gli avversari del diritto naturale in ogni tempo hanno sempre rifiutato. Sospettando che in essa si nasconda comunque, al di qua e al di là delle migliori intenzioni, il seme dell’intolleranza e anche del fanatismo. Chi mi dice: questa è “per natura” la morale, questo il “vero” bene, questi i valori “oggettivi”, mi vuole imporre i *suoi* valori, la *sua* morale. Il suo dio. Ed anche, talvolta, la sua idea di ‘patria’ e di ‘famiglia’.

Abstract

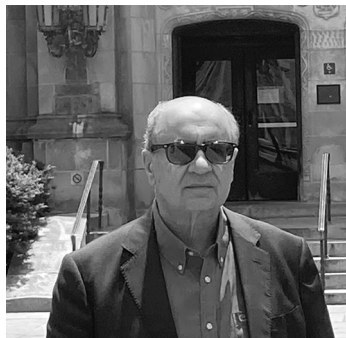
Antigone has become a symbolic figure of rebellion against unjust power in Western culture. In this article, the Author revisits the Sophoclean tragedy with two objectives: firstly, to provide arguments against the often-unclear rhetoric of freedom that has accompanied some recent re-enactments of the myth of Antigone; secondly, to clarify whether, and in which sense, it is possible to trace an original nucleus of the idea of natural law in the theses supported by the Sophoclean character. In the first part of the article, the Author argues that the figure of Antigone, as she appears in Sophocles’ drama, cannot be proposed as a heroine of freedom for the same reason that it is misleading to identify Creon’s character as the emblem of tyranny. He suggests questioning the very notion of the tyrant in Greek tragedy by reconstructing its shifts in meaning. The Author invites us to acknowledge not freedom, but the duty of submission to the “unwritten laws” considered as superior to the positive

³¹ Su questo nucleo specifico del dramma sofocleo, che esula dalle questioni qui affrontate, si confrontino le interpretazioni, convergenti ma non sempre coincidenti, di G. UGOLINI, *Il tema delle leggi non scritte nella drammaturgia sofoclea*, cit., e di L. PEPE, *Antigone* in EADEM, *Storie meravigliose di giovani greci*, cit.

laws of political authority the principle that guides Antigone's action. In the second part of the article, the Author subjects the notion of "unwritten laws" to theoretical and philological analysis as it appears in Sophocles' text, identifying it as the archetype of the ideas of "natural law" and "natural justice" which, through the decisive mediation of Aristotle, will become the foundations of natural law's theories of all times.

Joseph de Maistre e la scienza delle costituzioni

di Agostino Carrino*



Sommario: § 1. – Attualità di Maistre. § 2. – Teologia e costituzioni. § 3. – Contro le costituzioni scritte. § 4. – L’“Illuminismo” di Maistre. § 5. – Contro i “diritti dell’uomo”.

§ 1. – Attualità di Maistre

Il nome di Joseph de Maistre (1753-1821)¹ richiama di solito alla mente, anche in quegli uomini di cultura più avvertiti e meno propensi ad accettare supinamente luoghi comuni e idee tramandate, due concetti: la necessità del boia per il mantenimento dell’ordine sociale,

* Giurista e filosofo.

¹ Per una biografia, basata anche su documenti inediti del lascito familiare, si veda HENRI DE MAISTRE, *Joseph de Maistre*, Paris, Perrin, 1990, ma, sopra tutto, R.A. LEBRUN, *Joseph de Maistre. An Intellectual Militant*, Kingston and Montreal, Mc Gill-Queen’s University Press, 1988. Dello stesso autore si veda anche *Throne and Altar. The Political and Religious Thought of Joseph de Maistre*, University of Ottawa Press, 1965. Nell’ampia bibliografia sulla figura e l’opera di Maistre mi limito a ricordare: R. JOHANNET, *Joseph de Maistre*, Paris, Flammarion, 1932, nonché la nota e critica monografia di R. TRIOMPHE, *Joseph de Maistre. Étude sur la vie et sur la doctrine d’un matérialiste mystique*, Genève, Droz, 1968 (con esauriente bibliografia, cui rinvio il lettore). Tra le cose più recenti si vedano: B. MIQUEL, *Joseph de Maistre. Un philosophe à la cour du Tsar*, Paris, Albin Michel, 2000; C. BONCOMPAIN & F. VERMAILE, *Joseph de Maistre*, Paris, Éditions du Félin, 2004; J.-Y. PRANCHÈRE, *L’autorité contre les Lumières. La philosophie de Joseph de Maistre*, Genève, Droz, 2004; A. COMPAGNON, *Les antimodernes de Joseph de Maistre à Roland Barthes*, Paris, Gallimard, 2005; F. HUGUENIN, *Le conservatisme impossible. Libéraux et réactionnaires en France depuis 1789*, Paris, La Table Ronde, 2006. Tra le vecchie biografie di Maistre merita ancora di esser citata quella di C. BARTHÉLEMY, *Essai sur la vie et les écrits de J. de Maistre*, in *L’esprit de Joseph de Maistre*, Paris, Gaume Frères et J. Duprey, 1859, 1-148, nonché quella di F. DESCOSTES su Maistre prima della rivoluzione: *Joseph de Maistre avant la Révolution. Souvenirs de la société d’autrefois 1753-1793*, (1893), Genève, Slatkine Reprints, 1983. Abbastanza buona anche quella di M. DE LESCURE, *Le Comte Joseph de Maistre et sa famille*, Paris, Charles Douniol, 1908, mentre alquanto agiografica è quella di A. ALBALAT, *Joseph de Maistre*, Lyon-Paris, Librairie Emmanuel Vitte, 1914. Un discorso a parte, nella letteratura critica, merita il saggio, *sui generis*, di E.M. CIORAN, *Joseph de Maistre*, in IDEM, *Esercizi di ammirazione. Saggi e ritratti*, trad. it. di M.A. Rigoni, Milano, Adelphi, 1988, 11-78. La *Revue des Études Maistriennes*, a cura di Jean-Louis Darcel, ora purtroppo non più pubblicata, ha poi offerto contributi preziosi all’arricchimento della conoscenza di Maistre. Un discorso a parte merita l’imponente lavoro curato da Philippe Barthelet: *Joseph de Maistre*, «Les Dossiers H», Genève, L’Age d’Homme, 2005.

così come è argomentata, immaginificamente, in alcune pagine delle *Soirées de Saint Petersbourg*², e l'inesistenza dell'uomo come concetto generico³. Sulle pagine maistriane dedicate alla figura del boia si difendono, di regola, tutti i commentatori, specialmente quelli che non hanno mai letto lo scrittore savoiaro; la citazione sull'uomo generico o universale che, se esiste, è all'insaputa di Maistre, è una citazione colta in discorsi d'ogni tipo.

Per molti Maistre resta ancora oggi, quindi, un "profeta del passato", un uomo di un tempo che non è più. Resta perciò sempre istruttiva, da questo punto di vista, la lettura di un saggio di Isaiah Berlin su *Joseph de Maistre and the origins of Fascism*, uno scritto che, indipendentemente dai contenuti specifici e dalla interpretazione complessiva, ha il merito di sottrarre Maistre alla visione passatista di quasi tutti coloro che se ne sono occupati, da Sainte-Beuve⁴ a Faguet⁵ fino a Triomphe⁶. Lungi dall'essere un "profeta del passato", Maistre appare, nella ricostruzione di Berlin, un "profeta del futuro", un anticipatore di movimenti politici che solo nel Novecento avrebbero trovato un terreno adatto di espansione e di affermazione. Scrive Berlin: «Maistre può aver parlato il linguaggio del passato, ma il contenuto di ciò che egli aveva da dire presagiva il futuro. In confronto ai suoi contemporanei progressisti, Constant e Madame de Staël, Jeremy Bentham e James Mill, per non parlare di radicali estremisti e di utopisti, egli è, per certi aspetti, ultra-moderno, nato non prima, ma dopo il suo tempo»⁷.

² Su queste pagine di Maistre cfr., sparse qua e là, le feroci aggettivazioni di F. CORDEIRO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1981. Maistre appare a Cordero addirittura il culmine della linea di pensiero «mistico-sadica» (cfr. *ivi*, 398).

³ «[...] La Constitution de 1795, tout comme ces aînées, est faite pour l'homme. Or, il n'y a point d'homme dans le monde. J'ai vu, dans ma vie, des Français, des Italiens, des Russes, etc., je sais même, grâce à Montesquieu, qu'on peut être Persan: mais quant à l'homme, je déclare ne l'avoir jamais rencontré de ma vie; s'il existe, c'est bien à mon insu»: J. DE MAISTRE, *Considérations sur la France*, in IDEM, *Ceuvres complètes*, Lyon, Vitte, 1884 (reprint Genève, Slatkine, 1979), vol. 1, cap. VI.

⁴ Vedi C.-A. SAINTE-BEUVE, *Joseph de Maistre*, in *Portraits Littéraires*, II, Paris, Didier, 1854, 379-457, nonché gli articoli della *Causerie du lundi*. Per la verità, Sainte-Beuve scrisse anche: «Quale che sia il posto che si occupa nella grande bagarre umana di cui noi tutti facciamo parte, non si può più misconoscere in [Maistre] un filosofo politico di prim'ordine, uno di quelli che, nell'illuminarci sullo spirito di organizzazione delle antiche società, danno più da pensare sui destini e la direzione futura delle società moderne» (in *Causerie du lundi*, 2 giugno 1851, in C.A. SAINTE-BEUVE, *Causeries du lundi*, Paris, Garnier Frères, s.d., t. IV, 192-193).

⁵ E. FAGUET, *Joseph de Maistre*, in IDEM, *Politiques et Moralistes du XIX Siècle*, Paris, SFIL, 1901, 1-67.

⁶ R. TRIOMPHE, *Joseph de Maistre*, cit.

⁷ I. BERLIN, *Joseph de Maistre and the Origins of Fascism*, in IDEM, *The Crooked Timber of Humanity*, New York, Alfred Knopf, 1991, 96. Merita di esser citato, a questo proposito, un brano di G. MACCHIA, *Joseph de Maistre, l'ordine e l'immobilità*, in IDEM, *Il mito di Parigi*, Torino, Einaudi, 1981, 75: «Rileggendo Maistre oggi dopo conflagrazioni ancora più grandiose di quelle cui assisté, sarebbe difficile non riconoscere la verità di alcuni ritorni: l'essenza satanica dei personaggi che abbiamo conosciuto, manichini tragici e commedianti, come Brecht vide il suo Ui; una società dove il boia ridiventava in senso maistriano colui che è addetto all'adempimento di un dovere supremo e quasi divino (Eichmann); dove gli stru-

dall'altro guarda alla costituzione politica sempre come il risultato, la grazia, potremmo dire, dell'azione divina. Il fondamento della costituzione o è divino (qualunque cosa ciò possa significare, tra paganesimo e cristianesimo), trascendente, o non è.

Come si legge in apertura delle *Considérations*, «nous sommes tous attachés au trône de l'Être suprême par une chaîne souple, qui nous retient sans nous asservir»⁸².

Abstract

The Author shows the topicality of Joseph de Maistre's criticism of the abstract, purely normative, modern constitutions. Building legal texts irrespective of the specific juridical-political traditions of each nation means to leave constitutions to the arbitrary will and to historical transience.

droit social. Histoire doctrinale depuis le XVIIe siècle jusqu'à la fin du XIX siècle, Paris, Pedone, 1932, 285 ss. Più in generale, Gurvitch accentua la modernità del pensiero maistriano sottolineandone l'aspetto di tipo volontarista e, tutto sommato, cesaristico: «[...] l'"ordine" opposto dagli scrittori della Restaurazione all'anarchia rivoluzionaria è concepito da loro non come un vero ordine, sia pure gerarchico, ma piuttosto come un comando di una volontà sovrapposta ad altre volontà, che sono condannate a restare disperse finché non vengono legate da questo comando superiore. L'universalismo tradizionalista contraddice, qui, le sue proprie premesse: esso distrugge la totalità che vuole affermare interpretandola come una unità semplice concentrata in un potere assoluto; esso comincia col negare la volontà dell'uomo e finisce con l'affermarla nella sua forma più concentrata (volontà del monarca), come creatrice del legame sociale» (ivi, 285). «Lo statalismo teocratico di Bonald e di de Maistre si accentua fino a diventare una vera divinizzazione dello Stato, che ricorda quella di Hegel» (ivi, 286). Si tratta di una interpretazione del pensiero di Maistre che senza ulteriori precisazioni e storicizzazioni appare però estremamente limitativa e sicuramente fuorviante. Essa fa il paio con certe interpretazioni troppo unilaterali del pensiero di Carl Schmitt e ciò proprio su punti e problemi analoghi (in particolare relativamente alle questioni della decisione sovrana e della forma-Stato).

⁸² J. DE MAISTRE, *Considérations sur la France*, cit., 1. Il brano echeggia il capitolo conclusivo del *Discours sur l'histoire universelle* di Bossuet, «où l'on montre qu'il faut tout rapporter à une Providence», in J.B. BOSSUET, *Ceuvres*, Paris, Gallimard, 1961, 1024.

La causa esterna delle costituzioni

di Omar Chessa*



Sommario: § 1. – Il punto di vista “interno” della teoria costituzionale. § 2. – La costituzione materiale come *totalità storica concreta delle cause delle costituzioni*. § 3. – Un cenno ai precursori: Hegel e Montesquieu. § 4. – La lezione del realismo. § 5. – L’interazione tra fatti politici *interni ed esterni*. § 6. – Geopolitica e diritto costituzionale interno. § 7. – Le costituzioni scritte sono figlie della guerra. § 8. – Perché si scrivono (e si sono scritte) nuove costituzioni. § 9. – Le costituzioni scritte come madri della guerra. § 10. – Due esperienze costituzionali paradigmatiche.

§ 1. – Il punto di vista “interno” della teoria costituzionale

Concessioni regie, colpi di Stato, rivoluzioni, accordi tra partiti, assemblee costituenti: l’elenco degli eventi virtualmente all’origine di una costituzione scritta è variabile, ma pur sempre circoscritto a fatti della politica nazionale. Questo saggio, invece, muove da un sospetto: che le cause delle costituzioni siano prevalentemente “esterne” anziché “interne”.

Qui per ‘cause delle costituzioni’ s’intendono i fattori che ne sono all’origine, che ne spiegano l’entrata in vigore, la stabilità nel tempo e le trasformazioni più rilevanti, mentre la divisione spaziale interno/esterno distingue ciò che accade dentro lo spazio statale da ciò che si colloca fuori di esso. Nei più importanti lavori novecenteschi di teoria costituzionale il punto di vista “interno” è sempre stato prevalente. Dalla consultazione di opere fondamentali come la *Dottrina della costituzione* (1928) di Carl Schmitt, *Costituzione e diritto costituzionale* (1928) di Rudolf Smend, *Dottrina dello Stato* (1934) di Herman Heller, *La costituzione in senso materiale* (1940) di Costantino Mortati, etc., emerge che la nascita, la permanenza, gli sviluppi modificativi, il decesso di una costituzione sono una faccenda statale interna, principalmente di ordine politico (ma non solo, involgendo spesso pure le sfere culturale

* Università degli Studi di Sassari.

e socio-economica). È assente un punto di vista extra-statale, quasi che i confini nazionali abbiano il potere di interrompere le catene causali.

Si può (e si deve) tentare di rimediare alla lacuna. Ma con almeno due avvertenze: la prima è che non si tratta di scegliere tra cause interne ed esterne, sostituendo integralmente le prime con le seconde, bensì di completare un discorso teorico che finora è stato parziale; la seconda è che per 'cause esterne' non si fa riferimento al complesso dei fenomeni che compongono la c.d. "globalizzazione", cui una influente narrazione pluridecennale assegna la funzione di avere messo sotto scacco le sovranità nazionali, determinando la crisi della stessa forma-Stato¹. Al contrario, per cause esterne s'intendono le interazioni tra formazioni statali, riguardate quali attori protagonisti delle relazioni internazionali: interazioni che si palesano dacché esiste la divisione del mondo in Stati e che risultano tanto più determinanti quanto più sono intense, con al vertice il fenomeno della guerra, che infatti esprime la massima intensità di una dinamica interstatale.

§ 2. - *La costituzione materiale come totalità storica concreta delle cause delle costituzioni*

Le teorie della costituzione finora elaborate sono state "in senso materiale".

Sembra fare eccezione quella proposta da Hans Kelsen, ma anch'essa converge, a ben vedere, su enunciazioni fondative di ordine extra-formale. Difatti, per l'autore della *Reine Rechtslehre* il *proprium* della costituzione, ciò che ne definisce l'essenza, la sostanza e che pertanto fa di una costituzione quello che è, non è certo la sua "forma", ossia il suo procedimento formativo, il regime dell'atto e il *nomen iuris*, bensì il fatto di disciplinare l'esercizio della funzione legislativa, cioè il fatto di possedere un determinato contenuto normativo materiale: di qui il concetto "sostanziale" o "materiale" di 'costituzione' come «regola del procedimento legislativo»².

¹ E neanche si vogliono evocare formule come il 'costituzionalismo multilivello', la 'costituzione composita', il 'pluralismo costituzionale', la 'costellazione post-nazionale', *etc.*, che hanno connotato un noto e influente filone teorico emerso a cavallo tra gli ultimi anni Novanta e i primi anni del Duemila, in corrispondenza con la fase più avanzata dell'integrazione giuridica europea (e più carica di speranze circa un suo imminente e decisivo approfondimento). Semmai, le formule suddette segnalano trasformazioni delle costituzioni nazionali degli Stati membri della CEE, prima, e dell'UE, poi: ma di certo non indicano la nascita di nuove costituzioni nazionali o di una "costituzione europea" degna di questo nome.

² H. KELSEN, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)* (1928), trad. it. di C. Geraci, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La giustizia costituzionale)* in IDEM, *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1981, 152-153; vedi anche IDEM, *Reine Rechtslehre* (1960), trad. it. di M.G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966, 251 ss. Inoltre, a riprova che il concetto sostanziale/materia-

Abstract

The concept of 'material constitution' is about efficient and final causes of the written constitution (i.e., the 'formal constitution'). These events or factors from which constitutional documents spring are often related to facts that happen outside the national border. For this reason it could be useful to integrate the internal point of view, which characterizes all the material constitution theories, with an external point of view, which embeds a geopolitical approach and realistic theories of foreign relationship.

In difesa del positivismo giuridico

di Luigi Ferrajoli*



Sommario: § 1. – Il positivismo giuridico come atto di nascita della politica moderna. § 2. – La prima tappa della modernità giuridica inaugurata dal positivismo giuridico. La divaricazione tra validità e giustizia e il punto di vista critico esterno. § 3. – La seconda tappa della modernità giuridica inaugurata dal costituzionalismo rigido. La divaricazione tra esistenza e validità e il punto di vista critico interno al diritto positivo. § 4. – Una terza possibile tappa della modernità giuridica. La divaricazione abissale tra normatività ed effettività nel diritto internazionale. § 5. – Tre

punti di vista critici e progettuali sul diritto positivo. Giuspositivismo critico e ruolo della formalizzazione della teoria del diritto.

§ 1. – Il positivismo giuridico come atto di nascita della politica moderna

Da molti anni il positivismo giuridico – che è il presupposto anche del costituzionalismo, generato dalla positivizzazione del “dover essere” costituzionale del diritto positivo medesimo, cioè dei principi cui questo deve uniformarsi a pena d’invalidità – non è più la concezione del diritto prevalente nella cultura giuridica. Prevalgono concezioni dell’esperienza giuridica che del gius-positivismo rifiutano i due principali tratti distintivi: la separazione tra diritto e morale e il carattere non creativo ma cognitivo della giurisdizione che a sua volta è alla base della soggezione dei giudici alla legge e della separazione dei pubblici poteri.

Il tratto caratteristico del diritto moderno, quale è espresso dal positivismo giuridico, è la sua artificialità. Dalle costituzioni alle leggi, dalle prassi giudiziarie a quelle amministrative e negoziali, tutto il diritto è il prodotto delle attività e delle scelte degli uomini; i quali, per come il diritto viene pensato e progettato e per come funziona in concreto, ne portano interamente la responsabilità. Naturalmente, come scrisse Piero Calamandrei, «nello stampo della legalità si può calare oro

* Università degli Studi Roma TRE.

o piombo»¹. Il positivismo giuridico non garantisce che in tale stampo non sia calato piombo. Ma rende possibile che in esso sia calato oro. Equivale, in breve, alla nascita della politica moderna, avendo aperto la strada alla progettazione delle norme prodotte e da produrre, alla loro perenne trasformazione e innovazione e all'elaborazione delle tecniche idonee a garantirne l'effettività. Il diritto, da allora, è diventato lo strumento e il linguaggio della politica nel quale vengono formulati i problemi sociali e le loro controverse soluzioni, volta a volta adottate o anche solo proposte: le leggi, ma anche i loro progetti di riforma; la conservazione del diritto esistente, ma anche la sua critica e la progettazione del diritto futuro; il governo della società ma anche le alternative politiche e istituzionali sostenute dalle lotte di opposizione. Grazie al carattere formale del principio giuspositivista di legalità, che esprime unicamente la forma di produzione che rende riconoscibile il diritto esistente quali che siano i suoi contenuti, la politica si afferma, con l'età moderna, come *politica costituente*. Al tempo stesso, il pensiero politico di filosofi come Hobbes, Locke, Montesquieu, Beccaria, Voltaire, Kant e Filangieri, ai quali soprattutto si devono la progettazione e l'elaborazione teorica dell'artificio giuridico e istituzionale, si afferma come *pensiero costituente*. Possiamo in effetti ben dire che furono quei pensatori, ben più che i giuristi e i governanti, i padri costituenti del moderno stato di diritto².

Queste pagine vogliono essere una difesa del ruolo non solo scientifico, ma anche civile e politico del positivismo giuridico. È una difesa sollecitata da due aspetti a mio parere regressivi dello stato attuale degli studi filosofico-giuridici e della stessa scienza giuridica: in primo luogo le tesi anti- o a-giuspositivistiche sulla natura della giurisdizione, sul ragionamento giudiziario, sul costituzionalismo e sui rapporti tra diritto e morale; in secondo luogo l'appiattimento realistico di gran parte della scienza giuridica sulla semplice descrizione

¹ P. CALAMANDREI, *Prefazione a C. BECCARIA, Dei delitti e delle pene* (Livorno, Coltellini, 1766), Firenze, Le Monnier, 1945, 92.

² A. DE TOCQUEVILLE, *L'antico regime e la rivoluzione* (1856), in IDEM, *Scritti politici*, a cura di N. Matteucci, Torino, UTET, 1968, 731-739. «In qual modo letterati e scrittori senza grado sociale, senza ricchezza, né onori, né responsabilità, né potere, divennero, di fatto, i più importanti uomini politici del loro tempo, anzi i soli importanti, poiché, anche se altri esercitavano l'azione di governo, essi soli sembravano dotati di autorità? Vorrei rispondere in poche parole a queste domande»: perché le idee di questi filosofi «erano state loro naturalmente suggerite dalla visione della società stessa che avevano sott'occhio. Lo spettacolo di tanti privilegi abusivi o ridicoli, che riuscivano tanto più gravosi quanto meno se ne scorgeva la ragion d'essere, spingeva, o meglio travolgeva gli spiriti verso l'idea dell'uguaglianza naturale degli uomini [...] Il gusto se ne diffuse persino tra coloro che, per natura o per condizione vivevano più lontano dalle astratte speculazioni. Non vi fu più un solo contribuente leso dalla sperequazione delle imposte che non prendesse fuoco all'idea dell'uguaglianza di tutti gli uomini, non un piccolo proprietario danneggiato dal nobile suo vicino, che non si beasse nel sentir dire che tutti i privilegi indistintamente erano condannati dalla ragione» (*ivi*, 732-734).

ridico impone oggi alla politica e alla cultura giuridica. Investendo la scienza e la pratica giuridica del ruolo di difesa a livello globale dell'universalismo dei diritti e dei beni fondamentali, l'espansione da esso promossa del paradigma costituzionale e garantista vale a confermare il ruolo storico del diritto quale strumento essenziale della costruzione della democrazia.

Abstract

The essay is a defense of not only the scientific but also the civil and political role of legal positivism. It is a defense prompted by two regressive aspects: first, the anti-Juspositivist theses on the nature of jurisdiction, judicial reasoning, constitutionalism, and the relations between law and morality; second, the realist flattening of much of legal science to the simple description of existing law, and thus the loss of the critical and planning point of view which, as I shall show, are two essential features of legal positivism in all phases of its historical development. In support of this defense, it is shown that legal positivism has marked and still continues to indicate the stages of legal progress: first the construction of the legislative rule of law and the subjection of judges to the law; then the development of constitutional democracy and the subjection of legislation to the constitution; and finally, in perspective, the expansion of the constitutional and guarantor paradigm beyond the state and the subjection, to the principles of peace and human rights established in so many international charters, of the otherwise savage powers of sovereign states and global markets.

Lotta di classe e/o lotta tra nazioni/popoli?

di Giuseppe Ugo Rescigno*



Sommario: § 1. - Premessa. § 2. - Il Manifesto dei comunisti. § 3. - Come e perché secondo il Manifesto la classe operaia avrebbe sconfitto la borghesia e costruito prima il socialismo e poi il comunismo. § 4. - Internazionalismo *vs.* nazionalismo. § 5. - Si è trattato di un movimento storico reale. § 6. - Un primo insegnamento dalla storia del movimento comunista. § 7. - Un secondo insegnamento. § 8. - Individui e soggetti collettivi nella storia degli esseri umani. § 9. - Lo Stato senza aggettivi. § 10. - Stato e società. § 11. - Stato e nazione.

§ 12. - Stato e popolo. § 13. - Il gioco linguistico tra 'popolo' e 'nazione' e le diverse realtà statali. § 14. - Stato e popolo nella esperienza degli Stati Uniti. § 15. - L'imperialismo. § 16. - La Repubblica popolare cinese. § 17. - Democrazia e autocrazia. § 18. - Conclusione.

§ 1. - *Premessa*

La guerra tra Russia ed Ukraina ha fatto esplodere una mia crisi di ordine scientifico che covava da tempo (ed oggi, col senno di poi, proprio con questo mio scritto sono giunto alla conclusione che in fondo le ragioni della crisi erano presenti fin dall'inizio dei miei studi). Ne scrivo perché penso che per i miei probabili pochi lettori l'oggetto principale dei loro studi sia lo Stato e con lo Stato le innumerevoli questioni giuridiche che si porta dietro (a cominciare dalle forme di Stato e di governo, e più in particolare dalla democrazia) e perché la mia crisi scientifica ha a che fare con l'ideologia che inevitabilmente circonda la riflessione sullo Stato e sulla società (e quindi anche sul diritto), cosicché questo scritto potrebbe risultare utile sia nel consenso che nel dissenso.

§ 2. - *Il Manifesto dei comunisti*

Comincio da molto lontano: dal Manifesto dei comunisti, e da me giovane che si avvicina al mondo socialista e comunista di allora e legge il Manifesto.

* Sapienza - Università di Roma.

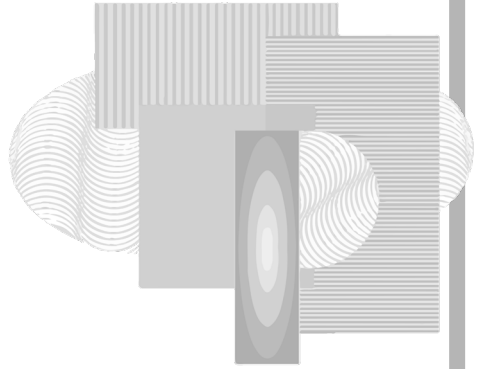
Dopo una pagina introduttiva (quella famosa dello spettro che si aggira per l'Europa, il comunismo) il capitolo I intitolato *Borghesi e proletari* proclama imperiosamente: «La storia di ogni società sinora esistita è storia di lotte di classi». La mia edizione, del 1962 per Editori Riuniti, con prefazione di Palmiro Togliatti, riporta in calce alla frase prima citata una nota di Engels del 1888 che comincia con «O, a dir meglio, la storia scritta. Nel 1847 la preistoria sociale precedente a tutte le storie scritte era come sconosciuta. Dopo di allora ... [segue un lungo passo in cui Engels dà conto in particolare degli studi sulle comunità agricole come forma primitiva della società basate sul possesso in comune della terra]». Richiamo l'attenzione su questa nota perché mostra come cosa ovvia e pacifica che è ben possibile e diventa necessario, sulla base di fatti ritenuti dimostrati, modificare tesi ed opinioni: punto di metodo importante di cui mi sono avvalso, anche contro Marx ed Engels, per esempio intorno alla nascita della forma Stato, che per loro, come per moltissimi anche allora, è qualunque forma di dominio sulla società (quindi è Stato anche la polis greca, anche lo Stato feudale, e così via), per me (e per altri beninteso) è una specifica forma che si costruisce embrionalmente nel 1400-1500 ed emerge con la monarchia assoluta di fine Seicento, inizi del Settecento.

Conviene proseguire nella citazione del Manifesto. «Liberi e schiavi, patrizi e plebei, baroni e servi della gleba, membri delle corporazioni e garzoni, in una parola oppressori ed oppressi sono sempre stati in contrasto fra di loro, hanno sostenuto una lotta ininterrotta, a volte nascosta, a volta palese: una lotta che finì sempre o con una trasformazione rivoluzionaria di tutta la società o con la rovina comune delle classi in lotta». La tentazione di continuare a citare è molto forte, così chiare, travolgenti, entusiasmanti sono le frasi del testo: per ovvie ragioni debbo limitarmi a ricavare alcuni punti che costituiscono gli snodi essenziali delle mie riflessioni. Ricordo anzitutto le parole riasuntive dell'elenco di classi in lotta tra loro: tutte o *oppressori* o *oppressi*; mi vengono in mente immediatamente le parole di Gramsci (l'altro mio grande maestro): verrà mai un tempo in cui non vi saranno oppressi ed oppressori, sfruttati e sfruttatori, governati e governanti? Questo è il senso ultimo e complessivo del Manifesto, e del movimento, imponente per numero e per comportamenti, che nel Manifesto si è riconosciuto: la previsione (previsione, o ipotesi, per me e per molti con me, soprattutto negli anni più vicini a noi; la certezza fondata su un'analisi scientifica, per il Manifesto e per moltissimi seguaci, specie nei primi anni) che, *per la prima volta nella storia*, gli oppressi ribellandosi avrebbero sconfitto ed eliminato gli oppressori, costruendo il vero regno della libertà umana. Mi pare essenziale, e viene quasi sempre del tutto trascurato, sottolineare che nell'elenco delle classi con-

Abstract

The author succinctly reconstructs the communist project conceived by Marx and developed by his followers, and shows that this project rested entirely on the internationalist nature of the working class (a nature that actually revealed itself in a minority part of the workers, but not in its majority, as World War I showed). After a brief history of the USSR and that part of the movement that believed in the USSR's construction of communism, the author elucidates the essential nature of that power that proved to be much stronger than the class struggle, and that is the state, now as nation-state now as people-state, always in the service of capitalist development, to the point of competing for primacy between a dominant state, and with it minor imperialisms that have allied themselves with the United States, and other imperialist states, such as China and Russia, which however contend such primacy against the United States and its allies. Since among the struggling imperialisms there remains a fundamental difference between democratic regimes, albeit in the minimal sense of democracy, and autocratic regimes, and thus between regimes in which it remains possible to fight democratically for human rights, for the proper ecological management of the world, for peace, while in autocratic regimes not only all this is not possible, but they risk very severe punishment, persecution, and even death, the political choice the author makes for himself and suggests to readers is to support democracies against autocracies by trying to correct, and, if possible, remove altogether the imperialist aspects that distinguish them.

Materiali



Julius Evola e la dottrina dello Stato. Sulle antinomie dell'individuo assoluto
di Agostino Carrino

Su Schmitt
di Julius Evola

Modelli di giudice
di Uberto Scarpelli

Colloquio su Cultura, Diritto e Ragione.
Intervista immaginaria al prof. Franco Cordero (A.D. 2023)
di Federico Pedrini

Julius Evola e la dottrina dello Stato

Sulle antinomie dell'individuo assoluto

di Agostino Carrino*



Sommario: § 1. – Filosofia e politica in Julius Evola. § 2. – Julius Evola e la “rivoluzione conservatrice”. § 3. – Un cattivo maestro? § 4. – Conclusioni.

§ 1. – *Filosofia e politica in Julius Evola*

Nel 2024 si celebrerà il cinquantesimo anniversario della morte di uno degli scrittori più controversi del Novecento italiano, Julius Evola (1898-1974). La cultura più conformista lo ha sempre messo ai margini del dibattito pubblico, pur trattandosi di una figura non irrilevante della vita intellettuale italiana della prima metà del Novecento ed espressione di una fase della storia culturale del nostro Paese difficilmente etichettabile in modo superficiale come “deviazione”. Deviazione, poi, rispetto a che cosa? Rispetto ad un’idea di ‘Risorgimento’ inteso come premessa della Resistenza antifascista? Come se veramente si potesse ricostruire la storia lasciando fuori tutto quello che non piace allo studioso, una storia pensata ad *usum delphini*, che da *magistra vitae* deve diventare apologia di idee soggettive e semmai “cancellazione” di tutto ciò che nella storia passata non piace. Aver ostracizzato Evola è stato doppiamente sbagliato: innanzitutto per ragioni di dignità intellettuale, non meritando Evola questo ostracismo; in secondo luogo, per aver quindi abbandonato le opere di questo complesso personaggio al culto di ambienti limitati e certo non di rado discutibili.

In queste pagine ci occuperemo di Evola dal punto di vista della sua dottrina dello Stato o della sua filosofia politica. Ma il primo inter-

* Giurista e filosofo.

rogativo suona: può essere definito Julius Evola “filosofo della politica”? Temo di no, per ragioni formali, ma soprattutto di sostanza. Per prima cosa, dubito che abbia mai usato l’espressione ‘filosofia politica’, in secondo luogo, le opere di Evola segnalano con forza una vocazione intellettuale assai più tesa alla formazione o educazione dell’individuo che alla delineazione di forme politiche “migliori”, o per lo meno di forme politiche possibili.

È certamente vero che Evola critica la modernità in nome di qualcosa di diverso ed opposto, specificamente di una forma di Stato che egli chiama “tradizionale” o “organica”, ma questo “tipo ideale” è metastorico e nient’affatto riducibile ad una forma concreta, anche se egli sembra rifarsi (e spesso realmente si rifà) ad organizzazioni del passato di tipo “imperiale”, che sia la Roma antica o il Medio Evo ghibellino, ma anche, senza accorgersi delle contraddizioni, l’Impero austro-ungarico e quello guglielmino, forse apprezzabili per aspetti particolari, ma difficilmente identificabili con lo ‘Stato tradizionale’. Eppure, ogni tanto proprio Evola si rende conto delle oggettive antinomie di ogni riduzionismo politico, così quando, per esempio, rimprovera a Carl Schmitt di aver fatto cominciare la crisi del *jus publicum europaeum* e l’avvento dell’astratto ‘*international law*’ con la fine politica di Bismarck e non con Metternich¹.

Non mi soffermerò sulla obiezione più facile, che ‘Stato’ è termine moderno, che difficilmente potrebbe essere impiegato per strutture che non siano quelle specificamente post-medievali, dal momento che lo Stato, la macchina che Evola descrive discutendo il libro di Schmitt su Hobbes², nasce proprio per portare la pace ad una società conflittuale lacerata dalle guerre di religione e questo fa separandosi dalla società e dai suoi rapporti. Diamo per convenuto, in questa sede, che ‘Stato’ sia termine impiegabile per ogni struttura di potere. In che senso, quindi, Evola immagina strutture di potere preferibili a quelle proprie della democrazia liberale, allo Stato di diritto o costituzionale?

Alcuni termini spesso impiegati da Evola possono condurci nel labirinto di un pensiero che non è solo storicamente condizionato, ma anche più ricco e tortuoso di quanto si possa credere, con le sue elaborazioni spesso fantasiose e di frequente ambigue, come quelle sul “razzismo dello spirito”. Indubbiamente, per uno scrittore poligrafo, giornalista in tantissime testate negli anni Venti e Trenta del Novecento, il sospetto anche di un certo opportunismo spesso fa capolino alla riflessione di chi lo legge. Non vuole confondersi con il nazismo e lo stesso fascismo, specialmente quando questo si converte al razzismo, ma il

¹ Cfr. J. EVOLA, *Per un vero diritto europeo* (1941), ora in questa Rivista, *infra*, 184-190.

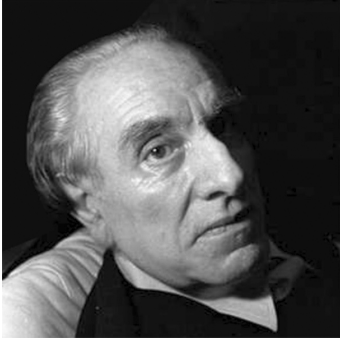
² Cfr. IDEM, *Schmitt interprete di Hobbes* (1939), ora in questa Rivista, *infra*, 177-184.

Abstract

The essay sets out the main lines of the supposedly 'political' thought of Julius Evola, highlighting the contradictions of an Author who certainly deserves to be read and discussed, but, in fact, in a critical manner, putting his thought and his positions in its historical context. Evola's political thought appears in this way as a contradictory one, specially as far as his theory of the State is concerned.

Su Schmitt

di Julius Evola



Questi due scritti del pensatore tradizionalista italiano apparvero nella Rivista "Lo Stato", diretta da Carlo Costamagna, nel 1939 e nel 1941 e segnalano un interesse per il giurista tedesco che resterà, in forme discontinue, anche nel secondo dopoguerra, testimoniato da alcune lettere che Evola scrisse a Schmitt. A differenza che con Bobbio, Schmitt non mostrerà un grande interesse per il filosofo italiano, forse anche per la non appartenenza di Evola all'Accademia. Pubblichiamo questi scritti con lo scopo di segnalare l'opportunità di riprendere un discorso

sulla dottrina dello Stato negli anni del fascismo, che non può essere ridotta al suo fondamento politico, ma merita di essere studiata, sia pure in modo critico, al di là di schemi superati. Da Rocco a Santi Romano i giuristi italiani non solo ebbero rapporti con il regime fascista, ma si fecero portatori di un pensiero che per il fatto di essere stato autoritario non fu, per questo, meno pensiero, anche di altissimo livello, come nel caso di Rocco e Romano. E questo vale anche per un autore come Julius Evola, non tanto per la sua discussa figura negli anni del dopoguerra, ma per l'uomo di cultura, poeta, pittore dadaista, esoterista, pensatore tradizionalista e persino filosofo del diritto – come appare in questi due saggi – i cui lavori in ambito filosofico restano tutt'altro che dei passaggi incolore, specie i suoi due libri sull'individuo assoluto della fine degli anni Venti del Novecento (Agostino Carrino).

1. SCHMITT INTERPRETE DI HOBBS (1939)

Tre pensatori, secondo Carl Schmitt, dopo un lungo periodo di disconoscimento del senso e del valore delle loro dottrine, dovuto all'impero della mentalità razionalistica fino ad ieri in voga, sembrano ormai destinati ad una nuova valorizzazione. Il primo è Vico, il secondo è Machiavelli. L'ultimo è Thomas Hobbes.

Nel Vico si riconosce, oggi, il precursore di un nuovo metodo storico, l'esploratore del mondo delle origini e del "mito", concepito, questo, come un elemento fondamentale nella vita primordiale delle nazioni. L'epoca del nuovo attivismo politico europeo ha liberato Machiavelli dalle interpretazioni unilaterali e discreditanzi generalmente diffuse ed ha riconosciuto in lui l'avversario e il superatore della menzogna moralistica e del *cant* politico, il difensore dello stile proprio ad un "realismo eroico". Quanto all'Hobbes, lo Carl Schmitt stesso si è inteso a riabilitarlo e a precisare il vero senso della sua dot-

trina politica in una recentissima monografia intitolantesi “*Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*” (Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1938) monografia così ricca di spunti interessanti e anche attuali, da meritare, qui, uno speciale esame.

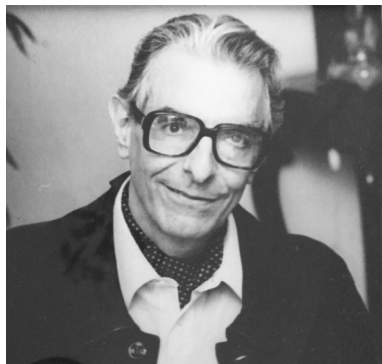
La dottrina politica dell’Hobbes, come è noto, s’incentra in un simbolo: quello del *Leviathan*. Si tratta, qui, di una reminiscenza biblica. Del *Leviathan* si parla per la prima volta nei capitoli 40, 41 del *Libro di Giobbe*, ove esso è descritto come la più possente e la più indomabile fra le bestie del mare: come qualcosa di possente, di elementare. Non è chiaro per che via Hobbes sia stato propriamente portato a scegliere il simbolo del *Leviathan*. Certo è che, da ciò, i suoi avversari han tratto un prezioso incentivo per gettare a piene mani discredito e disprezzo sulla dottrina hobbesiana, descrivendola come quella in cui lo Stato diviene una bestia onnipotente, un mostro che tutto divora e travolge. Ma, in verità, le cose, rispetto al *Leviathan*, stanno in modo alquanto diverso.

Tralasciando, per il momento, il lato simbolico e limitandoci a quello teoretico, nel *Leviathan* Hobbes cercò di raffigurare un tipo quasi mistico di totalitarità politica, lo Stato concepito come un ente che è, a un tempo, uomo e dio, macchina e bestia, e che rivendica per sé ogni autorità e il supremo diritto. Così come esso è raffigurato nella copertina della edizione originale inglese del libro di Hobbes, il *Leviathan* non ha nessuno dei tratti che potrebbero ricordare l’informe mostro marino biblico. Esso vi appare invece come una figura umana maestosa, coronata, avente nella destra la spada e nella sinistra il pastorale, cioè i simboli del doppio potere, di quello temporale e di quello religioso. La riunione di questi due poteri è un punto fondamentale della dottrina di Hobbes. Essi sarebbero stati una sola cosa alle origini: essenzialmente per colpa delle concezioni ebraico-cristiane questa unità sarebbe andata perduta. Essa va restaurata. Lo Stato – per Hobbes – deve tornare a essere un *deus mortalis*, qualcosa di “trascendente”. Ma qui si tradisce il punto che infirmerà tutta la dottrina hobbesiana e che doveva causare la decadenza dello stesso *Leviathan* storico: come lo Schmitt lo rileva (p. 21), Hobbes pensava che la distinzione dei due poteri fosse stata estranea alle concezioni precristiane – cosa, fin qui, esatta: «perché per esse la religione era una parte della politica» – cosa, questa, inesatta. Vero è infatti il contrario: il fondamento del totalitarismo presentato da tutte le grandi unità politiche tradizionali stava nel fatto che la politica era una parte della religione, e non viceversa. E non si tratta, qui, di una sottigliezza, ma di un divario fondamentale: come avremo presto a vedere.

Secondo la sociologia politica di Hobbes, lo stato originario è quello di natura, e propriamente quello dell’*homo homini lupus* e del

Modelli di giudice

di Uberto Scarpelli



Sommario: § 1. – Quale politica, espressa in quale diritto, per l’istituzione giudiziaria? § 2. – Nessun giudice di ciò che è lecito o illecito è giudice di ciò che conviene allo stato. § 3. – La bocca che pronuncia le parole della legge: della rivendicazione di una metafora. § 4. – Le piccole tirannie di molti, più crudeli che quella di uno solo. § 5. – La legge come volontà universale, ovvero il giudice e la democrazia. § 6. – Il codice come sistema. Scomposizioni e ricomposizioni. § 7. – Le dimensioni assio-

logiche di un codice. § 8. – L’interpretazione di un codice. Gli stili interpretativi. § 9. – La posizione costituzionale della magistratura. § 10. – Un modello in crisi. § 11. – Gli sfondi della crisi. Come affrontarla?

Nota redazionale

di Mario Jori*, Anna Pintore**, Paolo Di Lucia* e Silvia Zorzetto*

Il testo di Uberto Scarpelli qui pubblicato è un inedito. Esso deriva da una relazione a convegno che, a quanto consta dagli appunti personali, Scarpelli non tenne, non sappiamo per qual motivo. Dall’invito conservato tra le stesse carte private risulta si trattasse della relazione al Convegno sul tema *La istituzione giudiziaria nel XXV anniversario dell’entrata in funzione del Consiglio Superiore della Magistratura. Esperienze e Prospettive*, organizzato per il 6-9 giugno 1984 sotto l’Alto Patronato del Presidente della Repubblica, presso l’Università degli Studi di Parma, Facoltà di Giurisprudenza (presieduta da Corrado Pecorella) e promosso dalla Cattedra di Diritto Costituzionale (titolare Nicola Occhiocupo), in collaborazione con l’Associazione Nazionale Magistrati.

Il Convegno, come si legge nell’invito, voleva essere «un momento di riflessione e di confronto su taluni problemi inerenti la istituzione giudiziaria e l’organo preposto ad assicurarne l’indipendenza e l’autonomia». Il programma dei lavori prevedeva, dopo il saluto inaugurale

* Università degli Studi di Milano.

** Università degli Studi di Cagliari.

del Presidente della Repubblica Sandro Pertini e delle altre autorità e rappresentanti delle istituzioni, la prima sessione dedicata a *La istituzione giudiziaria tra diritto e politica* con gli interventi di Sergio Cotta e, appunto, di Uberto Scarpelli. Le successive sessioni vertevano su *Indipendenza e responsabilità del giudice* (con relazioni di Gianni Ferrara e Enrico Ferri), *Il pubblico ministero tra indipendenza e controllo* (con relazioni di Marcello Gallo e Livio Pepino), *Costituzione e funzionamento del Consiglio Superiore della Magistratura* (con relazioni di Mario Besone e Vincenzo Mariconda), *Atti del Consiglio Superiore della Magistratura e sindacato giurisdizionale* (con relazioni di Franco Gaetano Scoca e Giorgio Cugurra), *L'ordinamento giudiziario tra Costituzione e riforme* (con relazioni di Vittorio Frosini e Cesare Mirabelli), *I poteri di inchiesta nella istituzione giudiziaria* (con relazioni di Valerio Onida e Ombretta Fumagalli Carulli), *La istituzione giudiziaria: controlli diffusi; i mass-media* (con relazioni di Stefano Rodotà e Gaspare Barbiellini Amidei), *La istituzione giudiziaria e il Parlamento* (con relazioni di Michele Scudiero e Antonio Baldassarre), *La istituzione giudiziaria ed il «Potere Esecutivo»* (con relazioni di Giorgio Berti e Gustavo Zagrebelsky), *La istituzione giudiziaria e l'economia* (con relazioni di Pietro Rescigno e Francesco Galgano) e, infine, la Relazione di sintesi di Giuseppe Ferrari (allora giudice della Corte Costituzionale).

Si ringrazia la famiglia Scarpelli e in particolare la signora Gughì Scarpelli per aver reso possibile la pubblicazione, mettendo a disposizione le carte private, e per l'aiuto alla decifrazione di alcune parti dattiloscritte, compiuto in una fase preliminare di verifica.

Il contributo è esito di un lavoro collettivo di ricostruzione dei materiali rinvenuti dai quali emergono, oltre ad alcune pagine frammentarie di appunti, due versioni: un manoscritto suddiviso in undici paragrafi e corredato da note bibliografiche e un dattiloscritto incompleto ricavato dal manoscritto, con alcune minime variazioni testuali. Il fatto che il dattiloscritto termini a fine pagina e l'ultima riga sia interrotta a mezza frase induce a ritenere che almeno una pagina dattiloscritta sia andata perduta.

Considerata la perfetta continuità tra le due versioni, manoscritta e dattiloscritta, il contributo riproduce il testo più recente, il dattiloscritto fino al punto in cui è stato rinvenuto, proseguendo con la trascrizione del manoscritto dalla parte in cui il paragrafo decimo del dattiloscritto s'interrompe. Il testo delle note, che non è stato dattiloscritto, viene pure dal manoscritto.

Sappiamo, perché è scritto negli appunti che accompagnano il materiale, che l'autore continuò a lavorarvi anche successivamente alla relazione non tenuta considerandolo «materiale [...] in buona parte immediatamente utilizzabile». Il lettore si troverà di fronte a un testo

Abstract

This unpublished essay was to be one of the introductory relations at the conference "La istituzione giudiziaria nel XXV anniversario dell'entrata in funzione del Consiglio Superiore della Magistratura. Esperienze e prospettive", held at the University of Parma in June 1984. Scarpelli, who had been a judge before becoming an university professor, did not present his paper, we do not know why. The study is concerned with the reasons which must govern a judge decision in a rule of law situation. The author produces an admirable synthesis of the main models of an ideal judge which have influenced modern legal and political thinking and history, in an attempt both to recall the background and to sketch the perspectives of modern legal culture. It is also an attempt to restore a much needed historical memory.

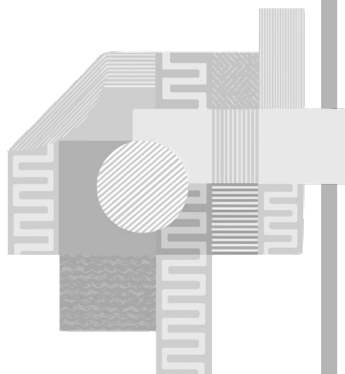
Abstract

The imaginary interview with Professor Franco Cordero systematically re-proposes the elements of his general conception of law, of which the particular link between the cultural dimension and the strong logical-rational instance is highlighted.

Indice delle opere di Franco Cordero citate nel testo

- Le situazioni giuridiche soggettive nel processo penale* (1956), Torino, Giappichelli, 2022.
- Il giudizio d'onore*, Milano, Giuffrè, 1959.
- Giudizio*, in *Nvss. dig. it.*, V, Torino, UTET, 1961.
- Merito (diritto processuale)*, in *Nvss. dig. it.*, VII, Torino, UTET, 1963.
- "Nomen juris"*, in *Nvss. dig. it.*, VII, Torino, UTET, 1963.
- Tre studi sulle prove penali*, Milano, Giuffrè, 1963.
- Ideologie del processo penale* (1966), Roma, Università "La Sapienza", 1997.
- Gli osservanti. Fenomenologia delle norme* (1967), Torino, Aragno, 2008.
- Genus*, Bari, De Donato, 1969.
- Il sistema negato. Lutero contro Erasmo*, Bari, De Donato, 1969.
- Risposta a Monsignore*, Bari, De Donato, 1970.
- Trattato di decomposizione*, Bari, De Donato, 1970.
- L'Epistola ai Romani. Antropologia del cristianesimo paolino*, Torino, Einaudi, 1972.
- Diritto*, in *Enciclopedia Einaudi*, IV, Torino, Einaudi, 1978.
- Riti e sapienza del diritto* (1981), Roma-Bari, Laterza, 1985.
- Criminalia. Nascita dei sistemi penali* (1985), Roma-Bari, Laterza, 1986.
- La fabbrica della peste*, Roma-Bari, Laterza, 1985.
- Savonarola. Profeta delle meraviglie 1494-1495*, Roma-Bari, Laterza, 1987.
- Savonarola. Agonista perdente 1497-1498*, Roma-Bari, Laterza, 1988.
- Legalità penale*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, Treccani, 1990.
- Codici, biliardo e tarocchi. Storia di un demolitore di miti*, intervista rilasciata ad A. Gnoli a *la Repubblica*, 20 febbraio 2002.
- Le strane regole del signor B.*, Milano, Garzanti, 2003.
- Nere lune d'Italia. Segnali da un anno difficile*, Milano, Garzanti, 2004.
- Fiabe d'entropia. L'uomo, Dio, il diavolo*, Milano, Garzanti, 2005.
- Che cos'è la giustizia*, Roma, Luca Sossella Editore, 2007.
- Il brodo delle undici. L'Italia del nodo scorsoio*, Torino, Bollati Boringhieri, 2010.
- Discorso sopra lo stato presente degli italiani. Seguito dai pensieri d'un italiano d'oggi* (con G. LEOPARDI), Torino, Bollati Boringhieri, 2011.
- L'opera italiana da due soldi. Regnava Berlusconi*, Torino, Bollati Boringhieri, 2012.
- Procedura penale*, IX ed., Milano, Giuffrè, 2012.
- Morbo italico*, Roma-Bari, Laterza, 2013.
- Rutulua*, Macerata, Quodlibet, 2016.
- La tredicesima cattedra*, Milano, La nave di Teseo, 2020.

Interventi, Note e Discussioni



*Ungheria e Polonia: la progressiva epifania del diritto europeo
dalla commissione di Venezia alla Corte europea*
di Sergio Bartole

Ragionevolezza, eguaglianza e analogia
di Roberto Bin

Il paradosso del diritto penale internazionale
di Mario Dogliani

Paolo Grossi, la Costituzione e le due legalità
di Massimo Luciani

*Divagazioni e profezie su inflazione, base monetaria
e interventi sovrani della Banca Centrale Europea*
di Fabio Merusi

Alle radici della teorica di Paolo Grossi: l'aequitas canonica
di Giuseppe Morbidelli

Lo Stato compie dieci anni. Tentativo di un bilancio
di Federico Sorrentino

Ungheria e Polonia: la progressiva epifania del diritto europeo dalla commissione di Venezia alla Corte europea

di Sergio Bartole*



Sommario: § 1. – Ungheria e Polonia di fronte alla Commissione di Venezia: premesse. § 2. – La valutazione delle riforme delle Corti costituzionali. § 3. – Il principio di *rule of law* e le riforme giudiziarie in Ungheria. § 4. – La Commissione di Venezia e le riforme giudiziarie polacche. § 5. – Le osservazioni dei governi ungherese e polacco alle Opinioni della Commissione di Venezia. § 6. – I casi ungherese e polacco arrivano alla Corte europea di giustizia: i prepensionamenti dei giudici. § 7. – Orientamenti

concordanti della Commissione di Venezia e della Corte europea in materia di ordinamento giudiziario. § 8. – Conclusioni, con particolare riguardo alla primazia del diritto europeo.

§ 1. – Ungheria e Polonia di fronte alla Commissione di Venezia: premesse

L'ultimo numero del sempre ricco *Giornale di storia costituzionale* pubblica un articolo sulla battaglia per l'indipendenza dei giudici in Polonia dal 2017 al 2022¹. Che il *Giornale* se ne occupi è il sintomo che si tratta di una vicenda che già ora possiamo definire storicamente importante, nonostante la sua contemporaneità, sia per la rilevanza dei fatti nel quadro del processo di integrazione europea che per la formazione del pensiero costituzionalistico che questo processo ha preceduto ed accompagnato. Si tratta di una vicenda nella quale sin dall'inizio – in uno con il parallelo confronto sull'indipendenza del giudiziario in Ungheria – si è trovata coinvolta la Commissione per la democrazia attraverso il diritto del Consiglio d'Europa (detta anche Com-

* Università degli Studi di Trieste.

In data 5 giugno 2023 è stata pubblicata la sentenza della Corte europea di giustizia che chiude il menzionato giudizio C-204/21 promosso dalla Commissione contro la Polonia. Il ricorso è stato accolto e quindi è stato dichiarato che la riforma della giustizia polacca del dicembre 2019 viola il diritto dell'Unione confermando l'orientamento di cui si ragiona nel presente saggio.

¹ D. ZABLUDOWSKA, *The Battle for Judicial Independence in Poland 2017 – 2022*, in *Giornale di storia costituzionale*, 44, n. 2/2022, 29 ss.

missione di Venezia)², alla cui attenzione non sono sfuggiti – come vedremo – ambedue i risvolti delle iniziative riformatrici intraprese da Polonia e Ungheria nel campo della magistratura, sia per quanto attiene alla formazione di un diritto costituzionale europeo comune che per la elaborazione delle dottrine da cui quel diritto ha tratto ispirazione. È una storia che dai terreni del Consiglio d'Europa trasmigra a quelli dell'Unione europea sull'onda di un processo che ha caratterizzato la storia del nostro continente nella seconda metà del XX secolo.

È così avvenuto che, dopo la dissoluzione dell'alleanza sancita dal Patto di Varsavia e il crollo delle Federazioni di orientamento comunista di Russia ed Jugoslavia, il processo di avvicinamento all'Europa dei Paesi sottrattisi all'osservanza della dottrina di Breznev limitativa della loro sovranità è passato anzitutto per l'adesione al Consiglio d'Europa. La quale – secondo l'art. 3 dello Statuto dell'ente – implicava l'accettazione dei principi di *rule of law* e di generale riconoscimento e tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali. In vista dell'accoglimento della loro domanda di adesione, che presentarono per legittimare la loro nuova condizione nel teatro dei rapporti internazionali, sia Ungheria che Polonia ebbero un trattamento di favore che giustificò il loro accoglimento quali membri del Consiglio d'Europa con molto anticipo rispetto agli altri Paesi ex comunisti, e cioè già nel 1990. Si disse allora che essi meritavano un trattamento siffatto in ragione dell'adozione da parte dell'Ungheria di nuove disposizioni costituzionali, dello stabilimento di una democrazia parlamentare e dell'impegno assunto di aderire alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali e del ruolo pionieristico giuocato dalla Polonia nel processo di democratizzazione dell'Europa Centrale ed Orientale. Si guardò così non solo ai profili formali di innovazioni legislative eventualmente introdotte, ma anche alle prassi parlamentari ed amministrative da ambedue gli Stati effettivamente seguite. Contarono dunque il processo di progressiva adesione ai principi di democrazia intervenuto in Polonia durante la lunga presidenza Jaruzelski e il succedersi delle innovazioni liberamente negoziate da tavole rotonde in Ungheria. Su questa linea si collocarono successivamente anche gli organi dell'Unione europea allorché prese avvio il processo di adesione dei due Stati all'Unione europea in vista del monitoraggio e della consulenza della richiesta osservanza dei principi del costituzionalismo europeo e del libero mercato³.

² La Commissione è un organo consultivo del Consiglio d'Europa istituito con accordo parziale degli Stati membri dello stesso Consiglio di cui possono fare parte anche Stati che non hanno tale condizione.

³ Sia consentito rinviare a S. BARTOLE, *The Internationalisation of Constitutional Law – A View from the Venice Commission*, Oxford, Hart Publishing, 2020, 21 ss.

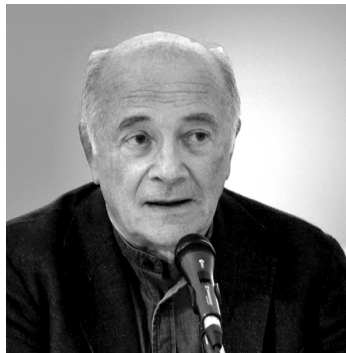
Abstract

The opening pages of the contribution deal with the role played by the Venice Commission in advising and monitoring the compliance with the European constitutional heritage by the European States. Special attention is paid to Hungary and Poland. Both these States have adopted in recent times constitutional reforms which largely modified the legislation adopted in view of their adhesion to the Council of Europe and to the European Union. These reforms specially interest the organization of the judiciary. According to the Venice Commission the Hungarian and Polish reforms violate the European fundamental principle of the rule of law. The Venice Commission's Opinions in the field have been appreciated by the authorities of the European Union (Commission and Parliament) and the relevant cases have been submitted to the judgement of the European Court of Justice which followed and developed the Venice Commission's orientation. All these interventions have played a substantial contribution to the formation of a transnational European constitutional law. This result is strongly criticized by Hungary and Poland whose behaviour can potentially open a crisis in the relations among the member States of the Union and between them and the Union.

cata definizione collettiva dei "valori europei" di cui si lamenta la violazione (*Grand Continent – archivi e discorsi* 27 marzo 2023).

Ragionevolezza, eguaglianza e analogia

di Roberto Bin*



Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – Analogia e giudizio di ragionevolezza. § 3. – Primo passo: *ratio legis*. § 4. – *Ratio legis*: cioè? § 5. – Secondo passo: congruità del mezzo rispetto al fine. § 6. – Terzo passo. Ragionevolezza del “mezzo” e bilanciamento degli interessi. § 7. – Quarto passo. Decisione e argomentazione. § 8. – Ragionevolezza e interpretazione.

§ 1. – Premessa

Il controllo sulla ragionevolezza della legge ha attratto la dottrina giuridica di ogni lingua e di ogni cultura, forse al di là del necessario. La ragionevolezza è stata coniugata di volta in volta con i concetti di ‘razionalità’, ‘proporzionalità’, ‘equità’, ‘congruità’, ‘coerenza’ e, ovviamente, ‘eguaglianza’, alimentando le analisi teoriche con fiumi di giurisprudenza, prodotta soprattutto dalle corti costituzionali.

Ma la ragionevolezza non è affatto una novità introdotta dalla giurisprudenza costituzionale, che altro non ha fatto che “battezzare” con tale espressione una struttura di ragionamento vecchia di millenni. Il giudizio di ragionevolezza, da tempo impiegato dalla Corte costituzionale italiana in tanta parte delle sue sentenze¹, si sovrappone come modello di ragionamento al ben più antico ragionamento per analogia. Ed è proprio dall’analogia che conviene prendere le mosse.

§ 2. – Analogia e giudizio di ragionevolezza

Scrivendo Letizia Gianformaggio: «il fondamento dell’analogia nel diritto è il nucleo razionale dell’idea della giustizia distributiva, cioè l’eguaglianza, che non soccorre solo nell’applicazione delle regole [...]

* Università degli Studi di Ferrara.

Testo della lezione tenuta il 30 maggio 2023 al Palazzo della Consulta, nel corso di giustizia costituzionale della SSM.

¹ L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d’eguaglianza: aprile 1979 - dicembre 1983*, in AA.VV., *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, Cedam, 1985, 605 ss.

ma anche nella loro produzione [...]. Il materiale giurisprudenziale più interessante ai fini di una ricostruzione della struttura del ragionamento per analogia in diritto [è] oggi prodotto, in Italia, dalla Corte Costituzionale nelle motivazioni in cui discute una denunciata violazione dell'art. 3 Cost.»². L'innesto del giudizio di ragionevolezza sul giudizio di analogia non può essere espresso in termini più limpidi.

È stato Livio Paladin a rappresentare il giudizio di ragionevolezza, così com'è sviluppato dalla Corte costituzionale italiana, in uno schema trilatero³: in esso, una norma tratta dalle leggi ordinarie (la norma impugnata dal giudice *a quo*) viene raffrontata con un'altra norma ordinaria assunta a paragone (*tertium comparationis*), e si interroga la Corte costituzionale sulla *ragionevolezza* della differenziazione o dell'equiparazione del trattamento previsto dalle due norme. Il vertice di questo triangolo (le due fattispecie legislative messe a confronto costituiscono i due angoli di base) è costituito dalla *ratio* della norma assunta a paragone⁴.

Questo schema trilaterale funziona sia nel ragionamento per analogia che nel giudizio di ragionevolezza: la differenza è che il primo si svolge interamente nell'ambito, e con gli strumenti, dell'interpretazione delle leggi, che spetta al giudice ordinario nello svolgimento del suo compito di ricerca della fattispecie in cui sussumere il caso in esame; mentre il secondo presuppone che l'interpretazione non basti a dare giustizia, perché l'estensione dell'applicazione della norma presa a raffronto al caso in esame è impedita dal chiaro tenore del *tertium comparationis*, per cui è invocato l'intervento ablatorio della Corte costituzionale. Ma per lunghi tratti il percorso è il medesimo. Ne descrivo i passi.

§ 3. – *Primo passo: ratio legis*

Il primo passo di entrambi i percorsi è l'individuazione della *ratio* della norma assunta a raffronto. Provo a spiegare il punto ricorrendo a tre casi che mi sembrano offrire esempi significativi.

Primo caso. Una ricca signora ritorna a notte fonda nel suo bell'albergo. Portone chiuso. Uno dei dipendenti la intravede e aziona a distanza l'apriporta. Ma dietro alla signora, senza che nessuno se ne accorga, entrano anche alcuni malviventi armati, che la costringono a

² L. GIANFORMAGGIO, *Analogia*, in *Dig. disc. civ.*, I, Torino, UTET, 1987, 325.

³ Cfr. L. PALADIN, *op. cit.*

⁴ Per Paladin invece il vertice sarebbe costituito dal principio di eguaglianza, cioè dall'art. 3 Cost. Perché invece sia la *ratio* della norma a dover essere presa a paragone l'ho a suo tempo illustrato in R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova, Cedam, 2002, 159 ss. e in *Diritto & Questioni pubbliche*, n. 2/2002.

§ 8. – *Ragionevolezza e interpretazione*

Più volte la Corte ha affermato, come canone generale, che «il postulato della ragionevolezza del legislatore impone di escludere l'interpretazione di un enunciato normativo che dia luogo ad una norma assurda o irragionevole fino a quando non sia stata accuratamente esplorata, con esito negativo, la possibilità di altri significati compatibili sia col tenore del testo sia col principio dell'art. 3 della Costituzione»²³. Ciò significa che talvolta basta l'interpretazione a ripristinare la coerenza del sistema normativo. Ma è evidente che quello che la Corte può fare in sede di giudizio di ragionevolezza non è sempre ammesso che il giudice comune lo compia con lo strumento dell'interpretazione conforme a Costituzione. L'interpretazione ha i suoi limiti, che sono segnati dal testo normativo. Vale il vincolo posto dall'art. 101, secondo comma, Cost.

Nel caso degli psicologi militari, l'Avvocatura dello Stato aveva proposto l'inammissibilità della questione suggerendo l'ipotesi di una "interpretazione conforme" capace di estendere la deroga prevista dalla legge per i medici militari: in fondo, medici e psicologi militari erogano prestazioni volte anche alla tutela dell'integrità psichica e, oggi, rientrano nell'unitaria categoria del personale militare abilitato all'esercizio della professione sanitaria. Ma la Corte costituzionale ha dimostrato che, così come sono scritte, le leggi vigenti impediscono di estendere la deroga in via interpretativa.

Le vie dell'interpretazione sono finite: oltre, la ragionevolezza può essere raggiunta solo attraverso l'eccezione di incostituzionalità.

Abstract

The reasonableness judgment conducted by the Constitutional court on the basis of the principle of equality is carried out on the same basis as the analogy procedure. The paper reconstructs its most significant stages.

²³ Sent. n. 298 del 1990.

Il paradosso del diritto penale internazionale

di Mario Dogliani*



Sommario: § 1. – Il *dictum* “bisogna distinguere l’agredito dall’aggressore” è il più grande ostacolo intellettuale all’avvio di un qualche discorso che schiuda un minimo spiraglio per la sospensione dei combattimenti e, in prospettiva, per la pace. § 2. – Il tentativo di consolidare il divieto della guerra in un principio di diritto internazionale generalmente riconosciuto. La sua sconfitta. L’insostenibilità del concetto di ‘guerra giusta’. § 3. – La giustizia come ordinamento *soggettivo* di preferenze. § 4. – Il mandato di arresto della Corte Penale Internazionale nei

confronti di Vladimir Putin ripropone l’interrogativo se questa applicazione del diritto (come quella che porta a configurare la guerra “giusta”), siano manifestazioni di criteri oggettivi “terzi” rispetto al conflitto, e siano applicati da un soggetto “terzo” rispetto alle parti.

§ 1. – Il *dictum* “bisogna distinguere l’agredito dall’aggressore” è il più grande ostacolo intellettuale all’avvio di un qualche discorso che schiuda un minimo spiraglio per la sospensione dei combattimenti e, in prospettiva, per la pace

Dopo più di un anno di guerra in Ucraina non si può non riconoscere che il più grande ostacolo intellettuale (non certo militare o geopolitico) all’avvio di un qualche discorso che schiuda un minimo spiraglio per la sospensione dei combattimenti (per un armistizio anche solo tacito, sul modello coreano del 38° parallelo; ... e non parliamo di trattative di pace, di un nuovo accordo di Helsinki, o di una rivisitazione del protocollo di Minsk: obiettivi per ora irraggiungibili) è – paradossalmente – proprio la vulgata su “la pace attraverso il diritto”. Prima di proseguire è necessario subito osservare che la discussione sulla guerra, nel nostro Paese, non è uno dei tanti conflitti che, in una democrazia, fisiologicamente sorgono tra parti politiche diverse (non più nemiche, ma, come vorrebbe la retorica democratica, solo avversarie). In realtà la discussione non si è nemmeno sviluppata, né sul

* Università degli Studi di Torino.

piano politico-parlamentare né su quello dell'opinione pubblica – come avrebbe dovuto essere, dal momento che è in gioco la stessa possibilità di un conflitto nucleare – perché i fautori della guerra fino alla *debellatio* della Federazione Russa sono riusciti ad accreditare un “pensiero unico” assolutamente manicheo che ha eticizzato la guerra. Qualunque discussione sulle sue cause profonde, antiche e recentissime, e sull'equilibrio precario in cui si trovano i rapporti tra la Federazione russa, i Paesi dell'ex “Europa dell'est” e la Nato; e dunque qualunque ipotesi sulla sospensione dei combattimenti e su che cosa dovrebbe accadere dopo la loro fine, sia sul piano geopolitico che su quello del diritto internazionale, è stata soffocata subito con l'argomento (in sé ovvio e sacrosanto, e scontato) “bisogna distinguere l'aggredito dall'aggressore”, abbracciato dall'intero schieramento politico e mass-mediatico. Un abbraccio che si è rivelato soffocante perché non era sorretto dall'intento di fissare un punto fermo per avviare l'enorme sforzo necessario per contenere e per far cessare la guerra. Era sorretto solo dall'intento di impedire il manifestarsi di qualunque differenza di posizioni, anche minima, sulla guerra stessa e sul conferimento di armi. Questa operazione di soffocamento è giunta fino al punto di provocare una crisi di governo, oscura sotto il profilo sia politico che costituzionale, e a zittire, o ridicolizzare, addirittura la posizione espressa dal Papa (per non parlare di quella delle rarissime voci ghezzizzate nella dimensione della baruffa giornalistica). Questo massiccio schieramento politico-mediatico, sintomo del *ruere in servitutem* della classe politica, pronta a svendere ogni timida difesa della sovranità nazionale pur di non provocare un inarcare delle sopracciglia dell'alleato americano, ha oggettivamente aperto uno squarcio nella coltre dei “valori” occidentali che nascondono il cuore di tenebra delle democrazie; cuore che, venendo allo scoperto, genera non “confronto”, ma odio politico (che non comporta, ovviamente, una resa al soffocamento, ma che è lo sfondo sul quale si continuano ad avanzare proposte non belliciste). Da un lato l'odio, di sempre, delle democrazie contro l'impero del male, che è giunto al punto di rimuovere il tabù nucleare; dall'altra l'odio di chi non condivide questa contrapposizione manichea, contro chi la agita e gioca al dottor Stranamore. Il fronte dei vincitori della Seconda guerra mondiale è di nuovo spaccato, come al calare della Cortina di ferro. Come allora, i toni non sono solo politici, ma soprattutto ideologici (anche se non più religiosi); e più ipocriti: da un lato coperti da un algido velo di solidarietà del tutto astratto per gli aggrediti, peraltro indotti a combattere “fino all'ultimo ucraino” senza un briciolo di commozione che spinga a cercare una via per la fine della carneficina; dall'altro la consueta corsa in soccorso del vincitore, che, per la paura di essere considerati

globalismo giuridico manifestazione della giustizia universale, conformandosi invece come giustizia “su misura”. Un disastro per il diritto globale, un ostacolo per la pace».

In conclusione: Il commento di V. Zagrebelsky non si conclude chiedendosi se l’iniziativa della Cpi sia utile per facilitare la fine del conflitto, ma, addirittura, al contrario, se non sia utile per «non impedire la fine del conflitto»: e cioè per introdurre un ulteriore elemento che ne impedisca la fine. Il che è come dire che essa costituisce un impedimento per la fine del conflitto. Il commento di G. Zagrebelsky si conclude considerando che la mossa della Corte penale internazionale provocherà un irrigidimento, in direzione contraria alla pace e alla diplomazia: essa «s’è fatta strumento, intenzionalmente o inavvertitamente, d’una mossa a favore dell’inasprimento del conflitto.» Azzariti conclude chiedendosi se l’iniziativa della Cpi non sia, in concreto, un atto di giustizia «su misura» di una delle parti, e dunque «un disastro per il diritto globale, un ostacolo per la pace». Ma, allora, forse, non vale tanto la pena di cantare il peana del diritto come costruttore di pace.

Abstract

The dictum “we must distinguish the attacked from the aggressor” is the greatest intellectual obstacle to initiating any discourse on the suspension of fighting and, in perspective, on peace. The attempt to consolidate the prohibition of war into a generally recognized principle of international law has failed. The attempt to make it a universal moral principle is not tenable. The concept of “just war” is intimately contradictory: the reflection of Antonio Gramsci. Justice is a subjective ordering of preferences. If the judgment on the justice of a war cannot be sustained, analogous questions arise on the justice of the arrest warrant issued by the International Criminal Court against Vladimir Putin: this application of the law (such as that which leads to the configuration of a “just” war), are they manifestations of objective criteria with respect to the conflict, and are they applied by a subject “third” with respect to the parties?

Paolo Grossi, la Costituzione e le due legalità

di Massimo Luciani*



Sommario: § 1. – La questione. § 2. – Costituzione senza potere costituente? § 3. – La Costituzione italiana e la società. § 4. – Le due legalità.

§ 1. – La questione

Non è azzardo sostenere che nel pensiero giuridico italiano della seconda metà del Novecento il più fiero avversario del legalismo e dello statalismo sia stato Paolo Grossi. L'è stato per la profondità della sua riflessione critica, per la vivacità della polemica e per la durata del confronto, ma il suo pensiero è espressione di un'attitudine comune alla dottrina di matrice cattolica. Si tratta di un'attitudine di pensiero che storicamente rimonta alla diffidenza nei confronti dello Stato maturatasi nelle plurisecolari difficoltà di rapporto fra questo e la Chiesa cattolica e filosoficamente si radica in quel rifiuto del relativismo che l'assolutismo etico di chi ha fede nella trascendenza in genere nutre.

Il 18 aprile del 2005, il giorno prima di ascendere al soglio di Pietro e quando agli occhi dei più l'evento già appariva probabile, l'allora Cardinale Joseph Ratzinger, celebrando la *Missa pro eligendo Romano Pontifice*, affermava: «Avere una fede chiara, secondo il Credo della Chiesa, viene spesso etichettato come fondamentalismo. Mentre il relativismo, cioè il lasciarsi portare “qua e là da qualsiasi vento di dottrina”, appare come l'unico atteggiamento all'altezza dei tempi odierni. Si va costituendo una dittatura del relativismo che non riconosce nulla come definitivo e che lascia come ultima misura solo il proprio io e le sue voglie»¹. Fatta in quella sede la critica al relativismo suonava quasi

* Sapienza – Università di Roma.

Queste pagine sono destinate al n. 52/2023 di *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, dedicato alla cara memoria di Paolo Grossi. L'autore ringrazia vivamente il Prof. Giovanni Cazzetta per l'autorizzazione alla pubblicazione anche in questa *Rivista*.

¹ Può leggersi in rete al sito della Santa Sede: https://www.vatican.va/gpII/documents/homily-pro-eligendo-pontifice_20050418_it.html.

da programma di un pontificato teso a mettere la Chiesa al passo coi “tempi odierni” senza tuttavia rinunciare al prezioso legato della tradizione e presentava un interesse affatto particolare per il giurista positivo, abituato a leggere nel comando legislativo il segno di una specifica e storicamente determinata volontà politica e non (o non necessariamente) il portato di superiori istanze di razionalità o di giustizia. Il relativismo filosofico è non a caso una premessa inescapabile della kelseniana dottrina pura del diritto² e non a caso quella dottrina è stata uno dei bersagli primari proprio della riflessione critica di Ratzinger, specie dopo essere divenuto Pontefice assumendo il nome di Benedetto XVI.

Già in altra occasione³ richiamavo l’attenzione sul confronto di Benedetto XVI con Kelsen (uno dei pochi studiosi non cattolici, si badi, espressamente ricordati nel suo magistero)⁴, segnalandone anche l’essenzialità per il chiarimento del pensiero del nuovo Pontefice⁵: difficile non cogliere l’apparente bizzarria di una polemica contro la dottrina humeana della fallacia naturalistica condotta (nel famosissimo *Discorso* tenuto in Berlino, al Bundestag, il 22 settembre 2011) non contro Hume, ma contro Kelsen. Ma difficile anche non cogliere, a uno sguardo più attento, che la bizzarria era appunto solo apparente, poiché al confronto *ad personam* soggiaceva l’interesse di Benedetto XVI a condurre in porto una duplice contestazione: contro una dottrina (come quella kelseniana) che vedeva nel relativismo la necessaria premessa di qualunque teoria (e prassi) democratica⁶; contro una concezione del diritto che, pur rigettando gli estremismi dell’imperativismo ottocentesco, vedeva pur sempre nella norma giuridica la mani-

² Più ampiamente, anzi, è stato esattamente osservato che «Lo studio kelseniano del rapporto tra teologia e scienza del diritto e tra i due concetti che costituiscono l’oggetto principale di tali discipline, ovvero Dio e Stato, non è uno studio esterno al progetto di edificazione della *Reine Rechtslehre* ma concorre in maniera determinante alla posizione di uno dei pilastri della nuova scienza giuridica kelseniana, la critica ai processi di duplicazione che hanno contaminato le costruzioni della scienza giuridica tradizionale» (F. RICCOBONO, *Kelsen e la religione*, in *Riv. fil. dir.*, 2013, 396).

³ M. LUCIANI, *Sulla dottrina della democrazia in Benedetto XVI*, in M. CARTABIA, A. SIMONCINI (a cura di), *La legge di Re Salomone. Ragione e diritto nei discorsi di Benedetto XVI*, Milano, Rizzoli, 2013, 102 ss. (del volume v’è una versione inglese con traduzione di M. Crema: M. CARTABIA, A. SIMONCINI [a cura di], *Pope Benedict’s XVI’s Legal Thought. A Dialogue on the Foundation of Law*, New York, Cambridge University Press, 2015).

⁴ Sintetici, ma utili, cenni sul percorso religioso di Kelsen nel contesto della storia delle conversioni cristiane di uomini e donne di origine ebraica si rinvengono in: A. SCHWEIGHOFER, *Religiöse Sucher in der Moderne. Konvertitinnen und Konvertiten vom Judentum zum Protestantismus in Wien um 1900*, Dissertazione dottorale in *Evangelische Theologie*, Vienna, 2013, leggibile in rete: <https://core.ac.uk/download/pdf/18263735.pdf>.

⁵ Che quel confronto sia stato segnato da una «singolare proibizione intellettuale» dice N. IRTI, *Il diritto e il linguaggio della natura*, in *Vita e Pensiero*, 2012, 64.

⁶ H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929), trad. it. di G. Melloni, *Essenza e valore della democrazia*, in *La democrazia*, V ed., Bologna, il Mulino, 1984, 141; IDEM, *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*, in *The American Political Science Review* (1948), trad. it. di F.L. Cavazza, *Absolutismo e relativismo nella filosofia e nella politica*, *ivi*, 448.

Abstract

Paolo Grossi has been the fiercest opponent of statolatric ideology in the twentieth century Italian legal thought.

His conception of the sources of law and pluralism was consistently contrary to the ideas of legal modernity and his criticism of the law as an abstract source of normative command has been very clear.

On the other hand, his appreciation of the constitutions, in particular of the Italian republican Constitution, as expressions of a post-modern juridical time has been repeatedly affirmed.

The advent of rigid constitutions providing constitutional control of the laws, however, has determined a complex interweaving between constitutional legality and legal legality, on which these pages dwell in dialogue – precisely – with Grossi's reflections.

Divagazioni e profezie su inflazione, base monetaria e interventi sovrani della Banca Centrale Europea

di Fabio Merusi*



Sommario: § 1. – L’inflazione imprevista. Banca centrale e governo della moneta. § 2. – Esercizi di profezia attuale sulla base monetaria Euro. § 3. – Euro digitale e sistema dei pagamenti. § 4. – Comparazione dell’Euro digitale con altri equipollenti monetari. § 5. – Democrazia, Banca Centrale Europea e governo sovrano della moneta. § 6. – Intelligenza artificiale e atti sovrani di governo della moneta.

§ 1. – L’inflazione imprevista. Banca centrale e governo della moneta

L’improvvisa, imprevista, comparsa dell’inflazione ha riaccessato l’attenzione sui poteri della Banca Centrale Europea e sui possibili interventi antinflazionistici della stessa.

Che la comparsa dell’inflazione fosse imprevista lo ha confermato il Governatore della Banca d’Italia nella sua ultima relazione annuale: «L’incremento [...] dell’inflazione nell’area dell’euro, straordinario e in gran parte imprevisto, è dipeso soprattutto dal balzo altrettanto eccezionale dei prezzi dell’energia. Gli ampi errori di previsione degli esperti della BCE e dell’Eurosistema, così come di pressoché tutti gli analisti, sono stati dovuti in massima parte alla sottovalutazione generale degli effetti dell’evoluzione geopolitica. Ancora alla fine del 2021, quando annunciammo l’avviso del processo di normalizzazione monetaria, che si riflesse subito in un netto rialzo dei tassi di interesse a lungo termine, le quotazioni di mercato continuavano a segnalare l’attesa di un deciso calo dei prezzi del gas [...]. L’aggressione all’Ucraina ha trasformato uno shock temporaneo sui prezzi in un fenomeno ben più intenso e persistente»¹.

* Università Guglielmo Marconi di Roma.

¹ Cfr. BANCA D’ITALIA, *Relazione annuale sul 2022. Considerazioni finali del Governatore*, Roma, 31 maggio 2023. Sulle relazioni annuali della Banca d’Italia e sulla loro portata prima e dopo l’istituzione della BCE cfr. di recente P. CIOCCA, *La Banca d’Italia. Una istituzione ‘speciale’*, Torino, Arago, 2022.

A dire la verità, c'è qualche dubbio che l'inflazione sia stata determinata soltanto da uno shock geopolitico sui prezzi e che, come tale, fosse *in toto* imprevedibile. Forse qualche colpa ce l'hanno anche la pandemia di Covid e i provvedimenti che sono stati adottati in chiave europea – durante e dopo – per riparare i danni economici della pandemia. *In primis* la sospensione del patto di stabilità fra i Paesi dell'Unione che ha permesso ai singoli Paesi un aumento della spesa pubblica e dell'indebitamento.

Come è noto – si suppone anche nell'Unione europea, che ha trascritto, seppur parzialmente, la *Stabilitätsgesetz* tedesca² – la stabilità dei prezzi, cioè la non inflazione, dipende dall'equilibrio fra base monetaria, spesa pubblica, in tutte le sue molteplici manifestazioni, e rapporto con le altre monete, in particolare il dollaro. È il c.d. “triangolo magico”. Se si muove un lato del triangolo bisogna riequilibrare con un altro dei tre lati in modo da stabilizzare i prezzi e troncane così l'inizio, e poi la “corsa”, dell'inflazione³.

Che non fosse tutta colpa della guerra in Ucraina implicitamente lo riconosce, poche pagine più in là, anche lo stesso Governatore. Nella sua relazione è dato infatti leggere quanto segue: «La risposta delle politiche europee alla crisi pandemica è stata forte e tempestiva. Oltre agli imponenti sforzi coordinati compiuti per il contenimento della circolazione del virus e per l'acquisto e la distribuzione tra Paesi dei vaccini, anche sul piano strettamente economico l'Unione europea si è avvalsa di strumenti innovativi: sono stati concessi prestiti ai Paesi membri per finanziare misure di contrasto ai rischi di disoccupazione;

² La differenza è che l'originale tedesco è una legge dinamica sulla direzione della componente pubblica dell'economia; il patto di stabilità dell'Unione Europea è invece la disciplina statica fondata su coefficienti fissi di governo di uno dei componenti del triangolo. Da tale differenza deriva che gli eventuali – e negli ultimi tempi frequenti – squilibri inflazionistici debbano essere corretti ricorrendo al governo dinamico della moneta e perciò alla Banca Centrale. Per una esposizione sintetica ma chiara delle prescrizioni della *Stabilitätsgesetz*, anche con riferimento alle teorie economiche implicate, si rinvia a H. FABER, *Verwaltungsrecht*, Tübingen, G.C.B. Mohr, 1987, 355 ss. ed in calce indicazioni su i numerosi commentari e saggi specifici che se ne sono occupati.

³ Sul triangolo magico si rinvia a F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, Giappichelli, 2015, 18 ss. Il triangolo magico non è né un'invenzione tedesca, né la traduzione giuridica di qualche teoria economica. Il triangolo magico deriva da una esperienza empirica, fattuale, posta in essere da un banchiere centrale, il Governatore della banca centrale olandese e poi Presidente della Banca dei Regolamenti internazionali, Holtrop, per controllare il fenomeno inflattivo durante l'inizio di una crisi economica. Razionalizzato nella Repubblica Federale Tedesca con la legge di stabilità e poi passato come regola per l'Unione europea. Si può leggere l'omaggio a Holtrop e la traduzione in termini di teoria economica delle sue tesi, con particolare attenzione al lato del triangolo relativo ai rapporti con le altre monete, in P. BAFFI, *L'inflazione in Europa occidentale e le monete di riserva*, in *Moneta e credito*, 1968, ora in Paolo Baffi, Roma, Ente per gli Studi Monetari e Bancari Einaudi, 1989, 11 ss. («Nel piccolo mondo degli istituti di emissione al quale appartengo, questa tesi è stata elaborata principalmente dal dr. Holtrop, già governatore della Banca d'Olanda e presidente della Banca dei regolamenti internazionali. Mi riferisco in particolare alla magistrale analisi contenuta nella rassegna generale con cui si apre la relazione della Banca d'Olanda per il 1965»).

Se tecnicamente è possibile, non lo è giuridicamente. Se la produzione di moneta e il suo governo sono atti sovrani posti in essere da un soggetto costituzionalmente sovrano occorre tener conto che gli atti sovrani sono per loro natura liberi nella decisione. Chi ha un potere sovrano non può non decidere un provvedimento sovrano. Può servirsi di qualunque strumento per la produzione dell'atto. Ma chi è investito di un potere sovrano non può delegare la decisione ad altri ... macchine comprese²². È così anche per i provvedimenti di esercizio della sovranità monetaria.

Diverso è il discorso per i provvedimenti amministrativi pure attribuiti alla Banca centrale nell'ambito di un'altra funzione non sovrana, quella di vigilanza sul sistema bancario, per i quali non sono prospettabili ostacoli ad una elaborazione algoritmica, se e quando ne esistano i presupposti²³.

Abstract

The essay takes a critical look at issues related to the European Central Bank's interventions against inflation. It also deals with the euromonetary base, its composition and the ECB's sovereign powers, problematizing it from a legal perspective.

di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, II, *Amministrazione, responsabilità, giurisdizione*, Bologna, il Mulino, 2022, e G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, nonché alla rassegna di M. MACCHIA, A. MASCOLO, *Intelligenza artificiale e sfera pubblica: lo stato dell'arte*, in *Giorn. dir. pubbl.*, 2022, 556 ss.

²² Cfr. in proposito, sia pur con riferimento ad altra problematica, F. MERUSI, *Discrezionalità, tempo e decadenza del potere nell'età della rivoluzione economica comunicativa. Nuove prospettive per la discrezionalità nel quando*, in *Dir. amm.*, 2023, 215 ss.

²³ Per un esperimento recentissimo, sia pur parziale, presso la Banca d'Italia che condivide con la BCE la funzione di vigilanza bancaria si rinvia a M.B. ARMIENTO, *Prove di regolazione dell'intelligenza artificiale: il regolamento della Banca d'Italia sulla gestione degli esposti*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2023, 105 ss.

Alle radici della teorica di Paolo Grossi: l'aequitas canonica

di Giuseppe Morbidelli*



Sommario: § 1. – I capisaldi della dimensione giuridica posmoderna secondo Paolo Grossi. § 1.a – La critica dell'assolutismo giuridico, del riduzionismo, del monopolio delle leggi e la rivalutazione del ruolo della *scientia juris*. § 1.b – Fattori di dequotazione del ruolo centrale della legge, rappresentati dalla giurisprudenza (specie costituzionale ed europea), dalla globalizzazione giuridica, dalla evoluzione tecnologica. § 1.c – Ulteriori fattori di dequotazione della legge rappresentati

dalla fattualità e dalla effettività. § 1.d – Del ruolo e della elasticità dei principi. § 2. – Il diritto canonico "lievito" della società occidentale. § 3. – L'*aequitas* canonica: principio costituzionale del diritto canonico. § 4. – Dell'influsso della *aequitas* canonica nella genesi e nelle motivazioni del pensiero di Grossi. § 5. – Comunanza con il pensiero di G. Zagrebelsky in ordine al ruolo necessario dell'equità. § 6. – Differenza tra *aequitas* canonica e prevalenza del particolare sulle regole generali ed astratte nel pensiero di Paolo Grossi.

§ 1. – *I capisaldi della dimensione giuridica posmoderna secondo Paolo Grossi*

§ 1.a – *La critica dell'assolutismo giuridico, del riduzionismo, del monopolio delle leggi e la rivalutazione del ruolo della scientia juris*

I capisaldi delle costruzioni teoriche di Paolo Grossi aventi ad oggetto la dimensione giuridica, "grossianamente" definita "posmoderna", sono più che noti e si compendiano nel rigetto del c.d. "assolutismo giuridico" e del connesso "riduzionismo giuridico" (ovvero un diritto astretto nei confini invalicabili tracciati dalla legge e solo da essa), nonché della "legolatria" e del monopolio della produzione giuridica nelle mani del legislatore, ossia della concezione del diritto, nata e coltivata sotto l'influsso del secolo dei lumi e delle costituzioni rivoluzionarie francesi. Di contro, in Grossi è continua e spesso imminente la contestazione del primato della *volonté général* compendiantesi

* Sapienza – Università di Roma.

nella legge, del mito della codificazione, del giudice come mera bocca della legge, del positivismo. Tematiche affrontate in numerosi scritti¹, tutti intrisi di raffinatezza delle argomentazioni, spesso non alieni da *vis polemica*², da sapienti analisi storiche e comparatistiche unite ad una revisione critica di una serie di postulati dottrinari. Secondo l'insegnamento di Paolo Grossi il diritto non è, o non è solo, strumento artificioso, ma è lo spaccato della società. Il diritto è un fatto sociale, nel senso che è una componente essenziale di ogni comunità, poiché appartiene alla natura stessa del corpo sociale. La lettura tradizionale e un tempo consolidata per cui il diritto è solo espressione del potere politico trascura appunto la sua insindacabile socialità. Il che significa non solo rivalutazione di consuetudini e di prassi, ma rivalutazione del ruolo dell'interprete che deve leggere (o cogliere egli stesso) le *regulae iuris* alla luce delle esigenze sociali e fattuali. Di qui un criterio metodologico. «Se il giurista resta esegeta, rischia di non aver presente quella percezione che non deve invece mai abbandonarlo, e cioè che il diritto è la dimensione naturale di un'intera civiltà. Il legame diritto-civiltà è una verità elementare che deve essere recuperata alla coscienza comune e neanche alla coscienza del giurista. Il diritto non è mai una forzatura del sociale, violenza sul sociale; può esserlo, ma unicamente in certe sue manifestazioni patologiche. È infatti connessa alle radici profonde della società. In altri termini nella sua manifestazione fisiologica il diritto è una delle dimensioni autentiche di una civiltà di cui esprime i valori ed ordinandola, la salva»³. D'altra parte, prosegue

¹ Ci limitiamo a ricordare, tra i più significativi (taluni dei quali hanno più edizioni: qui citiamo la prima): *Absolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998; *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001; *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005; *Società, diritto, Stato: un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006; *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007; *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012; *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015; *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza, 2020; *Il diritto civile in Italia fra moderno e postmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2021.

² Tra le tante ci limitiamo a ricordare, *Pagina introduttiva (ossia: delle miserie del legislatore italiano)*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (26), 1997: «Il legislatore! Questa entità suprema che il giurista mediocre menziona di continuo quasi evocando una creatura numinosa, però dai contorni pressappoco antropomorfi, in guisa non molto diversa da come l'antico credente evocava Giove insediato sull'Olimpo; questo nume tutelare che è servito – e serve – ad ammantare e riparare (ma anche a incentivare) la proverbiale pigrizia dei giuristi; questo legislatore troppo idealizzato va finalmente depresso da un olimpo immeritato, e guardato nelle sue miserie. [...] Limitando il mio esame all'Italia e senza la pretesa di trinciare giudizi su terreni che non conosco abbastanza, ci si para dinanzi un ammasso legislativo di genesi prevalentemente parlamentare, composto il più delle volte di atti maggiormente vicini a volgari transazioni che a lucide diagnosi di bisogni oggettivi della comunità nazionale. Leggi, espressioni delle voci dei partiti, espressioni di interessi particolari, spesso all'insegna della più crassa incultura giuridica, con in più il frequente tocco ineffabile della ignoranza delle elementari regole grammaticali della lingua italiana. Un ammasso legislativo che smentisce troppo spesso tutto quanto si insegna ai nostri allievi del primo anno di una Facoltà di Giurisprudenza sulla generalità e sulla astrattezza come qualità prime di un atto legislativo».

³ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., 7.

verso cui si misura la ragionevolezza, ovvero sia criteri volti ad oggettivizzare *quam maxime* il percorso ermeneutico e la ricerca di una simmetria tra fatto e regolazione normativa. Talché è possibile concludere che la grossiana "invenzione del diritto" è il risultato del combinarsi virtuoso di equità e ragione, attraverso cui la *scientia juris* disvela e risolve la complessità e la dinamicità della dimensione giuridica.

Abstract

A constant of Paolo Grossi's thought is the critic of the monopoly of juridical production in the hands of the legislator. Among the various reasons for this criticism are the strength of the fact and the relevance of the present case. These conclusions and motivations find their roots also in Grossi's deep knowledge of canon law, regarded as "yeast" for the entire western society, so that this has left his mark on the juridical mentality, its itinerary, its development. It has to be considered that in the canon law the *aequitas* has a prominent position as it is configured as the supreme principle from which is not possible to deviate because it is a guarantee of effective justice, namely of coherence between *ius humanum* and divine law. Not without reason the *aequitas* is constantly recalled in all major decretals of the classic age, which arise from practical cases, from empirical questions of ecclesiastical operators, and in which the elasticity and versatility of the canonical rule find prompt verifications. It was indeed considered has "the keystone, the secret code, the material constitution of the whole order of the Church": it establishes a genuine constitutional principle.

The essay has the purpose to prove that this "constitutional" vision of the *aequitas*, in its turn radiated by the factuality and flexibility of canon law, is not at all foreign to the genesis and motivation of Grossi's thought. In fact his deep-rooted conviction, from which by application of the principle to the specific case, where the modulation of the axiological charge of the principle is closely related to the specificity of the situation, is fulfilled by the affirmation of the primacy of the particular: is in substance a criterion that totally recalls the institute of the canonical *aequitas*, with the difference that, instead of being an instrument to give rise to coherence with the divine law, it is an instrument to give rise to coherence with the higher values (constitutional and european), with the principles extracted from those values and from the order tissue, with experience, with social factors and their related evolutions, with the consolidated expressions of the so called juridical globalization.

Lo Stato *compie dieci anni. Tentativo di un bilancio*

di Federico Sorrentino*



Sommario: § 1. – Premessa. § 2. – Il titolo della *Rivista* e i suoi contenuti. § 3. – (*segue*) i contenuti e i temi trattati. § 4. – Dalla gestione *binaria* a quella *monocratica*. § 5. – Il posto de *Lo Stato* nella cultura giuridica italiana.

§ 1. – *Premessa*

Questa *Rivista*, che ha ormai doppiato il suo traguardo decennale, si colloca con buon diritto nella scienza giuridica tra i prodotti editoriali più significativi del nostro presente.

§ 2. – *Il titolo della Rivista e i suoi contenuti*

Il titolo, con i chiarimenti che si leggono nel risvolto di copertina è già molto ambizioso, poiché lo Stato, piaccia o no, è ancora la figura dominante nella produzione del diritto, che, se pure si manifesta oggi attraverso istanze non propriamente statuali, discende pur sempre dalla volontà di un soggetto collettivo, ancora designato in quel modo. Sicché una rivista che evoca lo Stato si colloca con buon diritto nella grande famiglia delle pubblicazioni giuridiche, che si interrogano sull'origine e la funzione del diritto.

La stessa cadenza semestrale di pubblicazione invita, invero, ad una approfondita riflessione sui temi trattati e su quelli da offrire nei numeri successivi.

* Sapienza – Università di Roma.

Ma l'attenzione della *Rivista* e dei suoi direttori non trascura fenomeni internazionali e sovranazionali "oltre lo Stato" né, all'interno di questo, le relazioni tra i diversi soggetti che compongono e innervano lo Stato stesso; penso non solo ai rapporti con le Autonomie, ma anche alla fondamentale dialettica autorità/libertà, che caratterizza ogni forma di Stato. Consapevoli i direttori ed anche i lettori che la crisi dello Stato non esclude che di esso debba occuparsi chi coltiva discipline costituzionali, se è vero che ogni "crisi" prelude ad un cambiamento e non esprime necessariamente l'estinzione del suo oggetto: anzi è proprio la crisi della statualità a sollecitare riflessioni e approfondimenti di un fenomeno che, al suo interno e nei rapporti esterni, vede indebolirsi i suoi poteri.

Sicuramente, al di là dello Stato, concepito come persona giuridica internazionale, esistono organizzazioni, universali e regionali come l'Unione europea, che hanno il potere d'intervenire all'interno degli ordinamenti statali: sicché la sovranità di questi si trova limitata dall'esercizio del potere comunitario, il cui processo d'integrazione, ancora *in fieri*, finisce per contrarre la posizione degli Stati, bensì signori dei trattati, ma da questi evidentemente condizionati.

Merita allora considerare non solo l'intervista che Federico Pedrini riceve da Giuseppe Tesauro alla vigilia della sua scomparsa (fasc. n. 16 della *Rivista*), ma tutti i commenti sull'attività scientifica e professionale dello stesso Tesauro che si leggono in fondo al fascicolo n. 17 del 2021.

Grande rilievo viene comunque dato, in questa *Rivista*, a temi ormai classici del diritto pubblico interno, come il ruolo del Giudice costituzionale, la rappresentanza politica e l'interpretazione del diritto (tema, questo, affrontato in quasi tutti i numeri della *Rivista*).

§ 3. - (segue) *I contenuti e i temi trattati*

Tutti temi e argomenti di carattere molto generale e decisivi, in fondo, per la conoscenza del nostro diritto, svolti, come risulta dagli indici dei diversi fascicoli, non solo da giuristi contemporanei, ma anche, attraverso il richiamo e le ripubblicazioni di scritti "classici" di Maestri del passato, spesso affiancati da approfonditi commenti di giuristi dei nostri giorni. Non mancano del resto, nei volumi sinora pubblicati, riferimenti a temi attuali, spesso riuniti in appositi "quaderni" (come *Il vaso di Pandora* in due volumi, ovvero *Il diritto dell'informazione e la comunicazione politica*).

dere qualunque ancoraggio oggettivo al diritto scritto e con esso di snaturare la principale funzione del diritto di mettere ordine nei comportamenti umani.

Invero, se, come penso, il diritto altro non è che una disciplina dei rapporti sociali, che si esprime attraverso “regole” poste da un legislatore abilitato a ciò dalle norme costituzionali di competenza, le operazioni di bilanciamento tra valori costituzionali per stabilire i limiti di ciascuno di essi non potranno che spettare al legislatore e solo in via di supplenza all’interprete-applicatore del diritto. Salvo comunque il controllo di costituzionalità delle leggi, in seno al quale potrà verificarsi la correttezza costituzionale del bilanciamento effettuato dal legislatore.

Abstract

On the occasion of the first 10 years of this journal one should judge the role it has played in the legal Italian culture and its position between the various journals that are published in this country. The articles it has published show very clearly the vitality of the legal science in Italy and are free from tendentious studies as frequently published by other journals.

Maestri del Novecento

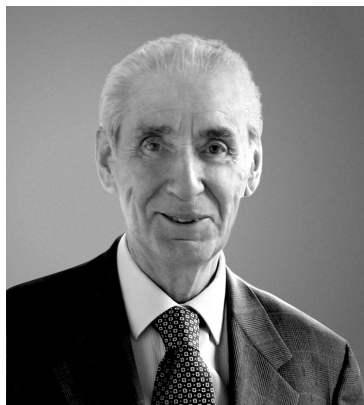


Stefano Rodotà: i compiti del giurista nella rifondazione del diritto privato
di Guido Alpa

Multa latent in scriptura. Antinomie nell'ermeneutica bettiana
di Natalino Irti

Stefano Rodotà: i compiti del giurista nella rifondazione del diritto privato

di Guido Alpa*



Sommario: § 1. – Uno spirito proteiforme. § 2. – Il discorso sul metodo. § 3. – Il compito del giurista. § 4. – La rivisitazione degli istituti del diritto civile. § 5. – Il metodo didattico. § 6. – La responsabilità civile nel Secondo dopoguerra. § 7. – Le clausole generali. § 8. – Gli elaboratori elettronici: un libro profetico. § 9. – L'identità digitale e la nuova antropologia dell'*homo dignus*. § 10. – Dal soggetto alla persona. § 11. – Il biodiritto. § 12. – Il diritto di avere diritti. § 13. – Perché laico. § 14. – La solidarietà dei giuristi. § 15. – Un Codice civile europeo?

§ 1. – *Uno spirito proteiforme*

Stefano Rodotà ci ha proposto – certo non imposto – uno stile di vita: la vita intesa come un'avventura intellettuale, che avvolge dimensioni diverse e non si alimenta soltanto dell'impegno scientifico, ma esige l'impegno civile e, se possibile, un impegno istituzionale.

Le sei decadi che segnano idealmente i confini del nostro discorso prendono avvio dagli anni in cui appaiono i suoi primi contributi e riflettono gli ardui percorsi del rinnovamento del diritto civile in Italia.

Rodotà ha avviato la sua carriera accademica a Macerata, dove, nel dicembre del 1966, lesse la prolusione su *Ideologie e tecniche del diritto civile*. Dal 1968 al 1972 ha insegnato il diritto civile a Genova e fu quella una stagione straordinaria, ricchissima di esperienze e di suggestioni, che, dapprima come studenti e poi come suoi assistenti, abbiamo avuto occasione di testimoniare. Dal 1973 al 2003 ha insegnato alla Sapienza di Roma, dopo aver fatto corsi di lezioni all'Università di Stanford, in molte Università del Sud America, e ricerche all'All Souls College di Oxford. Amico di John Merryman, di Guido Calabresi e Spiros Simitis, ha sempre aperto il suo pensiero alla comparazione.

Riassumere in poche pagine la missione di una vita non è possibile; più agevole è la menzione delle innovazioni – e sono tante – che

* Sapienza – Università di Roma.

il suo genio poliedrico ha saputo portare negli studi del diritto, un diritto inteso a tutto tondo, senza gli steccati che dividono il diritto pubblico dal diritto privato, e con le contaminazioni della storia, dell'economia e, soprattutto della politica. Se volessimo condensare in poche parole il suo messaggio, potremmo riprenderlo dal titolo di un'antologia pubblicata con il Mulino nel 1971, *Il diritto privato nella società moderna*: la rapidità dei mutamenti a cui è esposta la società dalla fine della Seconda guerra mondiale impone l'elaborazione di nuove strategie di pensiero e di più sofisticati strumenti di adattamento: il tempo non è più un "grande scultore" ma si rivela un grande manipolatore. E la società dell'effimero in cui abitiamo esige regole che condividano con essa i caratteri della mutevolezza e della caducità.

Il diritto civile che si affaccia al terzo millennio è inquietamente proteso alla ricerca di una nuova identità: avendo perduto le illusorie ma consolanti certezze del dogma ed essendosi assunto compiti onerosi a fronte di una giuridificazione degli interessi sempre più estesa, questa branca del diritto (unitamente al diritto commerciale) rischia di divenire l'unico modello di disciplina dei rapporti nell'età della globalizzazione.

L'ordine del discorso affidato all'antologia è scandito in tre capitoli che corrispondono alla triplice direzione di impegno del Maestro: l'impegno scientifico nella rifondazione del diritto privato, l'impegno civile nella definizione della nuova "cittadinanza", l'impegno istituzionale rivolto alla affermazione dei diritti della persona come diritti fondamentali irrinunciabili, al tempo stesso garanzia di un ordinamento autenticamente democratico e baluardo alla dilagante imperiosità della mercificazione degli interessi.

È un impegno, a ben considerare, che si mantiene fedele a questi principi, a questi valori essenziali, e che per questo ci induce a cogliere un filo coerente in un programma di ricerca che pure si dirama in varie e multiformi direzioni, a testimonianza, ad un tempo, di una sensibilità culturale e di un rigore intellettuale di certo non comuni.

§ 2. - *Il discorso sul metodo*

Il nostro è dunque un discorso che si fonda essenzialmente sul metodo, ed assume un andamento descrittivo ma anche critico, per uniformarci alla lezione che Stefano Rodotà ci impartisce nelle sue opere, nelle riviste che ha diretto, nelle iniziative che ha coltivato; mi riferisco, in particolare, a *Politica del diritto*, che copre ormai lo spazio di una generazione e mezzo, alla *Rivista critica del diritto privato*, che data dal 1983 e compie oggi quarant'anni. In tante circostanze Rodotà ha saputo esporre i principi necessari alla rifondazione del diritto: pro-

Abstract

Stefano Rodotà was one of the most significant jurists of the second half of the 20th century and the first decades of our century. In the 1960s, he innovated the method of civil law studies with his early writings on property, civil liability and sources of contract integration. Historical investigation, together with the political repercussions of legislative choices and interpretative orientations expressed by judges were the guidelines he followed with great profit, as well as the interpretation of the rules of the civil code and special statutes in a constitutionally compliant manner. Throughout his life, he has defended the values of the person, both by constructing the so-called bio-law, and thus dealing with health, the legal status of the human body, health treatments, artificial insemination, and living wills, and by guarding the guarantees of fundamental rights. Through research on the history of human rights, he has built the legal construction of the person, overcoming the dogmas associated with the 'subject of law', and founded the anthropology of homo dignus. Recalling constitutional values and those of the European Union, he wrote on the "right to have rights" but also insisted on constitutional duties, in particular the principle of solidarity.

Multa latent in scriptura

Antinomie nell'ermeneutica bettiana

di Natalino Irti*



Emilio Betti – al tempo stesso giurista, storico e filosofo – è stato una delle figure più importanti della cultura europea del Novecento. Nato a Camerino nel 1890, si laurea nel 1911 in Giurisprudenza a Parma e due anni più tardi in Lettere classiche a Bologna. Nel 1917 diviene ordinario di Istituzioni di diritto romano a Camerino insegnerà poi in numerose Facoltà giuridiche italiane e straniere, occupandosi anche di diritto civile, processuale, commerciale e internazionale. Nel variegato e monumentale novero di pubblicazioni monografiche, la sua opera più celebre resta la Teoria generale

dell'interpretazione (1955), dove sono sistematicamente esposte le linee di una originale ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito (la Direzione).

Chiamato dalla cortesia – intimante cortesia – di Aljs Vignudelli a tracciare un qualche profilo del mio grande maestro, Emilio Betti; e insieme desideroso che, sulle pagine autorevoli de *Lo Stato*, di lui figurino e se ne celebri il nome; mi sono trovato nelle strette di un'alternativa: o di offrire pagine venate di memorie; o di scegliere un preciso tema, in cui si congiungano l'alto magistero e l'inquieta autonomia dello scolaro. Respinta la fragile e futile seduzione autobiografica, subito mi è venuto dinanzi il discorso svolto, l'ottobre 2018, in un convegno meritevolmente promosso dalla Università di Bergamo per il cinquantenario della morte (11 agosto 1968); e dove meglio si avverte il giuoco, sempre così intimo e doloroso, di devota fedeltà e di consapevole distanza. E qui se ne dà il testo, già apparso in *Riconoscersi nella parola*, Bologna, il Mulino, 2020, 217-233.

* * *

I. La teoria bettiana dell'interpretazione ha dentro di sé, e non potrebbe non avere, una filosofia del linguaggio. *Interpretazione e linguaggio* si tengono insieme come il *far capire* e il *capire*, il dire e l'ascoltare, lo scrivere e il leggere.

* Sapienza – Università di Roma.

Betti muove sulle orme di Wilhelm von Humboldt e Friedrich Schleiermacher, ma insieme raccoglie, con audace sincretismo, spunti e temi emersi nelle dottrine più vicine e moderne. Il rapporto tra il parlante e la *lingua con cui parla* è così tratteggiato da Betti: «Da un lato, a) chi parla una lingua sottostà alla legge di essa, funge da suo organo e strumento: il suo modo di pensare può considerarsi come un prodotto della lingua nel senso che egli non potrebbe concretamente pensare ciò che fosse al di là dei confini di quella. La capacità di espressione, la forma delle intuizioni e dei concetti, il modo e il limite del loro collegarsi, sono predeterminati e prefissi, a chi parla, dalla lingua in cui è nato e si è educato [...]. D'altro lato, b) ogni spirito liberamente pensante concorre per la sua – anche minima – parte alla formazione della lingua che parla: vi concorre mercé la sua spontaneità, in quanto lotta con le forme espressive che trova e si serve della lingua come strumento per esprimere il proprio pensiero e modo di sentire»¹.

Pagina di singolare rilievo, dove Betti riconosce una *legge della lingua*, che segna confini agli atti espressivi, e vincola il parlante fino al punto in cui questi non sia in grado di promuovere un *incremento linguistico* con nuove parole o nuovi significati di vecchie parole. Non tanto l'individuo usa la lingua, quanto la lingua si serve di lui come di proprio organo e strumento, e parla attraverso di lui.

II. Betti non richiama, né forse poteva richiamare, dottrine di linguisti italiani, che proprio in quel giro di anni (la *Teoria generale dell'interpretazione* appare nel 1955), andavano trattando ed enunciando il concetto di 'legalità linguistica'. Concetto, che a me sembra di essenziale importanza anche nell'ermeneutica giuridica.

Rinnovando il vecchio parallelismo fra lingua e diritto, e utilizzando categorie proprie della scienza giuridica (come 'sistema', 'norma', e soprattutto 'istituzione'), si pervenne allora al concetto di 'legalità linguistica'. Esso presuppone la distinzione, ormai classicamente enunciata dal De Saussure, tra '*langue*' e '*parole*', l'una sociale, l'altra individuale. La lingua è *super-individuale*, un sistema di parole e significati condivisi, che perciò rende possibile il reciproco comunicare e intendersi all'interno di una data cerchia sociale. *Istituzionalità della lingua* e sua funzione normativa, già ragionate in un saggio del 1946 da Giovanni Nencioni (che non a caso fu allievo di Piero Calamandrei, e pure autore di una monografia su tema di diritto processuale civile), vennero più intensamente riprese, e condotte a esiti radicali, da Giacomo Devoto.

¹ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, I, nuova ed. a cura di G. Crifò, Milano, Giuffrè, 1990, 363-364.

gusto delle simmetrie logiche; dall'altro, apertura al gioco degli interessi, esercizio di intuizione e sensibilità, ansiosa ricerca dei "valori".

Così, si fa strada nel pensiero di Betti il concetto di 'presupposto', che, come suona la parola, sta logicamente prima del "posto", ed anzi lo giustifica e ne dà ragione. 'Presupposto' è il mutuo riconoscimento di valori nella comunicazione linguistica; 'presupposto' è l'autonomia economico-sociale nella teoria del negozio giuridico; 'presupposto' è il senso della cooperazione nella teoria del rapporto obbligatorio; e via potremmo seguire. Betti scorge nel mondo umano – e in più luoghi ne ha professato la convinzione – un *cosmo a strati*, che sale dal gradino più basso al più alto, dall'inferiore al superiore. Gli strati più bassi sono "presupposti" e costituiscono il fondamento di ogni altro livello. Ma codesti "presupposti" non tardano a rivelarsi come "*sovrapposti*", cioè qualcosa di emozionale o intuitivo, di desiderato o atteso, che *dall'esterno* preme e soffoca il significato del "posto", cioè la concreta storicità di lingua e di norme. Il problema teoretico irrisolto riguarda il passaggio dall'uno all'altro "strato" dell'umana realtà.

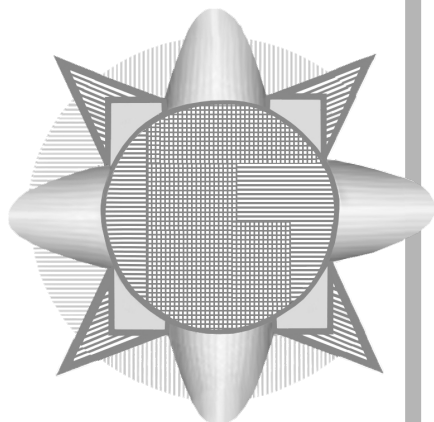
In questa ricchezza di pensiero, turgido anche di antinomie e contraddizioni, è il lascito più alto e fecondo di Emilio Betti, che non ci chiude nella sterile gabbia d'un sistema, ma si fa promotore di diversità e incitatore di nuovo pensiero.

Abstract

The essay attempts to show that Emilio Betti's theory of language is permeated by the antinomy between strict adherence to linguistic meanings and further insights of an allusive and underlying character.

NEL CORTILE DEL BANANO

Taccuino di piccole recensioni e schede bibliografiche



Recensioni

Come si legge la storia del diritto pubblico
di Fulvio Cortese

L'eversione silenziosa nel nome del popolo sovrano
di Claudio Luzzati

Il mistero del diritto
di Aldo Schiavello

*Bis in idem. Due volumetti di recente pubblicazione
affrontano il tema delle riforme*
di Luca Vespignani

Schede bibliografiche

Come si legge la storia del diritto pubblico

di Fulvio Cortese*



Sommario: § 1. – Antiparlamentarismo: *quid iuris?* § 2. – Un’indagine complessa e bifasica. § 3. – *The clear side of the moon.* § 4. – L’evoluzione delle istituzioni tra sedimentazioni culturali e trasformazioni politiche e socio-economiche.

JOSÈ ESTEVE PARDO, *Antiparlamentarismo e democrazia. Il pensiero antiparlamentare e la formazione del diritto pubblico in Europa*, Bologna, il Mulino, 2021, pp. 296.

«Per spendere ancora qualche parola riguardo alla pretesa di istruire su come dev’essere il mondo, va detto che, in proposito, la Filosofia giunge in ogni caso sempre troppo tardi. In quanto è il pensiero che pensa il mondo, essa si manifesta nel tempo solo dopo che la Realtà ha completato il proprio processo di formazione e si è ben assestata»

[G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto* (1820), a cura di V. Cicero, Milano, Rusconi, 1996, II ed., 65].

§ 1. – *Antiparlamentarismo: quid iuris?*

Il 19 giugno 1940, a pochi giorni dall’entrata in guerra dell’Italia nel secondo conflitto mondiale, Adriano Tilgher annota nel suo diario – ripubblicato di recente – che «[i]l *parlamentarismo*, inteso come sistema dei partiti espressi dal suffragio universale, può durare fino a che i partiti o la loro maggioranza accettano una base omogenea». Ciò perché si tratta di un «sistema di discussione e di compromessi a base di maggioranza», dunque di un meccanismo che «è possibile fino a che i vari gruppi politici in lotta hanno, se non di nome, di fatto, un’omogeneità, accettano, di

* Università degli Studi di Trento.

fatto, se non di nome, le basi esistenti dello Stato, accettano di conservare e amministrare e riformare lo Stato com'è, non tentano di sovvertirlo»¹.

L'osservazione è interessante, per due ragioni. La prima consiste nella singolare vicinanza del pensiero in essa espresso con parte delle tesi formulate da Carl Schmitt nel suo famoso saggio degli anni Venti su *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*²: anche per il giurista di Plettenberg, infatti, il parlamentarismo propriamente detto è solo quello liberale del XIX secolo, in cui le leggi potevano dirsi frutto di una battaglia tra opinioni, non di un conflitto tra interessi. In particolare, con l'allargamento del suffragio e l'irrompere sulla scena della democrazia di massa e dei partiti – così sosteneva Schmitt – al metodo della *deliberazione*, e dunque dell'argomentazione, le assemblee legislative preferiscono il metodo della *negoziazione*, e dunque delle reciproche concessioni sulla distribuzione di specifiche posizioni di potere. E ciò sempre che la negoziazione sia possibile, visto che *magna pars* delle riflessioni schmittiane di quegli anni si genera sul tesissimo e instabile tessuto del parlamentarismo weimariano, sorto e coltivato in un contesto di scontro estremo tra forze politiche radicalmente opposte, oltre che impegnate a prefigurare dinamiche inconciliabili di restaurazione o di rivoluzione.

Come è noto, per Schmitt – diversamente da Tilgher – la soluzione immediata consisteva nella posizione di alcune garanzie istituzionali (l'individuazione di un custode della costituzione e di alcuni presidi radicati nei fondamenti della società civile tedesca), mentre la soluzione futuribile (quella più coerente con il suo peculiare *positivismo*³) andava ricercata nell'ammissione pregiudiziale che la democrazia non potesse essere ricondotta al liberalismo e ai suoi sviluppi, postulando, invece, una condizione presupposta di specifica e stretta omogeneità, da realizzarsi *al di là* del sistema rappresentativo. Sicché, nel rimandare parzialmente a Schmitt, le surriferite annotazioni di Tilgher, pur registrando allo stesso modo un'evoluzione sociale e politica di enorme portata, e di altrettanto grande impatto sull'equilibrio costituzionale, aprono il problema delle *risposte* culturali e giuridiche a quell'evoluzione: il problema, cioè, che in buona parte degli Stati del Continente europeo ha condizionato – in tempi e con accelerazioni differenti – il conclamarsi esiziale della crisi dei parlamenti e l'affermarsi successivo, sul piano storico, di idee e regimi autoritari o dittatoriali.

Così traguadato, il rilievo di Tilgher è importante anche per un ulteriore motivo. Registra il *fenomeno* in cui va collocata la diffusione, sin dalla

¹ A. TILGHER, *Diario politico*, a cura di C. Giunta, Pisa, Edizioni della Normale, 2021, 147-148 (corsivo nel testo).

² C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (Berlin, Dunker&Humblot: I ed. 1923; II ed. 1926), trad. it. *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo*, a cura di G. Stella, Torino, Giappichelli, 2004, in part. 6-8.

³ Di cui è fornita un'esplicita, *plastica* rappresentazione nelle interviste radiofoniche trascritte e pubblicate in C. SCHMITT, *Un giurista davanti a sé stesso. Saggi e interviste*, a cura di G. Agamben, Vicenza, Neri Pozza, 2005.

Il primo polo è tutto hegeliano. Lo è, quanto meno, nell'evidenza anticipata dalla citazione posta in apertura di questa breve recensione: anche per Esteve Pardo, infatti, si può dire che si può fare teoria solo *al termine* della storia; al volo, cioè, della famosa nottola di Minerva, come nell'immagine consegnata da Hegel nell'introduzione ai *Lineamenti di filosofia del diritto*. È alla prova delle sue realizzazioni effettive ed istituzionali che il pensiero giuridico si modella ed emerge nell'eredità di concetti, principi ed istituti che ne formano la tradizione riconoscibile. *Antiparlamentarismo e democrazia* dimostra esattamente questo, ossia che ci sono formule e lezioni precorritrici, anche nel diritto, ma che la loro *capacità ordinante* si misura sempre in un futuro a venire, alla fine della traiettoria materiale che le ha generate, quando possono realmente costituire, come risultato di un più complessivo processo di *apprendimento*, la base di un'esperienza nuova e il sedimento di una tradizione ancor più ampia. È un po' come se Esteve Pardo invitasse a considerare il valore primario e irrinunciabile del "setaccio del giurista", poiché una teoria generale, nel diritto, è più il risultato di ciò che *rimane* che di ciò che si *ipotizza*.

Il secondo polo di riferimento, invece, è quello che si intravede nella singolare, indiretta, coincidenza tra il frutto, o *l'insegnamento*, della riflessione svolta da Esteve Pardo e le feconde e fortunate ricostruzioni proposte da Arnold J. Toynbee nell'arco di tutta la sua opera e, in particolare, nell'efficacissimo saggio su *The World and the West* del 1953²⁹. Come in quest'ultimo scritto si evince che è la tradizione occidentale a generare spesso al suo interno i virus che la contestano, la mettono in crisi e, da ultimo, la rafforzano per opposizione quasi dialettica, anche in *Antiparlamentarismo e democrazia* si può osservare l'illustrazione di un dinamismo simile: quello per cui la grande, nobile e feconda storia del costituzionalismo continentale ha potuto maturare, ed anzi assecondare, già al proprio interno, le sue più esiziali e contraddittorie patologie, favorendo, con ciò, fenomeni reattivi, in parte distruttivi e delegittimanti, in parte critici e arricchenti.

È proprio in questo modo, combinando questi due riferimenti, che il lavoro di Esteve Pardo riesce a raffigurare efficacemente la forza della scienza giuridica e l'importanza specifica che per essa gioca la trasmissione del sapere e la coltivazione continua dei sentieri intellettuali che l'accademia sa costruire.

Abstract

The essay analyzes the contents of a recent work on anti-parliamentarian thought between the 19th and 20th centuries. In particular, he values the methodological issues and the ability to highlight how that thought was also able to generate ideas and theories useful for the constitutional re-foundation of European states after the Second World War.

²⁹ V. la trad. it. *Il mondo e l'Occidente*, a cura di L. Canfora, Palermo, Sellerio, 1992.

L'eversione silenziosa nel nome del popolo sovrano

di Claudio Luzzati*



Sommario: § 1. – Un aneddoto istruttivo. § 2. – L'ombra di Carl Schmitt. § 2.1. – Il bersaglio polemico. § 2.2. – La tesi teorica. § 2.3. – La tesi interpretativa. § 3. – L'eversione legalizzata.

MARIANO CROCE, ANDREA SALVATORE, *Cos'è lo stato di eccezione*, Milano, Nottetempo, 2022, pp. 228.

§ 1. – *Un aneddoto istruttivo*

Come tutti coloro che avevano richiesto la cittadinanza americana, Kurt Gödel, il logico noto per il suo carattere bizzarro, oltre che per i teoremi d'incompletezza, era stato convocato ad una pubblica udienza nella quale avrebbe dovuto dimostrare di avere una conoscenza sommaria della Costituzione statunitense. John Dawson jr., un suo biografo, narra che Gödel, essendo scrupolosissimo, «si era preparato per quell'esame molto più a fondo di quanto fosse necessario o usuale. Via via che si avvicinava il giorno dell'udienza, divenne visibilmente agitato, finché alla fine confidò [...] di aver trovato una contraddizione nella Costituzione». Di fronte alla sua mortale serietà, i suoi testimoni, che erano nientedimeno che Einstein e Morgenstern, cercarono di distrarlo. Ma quando il giudice Forman gli domandò in udienza se pensasse che una dittatura come quella della Germania nazista si sarebbe potuta instaurare anche negli Stati Uniti, il logico rispose di sì e cominciò a spiegare come la Costituzione lasciasse

* Università degli Studi di Milano.

un varco aperto al verificarsi di un simile evento. Per fortuna, il giudice, avendo capito quale vespaio avesse sollevato, l'interruppe prontamente con un «Non c'è bisogno di approfondire la questione» e passò a domande più ordinarie¹.

Non so se lo scrittore Philip Roth fosse al corrente di questo aneddoto, penso di no, ma, nel suo romanzo *The Plot Against America*², immagina, con una vividezza di particolari che la rende credibile, una svolta fascista e antisemita nel quadro del sistema di governo americano. Tutto ruota attorno all'idea, nient'affatto peregrina, che nel 1940, al posto di Roosevelt, avrebbe potuto esser stato eletto presidente il celebre aviatore Charles A. Lindbergh, noto e acclamato per la sua trasvolata atlantica in solitaria del 1927. In effetti, Lindbergh aveva simpatie filonaziste ed era il paladino delle forze contrarie all'entrata in guerra a fianco della Gran Bretagna. Accanto a lui, nel romanzo compaiono molti altri personaggi di allora, da Henry Ford³ al predicatore Charles Coughlin, tutti tenacemente razzisti e avversi alla "guerra degli ebrei", e naturalmente i loro avversari, come il giornalista radiofonico Walter Winchell.

Il "pacifismo" isolazionistico di quei tempi, alimentato dall'America *First Party*, rimanda, con una sorprendente precisione, a vicende odierne, quali le posizioni "pacifiste" sul conflitto ucraino o l'assalto di Capitol Hill, mostrando che non si tratta di fenomeni nuovi. Una simile discussione sarebbe complessa e stimolante, però, in questa sede, mi limiterò a

¹ J.W. DAWSON JR., *Dilemmi logici. La vita e l'opera di Kurt Gödel*, Torino, Bollati Boringhieri, 2001, 193. Cfr. J. HOLT, *Quando Einstein passeggiava con Gödel. Viaggio ai confini del pensiero*, Milano, Mondadori, 2019 e S. BUDIANSKY, *Journey to the Edge of Reason. The Life of Kurt Gödel*, New York, W.W. Norton & Company, 2021.

² P. ROTH, *The Plot Against America* (2004), trad. it. di V. Mantovani, *Il complotto contro l'America*, Torino, Einaudi, 2005. Su questo romanzo ci sarebbe da dire molto di più di quanto viene accennato nel testo. Gli elementi realistici sono innumerevoli, a partire dalla famiglia Roth, i cui componenti sono chiamati col loro vero nome e vivono proprio dove vivevano a quei tempi. A raccontare è un Roth bambino. Specie all'inizio, il mondo alternativo viene esplorato con competenza attraverso la passione filatelica del piccolo Phil. I francobolli sono esattamente quelli di allora, anche se ad un certo punto compare su di essi una stampigliatura a forma di svastica (47) e, quando la situazione diventa insopportabile, l'album di francobolli (la realtà?) viene smarrito irrimediabilmente (245). Per un sommario commento, v. B. BAILEY, *Philip Roth. The Biography* (2021), trad. it. di N. Gobetti, *Philip Roth. La biografia*, Torino, Einaudi, 2022, 816 ss.

³ È documentato che sia Lindbergh sia Ford meritavano un'importante onorificenza nazista ornata da svastiche. Ci sono fotografie dove si vede Goering in persona che consegna la decorazione (mai restituita) a Lindbergh. Ci sarebbe un lungo discorso da fare anche su un altro personaggio del libro, Burton K. Wheeler, la cui vita reale è narrata da Roth, assieme a quella degli altri personaggi pubblici, nel *Poscritto* al romanzo, cfr. 392 ss. A noi basterà dire che Wheeler entrò in conflitto con Roosevelt quando avanzò un controverso disegno di legge, poi naufragato, «di ingrandire la Corte suprema - parole di Roth, 393 - e "imbottirla" di sostenitori del New Deal» e in seguito divenne un antinterventista che non fece mistero della sua vicinanza politica a Lindbergh. Va notato che il "piano di impacchettamento" della Corte (*court-packing plan*) del 1937, cui s'è fatto cenno, è definito a ragione da Walzer come un «caso di populismo di sinistra che non è dissimile dal tentativo di Donald Trump, ottant'anni dopo, di comporre le corti con giudici di destra» (M. WALZER, *The Struggle for a Decent Politics. On "Liberal" as Adjective* (2023), trad. it. di C. Del Bò, E. Marchiafava, *Che cosa significa essere liberale*, Milano, Raffaello Cortina, 2023, 47). La qual cosa rileva non poco allorché si affronta un tema come il nostro.

Abstract

This is a review of a recent book about the state of exception, which is accurately distinguished by the authors, Croce and Salvatore, from the concept of emergency. Much of the discussion revolves around Schmitt's decisionism that, according to the book, is confined to a short period of Schmitt's production. His whole work is in fact questionably interpreted through the lens of an institutional turn. Anyway Schmitt, notwithstanding his still being a mainstream thinker, actually proves to be an outdated philosopher. His theories are of little use when it comes to understanding the silent and extremely dangerous revolutions that present themselves as perfectly legal.

Il mistero del diritto

di Aldo Schiavello*



Sommario: § 1. – Premessa: i due piani de *Il dramma del giudizio*. § 2. – Il diritto come pratica sociale interpretativa. § 3. – *L’Oresteia*: rovesciando il rapporto tra diritto e morale. § 4. – Diritto e oggettività: *the middle way*. § 5. – Il salvagente dei diritti umani.

ALESSIO LO GIUDICE, *Il dramma del giudizio*, Milano, Mimesis, 2023, pp. 202.

Anche gli imputati dovrebbero indossare la toga. [...] Un imputato vestito come i giudici e gli avvocati forse imporrà rispetto agli uni e agli altri che non gli prestano attenzione o gliene prestano quel tanto che è necessario per rafforzare l’opinione che già ne hanno

(DANTE TROISI, *Diario di un giudice*)

§ 1. – Premessa: i due piani de *Il dramma del giudizio*

La prima cosa da chiedersi, al cospetto di un libro, è se valga la pena leggerlo. Di un libro si valutano molti aspetti. Personalmente, ritengo che lo stile sia il biglietto da visita di un autore e della sua opera. Prediligo gli autori che usano al lettore la gentilezza di esprimere le proprie idee con chiarezza e in modo diretto, non affogandole in mezzo a quelle di altri autori o offuscandole attraverso uno stile confuso o inutilmente ampolloso. Ha proprio ragione Karl Popper quando scrive: «La ricerca della verità è possibile soltanto se parliamo chiaramente e semplicemente ed evitiamo tecnicismi e complicazioni non necessari. Dal mio punto di vista, mirare

* Università degli Studi di Palermo.

alla semplicità e alla chiarezza è un dovere morale degli intellettuali: la mancanza di chiarezza è un peccato e la pretenziosità è un delitto»¹.

Herbert Hart, nella prefazione de *Il concetto di diritto* precisa che il suo non è un libro su quello che hanno pensato altri autori ma su ciò che pensa lui². E dovrebbe essere così sempre (con l'ovvia eccezione delle opere dedicate al pensiero di qualche autore). Ciò non significa trascurare la letteratura pregressa o sottarsi al confronto con il pensiero altrui ma avere l'accortezza di distinguere la voce solista – la voce propria dell'autore – dal coro.

Nel caso specifico della letteratura giuridica è peraltro ancora troppo diffusa l'usanza di ostentare la propria conoscenza di una certa questione o di un certo argomento attraverso l'introduzione nel testo di un apparato ciclopico di note che racchiude tutti i contributi che a tale questione o a tale argomento sono stati dedicati. Nella migliore delle ipotesi, l'effetto è quello di distogliere il lettore dagli elementi di originalità dello scritto che questi sta leggendo in quel momento. Nella peggiore, si tratta di un artificio retorico per coprire l'assoluta mancanza di originalità della ricerca che si offre al lettore. Negli ultimi anni, l'usanza di appesantire di note gli scritti è stata fomentata, in Italia e non solo, da un sistema di valutazione della ricerca che premia la quantità più della qualità e che, significativamente, denomina 'prodotti' quelli che un tempo si chiamavano 'saggi' e 'monografie'. Non è questa la sede per approfondire il discorso, ma si tratta tuttavia di un discorso che non può essere rimandato a lungo.

Lo stile, da solo, ovviamente non basta. Ci vogliono le idee, possibilmente nuove e originali. Una volta chiuso un libro, al lettore deve restare la convinzione di avere speso bene il proprio tempo, di avere capito qualcosa di nuovo, di avere acquisito un nuovo angolo visuale dal quale osservare la realtà.

Il dramma del giudizio di Alessio Lo Giudice è senz'altro un libro che merita di essere letto³. È scorrevole, a tratti avvincente, arricchito da riferimenti letterari, tutti opportuni, mai superficiali o scontati. È inoltre un libro in cui è possibile trovare molte idee interessanti e che, per di più, ha l'ambizione di rispondere alla domanda cruciale della filosofia del diritto: che cos'è il diritto?

Prima di entrare nel merito, faccio anch'io un riferimento alla letteratura per trasmettere all'eventuale lettore di questa recensione il ritmo di fondo del saggio di Lo Giudice. Mentre ero intento a leggere *Il dramma del giudizio*, più volte mi sono venute in mente, per associazione di idee, le pagine di *Diario di un giudice* di Dante Troisi⁴. Anche questo è, a suo modo, un libro sul giudizio oltre che sul senso della vita. Anzi, è un libro sul senso della vita indagato attraverso l'espletamento del compito di giu-

¹ K.R. POPPER, *Conoscenza oggettiva. Un punto di vista evoluzionistico* (1972), Roma, Armando Editore, 2002, 70.

² H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961; II ed. 1994), Torino, Einaudi, 2002, XXIV.

³ A. LO GIUDICE, *Il dramma del giudizio*, Milano-Udine, Mimesis, 2023, 202.

⁴ D. TROISI, *Diario di un giudice* (1955), Palermo, Sellerio, 2012.

Abstract

Alessio Lo Giudice's *Il dramma del giudizio* is certainly a book worth reading. It is fluent, at times compelling, and enriched by literary references. There are two visual angles from which to look at this book. The first is to explore the idea that judgment embodies the essential aspect of law. The second angle of view consists in deepening the dramatic dimension of judgment. Judgment, like drama, is an expression of conflicting human actions. Not only does it presuppose a conflict between human beings, but it is conflictual.

Bis in idem

Due volumetti di recente pubblicazione affrontano il tema delle riforme

di Luca Vespignani*



Sommario: § 1. – Quattro decenni di tentativi di riforma: una storia che non è ancora finita. § 2. – Completamento del disegno autonomistico ed elezione diretta del Capo del Governo. La proposta di Agostino Carrino. § 3. – Rigenerazione del sistema politico e superamento del bicameralismo. La proposta di Enzo Cheli. § 4. – Un’operazione complessa che richiede prudenza.

AGOSTINO CARRINO, *Nuova Repubblica*, Modena, Mucchi, 2023, pp. 77.

ENZO CHELI, *Costituzione e politica. Appunti per una nuova stagione di riforme costituzionali*, Bologna, il Mulino, 2023, pp. 125.

§ 1. – *Quattro decenni di tentativi di riforma: una storia che non è ancora finita*

Il dibattito sulla riforma della Costituzione ha accompagnato gli ultimi quarant’anni di storia repubblicana¹, trovando i suoi momenti più intensi specialmente in corrispondenza delle varie leggi di revisione approvate dal Parlamento (salvo poi essere in due casi su tre respinte dai referendum confermativi ex art. 138 Cost.) e dei lavori delle commissioni bicamerali incaricate di elaborare un progetto organico di mutamento della Carta costituzionale, soprattutto della seconda parte sull’ordinamen-

¹ In ambito scientifico, uno dei punti di avvio di tale movimento è il saggio di G. AMATO, *Una repubblica da riformare*, Bologna, il Mulino, 1980. Ma la stagione del riformismo trova, già da prima, un riferimento di portata sovranazionale nel rapporto della *Trilateral* del 1975 (M.J. CROZIER, S.P. HUNTINGTON, J. WATANUKI, *La crisi della democrazia. Rapporto sulla governabilità delle democrazie alla Commissione trilaterale*, Milano, Franco Angeli, 1977, con prefazione di Gianni Agnelli), in cui si evidenzia «il bisogno ideologico di “fare della governabilità della democrazia una questione vitale e davvero impellente per le società della Trilaterale”: l’unica soluzione in grado di consentire alla società di funzionare e risolvere i guasti prodotti dal “subbuglio politico” degli anni sessanta, non a caso dal Rapporto additato come il principale responsabile del sovvertimento istituzionale e sociale che “ha condotto alla delegittimazione dell’autorità in genere ed alla perdita di fiducia nella leadership”» (DE FIORES, *Le ragioni di un revisionismo progressivo*, in *Democrazia diritto*, n. 2/2016, 103, al quale si rinvia per gli estremi delle citazioni dal rapporto stesso).

to della Repubblica. In particolare, oggi il tema, dopo la bocciatura referendaria dell'ultimo tentativo di modifica da parte del Governo Renzi, è tornato al centro della scena per iniziativa dell'attuale maggioranza, che – oltre a muoversi nell'ottica di dare attuazione al c.d. regionalismo differenziato previsto dal terzo comma dell'art. 116 cost. – ha inserito nel proprio programma l'obiettivo di riconfigurare la forma di governo in senso presidenzialista.

Durante tutto questo periodo, la dominante del confronto sul piano politico e scientifico è stata la problematica della governabilità, vista quale obiettivo da perseguire sulla base dell'assunto che le istituzioni rappresentative, a cominciare dal Parlamento, forniscono prestazioni insoddisfacenti in termini di efficienza ed efficacia del meccanismo decisionale pubblico, specialmente a fronte dei nuovi compiti connessi alla definitiva affermazione dello Stato sociale e dei vincoli derivanti dal quadro internazionale ed europeo. Si tratta di un processo peraltro già tradottosi fin dagli anni Ottanta in molteplici interventi di livello sub costituzionale², relativi anche, dopo i *referendum* del 1993, alla legislazione elettorale, nella convinzione che ad una logica strettamente parlamentaristica corrisponderebbe l'opzione per sistemi di tipo proporzionale, dei quali lo spostamento del baricentro sul lato del Governo implicherebbe invece il superamento in direzione maggioritaria o quanto meno una robusta correzione attraverso clausole di sbarramento ovvero premi di maggioranza³.

Non sono tuttavia mancati orientamenti divergenti volti a prospettare un rafforzamento del progetto originario invertendo «la rotta rispet-

² Segnala G. IZTCOVICH (*Mitologie della governabilità. Storia e critica di un concetto*, in *Ragion pratica*, n. 1/2016, 11) che «a partire dagli anni '80 del Novecento si sono moltiplicate le iniziative di riforma e i processi più o meno striscianti di trasformazione istituzionale volti ad accompagnare il discorso sulla governabilità, ad assecondarlo, senza tuttavia mai poterlo soddisfare ed estinguere. Oltre a riforme strutturali come quelle della Presidenza del Consiglio, del bilancio dello stato e delle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari, ricordo le numerose modificazioni dei regolamenti parlamentari (abolizione del voto segreto, programmazione dei lavori, contingentamento dei tempi, disciplina restrittiva degli emendamenti, potenziamento dei poteri dei capigruppo, procedure accelerate per i disegni di legge governativi, ecc.); soprattutto, ricordo l'assoluta prevalenza dell'iniziativa legislativa governativa, recentemente estesa alla materia costituzionale ed elettorale, il ricorso sempre più ampio ai cosiddetti maxiemendamenti governativi e alla questione di fiducia, l'abuso della decretazione d'urgenza – in base a una necessità e urgenza pressoché perenni e intrinseche, che consentono al governo di determinare nel modo più efficace il calendario dei lavori parlamentari –, il progressivo ampliamento delle deleghe legislative, nonché il fenomeno della delegificazione, che produce un rafforzamento del potere regolamentare dell'esecutivo. Queste tendenze, fisiologiche o patologiche che siano, sono spesso presentate e giustificate come risposte a una esigenza di governabilità che nel sistema istituzionale italiano non riuscirebbe ancora a trovare adeguato soddisfacimento».

³ «Quando è accompagnato da un sistema elettorale proporzionale, si dice, il sistema parlamentare tende a produrre la frammentazione del quadro politico, che a sua volta determina l'instabilità dei governi e la scarsa efficacia della loro azione. Il tema della legge elettorale cessa di coincidere con quello dei criteri per la formazione del parlamento per essere collegato a quello della forma di governo: la funzione della legge elettorale non è più solo comporre la rappresentanza politica, ma è anche favorire la formazione di una stabile maggioranza, capace di esprimere e realizzare un indirizzo politico coerente e complessivo» (ivi, 19). In argomento, cfr. L. VESPIGNANI, *Le "doglie" del sistema elettorale. Qualche spunto di riflessione a partire da un libro di Ludovico Mazzarolli*, in questa Rivista, n. 13/2019, 425 ss.).

presente (*anwesend*) ciò che è assente (*abwesend*), i termini dell'assenza si sono fatti ben più drammatici che in passato»⁴².

L'auspicio è allora che si proceda con prudenza, evitando di adottare, magari per fini di parte contingenti, ricette preconfezionate scollegate dallo stato di fatto che si tratta di disciplinare, ricordando che, come scrive Henry Louis Mencken, «c'è sempre una soluzione facile per ogni problema: chiara, verosimile e sbagliata».

Abstract

The paper compares two recently published books (one by Agostino Carri-
no and the other by Enzo Cheli) on the issue of reforms, which has occupied
the Italian debate for over thirty years now and has found new impetus in
relation to the 'presidentialist' project supported by the current government
majority. All this is also with a view to grasping some elements of the gen-
eral framework of reference in which reflection on a very delicate issue that
is loaded with implications on the constituent principles of the constitutional
order must be placed.

⁴² M. LUCIANI, *Quale identità?*, in G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, Roma, Roma Tre-Press, 2018, 351.