

Il custode delle fonti

Lo Stato dopo lo Stato e la sua legalità

di Mauro Barberis*



Sommario: §1. – Stato, sovranità e gerarchia delle fonti. §1.1. – Stato. §1.2. – Sovranità. §1.3. – Fonti del diritto. §2. – Stato giurisdizionale, costituzionale, internazionale. §2.1. – Diritto privato. §2.2. – Diritto costituzionale. §2.2.1. – Forma di governo. §2.2.2. – Dichiarazione dei diritti. §2.3. – Diritto internazionale. §3. – Lo Stato come custode delle fonti. §3.1. – Parentesi. §3.2. – Alternanza. §3.3. – Resilienza.

Il *rule of law* costituisce una limitazione di tutti i poteri dello Stato, inclusi i poteri del legislativo (F. Hayek)

Dopo una fine più reclamizzata della morte di Dio, lo Stato – altra parola da scrivere in maiuscolo – attende ricollocazione nel nostro paesaggio intellettuale. Qui comincio risalendo alle origini giuridiche dello Stato moderno, seguendo l'ipotesi che esso sia stato costruito dai giuristi attribuendogli la sovranità sulle fonti del diritto. Poi, mostro come la concezione moderna del diritto come legislazione incontri crescenti difficoltà in almeno tre settori: privato, costituzionale, e internazionale. Infine, confronto tre ipotesi di superamento dello Stato, formulate in termini di parentesi, alternanza e resilienza, e concludo che a essere davvero superata è solo la concezione dello Stato come signore delle fonti del diritto.

* Università degli Studi di Trieste.

§1. – Stato, sovranità e gerarchia delle fonti

Che io sappia, la migliore ricostruzione delle origini giuridiche dello Stato è stata fornita da Michel Troper in un lavoro recente¹. Dopo averla esposta altrove², qui le apporto tre precisazioni importanti. Intanto, la ricostruzione di Troper riguarda solo la concezione *giuridica* dello Stato: non altre almeno altrettanto importanti (politica, militare, economica...). Poi, tale ricostruzione può essere estesa al tema della crisi dello Stato, cui non si riferiva originariamente. Infine, essa va distinta da altre ricostruzioni che attingono allo stesso materiale storico³, e che possono servire a integrarla. In questa sezione analizzo sommariamente le tre nozioni attorno alle quali la ricostruzione ruota – Stato, sovranità, gerarchia delle fonti – al fine di impiegarle nelle sezioni successive.

§1.1. – Stato

Di ‘Stato’ possono fornirsi diverse definizioni (giuridiche, politiche, militari, economiche...), secondo gli scopi conoscitivi o normativi che ci si propone. Troper insiste a ragione che la definizione giuridica da lui fornita può servire da meta-concetto (ESJ, 8) per rendere conto dei concetti effettivamente elaborati nelle diverse epoche e culture. Credo che una definizione giuridica di ‘Stato’ sia davvero essenziale; dopotutto, elementi giuridici compaiono già nella famosa definizione dello Stato come monopolio della forza *legittima*. Anche per noi giuristi, peraltro, sarebbe opportuno evitare una riduzione dello Stato al diritto, come quella consumata da Hans Kelsen e ampiamente discussa da Troper.

La questione della definizione di ‘Stato’ – centrale anche nelle odierne discussioni fra sostenitori di un costituzionalismo politico e di

¹ Cfr. M. TROPER, *The Structure of the Legal System and the Emergence of the State*, in *www.nyustraus.org*, paper 06/12, trad. sp. *La estructura del sistema jurídico y el nacimiento del Estado*, in *Economía*, 4, 2013, 3-32 (d’ora in poi ESJ seguito dal numero di pagina). Le citazioni saranno dalla versione spagnola salvo eventuali ritraduzioni da parte di chi scrive: l’inglese ‘emergence’, ad esempio, non può tradursi semplicemente con ‘nascita’ (sp. *nacimiento*). La ricostruzione di Troper presenta molte analogie con quella di P. BOURDIEU, *Sur l’État. Cours au Collège de France*, vol. I, 1989-1990, Paris, Le Seuil, 2012, trad. it. a cura di M. Guareschi, *Sullo Stato. Corso al Collège de France*, vol. I, 1989-1990, Milano, Feltrinelli, 2013; bisognerebbe però distinguere maggiormente fra Stato e discorso sullo Stato, o statualità: cfr. A. CARRINO, *La Dottrina dello Stato e la sua crisi*, Modena, Mucchi, 2014, 32.

² Cfr. M. BARBERIS, *La fine dello Stato e altri racconti*, in *Filosofia politica*, 27, 2013, 317-328.

³ Cfr. in particolare F. DI DONATO, *La rinascita dello Stato – Dal conflitto magistratura-politica alla civilizzazione istituzionale europea*, Bologna, il Mulino, 2010; IDEM, *La costituzione fuori del suo tempo. Dottrine, testi e pratiche costituzionali nella longue durée*, in *Quad. Cost.*, 2011, 4, 895-926: il quale insiste sull’instabile compromesso fra politica e magistratura che sta all’origine dello Stato moderno.

Tornando alla concezione giuridica dello Stato, da cui eravamo partiti, si potrebbe concludere così. Dietro lo Stato signore delle fonti consegnatoci dalla modernità giuridica fa capolino un'altra figura, più rassicurante: uno Stato custode delle fonti, che può essere soggetto al controllo del diritto anche perché non ne monopolizza più la produzione. Ma la limitazione *del potere* tramite il diritto – l'obbiettivo tipico del costituzionalismo giuridico – si rivela, a ben vedere, poco più che una limitazione *del diritto*⁵⁰. Il diritto non statale può certo controllare il diritto statale, come s'è visto, ma controllare il potere è un'impresa ben più ardua: la politica è soggetta al diritto solo se e quando accetta di farsene controllare.

Abstract

The alleged end of the State – a topic more debated than God's death – in fact just imply a relocation of the term-concept 'State' in our conceptual landscape. This paper provides a sketch in three steps of such a relocation. First, drawing from Michel Troper's *The Structure of Legal System and the Emergence of the State* (2013), the origins of modern State are retraced in the doctrines of both sovereignty and legal sources worked out by French jurists at the end of Middle Ages. Second, the ideas issued by these processes – the State as lord of legal sources, the law as mere legislation – are criticized invoking three main counterexamples: private law, constitutional law and international law. Finally, three narratives of modern State history are compared, in terms of parenthesis, alternation and resilience respectively, in order to derive the following conclusion: the State is alive, after all, to be dead is only its conception as lord of legal sources.

⁵⁰ Così letteralmente G. PALOMBELLA, *La "resilienza" del diritto*, cit., 1058: «il *rule of law* è da intendersi soprattutto come un ideale di limitazione *del diritto tramite il diritto*; molto meno perspicua è la sua ricorrente invocazione come "limitazione del potere" (se non – e solo conseguentemente – con riguardo al potere di generazione di norme)». Non aveva torto R. BIN, *Diritti, giudici, poteri*, cit., 1051, dunque, a chiedersi «dove si sia trasferito» un potere che resta sempre altro dal diritto.

Il diritto nell'Europa del terzo millennio

Note a una raccolta di studi

di Pietro Giuseppe Grasso*



Sommario: §1. - Una silloge. §2. - La formazione del diritto privato dei popoli europei nel corso dei secoli. §3. - Il diritto privato e l'avvento dello Stato moderno. La concezione rivoluzionaria. §4. - Permanenza del diritto privato nell'evoluzione dello Stato moderno pure nella successione dei regimi politici. §5. - Contraddizioni di diritto positivo alla *summa divisio* tra diritto pubblico e diritto privato. §6. - La fondazione di un nuovo ordinamento politico non comporta di necessità l'unificazione del diritto privato. §7. - Sulla nozione di 'diritto privato europeo'. §8. - Proposte per un codice civile europeo unico. Aspetti problematici. §9. - Sulla questione dell'unità linguistica negli atti delle istituzioni europee. §10. - Crescente estensione del diritto giudiziario nei Paesi europei. §11. - Formazione di giuristi e avvocati europei. §12. - Osservazioni finali.

Con voto del Parlamento Europeo si è proposto di introdurre un codice di diritto civile unico per tutti i Paesi dell'Unione. È da dire che in ciascuno degli Stati appartenenti all'Europa continentale sinora risulta vigente un codice civile approvato dal legislatore nazionale. Bisogna però osservare che fra detti codici vi sono diverse analogie di contenuti normativi e istituzionali, elaborati nel corso dei secoli, per conseguenza di grandiosi movimenti comuni: il diritto romano rimasto in vigore ancora nel medioevo e successivamente; il diritto canonico; il diritto comune; il diritto commerciale. Nell'insieme è usata anche l'espressione *Civil Law* in contrapposizione a *Common Law*. Pur con dette tradizioni comuni si sono presentate difficoltà notevoli alla formazione di un nuovo codice continentale, che dovrebbe rappresentare un legame di continuità con la cultura che ha rappresentato un momento della storia e dell'identità europee.

§1. - Una silloge

A *l'Europe du troisième millénaire* è il titolo di una raccolta di studi, dedicati in onore del professore Giuseppe Gandolfi e per il decimo anniversario della Accademia dei Giusprivatisti Europei avente sede in Pavia¹. In quattro ampi volumi sono raccolti contributi di cen-

* Università degli Studi di Pavia.

¹ AA.VV., *A l'Europe du troisième millénaire. Mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi à l'occasion du dixième anniversaire de la fondation de l'Académie*, Milano, Giuffrè, 2004, da I a IV: il vol. IV porta la data 2009. Di seguito i riferimenti a detta raccolta sono indicati come *St. Gandolfi*.

todiecì studiosi italiani e stranieri, pubblicati nei testi originali, scritti in francese, inglese, tedesco, spagnolo, oltreché in italiano. Nel caso ben vale l'osservazione di ordine generale secondo che raccolte di studi siffatte possono offrire elementi utili a visioni d'insieme, riguardanti aspetti del diritto positivo e indirizzi della scienza giuridica in un dato momento.

Nei quattro volumi menzionati di molto prevalgono gli studi concernenti temi e questioni di diritto privato, di cui si possono considerare in certo senso complementari taluni saggi di diritto romano. Fra i tanti spunti desumibili da una silloge davvero ampia e varia pare giustificato trarre motivi di riflessione circa le problematiche proprie del diritto privato, inteso nella sua grandezza unitaria, nelle condizioni storico-spirituali dell'Europa di oggi². Indicative in proposito risultano alcune trattazioni circa profili di ordine generale e preliminare, dalle quali pare dato di trarre indicazioni per una lettura minima, in settori di ricerca per cui vi ha una bibliografia assai estesa. Pur nella varietà delle impostazioni, il titolo della raccolta vale a denotare, come comune motivo ispiratore, l'esigenza di comprendere questioni attinenti alla fondazione di un futuro ordinamento continentale. Nei fatti politici è auspicata una novità radicale come l'instaurazione di un unico sistema di potere, dopo secoli di radicate divisioni. Ma nel contempo si vorrebbero mantenere i risultati delle esperienze giuridiche maturate in un corso ultramillenario. Esplicite sono le enunciazioni per le quali è espressa l'intenzione di riproporre, nel futuro assetto comunitario, i principî del costituzionalismo liberaldemocratico³. Ancora più specificate sono le riaffermazioni della Carta dei diritti fondamentali, proclamata la prima volta a Nizza, nell'anno 2000.

Per il diritto privato non si riscontrano analoghe dichiarazioni di principio, ma è dato di discernere atti e comportamenti in proposito, come le votazioni del Parlamento europeo con le quali si è auspicata l'approvazione di un codice di diritto civile per tutto il Vecchio Continente, di cui è fatto cenno più oltre. Di maggior peso sono ragioni di carattere storico culturale, posto che il diritto privato, per la sua formazione nei secoli, rappresenta uno degli elementi essenziali della civiltà europea, anche perché sviluppatosi con contenuti normativi simili nei diversi Paesi. Per questi aspetti è da ritenere che si tratti di materia rile-

² A illustrare il senso della raccolta, come esempi si possono menzionare gli scritti seguenti, compresi in *St. Gandolfi*, I: F. DE MARTINO, *Considerazioni sull'unità del diritto privato in Europa*, 231 ss.; A. GUARINO, *Capitale Amaurote*, 317 ss.; A. TRABUCCHI, *È necessario andare avanti per questa strada dell'unificazione*, 515 ss.

³ Per indicazioni e riferimenti in proposito sia consentito rimandare a P.G. GRASSO, *A proposito di una carta costituzionale europea*, in *AA.VV., Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di V. Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, 921 ss. e *Dir. soc.*, 2011, 315 ss.

Law, secondo le considerazioni che precedono. Per usare un'espressione puntuale, nel diritto privato è riconosciuto il carattere di elemento essenziale della civiltà e del pensiero europei: la "tradizione giuridica" tramandata nei secoli, «le cui origini risalgono al 450 a. C., presunta data della pubblicazione delle XII Tavole a Roma»⁵². La tradizione giuridica «si presenta piuttosto come un complesso di atteggiamenti profondamente radicati, storicamente condizionati, sulla natura del diritto, sul ruolo del diritto nella società e nell'assetto politico, sull'organizzazione e il funzionamento di un sistema giuridico, e sul modo in cui il diritto è o deve essere creato, applicato, studiato, perfezionato e insegnato. La tradizione giuridica collega il sistema giuridico alla cultura di cui essa è espressione parziale»⁵³. Ancora qualche parola è da farsi circa la millenaria, lenta, faticosa formazione del diritto privato europeo. È la risultante di evoluzioni compiute per le opere quotidiane d'innomerevoli soggetti e per le riflessioni di tante generazioni di giuristi, durante il corso dei secoli, attraverso i cambiamenti di regimi politici, fra popoli separati in terre anche lontane e divisi per tanti aspetti. Fu ben altro quindi che l'effetto di qualche invenzione sopravvenuta in particolari momenti di estro. Elaborazioni come quelle riscontrate per il diritto privato appaiono adeguate a stabilire una qualche comunanza d'idee, di cultura e anche di costumi fra le genti.

Abstract

The European Parliament has voted a proposal to introduce a single civil rights code for all countries in the European Union. A civil code approved by the national legislator is in force in each of the member States of the European continent. It is necessary, however, to point out that among these codes there are various similarities in legislative and institutional contents, formulated over the centuries as a result of common civil law bases: Roman law, which remained in force into and after the Middle Ages; canon law; common law; commercial law. The overall expression *Civil Law* is also used as distinct from *Common Law*. Despite these common traditions, there are significant difficulties in formulating a new continental code, which should have a sense of continuity with the culture deriving from European history and identity.

⁵² Per questa parte si rimanda a J.H. MERRYMAN, *op. cit.*, 9 ss. *passim*.

⁵³ Sono parole prese da J.H. MERRYMAN, *op. cit.*, 9. Si cfr. anche F. WIEACKER, *Sulle costanti della civiltà giuridica europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, 3 ss.

Riflessioni di un giurista intorno alla moneta

di Giuseppe Ugo Rescigno*



Sommario: §1. – Come la banca centrale crea letteralmente moneta. §2. – Come si presenta la moneta. §3. – Sulla moneta in quanto depositaria di valore. §4. – La moneta è un credito generale e generico. §5. – Ancora sulla moneta come credito. §6. – La banca centrale e la moneta. §7. – Le banche e la moneta. §8. – I circuiti in base ai quali gli attori del sistema economico ottengono moneta. §9. – Le condizioni presupposte che consentono le funzioni e il movimento della moneta. §10. – Tre cicli della moneta. §11. – Da dove viene la maggior moneta che ricevono i proprietari di moneta? §12. – La risposta alla domanda precedente. §13. – La moneta e il movimento tra proprietà e credito. §14. – La duplicità della merce. §15. – La duplicità della proprietà. §16. – La proprietà diventa moneta e viceversa. §17. – Le azioni. §18. – Le obbligazioni. §19. – Le cartolarizzazioni. §20. – Una enorme e sempre crescente massa creditoria alla ricerca spasmodica del maggior profitto. §21. – Una prima conclusione di ordine generale partendo dalla moneta e ritornando ad essa. §22. – Una seconda conclusione partendo dalla moneta per arrivare alla intera società. §23. – La conclusione più importante.

§1. – Come la banca centrale crea letteralmente moneta

Le pagine che seguono espongono riflessioni iniziate dopo la lettura di una notizia che per qualche ragione (che posso tentare di indovinare ma che qui non ha alcuna importanza indagare) mi colpì profondamente: per più di un anno e ancora oggi nel momento in cui scrivo (gennaio 2014) la Fed (la Banca centrale degli Stati Uniti) ha attuato ed attua la politica del c.d. *quantitative easing*, e cioè ogni mese da più di un anno emette moneta per 85 miliardi di dollari, con i quali compra obbligazioni sia dello Stato che delle banche (con l'ovvia conseguenza che Stato e banche ogni mese possono a loro volta spendere in più 85 miliardi di dollari). Ho poi letto che la medesima linea hanno seguito e stanno ancora seguendo la banca centrale del Giappone, quella di Gran Bretagna ed in sostanza (anche se con limitazioni dovute al trattato che disciplina tale banca) la Banca centrale europea.

* Università degli Studi "La Sapienza" di Roma.

Questa è l'apparenza con cui si presenta la notizia di una cosa e quindi la cosa stessa finché si resta fermi alla notizia (la cosa in questo caso è "ciò che in prima approssimazione e secondo una evidenza empirica possono fare e fanno le banche centrali").

L'apparenza ci dice anche senza ombra di dubbio che chiunque disponesse di x miliardi di dollari avrebbe un potere di acquisto enorme, e cioè sarebbe molto ricco o vedrebbe incrementata la sua ricchezza in modo significativo. Poiché la banca centrale emette moneta o con lo stampare e distribuire banconote o più spesso mediante scritture contabili, oggi basate su supporti informatizzati che trasferiscono l'importo su altri supporti informatici presso i beneficiari della distribuzione di moneta, la straordinaria apparenza è quella di creazione di ricchezza dal nulla.

Non può essere così, la ricchezza e l'aumento di ricchezza non possono venire dal nulla, per mero atto di volontà di qualcuno: dietro l'apparenza ci deve essere qualcosa di non immediatamente visibile che spiega anche l'apparenza con cui la cosa si presenta¹.

§2. – Come si presenta la moneta

Vediamo allora come si presenta la moneta²: qui per moneta intendo una delle tante monete presenti nel mondo, quali ad es. il dollaro, la sterlina, l'euro e così via.

¹ I libri che ho letto, e più spesso riletto, da cui trarre preziose informazioni e continue occasioni di riflessione e apprendimento per scrivere questo mio lavoro sono naturalmente piccola cosa rispetto alla mole sterminata di opere intorno alla moneta; ma anche così ridotte sono troppo numerose per darne sufficiente notizia in un saggio dalle dimensioni necessariamente contenute come quello qui presentato; a parte le poche citazioni indispensabili nelle pagine seguenti, mi limito qui a ricordare autori recenti e meno recenti che hanno costituito lo sfondo principale e generale al cui interno mi sono collocato (cito dalle più recenti alle più antiche): M. REVELLI, *Post-Sinistra – Cosa resta della politica in un mondo globalizzato*, Bari-Roma, Laterza, 2014; M. DE CECCO, *Ma cos'è questa crisi – L'Italia, l'Europa e la seconda globalizzazione (2007-20013)*, Roma, Donzelli, 2013; L. GALLINO, *Finanzcapitalismo – La civiltà del denaro in crisi*, Torino, Einaudi 2011; IDEM, *Il colpo di Stato di Banche e Governi – L'attacco alla democrazia in Europa*, Torino, Einaudi, 2013; IDEM, *Globalizzazione e disuguaglianze*, Bari-Roma, Laterza, 2000; V. RUGGIERO, *I crimini dell'economia – Una lettura criminologica del pensiero economico*, Milano, Feltrinelli, 2013; J.E. STIGLITZ, *Bancarotta – L'economia globale in caduta libera*, Torino, Einaudi, 2010; U. MATTEL, L. NADER, *Il saccheggio – Regime di legalità e trasformazioni globali*, tr. it., Milano, B. Mondadori, 2010 (2008); C.R. MORRIS, *Crack – Come siamo arrivati al collasso del mercato e cosa ci riserva il futuro*, con introduzione di L. Spaventa, Roma, Elliot, 2008; N.N. TALEB, *Il cigno nero – Come l'improbabile governa la nostra vita*, Milano, Il Saggiatore, 2009 (2007); R. C. LIPSEY, K.A. CHRYSTAL, *Economia*, ed. it. condotta sulla ottava edizione inglese, Bologna, Zanichelli, 1999; R.L. HEILBRONER e L.C. THUROW, *Capire l'economia – Come funziona l'economia e come sta cambiando il mondo*, Milano, Il Sole-24 Ore, 1999 (1982); R. PARBONI, *Finanza e crisi internazionale*, Milano, Etas, 1980; IDEM, *Moneta e monetarismo- Da Keynes a Friedman*, Bologna, il Mulino, 1984; R. HILFERDING, *Il capitale finanziario*, introduzione di G. Pietranera, Milano, Feltrinelli, 1961 (1910).

² Userò prevalentemente la parola 'moneta', ma talvolta, secondo l'uso, anche 'danaro' (o 'valuta' nel caso della moneta che si scambia nel mercato appunto delle valute). Sareb-

tà, sicuramente), quali rapporti tra le aree di mercato e quelle non di mercato vanno creati per non creare squilibri e crisi?

Naturalmente sterminate sono le condizioni e le conseguenze da individuare e studiare per dare coerenza e credibilità alle diverse ipotesi, in termini economici, sociali, morali, giuridici; a me piacerebbe misurarmi con tali questioni, ma soprattutto mi piacerebbe che vi fossero forze sociali e politiche significative che si pongono domande eguali o simili o vicine, e che vi fossero in queste direzioni da un lato esperienze significative e dall'altro insegnamenti dalla esperienza per migliorarla e correggerla. Per ora mi accontento, posto che non posso fare altro e non vedo quanto mi piacerebbe vedere, di togliere alla moneta il velo di mistero e di magia che l'avvolge, di guardare in faccia la sua tragica realtà attuale.

Abstract

According to the media, central banks put money into economic systems by printing banknotes or, more often, by entering money into accounting records and lending this money to the State or banks. To all appearances, this looks like the creation of wealth from scratch. Since this is not possible, the author intends to provide an account of the nature of money using juristic means. The key starting point is that money is a generic and general credit, similar to ordinary credit but essentially distinct from it, by virtue of its being generic and general. On the basis of this statement, it is possible to analyse how any credit or property may become money and vice versa, and how and why every economic circle becomes a continuous movement and transformation of money, with the aim – typical of the capitalist system – of having a greater return on the money than the amount invested. The entire analysis assumes that State and legal system protect the above-mentioned functions of money; for this reason, at the end of his work the author wonders whether the State and its laws are in fact capable of governing, controlling and of even removing some functions of money, in order to pursue objectives other than profit.

Discussione sul divenire

Una prima risposta a Biagio de Giovanni

di Emanuele Severino*



Giuristi e filosofi del diritto da sempre hanno dimestichezza con quelle "verità artificiali" che passano sotto il nome di 'dogmi'. Il fenomeno della "volontà interpretativa" che forzi a considerare "fatto" ciò che, in sé, non sarebbe un possibile contenuto d'esperienza - tuttavia - rischia d'essere ben più esteso e radicale di quanto possa manifestarsi nel solo ambito giuridico. La stessa "morte" è fatto o interpretazione? Questa tappa del dialogo fra Emanuele Severino e Biagio de Giovanni - che *Lo Stato* si pregia qui d'ospitare per il suo universale valore teorico - racchiude così in un'unica domanda, solo apparentemente provocatoria, l'estrema sfida lanciata a tutte le categorie filosofiche del Pensiero Occidentale. (*La Direzione*)

«Le domande della filosofia sulle cose ultime della nostra esistenza nascono con l'uomo e si estingueranno solo con lui», scrive Biagio de Giovanni. Cioè l'uomo non può non porsele, ma non potrà mai risolverle. E la domanda fondamentale riguarda il rapporto tra eternità e tempo, infinito e finito, verità e storia. Ed egli aggiunge che «le modalità di questo rapporto sono illimitate e in Gentile e Severino sembrano toccare il punto di un'antitesi radicale fra ciò che è e ciò che diviene»¹. Come ogni tesi di de Giovanni, anche questa è accompagnata da tutto un insieme di suggestive sfumature, ma anche in questa sua perentoria formulazione essa coglie il senso essenziale dell'interpretazione che nei miei scritti vien data di Gentile. E sono d'accordo anche sulla posizione che de Giovanni assegna alla filosofia: la filosofia non è una "sovrastruttura" che è resa possibile da qualcosa di più profondo, ma è il cuore della storia europea e dell'Occidente, il terreno, amo dire, in cui crescono non solo le forme di sapienza, ma le "opere" stesse, le *res gestae* dell'Occidente. Scrive: «L'uomo è, kantianamente, ente metafisi-

* Università Vita-Salute San Raffaele, Milano; Emerito dell'Università degli Studi Ca' Foscari, Venezia.

¹ B. DE GIOVANNI, *Disputa sul divenire. Gentile e Severino*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, XI s.

co, prima di essere animale politico»². Sono d'accordo, anche se poi – ma de Giovanni non ha bisogno che lo ricordi –, nei miei scritti, il rapporto tra finito e infinito è inteso in modo del tutto diverso non solo dal criticismo kantiano ma dal modo in cui l'intero Occidente ha pensato tale rapporto. (L'Oriente non è l'alternativa, ma la preistoria dell'Occidente – e preistoria, cioè preparazione dell'Occidente, è tutta la vita dell'uomo da che egli abita la terra).

E dico subito che sono grato a de Giovanni per il suo essere andato in profondità in questo suo scritto – un modo inedito, direi, di prendere in considerazione i miei, come alla sua uscita concordavamo con Vincenzo Vitiello. Tanto che amplierò questo articolo dandogli forma di libretto, che uscirà nella collana *Piccole Conferenze* diretta da Aljs Vignudelli.

Riferendosi alla mia interpretazione della storia dell'Occidente e del rapporto tra attualismo gentiliano e tecnica, de Giovanni osserva che «se Gentile è per eccellenza il filosofo della tecnica, ovvero della vera potenza che per Severino domina il mondo, e della radicale distruzione di ogni Immutabile, per questa sola ragione Gentile diventa il punto più alto e coerente» dell'alienazione, o fede, che domina la storia dell'uomo – e che i miei scritti intendono portare alla luce e negare, essendo tanto più radicata quanto più nascosta: la fede nel diventar altro da parte delle cose. Nella sua forma più compiuta essa pensa nel proprio inconscio che quel che è, è nulla. De Giovanni non condivide l'esistenza della solidarietà tra attualismo e tecnica. Ritiene però che per Gentile «quel che è, è nulla». Ma per Gentile questa affermazione significa innanzitutto che l'essere è *divenire* (esce dal nulla e vi ritorna). Su un significato più specifico di tale affermazione si ritorna qui avanti.

Tuttavia l'Atto, per Gentile, è il divenire stesso, che può essere tale solo in quanto è il divenire dell'esperienza, ossia della realtà *pensata* (o del pensiero *della realtà*: pensiero e realtà inscindibilmente uniti) che è continuamente superata e annientata dal prodursi di nuove realtà, di nuove verità. Autocreazione della realtà. E poiché il pensiero è coscienza di sé – proprio perché è coscienza della realtà –, esso è Io (l'Io che non è cosa tra le cose, ma è il Tutto in cui ogni cosa e ogni tempo si presentano). L'autocreazione coincide con l'autocoscienza. D'altra parte l'Io è anche un dialogo con sé stesso, è un "Noi", cioè "Stato": quella "società trascendentale" a cui Gentile guarda nell'ultima delle sue opere, *Genesi e struttura della società*. L'autocreazione della realtà è l'autocreazione della società trascendentale, che dunque è la potenza somma. Il pensiero è volontà creatrice.

² B. DE GIOVANNI, *op. cit.*, XII.

terra isolata. Non solo non va detto, quindi, che nessuna cosa è dove la parola manca, ma non va detto nemmeno che la parola fa apparire la cosa. Nel tempo del contrasto tra il destino e la terra isolata, la cosa (il destino) appare anche se le manca la parola; e tuttavia è la parola dell'isolamento a lasciare nell'ombra del non detto il destino. (Con ciò si apre il problema, che altrove ho affrontato, del rapporto tra il destino e il linguaggio che invece *lo testimonia*).

Infine, tornando all'«antitesi radicale» tra Gentile e i miei scritti, vorrei aggiungere, a quelle prospettate da de Giovanni, un'ulteriore opposizione tra le due dimensioni. In breve: per Gentile l'accadimento della storia e dei suoi contenuti è vera realtà (anche se si tratta di una verità in continua trasformazione); i miei scritti mostrano invece che quell'accadimento è il contenuto della fede in cui consiste la terra isolata. Nel destino appare l'esistenza di questa fede e dei suoi contenuti: nel senso che tale esistenza è innegabile, non nel senso che sia innegabile ciò che in questa fede viene affermato – che anzi non solo non è innegabile, ma è errore perché è qualcosa che, comunque si configuri, appare isolandosi dalla verità che pur appare e rende possibile l'apparire della fede.

Abstract

The paper – which is an initial response to an earlier work by Biagio de Giovanni on the same subject – calls for a return in a critical vein to the philosophical concept of 'becoming'. Western thought is based on the postulate that things (all things) are born and die; that every object and every person in the world is nothing more than "burning wood" appears to be the main proof underpinning our cultural horizon. Emanuele Severino argues here the "interpretative" nature of that proof, denying that it could have rigorous empirical grounds and demonstrating, at the same time, its implicit contradiction – that is to say, the equating of being and non-being, which would confirm the extreme "folly" of Western thought.

«Ma, davvero, in mezzo a tutte queste rovine non c'è altra via che il silenzio?»

Il carteggio tra Norberto Bobbio e Carl Schmitt (1949-1980)



In occasione del decennale della morte di Norberto Bobbio vogliamo ricordare il giurista e filosofo torinese, che tanto ha contribuito al dibattito culturale italiano nella seconda metà del secolo scorso, ristampando il carteggio che intratteneva con il giurista e filosofo tedesco Carl Schmitt.

Quando l'epistolario venne pubblicato per la prima volta, in edizione filologicamente curata da Piet Tommissen e su iniziativa di Agostino Carrino, che in quegli anni intratteneva un rapporto continuo con Bobbio, il quale a lui affidò appunto

la divulgazione di tale corrispondenza attraverso "Diritto e cultura" (anno V, 1995, n. 1, 49-81), le reazioni furono immediate e in qualche caso di sconcerto. Come poteva Norberto Bobbio, pensatore liberale, socialista in politica, attento studioso di Kelsen, essere stato "amico di penna" del solfureo giurista tedesco Carl Schmitt, presunto Kronjurist del Terzo Reich, grande avversario nella scienza giuridica proprio di Hans Kelsen?

Eppure, nel 1980 Bobbio, in una lettera a Schmitt che riprendeva un contatto interrottosi molti anni prima, volle ricordare proprio il loro primo incontro personale presso la casa berlinese del giurista di Plettenberg, nell'estate del 1937. In quegli anni, per la verità, Bobbio, come ha avuto modo egli stesso di ricordare, non solo non era ancora un kelseniano, ma era un anti-kelseniano, avendo avuto modo di criticare il suo formalismo in maniera non dissimile proprio da Schmitt o dagli altri giuristi antipositivisti dell'epoca weimariana, Smend, Kirchheimer, Heller.

Non è questa la sede per cercare di spiegare le ragioni di questo carteggio e ciò, a nostro avviso, perché non v'è necessità di farlo, quasi che Bobbio dovesse giustificarsi o essere giustificato per aver intrattenuto una relazione con un pensatore che, per quanto da lui lontano scientificamente, per quanto "reazionario", poteva comunque certamente insegnare qualcosa anche a chi reazionario non era e aveva posizioni culturali e politiche molto distanti. Del resto, Bobbio aveva anche detto che dai reazionari si poteva imparare e ciò perché, bene o male, egli stesso si inseriva nel filone dei pensatori realisti (del realismo politico, beninteso), del quale fanno parte autori, da Machiavelli a Hobbes, da Hegel a Pareto a lui cari e, in fondo, cari agli stessi Schmitt e Kelsen, da lui interpretato in maniera che fosse conciliabile con una spiegazione realista del processo di produzione del diritto

Come che sia, Bobbio è stato un pensatore complesso, scosso dal dubbio, sempre alla ricerca. Nessuno può rimproverargli di aver cercato la verità – o nuovi dubbi? – anche in una casa di Berlino addirittura non tanto lontana dalla Kanzlerei hitleriana. Ciò che conta, in ultima analisi, è quanto ci ha lasciato dal punto di vista intellettuale, la passione per la democrazia mai disgiunta dalla consapevolezza che proprio la libertà è il bene più fragile da conservare. Forse proprio a tal fine, per difendere la libertà e la democrazia, è però utile ascoltare anche la voce di chi nella libertà e nel suo valore può aver dubitato. (La Direzione)

Plettenberg (Westfalen)
(Zona Britannica) 15/XII 48

Stimatissimo Signor Prof. Bobbio,
può perdonare un vecchio ammiratore ed esperto di Hobbes che si rivolge a Lei direttamente chiedendoLe se sia possibile avere la Sua edizione del *De Cive* di Hobbes?

Ne ho sentito parlare e sarei felice di conoscere la Sua edizione. Ho perso la mia bella, grande biblioteca, ma, con particolare soddisfazione, ho salvato la Sua edizione della Città del Sole di T. Campanella. PotreiregarLa, qualora vi fossero difficoltà a inviare libri in Germania, di mandare una copia al signor Armin Mohler, Rigistr. 36, a Basel (Schweiz)?

Il nome di Hobbes compare anche in una noterella, privata, "Ex captivitate salus", dell'anno 1946. Potrei mandarLe una copia di questo documento, se avrà la bontà di comunicarmi il Suo indirizzo. Nel Bollettino del 1948 (vol. XXIV, fasc. 1) della Facoltà di Giurisprudenza di Coimbra trova una nota: Historiographia in nuce (su Tocqueville). Lì lessi anche un riferimento del prof. Mereo (Coimbra) a un libro di Passerin d'Entrèves su Filmer. Se non è esagerato, vorrei permettermi di chiederLe come sta il signor Passerin d'Entrèves e dove lavora adesso.

Di nuovo, La prego di avere un'amichevole indulgenza verso le mie richieste. E, tuttavia: on se lasse de tout excepté de penser. Con l'espressione della mia sincera stima rimango sempre
il Suo devotissimo

Carl Schmitt

Torino, 26. dic. 1948
via Sacchi 66

Illustre Professore Schmitt,
pensi che dacché è finita la guerra la Sua lettera è la prima voce diretta che mi giunge dalla Germania dotta alla quale, come Ella sa, ero legato da vincoli non soltanto culturali ma anche personali. Accolgo, dunque, questa lettera come un gradito segno che la vita intellettuale non si spegne pure in mezzo alle enormi difficoltà che le si oppongono, e con l'augurio che rappresenti l'inizio di nuove relazioni alle quali io, per conto mio, sono ben lieto di dare il mio piccolo contributo.

Ho pregato l'editore di mandare all'indirizzo da Lei indicato la mia edizione del *De Cive*. Perché la sua aspettativa non sia delusa, Le debbo aggiungere che si tratta di una traduzione italiana del celebre testo, da me commentata e accompagnata da una introduzione di carat-

Colloquio su Principi, Diritto e Giustizia

Intervista al Prof. Robert Alexy (Kiel, 27 febbraio 2014)

di Federico Pedrini*



Robert Alexy, emerito di Diritto Pubblico e Filosofia del Diritto della *Christian-Albrechts-Universität zu Kiel*, è uno tra i massimi teorici del diritto contemporanei. Eminente giurista e filosofo giuridico influentissimo, nel corso del tempo ha dialogato con i maggiori esponenti di entrambe le discipline, da Ernst-Wolfgang Böckenförde a Jürgen Habermas, da Eugenio Bulygin a Joseph Raz, da Ronald Dworkin a John Rawls.

Nella sua vasta produzione scientifica si è confrontato con tutti i più grandi temi del moderno costituzionalismo, pubblicando opere cruciali in tema di principi e di bilanciamento, di teoria del discorso e dell'argomentazione giuridica, di rapporto fra diritto e morale e di relazione fra diritti fondamentali, giustizia costituzionale e democrazia.

Introduzione. Taking Non-Positivism Seriously**

Zwei Seelen wohnen, ach! in meiner Brust
(Faust I, 1112)

«Due anime, ahimè, mi dimorano in seno».

Forse proprio il celebre verso di Goethe, archetipo delle tensioni contrastanti che fatalmente convivono in ogni natura complessa, può riuscire al meglio nel difficile compito d'introdurre la sfaccettata figura di Robert Alexy, costituzionalista di fama mondiale e teorico del diritto tra i più autorevoli del nostro tempo contemporaneamente citato e criticato, apprezzato e avversato, accolto e respinto (quanto non direttamente "rimosso") per ragioni in apparenza inconciliabili.

Da un lato il non-positivismo, il forte interesse per le connessioni fra diritto e giustizia, per l'argomentazione giuridica, per il bilanciamento fra principi, per la piena valorizzazione della dignità della per-

* *Alma Mater Studiorum* - Università degli Studi di Bologna. *Alexander von Humboldt Research Fellow* presso la *Freie Universität Berlin*.

** Di Federico Pedrini.

sona e dei diritti umani e fondamentali, per la giustizia costituzionale come tessitrice d'un discorso pubblico "aperto" fra giudici, giuristi e opinione pubblica. Dall'altro lato l'approccio tenacemente analitico e la conseguente acribia nell'elaborazione di categorie e concetti sempre più precisi, la propensione alle indagini strutturali e formali, la scomposizione e ricomposizione dei più complessi e spesso solo "chiacchierati" problemi giuridici in formule matematiche esatte, la promozione della razionalità e della correttezza come valori di fondo d'ogni immaginabile sintassi giuridica.

Eppure, a meglio considerare, la pretesa contraddizione tra le due citate polarità si svela presto meramente fittizia, concretando semmai il contrasto fra di esse una contingenza storica, non già un'autentica necessità concettuale. Segnatamente il loro possibile e fruttuoso connubio, anzi, parrebbe costituire il *Leitmotiv* dell'intervista che qui si propone, il cui senso ultimo parrebbe potersi riassumere in un trasversale e definitivo appello a prendere *davvero* sul serio il non-positivismo.

Un invito rivolto – com'è ovvio – anzitutto ai giuspositivisti "aprioristici" che tuttora sostengono la potenziale arbitrarietà di qualsivoglia decisione o contenuto giuridici, ma che subito si trasforma anche in un monito per tutti i corifei "generalisti" dello stesso non-positivismo, a partire dai neocostituzionalisti *à la* Dworkin "ultima maniera" rispetto ai quali oggi si potrebbe parlare «a malapena di una *teoria*». Per *entrambe* queste categorie, infatti, Robert Alexy rischia di divenire la proverbiale "spina nel fianco" – o, comunque, una coscienza teorica assai scomoda –, mostrando come un modo rigoroso di procedere *possa e debba* essere praticato anche presso coloro che non si collocano sulle sponde dell'*auctoritas facit legem*.

Non è un caso, allora, se anche dalle considerazioni articolate durante questo Colloquio viene progressivamente a delinearsi un manifesto programmatico idoneo, potremmo dire, a "scontentare" un po' tutti, che da una parte rende molto più laborioso attaccare la posizione non-positivistica riducendola comodamente agli stereotipi classici del giusnaturalismo e dall'altra detta però vincoli stringenti e non negoziabili ai "voli di fantasia" (anche solo linguistica) e all'estro fabulatorio di chi voglia prender quartiere all'interno di questo più fortificato perimetro teorico.

La prima e più importante premessa dello statuto metodologico che ne emerge è costituita dal rilievo secondo cui esistono «strutture *generali* di razionalità», valide dunque per *qualsiasi* scienza umana, compresa quella giuridica. È segnatamente (e *solo*) in forza di tali strutture che si possono gettare le basi – le fondamenta *razionali*, appunto – per una dimostrazione della connessione necessaria fra diritto e morale, per una concettualizzazione dei principi giuridici (e in particolare dei

A. Sarebbe quello di poter precisare meglio gli ulteriori sviluppi della teoria dei principi formali e del rapporto fra diritti fondamentali e democrazia rispetto alla giustizia costituzionale. È il mio attuale ambito di ricerca...

(Traduzione dal tedesco di Federico Pedrini)

Abstract

This interview article offers a critical analysis of the key stages in the thought of Robert Alexy, highlighting the characteristics peculiar to the non-positivist position of the well-known jurist and philosopher of law. In particular, Alexy's position is examined and brought up to date as regards the connection between law and (certain forms of) morals, investigating the theoretical premise constituted by the "demand for correctness" required by any juridical system. Furthermore, the article focuses on the evolution within the theory of principles, highlighting its reconstruction in terms of "optimisation precepts", the "ideal duty" and their criterion of distinction from the rules. The final part offers a number of transversal considerations on the limits of judicial interpretation and application, outlining the theory of discretionality which the author believes essential to democratic constitutionalism.

Ulisse e le corde: dalle Province all'area vasta

di Carmine De Angelis*



Sommario: §1. – Il nodo Province nel vortice della legislazione “di crisi”. §2. – Il ritorno del mito abolizionista: di riforma in riforma. §3. – “Tanto tuonò che piovve”: il giudizio di illegittimità della Corte Costituzionale riguardo alla ristrutturazione istituzionale. §4. – “Come se nulla fosse”: una legge “ponte” nell’attesa di una riforma costituzionale.

§1. – Il nodo Province nel vortice della legislazione “di crisi”

Negli ultimi anni l’amplificazione della crisi economica ha determinato ripercussioni non solo sul sistema legislativo ma financo sulla complessa articolazione costituzionale. La logica emergenziale dei provvedimenti adottati dallo Stato, privi di prospettiva sistemica e di coerenza, ha eroso il circuito rappresentativo¹, scosso il riconoscimento pieno delle autonomie locali² e trasfigurato, in una prospettiva di stampo dichiaratamente neocentralistica, il pluralismo delle architetture territoriali³. Inoltre, i dichiarati propositi di contenimento della spesa pubblica, di pareggio di bilancio e rispetto degli obblighi internazionali, giustificativi ad utilizzare da parte del legislatore

* Università degli Studi di Roma “Foro Italico”.

¹ Sul piano normativo gli effetti di questa compressione sono visibili già sia nella legge 23 dicembre 2009, n. 191, che nel decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78. Cfr. N. VICECONTE, *Legislazione sulla crisi e Consigli regionali: riduzioni dei costi della politica o della democrazia?*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 1, 2013, 29 ss.

² Sul punto si rimanda a: G. PIPERATA, *I poteri locali: da sistema autonomo a modello razionale e sostenibile?*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3, 2012, 503-522; S. MANGIAMELLI, *Le Regioni e le autonomie tra crisi della politica e ristrutturazione istituzionale*, in IDEM, *Le Regioni italiane tra crisi globale e neocentralismo*, Milano, Giuffrè, 2013.

³ Cfr. S. STAIANO, *Le autonomie locali in tempi di recessione: emergenza e lacerazione del sistema*, in *Federalismi.it*, 2012.

anche strumenti eccezionali⁴, non sempre sono stati contrassegnati da linearità e corrispondenza: anzi gli esiti sono stati assai sfumati, le razionalizzazioni ridimensionate⁵ e le restrizioni si sono rivelate uno scambio verso dislocazioni diverse di risorse⁶.

Così, come spesso avviene, gli scenari avanzati di legislazioni concepite per assunti ideologici hanno prodotto effetti confusi, improvvisati o inapplicati, e dilatati infruttuosamente nel tempo a causa degli adempimenti procedurali complessi. Ciò che appare del tutto evidente è la difficoltà di prefigurare nitidamente un nuovo assetto ordinamentale o più sinteticamente ravvisare una linearità degli intenti prefigurati dalla normazione. In una forma probabilmente irreversibile il rafforzamento dei caratteri emergenziali e la centralizzazione dei meccanismi di finanza pubblica hanno ridimensionato numerose sfere di autonomia dell'ordinamento degli enti locali⁷. Che si tratti di tecniche legislative legittimate all'interno degli obiettivi di contenimento dei costi, di decisioni cooptate dalle istituzioni europee⁸ o piuttosto di una ricalibratura della riforma costituzionale del 2001⁹, comunque l'effetto costante degli ampi provvedimenti resta la lenta erosione dell'autonomia locale¹⁰.

Gli ultimi anni hanno visto così una progressiva divaricazione sempre più chiara quanto pericolosa tra la valorizzazione del fondamentale principio autonomistico sancito nell'art. 5 della Costituzione e dalla Carta europea dell'autonomia locale e le logiche di risparmio sulla spesa pubblica, ovvero tra il necessario prezzo della democrazia e i pesanti costi della politica. Così «lo stato ritorna sui suoi passi, frena

⁴ Corte costituzionale, 11 ottobre 2012, n. 233.

⁵ Ad esempio, dall'analisi delle voci della Banca dati Siope del Ministero dell'economia i costi degli enti strumentali sono passati da 7,4 miliardi nel 2012 a 8,4 miliardi nel 2013. Nel dettaglio nel 2013 il costo degli ATO (la legge 26 marzo 2010, n. 42 ne prevedeva la soppressione entro il 2011) è stato di oltre 126 milioni di euro, così anche i Bacini imbriferi Montani sono costati 254 milioni di euro e il costo dei Consorzi è passato da oltre 459 milioni di euro a più di 583 milioni di euro.

⁶ La plastica visione di una normazione "a partita di giro" può essere scorta negli effetti rovesciati del decreto-legge 31 dicembre 2012, n. 23. In specie, il tetto alla remunerazione dei consiglieri regionali previsto dalla norma (la somma di indennità, diarie e rimborsi non avrebbe dovuto superare gli 11.100 euro lordi), è stato "aggirato" in molte Regioni riducendo l'emolumento totale alla voce dell'indennità, che è tassabile, ma aumentando la diaria, che è un rimborso a forfait, quindi di fatto un reddito non tassabile.

⁷ Cfr. V. TONDI DELLA MURA, *La riforma delle Unioni dei Comuni tra "ingegneria" e "approssimazione" istituzionali*, in *Federalismi.it*, 2012, 3 ss.

⁸ Basti pensare all'impatto notevole che ha avuto la lettera spedita il 5 agosto 2011 al governo italiano dall'allora presidente della Bce Jean-Claude Trichet con la quale veniva rimarcata «l'esigenza di prendere immediatamente misure per garantire una revisione dell'amministrazione pubblica allo scopo di migliorare l'efficienza amministrativa e la capacità di assecondare le esigenze delle imprese», abolendo in tal senso i livelli intermedi di governo.

⁹ Sul punto L. VANDELLI, *Crisi economica e trasformazione del governo locale*, in *Il libro dell'anno del Diritto 2012*, Roma, Treccani, 2012, 309 ss.

¹⁰ Cfr. S. STAIANO, *Le autonomie locali in tempi di recessione*, cit., 5 ss.

za territoriale sia scosso, quasi compromesso, da un'approssimazione istituzionale.

Le nuove disposizioni sulle Province "bismarckianamente" devono piacere, appagare e soddisfare: approfondirne il senso, la *ratio* e "guardarle come vengono fatte" potrebbe, forse, far emergere il grado di sconcertante superficialità e la costante sordità dei "nuovi costituenti" alle istanze costituzionali. D'altronde, «più che l'esito dell'opera di revisione, interessa l'attività di revisione in sé; più che la riforma (compiuta e coerente) interessa il riformare (ininterrotto ed instancabile)»⁷⁹.

Abstract

This paper reviews the actual challenge for Italian local government, with a special focus on the provincial role. The organization and regulation of local powers in Italy have been debated over a long period of time. The Provinces have for many years been considered a wasteful and largely superfluous layer of local government whose tasks could be redistributed among the smaller town councils and the larger regional authorities. The analysis contrarily remarks a fundamental role of Provincial governments in delivering services to the public.

⁷⁹ *Ibidem.*

La garanzia aristocratica della democrazia

(a proposito della sent. Corte cost. n. 1 del 2014)

di Massimo Luciani*



Sommario: §1. – Le categorie. §2. – Il quadro normativo. §3. – La sentenza. §4. – La lezione

§1. – *Le categorie*

Il mito della forma di governo mista sembrerebbe tramontato: pochi ne parlano; pochi, nella discussione pubblica e nello stesso dibattito tra i giuristi, s'interessano ancora delle categorie classiche del pensiero politico. Quel mito, si sa, era stato alimentato dal successo delle *Storie* di Polibio, che, riprendendo spunti platonici e aristotelici, aveva esaltato la forma di governo della repubblica romana al massimo del suo fulgore (e subito prima della sua crisi, dovuta soprattutto a quello sviluppo repentino che in poco tempo l'aveva condotta a dominare, dopo le vittorie su cartaginesi e macedoni, tutto il Mediterraneo). Il mito ha percorso l'intera storia del pensiero politico e giuridico occidentale, sino alla modernità, e aveva dalla sua due punti di forza: l'esempio storico del successo e della durata dell'esperienza romana; il convincimento che le spinte disgregatrici interne a ciascuna forma di governo (che avrebbero fatalmente comportato la loro degenerazione e innescato la fatale *anakúklosis*)¹ sarebbero state contenute, se non

* Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

¹ E cioè il passaggio da una forma di governo all'altra, in un eterno circolo che alternava le tre forme di governo "buone" (monarchia, aristocrazia, democrazia) alle tre forme di governo "cattive" (tirannia, oligarchia, oclocrazia).

annullate, da una sapiente miscela degli elementi dell'una e dell'altra, così come aveva fatto - appunto - Roma.

In realtà, sotto quella forma di governo mitizzata giaceva un implicito riconoscimento del concreto assetto degli interessi materiali e degli effettivi rapporti sociali in Roma antica, tanto che in essa ogni istituzione costituzionale riproduceva una parte di quegli interessi e proiettava un aspetto di quei rapporti al livello delle istituzioni. Ben pochi lo compresero (e, probabilmente, ben pochi, ancora oggi, l'intendono): solo Machiavelli ebbe subito la cosa ben chiara in mente, come dimostrano le folgoranti osservazioni sul tribunato romano che troviamo nei *Discorsi*. Era fatale, dunque, che, sia pure inavvertitamente e per molti inconsapevolmente, la forza del mito prendesse ad affievolirsi una volta che si è cominciato ad avvertire come le condizioni materiali sulla cui base era nato si erano modificate. Non solo: l'ampliamento d'orizzonte segnato da Montesquieu, che - osserva giustamente Bobbio - come Vico aveva assunto la prospettiva della filosofia della storia, ma l'aveva allargata al di là dell'antichità classica², invitava a cancellare i segni del più lontano passato e sollecitava una riflessione più prossima alle esigenze della modernità.

Di qui, dunque, la crisi del mito. Eppure, crisi non significa scomparsa. Come negare, infatti, che la dottrina della divisione dei poteri o quella dei *checks and balances*, pur essendo assai diverse da quella della forma di governo mista, ne abbiano ripreso l'idea che nelle costruzioni costituzionali si debbono assemblare più materiali diversi per assicurarne la solidità? E, in effetti, è evidente che in quelle che chiamiamo "democrazie rappresentative" sono presenti sia elementi democratici che elementi aristocratici (la stessa rappresentanza, invero, ha una matrice propriamente aristocratica), e talora anche elementi monarchici (la formula duvergieriana della "monarchie républicaine" è illuminante).

L'aspetto più paradossale, forse, è che, quando le democrazie rappresentative evolvono verso la forma dello Stato costituzionale di diritto, a costituzione rigida e con controlli di costituzionalità, la garanzia delle forme democratiche finisce per essere affidata ad un istituto tipicamente aristocratico come la magistratura costituzionale. Ormai, infatti, è chiaro: le costituzioni contemporanee hanno escluso di affidarsi, per la propria garanzia, allo schmittiano *Hüter der Verfassung* e hanno introdotto la kelseniana *garantie juridictionnelle de la Constitution*³, sicché spetta proprio ad organi aristocratici garantire la tenuta delle costituzioni democratiche.

² N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Torino, Giapichelli, 1976, 133.

³ Resta da stabilire se, nei regimi parlamentari, i capi dello Stato siano *difensori politici* (come a me sembra: v. il mio *La parabola della Presidenza della Repubblica*, in *Rivista AIC*,

coerenza solo entro una lettura dello Stato costituzionale di diritto che (come peraltro molti, ormai, fanno) tende a svincolarlo dal suo fondamento democratico per radicarlo in valori costituzionali destoricizzati, espressione di un novello diritto naturale positivo⁹.

Sulle Camere, in realtà, grava il dovere di prendere atto della lezione e di non porre tempo in mezzo. Proprio una risalente pronuncia della Corte costituzionale¹⁰ indica quale sia la giusta misura in vicende di questo tipo: chiamata a pronunciarsi sulla non commendevole prassi di votare in Parlamento in luogo d'altri (schiacciando anche i pulsanti di voto dei colleghi assenti) la Corte disse che lo svolgimento interno dei lavori parlamentari si sottrae al sindacato giurisdizionale. Ma aggiunse un passaggio fondamentale: «*Tuttavia questa Corte non può esimersi dall'osservare che, nello Stato costituzionale nel quale viviamo, la congruità delle procedure di controllo, l'adeguatezza delle sanzioni regolamentari e la loro pronta applicazione nei casi più gravi di violazione del diritto parlamentare si impongono al Parlamento come problema, se non di legalità, certamente di conservazione della legittimazione degli istituti della autonomia che presidiano la sua libertà*». La questione era allora ed è oggi, una volta di più, politica e sono gli organi della politica a dover capire come e quanto la loro legittimazione sia sfidata e quanto sia indispensabile agire per ricostruire un corretto rapporto fiduciario con la pubblica opinione, se di democrazia (sia pure rappresentativa) vogliamo continuare a parlare.

Abstract

This paper is inspired by the recent judgment no. 1 of 2014 of the Italian Constitutional Court, which declared void our electoral legislation. It is a significant example of a guarantee of democracy through the application of aristocratic institutions.

The essay highlights the legacy of the theory of the mixed form of government and clarifies the extent to which the current mix (in the same form of government) of monarchical, aristocratic and democratic principles is different than it did in classical antiquity.

⁹ Sulla questione accennata nel testo, v. le opposte posizioni di Staiano (più vicina a quella qui sostenuta) e di Ferrara, negli scritti già citati in precedenza.

¹⁰ Sent. n. 379 del 1996.

Nobile sogno o pia illusione?

Teoria e politica dell'interpretazione giuridica,
ovvero: altre glosse ad Aljs Vignudelli

di Giorgio Pino*



Sommario: §1. – La natura dell'impresa di Vignudelli. §2. – Perché la scientificità dell'interpretazione giuridica è un mito. §3. – Gli interpreti del diritto.

Sono molto gratificato dalle parole espresse da Aljs Vignudelli, nella sua replica alla mia recensione del volume *Interpretazione e Costituzione*¹: sia per il fatto stesso egli abbia ritenuto meritevoli di una sua replica le riflessioni da me sviluppate a partire dal suo testo (non a caso le avevo chiamate «note a margine»); sia perché l'Autore ripetutamente sottolinea che, lungi dal fraintendere o manipolare il suo pensiero, lo ho inteso correttamente – e questo non può che suonare alquanto confortante, per chi di professione legge i lavori altrui.

Ma il fatto che l'illustre Autore evidenzi la generale correttezza del modo in cui ho inteso la sua proposta teorica può essere, a ben vedere, anche segno di una circostanza potenzialmente più allarmante: può essere cioè il segno che, forse, tra Vignudelli e chi scrive corra un disaccordo teorico genuino, che non si potrebbe riuscire ad emendare ricorrendo a qualche chiarimento o a qualche correzione di tiro

* Università degli Studi di Palermo. <giorgio.pino@unipa.it> <www.unipa.it/gpino>

¹ I lavori cui si fa riferimento nel testo sono, nell'ordine: A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, Giappichelli, 2011; G. PINO, *Di interpretazione e interpreti della Costituzione. Note a margine di 'Interpretazione e Costituzione' di Aljs Vignudelli*, in *Diritto e Società*, 2013, 2, 353-373; A. VIGNUDELLI, «Non lo fo' per piacer mio...». Brevi osservazioni (e qualche ulteriore quesito) sull'«insostenibile» avalutatività dell'interpretazione giuridica, in *Diritto e Società*, 2013, 3, 559-581 (i numeri tra parentesi nel testo si riferiscono a quest'ultimo lavoro).

nei concetti e nelle definizioni utilizzati, da lui o da me. E in effetti credo che questo sia esattamente ciò che accade in questo caso. Pur essendo sempre in agguato potenziali (miei) fraintendimenti, e nonostante Vignudelli abbia dichiarato di voler approfittare della nostra discussione anche per tornare su alcune delle tesi-chiave di teoria dell'interpretazione sostenute in *Interpretazione e Costituzione*, per «formularle meglio, [...] eliminarne le residue opacità o, se del caso, [...] integrarle con qualche ulteriore argomento» (560), non vedo profilarsi all'orizzonte quella possibilità, auspicata da Vignudelli, che «se il dialogo si protrae a sufficienza, quanto meno un certo accordo sui fondamentali si possa progressivamente costituire» (560).

In effetti, la lettura della replica di Vignudelli alla mia recensione, replica come sempre arguta, colta, ed esteticamente assai godibile, mi conferma nella mia già esplicitata (e, spero, argomentata) convinzione dell'insostenibilità della posizione di Vignudelli in teoria dell'interpretazione giuridica.

Se di *teoria* dell'interpretazione si tratta, beninteso. Infatti, non ho alcuna riserva ad affermare che sarebbe del tutto possibile, plausibile, e legittimo difendere una posizione affine a quella di Vignudelli se intesa come *dottrina* dell'interpretazione, o, se si preferisce chiamarla così, come una proposta di politica dell'interpretazione: cioè, non come una indagine concettuale sulla definizione di interpretazione, ma come una serie di direttive su come fare o non fare "buona" interpretazione. Ma, poiché ciò che Vignudelli intende offrire non è affatto una proposta di politica dell'interpretazione ma dichiaratamente una teoria dell'interpretazione, con fini conoscitivi e descrittivi, tutte le mie riserve sulla sua posizione restano intatte, e se possibile aumentate, anche dopo la sua replica.

Contro-replicherò, dunque, alle tesi di Vignudelli, sperando di riuscire a strutturare il mio intervento in un modo che non somigli troppo ad una partita di ping pong, o ancora peggio ad uno scambio di messaggi in codice tra iniziati. Passerò in rassegna tre nuclei tematici principali, nell'ambito di ciascuno dei quali sintetizzerò la posizione di Vignudelli (che spero di continuare a non fraintendere), e ne evidenzierò le ragioni che a mio parere la rendono insostenibile: la natura dell'impresa di Vignudelli (§ 1); la questione della (inattuabile) scientificità dell'interpretazione giuridica (§ 2); l'individuazione della platea degli interpreti del diritto, e le conseguenze di tale individuazione sulla caratterizzazione del linguaggio giuridico (§ 3). Non riprodurrò qui per intero le osservazioni critiche che ho già svolto nel mio primo intervento, al quale rimando il lettore particolarmente paziente per una trattazione più dettagliata; ma qua e là, per la maggiore comodità del lettore, richiamerò sinteticamente quanto già detto in quella occasione.

to funziona (e, si noti, non è un modo contingente: è così che il diritto è), e di conseguenza sul fatto che inevitabilmente anche il cittadino sarà più interessato a conoscere non un fantomatico significato “vero” di un enunciato normativo, ma piuttosto lo stato della giurisprudenza su una certa questione (come esattamente nota anche Vignudelli, 575).

Ora, si può anche stipulare, ancora una volta, che questo è un problema di (teoria del) diritto e non anche di (teoria dell’)interpretazione. Ma forse non sarebbe una stipulazione granché utile: il diritto è (anche) linguaggio, ed è linguaggio destinato ad essere utilizzato da organi dell’applicazione ai fini dell’adozione di atti coercitivi; e qui, si badi, non è in questione la circostanza che *nei casi singoli* le specifiche decisioni degli organi dell’applicazione diventano definitive (a questo mi pare alluda Vignudelli quando dice che «i giudici amministrano sì *il diritto* [...], ma non certo *il linguaggio* del legislatore», 577, corsivi nell’originale). È piuttosto in questione la circostanza che i giudici nel loro complesso, nelle motivazioni delle sentenze, rielaborano continuamente il linguaggio del legislatore. La modificazione del linguaggio legislativo non avviene nel dispositivo della sentenza, ma nella motivazione, è lì che i giudici “parlano” alle parti del processo, ai loro avvocati, ai giudici dei successivi gradi di giudizio, a tutti gli altri giudici, alla cultura giuridica nel suo complesso, e talvolta allo stesso legislatore. È la motivazione della sentenza il luogo in cui le disposizioni legislative si trasformano in norme, da utilizzare come premessa maggiore del sillogismo giudiziario.

Dire che il linguaggio giuridico è un linguaggio “amministrato” significa semplicemente questo, e rimanda ad una caratteristica semplicemente ineliminabile del diritto (di sicuro del diritto moderno). È un fatto che può non piacere, ma è pur sempre un fatto che nessuna teoria del diritto può permettersi il lusso di ignorare.

Abstract

In a previous review essay, I have discussed Aljs Vignudelli’s book *Interpretazione e costituzione*, pointing to some problems in the theoretical framework offered by Vignudelli. Professor Vignudelli has subsequently replied to my review, stating again his views on legal interpretation as a properly scientific enterprise, and on the individuation of the class of legal interpreters. I now seize the opportunity of this exchange to assess again Vignudelli’s position on the theory of legal interpretation and to provide further arguments for my own views on the subject.

«Rigore è quando arbitro fischia?»

Ovvero: (anche) con Pino monologo spesso

di Aljs Vignudelli



Sommario: §1. – Dreamers vs. Deluded. §2. – Ancóra sugli interpreti del diritto. §3. – Teoria e dottrina della stipulazione. §4. – Necessità teoriche e Intenzione del Legislatore di Kakania. §5. – «Rigore è quando arbitro fischia?»

§1. – Dreamers vs. Deluded

Giorgio Pino, che ha avuto qui la pazienza di stendere alcune ulteriori “glosse” al mio lavoro *Interpretazione e Costituzione*¹ (e alle precisazioni che erano seguite, da parte mia, a una prima recensione per mano dello stesso Pino)², non senza un pizzico di provocatorietà titola il suo intervento «Nobile sogno o pia illusione?»³.

Com'è noto, il riferimento letterario (almeno per il primo “corno” dell'alternativa) è alla categorizzazione introdotta da José Juan Moreso⁴, il quale, sulla scia di Herbert L.A. Hart⁵, scrive di «nobile sogno» per riassumere icasticamente la posizione propria del “formalismo” in

¹ A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, Giappichelli, 2011.

² G. PINO, *Di interpretazioni e interpreti della Costituzione. Note a margine a 'Interpretazione e Costituzione' di Aljs Vignudelli*, in *Dir. e Soc.*, 2/2013, 353 ss., cui era seguito il mio «Non lo fo' per piacer mio...». Brevi osservazioni (e qualche ulteriore quesito) sull'“insostenibile” avalutatività dell'interpretazione giuridica, in *Dir. e Soc.*, 3/2013, 559 ss.

³ G. PINO, *Nobile sogno o pia illusione? Teoria e politica dell'interpretazione giuridica, ovvero: altre glosse ad Aljs Vignudelli*, in *Questa Rivista*, 197 ss.

⁴ J.J. MORESO, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

⁵ H.L.A. HART, *The Concept of Law* (1961), trad. it. *Il concetto di diritto*, a cura di M.A. Cattaneo, Einaudi, Torino, 2002, part. 146 ss.

teoria dell'interpretazione. E al lettore minimamente attento, d'altro canto, non sfugge che dovrei con ciò sentirmi chiamato personalmente in causa, poiché di lì a poco Pino definisce appunto la mia posizione come «neoformalista»⁶, sia pure all'interno d'un approccio dichiaratamente cauto nei confronti delle tradizionali "etichettature".

Condividendo appieno col mio interlocutore la diffidenza verso il "labelling teorico", rinuncio alla tentazione di replicare subito diffusamente a Pino come, se volessimo davvero applicare la tripartizione di Moreso – il quale al «nobile sogno» (formalismo) contrappone l'«incubo» (scetticismo giusrealista) e la più moderata «veglia» (teoria intermedia o eclettica) –, io mi vedrei a rigore relegato tra i "vigili" ed escluso dai "sognatori". Sul punto, che sospetto tuttora condizionato da alcuni fraintendimenti puramente nominalistici (e fors'anche da qualche equivoco concettuale), proverò semmai a tornare più avanti.

Piuttosto, vorrei sfruttare in esordio la dicotomia nobile sogno/pia illusione proponendola come chiave di lettura non tanto per quel che *io* specificamente sostengo in materia di teoria dell'interpretazione, bensì per il presunto "dialogo" che si dovrebbe articolare in queste pagine *tra me e Pino*.

Nobile Sogno o pia illusione? *Id est*, gli interlocutori ammettono davvero la possibilità di rivedere le proprie premesse e i relativi sviluppi in rapporto alle critiche articolate dall'oppositore dialettico o semplicemente si arroccano "a oltranza" nella loro difesa? Detto altrimenti: siamo seriamente di fronte a un *dialogo* o assistiamo semplicemente alla riproposizione di due distinti *monologhi*?

Ebbene, se dovessi indicare un campo nel quale sono realmente partito con i panni del "sognatore" e oggi mi specchio sempre più a indossare quelli dell'"illuso", sarei tentato di scegliere proprio quello delle discussioni teoriche in tema d'interpretazione giuridica⁷. Un'*impasse* che, peraltro, oltre a dover essere *rilevata*, sembrerebbe qui, se non proprio compiutamente da *spiegare*, quanto meno un poco più d'*approfondire*.

Sicuramente a creare questa situazione di "stasi" (a lungo andare, peraltro, un tantino *écoeurant*) possono aver concorso, a vario titolo, una o più componenti di quel «disaccordo teorico genuino» menzionato anche da Pino⁸ e – diciamolo pure – un certo naturale attaccamento alle proprie idee da parte dei colloquianti. Tuttavia, né il *quid* di autentico dissenso teorico, né la possibile "cocciutaggine" degli inter-

⁶ G. PINO, *op. ult. cit.*, 199.

⁷ Cfr. già la *Avvertenza* in M. BARBERIS, A. VIGNUDELLI, "Nuovi" dialoghi sull'interpretazione, Mucchi, Modena, 2013, 7, dove il sottotitolo (d'ascendenza krausiana) era appunto «Con Barberis monologo spesso...».

⁸ G. PINO, *op. ult. cit.*, 197.

to e dell'interpretazione) come quella di Pino, che nemmeno in astratto e nemmeno in parte consenta di realizzare tale obiettivo, continua ad apparirmi poco funzionale a quello che ritengo tuttora essere uno degli scopi fondamentali e più "nobili" della scienza giuridica.

Con questo, riprendendo ciclicamente da dove si era cominciato, non ho mai pensato d'essere un "sognatore" in teoria dell'interpretazione, ma se ciò fosse richiesto da una qualche "etichetta" potrei sempre abituarmi. Fin d'ora, d'altro canto, mi posso consolare col pensiero che lo stesso Pino, seguendo la citata tripartizione di Moreso, parrebbe trovarsi benissimo pure all'interno di una prospettiva teoricamente *Nightmare-oriented*. Forse aveva ragione Gesualdo Bufalino quando scriveva che «ognuno sogna i sogni che si merita».

Abstract

The essay constitutes a reply to the latest critique by Giorgio Pino published in this journal. The thesis of the essay is that various perspectives from which to study juridical interpretation are possible, but that whatever position is chosen must be stipulated, backing up one's choice on the basis of the aims to be achieved. Furthermore, the essay shows how a theory (and not a doctrine) of juridical interpretation may be conceivable, looking upon this as a cognitive undertaking; at the same time, it highlights the explanatory difficulties of the model countered, both with regard to the intentions of the legislator and to the subjects of juridical communication.

Francesco Gentile e la legalità costituzionale: dalla diffidenza alla piena sintonia*

di Pietro Perlingieri**



Sommario: §1. – Fattualità del diritto. §2. – Legalità e giustizia. §3. – Dinamicità del sistema ordinamentale. §4. – Sistema ordinamentale aperto. §5. – Il primato della politica. §6. – Rinnovamento dell'ordine giudiziario. §7. – L'educazione del giurista.

§1. – *Fattualità del diritto*

La storia del mio rapporto umano con Francesco Gentile ha significato paradigmatico nell'approccio allo studio del diritto, caratterizzato dalla convinzione della necessità di un dialogo, opportunamente dialettico, tra il filosofo e il giurista, ispirato dall'"amore del sapere" nel quale, con tanta passione, l'amico filosofo identifica la filosofia¹.

* Relazione tenuta al Convegno *Il contributo di Francesco Gentile alla filosofia giuridico-politica contemporanea* che si è svolto nell'Aula Magna dell'Università degli Studi di Padova, il 22 novembre 2013. Un gruppo di giovani dottorandi presso il Dipartimento di Diritto, Economia, *Management* e Metodi quantitativi dell'Università degli Studi del Sannio, composto da Francesca Carra, Valeria Guida, Antonio Lacatena, Emanuela Prascina, Emilia Pennucci Molinaro, Angelo Rubano, coordinati dalla mia allieva Anna Bizzarro, hanno contribuito alla stesura delle note. Le principali opere di Francesco Gentile, ripartite tra loro, sono state lette e collegialmente discusse, in impegnativi incontri seminariali: quelle sulla storicità e sul rapporto filosofia-diritto (A. Bizzarro, A. Lacatena), quelle sulla fattualità (A. Bizzarro, F. Carra, A. Lacatena, E. Prascina), quelle sulla centralità della controversia e sul ruolo della giurisprudenza nella formazione del giurista (F. Carra, E. Pennucci Molinaro, V. Guida, A. Rubano), quelle sul rapporto potere-diritto (V. Guida), quelle sul potere e sul primato della politica, sui diritti e doveri, sull'identità europea e sulla sussidiarietà (F. Carra, E. Prascina) e, infine, quelle sulla legalità, sulla giustizia e sulla giustificazione (F. Carra, V. Guida, E. Pennucci Molinaro). Una discussione appassionata che lascerà una traccia gentiliana nella formazione di questi giovani.

** Università degli Studi del Sannio. Professore emerito di diritto civile.

¹ Sulla centralità del ruolo della filosofia nella formazione e nell'attività del giurista v. F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova,

Sin dalla sua presenza nella Facoltà giuridica napoletana – sono gli anni dal 1980 al 1984 – i nostri colloqui si vanno con reciproca simpatia infittendo e hanno riscontro anche in iniziative corali. Nel 1986, a Benevento in un Convegno, da me voluto, tra filosofi del diritto e civilisti, su *Soggetti e norma, individuo e società*², Francesco Gentile incentra la sua relazione sulla «controversia»³ alle radici della esperienza giuridica ed invita «a non confondere [...] l'ordine con l'ordinamento»⁴ che si è attuato mediante la costruzione artificiale di un sistema»⁵, concludendo esplicitamente lo spunto che «la conoscenza giuridica non è

Cedam, 2006, 7, ove si legge: «la filosofia, in quanto sapere radicalmente problematico, in quanto autentico e non simulato amore del sapere, è la condizione perché si possa esercitare tecnicamente la professione del giurista»; IDEM, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario*, in "L'Ircocervo", *Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello stato*, 2007, n. 219, 1; IDEM, *Il ruolo della filosofia nella formazione del giurista*, *ivi*, IV, 2008, 1; IDEM, *Legalità giustizia giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*, Napoli, Esi, 2008, 9 ss., là dove si richiama l'attenzione sulla necessità e sull'importanza della filosofia all'interno della scienza giuridica e sul cammino che ha portato all'introduzione della filosofia del diritto nei piani di studio delle facoltà di giurisprudenza dell'università italiana. Analogamente, P. PERLINGIERI, *Filosofia del diritto e civilisti a confronto*, in *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, Esi, 1989, 313 ss.; IDEM, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, Esi, 2006, 7, dove è ribadita la necessità dell'incontro del filosofo e del giurista e, in particolare, «del filosofo del diritto e del civilista». Favorevole al dialogo tra filosofi e giuristi, anche L. BAGOLINI, *La scelta del metodo nella giurisprudenza (Dialogo tra giurista e filosofo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 1054 ss. Tuttavia, non mancano perplessità circa la rilevanza della filosofia nella formazione del giurista là dove si evidenzia (N. IRTI, *La formazione del giurista*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2004, 647 ss.) la necessità che «i saperi tecnici, affinché si svolgano con metallica precisione, siano alleggeriti di ogni bagaglio, di ogni peso culturale», proponendo che la filosofia del diritto debba «convertirsi in metodologia dei saperi speciali» e diventare, pertanto, uno strumento che il giurista possa impiegare in funzione pratica e operativa. Quanto, però, alla rilevanza della filosofia sulla politica, v. IDEM, *La tenaglia. In difesa dell'ideologia politica*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

² Gli atti del Convegno, svoltosi a Benevento nei giorni 12 e 13 dicembre 1986, sono raccolti nel testo: P. PERLINGIERI (a cura di), *Soggetti e norma, individuo e società*, Napoli, Esi, 1987.

³ F. GENTILE, *La controversia alle radici dell'esperienza giuridica*, in *Soggetti e norma, individuo e società*, cit., 144, ove il filosofo afferma che «l'ordine della norma, non rileva se non in quanto operante nell'ordinamento della controversia». Sul ruolo della controversia quale "schema" e "misura dialettica" dell'ordinamento giuridico, v. IDEM, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, 3ª ed., Padova, Cedam, 2005, 46 ss., secondo il quale il disordine della lite non è un non-ordine oggettivo, ma divergenza tra due vedute dell'ordine, da comporre dialetticamente. L'idea della centralità della controversia e del processo – qualificato quest'ultimo «come schema dell'ordinamento giuridico» (IDEM, *Filosofia*, cit., 223) – è mutuata, come lo stesso Autore riconosce, dall'insegnamento della sua Scuola: Giuseppe Capograssi e Enrico Opocher.

⁴ Sul punto, si veda il secondo codicillo "Su linguaggio e diritto" in F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., 121, nel quale si esamina il rapporto tra ordine e ordinamento, sottolineandone la diversità e, nello stesso tempo, la inevitabile connessione, giacché l'ordinamento è condizione dell'ordine. Tuttavia, IDEM, *Filosofia*, cit., 105 ss., è consapevole della difficoltà di definire in astratto l'ordine e di individuarlo fuori dal concetto di ordinamento. La necessità di distinguere i due concetti è ribadita a proposito del ruolo della legge positiva nella traduzione del conflitto in controversia quando afferma che «ciò che usano i giuristi quando maneggiano il diritto positivo, non è l'ordine, e neppure la fonte dell'ordine, bensì uno strumento per individuare le modalità dell'ordinamento delle relazioni intersoggettive» (IDEM, *op. ult. cit.*, 217).

⁵ F. GENTILE, *La controversia alle radici dell'esperienza giuridica*, in *Soggetti e norma, individuo e società*, cit., 142.

Filosofia del Diritto, la *Rivista Italiana Internazionale di Filosofia del Diritto*, fondata da Giorgio Del Vecchio: filosofi e giuristi «troppo spesso si ignorano e quasi ostentano una reciproca incomprendione mentre grande sarebbe da ambo le parti il vantaggio se, abbandonando vieti abiti mentali e diffidenze ingiustificate, si stabilisse tra gli uni e gli altri una certa comunione di lavoro e un attivo scambio di idee per ciò che concerne la vita del diritto e i suoi problemi fondamentali»⁸³. Auspicabile sarebbe che dalle diffidenze potessero scaturire, in una sana dialettica, piene sintonie, come è avvenuto tra Francesco Gentile e me. Ciò potrebbe essere assai utile, in questo momento storico, in un Paese, come il nostro, in profonda crisi etica e identitaria.

Abstract

The need for a continuous dialogue between the philosopher and the jurist, inspired by the “love of knowledge”, flows from the study of Francesco Gentile’s main works. The aversion to a geometrical and formalistic approach to law, as well as the claim that legal interpretation does not deal with the language of legal provisions but with facts and their complexity, are convincing. Therefore, the key role of litigation is undeniable. Law is experience, factuality and, thus, a historical and political process.

⁸³ F. GENTILE, *Legalità*, cit., 19 ss.