

# Saggi



*Sovranità: il labirinto europeo*  
di Biagio de Giovanni

---

*Diritto, etica e religione nel Giudaismo*  
di Charles Leben

---

*Hugo Krabbe e la sovranità del diritto*  
di Giuliana Stella

---

*Valori fuori controllo? Per un'analisi costi/benefici d'un  
topos della letteratura costituzionalistica contemporanea*  
di Aljs Vignudelli

# *Sovranità: il labirinto europeo*

di Biagio de Giovanni\*



**Sommario:** §1. – Ombre di crisi. §2. – Due legittimazioni intrecciate. §3. – L'ordoliberalismo originario. §4 – Destino degli atti sovrani e post-sovrani. §5. – Due sovrani ambedue legittimi. §6. – La democrazia europea: una nuova dimensione del problema. §7. – Lo scorporo dell'Unione monetaria e gli effetti sulla democrazia. §8. – Le due legittimazioni originarie entrano in contrasto. §9. – La dimenticanza del demos e il dibattito fra Jürgen Habermas e Dieter Grimm. §10. – La posizione di J. Weiler. §11. – Effetti di scissione. §12. – Ritorna il rapporto fra sovranità e democrazia. §13. – L'Europa come mera comunità giuridica. §14. – Legittimazione attraverso i diritti e suo limite. §15. – Varie comunità irrelate fra loro. §16. – Il ritorno dei *demos*.

## §1. – *Ombre di crisi*

L'affascinante e complicato tema della sovranità torna attuale nella discussione sull'Unione europea. Si affollano contributi importanti sparsi lungo l'ultimo decennio con particolare insistenza dopo il 2010<sup>1</sup>. Ho provato a chiedermi la ragione di questo ritorno, e la prima risposta che ho provato a darmi sta nelle ombre di crisi che attraversano l'Europa che già si potevano intravedere durante la discussione che sfociò nel Trattato di Nizza (2000), nel fallimento del Trattato costituzionale nel 2005 e nell'intenso e contrastato dibattito che ha portato al Trattato di Lisbona, un grande compromesso disseminato di nuovi squilibri. Gli avvenimenti successivi sono tutti in corso. Il carattere di questa crisi è particolare: si è presentata, soprattutto a partire dal 2007, come crisi finanziaria nata in America e approdata nell'Europa dell'euro, e giustamente l'accento degli analisti è stato posto in modo prepotente su questo aspetto che ne coinvolge altri, di natura macroeconomica.

Ma a un occhio attento non poteva sfuggire che dentro e intorno a quella crisi, che ha avuto momenti drammatici, e potrebbe ancora averne in futuro, si disegnava un quadro complessivo che andava a in-

\* Università degli Studi di Napoli "L'Orientale".

<sup>1</sup> Un testo significativo è quello curato da KALMO-SKINNER, *Sovereignty in fragment, The Past, Present and Future of a contested concept*, Cambridge University Press, 2011.

taccare la medesima sostanza del progetto comunitario. E non poteva che essere così. Talmente centrale, per questo progetto, l'Unione monetaria, che la crisi del suo funzionamento ha gettato e getta le sue ombre su tutto ciò che le stava intorno e anche su ciò che si disegnava più sullo sfondo. Su quali aspetti, in modo particolare? Proprio sul problematico rapporto fra sovranità degli Stati-membri e sistema europeo, dal momento che mai come nei momenti più drammatici della crisi si è compreso come fra questi due livelli si andasse interrompendo la relativa armonia (o almeno la buona ed efficace coesistenza) dei decenni trascorsi, la capacità di ritrovare di volta in volta i compromessi opportuni, e che si aprisse un nuovo capitolo che andava a intaccare lo stesso tema delle rispettive legittimazioni.

Le regole imposte dalle istituzioni europee agli Stati in difficoltà, con la durezza che la crisi imponeva, andavano a intaccare un livello che chiamerei di legittimazione sociale dei medesimi Stati mettendo in discussione, con tensioni in certi paesi drammatici, la stessa coesione sociale. Il tentativo che vorrei inizialmente svolgere è di tradurre la veloce rappresentazione di questa situazione politica in categorie di analisi: l'abbozzo di una ermeneutica della crisi.

## §2. - *Due legittimazioni intrecciate*

Sviluppo un passaggio che ho messo brevemente a fuoco in un saggio pubblicato in *Italiani-Europei*<sup>2</sup> e che delinea il problema nel modo seguente: alle origini della costruzione europea, in quei decisivi anni cinquanta in cui furono compiute le grandi scelte, vennero a coincidere, o quasi, nelle date, la costruzione degli Stati sociali e l'invenzione comunitaria. La prima disegnava una iperlegittimazione democratica di quegli Stati, per la prima volta nella loro storia, collocandola proprio in una nuova socialità; la seconda, cominciava a trasferire qualcosa dell'esercizio proprio della sovranità più verso l'alto, nella dimensione sovranazionale e comunitaria. Si incominciarono a disegnare due tragitti della legittimazione, il primo incardinato nello Stato, che sembrava uscire da una crisi dichiarata lungo un secolo<sup>3</sup> nello stesso momento in cui prendeva coscienza della propria insufficienza; il secondo, che avviava, appunto, un percorso individuante un altro livello della legittimazione, e le due cose incominciarono il loro tragitto parallelo e intrecciate.

<sup>2</sup> B. DE GIOVANNI, *Europa. Due legittimazioni in contrasto*, in *Italiani-Europei*, 2013, 2, 103-107.

<sup>3</sup> Sul tema, nella sterminata bibliografia, un punto di riferimento per me è stato G. MARRAMAO, *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità nella filosofia politica*, Torino, Giappichelli, 1995.

le o all'organizzazione del mondo, proviamo ad abolirlo – un concetto imperialistico come scrisse Hans Kelsen<sup>45</sup> – e vediamo subito che c'è qualcosa che non torna. Il mondo si distenderebbe in una veduta tutta orizzontale dove bisognerebbe dare intera fiducia a un normativismo astratto, privato di ogni volontà in grado di mettere in moto la vita storica.

Ecco che cosa può significare il ritorno del demos indotto dalla crisi che ha tolto l'Europa dalla sua *routine*. L'Europa vive se riesce a dar vita alle nazioni che ne fanno parte e le nazioni vivono se riescono a dar vita all'Europa di cui fanno parte e in questo quadro la sovranità è un complesso processo di identificazione. Lì è la storia, delle nazioni e dei rapporti reciproci. Tante democrazie, insomma, per quanti sono gli Stati nazionali. Il rischio che la costruzione europea ha sempre attraversato sta nel suo prodursi soprattutto dentro il tecnicismo delle istituzioni che spesso ha ricadute tarde e discutibili sull'insieme della vita del continente. La crisi sta esaltando questo problema e acuisce la necessità di pensare, e forse questa è la sua virtù nascosta.

### *Abstract*

After reviewing the current contrast between two authorities, that of the welfare State and that of supranational Europe, the paper moves on to argue the need for a full resumption of the theme of sovereignty which is strictly linked to that contrast. The Author is critical of the demise of this political category, of post-sovereignty theories and of the dissolution of the State, and argues in favour of the revival of that principal both in order to reformulate the theme of European democracy, beyond the worn-out idea of the 'democracy deficit', and to break free from the restrictions of full legalization of the integration process. In this framework, he argues in favour of the return of the *demos* (the peoples of Europe) as a concept that does away with the image of an abstract citizenship and imposes new paths to solve the systematic crisis of the whole European project.

<sup>45</sup> H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, a cura di Agostino Carrino, Milano, Giuffrè, 1989, 465 ss.

# Diritto, etica e religione nel Giudaismo\*

di Charles Leben\*\*



**Sommario:** Premessa I. - DIRITTO E RELIGIONE. A. - La distinzione tra i doveri nei confronti del prossimo (*beynadam le 'haveru*) e i doveri nei confronti di Dio (*beynadam la maqom*). §1. - Nei dieci comandamenti. §2. - Le regole che reggono le questioni finanziarie e quelle che appartengono al campo dell'*issur*, ossia del religioso proibito. §3. - Le disposizioni dell'*issur*. B. - La distinzione diritto privato/diritto penale. II. - DIRITTO ED ETICA. A. - Un diritto interamente specifico o un diritto in parte universale? B. - Il diritto giudaico include in sé medesimo la possibilità di una distinzione tra diritto ed etica? C. - Che cosa accade se la regola della *halakha* sembra andare contro la legge morale? Conclusione.

## Premessa

Cominciamo ovviamente col ricordare che queste categorie non esistono come tali nel giudaismo tradizionale, cioè quello derivante dal Talmud. Certo, i vocaboli utilizzati nell'ebraico moderno per esprimere la morale (*mussar*) e la religione (*dat*) esistono già nella Bibbia (per *mussar*, v. Prov. I, 8 e per *dat*, Ezra VII, 2), ma con dei significati diversi rispetto a quello di insiemi normativi distinti e autonomi dal diritto e, in particolare, dal diritto giudaico. Nel merito di quest'ultimo, a far data dall'epoca talmudica il vocabolo che lo designa è *halakha*, che è un equivalente accettabile, anche se occorre aggiungere che questo diritto (la *halakha*) comprende in sé, non soltanto ciò che è chiamato diritto in una facoltà che in Europa porti tal nome, ma anche tutto ciò che rientri nel campo della morale e della religione quali noi le concepiamo oggi in Occidente.

A questo punto, dalla nostra presentazione si potrebbe sbrigativamente concludere dicendo che nel giudaismo non si fa alcuna distinzione tra il diritto, la morale (utilizzerò indifferentemente morale o etica) e la religione e che in realtà tutto è religioso perché tutto proviene da una legge rivelata da Dio. Il religioso sarebbe così l'istanza inglobante che assorbirebbe il tutto e impedirebbe di pensare la distinzione

\* Traduzione dal francese di Giuliana Stella.

\*\* Université Panthéon-Assas.

tra le categorie del diritto, dell'etica e della religione, quand'anche questa distinzione fosse una delle condizioni per accedere alla modernità.

Ma questa conclusione non sarebbe giusta; è bene, come sempre quando ci si dedica a un lavoro comparativo, non accontentarsi di ricercare i vocaboli e il loro senso, ma vedere anche se le nozioni su cui si indaga non si ritrovino presentate in maniera differente e entro altri contesti: ciò permette di andare più lontano nel lavoro di comparazione, cosicché esso diventa più profondo e più fruttuoso.

Proprio questo cercherò di fare ora, dedicandomi alle due coppie di diritto e religione, da una parte, e diritto ed etica, dall'altra.

## I. - DIRITTO E RELIGIONE

È chiaro ed evidente che la tradizione giudaica, nella misura in cui è la religione la cui esperienza fondatrice è la rivelazione del Sinai in cui Dio si è rivelato al popolo di Israele dandogli la sua Legge (la Torah), che questa tradizione giudaica, dunque, è una tradizione nella quale il diritto è segnato dalla religione e la religione è segnata dal diritto. Ciò non impedisce, se si esamina questo "diritto religioso" o questa "religione della Legge", di percepire che in realtà le cose sono più complesse. Ci accingiamo a farle vedere presentando una serie di distinzioni che la stessa *halakha* ha prodotto.

### A. - *La distinzione tra i doveri nei confronti del prossimo (beyn adam le'havero) e i doveri nei confronti di Dio (beyn adam la maqom)*

La prima distinzione verte sulle regole che si applicano ai rapporti tra gli uomini rispetto alle regole che si applicano nei rapporti tra l'uomo e Dio:

#### §1. - *Nei Dieci comandamenti*

Questa distinzione trova la sua prima grande illustrazione nei Dieci comandamenti (Dieci parole, in ebraico): i primi cinque comandamenti (con riserva - lo vedremo - del 5°) vertono sui rapporti tra l'uomo e Dio; 1) Io sono l'Eterno; 2) Tu non avrai altri dei; 3) Non evocherai il Nome di Dio a sostegno di una menzogna; 4) Pensa al giorno del chabbat; 5) Onora tuo padre e tua madre<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Cito qui soltanto l'inizio dei cinque primi comandamenti perché il testo completo è troppo lungo.

*Abstract*

The distinction between law, ethics and religion as three separate normative spheres seems to be one of the characteristics of the Western world and hence of modernity. A recent colloquium in France examined different legal cultures around the world to understand how they envisaged the relationship among these three spheres. For Judaism, it appears that, contrary to what would seem to be an absorption of law and ethics in the religious sphere alone, there is indeed within it a distinction between the three normative spheres.

# Hugo Krabbe e la sovranità del diritto

di Giuliana Stella\*



**Sommario:** §1. – Due approcci diversi. §2. – La *Staatslehre*. §3. – L’idea moderna di Stato. §4. – Il potere al diritto.

---

## §1. – Due approcci diversi

La dottrina ha abituato a misurarsi con il concetto di Stato di diritto entro lo specifico presupposto argomentativo che esistano due differenti modelli di questa forma di Stato, ai quali possiamo, in prima istanza, dare i nomi di ‘*Rule-of-Law State*’ e ‘*Rechtsstaat*’. Essi corrispondono alle diversificate concezioni politiche e storiche sedimentate nel corso dei secoli, viventi, da un lato, nella cultura del *case law*, connotativa della “costituzione” inglese, e, dall’altro, nella visione, tendenzialmente organicistica, caratterizzante molta parte della concezione giuridico-politica tedesca. Su questi temi sono state scritte pagine dense e problematiche, che forse hanno il difetto di estremizzare una questione – quella riguardante l’esistenza o meno della duplicità stessa del modello –, laddove invece si sarebbe portati a pensare che il cosiddetto “Stato di diritto” solo superficialmente potrebbe essere immaginato identico entro contestualizzazioni così eterogenee. Si pensi soltanto, in proposito, alla recezione *sui generis* che la Francia della Rivoluzione francese fece delle idee lockiane e montesquieuviene, pensate sul modello della *Glorious Revolution* inglese!

Pur potendosi convenzionalmente accettare l’asserto secondo cui la questione relativa ai due fondamentali modelli di Stato di diritto consisterebbe nella mera presenza o assenza di una comune condizione da parte delle due culture giuridiche dei valori in senso lato

---

\* Università di Napoli Federico II.



“liberali”<sup>1</sup>, neppure va sottovalutata l’utilità di mettere a confronto alcuni classici del diritto pubblico tedesco con la vulgata dello Stato di diritto stesso, secondo la quale esso andrebbe inteso come quel modello in cui separazione dei poteri, principio di legalità e sanzione dei diritti “universali” costituiscono i noti capisaldi. Questo confronto è specialmente opportuno, se, tenendo presente la sequenza dei giuristi che accompagnarono il sorgere stesso della disciplina giuspubblicistica, non solo nell’area germanica, ma specificamente proprio anche in Italia – com’è naturale, il pensiero deve andare alla triade Gerber, Laband, Jellinek e al nostro Orlando –, si finisce inevitabilmente per approdare sulla sponda del sistema di Kelsen e della sua specifica, e molto particolare, forma di “Stato di diritto”.

È proprio a partire da Kelsen che devono venire segnalati due fondamentali snodi argomentativi, riguardanti, il primo, l’impossibilità di concepire l’esistenza dei diritti al di fuori di una previsione legislativa; il secondo, poi, una concezione dello “Stato di diritto” inteso come “calco” di qualsiasi tipo di ordinamento, anche il più illiberale. Orbene, se riguardo al primo punto la posizione kelseniana mostra di non discostarsi dallo Jellinek del *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, in cui lo Stato si perpetua come soggetto accanto agli altri soggetti e si “autolimita”<sup>2</sup> conformemente al dettato delle norme, per ciò che attiene al secondo, non va dimenticato che la questione del *Rechtsstaat* va ricondotta in quella più ampia della sovranità. Kelsen, a quel proposito, nel 1920 nell’opera *Das Problem der Souveränität*, nonostante tutto e, in specie, nonostante l’apparente rovesciamento da lui allestito della posizione originaria dello Stato, che viene privato, in favore dell’ordinamento giuridico, del suo attributo più appariscente, ossia del suo essere sovrano, aveva finito per attestarsi, di fatto, su una posizione non dissimile da quella dei suoi immediati predecessori, Jellinek *in primis*. La motivazione di questa interpretazione, sia pure a fronte di una scarsa evidenza di riscontri teorici espliciti, è oltremodo concreta: vediamo perché. Il fatto che Kelsen attribuisse la qualifica di “*Rechtsstaat*”, di “Stato di diritto”, a qualsiasi forma di Stato, mirava e centrava due obiettivi. Il primo, e più evidente, consisteva nel sostenere una dottrina, quale la sua, che faceva perno sul protagonismo dell’ordinamento formalmente concepito e, dunque, potenzialmente interscambiabile; il secondo obiettivo, inconfessato, consisteva nel mantenere in vita quello Stato stesso che sembrava volersi indicare in via di estinzione e che,

<sup>1</sup> Il riferimento è a H. HOFMANN, *Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaats*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 65 (1996), 9-32.

<sup>2</sup> G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1892), Tübingen, Mohr, 1905, 95 (trad. it. a cura di G. Vitagliano, prefaz. di V.E. Orlando: *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milano, Società Editrice Libreria, 1912, 106).

diritto. Potremmo dire, quindi, che l'impersonalità è propria solo del giuridico, perché, se il potere è autoritativo, è sempre personale. Muoversi all'interno dei meccanismi di un potere che sia giunto all'emancipazione dalla connessione obbligata con un soggetto che lo rappresenti – individuale o plurale che questo sia – significherà, per Kelsen, ma prima ancora per Krabbe, il radicamento di ogni sovranità ad un livello estremamente alto. Se sovrano non è più necessariamente soltanto lo Stato, che cede il passo al diritto, e se il diritto, secondo uno schema a cerchi concentrici, ingloba gli Stati stessi e i loro rapporti reciproci, ma, insieme, le regole di questi stessi rapporti, il monismo che ne consegue, risolutivo per i rapporti tra diritto e Stato, può essere adottato anche per sciogliere la contraddizione insita nelle concezioni che non escludono l'attribuzione del principio di sovranità – per definizione, assoluto ed esclusivo – a una molteplicità di "enti politici". La dottrina monista, la cui paternità viene, di regola, ricondotta a Kelsen<sup>36</sup>, e che, invece, a ragione, è valsa la definizione di Krabbe come "fondatore" di essa<sup>37</sup>, postula che il diritto statale confluisca in quello internazionale.

La conclusione dell'itinerario di Krabbe e, per quanto di esso ritroviamo nel progetto di Kelsen, anche di quest'ultimo, consiste nell'idea che possa darsi una sovranità anche senza che questa figura sia legata a una soggettività concreta, una persona o un collegio. D'altro canto, *ad abundantiam*, la dottrina della sovranità del diritto s'inscrive in un progetto di ordinamento che è posto, non solo oltre ogni diritto nazionale, ma anche ogni diritto inter-nazionale, un ordinamento – la cui idea viveva già a far data dalla wolffiana *civitas maxima* – che dovrà essere sovranazionale.

### Abstract

The research is devoted to the "modern" idea of the State, a concept which denotes the nodal point with reference to a transformed notion of sovereignty – such as this evolved following the nineteenth-century socio-political changes. The analysis relates to Hugo Krabbe, a Dutch jurist who was active in Leiden and Groningen in the decades between the Nineteenth and the Twentieth Century, as well as a leading figure of the *Staatslehre*, a very cultivated discipline at that time. Krabbe is also well-known as forerunner of the Kelsenian theory of "law's sovereignty".

<sup>36</sup> Anche Krabbe, come Kelsen, intravede nell'evoluzione del diritto internazionale i contorni di uno "Stato universale". Scrive Nußbaum che «[...] Krabbe si dichiara, non soltanto a favore della teoria monistica, ma addirittura per la supremazia del diritto internazionale, che chiama "diritto sovranazionale" e presenta un tratto in qualche modo messianico» (A. NUßBAUM, *Geschichte des Völkerrechts in gedrängter Darstellung*, dt. Übersetzung v. H. Thiele-Fredersdorf, München und Berlin, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1960, 309).

<sup>37</sup> *Ibidem*, 308.

# Valori fuori controllo?

Per un'analisi costi/benefici d'un topos della letteratura costituzionalistica contemporanea

di Aljs Vignudelli\*



**Sommario:** §1. – Premessa. §2. – Il pedigree dell'axiofono. §3. – Quali 'valori'? §3.1 – *Obscurum per obscurius, ignotum per ignotius?* §4. – Principi/valori: una breve parabola (neo-cos?). §5. – Alcune *Matters of Principle*. §5.1 – Valori "logici"? §5.2 – Valori "documentabili"? §5.3 – Valori "gerarchici"? §5.4 – Valori "accettati"? §6. – (*Value*) *Empire strikes back*. §6.1 – *Hartmann's Legacy*. §6.2 – "Avanguardia" dei valori e garanzie di funzionamento: *Im Westen nichts Neues?* §6.3 – *Value Sunrise?* (il prezzo dei valori).

## §1. – Premessa

Tanto nella letteratura *tout court* quanto in quella giuridica, capita talvolta d'imbattersi in *Gestalten* che proprio non si rassegnano a uscir di scena e le quali, viceversa, ogni volta che vengono "date per morte"<sup>1</sup>, finiscono beffardamente per dimostrare un rapporto con le proprie ceneri da far arrossire la proverbiale Araba Fenice.

Limitando il campo della nostra indagine alle riflessioni giuridiche, non v'è dubbio che a questi caparbî costrutti (linguistici e concettuali) idealmente fregiati dal *post fata resurgo* possa esser ascritto anche quello di 'valore', parola che assai spesso oggidi ricorre nel vocabolario dei giuristi (e in particolare dei *costituzionalisti*): basti qui ricordare i frequenti discorsi intorno alle "teorie dei valori"<sup>2</sup> o al "pluralismo dei valori" (costituzionali)<sup>3</sup>, o quegli itinerari apparentemente ancor più astratti circa l'*interpretare*<sup>4</sup> o addirittura il *pensare* "per valori"<sup>5</sup>.

\* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

<sup>1</sup> Sulla problematicità di tale passaggio concettuale cfr., ora, F. PEDRINI, *Colloquio su filosofia e (scienza del) diritto. Intervista al Prof. Emanuele Severino*, in questa Rivista 153, 165 ss.

<sup>2</sup> D'obbligo il riferimento qui al contributo "pionieristico" sul tema nella letteratura italiana di A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 639 ss.

<sup>3</sup> Il tema è centrale in G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992. Ma cfr. anche F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Torino, Giappichelli, 1999.

<sup>4</sup> F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in AA. Vv., *Interpretazione costituzionale*, a cura di G. Azzariti, Torino, 2007; G. AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in AA. Vv., *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, a cura di A. Palazzo, Napoli, Esi, 2001.

<sup>5</sup> Cfr. da ultimo A. BALDASSARRE, *Filosofie dei valori ed ermeneutica dei valori (a proposito del "pensare per valori")*, in *Lo Stato. Rassegna di diritto costituzionale, dottrina dello Stato e filosofia del diritto*, a cura di A. Carrino, I, 2012, 3 ss.

Alla crescente epifania statistica di questo *vocabolo* nella produzione letteraria (per non parlare poi della variegata "cultura orale"...) degli studiosi del diritto, tuttavia, non sempre (e a dire il vero *quasi mai*) s'è accompagnata una reale consapevolezza teorica in merito al relativo *concetto*. A tutt'oggi sostanzialmente orfano di serie analisi *tecniche* da parte della scienza giuridica, infatti, quest'ultimo per lo più aleggia in un'"atmosfera eidetica" ampiamente indistinta, sovente al confine della mistica.

Tanto per intendersi, mentre il giurista "medio" (per lo meno fino a una certa generazione...), quando si riferisce alla 'norma' (giuridica), ne potrebbe indicare senza eccessivi patemi e con buona esattezza *struttura* (fattispecie e conseguenza giuridica), *funzione* (direttiva del comportamento umano), *elemento empirico di riferimento* (disposizione normativa), *modalità d'accertamento del suo contenuto* (interpretazione dell'enunciato normativo) e procedura per la sua *applicazione* (sussunzione del caso concreto nella fattispecie astratta), difficilmente lo stesso giurista, se per avventura si riferisce ai 'valori' (giuridici), saprebbe articolare ragionamenti intorno a quest'ultima "creatura" che vadano al di là di qualche vago abbozzo.

«E pur si muove!», verrebbe da dire, giacché anche in mancanza d'una puntuale teoria dei valori che s'affianchi a (o addirittura sostituisca) quella della norma, l'"axiolalia" s'è diffusa fra i giuristi, magari anche solo in termini di *stream of consciousness*, senz'avvertire poi l'esigenza di riorganizzare logicamente i relativi pensieri in frasi dal senso davvero compiuto. Sono passati più di quarant'anni, insomma, ma parrebbe non aver perso smalto il rilievo di Franco Cordero quando annotava dei 'valori' l'essere «parola ambigua come poche e prediletta da un certo tipo di parlatori con i quali è difficile intendersi, alieni come sono dalla logica e inclini ai discorsi in penombra»<sup>6</sup>.

Pur nella sincera ammirazione dell'estetica (generosamente ipnotica) d'un "orizzonte assiologico" dove la prosa di Joyce parrebbe in grado di fondersi senza fatica con le visioni di Hieronymus Bosch, tuttavia, a chi ancora intenda praticare della *scienza* giuridica non nuocerebbe forse di provare a ricomporre almeno *alcune* tessere del mosaico in una più ordinata e comprensibile sintassi - e qui il pensiero corre affettuoso soprattutto a coloro che, giuristi, anelerebbero a utilizzare appunto i "valori" come strumenti *efficacemente operativi* (e fors'anche chirurgici) nella propria quotidiana opera di (concettualizzazione e/o) interpretazione del diritto positivo...

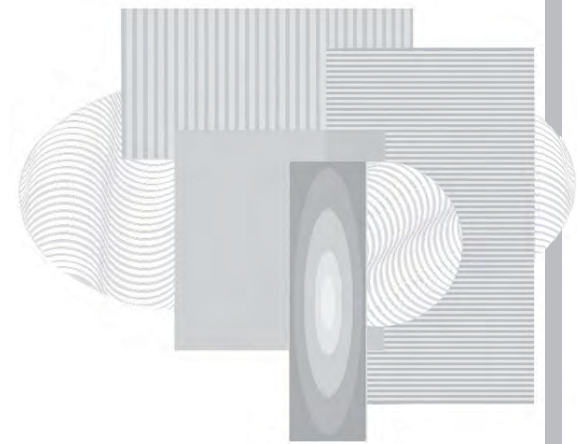
<sup>6</sup> F. CORDERO, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Milano, Giuffrè, 1967, 124 (ma cfr. anche *ivi*, 125: «questo misticismo è di un genere loquace: i suoi invasati parlano a torrenti, e 'valori' è una delle parole che usano senza risparmio»).

*Abstract*

The essay investigates on the use of the concept of value within the constitutionalist literature, by proposing an analysis in cost-and-benefit terms. Firstly, the Author highlights the cultural neo-costituzionalist background of legal “axiological” analysis, marked by a close attention to the legal-sociological features, a tendency to the methodological syncretism and a prescriptive approach to the study of Constitutional Law. The analysis points out also the polysemic nature of the term ‘value’ as the primary cause of the difficulty in an authentically technician use of the related concept. The contribution finally lays stress on some knotty problems of the value approach, such as the uncertain benefits of its philosophical assumptions, the difficult relationship with the Constitution, as well as the undemocratic judicial decision-making procedures which are based on it.

# Materiali

---



*Erich Kaufmann critico di Weimar*  
di Agostino Carrino

---

*L'uguaglianza dinanzi alla legge  
ai sensi dell'art. 109 della Costituzione del Reich*  
di Erich Kaufmann

---

*Diritto e potere*  
di Hans Kelsen

---

*Colloquio su Filosofia e (Scienza del) Diritto.  
Intervista al Prof. Emanuele Severino (8 giugno 2013)*  
di Federico Pedrini

---

*La trasparenza contro l'ostacolo*  
di Francesco Di Donato

---

*La Rivoluzione francese e il pensiero giuridico*  
di Jean Ray

# *Erich Kaufmann critico di Weimar*

di Agostino Carrino\*



**Sommario:** §1. – Erich Kaufmann e la critica del neokantismo. §2. – Politica e diritto. §3. – Kelsen e Kaufmann.

## §1. – *Erich Kaufmann e la critica del neokantismo*

Erich Kaufmann (1880-1972) è certamente più noto, al pubblico dei giuristi, per la sua *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, il libro di uno dei più lucidi conservatori di Weimar, antagonista di Kelsen. Ricordo qui l'aspetto politico del pensiero di Kaufmann non per smi-  
nuirne il significato dottrinale, quanto in una prospettiva che afferma dichiaratamente il nesso tra diritto moderno e politica e, quindi, tra concezioni del diritto e concezioni del mondo. Una teoria del diritto non è indifferente ai valori, ma ne è anzi permeata anche quando essa si presenta, come nel caso di Kelsen, come una teoria avalutativa, neutrale, puramente scientifica. Il positivismo, anche il positivismo logistico di Kelsen, è una dottrina politica, costituisce una scelta politica su basi etiche a favore di qualcosa e contro qualche altra, esattamente come la teoria di un autore come Kaufmann, che si oppone nettamente al positivismo in ogni sua forma. In questa prospettiva, sia il giusnaturalismo sia il positivismo giuridico costituiscono concezioni del mondo, scelte di valore e politiche.

A fondamento della separazione tra diritto e morale, a fondamento, quindi, del positivismo giuridico, vi è una precisa scelta morale. È la morale che, in qualche modo, determina il positivismo giuridico. Se, però, al problema della separazione tra morale e diritto sostituiamo il problema della separazione tra politica e diritto, perveniamo alla stessa conclu-

---

\* Università di Napoli Federico II.

sione: la separazione tra politica e diritto è fondata su una scelta politica. Naturalmente, non è la morale in astratto che postula la separazione tra morale e diritto, così come non è la politica in generale che vuole che il diritto sia separato dalla politica; si tratta di una particolare morale e di una particolare politica. Così come la distinzione tra diritto ed economia è voluta da una certa economia, non dall'economia *tout-court*.

## §2. – *Politica e diritto*

Kaufmann è stato un internazionalista e un filosofo del diritto. Il suo punto di partenza giusfilosofico era stato il neokantismo nell'indirizzo della scuola sud-occidentale (Windelband, Rickert, Lask), quindi una corrente che al tempo stesso era attenta al problema dei valori e che delle scienze speciali cercava di dare la metodologia e l'inquadramento epistemologico. La *Kritik* del 1921 costituisce l'abbandono ufficiale da parte di Kaufmann della metodologia neokantiana e la svolta in una direzione neo-hegeliana ed ontologica. Ma le radici di questa svolta sono, senza dubbio, storiche: è la nuova situazione della Germania che porta Kaufmann a un ripudio delle sue vecchie concezioni e all'accettazione di una visione 'metafisica' del mondo. Ciò che spinge Kaufmann è il tentativo di dare una spiegazione 'interna' del crollo dell'Impero tedesco e del passaggio alla democrazia. Il neokantismo – specialmente quello di Marburgo – non gli pare più essere il contro-polo della sociologia marxista e del materialismo, ma, in qualche modo, una figura che si muove su un terreno comune ad ogni empirismo disgregatore dell'intero. Perciò la sua metafisica non è una semplice metafisica giusnaturalistica, ma vuole essere una nuova metafisica attenta all'«essenza» delle cose in una prospettiva neohegeliana (e, per altri versi, istituzionalistica). Non è, quindi, una metafisica della 'natura', ma una metafisica della 'essenza', dell'essenza storica, in primo luogo, del popolo tedesco. Ciò appare molto chiaramente, più ancora che dalla *Kritik* del 1921, dal suo saggio sul principio di uguaglianza ai sensi dell'art. 109 della nuova Costituzione della Repubblica di Weimar. Il principio di uguaglianza – di cui si discuteva se dovesse essere direttiva e limite anche per il legislatore nella sua attività – non viene interpretato 'normativamente', ma, appunto, 'essenzialmente', come un principio *proprio* del popolo tedesco: «Il principio della uguaglianza dinanzi alla legge è un diritto fondamentale dei *Tedeschi*, cioè un diritto che compete ad ogni tedesco come tale nei confronti dello Stato, cioè nei confronti del *Reich* e dei *Länder*»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> E. KAUFMANN, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 3, Berlin, de Gruyter, 1927, 7.



Eugen Ehrlich, in quanto entrambi sottolineano la priorità del diritto non scritto rispetto alle “proposizioni giuridiche” codificate e formulate legislativamente.

### *Abstract*

The work retraces the principal lines of thought on the philosophy of law of Erich Kaufmann, an important figure in German legal science between the *Kaiserreich* and the Weimar Republic. Kaufmann figures among the exponents of the ‘conservative revolution’ in jurisprudence which represented an antithesis (especially in the 1920s) to neo-Kantian legal formalism, epitomised in particular by Hans Kelsen’s *reine Rechtslehre*.

# *L'uguaglianza dinanzi alla legge ai sensi dell'art. 109 della Costituzione del Reich*

di Erich Kaufmann



*Quello che segue è il testo della relazione che Kaufmann tenne per l'assemblea annuale dei costituzionalisti tedeschi nel 1926, nel periodo più caldo della discussione sui pregi e i difetti della Costituzione di Weimar. Kaufmann si occupa del principio di uguaglianza di cui all'art. 109 e ciò fa con riferimento ad uno dei problemi più delicati del moderno Stato di diritto, quello dei rapporti tra legge e potere del giudice. Kaufmann, nel riconoscere il diritto/dovere del giudice di vagliare l'applicazione del principio di uguaglianza anche alla luce di principi generali sovraordinati, sottolinea comunque la necessità che mai il giudice travalichi i limiti posti alla sua attività di giudice e non di legislatore.*

La mia conferenza odierna deve la sua genesi alla richiesta, che assai mi onora, della nostra Presidenza e non ad una mia propria iniziativa. Se ho avuto a che fare anche con le questioni che si trovano in relazione con il problema della uguaglianza dinanzi alla legge, se ne ho trattato, se su di esse ho a lungo pensato e anche avuto a che fare sotto molti aspetti nella prassi della vita internazionale, ciò che oggi mi permetto di presentare Loro non è, tuttavia, nulla di pronto e finito, non è nulla di determinato, in sé, per la pubblicazione. Se tuttavia ho dato volentieri séguito alla vostra richiesta, l'ho fatto nella convinzione che in definitiva ogni produzione in ambito scientifico rappresenta un certo atto di forza, o, per lo meno, un compromesso tra la infinitezza dei problemi scientifici e la brevità della vita, un compromesso tra la coscienza scientifica e il bisogno di confidarsi. Infine, però, ho creduto che in una conferenza nella nostra Associazione non deve sempre necessariamente trattarsi di portare risultati pronti e in sé conclusi. La nostra Associazione deve in primo luogo servire alla reciproca comunicazione sul punto di vista del momento che i singoli membri hanno raggiunto sui grandi problemi della nostra scienza. Qui noi vogliamo esprimerci, comunicare e stimolare. In ultimo, non potrei trascurare di sottolineare che – specialmente quando si tratta di un tema così grande e principiale come quello della uguaglianza dinanzi alla legge, un tema che non solo sta nel rapporto più intimo con le questioni ultime del diritto, ma anche con le questioni di concezione del mondo, con ciò

che è stella polare per tutto il nostro lavoro e gli dà forza - in una tale conferenza risiede al tempo stesso una confessione di fede; e come tale prego di voler amichevolmente accogliere le mie tesi seguenti.

Già nella scelta del tema c'è qualcosa di particolare. Io non credo che, se la nostra Associazione fosse esistita già prima della guerra, sarebbe stato scelto, quale oggetto di un'analisi nella cerchia dei giurispubblicisti, il principio della uguaglianza dinanzi alla legge. Saluto con favore dal più profondo del cuore il fatto che i tempi sono cambiati. Saluto con favore il fatto che il positivismo nella scienza giuridica può essere oggi considerato tanto lontano quanto finito, che la nostra Associazione per lo meno sente il problema come problema e che ci si può accostare seriamente allo studio di questioni che conducono dentro il nocciolo stesso del problema del diritto e in ciò che sta al di là della legge positiva dello Stato. Le esperienze vissute che il nostro popolo, e noi con lui, nella guerra, nel crollo, nella rivoluzione e sotto il Trattato di Versailles abbiamo avuto dal punto di vista interno e da quello esterno alla politica, ci hanno potentemente scosso e portati ad una grande autoriflessione. Queste esperienze ci hanno imposto l'obbligo di sottoporre ad un nuovo esame le nostre idee sul diritto e sullo Stato. Il positivismo, secondo la sua natura, cresce sul terreno di rapporti stabili o ritenuti stabili e dello stato d'animo, a ciò legato, della soddisfazione. Attraverso la guerra, la rivoluzione, il crollo e il Trattato di pace abbiamo smesso di essere un popolo soddisfatto; a ciò potrebbe essere legato il fatto che anche i problemi posti col principio della uguaglianza dinanzi alla legge sono tornati ad essere per noi dei problemi.

Di fatto, per quanto riguarda l'analisi della nostra questione si tratta di riflettere su qualcosa che sta dietro ogni accadimento giuridico, dietro ogni accadimento in generale. Come che sia, nel nostro principio è espressa - indipendentemente dalla presa di posizione verso di esso - la fede in principî giuridici che stanno al di là del diritto legale e ai quali anche il legislatore è vincolato, la fede in un ordine sovrappositivo che noi siamo tenuti a realizzare, nel quale deve radicarsi ogni ordinamento positivo, un ordine che quest'ultimo non può violare. In ultima analisi, addirittura, in ciò risiede la convinzione che ciò che sta dietro l'accadere e dietro il diritto vigente non è meno reale dell'ordinamento positivo vigente, anzi che esso è ciò che è veramente reale e in cui noi ci radichiamo con il meglio di noi, se vogliamo stare in piedi moralmente e intellettualmente, se vogliamo avere a che fare col diritto e se vogliamo valutare l'accadere giuridico.

In questo senso *l'idea del diritto naturale* come consapevolezza di un ordine superiore è qualcosa di eterno e di inevitabile.

A dire il vero, il principio della uguaglianza dinanzi alla legge riposa su un diritto naturale del tutto specifico. Esso non ha nulla a che

# Diritto e potere\*

di Hans Kelsen



Queste brevi note di un giovane Hans Kelsen costituiscono la recensione da lui dedicata all'opera di Friedrich Freiherr von Wieser, *Recht und Macht. Sechs Vorträge*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1910, IX-154 pagine, pubblicata nello "Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik", 31 (1910), 260-262. L'interesse di questo scritto, coevo alla prima edizione dei *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, risiede sostanzialmente nell'attenzione dichiarata di Kelsen per il liberalismo politico, più specificamente per una forma rinnovata di liberalismo. Solo successivamente, infatti, Kelsen – forse sotto l'influsso di Karl Renner – si orienterà, pur senza nessun impegno dichiarato, verso la socialdemocrazia. [A. Carrino]

La vecchia idea *liberale*, in vesti più aggiornate e purificata dalle esperienze dei più recenti sviluppi della scienza, sembra riformularsi come *neoliberalismo* in una opposizione del futuro.

Un sintomo soddisfacente di questa evoluzione è il libro di Wieser su *Recht und Macht* (Diritto e potere). Nella prefazione, una nobile confessione politica, si esprime il desiderio – contro i mille nemici della vecchia dottrina liberale della libertà, la cui intenzione è di distruggere la libertà – di servire a questa libertà. Essa si chiude con le parole: «Lasciamo quindi fiduciosamente che gli altri gridino che il liberalismo è morto. Noi rispondiamo di tutto cuore: viva la libertà!».

Wieser formula un concetto purificato di libertà, liberando il concetto di libertà della scuola classica, pensato *nella lotta contro il potere esistente* e quindi *in opposizione al potere*, dai suoi errori. Uno dei quali consiste nel fatto di presupporre come egualmente forti gli individui in concorrenza tra loro, mentre in verità sul mercato deboli e forti si contrappongono, donde risulta la limitazione – per la verità riconosciuta dal più tardo liberalismo – che la protezione del debole contro il forte è richiesta anche quando dovesse essere violata la libertà. Il secondo, più grave errore della teoria paleo-liberale, consiste secondo Wieser nel fatto che essa ha trattato gli uomini come *liberi*, cosa che in realtà essi non sono per nulla. Infatti, anche l'uomo economicamente attivo è *legato* dappertutto dal potere dei *costumi*. Solo in quanto c'è un tale

\* Traduzione di Agostino Carrino.

potere – dice Wieser – lo Stato potrebbe lasciare alla libertà la sua via, mentre dove un tale potere non vive la libertà non è un bene, ma un male, e dovrebbe sperimentare le limitazioni imposte dal riferimento al benessere *generale*.

Wieser fonda questo concetto «purificato» di libertà, nel quale si dissolve il contrasto tra individuo e comunità che sussiste per la più vecchia concezione liberale, su una approfondita ricerca sociologica, al cui centro stanno i concetti di diritto e potere. Partendo dal *discorso di Lassalle sull'essenza della costituzione*, Wieser è arrivato a riconoscere che la concezione di questo che fu il più acuto tra i socialisti tedeschi, secondo il quale sono prevalentemente poteri esterni a formare la «costituzione» (certo non in un senso giuridico-formale, ma sociologico-biologico), è una concezione unilaterale e che sono piuttosto anche «sia i poteri interni della società sia quelli esterni enumerati da Lassalle che rientrano nelle realtà più rilevanti dello Stato e della società». Tali poteri interni sono il genio, la scienza, la stampa, i costumi e molti altri. Il significato di questi poteri interni da soli spiega il fatto che dovunque i pochi dominano sui molti, un'osservazione che Wieser designa con il motto «*la legge del minor numero*». L'importanza dei «fattori interni» per la spiegazione degli eventi e processi sociali è certamente indubbia. Forse non sarebbe stato difficile, addirittura, portare la prova del fatto che, dal punto di vista sociologico, sono in generale solo poteri «interni» ad essere presi in considerazione quali cause dei mutamenti dei corpi sociali. Ogni effetto sociale è solo un effetto mediato dagli uomini, cioè dalla psiche umana, giammai un effetto meccanico. La sociologia ha sempre a che fare solo con motivazioni psichiche, mai con una causalità meccanica. Anche i cannoni menzionati da Lassalle come elementi della costituzione sono un fattore sociale di potere non per la loro efficacia esterna, cioè meccanica, ma per la loro efficacia interna, cioè psichica. Da questo punto di vista deriverebbe forse anche un preciso criterio di distinzione tra fattori «interni» e fattori «esterni», criterio di cui però Lassalle, ed anche Wieser, fanno sentire la mancanza.

Il potere – così continua Wieser – sorge dall'associazione dei molti, che si organizzano sotto una guida al fine di conservare i valori sociali. Wieser riconosce *guida e séguito* come forma fondamentale di ogni agire sociale. L'utilità che la guida garantisce, utilità in virtù della quale i molti si assoggettano ai pochi, è definita da Wieser come «*l'utilità del minor numero*». È però nell'interesse di ogni società «acquisire quel potere supremo che ha lo stesso significato del massimo dispiegamento dei suoi valori». Al di sopra dei fattori esterni stanno quelli interni, così come i valori interni stanno al di sopra di quelli esterni. La sua forza interna è anche quella attraverso la quale il diritto domina. Wieser definisce il diritto come «l'ordine che si dà una collettività per dispie-

## *Colloquio su Filosofia e (Scienza del) Diritto. Intervista al Prof. Emanuele Severino (8 giugno 2013)*

di Federico Pedrini\*



*Emanuele Severino, Accademico Nazionale dei Lincei, è professore emerito di Filosofia Teoretica all'Università Ca' Foscari di Venezia e attualmente titolare della Cattedra di Ontologia fondamentale presso l'Università Vita-Salute San Raffaele di Milano. Si annovera tra le figure più eminenti del panorama filosofico europeo del Novecento e del Secolo corrente, e ha rivolto gran parte della sua produzione scientifica a tematiche metafisiche decisive quali il rapporto con l'essere e col divenire, senza tuttavia trascurare problematiche filosofiche della contemporaneità tra cui quelle relative all'età della tecnica, giungendo qui a dialogare anche con illustri personalità del mondo giuridico come Natalino Irti.*

### *Introduzione. Filosofia e (scienza del) diritto: quale dialogo?\**

*Tu m'hai di servo tratto a libertate  
per tutte quelle vie, per tutt'i modi  
che di ciò fare avei la potestate  
(Par., XXXI, 85-87)*

Che filosofia e (scienza del) diritto abbiano intessuto fin dai tempi più antichi molteplici forme d'interscambio non costituisce certamente una novità.

Senza alcuna pretesa di completezza, bastino qui due considerazioni speculari. Da un canto, nessun modello filosofico generale ha mai mancato di dedicare parte delle sue attenzioni *anche* al fenomeno giuridico ed esiste, d'altronde, un'intera branca della filosofia – la filosofia *del diritto*, appunto – che a quest'ultimo s'è dedicata in modo addirittura esclusivo. Dall'altro canto, le concezioni filosofiche da sempre hanno influenzato ogni legislatore storico circa le grandi opzioni di fondo del proprio sistema giuridico (e poi “a cascata” anche rispetto ai contenuti delle singole norme di esso), mentre in parallelo, se si guarda alla scienza del diritto, è difficile (per non dire impossibile) ricordarne

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

\*\* Di Federico Pedrini.

pagine significative sprovviste d'una spiccata competenza filosofica in capo ai rispettivi autori.

A dispetto di ciò – tuttavia –, almeno da parte della maggioranza dei giuristi, non sempre il rapporto fra filosofia e (scienza del) diritto parrebbe esser stato indagato e compreso in tutta la sua necessaria problematicità. Alla ricorrente (talora spasmodica) volontà di confronto e di dialogo coi filosofi e con la filosofia, infatti, soltanto di rado presso i cultori della scienza giuridica sono corrisposte un'altrettanto puntuale “autocoscienza filosofica” e un'altrettanto lucida consapevolezza del ruolo effettivamente giocato (e giocabile) dalla filosofia in quest'orizzonte.

Se è vero allora che per il giurista il contatto con la dimensione filosofica risulta semplicemente inevitabile – non foss'altro poiché anche colui che non s'interessi direttamente e consapevolmente di filosofia, inconsapevolmente è comunque immerso in categorie filosofiche –, addentrarsi nel “sottosuolo filosofico” senza opportune coordinate e adeguati strumenti concettuali può rivelarsi un'azzardata catabasi. La sempre incombente insidia del fraintendimento – non di rado alimentata dalla seduzione di “spendere” la filosofia (più spesso, la filosofia *di Tizio o di Caio*) come scorciatoia dialettica – parrebbe infatti raggiungere qui uno dei suoi massimi vertici. L'idea stessa di una filosofia “utile” al diritto e alla sua scienza rischia così a sua volta di trasformarsi in un mito, rassicurante – forse – ma ingannevole.

Il pensiero rispecchiantesi nelle parole di Emanuele Severino, riportate nell'intervista che qui si propone, invita a sfatare questo genere di luogo comune, indicando (e argomentando) nel contempo le condizioni “necessarie” alle quali il dialogo tra filosofo e giurista può divenir fecondo.

Il primo passo, al tempo stesso semplice e decisivo, è quello di non dar nulla per scontato, ivi comprese (e anzi, proprio a partire da) quelle che sono considerate le “evidenze supreme” del nostro perimetro culturale. Che sussista davvero la possibilità d'un dialogo intersoggettivo, o che le cose nascano e muoiano, e persino la validità del principio logico di non contraddizione – solo per citare alcuni tra i tanti esempî possibili –, quantomeno per una filosofia intesa in senso “forte” non costituiscono *postulati* sottratti alla discussione, bensì *problemi* di cui render conto. Non capacitarsene, pertanto, può talora indurre a scambiare le proverbiali lucciole per lanterne.

Se del resto la filosofia nasce storicamente come superamento della dimensione consolatoria propria del mito, e quale rimedio contro l'angoscia del dolore e della morte viceversa (ricerca e) si propone d'offrire una *verità* che sia incontrovertibile (*epistème*), attendersi poi da essa, così nella vita pratica come nel ragionamento giuridico, rispo-

neppure più il caso di chiamare 'filosofia' (anche la *philia* della *filo*-sofia essendo una forma della volontà di potenza).

*Abstract*

The interview broaches the subject of the relationship between (science of) Law and philosophy, in order to highlight the paths for a dialogue which should be mutually fruitful for both disciplines. Given the framework provided by the western philosophical tradition, Severino claims the absolute need of philosophy – always on condition that this does not become a “philosophical faith” – for the jurist who wants to be aware of his/her own conceptual categories and at the same time he illustrates the conditions according to which, in the reference context, any approach in accordance with jusnaturalism is necessarily destined to wane.



# La trasparenza contro l'ostacolo

Il mutamento del concetto di «legge» nella Rivoluzione francese\*

di Francesco Di Donato\*\*



**Sommario:** §1. – Metodo giuridico e scienze storico-sociali. §2. – Ideologia giuridica e Rivoluzione. §3. – Chiesa dei giuristi e liturgie sapienziali. §4. – Il diritto tra due corpi e due spiriti. §5. – Obbligo del segreto e conversione della giurisdizione in potere politico. §6. – Dalla barbarie del diritto alla civiltà statale. §7. – Il nuovo tramonto della sovranità politica 'pura'. §8. – Il valore della legge in un ordinamento moderno. §9. – I sacerdoti del diritto da santi a diavoli. §10. – L'ossessione anti-giurisdizionale. §11. – Porte chiuse al *Palais*. §12. – Dal diritto eterno al diritto utile.

## §1. – Metodo giuridico e scienze storico-sociali

Per quanto possa apparire paradossale, gli studi sui rapporti tra la Rivoluzione francese e il mondo giuridico sono ancora agli albori. Quest'affermazione potrebbe essere facilmente confutata se si attribuisse alla parola «diritto» (come invero la maggior parte dei giuristi an-

\* Il titolo di questo saggio parafrasa il celebre volume di J. STAROBINSKI, *Jean-Jacques Rousseau: la transparence et l'obstacle*, Paris, Plon, 1957, trad. it. (sull'ed. Paris, Gallimard, 1971) a cura di R. ALBERTINI, *Jean-Jacques Rousseau. La trasparenza e l'ostacolo*, Bologna, il Mulino, 1982. In effetti, Rousseau è stato la mente chiave nella soluzione del conflitto tra potere giurisdizionale e potere politico sovrano. È stato lui il primo a comprendere fino in fondo che criticare la monarchia assoluta in quanto tale non avrebbe prodotto alcun risultato concreto sul piano politico-istituzionale e che, se si voleva realizzare una svolta davvero rivoluzionaria, erano gli *arcana juris* e la mediazione patriarcale dei giuristi che bisognava frontalmente attaccare. Jean Ray è stato tra i primi a comprendere il valore politico straordinario di questa svolta culturale e perfino psicologica causata dal geniale e riottoso ginevrino. Il potere giuspolitico della toga era il potere occulto per eccellenza, femminile e raggirante. Il potere occulto fonda la sua potenza sulla sua invisibilità e perciò si può battere in un solo modo: illuminandolo, rendendolo trasparente. Ma troppa luce e improvvisa può accicare occhi avvezzi a lungo a dimorare nel buio. Rendere trasparente l'opaco è un'operazione rischiosa, richiede una prudenza imprudente o, più ancora, un'imprudenza prudente. In ogni caso, ci vuole coraggio, grande e intrepido coraggio, che non è poi così lontano dalla lucida follia. 'Illuminare' il potere, tanto più in un contesto come la monarchia di Antico regime, legittimata dalla sacralità di un diritto natural-divino che favoriva enormemente la già naturale propensione alla dissimulazione ombrosa dei poteri politici, significava porsi fuori dalla legge e incontrare ostacoli quasi insormontabili. Quasi. Un mutato contesto può rendere attuabile ciò che in altri momenti, meno propizi, sembrava impossibile. Rousseau seppe cogliere l'attimo. Il suo pensiero militante, volto (com'egli stesso disse) non più solo a capire, ma a cambiare il mondo, pose le premesse perché l'ostacolo (della giurisdizione politica) fosse superato. È in questo la sua maggior grandezza. E sta in questa intuizione il nucleo innovativo e immortale della Rivoluzione francese.

\*\* Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

cora fanno) il significato di “ordinamento normativo” ovvero, all’opposto (ma non tanto quanto si creda a prima e superficiale vista) di “ordine giuridico” (*ordo juris* dicevano i giureconsulti di Antico Regime). Non mancano, infatti, studi – talvolta anche eccellenti – su singoli aspetti del diritto positivo rivoluzionario e del suo mutamento rispetto al diritto precedente<sup>1</sup>.

Il problema però della comprensione di che cosa sia stato davvero il fenomeno rivoluzionario per il diritto non si risolve con più o meno accurate e precise descrizioni di come quest’ultimo sia mutato da un regime all’altro. Senza ovviamente nulla sottrarre all’utilità di questo tipo di studi, che possono anzi essere risolutivi nella comprensione di un fenomeno socio-politico, essendo spesso (non però in ogni caso) il diritto il punto di coagulo delle principali istanze e forze concretissime che brulicano e turbinano nel tessuto sociale e che cercano di organizzarsi e di strutturarsi in un nuovo ordine/ordinamento<sup>2</sup>, va però detto con chiarezza che senza un’apertura a 360 gradi che inserisca il diritto a pieno titolo all’interno dei metodi e degli statuti epistemici delle altre scienze sociali, mostrandone contaminazioni, flussi, implicazioni e interazioni reciproche, gli studi giuridici e in particolare quelli di teoria e di storia del diritto sono destinati a rinsecchirsi e a sterilirsi (come in molti casi già è accaduto) e quindi a cadere nel più totale disinteresse, in un mondo che sempre più volta insensatamente le spalle alle discipline storiche e teoriche nell’icaresca illusione di realizzare la città del sole attraverso il solo uso della tecnica<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Solo a titolo esemplificativo, ricordo il bel lavoro di R. MARTUCCI, *La Costituente e il problema penale in Francia (1789-1791)*. I. *Alle origini del processo accusatorio: i decreti Beaumetz*, Milano, Giuffrè, 1984. Cfr. anche R. BADINTER (a cura di), *Une autre justice. Contributions à l’histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989; nonché i classici e per più aspetti ancor validi studi di M.F. LAFERRIERE, *Histoire des principes, des institutions et des lois de la Révolution française, depuis 1789 jusqu’à 1800*, Paris, Cotillon, 1850-1851; di P. SAGNAC, *La Législation civile de la Révolution française (1789-1804)*. *Essai d’histoire sociale*, Paris, Hachette, 1898 (rist. anast. Genève, Slatkine, 1979); e di E. SELIGMAN, *La Justice en France pendant la Révolution (1789-1792)*, Paris, Plon-Nourrit, 1901.

<sup>2</sup> E ci si può ancora lamentare sull’assenza in molti scritti politici e/o politologici e più *lato sensu* attinenti alle scienze storico-sociali, di una dovuta attenzione al fenomeno giuridico, che invece aiuterebbe molto a comprendere meglio i fenomeni descritti e fornirebbe più di una spiegazione e di una risposta a domande troppo spesso lasciate oscillare come canne al vento o peggio ancora spacciate per elementi essenziali di «opere aperte», aperte semplicemente perché non si è stati in grado di fornire motivazioni adeguate alla complessità dei fenomeni affrontati. Il problema, però, è che se le discipline giuridiche si chiudono a riccio in un formalismo tecnicistico, non invogliano, anzi respingono, il dialogo con gli altri ambiti disciplinari e, nella pretesa di difendere lo ‘specifico’ giuridico, in realtà si isolano dal mondo evolutivo tanto dei fatti quanto delle idee.

<sup>3</sup> Su questi temi, mi sembra sia di grande interesse il dibattito sviluppatosi in questi ultimi anni tra giuristi, storici e filosofi, il cui esempio più conosciuto in Italia (anche se non per questo necessariamente il più denso di significato) è: E. SEVERINO – N. IRTI, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001. A mio avviso spunti di grande interesse metodologico si possono trarre dal dibattito tra Michel Troper e François Furet, in Italia noto solo (anche perché non tradotto) a un pubblico elitario e ristrettissimo di studiosi specialisti, a proposito dell’uso dei concetti giuridici nelle discipline storico-sociali: cfr. M. TROPER, *Sur l’usa-*

orientato a raggiungere uno scopo ben preciso, che solo la distorsione ideologica e la lettura messianica della storia hanno potuto occultare<sup>98</sup>. Nessuna ricostruzione del fenomeno rivoluzionario ha così posto in luce il fondamentale ruolo dei giuristi e le basilari distinzioni che vanno fatte all'interno del ceto giuridico (ad esempio tra esponenti della vecchia magistratura e nuovi avvocati-politici desiderosi di abbattere lo strapotere dei primi). Il compito di una storiografia più sobria e disincantata, attenta tanto ai fatti istituzionali quanto alle mentalità sociali e agli obiettivi ideali che la cultura designa dinanzi ai protagonisti di una determinata stagione, è prima di tutto quello di descrivere – distinguendone i piani – gl'intenti programmatici e le relazioni e realizzazioni effettive di quei protagonisti stessi<sup>99</sup>. Seguendo questo intento metodologico e cercando le risposte documentarie sulla base di queste *questions préalables*, i risultati arrivano copiosi e confermano appieno la diagnosi di Ray, approfondendone e precisandone aspetti essenziali. Nel porre l'accento sull'atto legislativo, perno del nuovo assetto politico e istituzionale, la Rivoluzione realizzava il suo principale intento: farla finita con l'ingerenza politica della magistratura.

Dalla durata di questo sentimento politico, che accompagnò tutta la parabola rivoluzionaria alimentando anche la stagione del consolato e dell'impero, si può dedurre facilmente che fu questo il *Leit-motiv* che animò l'energia radicalmente riformatrice dei protagonisti di quella straordinaria stagione che – come ha scritto François Furet – continua a essere ancor oggi il nostro orizzonte di senso, mobilitando «una durevole capacità d'identificazione politica e religiosa»<sup>100</sup>.

### Abstract

To understand how the French Revolution has changed the concept of “written law”, understood as the key event in the history of Western law, we must start by the legal and institutional order. In the so-called “absolute monarchy”, which was absolute only in the doctrines devised by the heralds of the

<sup>98</sup> Cfr. F. FURET, *Le passé d'une illusion. Essai sur l'idée communiste au XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Laffont/Calmann-Lévy, 1995, trad. it. a cura di M. VALENSISE, *Il passato di un'illusione. L'idea comunista nel XX secolo*, Milano, Mondadori, 1995.

<sup>99</sup> Sul concetto, di chiara derivazione machiavelliano-weberiana, di «relazioni effettive», cfr. R. MOUSNIER, *La costituzione nello Stato assoluto...*, *supra cit.* in nt. 46, 5, 7 e 153.

<sup>100</sup> F. FURET, *Critica della Rivoluzione francese*, *supra cit.*, nt. 35, 5. Si può ripetere quasi alla lettera per la storiografia del diritto quanto questo insigne Maestro degli studi storici scrisse riguardo alla «fedeltà al vissuto rivoluzionario» degli storici marxisti: fin quando mancherà una storia giuridica della Rivoluzione che sappia prendere coscienza critica del problema fondamentale che abitò le menti degli attori e dei protagonisti di quella straordinaria stagione della vicenda umana (ivi, 18-9), non potrà emergere il vero valore di quel fondamentale evento decisivo per il destino della democrazia e della statualità. Ritengo sia ormai giunto il tempo in cui questa nuova storia può finalmente essere scritta.

thèse *royaliste*, whereas in fact it was in many ways a regime in which power was widely negotiated, the judiciary had a considerable political and often decisive weight, both in the moment of creation of the law as in its application. The magistrates of *parlements*, courts that called themselves “sovereign”, did not give reasons for their decisions thus transforming their verdicts into political decisions. Rousseau’s thought was the cultural and theoretical turning point that changed this situation. He was the first to understand that criticizing the absolute monarchy as such could not produce any significant change in political institutions, and that to achieve a truly revolutionary breakthrough, it was necessary to attack the *arcana juris* and the patriarchal mediation of the magistrates sitting in the *parlements*. His thought, bolder than the other Enlightenment *philosophes* and aiming (as he himself said) not only to understand but also to change the world, laid the foundations to overcome the obstacle represented by the political jurisdiction by affirming the value of transparency of all powers. The innovative core of the French Revolution lays in this intuition. The primary intention of the Revolution was to throw off the yoke of the old *parlement* and to prevent the political use of justice. To achieve this goal it was necessary a profound change of the concept of “written law” which became the legal instrument to assert a political sovereignty finally purified from the interference of the judiciary.

# La Rivoluzione francese e il pensiero giuridico

*L'idea del regno della legge\**

di Jean Ray

---

**Sommario:** §1. – Premessa. §2. – La dottrina di Rousseau e la definizione della legge nelle costituzioni rivoluzionarie. §3. – La creazione di un corpo legislativo; come essa influisce sui caratteri della legge. §4. – La legge e i giudici. L'istituzione del Tribunale di Cassazione. §5. – La legislazione e il governo: leggi e regolamenti. §6. – Semplicità e pubblicità delle leggi; la legge e la coscienza. §7. – Conclusione: ciò che dello spirito rivoluzionario deve restare nel nostro diritto.

---

## §1. – Premessa

Nell'opera più importante concernente il nostro argomento, Maxime Leroy ricorda l'espressione di Michelet: la Rivoluzione è «la salita al trono della legge»<sup>1</sup>. Egli ritiene, tuttavia, che il cambiamento fu meno profondo di quello che si credette, perché la legge avrebbe semplicemente preso il posto del re, in una concezione persistente di un ordine imposto con la forza. L'analogia qui rilevata importa meno, secondo noi, della differenza che appare; e se nessuno può negare una continuità che si manifestò in tante forme, noi vorremmo dimostrare tuttavia che all'epoca della Rivoluzione l'idea di legge si è impregnata di un significato e di una forza nuovi, che si sono ripercossi sulle principali istituzioni del nostro tempo.

Non ci soffermeremo sull'importanza che i membri della Costituente hanno attribuito alla legge, concepita come la base del nuovo regime. Ricordiamo solo che tra i 17 articoli della prima Dichiarazione dei diritti ve ne sono sette che contengono una proposizione che si ri-

---

\* Edizione a cura di Francesco Di Donato. Il testo originale di questo saggio di Jean Ray dal titolo *La Révolution Française et la pensée juridique: l'idée du règne de la loi*, fu pubblicato per la prima volta nella *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 64<sup>e</sup> année, t. 128, n. 9/12, septembre-octobre et novembre-décembre 1939, 364-393. La prima traduzione italiana fu realizzata da M.- C. CATTANEO MILNER e uscì nel vol. *La Rivoluzione francese e il pensiero giuridico. L'idea del regno della legge*, Roma, Edizioni Lavoro, 1989, 25-69. Quella che qui si presenta è una versione rivista che, sulla base di quel testo, realizza anche una più accurata e aggiornata stesura delle note e delle citazioni.

<sup>1</sup> M. LEROY, *La Loi. Essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1908, 79. Si veda anche l'importante tesi, sostenuta alla Sorbona [e pubblicata in edizione definitiva] nel momento stesso in cui terminavamo questo saggio, di J. BELIN, *La Logique d'une idée-force. L'idée d'utilité sociale pendant la Révolution française (1789-1792)*, Paris, Hermann, 1939 [la rispettiva *thèse* era stata pubblicata nel 1930], spec. 83 ss. (capitolo su «la supremazia della legge»).

ferisce a una funzione importante della legge. Nella Costituzione del 1791 il giuramento civico è così concepito: «Giuro di essere fedele alla Nazione, alla Legge e al Re»; mentre il re, da parte sua, giura di essere «fedele alla Nazione e alla Legge»<sup>2</sup>. Citiamo infine da Aulard la frase di Isnard in un discorso del 14 novembre 1791: «Il mio Dio è la legge; io non ne conosco altri»<sup>3</sup>.

## §2. – *La dottrina di Rousseau e la definizione della legge nelle costituzioni rivoluzionarie*

Che cos'è dunque la legge? Il termine era molto usato negli ultimi secoli della monarchia. Era diffuso soprattutto nell'ambito di quella disciplina che noi oggi chiameremmo la filosofia del diritto; lo si ritrova nel titolo stesso delle opere principali di Domat, Montesquieu e Mably, che preparavano il prestigio al quale la parola era destinata, nel giorno in cui ci si sarebbe abituati a scriverla al singolare e con la lettera maiuscola. Ma l'idea di legge non aveva ancora quel significato tecnico preciso che è ora il suo. Nulla esprime meglio questo importante fatto del modo in cui Rondonneau<sup>4</sup> presenta le eccellenti tavole ordinate da lui nel 1828 per le due grandi opere di Merlin che coprono, come si sa, l'ultimo periodo del diritto antico, il diritto intermedio e i primi anni del diritto nuovo; mentre una terza tavola concerne «le leggi francesi dopo il 1789», la tavola II ha per titolo: «Leggi francesi prima del 1789». La simmetria sembra perfetta; ma questa tavola II si suddivide in due sezioni che si intitolano, la prima «Ordinanze, editti, dichiarazioni, lettere patenti...», e la seconda: «Leggi francesi prima del 1789: consuetudini». Ciò dimostra bene che, se il giurista del XIX secolo poteva trovare nel diritto antico certe categorie di testi assimilabili alle «leggi» del diritto nuovo, nessuna di queste categorie ai suoi tempi aveva la qualifica propria di «legge».

La speculazione era forse più libera. Fu Rousseau a orientarla in maniera decisiva. Riassumendo nell'*Emilio* il *Contratto sociale*<sup>5</sup> egli dichiara a proposito dei «veri caratteri della legge»: «Il soggetto era com-

<sup>2</sup> Citiamo i testi costituzionali francesi da: L. DUGUIT, H. MONNIER, R. BONNARD (a cura di), *Les constitutions et les principales lois politiques de la France, depuis 1789*, Paris, LGDJ, 1932<sup>2</sup>; e le altre leggi francesi dalla raccolta di J.B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets... du Conseil d'Etat*, Paris, C. Noblet, 1868-1869.

<sup>3</sup> A. AULARD, *Histoire politique de la Révolution française. Origine et développement de la démocratie et de la République (1789-1804)*, Paris, A. Colin, 1901, 395.

<sup>4</sup> L. RONDONNEAU, *Tables générales de matières contenues dans le «Répertoire de jurisprudence» et dans le «Recueil alphabétique des questions de droit» de M. Merlin*, Paris, J.-P. Roret, 1828.

<sup>5</sup> Cit. da G. BEAULAVON nella sua edizione del *Contrat social* (= *Du Contrat social, publié, avec une introduction et des notes explicatives*), Paris, F. Rieder, 1914<sup>2</sup>, 176, nota 1.

§7. – *Conclusione: ciò che dello spirito rivoluzionario deve restare nel nostro diritto*

Noi riteniamo che solo se si trattano in modo differente i principi e le norme di dettaglio si possono conciliare le due tendenze essenziali che animarono il diritto rivoluzionario: il diritto dev'essere in strettissima relazione con la «volontà generale», cioè con la coscienza della nazione; ma nello stesso tempo dev'essere esplicito e ben formulato. Ora, l'idea di un diritto fissato nei codici o nelle leggi si è quasi sempre opposta alla concezione di un diritto più o meno implicitamente contenuto nelle coscienze, negli usi, nelle tradizioni: questo era, ad esempio, il pensiero di Savigny, nella sua celebre controversia con Thibaut; questo è anche il pensiero di molti giuristi anglosassoni; e questo è, infine, il pensiero che riappare oggi nella Germania nazionalsocialista<sup>75</sup>. Ma il rischio è evidente: se si sostituisce la legge con la coscienza, più o meno diffusa, ci si priva di garanzie contro l'arbitrio e il disordine. Anche il diritto non sfugge mai a questo fascino della sicurezza delle formule: vi sono dei diritti consuetudinari, ma essi evolvono verso la redazione delle consuetudini e degli usi; vi sono dei diritti formati lentamente dalla giurisprudenza, ma anche le sentenze vengono raccolte e i loro contenuti sostanziali sono elaborati in dottrine dai giuristi.

La Rivoluzione francese ha dunque mostrato, ne siamo certi, il senso più giusto delle necessità permanenti del diritto, quando ha preteso di fissarne i principi in leggi comprensibili per tutti, solennemente pubblicate e sovrane. Questa lezione deve permanere.

*Abstract*

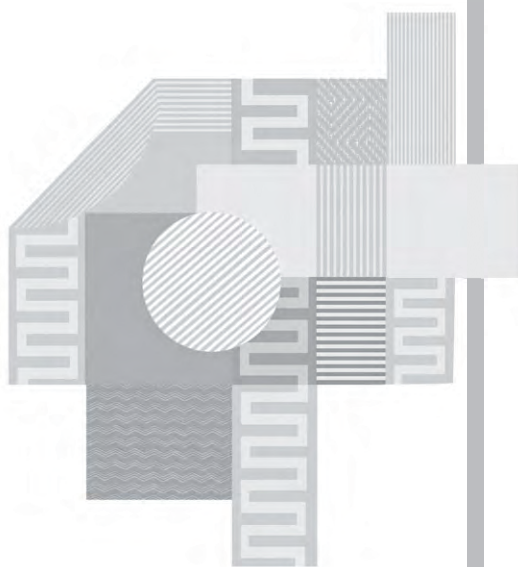
The French Revolution, according to a concise expression of Jules Michelet, is "the ascending to the throne by the law." But what does the Revolution mean by "law"? A few years before the symbolic date of the capture of the Bastille, Rousseau said that "the definition of the law is yet to be done." During the *ancien régime*, the law was a difficult and precarious balance which spanned across the accumulation of legal materials. Now it became the expression of the General Will. Rousseau, therefore, gave the Constituents the theory of

<sup>75</sup> Sulle trasformazioni recenti del diritto penale tedesco, e sull'idea di un diritto nato dalla coscienza popolare e corrispondente alla «sana concezione del popolo tedesco», cfr., per esempio, H. DONNEDIEU DE VABRES, *La Politique criminelle des États autoritaires* [= *La Crise moderne du droit pénal. La Politique criminelle des États autoritaires. Conférences faites à l'Université syrienne de Damas au mois de novembre 1937*], Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1938, 113 ss. [La legge nazionalsocialista del 1935 aveva modificato il § 2 del Codice penale tedesco, aggiungendo il principio della punibilità di un'azione che meritava la pena «in base al sano sentimento popolare» («nach dem gesunden Volksempfinden»), anche se non era prevista come reato dalla legge. (N.d.C.)].

law that they transfused in revolutionaries legislative and constitutional texts. This new concept of "law" is inextricably linked to two essential aspects of the revolutionary ideal, connected each other: freedom and equality. Freedom is ensured by the fact that the law comes from the same subjects that it governs and it is inseparable from equality because one can not be unfair to the other without being the same to him or herself. Because of the same bonds that link it to freedom and equality, the law is like the symbol of all the revolutionary work. The idea of sovereignty of the law inspired an impressive complex of institutions (including the Supreme Court of Cassation) intended to form the backbone of the new law up to the present. However, the translation of the principle in practice was more problematic than expected. Soon it emerged the difficulty of law enforcement without the mediation of regulatory tools for implementation, which, however, coming from an alternative power to the legislature, the government, often diverge from (if not contradict) the law. Then a further phase began in which the principle of sovereignty of the law became more and more attenuated until fading out again in the fetters of legal technique. We thus understand that the idea of the Revolution/Enlightenment simplification of law clashes with resistances that often relate to the nature of things. A certain complexity of the law, and therefore its character more or less mysterious to the citizens, is inevitable. Yet a tension toward overcoming this complexity and this opacity is absolutely necessary. This is the lesson of the Revolution, which should remain.



# Note e Discussioni



*Kelsen lettore di Platone*  
di Antonino Scalone

---

*Il mutaforma criterio della ragionevolezza*  
di Luca Vespignani

# Kelsen lettore di Platone

di Antonino Scalone\*



**Sommario:** §1. Normatività e giustizia. – §2. Aspetti del dualismo platonico. – §3. L'idea di giustizia fra misticismo e giusnaturalismo. – §4. Conclusioni: la giustizia come problema.

## §1. – Normatività e giustizia

Non è probabilmente un caso se la vastissima e fertilissima parabola scientifica di Kelsen abbia come punto di arrivo due opere in cui il grande giurista si interroga rispettivamente sul significato “generale” della norma al di là, almeno nelle intenzioni, della mera dimensione giuridica (si tratta della *Allgemeine Theorie der Normen*)<sup>1</sup> e riproponga per l'ultima volta il problema della giustizia (*Die Illusion der Gerechtigkeit*). Normatività e giustizia sembrano infatti essere i due termini – per non dire i due estremi – all'interno dei quali si sviluppa la sua riflessione. E non si tratta di due termini opposti, ma piuttosto fra loro (problematicamente e fruttuosamente) incrociati. Non sembra insomma costituire un caso, per voler essere più precisi, che all'allargarsi e al generalizzarsi della riflessione sulla norma si accompagni, al modo di un approfondimento, di una complicazione, di un'esigenza spirituale impossibile da soddisfare con l'approccio (solo) normativo, la riflessione sul tema della giustizia. Poco conta, sotto questo profilo, che la giustizia sia classificata, nella riflessione estrema di Kelsen, come illusione. Perché proprio questo, la radicale illusorietà della possibilità di giungere ad una definizione scientificamente soddisfacente di giu-

\* Università degli Studi di Padova.

<sup>1</sup> H. KELSEN, *Teoria generale delle norme* (1979), trad. it. Torino, Einaudi, 1985. Cfr. sul punto il saggio introduttivo alla trad. italiana di M.G. LOSANO, *La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo*, XLIX: «L'opera di Kelsen si presenta da un lato come una teoria generale di tutti i possibili tipi di norma, però d'altro lato essa costituisce l'ultima propaggine di una dottrina estremamente formalistica del diritto».

stizia, sembra essere il rovello che spinge Kelsen nell'ultimo tratto della sua vita a riprendere, per alcuni versi riproponendo e riassembleando materiali editi, per altri producendo riflessioni e analisi originali, il tema in Platone<sup>2</sup>.

La giustizia per Kelsen – operiamo qui una prima approssimazione al tema – è qualcosa che non può essere ricompreso nell'ambito del normativo, pena l'immediata perdita della dimensione scientifica della riflessione giuridica, ma che, proprio per questa sua eccedenza e ulteriorità, non può essere (del tutto) estraneo a chi, come il giurista, di norme si occupa, almeno nei termini dell'indicazione di ciò che appunto eccede, o eccederebbe, lo specifico della forma giuridica medesima: insomma, anche la regolazione/definizione dei confini della scienza giuridica, uno dei compiti che Kelsen attribuisce alla *Reine Rechtslehre*<sup>3</sup>, non può esser tale senza porsi il problema di ciò che sembra (ma forse sembra soltanto) porsi al di là di tali confini: la sociologia, la storia, la politica, la morale, la giustizia; ed infatti Kelsen a più riprese, anche nelle sue opere più tecniche, di tutti questi ambiti si occupa<sup>4</sup>.

## §2. – *Aspetti del dualismo platonico*

Veniamo dunque ad un esame sommario di alcuni temi affrontati nel volume.

A giudizio di Kelsen, il pensiero di Platone è caratterizzato da un «radicale dualismo», tanto che «il mondo di Platone non è affatto unitario»<sup>5</sup>. Tale dualismo si configura in vari modi, ma uno dei più ri-

<sup>2</sup> Ci distanziamo qui dalla posizione di quegli studiosi che interpretano la riflessione kelseniana su Platone nei termini di una resa dei conti (sostanzialmente tardiva) con l'uso della filosofia platonica a sostegno di opzioni antidemocratiche e autoritarie. Se anche questa intenzione è presente in Kelsen, non ci sembra né la più importante, né la più significativa: tanto la difesa kelseniana delle ragioni della democrazia, quanto il suo interesse per il problema della giustizia vanno ben oltre questa prospettiva. Per questo tipo di analisi cfr. A. PERCHRIGGL, *Wie undogmatisch ist Kelsens Platon? Drei Annäherungen an Die Illusion der Gerechtigkeit*, in R. WALTER, C. JABLONER, K. ZELENY (hrsg.), *Griechische Philosophie im Spiegel Hans Kelsens. Ergebnisse einer Internationalen Veranstaltung in Wien (2. Dezember 2005)*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 31-37. Né ci sembra possibile ridurre, per le ragioni che cercheremo di esporre nel presente scritto, l'indagine kelseniana su Platone ad un elemento utile sostanzialmente solo a fini ricostruttivi della biografia intellettuale di Kelsen, come sembra credere R. FERBER, nella sua recensione al volume kelseniano, in *Zeitschrift für philosophische Forschung*, vol. 43, 1989, 557-561.

<sup>3</sup> Di *actio finium regendorum* della scienza giuridica nei confronti delle altre scienze, Kelsen parla esplicitamente nella *Prefazione* alla prima edizione della sua prima grande opera, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, (1911), trad. it. Napoli, Esi, 1997, 7.

<sup>4</sup> Sulla compresenza all'interno dell'opera kelseniana di elementi eterogenei, tali da complicare la purezza della *Reine Rechtslehre*, ci permettiamo di rimandare al nostro *Una battaglia contro gli spettri. Diritto e politica nella Reine Rechtslehre di Hans Kelsen (1905-1934)*, Torino, Giappichelli, 2008.

<sup>5</sup> H. KELSEN, *Die Illusion der Gerechtigkeit. Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophie Platons*, Wien, Manz Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1985, 2.

(si noti, fra l'altro, che il primo viene pubblicato in appendice alla seconda edizione, 1960, della *Reine Rechtslehre*; la ragione dell'inclusione è che, scrive Kelsen, «questo problema è d'importanza capitale nella politica del diritto»<sup>69</sup>) possiamo forse dire che *l'illusione della giustizia è l'illusione che la giustizia possa essere affrontata e posta altrimenti che come problema*. Egli stesso sembra manifestare la consapevolezza di questa circostanza, ovvero dell'impossibilità logica di ogni definizione esauritiva della *giustizia*, nelle ultime pagine di *Das Problem der Souveranität*, ove intende l'edificazione della *civitas maxima*, vale a dire di un ordine internazionale fondato su principi condivisi di giustizia (quindi in una dimensione che procede oltre la mera dimensione della scelta individuale relativa all'obbedienza), come una prospettiva ideale, come il «compito infinito che deve essere posto ad ogni sforzo politico»<sup>70</sup>. La riapertura della questione della giustizia nella sua opera estrema, al di là dell'esito o dei limiti che caratterizzano la sua lettura di Platone, testimonia la fedeltà del giurista viennese a questo impegno e la fecondità della sua prospettiva di ricerca, oltre ad una inavvertita, ma sostanziale fedeltà al procedimento di indagine platonico.

### *Abstract*

The topic of "justice" is a permanent feature in the thought of Kelsen. Despite believing that a thorough definition of this concept is not possible, he keeps on searching for it, especially through a continual dialogue with the Platonic philosophy.

The goal of this contribution is to analyze the thoughts of Kelsen on this topic, as they emerge in his unpublished work *Die Illusion der Gerechtigkeit*. Our main hypothesis is that, despite being critic at some points, the ideas of Plato and Kelsen present some important common features.

<sup>69</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), trad. it. Torino, Einaudi, 1966, 8.

<sup>70</sup> H. KELSEN *Il problema della sovranità*, cit., 469.

# *Il mutaforma criterio della ragionevolezza*

di Luca Vespignani\*



**Sommario:** §1. - Premessa. §2. - Le origini della problematica. §3. - La dottrina degli anni Settanta. §4. - La posizione di Livio Paladin. §5. - Il definitivo abbandono del tradizionale ancoraggio al principio di eguaglianza. §6. - Gli sviluppi più recenti. §7. - Alcuni spunti di riflessione.

---

## §1. - *Premessa*

L'intento del presente contributo è quello di passare in rassegna alcuni dei moltissimi studi sul tema della ragionevolezza pubblicati nell'ultimo mezzo secolo sotto il profilo della posizione da essi assunta circa il ruolo del principio di eguaglianza formale *ex art. 3, comma 1, Cost.*, tracciando un percorso da cui ricavare indicazioni anche in ordine allo sviluppo cui è andato incontro il concetto *de quo* in concomitanza con la centralità che gli è stata progressivamente riconosciuta sia dalla giurisprudenza, sia nella riflessione della dottrina. In tal senso, essendo la produzione scientifica sull'argomento ormai sconfinata, non si ha, ovviamente, alcuna pretesa di completezza e si è cercato piuttosto di selezionare alcune delle opere più emblematiche nell'ottica presa in esame, concentrando l'attenzione, soprattutto per quanto concerne gli ultimi decenni, su quelle aventi carattere monografico oppure oggetto di larga consultazione come le voci enciclopediche. Il che non implica in alcun modo un giudizio di valore rispetto a quelle che non sono state citate, non essendo, tra l'altro, possibile dar conto adeguatamente dell'imprecisato numero di articoli e note a sentenza apparsi sulle principali riviste.

\* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

## §2. – *Le origini della problematica*

La problematica della ragionevolezza sorge fin dai primi anni di attività della Corte Costituzionale con riferimento al principio di eguaglianza ricavato dall'art. 3 Cost. e su di esso si concentra pure la riflessione della dottrina, a cominciare dagli interventi sul tema da parte di Carlo Esposito, il quale, già a metà degli anni Cinquanta, si chiedeva – in chiave critica – a cosa si sarebbe ridotta la disposizione in oggetto qualora la si fosse intesa nel senso che, a parità di situazioni, i cittadini debbano essere trattati in modo eguale «se non ad una statuizione che le leggi debbono essere giuste (...) istituendo un presunto regno o una presunta repubblica della giustizia in terra»<sup>1</sup>. Discorso, questo, ribadito nel commentare la sentenza 26 gennaio 1957, n. 28 della Corte Costituzionale, con l'affermazione secondo la quale «la disposizione dell'art. 3 della Cost. che statuisce la eguaglianza dei cittadini davanti alla legge non vincola il legislatore nel fine perché la parificazione di tutte le situazioni di fatto nel trattamento giuridico non è fine proposto o imposto dalla Costituzione al legislatore ordinario. La differenziazione di tali situazioni appartiene perciò al potere libero del legislatore, sottratto per definizione al controllo di legittimità della Corte»<sup>2</sup>. E sulla medesima direttrice si collocano la nota alla sentenza 14 luglio 1958, n. 53<sup>3</sup>, quella alla sentenza 11 marzo 1961, n. 1<sup>4</sup> e quella alla sentenza 27 febbraio 1962, n. 7, nella quale si lamenta che «la Corte, affermando in astratto il proprio potere a sindacare l'arbitrio o la inconseguenzialità del legislatore, e negando in pratica assai spesso la inconseguenzialità là dove essa esisteva, o sostenendo che essa rientrava nel potere discrezionale del legislatore, abbia aperto a se stessa la via a giudicare liberamente o a proprio piacimento della costituzionalità di molte leggi»<sup>5</sup>.

Fin dall'inizio, però, si delinea un orientamento diverso, che – peraltro seguendo un approccio più coerente con la linea di sviluppo intrapresa dalla giurisprudenza costituzionale dopo un'iniziale adesione

<sup>1</sup> C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in IDEM, *La Costituzione italiana*. Saggi, Padova, 1954, 28-29.

<sup>2</sup> IDEM, in *Giur. Cost.*, 1957, 399.

<sup>3</sup> IDEM, in *Giur. Cost.*, 1958, 604 ss.

<sup>4</sup> IDEM, *Della 'prudenza' nelle dichiarazioni di illegittimità costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1961, 6 ss.

<sup>5</sup> IDEM, *La Corte Costituzionale come giudice della 'non arbitrarietà delle leggi*, in *Giur. Cost.*, 1962, 82. Sulla medesima sentenza si veda pure il commento di M. GIORGIANNI, *Le norme sull'affitto con canone in cereali. Controllo di costituzionalità o di «ragionevolezza» delle norme speciali?*, in *Giur. Cost.*, 1962, 89, il quale, pur non aderendo integralmente alla posizione di Esposito, ritiene che «l'applicazione dell'art. 3 posta in essere dalla decisione annotata comporti un controllo eccessivamente penetrante delle ragioni che abbiano indotto il legislatore a diversificare le situazioni. (...) lo stesso Mortati limita il controllo della Corte Costituzionale alla irragionevolezza *prima facie* della distinzione, facendo l'esempio limite della legge che subordinasse l'accesso a un pubblico ufficio al colore biondo dei capelli dell'aspirante».

con tutta evidenza, di profili che esulano dall'approccio meramente "ricognitivo" qui adottato.

### *Abstract*

The paper contains a reasoned review on some of the main opinions in Italian jurisprudence about the role played by the principle of formal equality in the context of the judgment of reasonableness by the Constitutional Court. In this sense, it is developed in a diachronic way, starting from the early studies of the Fifties up to the most recent ones.

---

526, per il quale «alla logica del conflitto e della contrapposizione dialettica, deve preferirsi quella della leale collaborazione tra Corte e legislatore, proprio al fine di superare le opposte e eguali pretese che spingono sia il potere politico sia il giudice delle leggi a porsi come la vera istanza sovrana».

# *Hugo Preuß dalla Costituzione bismarckiana alla Weimarer Reichsverfassung*

di Agostino Carrino\*



**Sommario:** §1. – Preuß e la scienza costituzionalistica tedesca tra Otto e Novecento. §2. – L’organicismo di Preuss e la critica del dogma della sovranità. §3. – L’autoamministrazione comunale. §4. – La Costituzione di Weimar e l’art. 48. §5. – Attualità di Preuß.

Hugo Preuß (1866-1925)

**HUGO PREUSS**, *Gesammelte Schriften*, Erster Band: *Politik und Gesellschaft im Kaiserreich*, hrsg. und eingeleitet von Lothar Albertin im Zusammenarbeit mit Christoph Müller, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, 811.

**HUGO PREUSS**, *Gesammelte Schriften*, Zweiter Band: *Öffentliches Recht und Rechtsgilosophie im Kaiserreich*, hrsg. und eingeleitet von Dian Schefold im Zusammenarbeit mit Christoph Müller, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, 886.

**HUGO PREUSS**, *Gesammelte Schriften*, Viertes Band: *Politik und Verfassung in der Weimarer Republik*, hrsg. und eingeleitet von Detlef Lehnert, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, 738.

**HUGO PREUSS**, *Gesammelte Schriften*, Fünfter Band: *Kommunalwissenschaft und Kommunalpolitik*, hrsg. und eingeleitet von Christoph Müller, 2012, 884.

## *§1. – Preuß e la scienza costituzionalistica tedesca tra Otto e Novecento*

Hugo Preuß è forse tra i giuristi più emblematici delle complesse vicende intellettuali della Germania nella sua fase guglielmina e in quella di trapasso alla Repubblica di Weimar, della cui Costituzione Preuss, com’è noto, fu tra i principali artefici ed anzi l’iniziatore, su designazione del socialdemocratico Ebert all’indomani della sconfitta, nel novembre 1918.

Ciò nonostante Preuß non può essere annoverato tra i giuristi formalmente più in vista della Germania tra Otto e Novecento, in quanto,

\* Università di Napoli Federico II.



essendo ebreo e politicamente schierato con i liberali di sinistra, non poté aspirare a cattedre importanti e dovette accontentarsi di insegnare nella *Handelshochschule* di Berlino, della cui città la famiglia era pure tra le più in vista dal punto di vista del prestigio finanziario.

Significativo è tuttavia il fatto che su questo giurista, per molto tempo ai margini della vita intellettuale, sia stato Carl Schmitt a scrivere, qualche anno dopo la morte (1925), un saggio ancora oggi importante e meritevole di lettura, nel quale il futuro *Kronjurist* del Terzo Reich dichiarava – siamo nel 1930 – che «si dovrà partire da Preuss se ci si sottopone ad un compito che la scienza del diritto pubblico tedesco non può eludere più a lungo, vale a dire al tentativo di raggiungere una concreta coscienza storica della propria situazione spirituale»<sup>1</sup>. Da un altro punto di vista, poi, si deve concordare con i curatori di queste *Gesammelte Schriften* che Preuss va considerato come un anticipatore della democrazia e del parlamentarismo tedeschi, sia pure su un cammino complesso ed articolato, dove Preuss risulta elaborare una via tutta sua alla democratizzazione della Germania.

Che il passaggio dall'epoca monarchica di Bismarck a quella repubblicana fosse un passaggio già in sé sofferto e ambiguo può dimostrarlo al meglio un brano di G. Anschütz nel suo *Kommentar* alla Costituzione di Weimar, là dove scrive: «La costituzione è cambiata, lo Stato è rimasto»<sup>2</sup>. Lo Stato, per molti, non mutava né poteva mutare, anche nel momento in cui si dava una nuova, differente costituzione. Lo Stato, in effetti, viene *prima* del diritto e prima anche della Costituzione.

Questa posizione non era propria solo di ambienti e figure conservatori o reazionari, che guardavano con sospetto alla occidentalizzazione della Germania (si ricordino gli scritti prebellici e bellici di Thomas Mann ancora infatuato della *Kultur* contro la *Zivilisation*) e alla sua democratizzazione; lo stesso Preuß, in effetti, non può non porsi il problema della continuità nel trapasso da una forma di governo ad un'altra, come appare evidente in uno dei punti più controversi e successivamente criticati della *Weimarer Reichsverfassung*, quel famoso/famigerato art. 48 che attribuiva pieni poteri al Presidente in casi di necessità, e che rappresentava in effetti un momento di continuità dalla Costituzione bismarckiana a quella weimariana. Proprio in forza dell'art. 48, in effetti, a Preuß è stata contestata una dipendenza da un giurista ancora dentro la mentalità dello Stato autoritario, come Redslob. La stessa ascendenza di Preuß dalla teoria della consociazione (*Genossenschaftstheorie*) del suo maestro Otto von Gierke rendeva

<sup>1</sup> C. SCHMITT, *Democrazia e liberalismo. Referendum e iniziativa popolare Hugo Preuss e la dottrina tedesca dello Stato*, Milano, Giuffrè, 2001, 89.

<sup>2</sup> G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, Berlin, Stilkes, 1926, 1.

mera auto-amministrazione, un senso nuovo, più profondo. Dalla democrazia locale, il *socio politico della città* può svilupparsi anche nel ruolo di *socio politico dello Stato*. L'opera di Hugo Preuß svela le vie sulle quali può nascere ciò che viene oggi chiamata *civil society*»<sup>24</sup>.

### *Abstract*

The author in this review-article discusses the main guide-lines of Hugo Preuß' thought from his beginnings as a follower of Gierke's theory of associations (*Genossenschaften*) to his job on the new German Constitution of Weimar. The essay draws on Preuß' collected works recently published by the Mohr Verlag of Tübingen.

---

<sup>24</sup> C. MÜLLER, *Einleitung* a H. Preuß, *Gesammelte Schriften*, Bd. V, 78.

# *Scommettere sulle libertà contro la “reductio ad Hitlerum”: lo Stato costituzionale moderno*

di Antonio Riviezzo\*



**Sommario:** §1. – Premessa. §2. – Il quesito di partenza ed un *caveat* preliminare. §3. – Autodelegazione e autolimitazione del potere. §4. – Libertà e identità. §5. – Lingua comune e tolleranza reciproca: lo Stato costituzionale moderno. §6. – Sintesi conclusiva.

## §1. – *Premessa*

Le riflessioni sul c.d. Stato costituzionale si sono moltiplicate, soprattutto negli ultimi anni, con progressione geometrica, allargandosi, da un lato, verso la manualistica (in particolare in funzione integrativa della tradizionale modellistica delle forme di stato<sup>1</sup>) e, dall'altro, verso ragionamenti di respiro più ampio, dalla cifra prettamente teorico-generale.

Una buona testimonianza di quest'ultimo *trend* è costituita dal recente volumetto di Horst Dreier intitolato «*Lo Stato costituzionale delle libertà come ordinamento azzardato*» (80 pp., Modena, Mucchi, febbraio 2013<sup>2</sup>).

Tale dissertazione infatti, per un verso, ha seguito, non di molto, un intervento – sullo stesso tema e nell'ambito della medesima collana<sup>3</sup> – di Mauro Barberis (titolo: «*Stato costituzionale*», 80 pp., marzo

\* Università degli Studi di Sassari.

<sup>1</sup> Cfr. ad es. C. PINELLI, *Forme di stato e forme di governo*<sup>2</sup>, Napoli, Jovene, 2009, spec. 121 ss., e M. VOLPI, *Libertà e autorità*<sup>3</sup>, Torino, Giappichelli, 2010, spec. 40 ss. Nel concetto di “manualistica” va qui ricompresa anche la “voce enciclopedica”, in quanto egualmente sintomatica di un'acquisizione scientifica data – a torto od a ragione – per pacifica: *ex multis*, v. S. BARTOLE, *Stato (forme di)*, voce in *Enc. dir.*, Annali II, II, Milano, Giuffrè, 2008, 1116 ss., spec. 1121 ss. e L. ELIA, *Forme di stato e forme di governo*, voce in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, Giuffrè, 2006, 2593 ss., spec. 2599 ss.

<sup>2</sup> Il volume è stato tradotto in italiano da Federico Pedrini.

<sup>3</sup> Collana «*Piccole conferenze*», diretta da Aljs Vignudelli.

2012), e, per l'altro, sembra continuare idealmente il discorso già avviato in Italia dal giurista tedesco nel 2011 col saggio «*Lo Stato costituzionale moderno*» (98 pp.), pubblicato a Napoli dall'editore Guida<sup>4</sup>.

Orbene, se si volesse leggere in tale circoscritta vicenda il paradigma di una tendenza più generale, sia sotto il profilo dottrinale, sia sotto quello editoriale<sup>5</sup>, non si sbaglierebbe di molto; le ragioni di tutto ciò sono forse intuibili, ma conviene rinviarne l'eunciazione in chiusura, in modo da poterle meglio contestualizzare (anche) alla luce delle tesi dell'Autore in commento.

## §2. - *Il quesito di partenza ed un caveat preliminare*

Venendo allo scritto (che d'ora in avanti, per brevità, citerò con l'acronimo "SCL", seguito dal numero della pagina di riferimento), Dreier avvia la sua riflessione con una domanda: uno stato può fondare la sua autorità esclusivamente sul principio di *libertà* dei suoi cittadini (SCL 7)? Può, in altri termini, fare a meno di porre alla sua base un qualsivoglia "valore sostanziale" quale, ad esempio, la comune religione o il sentimento patriottico?

La risposta positiva, oggi, sembra ovvia, eppure Dreier evidenzia che essa è controintuitiva (SCL 11), e che per secoli i pensatori di ogni orientamento politico hanno sempre dato per scontato che una tale ipotesi fosse semplicemente irrealistica (SCL 8); è solo col movimento di pensiero illuminista che comincia ad affacciarsi – pur tra oscillazioni ed incertezze – l'idea che uno stato totalmente (radicalmente?) agnostico sia non solo pensabile, ma possibile, e, tutto sommato, desiderabile (SCL 9).

Nelle pagine che seguono (SCL 15-67), Dreier prova a dimostrare tale assunto, e ad individuare la combinazione strutturale che consenta a tale ordinamento (definito «*azzardato*» a p. 12) di sopravvivere senza implodere a cagione dell'azione abrasiva derivante dall'esercizio di quelle stesse libertà che ha la vocazione di proteggere (SCL 13).

Prima di proseguire nell'esposizione, però, debbo puntualizzare che una porzione significativa dello scritto (pp. 27-46) è dedicata all'analisi della Costituzione tedesca; di conseguenza, si potrebbe essere tentati di esaminarla più speditamente delle altre, poiché – in ultima analisi – meno funzionale agli ambiti di interesse di un giurista non te-

<sup>4</sup> Nella collana «*Leviathan*» diretta da Agostino Carrino, che, oltre alla traduzione, ha curato pure la *postfazione* al volumetto in parola (91 ss.).

<sup>5</sup> Pare significativo, infatti, tanto che un piccolo editore come quello modenese dedichi ben due uscite al tema in pochi mesi, quanto che un autorevole costituzionalista senta il bisogno di tornare sullo stesso argomento due volte in un lasso di tempo relativamente ristretto.

(«nel tempo»), sia orizzontale («nello spazio»)<sup>21</sup>, quanto un più generale approccio ermeneutico allo studio ed all'applicazione del diritto (costituzionale)<sup>22</sup>.

Si noti come, in tale ragionamento, la seconda questione che si sta esaminando si saldi qui con la terza enucleata in apertura del paragrafo.

Ebbene, a prescindere dalla constatazione che un simile approccio alla figura è nettamente rigettato dall'Autore dello scritto in commento (ma questo non sarebbe un argomento né valido né sensato), può però segnalarsi che la logica interna di tale impianto implica che esso – in generale – ridondi anche sulla *prima* delle questioni prospettate, ossia sul nesso tra positivismo giuridico e degenerazione (in senso autoritario) del sistema politico.

Nondimeno, in termini strettamente epistemologici e ad integrazione di quanto già riportato poco sopra, va detto che, in un discorso giuristico che si pretenda rigoroso, non può essere proposta come conclusione quella che è anche la premessa (indimostrata) del ragionamento: non solo infatti difetta – come già detto – la dimostrazione del nesso necessario tra positivismo e degenerazione del sistema (nesso da cui, eventualmente, non andrebbe esente nemmeno il neocostituzionalismo *in quanto tale*), ma, addirittura, sussistono prove ben più salde della compatibilità tra giurpositivismo (metodologico) e Stato costituzionale<sup>23</sup>.

La ricostruzione dello Stato costituzionale nei termini esclusivamente formali prospettati da Horst Dreier mi sembra quindi continui a farsi preferire, se non altro “per insufficienza di prove” quanto alla sua falsificazione.

### *Abstract*

The essay proposes a plain reconstruction of the concept of the constitutional State, according to his true vocation: fundamental freedoms warranty.

Following this vocation, Horst Dreier identifies minimal and necessary (and sufficient) structural elements of the constitutional State only on the dissent acceptance as a constructive point for the unity of the legal system and, consequently, on the presence of a common language for the functional exchange of opinions.

Conclusively some personal considerations by the extensor are proposed with regard to tightness of the concept of constitutional State, in the formal and substantial acception.

<sup>21</sup> P. HÄBERLE, *Stato costituzionale, II) sviluppo storico*, voce cit., 5 ss. Lo studioso tedesco parla addirittura della comparazione come «quinto metodo di interpretazione [del diritto, scil.]» (*ibidem*, 5). Conforme: C. PINELLI, *Forme di stato e forme di governo*<sup>2</sup>, cit., 146 ss.

<sup>22</sup> P. HÄBERLE, *Stato costituzionale, III) la costituzione dello Stato costituzionale*, voce cit., 2 ss.

<sup>23</sup> In argomento, cfr. G. PINO, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, in *Analisi e diritto 1998*, Torino, Giappichelli, 1999, 203 ss.