

RIVISTA ITALIANA
PER LE
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE
Mario Caravale

nuova serie

10

2019



JOVENE EDITORE

Il presente fascicolo è pubblicato con contributi del Dipartimento di Scienze Giuridiche e del Dipartimento di Studi Giuridici ed Economici della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma.

Direttore: Mario Caravale

Direzione e redazione: Sapienza - Università di Roma - Facoltà di Giurisprudenza - Presidenza - Piazzale Aldo Moro 5 - 00185 Roma RM

Comitato direttivo: Paolo Ridola - Enrico del Prato - Luisa Avitabile - Nicola Boccella Enzo Cannizzaro - Mario Caravale - Claudio Consolo - Andrea Di Porto - Laura Moscatti Cesare Pinelli

Comitato scientifico: Jean-Bernard Auby (Parigi) - Jurgen Basedow (Amburgo) - Luigi Capogrossi Colognesi (Roma) - Erhard Denninger (Francoforte) - Pierre-Marie Dupuy (Parigi) - Gianni Ferrara (Roma) - Yves Gaudemet (Parigi) - David Gerber (Chicago) Jane C. Ginsburg (New York) - Peter Häberle (Bayreuth) - Natalino Irti (Roma) Erik Jayme (Heidelberg) - Anne Lefebvre Teillard (Parigi) - Guillaume Leyte (Parigi) Jerome H. Reichman (Durham) - Gunther Teubner (Francoforte) - Michel Troper (Parigi) - Hanns Ullrich (Monaco, Baviera)

Redazione: Cesare Pinelli (redattore capo), Nicola Cezzi, Fulvio Costantino

Amministrazione: JOVENE EDITORE - Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli NA Italia
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87 - website: www.jovene.it - email: info@jovene.it

Abbonamento: € 35,00

Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore: **a)** con versamento sul c.c. bancario IBAN: IT62G0307502200CC8500241520 o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento; **b)** a ricezione fattura; **c)** on line collegandosi al sito dell'Editore: www.jovene.it.

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Direttore responsabile: Mario Caravale

ISSN 0390-6760

Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 51 del 18 giugno 2010.

Stampato in Italia Printed in Italy

INDICE

PROLUSIONI

- 3 CLAUDIO CONSOLO
La prolusione, nel 1954, di Antonio Segni, fra omaggio a Chiovenda e suggestioni di Carnelutti, su "L'unità del processo" come collante della comunità statale
- 13 ANTONIO SEGNI
L'unità del processo

ATTI DELLA GIORNATA DI STUDI IN ONORE DI PAOLO RIDOLA

- 37 CESARE PINELLI
Presentazione
- 39 PETER HÄBERLE
Indirizzo di saluto

RIFLESSIONI INTORNO AL METODO: COMPARAZIONE E STORIA COSTITUZIONALE

- 45 OLIVIERO DILIBERTO
Esperienza giuridica e comparazione costituzionale. Giornata di studio in onore di Paolo Ridola
- 49 DIAN SCHEFOLD
Sul contributo di Paolo Ridola al dialogo fra Italia e Germania
- 61 GUIDO ALPA
Il messaggio di Paolo Ridola agli studiosi del diritto civile
- 67 MARCO D'ALBERTI
Comparazione giuridica tra storia ed esperienza

- 77 ALESSANDRA DI MARTINO
Culture costituzionali, storia e comparazione
- 107 ANGELO SCHILLACI
«Innanzi al suo mestiere di giurista sta il suo mestiere di uomo». Comparazione costituzionale ed esperienza giuridica nel pensiero di Paolo Ridola
- 129 ALESSANDRO SOMMA
Imparare dalla storia: riflessioni sul metodo del diritto comparato e sul ruolo dei suoi cultori
- 147 AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO
Dogmática jurídica y epistemología científica: métodos de investigación en el derecho constitucional
- 199 ANDREA LONGO
Osservando la marea
- 213 MASSIMO BRUTTI
Politica, scienza del diritto, comparazione: un testo di Vittorio Emanuele Orlando
- 231 MARCO BENVENUTI
Qual è la funzione del diritto pubblico? Vittorio Emanuele Orlando e la ricerca di un mos italicus iura docendi della nostra cultura giuspubblicistica nazionale
- 257 GIOVANNA MONTELLA
Legge, potere e Stato nel processo di costruzione teorica di Paul Laband
- 267 GIANLUCA BASCHERINI
A proposito di storia e cultura costituzionale in Italia. Piero Gobetti critico dello Statuto
- 283 FRANCESCO CERRONE
L'esperienza costituzionale fra storia e comparazione (con qualche annotazione sul rapporto fra esperienza giuridica ed economica nel pensiero di Croce, Calogero e Capograssi)
- 301 FEDERICO NANIA
Habeas corpus e tecnica della "retrodatazione" nella prospettiva costituzionale inglese

LIBERTÀ E DIRITTI FONDAMENTALI

- 329 GAETANO AZZARITI
Scienza giuridica e Stato. In dialogo con Paolo Ridola

- 339 LUISA AVITABILE
Una riflessione su libertà e diritti fondamentali
- 351 ROBERTO NANIA
Sui diritti fondamentali nella vicenda evolutiva del costituzionalismo
- 369 FABRIZIO POLITI
“Principio libertà”, dignità umana e multidimensionalità delle libertà costituzionali nelle democrazie pluralistiche. La riflessione di Paolo Ridola in tema di diritti fondamentali
- 389 SALVATORE PRISCO
Linee di un ritratto intellettuale
- 405 GIORGIO REPETTO
Il diritto costituzionale europeo tra pluralismo e storia: su alcune recenti vicende in tema di diritti fondamentali
- 423 ANDERA BURATTI
Diritti fondamentali e tradizione storica: il contributo della Corte Suprema degli Stati Uniti
- 443 CLAUDIO CONSOLO
Origini e limiti del compito specificatore(-congenialmente attivo) del “formante” giurisprudenziale nel processo
- 455 ENRICO DEL PRATO
Dignità e solidarietà: spigolature di un civilista
- 467 LAURA MOSCATI
Paolo Ridola e la storia del diritto. Con un’appendice sulla libertà di stampa nell’Inghilterra del Seicento
- 485 ELISA OLIVITO
Invito a Corte, con cautela. Il processo costituzionale si apre alla società civile?
- 499 MIGUEL AZPITARTE
Los derechos fundamentales en tiempos de crisis
- 511 MARIA IRENE PAPA
La Dichiarazione universale dei diritti umani a settant’anni dalla sua adozione: alcune riflessioni alla luce della giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia
- 531 GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI
La Commissione di Garanzia

- 545 GIULIANA SCOGNAMIGLIO
Sulla tutela dei diritti umani nell'impresa e sul dovere di vigilanza dell'impresa capogruppo. Considerazioni a margine di un confronto fra la legislazione francese e quella italiana

RAPPRESENTANZA, ASSETTI ISTITUZIONALI E PARTITI

- 583 MASSIMO LUCIANI
Paolo Ridola e la forma di governo
- 587 MASSIMO SICLARI
Il divieto di mandato imperativo nella riflessione di Paolo Ridola
- 599 GIUSEPPE COLAVITTI
Il diritto pubblico dell'economia tra storia, dommatica e nuove tendenze centraliste. Brevi note in onore di Paolo Ridola
- 615 GIUSEPPE FILIPPETTA
Democrazia parlamentare e dignità dell'uomo
- 621 CESARE PAGOTTO
Intermediazione e disintermediazione nella funzione rappresentativa parlamentare: comunicazione e pluralismo nell'ambito degli strumenti di sindacato ispettivo
- 649 VINCENZO CERULLI IRELLI
Amministrazione, giurisdizione, legislazione (brevi spunti sui rapporti tra funzioni di governo)
- 679 TOMMASO EDOARDO FROSINI
La rappresentanza politica nella forma di governo
- 691 RENATO IBRIDO
Equilibrio fra poteri ed equilibrio di potenza negli itinerari evolutivi della forma di governo parlamentare
- 709 FULCO LANCHESTER
Mortati e la legislazione elettorale: una lezione sempre attuale
- 727 ELEONORA RINALDI
Brevi note su libero mandato e forma-partito
- 741 ELENA TASSI SCANDONE
Ordinamenti gentilizi e costituzione monarchica in Roma antica. Alcune considerazioni preliminari

L'EUROPA E IL FUTURO DEL COSTITUZIONALISMO

- 757 FRANCESCO RIMOLI
L'ideale europeista e il peso della storia (in margine a un saggio di Paolo Ridola)
- 771 FRANCESCO SAITTO
Statualità e costituzione nel processo di integrazione sovranazionale. A proposito dei «due tempi» del costituzionalismo nel Novecento
- 795 FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN
Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale
- 813 ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ
Unidad y pluralismo. Algunas cuestiones problemáticas en el constitucionalismo contemporáneo
- 831 JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO
El futuro del Estado constitucional
- 843 ANDREAS HARATSCH
Der entfesselte Prometheus oder Karlsruhes Spiel mit dem Feuer - Ein europäisches Drama
- 867 BENIAMINO CARAVITA DI TORITTO
Il dibattito sul futuro dell'Europa: quali politiche e quale governance per l'Unione dopo le elezioni europee del 2019 e dopo Brexit
- 897 ANGELO ANTONIO CERVATI
Lo studio comparativo del diritto costituzionale e la sua funzione educatrice

RECENSIONI

- 915 MASSIMO CACCIARI - NATALINO IRTI, *Elogio del diritto*. Con un saggio di Werner Jaeger, La nave di Teseo, Milano, 2019 (*Fulvio Costantino*)
- 921 GIANNI FERRARA, *Riflessioni sul diritto*, La scuola di Pitagora editrice, Napoli, 2019 (*Michele Prospero*)

SEZIONE BIBLIOGRAFICA

- 933 ANTONIO ANGELOSANTO
L'acquisizione del fondo librario appartenuto a Gaetano Sciascia, libero docente in diritto romano tra l'Italia e il Brasile

RECENSIONI

M. CACCIARI - N. IRTI, *Elogio del diritto*. Con un saggio di Werner Jaeger, La nave di Teseo, Milano, 2019, pp. 158.

Il volume “Elogio del diritto” invita alla riflessione riguardo al rapporto tra diritto e giustizia (nonché verità e potere).

Così come di recente Luciano Violante e Marta Cartabia avevano ragionato e discusso sull’Antigone, allo stesso modo Massimo Cacciari e Natalino Irti si sono confrontati a partire da uno scritto del filologo Werner Jaeger del 1947, il cui titolo dà il nome al volume che si commenta.

Il saggio di Jaeger è stato pubblicato in Italia nel 1948 proprio su questa rivista, e riproposto nella traduzione a sua tempo curata da Edoardo Ruffini.

Jaeger, risalendo alla fonte della filosofia del diritto (prima cioè che essa, dopo Platone, diventasse una disciplina tra le altre), indaga il rapporto tra diritto e giustizia. Dalla sua analisi dei classici della letteratura greca traspare una fede incrollabile nella giustizia come fondamento della vita umana e nel diritto come espressione della civiltà: per Omero la giustizia demarca il confine tra barbarie e civiltà, ed è custodita da Giove; per Esiodo Giove addirittura la incarna, ed essa è necessaria per la conservazione e l’attuazione della sua volontà sulla terra.

Dal pensiero di Solone, nel periodo di splendore della *polis*, traspare la convinzione che, come avviene per il corpo, esistano malattie anche nella vita sociale, così che disordini sociali e sovvertimento della pace avvengono quando i politici pensano al proprio bene invece che a quello comune e rompono la condizione generale di armonia. I filosofi della natura applicano il concetto di *dike* al mondo, e in base alla loro interpretazione razionalistica, c’è un ordine eterno che governa l’universo; sulla stessa direttrice, per i medici greci è la *dike* stessa che regola la vita organica del corpo umano. Ancora, anche per Eraclito e Parmenide *dike* è il supremo principio dell’universo.

La *polis* risulta così fondata sull’uguaglianza dei consociati solo grazie alla legge, che deriva dall’antica consuetudine ed è modificata in via convenzionale su base razionale (Sofocle ed Eschilo). La centralità della legge come prodotto della *polis* è rappresentata da Platone nel Protagora: alla tecnica di Prometeo, che produce distru-

zione, pone rimedio la legge, che se pure è dono di Giove, è opera degli uomini.

Con la crisi della *polis*, di cui Platone è testimone, e dall'esperienza della molteplicità di sistemi normativi diversi nel tempo e nello spazio, emerge la teoria del diritto del più forte come legge universale della natura, che si contrappone a quella citata del diritto "strumento di uguaglianza", in ragione dell'equilibrio delle forze della natura che regola l'universo. Platone segue ancora questa seconda strada, mediante la ricostruzione della giustizia come legge innata dell'anima dell'uomo, da raggiungere pienamente con l'educazione, così da non avere più alcun bisogno di alcuna legge esterna: non arriva a svalutare completamente leggi e istituzioni (che nel *Politico* loda), ma ritiene, che per mantenere la legge in armonia con la vita, serva un continuo adattamento delle leggi (che comunque, nelle *Leggi*, sono indicate come strumento di educazione dei cittadini) alle esigenze della realtà.

Muovendo le mosse dal primo saggio, Cacciari si chiede se *dike* nasca per annullare la *hybris* o se non preesista e preceda la stessa, anche perché altrimenti la sua base sarebbe incerta. *Dike* è figlia di Zeus, il Sovrano, il quale nell'agire, deve rispettare l'ordine stabilito, costituito dalla madre di *Dike*, *Themis* (Ordine); *Dike* è perciò somma interprete dell'Ordine, affinché il Sovrano non "deliri". *Nomos*, la legge, si incardina in *Dike* e *Themis*.

Con l'irrompere della filosofia, come discorso sul *logos*, quest'ultimo è concepito come Ordine della *physis*. Il *nomos* viene incardinato nella *physis* fino all'ellenismo, in sostanziale consonanza con la rappresentazione offerta dal mito; in seguito emerge l'idea che esso sia solo "uno" dei *nomoi*, quello del più forte. In risposta a questa visione vi è la riconduzione del *nomos* alla verità (*aletheia*), sulla base di una *paideia*, fondata sulla ragione. Il vero ha in *Themis*, Ordine cosmico, la sua radice, e perciò l'essere umano che dice il vero si fa immagine della stessa *Dike*. La verità per Parmenide è il solo possibile fondamento della *dike*; in Plotino *dike* è l'Idea in base alla quale si esercita la giustizia con metodo matematico. E tuttavia, nota Cacciari, di fronte al caso, proprio del mondo, si dovrà fare ancora ricorso a mezzi non matematizzabili, quali la tradizione: l'agire per la giustizia mette per necessità in campo principi non riconducibili alla scienza, e che non rientrano tra i *nomoi* positivi.

Da ultimo, con il Cristianesimo la giustizia si incarna nel Cristo, che supera la necessità del diritto: si è giusti se giustificati, se si ha fede in lui. Il rapporto sacrale tra giustizia e diritto (legge dell'antico testamento) si spezza. Il diritto, che rimane strumento necessario, è desacralizzato, laicizzato e oggetto di disincanto: deve essere giusto, se non vuole apparire il mero prodotto di una potenza occasionale, ma in un quadro in cui la legge non può rendere giusti.

Anche la riflessione di Irti prende avvio dalla impostazione di Jaeger secondo cui la legalità cosmica ha governato l'ordine giuridico e la vita sociale della *polis*.

Con le lotte che mettono in crisi le *polis*, e il contestuale affermarsi della filosofia dei sofisti, si diffonde una lettura della legge come "funzione del potere": il diritto è 'posto' dalla volontà umana, diverso nei tempi e nei luoghi, la *veritas* cede rispetto all'*auctoritas* del legislatore di turno; si assiste a una contrapposizione tra *legalità*, che non segue il giusto ordine del mondo, ma è mera obbedienza a norme coercitive, e *legittimità*, secondo cui la natura diventa giudice della legge positiva.

Questa contrapposizione cade con l'affermazione del carattere procedurale del diritto moderno: lo Stato si presenta come Stato di leggi, in cui sopravvive solo il conflitto tra legalità antica e legalità nascente, non tra legittimità e legalità.

Il richiamo alla natura si riaffaccerà poi d'epoca in epoca: anche nelle scienze oggetto della ricerca non è più la natura in sé, ma la natura esposta al metodo umano, in chiave antropocentrica. La natura non è più fonte di ordine, e i *nomoi* non sentono più il bisogno di rinvenire in essa il proprio fondamento.

La 'giustizia' si offre di tutelare alcuni interessi, e sindaca il diritto positivo, in chiave conservatrice o rivoluzionaria (se si schiera per la soluzione già accolta o se sollecita nuove disposizioni); in ogni caso, ha bisogno della positività normativa.

La positivizzazione peraltro necessita di una tecnica di produzione di norme e la varietà e vastità delle materie regolate imprime alla tecnica normativa un grado di dettaglio, che ha come effetto che la normatività proviene dalle stesse autorità tecniche, per cui la decisione (tecnica) sostituisce le leggi, travolge la sovranità statale e la territorialità della politica.

Il tentativo di comporre le norme nell'unità perduta è effettuato da Hans Kelsen; non però in virtù di un ordine naturale o di un principio, ma della scala gerarchica di produzione delle norme, secondo una norma fondamentale scelta dall'individuo. In un quadro di pluralità di ordinamenti giuridici, in cui ogni aggregato si dà un corpo di leggi, avviene una relativizzazione dei *nomoi*: la *ratio* di una legge non è più nella sua razionalità o nella verità, ma ha la sua fonte nei contrasti di interesse o nelle lotte di potere.

Von Hayek e Schmitt mettono in evidenza come il *nomos* sia espressione di una volontà di conquista di spazi e di mercati, che ha bisogno di norme per consolidarsi; la gerarchia procedurale è funzionale a questa macchina.

Il volume è il primo di una collana, curata dagli stessi Cacciari e Irti, dal titolo *Krísis*, il quale rimanda da un lato alla situazione attuale, come indicato, e probabilmente, sotto altro verso, all'etimologico *discernimento*.

Il titolo del volume rispetta l'originale denominazione del saggio di Jaeger (*Praise of Law* nella versione originale, *Éloge de la loi* nella traduzione francese, *Elogio del diritto* nella traduzione del 1948), ma è per alcuni versi fuorviante: da un lato non vi è alcun "elogio" in senso stretto, ma una riflessione sulla evoluzione e il destino del diritto; dall'altro lato i saggi prendono le mosse dallo scritto di Jaeger, mentre il titolo del volume lascerebbe pensare che il lavoro del filologo sia stato aggiunto a quello dei due autori.

Da un punto di vista metodologico, l'analisi di Jaeger e di Cacciari è molto centrata sui testi greci, laddove quella di Irti si estende all'esame delle riflessioni di pensatori e teorici del diritto moderni e contemporanei (Von Hayek, Kelsen, Santi Romano). In ogni caso, il testo del filologo suggeriva una riflessione del diritto a partire dai testi greci, tema che i due autori contemporanei accettano di affrontare.

I tre saggi scelgono tre momenti diversi in cui concludere l'esame delle fonti: Jaeger si ferma agli scritti di Platone; Cacciari per un verso a Plotino, per altro al nuovo Testamento; Irti segue l'evoluzione del diritto fino ai giorni nostri.

I due autori concordano con la visione di fondo di Jaeger: rispetto a un diritto fondato su un ordine condiviso come inviolabile ed eterno si è creata fin dall'antichità una frattura, con la creazione di *nomoi* e l'avvento della concezione del diritto del più forte, ri-

spetto alla quale la reazione è sempre più debole, vista la potenza delle nuove forze in campo.

Le riflessioni di Cacciari si concentrano sull'apporto del Cristianesimo, visto come esperienza rivoluzionaria del cammino dell'Occidente intrapreso dalla cultura greca, laddove Irti preferisce non rendere il Cristianesimo oggetto di analisi specifica e sceglie invece di seguire l'evoluzione nella dottrina generale del diritto del XX secolo come compimento delle premesse della filosofia sofistica.

In particolare, nelle riflessioni di Cacciari e Irti, si leggono i rischi che derivano dai citati nodi di fondo. Per entrambi non vi è spazio per l'elogio della situazione attuale, vi è un allarme sui rischi drammatici della situazione, prodotta da un forse ineluttabile destino del diritto.

Cacciari segnala come, nella tensione perenne tra *nomos* e giustizia, la persistente sete di giustizia non sia mai del tutto liquidabile dal *nomos*. Entrambi vivono sull'orlo dell'abisso e rischiano di essere ridotti il primo al puro "gioco" dell'interpretazione della legge scritta, la seconda a mera ragione pratica e giudizio mondano, e Cacciari pone pessimisticamente il dubbio che quell'orlo sia stato già scavalcato.

Irti, a fronte del 'destino' di *nomos*, che si riconosce nella legge imposta dal vincitore delle lotte tra forze economiche e forze politiche degli Stati (per cui i *nomoi* assumono carattere tecnico-produttivo e le norme degradano a disposizioni funzionali per lo sviluppo dei mercati), vede ancora la possibilità per l'individuo di schierarsi per una delle parti, a fronte del rischio di essere travolto e schiacciato, sebbene, anche in questo caso, si ponga pessimisticamente il dubbio che volontà e capacità di scelta possano già essere compromesse.

FULVIO COSTANTINO

